

N. 03516/2013REG.PROV.COLL.

N. 00227/2013 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale n. 227 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla società Bibliotheca Rfid Library Systems s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluca Cosaro e Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare, 14;

contro

Università degli Studi di Torino, in persona del Rettore legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici domicilia in Roma, via dei Portoghesi, 12;

3M Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Adriano Raffaelli e Paolo Todaro, con domicilio eletto presso Enrico Adriano Studio Rucellai & Raffaelli in Roma, via due Macelli, 47;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PIEMONTE - TORINO: SEZIONE II n. 157/13, nonché del dispositivo di sentenza del T.A.R. PIEMONTE - TORINO: SEZIONE II n. 1334/2012, resa tra le parti, concernente appalto di fornitura di sistemi "antitaccheggio"

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Torino e di 3M Italia s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 maggio 2013 il consigliere di Stato Giulio Castriota Scanderbeg e uditi per le parti l'avvocato Pafundi, l'avvocato Todaro e l'avvocato dello Stato Figliolà;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La società Bibliotheca RFID Library Systems s.r.l. d'ora in avanti anche Bibliotheca) impugna la sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Piemonte 31 gennaio 2013, n.157 – anticipata dalla immediata pubblicazione del dispositivo n. 1334 del 2012 -, che ha accolto il ricorso, proposto dalla società 3M Italia s.p.a., avverso l'esclusione di quest'ultima dalla gara d'appalto indetta dall'Università degli studi di Torino per l'affidamento della fornitura di "sistemi rfid e relative installazione, assistenza e manutenzione, per la gestione del patrimonio librario delle

biblioteche del campus Luigi Einaudi di Torino”, nonché avverso la connessa aggiudicazione della stessa gara alla odierna appellante.

Sia nel ricorso proposto avverso il dispositivo che nei motivi aggiunti prodotti avverso la motivazione, l'appellante si duole della erroneità della impugnata sentenza e ne chiede la riforma sull'assorbente rilievo della incensurabilità della determinazione di esclusione dalla gara di 3M Italia s.p.a., a suo dire correttamente disposta dalla stazione appaltante in conseguenza della mancata produzione, da parte dell'esclusa, nel rispetto del termine decadenziale del 18 giugno 2012 fissato ai concorrenti per la presentazione delle offerte, della campionatura di fornitura, ritenuta parte essenziale dell'offerta tecnica.

Conclude l'appellante per l'accoglimento dell'appello e per la reiezione, in riforma della impugnata sentenza, del ricorso di primo grado.

Si è costituita in giudizio l'Università degli studi di Torino per resistere al ricorso e per chiederne la reiezione.

Si è altresì costituita in giudizio la società controinteressata per resistere all'appello e per chiederne la reiezione

Con ordinanza cautelare 11 marzo 2013, n. 796, la sezione ha sospeso l'esecutività della impugnata sentenza ed ha fissato per la trattazione del merito l'odierna udienza del 17 maggio 2013, in esito alla quale la causa è stata trattenuta per la sentenza.

2.- Il Collegio ritiene di risolvere, con sentenza parziale, alcune delle questioni controverse nella presente causa. Per converso, per la definizione dell'intero giudizio, come più diffusamente si dirà oltre, appare opportuno attendere le sentenze che l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato adotterà prossimamente sulle ordinanze di rimessione di questa stessa sezione n. 761 del 2013 e n. 2681 del 2013 .

3.- Venendo alle questioni che possono fin d'ora trovare soluzione, il Collegio ritiene che vadano affrontate preliminarmente due questioni processuali sollevate dalla società appellata.

3.1 - La prima riguarda la dedotta mancata impugnazione, da parte dell'odierna società appellante, del provvedimento di riammissione alla gara della società 3M Italia s.p.a. disposta dalla stazione appaltante in esito all'ordinanza cautelare di accoglimento adottata dal giudice di primo grado nell'ambito dell'originario ricorso prodotto dall'interessata avverso la propria esclusione.

A parere della società intimata, era preciso onere dell'appellante gravare tale nuovo provvedimento, ancorchè intervenuto iudicio pendente ed in esecuzione di ordinanza cautelare, non essendo sufficiente ad investire il giudicante dell'intera questione controversa l'impugnazione della sentenza di accoglimento adottata dal T.a.r. sul ricorso di 3M Italia avverso la propria esclusione.

Il rilievo non risulta fondato.

La riammissione di 3M Italia s.p.a. è stata disposta in ottemperanza alla pronuncia cautelare di prime cure nell'ambito del giudizio sulla legittimità della originaria esclusione, introdotto in primo grado da 3M Italia e rifluito in appello a seguito della impugnazione della sentenza da parte di Bibliotheca. Tale ambito giudiziale, inerente la legittimità o meno della partecipazione alla gara dell'originaria ricorrente, esaurisce ogni possibile tratto dell'azione amministrativa che, in esecuzione di provvedimenti cautelari provvisori del giudice amministrativo, abbia investito la

questione della legittima partecipazione alla gara della società 3m Italia s.p.a.. Non era dunque, rappresentato dalla legittimità o meno dell'originario provvedimento di esclusione oggetto del ricorso di primo grado.

4. Con riguardo a tale questione centrale del giudizio, il Collegio non condivide il percorso logico seguito nella impugnata sentenza, nonché le conclusioni cui sono pervenuti i giudici di prime cure.

4.2- Il T.a.r., in particolare, nella impugnata sentenza, ha ritenuto la illegittimità dell'esclusione della originaria ricorrente per tardivo deposito di una parte della campionatura oggetto di fornitura, sia per ragioni formali che per ragioni sostanziali connesse alla funzione della campionatura ed ai principi di massima partecipazione e di tassatività delle cause di esclusione.

Quanto al profilo formale, il Giudice di primo grado ha osservato che, sia nell'invito a formulare l'offerta sia nel capitolato speciale d'appalto, il deposito della campionatura era previsto come adempimento ben distinto rispetto alla formazione dei plichi contenenti la documentazione e le offerte (tecnica ed economica). Inoltre, la stessa funzione del deposito della campionatura, strumentale a rendere possibile, ex post, la verifica a campione sull'affidabilità dell'offerta, doveva suggerire, a parere dei giudici di primo grado, una soluzione che ritenesse come non perentorio il termine (coincidente con il termine stabilito per le offerte, id est le ore 12,00 del 18 giugno 2012) fissato per il suo deposito, anche alla luce della tassatività delle cause di esclusione, prevista dall'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006.

4.3 – La società appellante ha lamentato l'erroneità della sentenza sul semplice rilievo della previsione, nella lex specialis di gara, di un termine per il deposito della campionatura e del suo carattere strumentale per la valutazione delle offerte; pertanto la violazione del predetto termine di deposito della campionatura, da parte di 3M Italia s.p.a., a ragione avrebbe comportato la sua esclusione dalla gara.

4.4- Ritiene il Collegio che il motivo d'appello sia fondato.

Dalla lettera di invito si desume, senza possibilità di equivoci:

- che la campionatura era funzionale alla valutazione delle offerte da parte della commissione di gara;

- che, infatti, la stessa era indicata quale elemento da produrre a corredo della relazione tecnica (quest'ultima da inserire senz'altro nel plico contenente l'offerta tecnica) e che, pertanto, solo per ovvie ragioni di spazio la campionatura non doveva essere inserita nei plichi contenenti le offerte, pur dovendosi rispettare, per il suo deposito, la medesima scansione temporale fissata per la presentazione delle offerte (in particolare, la lex specialis disponeva che la stessa doveva essere prodotta "entro il termine di scadenza per la presentazione delle offerte").

Da quanto detto si deve desumere che, a mezzo del richiamo alla disciplina del termine per la presentazione delle offerte, la stazione appaltante abbia voluto presidiare, anche per l'incombente relativo al deposito della campionatura, la effettiva osservanza dell'adempimento con la sanzione della esclusione in caso di mancato rispetto del bando, e tanto proprio per lo stretto nesso di funzionalità sussistente tra l'esame contestuale, in sede di verifica dell'offerta tecnica, della relazione tecnica e dei campioni di fornitura, al fine di poter meglio graduare il giudizio valutativo sulle offerte tecniche.

Non appare pertanto condivisibile quanto affermato dalla ricorrente di primo grado e dal T.a.r. riguardo alle stesse finalità dell'incombente relativo al deposito della campionatura che, lungi dal consentire un controllo a campione (ed ex post) sulla qualità delle offerte, era funzionale al compimento dell'attività valutativa della commissione di gara. Il rispetto di quel termine, dunque, oltre che per effetto del rinvio ob relationem a quello (di pacifica natura perentoria) di presentazione delle offerte, si imponeva dunque al fine di consentire, in omaggio al principio di buon andamento amministrativo, la contestuale e rapida valutazione delle offerte, non essendo plausibile che la stazione appaltante avesse inteso rimettere alla libera disponibilità degli offerenti l'espletamento di un incombenza essenziale e propedeutico allo svolgimento delle operazioni valutative della commissione di gara. Di tal che sia l'interpretazione letterale sia quella teleologica della previsione della lex specialis dovevano indurre a ritenere la perentorietà di quel termine e, per l'effetto, la inammissibilità di produzioni tardive (anche di parte della campionatura)

Né, nella fattispecie in esame, ha motivo di porsi, come invece sembra prospettare il Giudice di primo grado, un problema di possibile violazione dell'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n.163 del 2006, che sancisce la tassatività delle clausole di esclusione; per vero, è lo stesso art. 42, comma 1, lett. l), del Codice dei contratti pubblici a prevedere, negli appalti di forniture, il deposito di campioni quale ordinaria modalità di prova del requisito di capacità tecnica, di tal che la clausola del bando risulta coerente con la richiamata previsione di rango primario, sia con riguardo alla natura dell'incombente posto a carico degli offerenti, sia in relazione alla necessità di fissare un termine perentorio per il deposito dei campioni di fornitura (in quanto funzionale a comprovare il requisito di capacità tecnica dell'offerente).

Per concludere, va ritenuta immune da vizi la determinazione di esclusione assunta dall'Università di Torino in danno della originaria ricorrente che, avendo tardivamente prodotto la campionatura oggetto di offerta, era senz'altro da escludere dalla selezione, anche a garanzia del principio della par condicio competitorum.

5.- Quanto agli altri temi controversi, il Collegio ritiene, come dianzi anticipato, che il presente giudizio vada sospeso, ai sensi dell'art. 79 c.p.a. e 295 c.p.c., in attesa delle sentenze che l'adunanza plenaria andrà a pronunciare sulle distinte questioni: a) del rapporto tra appello avverso il dispositivo ed appello avverso la sentenza definitiva di primo grado (cfr. ordinanza di questa sezione n. 761 del 2013), in quanto tale questione, anche in considerazione della espressa eccezione di inammissibilità sul punto sollevata dalla difesa di 3 M Italia s.p.a., deve essere espressamente affrontata e risolta nella presente causa, avuto riguardo alla forma dell'impugnazione della motivazione della sentenza di primo grado (proposta con " motivi aggiunti"), peraltro in epoca successiva alla declaratoria di improcedibilità dell'appello principale avverso il dispositivo (occorsa con ordinanza di questa sezione 6 febbraio 2013, n. 434); b) della possibilità di riconnettere tutela processuale all'interesse soltanto strumentale (alla riedizione della gara) dedotta da un soggetto (nel caso in esame, da 3M Italia s.p.a.) legittimamente escluso – per quanto dianzi osservato - dalla competizione, questione anch'essa affrontata (unitamente ad altre) nella ordinanza della sezione n. 2681 del 2013 e sottoposta al giudizio dell'adunanza plenaria.

In particolare, la soluzione di tale ultima questione appare pregiudiziale alla stessa possibilità di esaminare nel merito la fondatezza del motivo di primo grado di 3 M Italia s.p.a., rimasto assorbito nella sentenza di accoglimento, riguardante il carattere (asseritamente) anomalo dell'offerta di Bibliotheca RFID Library s.r.l. e la connessa censura di mancata verifica dell'anomalia dell'offerta prodotta da Bibliotheca. Il problema che si pone è quello di stabilire se la originaria ricorrente (3 M Italia s.p.a.), una volta accertata la legittimità della sua esclusione dalla gara, sia comunque legittimata a coltivare tale censura, in un'ottica necessariamente demolitoria degli esiti della gara ed

in vista della sua rinnovazione (cui si perverrebbe se l'offerta di Bibliotheca dovesse risultare effettivamente "anomala").

Per la trattazione di tali ultime questioni il Collegio ritiene opportuno, in definitiva, al fine di evitare statuizioni che potrebbero, in tesi, essere a breve smentite dalle decisioni della adunanza plenaria, far luogo alla sospensione del presente giudizio ai sensi degli artt. 79 c.p.a. e 295 c.p.c., in attesa delle sentenze del supremo consesso giurisdizionale di questo Consiglio di Stato.

Le spese di lite saranno regolate con la sentenza definitiva.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), non definitivamente pronunciando sull'appello (r.g.n. 227/2013), come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, nei sensi e limiti di cui in motivazione e dispone, quanto al resto, la sospensione del giudizio, ai sensi degli artt. 79 c.p.a. e 295 c.p.c..

Spese al definitivo.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere, Estensore

Bernhard Lageder, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/06/2013

IL SEGRETARIO

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