

N. 03701/2016REG.PROV.COLL.

N. 10581/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10581 del 2015, proposto da:
Bmd S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Paoletti,
Emanuela Paoletti, con domicilio eletto presso il primo, in Roma, Via Maresciallo Pilsudski, 118;

contro

Sogin Società Gestione Impianti Nucleari Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa
dall'avvocato Riccardo Barberis, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Via A. Pollaiuolo 3;

nei confronti di

Soc.Tempestini Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Sebastiano Marco
Panella, Alberto Mario Moio, con domicilio eletto presso il secondo, in Roma, Via Donatello 71;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II n. 11209/2015, resa tra le parti, concernente affidamento fornitura
di n. 12 rilevatori di tracce di esplosivi

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Sogin Società Gestione Impianti Nucleari Spa e di Soc.Tempestini Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 maggio 2016 il Cons. Andrea Migliozi e uditi per le parti gli avvocati
Emanuela Paoletti, Francesco Paoletti e Claudio De Portu (su delega di Barberis);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La SO.G.I.N. Spa indicava una procedura selettiva per la fornitura di n. 12 rilevatori portatili di tracce di esplosivi (con la manutenzione ordinaria e straordinaria) a mezzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art.83 del dlgs n. 163/06 e all'esito della gara l'appalto veniva aggiudicata alla Società Tempestini srl, classificatasi al primo posto della graduatoria con punti 100.

La BDM spa classificatasi al secondo posto con punti 76,53 impugnava innanzi al Tar del Lazio il provvedimento del 24 marzo 2015 di aggiudicazione dell'appalto di fornitura in questione in favore della Soc.Tempestini nonché i verbali di gara, deducendone la illegittimità per non avere, la Tempestini tutti i requisiti richiesti, in ordine in particolare, alle specifiche tecniche richieste dal bando

L'adito Tribunale amministrativo con sentenza n. 11209/2015 accoglieva parzialmente il ricorso (primo motivo d'impugnazione) nel senso di annullare l'aggiudicazione "con onere della stazione appaltante di rinnovare l'azione amministrativa a far tempo dalla valutazione dell'offerta tecnica della controinteressata Tempestini per la quale dovrà essere specificatamente valutata l'equivalenza delle soluzioni proposte alle specifiche tecniche richieste".

BDM che peraltro aveva sollecitato SOGIN a procedere in adempimento dell'onere indicato dal TAR alla valutazione dell'equivalenza del prodotto offerto dalla Tempestini ha impugnato tale decisum , posto che rivendica l'aggiudicazione dell'appalto e ritiene che la sentenza pur avendo accolto il ricorso è affetta da erroneità per i seguenti motivi:

Erroneità e manifesta illogicità- violazione e falsa applicazione dell'art. 68 del dlgs n. 163/06- difetto dei presupposti- erronea lettura della documentazione tecnica proposta dalla controinteressata - violazione del principio di par condicio;

Erroneità e manifesta illogicità – violazione e falsa applicazione del dlgs n. 163/06- violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara- difetto e/o errore di lettura dei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante – difetto di presupposti – violazione della discrezionalità amministrativa;

Erroneità, manifesta illogicità e contraddittorietà- omesso esame e omessa pronuncia su un motivo di censura;

Erroneità, manifesta illogicità e contraddittorietà- difetto di presupposti – erronea lettura dell'offerta economica.

Intanto SOGIN procedeva alla rinnovazione della gara all'esito della quale con affidamento dell'appalto di fornitura in questione alla Ditta Tempestini come da provvedimento di aggiudicazione definitiva del 3/3/2016.

In ordine al giudizio qui instaurato si sono costituiti per resistere all'appello sia Sogin che la controinteressata Tempestini : la prima ha eccepito la inammissibilità e improcedibilità del proposto gravame nonché la infondatezza nel merito del medesimo; la seconda ha chiesto rigettarsi l'appello perché infondato in fatto e in diritto.

Le parti hanno poi prodotto memorie anche di replica ad ulteriore sviluppo delle loro tesi difensive .

Con ordinanza n. 326/2016 questa Sezione ha respinto l'istanza di sospensione dell'esecutività dell'impugnata sentenza

All'odierna udienza pubblica la causa è stata introitata per la decisione

DIRITTO

Si può prescindere dalla disamina delle eccezioni di improcedibilità e inammissibilità dell'appello dedotte ex adverso dalla difesa dell'appellata, rivelandosi il proposto gravame nel merito infondato.

Appare utile qui effettuare una più puntuale ricostruzione dei fatti processuali caratterizzanti il giudizio di primo grado, anche al fine di fissare con chiarezza il perimetro del thema decidendum qui in rilievo.

L'originaria ricorrente BMD , ora appellante, contestava in prime cure l'operato della Commissione giudicatrice della gara in quanto l'offerta dell'aggiudicataria (Tempestini) violava le specifiche tecniche di gara e comunque, quanto all'offerta tecnica , il prodotto offerto dalla Tempestini non meritava il punteggio ottenuto a differenza invece del prodotto offerto dalla ricorrente meritevole di maggiore punteggio. Inoltre, l'offerta economica della controinteressata era carente di dati e tale manchevolezza non poteva essere integrata con il soccorso istruttorio posto in essere dalla stazione appaltante.

Quanto poi al decisum impugnato giova far presente che il Tar ha rilevato una certa discrasia tra le specifiche tecniche indicate dalla Tempestini e quelle richieste dalla disciplina di gara , con specifico riferimento al "peso del prodotto" e al "tempo di accensione", rilevando nondimeno che la non piena corrispondenza con le specifiche tecniche richieste poteva essere ovviata , ai sensi dell'art. 68 comma 3 lettera a) del dlgs n. 163/2006 con la valutazione delle soluzioni proposte come equivalenti.

Di qui l'ordine del Tar di "rinnovare l'azione amministrativa "a far tempo dalla valutazione tecnica della controinteressata Tempestini per la quale dovrà essere specificamente valutata l'equivalenza delle soluzioni proposte alle specifiche tecniche richieste" (con riferimento ai requisiti tecnico- operativi riguardanti il peso unitario e il tempo massimo di calibrazione dei dispositivi offerti dalla concorrente Tempestini).

La BDM che rivendica in sostanza la mancata aggiudicazione in suo favore dell'appalto, con l'appello all'esame denuncia la erroneità delle osservazioni e statuizioni del decisum, formulando una serie di censure articolate su quattro mezzi di gravame di cui i primi tre afferenti l'offerta tecnica e il quarto l'offerta economica.

Con i primi tre motivi che per ragioni di logica connessione possono essere congiuntamente trattati, parte appellante lamenta rispettivamente la mancata esclusione della Tempestini per aver offerto un prodotto non conforme alle specifiche tecniche richieste dalla lex specialis, la non sussistenza per il prodotto offerto della controinteressata delle condizioni di sostanziale equivalenza e l'erroneità del punteggio attribuito dalla Commissione alle apparecchiature Tempestini in ragione della ritenuta erronea ricorrenza di elementi e caratteristiche di idoneità tecnica del prodotto offerto.

I detti profili di doglianza non sono condivisibili.

A ben vedere le censure di BDM sono ancorate ad una tesi interpretativa che si fonda su un unico, determinante decisivo presupposto, quello cioè dell'obbligo inderogabile (a pena di esclusione) della corrispondenza dell'offerta tecnica alle specifiche tecniche senza che sia possibile configurare nella specie per l'offerta Tempestini prodotti equivalenti.

Ebbene il presupposto in questione si rivela errato, alla luce del quadro normativo sia legislativo sia regolamentare che regge la gara di che trattasi.

Il dlgs 12 aprile 2006 n. 163 (codice dei contratti) all'art. 68 si occupa delle "specifiche tecniche" e stabilisce al comma 1 che " le specifiche tecniche definite al punto 1 dell'allegato VII figurano nei documenti di contratto , quali il bando di gara, il capitolato d'oneri o i documenti complementari" .

Lo stesso articolo poi al comma 4 prevede espressamente che : " Quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche di cui al comma 3 lettera a), le stazioni appaltanti non possono respingere un'offerta per il motivo che i prodotti e i servizi offerti non sono conformi alle specifiche alle quali hanno fatto riferimento, se nella prova offerta l'offerente prova in modo ritenuto soddisfacente dalle stazioni appaltanti, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni da lui proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalla specifiche tecniche".

Ora è indubbio che con le disposizioni sopra indicate il legislatore allorchè le offerte tecniche devono recare per la loro idoneità degli elementi corrispondenti a specifiche tecniche ha inteso introdurre ai fini della valutazione del prodotto offerto dal soggetto concorrente il criterio dell'equivalenza , nel senso cioè che non vi deve essere una conformità formale, ma sostanziale con le specifiche tecniche nella misura in cui dette specifiche vengono in pratica comunque soddisfatte.

In altri termini occorre verificare se negli elementi che connotano l'offerta tecnica si ravvisa una conformità di tipo funzionale alle specifiche tecniche, senza che quindi si faccia luogo ad un criterio di inderogabile corrispondenza a dette specifiche .

La giurisprudenza, chiamata a pronunciarsi sulla interpretazione della norma di cui al citato art. 68 non ha avuto esitazioni ad affermare la regola della possibilità per l'amministrazione di ammettere prodotti equivalenti (Cons. Stato Sez.III 3/12/2015 n. 5494).

Sempre al riguardo, questo giudice d'appello ha avuto modo di precisare che il principio di equivalenza permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica e, specificatamente, la norma di cui all'art. 68 del dlgs n. 163/2006 e che la possibilità di ammettere a seguito di valutazione della stazione appaltante prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del favor participationis (ampliamento della platea dei concorrenti) e costituisce altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione (Cons Stato Sez. III 2/9/2013 n. 4364; idem 13/9/2013 n. 4541).

Parimenti in relazione alla specifica disposizione di cui al comma 4 del citato articolo del codice dei contratti, in giurisprudenza è stato affermata l'applicazione del criterio di sostanziale ottemperanza alle specifiche tecniche dei prodotti considerati equivalenti, senza che ciò possa comportare la esclusione dalla gara (Cons Stato Sez. VI 13/6/2008 n. 2959; Cons Stato Sez. III30/4/2014 n. 2273).

A ben vedere a fronte di un criterio per così dire "elastico" assunto dalla normativa di rango primario, neppure la regolamentazione disciplinante la gara de qua prevede espressamente l'applicazione di un criterio formalistico ed

inderogabile, nel senso che in relazione ai requisiti dell'offerta non reca un obbligo di formale ed inderogabile conformità alle specifiche tecniche, dal momento che (prospetto illustrativo dell'apparecchiatura proposta redatto in modo conforme alla tab. 1) chiede sì di specificare determinati elementi e parametri ma non di indicare esattamente le specifiche.

D'altra parte che la disciplina di gara sia informata, sul punto, a un criterio di tipo sostanziale- discrezionale della idoneità tecnica dei prodotti richiesti e proposti è confermato dalla previsione pure recata dalla lex specialis di gara secondo cui "sono ammesse da parte del medesimo concorrente offerte relative a più modelli di apparecchiature".

Insomma dal suddetto quadro normativo non è prescritto un obbligo stringente e incoercibile di pedissequo rispetto delle specifiche tecniche, ma piuttosto la possibilità di soluzioni tecniche che soddisfino le esigenze di tipo tecnico per le quali è stata bandita la procedura selettiva.

Dalla disciplina complessivamente considerata non si può evincere la esclusione dalla gara per le offerte che non rispettano integralmente le specifiche tecniche e nemmeno la lex specialis prevede a fronte di tale non pedissequa osservanza l'adozione della misura espulsiva.

Vale altresì pure far rilevare che la valutazione delle offerte tecniche da parte della Commissione giudicatrice , a fronte peraltro dei criteri valutativi puntualmente previsti dal bando di gara, come nella specie avvenuto, costituisce apprezzamento connotato da chiara discrezionalità tecnica sì da rendere detta valutazione insindacabile (Cons Stato Sez. III 13712/2013 n. 5984; Cons stato Sez. V 26/9/2013 n. 4761) e nel caso che ci occupa non è stata messa in discussione la idoneità tecnica del prodotto offerto da Tempestini.

Nondimeno, il macchinario offerto (Scintrex E 2500) ha fatto rilevare una non piena corrispondenza con le specifiche tecniche, in ordine ai due aspetti del peso massimo richiesto e dei tempi di accensione, ma tale circostanza non può dar luogo alla esclusione e neppure alla affermazione di una non idoneità dell'apparecchiatura offerta, essendo però suscettibile di essere valutata come soluzione equivalente in grado o meno di soddisfare comunque quelle esigenze tecniche che giustificano l'indizione della gara, come reso possibile dalle previsioni normative di cui al più volte indicato art. 68 del dlgs n. 163/06.

Se cioè, nella specie era possibile configurare, come in effetti avvenuto, una situazione di non perfetta corrispondenza alle specifiche tecniche di una consistenza tale da far scattare la possibilità di soluzioni equivalenti tali da poter soddisfare gli aspetti tecnici richiesti, non v'era motivo di ritenere non idonea l'offerta Tempestini né tantomeno era possibile a fronte di tale discrasia escludere detta concorrente dalla gara.

Di qui allora l'esattezza della statuizione del primo giudice che ha rimesso all'Amministrazione l'onere di rinnovare la procedura con la valutazione dell'offerta tecnica ai fini della possibilità di accertare la sussistenza o meno di soluzioni equivalenti.

Che se poi la BDM intende far valere la prevalenza del suo prodotto, ebbene, la valutazione delle offerte tecniche, rimessa , come sopra ricordato, all'insindacabile giudizio tecnico discrezionale della commissione giudicatrice (ancora, Cons Stato Sez. V 8/3/2011 n. 1464) vede una posizione dell'appellante del tutto recessiva rispetto a quella della controinteressata , se è vero che all'offerta tecnica della Tempestini veniva attribuito il punteggio di 55 e a quella della BDM il punteggio di 35, con notevole "distacco" quindi dell'aggiudicataria dall'attuale appellante.

Col quarto ed ultimo motivo parte appellante deduce la invalidità dell'offerta economica della Tempestini in ragione della sua incompletezza perché carente del listino dei singoli prezzi di ricambio e la inammissibilità di una sorta di soccorso istruttorio posto in essere dalla stazione appaltante.

Così non è.

La Tempestini ha regolarmente prodotto la tabella 3 relativa a " Listino prezzi per riparazioni e parti di ricambio" e la Commissione dopo aver rilevato, quanto alle offerte economiche, la completezza della documentazione prodotta dai concorrenti, con la richiesta di cui alla nota del 16712/2015 si è limitata a chiedere in sostanza la conferma di quanto già documentato dalla concorrente Tempestini per quanto riguarda la esatta individuazione delle parti di ricambio senza che ciò comportasse la produzione di nuovi documenti, risultando ab origine sostanzialmente indicata la determinazione del contenuto dell'offerta economica .

In concreto la Commissione giudicatrice non ha posto in essere un'attività di soccorso volta ad ovviare alla carenza di una documentazione dal carattere decisivo sul punto, limitandosi a richiedere semplici chiarimenti , nell'ambito di un potere rimesso a tale organismo e senza che nella specie si sia potuto verificare una inammissibile integrazione della documentazione già prodotta e nemmeno una modifica dell'offerta economica in precedenza formulata.

In forza delle suesposte considerazioni l'appello è da ritenersi infondato e va perciò respinto.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c. in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di segno diverso.

Le spese del presente grado del giudizio attese la peculiarità della controversia in rassegna possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Compensa tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Anastasi, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere, Estensore

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

L'ESTENSORE
Andrea Migliozi

IL PRESIDENTE
Antonino Anastasi