



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 832 del 2012, proposto da:

3m Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Cassamagnaghi e Marco Pizzetti, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Torino, via Mercantini, 6;

contro

Universita' degli Studi di Torino, in persona del Rettore p.t., rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Torino, corso Stati Uniti, 45;

nei confronti di

Bibliotheca Rfid Library S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Teodosio Pafundi e Gianluca Cosaro, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Torino, corso Re Umberto, 27;

per l'annullamento

- del decreto dirigenziale n. 4569 del 26 luglio 2012, con cui è stata disposta l'esclusione di 3M Italia s.p.a. dalla procedura ristretta accelerata, ai sensi dell'art. 70, comma 11, d. lgs. 163/2006 e s.m.i., relativa all'"affidamento della fornitura di sistemi rfid e relative installazione assistenza e manutenzione, per la gestione del patrimonio librario delle biblioteche del Campus Luigi Einaudi dell'Università degli studi di Torino. codice cig: 39233681b2", e l'aggiudicazione definitiva della gara alla Biblioteca rfid library s.r.l.;

- della nota prot. n. 25945 del 26 luglio 2012 a firma del direttore divisione patrimonio e contratti, con la quale è stata data comunicazione a 3m Italia s.p.a. di quanto sopra;

- del decreto dirigenziale n. 4650 del 30 luglio 2012, con cui è stato rettificato il punto 3 del dispositivo del predetto decreto dirigenziale n. 4569 relativamente ai punteggi assegnati all'aggiudicataria, e della nota prot. 26345 del 30 luglio 2012 con la quale ne è stata data comunicazione;

- nei limiti di interesse, di tutti gli atti e verbali di gara, ancorchè non conosciuti dalla ricorrente, ivi compresi:

- il verbale n. 3 del 25 luglio 2012, i verbali di seduta pubblica rep. n. 3108 del 21 giugno 2012, rep. n. 3111 del 10 luglio 2012, rep. n. 3113 del 25 luglio 2012 ed i verbali di seduta riservata, n. 1 del 2 luglio 2012 e n. 2 del 10 luglio 2012;

- del decreto dirigenziale n. 4343 del 19 luglio 2012, di contenuto non conosciuto, con il quale il direttore della divisione patrimonio e contratti ha chiesto alla commissione giudicatrice il riesame dell'ammissione alla gara di 3m Italia s.p.a.;

- del decreto dirigenziale n. 4348 del 19 luglio 2012, anch'esso di contenuto sconosciuto, con il quale è stata

modificata la commissione giudicatrice precedentemente nominata;

- della nota prot. 24904 del 19 luglio 2012 a firma del direttore dott. Alfiero Battistoni, con la quale è stato comunicato a 3m Italia s.p.a. di procedere al riesame dell'ammissione della propria offerta;
- in quanto occorra, della lex specialis di gara, ivi incluso l'invito a formulare offerta dell'Università degli studi di Torino prot. n. 18885 del 30 maggio 2012 e capitolato e la nota prot. n. 19103 del 31 maggio 2012;
- delle comunicazioni email dell'ufficio appalti dell'Università degli studi di Torino in data 30 e 31 luglio 2012;
- del silenzio diniego eventualmente formatosi a seguito dell'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizione ai sensi dell'art. 243-bis del d. lgs. 163/2006 (con contestuale istanza di accesso agli atti di gara) inviata da 3m Italia s.p.a. all'Università di Torino – divisione patrimonio e contratti in data 27 luglio 2012;
- di ogni altro atto presupposto, preparatorio, conseguente e connesso a quelli sopraindicati;

nonché per l'accertamento

del diritto della società ricorrente ad essere riammessa alla procedura di gara e quindi ottenere l'aggiudicazione definitiva della fornitura in quanto prima migliore offerente, ovvero, in subordine, dell'illegittimità degli atti di gara, ed inoltre

per la condanna

dell'Università degli studi di Torino al risarcimento del danno, in via preferenziale, in forma specifica, mediante la riammissione e aggiudicazione in favore di 3m Italia s.p.a. e/o subentro – previa, ove occorre, declaratoria di inefficacia del contratto qualora medio tempore stipulato con l'aggiudicataria – nella procedura di gara ed, in via subordinata, per equivalente, ovvero per il caso di annullamento dell'intera gara, per la condanna dell'università alla reintegrazione in forma specifica mediante la rinnovazione delle operazioni di gara e, in subordine, al risarcimento per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Torino e della Bibliotheca Rfid Library S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 dicembre 2012 la dott.ssa Ofelia Fratamico e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso ritualmente notificato la 3M Italia s.p.a. ha chiesto al Tribunale di annullare, previa sospensione dell'efficacia, anche con eventuale decreto presidenziale e x art. 56 c.p.a., a) il provvedimento n. 4569 del 26.07.2012 con il quale era stata esclusa dalla procedura ristretta di affidamento della fornitura di sistemi RFID e relative installazione, assistenza e manutenzione per la gestione del patrimonio librario delle Biblioteche del Campus Luigi Einaudi dell'Università degli Studi di Torino; b) l'aggiudicazione definitiva della gara alla Bibliotheca RFID Library s.r.l.; c) la nota prot. n. 25945 del 26.07.2012 con la quale le era stata data comunicazione dell'esclusione; d) il provvedimento n. 4650 del 30.07.2012 di rettifica del decreto n. 4549 e la relativa nota di comunicazione; e) tutti gli atti ed i verbali di gara, compresi il verbale n. 3, i verbali di seduta pubblica ed i verbali di seduta riservata, n. 1 e n. 2, i decreti dirigenziali n. 4343 e n. 4348 del 19.07.2012, la nota prot. n. 24904 dello stesso 19.07.2012, la lex specialis di gara, incluso l'invito a formulare offerta, il capitolato e la nota prot. n. 19103

del 31.05.2012, le comunicazioni email dell'Ufficio appalti dell'Università di Torino del 30.07.2012 e del 31.07.2012 ed il silenzio diniego eventualmente formatosi a seguito dell'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso ai sensi dell'art. 243 bis d.lgs. n. 163/2006 del 27.07.2012.

La ricorrente ha altresì domandato al Tribunale l'accertamento del suo diritto ad essere riammessa alla procedura di gara e ad ottenere l'aggiudicazione definitiva della fornitura in quanto prima migliore offerente, o, in subordine, dell'illegittimità degli atti di gara e la condanna dell'Università di Torino al risarcimento del danno in forma specifica o, in via subordinata, per equivalente.

Avverso gli atti impugnati la ricorrente ha dedotto 1) violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, violazione dell'art. 97 della Costituzione e del principio di buon andamento della pubblica amministrazione, eccesso di potere, erroneità dei presupposti, illogicità, violazione della par condicio tra i concorrenti, difetto di motivazione e di istruttoria, violazione e falsa applicazione dell'art. 55 d.lgs. n. 163/2006, violazione e falsa applicazione dell'art. 46 comma 1 bis d.lgs. 163/2006, violazione del principio di proporzionalità; 2) violazione e applicazione della lex specialis di gara, eccesso di potere, erroneità, illogicità, contraddittorietà, carenza di motivazione e di istruttoria, mancanza del contrarius actus; 3) violazione e falsa applicazione degli artt. 79 e 13 d.lgs. n. 163/2006, violazione dei principi in materia di verbalizzazione, di formazione degli atti di gara e di collegialità; in subordine 4) violazione e falsa applicazione dei principi di unicità della Commissione di gara, violazione dell'art. 97 Cost., e del principio del buon andamento; 5) violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, eccesso di potere, erroneità, illogicità, contraddittorietà, carenza di motivazione e di istruttoria, violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87 e 88 d.lgs. n. 163/2006; 6) violazione e falsa applicazione dell'art. 69 R.D. n. 827/1924 e dell'art. 81 comma 3 d.lgs. n. 163/2006, violazione della lex specialis.

Con decreto n. 456/2012 del 7.08.2012 il Presidente, rilevando l'esistenza nel caso in questione di un pericolo di danno grave ed irreparabile per le ragioni della ricorrente, stante la richiesta di esecuzione anticipata del contratto, ha accolto in via provvisoria la domanda cautelare riammettendo la 3M alla gara.

Nelle date del 24.08.2012 e del 5.09.2012 si sono costituite in giudizio l'Università degli studi di Torino e la contro interessata Bibliotheca RFID Library Systems s.r.l., chiedendo il rigetto del ricorso, in quanto infondato.

Con ordinanza n. 508/2012 dell'8.09.2012 il Collegio, ritenendo il ricorso assistito da apprezzabili elementi di fumus boni iuris, ha accolto la domanda cautelare.

Con ordinanza n. 3951/2012 del 1.10.2012 il Consiglio di Stato ha accolto, però, l'appello contro tale pronuncia "ai fini della sospensione di ogni atto della procedura di gara fino alla definizione del giudizio di merito dinanzi al giudice di primo grado".

All'udienza pubblica dell'11.12.2012 la causa è stata, quindi, trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe la 3 M Italia s.p.a. ha lamentato, in primo luogo, l'illegittimità per violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, nonché dell'art. 46 c. 1 bis d.lgs. n. 163/2006, della propria esclusione dalla procedura indetta dall'Università di Torino, motivata dall'Amministrazione con il mancato rispetto da parte sua dell'orario previsto per la consegna della campionatura, ossia perché la 3M non aveva fatto pervenire tutta la campionatura entro le ore 12.00 della data prestabilita (originariamente fissata all'11.06.2012 e poi differita al 18.06.2012) ma, limitatamente a due componenti del sistema, con alcune ore di ritardo a causa di contrattempi dello spedizioniere dall'Inghilterra.

Tale censura è fondata e meritevole di accoglimento.

Anche in seguito ad un più approfondito esame degli atti, proprio della fase di merito, il Collegio ritiene, in verità, di non poter condividere l'interpretazione suggerita dal Giudice di appello e di non poter considerare la

campionatura sic et simpliciter una parte dell'offerta tecnica, in grado di determinare, in caso di ritardo nel deposito, l'esclusione della concorrente dalla procedura di gara.

Ciò per ragioni formali, derivanti dalla lettura sistematica delle disposizioni dell'Invito a formulare l'offerta e del Capitolato speciale, sia per motivi sostanziali, connessi alla funzione della campionatura ed ai principi di massima partecipazione e di tassatività delle cause di esclusione.

Quanto al primo aspetto, occorre sottolineare che nell'Invito e nel Capitolato la campionatura è indicata anche graficamente (cfr. pag. 5 del doc. n. 6 e p. 8 del doc. n. 7 entrambi della ricorrente) come un adempimento ben distinto dalla formazione e dall'invio del "plico" contenente le tre buste "A-Documentazione", "B - Offerta tecnica" e "C - Offerta economica".

Nei medesimi atti l'Amministrazione ha, poi, stabilito che la consegna della campionatura sarebbe dovuta avvenire "entro il termine di scadenza per la presentazione dell'offerta" (quasi a sottolineare l'alterità da quest'ultima) senza ribadire in alcun modo la perentorietà della data e dell'orario fissati né tantomeno evidenziare che tale previsione era inserita a pena di esclusione.

Agli indizi "letterali" si deve aggiungere l'elemento dato dalla funzione stessa della campionatura che, come evidenziato dalla giurisprudenza, "va individuata nel contemperamento del principio del libero accesso alle gare con la garanzia che vi partecipino imprese affidabili; che a tale fine, il legislatore impone una campionatura a sorteggio tesa a riscontrare il possesso, da parte delle imprese, dei requisiti dichiarati ai fini partecipativi e che la finalità è quella di responsabilizzare i partecipanti e di escludere da subito i soggetti privi delle richieste qualità volute dal bando, che, per il solo fatto di partecipare senza titolo, alterano, di per sé, la gara quantomeno per un aggravio di lavoro della commissione di gara, chiamato a vagliare anche concorrenti inidonei, con le relative questioni innescabili e nella fattispecie la campionatura è stata prodotta in tempo utile a consentire detta valutazione" (Cons. Stato Sez. V, 24-11-2011, n. 6239).

La predetta funzione appare attribuita anche alla campionatura prevista dalla procedura in questione che, anche se richiesta "ex ante" a tutti i concorrenti, viene in rilievo nei verbali di gara (cfr. Verbale di gara rep. 3108 del 21.06.2012 pag. 8, doc. n. 1 dell'Amministrazione) proprio in connessione all'applicazione dell'art. 48 c. 1 d.lgs. n. 163/2006 quando "la Commissione giudicatrice, conclusa ... la fase di ammissione degli operatori economici alla gara, decide di procedere, ai sensi dell'art. 48 comma 1 d.lgs. 163/2006 e s.m.i., a richiedere a tutti gli operatori economici offerenti la documentazione volta alla verifica del possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico-organizzativa, richiesti ai punti III.2.2 e III.2.3 del Bando di gara, nonché di convocare gli offerenti per il 27.06.2012 ore 10.30 c/o il campus Luigi Einaudi, Lungo Dora Siena n. 68/A ai fini della dimostrazione della funzionalità della campionatura consegnata".

Dai verbali di gara in atti, inoltre, risulta come, pur avendo riscontrato da subito il lieve ritardo di due concorrenti su tre nel deposito della campionatura, la Commissione, in un primo tempo, proprio "al fine di garantire la più ampia partecipazione alla gara" avesse correttamente deciso "di ammettere alla medesima tutti gli operatori economici offerenti" e come l'arrivo dell'ultima parte del sistema di 3M alcune ore dopo le 12.00 del 18.06.2012 non abbia in alcun modo condizionato lo svolgimento della successiva verifica o lo svolgimento dell'intera gara.

Alle considerazioni che precedono, relative alla violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara deve, poi, sommarsi l'esame della dedotta censura di violazione dell'art. 46 c. 1 bis d.lgs. n. 163/2006 e, dunque, del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare d'appalto.

Se, come ritenuto da questo TAR, la campionatura è un adempimento ben distinto dall'offerta e in particolare dall'offerta tecnica, il ritardo nel deposito di una parte di essa non poteva condurre all'esclusione della concorrente dalla gara non costituendo un'ipotesi "di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal... codice e dal

regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti” e non corrispondendo a nessuno degli altri casi tassativamente indicati dal comma 1 bis dell’art. 46 d.lgs. n. 163/2006, al di fuori dei quali le eventuali prescrizioni di esclusione da parte dei bandi “sono comunque nulle”.

Alla luce delle argomentazioni svolte, le censure formulate dalla ricorrente nel primo motivo di ricorso non possono, come detto, che venire accolte, con assorbimento di tutte le altre doglianze.

Devono, quindi, essere annullati il decreto n. 4569 del 26.07.2012 di esclusione della 3M Italia s.p.a., l’aggiudicazione a Bibliotheca RFID Library s.r.l., il decreto di rideterminazione del punteggio dell’aggiudicataria e tutti gli atti successivi della procedura.

La nuova valutazione delle offerte presentate, comprensive di quella della ricorrente, da effettuarsi da parte dell’Amministrazione, costituisce soddisfazione specifica dell’interesse fatto valere con il ricorso.

Per la complessità della controversia, suscettibile, comunque, di condurre a soluzioni ermeneutiche diverse, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando,

- accoglie il ricorso nei termini di cui in motivazione;
- compensa tra le parti le spese di lite.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità Amministrativa.

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2012 con l’intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Ofelia Fratamico, Referendario, Estensore

Antonino Masaracchia, Referendario

L’ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/01/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)