

Pubblicato il 04/06/2018

N. 01137/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00737/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 737 del 2018, proposto da Esperia S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Università degli Studi Messina, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocatura dello Stato, presso cui è domiciliata in Catania, via Vecchia Ognina n. 149;

nei confronti

Idealservice Soc. Coop., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

– del provvedimento prot. n. 26164 del 4 aprile 2018 di esclusione della Società Esperia S.p.A. dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio di pulizia e igiene ambientale delle strutture universitarie – Lotto n. 1;

- della nota di trasmissione del provvedimento di esclusione prot. n. 26196 del 4.4.2018 a firma del Direttore Generale Prof. Daniela Rupo;
- dell'avviso ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. 50/2016 pubblicato in data 4 aprile 2018;
- della lettera di invito e della lex specialis di gara laddove interpretate nel senso di pretendere a pena di esclusione la produzione dell'allegato n. 12 nel plico contenente l'offerta tecnica;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Messina;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del 24 maggio 2018 il dott. Giovanni Iannini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

L'Università degli Studi di Messina ha, a suo tempo, indetto una gara per l'affidamento del servizio di "pulizia e igiene ambientale delle strutture universitarie nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione della pubblica amministrazione per la fornitura dei servizi di pulizia e igiene ambientale per gli immobili in uso, a qualsiasi titolo, alle pubbliche amministrazioni".

La Esperia S.p.a. è stata esclusa dalla partecipazione alla gara per il lotto 1, del valore di € 2.576.952,52, per non avere inserito nel plico relativo alle offerte tecniche l'allegato 12, recante una dichiarazione con la quale i concorrenti si vincolavano a fornire prodotti rispettosi dei criteri ambientali minimi (CAM).

La società Esperia ha proposto ricorso avverso l'atto di esclusione rilevando con un primo motivo che, contrariamente a quanto affermato dalla Stazione appaltante, il provvedimento impugnato non può ritenersi adottato ai sensi del combinato disposto degli artt. 29 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. L'ambito di operatività di tali norme si esaurirebbe, infatti, con la conclusione della

verifica dei requisiti soggettivi, economico – finanziari e tecnico – professionali e non toccherebbe la fase successiva di esame delle offerte.

La ricorrente, con il secondo motivo, ha rilevato la violazione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, difetto di istruttoria, illogicità manifesta e difetto di motivazione.

Essa ha lamentato il mancato esperimento del procedimento di soccorso istruttorio ed ha evidenziato che i prodotti indicati nell'offerta tecnica sono tutti ECOLABEL e, quindi, rispettosi dei criteri ambientali minimi.

Ha, inoltre, rilevato la violazione del legittimo affidamento, in quanto il sistema dinamico di acquisizione telematico con il quale è stata effettuata la gara, non avrebbe previsto alcun campo in cui caricare la dichiarazione obbligatoria di impegno.

La società Esperia ha, infine, rilevato la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, in quanto la mancanza della dichiarazione in questione non sarebbe prevista quale causa di esclusione dal codice dei contratti o da altre norme di legge.

La ricorrente ha impugnato, altresì, gli altri atti di cui in epigrafe, ma solo ove ritenuti lesivi ovvero, nel caso delle previsioni della lex specialis, ove interpretati nel senso di pretendere a pena di esclusione la produzione dell'allegato n. 12 nel plico contenente l'offerta tecnica.

Si è costituita l'Università di Messina, con il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, rilevando l'infondatezza del ricorso. Essa, in particolare, ha evidenziato che la Commissione di gara aveva rilevato la mancanza di documenti afferenti l'offerta tecnica, tra cui la dichiarazione di impegno CAM. A differenza di altri concorrenti, che hanno indicato di avere caricato in piattaforma la dichiarazione, sia pure in diversi campi o sezioni, l'odierna ricorrente ha prodotto una dichiarazione di impegno in data 15 marzo 2018, successiva rispetto alla data di presentazione delle offerte.

La difesa erariale ha sottolineato che il Capitolato ha previsto che i concorrenti dovessero inviare, a pena di esclusione, un'offerta tecnica costituita, tra l'altro, di una dichiarazione di impegno all'utilizzo di prodotti riconducibili e conformi alle specifiche tecniche di cui al D.M. 24 maggio 2012, recante criteri minimi ambientali per l'affidamento del servizio di pulizia e per la fornitura di prodotti per l'igiene.

L'omessa presentazione della dichiarazione non sarebbe stata sanabile mediante la procedura di soccorso istruttorio, in quanto l'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 esclude tale procedura nel caso siano omessi dichiarazioni o documenti attinenti all'offerta.

Non vi sarebbe stata alcuna violazione del legittimo affidamento, come sarebbe dimostrato dal fatto che gli altri concorrenti hanno presentato la dichiarazione, pur caricandola in diversi campi o sezioni.

Nella camera di consiglio del 24 maggio 2018 il Collegio ha avvertito le parti della possibilità di definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata. La causa è stata, quindi, assegnata in decisione.

Rileva il Collegio che appare condivisibile quanto affermato dalla ricorrente in relazione alla non applicabilità delle norme dell'art. 120, commi 2 bis e 6 bis, c.p.a.

La norma, di stretta interpretazione, riguarda i provvedimenti di esclusione o ammissione adottati all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico – finanziari e e tecnico professionali.

Nel caso di specie l'esclusione è stata disposta a causa della mancanza di una dichiarazione da presentare con l'offerta tecnica. La valutazione della sussistenza della causa di esclusione è stata, quindi, compiuta dopo la chiusura della fase inerente i requisiti contemplati dall'art. 120, comma 2 bis, c.p.a.

Passando all'esame delle censure dedotte, la questione da esaminare si riduce, a ben vedere, a quella relativa all'ammissibilità del soccorso istruttorio. Laddove se ne escludesse l'ammissibilità, l'offerta tecnica risulterebbe carente di un elemento, per cui il principio di tassatività delle cause di esclusione non potrebbe venire in considerazione.

Il punto 6.8 del Capitolato prevede che "Il concorrente dovrà inviare e fare pervenire, a pena di esclusione, attraverso il Sistema alla Stazione appaltante con riferimento a ciascun singolo Lotto cui si intende partecipare, una Offerta Tecnica costituita:

- a) da una Dichiarazione generata dal Sistema in formato .pdf denominata "Offerta Tecnica" con indicazione delle caratteristiche tecniche offerte previste dal Capitolato Tecnico; tale dichiarazione dovrà essere, a pena di esclusione: i) scaricata e salvata sul proprio pc; ii) sottoscritta digitalmente; iii) immessa nuovamente a sistema e quindi fatta pervenire alla stazione appaltante;
- b) da una relazione per la valutazione qualitativa del servizio redatta sulla base del format allegato al capitolato tecnico (All. 2.B). Nella relazione il concorrente è tenuto a specificare, per ogni singolo criterio e sub-criterio di valutazione indicato nella griglia di cui all'allegato 2.A, le caratteristiche dei servizi offerti;
- c) da una dichiarazione di impegno all'utilizzo di prodotti riconducibili e conformi alle categorie ed alle specifiche tecniche di cui al D.M. 24 maggio 2012 recante criteri minimi ambientali per l'affidamento del servizio di pulizia e per la fornitura di prodotti per l'igiene (All. 12);
- d) da una dichiarazione anche essa sottoscritta digitalmente contenente l'indicazione analitica delle parti dell'Offerta Tecnica coperte da riservatezza, con riferimento a marchi, knowhow, brevetti, ecc. Il

concorrente potrà inviare tale dichiarazione attraverso il suo inserimento nell'apposito spazio del Sistema denominato "Eventuale documentazione coperta da riservatezza".

Le previsioni del Capitolato non sembrerebbero lasciare spazio alla soluzione propugnata dalla ricorrente: la dichiarazione è considerata parte dell'offerta tecnica e la mancanza di alcuno degli elementi previsti è espressamente sanzionata con l'esclusione.

La norma dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 esclude dal soccorso istruttorio la carenza di elementi dell'offerta tecnica e dell'offerta economica. Ciò potrebbe indurre a ritenere non applicabile la procedura di soccorso istruttorio a una dichiarazione considerata parte integrante dell'offerta tecnica.

Osserva, tuttavia, il Collegio che la ratio dell'esclusione è chiaramente quella di non consentire alcuna modificazione dell'offerta dopo che sia decorso il termine per la presentazione di essa.

Non può sfuggire, tuttavia, che, nel caso di specie, un'esigenza del genere non ricorre, atteso che l'elemento omesso non attiene alle caratteristiche tecniche della prestazione, quali definite dal concorrente. L'elemento in questione si riduce all'impegno ad utilizzare prodotti con le caratteristiche indicate dalla Stazione appaltante, conformi alle previsioni del richiamato decreto ministeriale. Tale impegno, se pure attinente alle caratteristiche tecniche dei prodotti, non incide sul contenuto dell'offerta tecnica predisposta dal concorrente, che certamente non esclude di per sé l'utilizzo di prodotti CAM.

L'acquisizione della dichiarazione in un momento successivo alla scadenza del termine di presentazione non determina un mutamento dell'offerta tecnica, che rimane del tutto inalterata.

Potrebbe obiettarsi che alla dichiarazione in questione può attribuirsi un valore negoziale e che questo può indurre a ritenere essa non equiparabile a dichiarazioni concernenti requisiti tecnici o economici, suscettibili di soccorso istruttorio.

Tale argomento, per quanto non irrilevante, non pare decisivo, tenuto conto che può fondatamente dubitarsi del fatto che sia proprio tale dichiarazione a costituire il fondamento dell'obbligo dell'aggiudicatario di utilizzare prodotti conformi a criteri ambientali minimi.

Ritiene, pertanto, il Collegio che, anche in considerazione di un principio di favor participationis, l'espletamento della procedura di soccorso istruttorio al fine di acquisire la dichiarazione di cui si tratta dovesse essere ammesso, non risultando presenti preminenti ragioni ostative attinenti al rispetto della par condicio.

In conclusione, il ricorso deve essere accolto, con conseguente annullamento dell'atto di esclusione.

La particolarità della fattispecie e la novità delle questioni trattate giustificano la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento di esclusione.

Compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del 24 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Iannini, Presidente, Estensore

Francesco Bruno, Consigliere

Gustavo Giovanni Rosario Cumin, Primo Referendario