

N. 01518/2015 REG.PROV.COLL.

N. 02516/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2516 del 2014, proposto da:
Stima S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Giuseppe Gitto, con domicilio presso lo stesso, in Catania, Viale XX Settembre 28;

contro

Azienda Metropolitana Trasporti Catania S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Valerio Sceflo, con domicilio presso lo stesso, in Catania, Via Ronchi 12;

nei confronti di

Palermo & C. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Emiliano Luca, con domicilio presso lo stesso, in Catania, Via Vincenzo Giuffrida 37;

per l'annullamento

a) del verbale di gara in data 8 agosto 2014; b) del silenzio dell'Amministrazione sull'informativa inviata dalla Stima s.r.l. ai sensi dell'art. 243-bis d.lgs. n. 163/2006.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Metropolitana Trasporti Catania S.p.A. e della Palermo & C. s.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Palermo & C. s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 maggio 2015 il dott. Daniele Burzichelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Per quanto in questa sede interessa, deve premettersi che la società ricorrente ha partecipato alla procedura di gara indetta dall'Azienda Metropolitana Trasporti Catania s.p.a. per l'installazione di macchine erogatrici di caffè e bevande calde, di distributori automatici di bibite fredde, snack e merende, nonché di distributori di gelati presso i siti aziendali, i capolinea ed i parcheggi scambiatori.

Nella seduta dell'8 ottobre 2013 la Commissione di gara ha escluso la ricorrente dalla procedura di gara sul rilievo che la stessa non aveva allegato all'offerta il capitolato di gara debitamente sottoscritto.

Tuttavia, con nota in data 14 novembre 2012 il responsabile del procedimento ha comunicato alla ricorrente l'intervenuta revoca del provvedimento di esclusione dalla procedura.

La Palermo & C. s.r.l., con ricorso n. 3306/2013, ha impugnato innanzi a questo Tribunale la menzionata revoca del provvedimento di esclusione.

Nella seduta dell'8 agosto 2014 la Commissione di gara ha disposto nuovamente l'esclusione della Stima s.r.l. dalla procedura sul rilievo che la stessa aveva offerto, tra le altre, le macchine della NEW Global Vending s.p.a. modelli Kikko Max ES6E-R/IQ e Kikko Ry ES6E-R/IQ, che, come meglio specificato nella nota della NEW Global Vending s.p.a. assunta al protocollo dell'Azienda n. 3379 del 7 aprile 2012, erano state immesse sul mercato in data anteriore all'1 gennaio 2011, in contrasto con quanto richiesto in capitolato.

Con il presente gravame la società ricorrente, chiedendo anche il risarcimento del danno in forma specifica, ha impugnato il verbale di gara in data 8 agosto 2014, nonché, a fini evidentemente tuzioristici, il silenzio dell'Amministrazione sull'informativa inviata dalla Stima s.r.l. ai sensi dell'art. 243-bis d.lgs. n. 163/2006.

Il contenuto dei motivi di gravame può sintetizzarsi come segue: a) non risulta alcuna prescrizione della "lex specialis" che commini l'esclusione dalla procedura per l'ipotesi dell'offerta di prodotti immessi nel mercato in data anteriore all'1 gennaio 2011, né tale esclusione risulta giustificata ai sensi dell'art. 46, primo comma-bis, d.lgs. n. 163/2006; b) pur volendo ipotizzare una presunta equivocità della clausola di cui all'art. 3, punto 2, lett. b, del capitolato d'onere (la quale prevedeva che i concorrenti offrissero prodotti fabbricati ed immessi nel mercato in data successiva all'1 gennaio 2011), l'Amministrazione avrebbe comunque dovuto fare applicazione dei principi a tutela dell'affidamento e del "favor participationis", nonché del soccorso istruttorio di cui all'art. 46, primo comma, d.lgs. n. 163/2006; c) la Commissione di gara non ha tenuto conto del fatto che gli altri otto modelli offerti dalla ricorrente sono stati immessi nel mercato successivamente all'1 gennaio 2011; c) la richiesta di prodotti la cui fabbricazione e introduzione sul mercato non sia anteriore all'1 gennaio 2011 risulta ingiustificata e irrazionale, comportando di fatto la creazione di un ostacolo ingiustificato alla concorrenza.

La Palermo & C. s.r.l., costituitasi in giudizio, ha chiesto il rigetto del ricorso ed ha proposto ricorso incidentale avverso la iniziale riammissione in gara della Stima s.r.l., osservando che: a) la ricorrente in via principale, in contrasto con le previsioni della "lex specialis", non aveva restituito il capitolato timbrato e firmato per accettazione in ogni sua pagina; b) ai sensi dell'art. 46, primo comma-bis, d.lgs. n. 163/2006, l'esclusione deve essere disposta "nei casi di incertezza assoluta sul contenuto... dell'offerta" ed in presenza di un "difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali"; c) in contrasto con quanto prescritto dall'art. 24, terzo comma, del capitolato, la Stima s.r.l. non aveva dichiarato di conoscere perfettamente la normativa vigente in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro, sollevando la stazione appaltante da ogni responsabilità al riguardo; d) come affermato da questo Tribunale (Tar Catania, III n. 531/2006), la difformità dell'offerta comporta la sua mancata valutazione senza che a tal fine sia necessaria l'espressa previsione dell'esclusione, in quanto in tal caso il bene offerto risulta sostanzialmente diverso da quello richiesto, in violazione delle prescrizioni del bando di gara.

L'Azienda Metropolitana Trasporti Catania, costituitasi in giudizio, ha chiesto il rigetto del ricorso principale sulla scorta di motivazioni sostanzialmente analoghe a quelle svolte dalla contro-interessata ed ha sollecitato il rigetto del ricorso incidentale, osservando che la Stima s.r.l. aveva sottoscritto in calce il capitolato.

Con successive memorie la Stima s.r.l. ha eccepito l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso incidentale e la Palermo & C. s.r.l. ha ribadito e ulteriormente articolato le proprie difese.

Con ordinanza cautelare n. 852/2014, depositata in data 19 novembre 2014, il Tribunale ha rigettato la domanda di sospensione relativa ai provvedimenti impugnati con il ricorso in via principale.

Con ulteriori memorie e repliche depositate in vista dell'udienza di merito le parti hanno ribadito e specificato le loro difese.

Nella pubblica udienza del 13 maggio 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

Il Collegio ritiene di procedere all'esame prioritario del ricorso in via principale.

Come insegnato dalla giurisprudenza (Cons. St., Ad. Plen., n. 9/2014), tale esame prioritario è ammesso - pur in presenza di un ricorso incidentale che contesti la carenza di legittimazione del ricorrente in via principale sul rilievo che quest'ultimo avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura - allorché il ricorso in via principale risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile.

Nel caso di specie il ricorso in via principale risulta manifestamente infondato per le ragioni che sono di seguito indicate e che il Tribunale ha già succintamente esposto in sede di rigetto della domanda cautelare.

Non è necessaria alcuna prescrizione della "lex specialis" che commini l'esclusione dalla procedura per l'ipotesi in cui l'offerta non coincida con l'invito ad offrire da parte della stazione appaltante.

L'art. 46, primo comma-bis, d.lgs. n. 163/2006, infatti, contempla - quale causa di esclusione - anche l'ipotesi in cui l'offerta "difetti di (altri) elementi essenziali".

In particolare, elemento essenziale dell'offerta deve reputarsi la coincidenza della stessa con le prescrizioni tecniche e contrattuali imposte dall'Amministrazione, atteso che, in difetto, non potrebbe realizzarsi, nel rispetto della "par condicio" fra i vari concorrenti, il legittimo incontro della volontà dei due contraenti in merito all'oggetto del futuro contratto (sul punto, cfr. Tar Catania, III, n. 531/2006 e Tar Catanzaro, II, n. 424/2007).

A differenza di quanto affermato da parte ricorrente, deve escludersi che risulti equivoca la clausola di cui all'art. 3, punto 2, lett. b) del capitolato d'onere (la quale prevedeva che i concorrenti offrissero prodotti fabbricati ed immessi nel mercato in data successiva all'1 gennaio 2011).

La prescrizione, infatti, appare perfettamente intellegibile ed esprime chiaramente la (ragionevole) volontà della stazione appaltante di dotarsi di apparecchiature non risalenti nel tempo e, pertanto, tecnologicamente all'avanguardia.

Pertanto, nella specie non sussiste alcuna lesione del legittimo affidamento della ricorrente, la quale deve imputare esclusivamente alla propria responsabilità la circostanza di non avere interpretato correttamente il tenore inequivoco di tale disposizione.

Né la stazione appaltante avrebbe potuto far ricorso al soccorso istruttorio di cui all'art. 46, primo comma, d.lgs. n. 163/2006, posto che tale facoltà è esercitata nei casi in cui il concorrente debba completare o fornire chiarimenti "in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati" e non nella diversa ipotesi in cui l'offerta da questi formulata non corrisponda al contenuto dell'invito ad offrire da parte della stazione appaltante (nel qual caso, invero, ammettere la presentazione di un'offerta postuma da parte del concorrente determinerebbe la violazione della "par condicio" fra i concorrenti, nonché la sostanziale elusione del termine perentorio fissato per la presentazione delle offerte).

Neppure può imputarsi alla stazione appaltante di non aver tenuto conto della circostanza che altri modelli offerti dalla ricorrente in via principale erano stati immessi nel mercato successivamente all'1 gennaio 2011.

Avendo, infatti, indicato nell'offerta (anche) prodotti immessi nel mercato anteriormente a tale data, la Stima s.r.l., in caso di stipula del contratto, avrebbe potuto legittimamente adempiere la propria prestazione (anche) tramite la fornitura di tali apparecchiature, vanificando in tal modo la puntuale ed inequivoca prescrizione di gara che richiedeva l'offerta di apparecchiature immesse nel mercato in epoca successiva.

In altri termini, qualora avesse accettato l'offerta della ricorrente in via principale, la stazione appaltante avrebbe legittimato l'inadempimento della Stima s.r.l. rispetto a quanto stabilito nelle prescrizioni di gara e ciò, come già indicato, avrebbe contestualmente determinato una violazione del "par condicio" concorsuale, in quanto alla ricorrente in via principale sarebbe stato consentito di mutare, successivamente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, il contenuto della prestazione rispetto alle previsioni della "lex specialis".

Deve, infine, escludersi che la richiesta di prodotti la cui fabbricazione e introduzione sul mercato non sia anteriore all'1 gennaio 2011 risulti ingiustificata e irrazionale, comportando di fatto la creazione di un ostacolo ingiustificato alla concorrenza.

La prescrizione, come già accennato, risponde, infatti, alla comprensibile e ragionevole esigenza di acquisire prodotti tecnologicamente avanzati e la circostanza che essa non pregiudichi la concorrenza è anche dimostrata dal fatto che la stessa ricorrente in via principale non ha manifestato alcuna difficoltà ad offrire - in buona parte - apparecchiature fabbricate ed immesse nel mercato successivamente a tale data.

In conclusione, sulla scorta della argomentazioni che precedono, il ricorso in via principale deve essere rigettato e ciò determina l'improcedibilità del ricorso incidentale.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Staccata di Catania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto: 1) rigetta il ricorso in via principale; 2) dichiara improcedibile il ricorso incidentale; 3) condanna la Stima s.r.l. alla rifusione delle spese di lite, liquidate in complessivi € 3.000,00 (euro tremila/00), oltre accessori di legge se dovuti, da corrispondere in solido alle controparti costituite in giudizio.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 13 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Daniele Burzichelli, Consigliere, Estensore

Francesco Elefante, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/05/2015

IL SEGRETARIO

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