

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 181 del 2017, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

M. di M. L., rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Viezzi, con domicilio eletto
presso lo studio dell'avv. Davor Blaskovic, in Trieste, via C. Battisti n. 12;

contro

Comune di....., rappresentato e difeso dagli avv.ti Gianni
Zgagliardich, Elisa Adamic, Giada Dal Mas e Romea Bon, con domicilio eletto
presso il loro studio, in Trieste, piazza Sant'Antonio Nuovo n. 2;

nei confronti di

C. S.r.l. unipersonale, dall'avv. Tiziano Ferrante, con domicilio eletto presso lo
studio dell'avv. Piero Lugnani, in Trieste, via del Coroneo n. 32;

Quanto al ricorso introduttivo:

per l'annullamento

- del verbale n. 1 della commissione di gara relativo alla riunione del 16.03.2017 del
verbale n. 2 del 23.03.2017 del verbale n. 3 del 27.03.2017 e del verbale n. 4 del
04.04.2017

- della determina n. 571 di data 21.04.2017 del Comune di..... che affidava in via definitiva “la fornitura degli arredi e delle attrezzature necessarie per il regolare funzionamento della struttura della residenza anziani del comune di..... alla ditta C. S.r.l.”;

e per la condanna

del Comune resistente al risarcimento dei danni.

Quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 10.07.2017

per l’annullamento

- oltre che dei provvedimenti già impugnati con il ricorso introduttivo;

- anche della determina n.884 del 5/06/17 di riconvocazione delle Commissione di gara;

- del verbale della Commissione di Gara riconvocata relativo alla riunione del 6.06.2017

- della determina n. 895/17 confermativa dell’aggiudicazione definitiva;

e per la condanna

del Comune resistente al risarcimento dei danni.

Visti il ricorso introduttivo, il ricorso per motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di..... e di C. S.r.l. unipersonale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 27 settembre 2017 la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di..... ha indetto una procedura negoziata ex articolo 36, comma 2, lettera b), D.Lgs. n. 50/2016, da svolgersi tramite MEPA, per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto di fornitura di arredi e delle attrezzature necessarie per il regolare funzionamento della Residenza Anziani comunale.

Alla gara hanno partecipato due soli offerenti: prima si è classificata la società C. S.r.l., seconda la ditta individuale M. di M. L.

Avverso l'aggiudicazione a favore della prima classificata e alla mancata esclusione dalla gara della medesima insorge la seconda classificata, chiedendone l'annullamento, oltre al risarcimento del danno, sulla scorta di un'unica censura articolata in quattro punti.

Per prima cosa M. stigmatizza la mancata esclusione dalla gara di C. S.r.l., nonostante questa abbia presentato un progetto di riorganizzazione funzionale degli spazi (anche attraverso l'inserimento delle dotazioni d'arredo e delle attrezzature tecniche), il quale - in violazione di quanto disposto dal capitolato tecnico al punto 6 - implicherebbe lo spostamento dell'impiantistica di sicurezza esistente.

In seconda battuta, la ricorrente contesta il punteggio tecnico attribuito al progetto della controinteressata, il quale presenterebbe evidenti incongruenze (misure riportate male, scansi non esistenti o esistenti e non considerati, mancata considerazione delle prese e delle attrezzature già presenti).

In terzo luogo, l'esponente si duole nuovamente della mancata esclusione dalla gara di C. S.r.l., questa volta per non avere la concorrente presentato una campionatura completa dei prodotti offerti (manca, segnatamente, quella del carrello termico), così come prescriveva il punto 11 del disciplinare di gara.

Infine, M. critica la mancata esclusione dalla gara della controinteressata, che avrebbe offerto prodotti che non presentano le specifiche tecniche indicate in Capitolato. In particolare la non conformità riguarderebbe i seguenti prodotti proposti dal C. S.r.l.:

- il carrello termico, dotato di un solo vano tecnico riscaldato, anziché due;
- il lettino visita con un asserito carico statico e dinamico che non esiste in commercio;
- il carrello emergenza, che non è una monoscocca in poliuretano Baydur, ma ha solo il piano e la base in tale materiale;
- l'aspiratore chirurgico ad uso corsia, che non è alimentato a batteria ma con il cavo collegato alla rete elettrica;
- la bombola d'ossigeno, che è usa e getta e non ricaricabile;
- il carrello emergenza, che non è bifrontale, è privo di armadietto laterale, ha un diverso sistema di chiusura, e ha cassettoni meno contenitivi;
- gli armadi farmaci degli ambulatori, che sono senza la base telaio in acciaio verniciato a polveri;
- gli elettrodomestici della cucinetta, che sono stati offerti senza indicazione di marca e tipologia;
- la tenda divisoria, che non è idrorepellente e non è personalizzata;
- l'armadio a un'anta, che non è conforme al capitolato né quanto a colore, né quanto a serrature, e per il quale, inoltre, non è specificata l'altezza dei piedini;
- l'armadio a due ante, che parimenti non è conforme al capitolato né quanto a colore, né quanto a serrature, e per il quale, inoltre, non è specificata l'altezza dei piedini;
- il comodino, che non ha un colore simile o uguale a quello degli arredi già presenti nella struttura;
- l'armadietto dello spogliatoio, che non ha le ante colorate;

- la macchina lavapadelle, che non sarebbe un prodotto di qualità, come quello offerto dalla ditta ricorrente, ma anzi presenterebbe delle criticità;
- la scrivania, che non presenterebbe le caratteristiche migliorative di quella offerta dalla ditta ricorrente;
- il letto elettrico per gli ospiti, che - a differenza di quello offerto dalla ditta ricorrente - non ha il freno centralizzato.

Per i suelencati prodotti M. sostiene in subordine l'irragionevolezza della valutazione del pregio tecnico operata dalla Commissione giudicatrice.

Nelle more del giudizio il Comune - sollecitato a tanto dall'interessata - ha riconvocato la Commissione giudicatrice al fine di verificare i rilievi sollevati dalla seconda classificata.

All'esito della nuova attività valutativa la stazione appaltante ha confermato l'aggiudicazione dell'appalto in questione a favore di C. S.r.l..

Detto nuovo provvedimento, unitamente all'atto di riconvocazione della Commissione giudicatrice e al verbale della riunione della stessa sono stati impugnati da M., che ne ha chiesto l'annullamento, oltre al risarcimento del danno.

Il nuovo ricorso riproduce e integra quello principale.

Si è costituito in giudizio il Comune di....., eccependo preliminarmente la parziale inammissibilità di entrambi i ricorsi per carenza di interesse con riguardo alle contestazioni della valutazione di quei beni (segnatamente, aspiratore chirurgico, bombola ossigeno e armadietto spogliatoio) per i quali i concorrenti hanno ricevuto il medesimo punteggio, sia per la genericità delle censure, che non sarebbero tali da dimostrare la superiorità dei prodotti della ricorrente rispetto a quelli offerti dalla controinteressata.

Nel merito poi parte resistente controdeduce a ogni singola doglianza, invocando una pronuncia di infondatezza.

Si è costituita in giudizio anche C. S.r.l., diffondendosi nell'elencare le ragioni per cui la propria offerta è migliore di quella di M., e, conseguentemente, è legittima la aggiudicazione a proprio favore, concludendo per il rigetto di entrambi i mezzi di impugnazione.

Alla pubblica udienza del 27 settembre 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Vengono sottoposti al vaglio di legittimità di questo Tribunale gli esiti della procedura negoziata ex articolo 36, comma2, lettera b), D.Lgs. n. 50/2016, svolta tramite MEPA, per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto di fornitura di arredi e delle attrezzature necessarie per il regolare funzionamento della Residenza Anziani del Comune di.....

Come si è dato atto in narrativa, all'atto di aggiudicazione impugnato con il ricorso principale è seguito un atto di conferma gravato con il ricorso per motivi aggiunti.

Il nuovo provvedimento configura una conferma propria dell'originaria aggiudicazione.

Come è noto, *«per stabilire se un atto amministrativo costituisce conferma impropria (atto meramente confermativo), e quindi non autonomamente impugnabile, o invece conferma in senso proprio, e quindi atto autonomamente lesivo e da impugnarsi nei termini, si dovrà verificare se l'atto successivo sia stato adottato con o senza una nuova istruttoria ed una nuova ponderazione dei presupposti di fatto e di diritto, nonché degli interessi coinvolti, sottesi all'adozione del provvedimento originario. [...] Il provvedimento di conferma si differenzia, pertanto, dall'atto meramente confermativo per due caratteristiche: perché viene disposta una nuova istruttoria e perché, in seguito ad essa, viene adottato un provvedimento di conferma, che assorbe e sostituisce quelli confermati»* (così, ex plurimis, T.A.R. Veneto, Sez. I[^], sentenza n. 27/2017).

Ora, risulta per tabulas che nel caso di specie l'Amministrazione ha riattivato il procedimento, riconvocando la Commissione giudicatrice affinché si pronunciasse

sulle censure prospettate dal secondo classificato. Così come risulta che si è dato corso ad una nuova attività valutativa sfociata nella riconferma delle precedenti determinazioni.

Ne consegue che la nuova aggiudicazione, così come rimotivata, ha sostituito la precedente, privando la azienda ricorrente di interesse all'impugnazione dell'aggiudicazione originaria.

E ciò anche se in ipotesi la Commissione giudicatrice, in sede di riconvocazione, non si fosse pronunciata su tutte le osservazioni critiche avanzate da M., perché a ledere l'interesse di cui questa è titolare è il nuovo provvedimento e non quello originariamente impugnato.

Conseguentemente, il ricorso principale - come rilevato ex officio da questo Tribunale alla pubblica udienza del 27 settembre 2017 - è dichiarato improcedibile ai sensi del combinato disposto degli articoli 35, comma 1, lettera c), e 85, comma 9, Codice di rito.

Il ricorso per motivi aggiunti, di contro, è infondato: il che consente, per ragioni di economia processuale (cfr., C.d.S., Sez. V[^], sentenza n. 4440/2015), di prescindere dall'esame dell'eccezione preliminare di parziale inammissibilità del ricorso formulata dalla difesa comunale.

Quanto ai primi due profili dell'unico motivo di impugnazione, dei quali si è sinteticamente dato atto nella parte in fatto, la Commissione giudicatrice in sede di riesame ha spiegato, con motivazione non contraddittoria e scevra da illogicità e irragionevolezza, come le problematiche sollevate dall'impresa ricorrente non erano tali da impedire la realizzazione del progetto presentato dalla controinteressata. Il che in ipotesi di esercizio di discrezionalità tecnica, quale è il giudizio valutativo di una pluralità di offerte nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica, preclude il dispiegarsi del sindacato giudiziale (cfr., ex plurimis, C.d.S., Sez. IV[^], sentenza n. 14327/2017).

Vero è, infatti, che costituisce dato di comune esperienza quello per cui la presenza di prese elettriche e/o di prese dati su di una parete non costituisce ostacolo al montaggio sulla stessa di una cd. parete attrezzata. Tanto più che ai sensi del Capitolato tecnico sono, comunque, a carico dell'appaltatore tutti gli accorgimenti tecnici necessari per far passare i cavi e rendere fruibili le attrezzature (in tal senso si vedano gli articoli 1 e 10).

Né è di ostacolo la presenza in infermeria di un sistema di chiamate d'emergenza, dal momento che il Comune ha dato atto dell'esistenza di due apparecchi del tutto equivalenti, uno a muro e uno in appoggio su un piano, sicché la funzionalità del sistema è comunque garantita.

Quanto, invece, alla errata rappresentazione dello stato di fatto contenuta nella proposta progettuale della controinteressata, la Commissione di gara ha correttamente tutelato l'affidamento ingenerato dal disegno dei locali allegato alla lex specialis e utilizzato da C. S.r.l. per rappresentare la propria offerta. E, dunque, legittimamente ha ritenuto l'offerta della concorrente perfettamente ammissibile sotto tale profilo.

Il principio di lealtà che informa i rapporti tra Amministrazione e amministrati osta, infatti, a che possa essere esclusa dalla gara l'impresa che vi abbia partecipato, rispettandone le regole e organizzandosi in modo da vincerla (cfr., C.d.S., Sez. III[^], sentenza n. 5026/2016).

Passando alla disamina del terzo profilo dell'unico motivo di impugnazione, risulta documentalmente che la stazione appaltante abbia acconsentito all'inoltro delle schede tecniche del carrello termico in luogo di un campione dello stesso già in data 1° 03.2017, dunque in tempo utile perché tutti gli operatori economici invitati alla procedura, ivi compresa M., potessero approfittarne, salvaguardando la par condicio competitorum.

Dunque, ancora una volta del tutto correttamente la stazione appaltante non ha applicato la sanzione espulsiva a C. S.r.l., che ha esercitato una facoltà espressamente autorizzata dalla Amministrazione. Tanto più che la campionatura non è parte dell'offerta tecnica, ma strumento dimostrativo della stessa (cfr., T.A.R. Veneto, Sez. III[^], sentenza n. 521/2017).

Parimenti infondato è l'ultimo profilo di illegittimità dedotto dalla ricorrente.

Da un lato, infatti, la prospettata non conformità dei prodotti offerti dalla controinteressata rispetto alle specifiche tecniche imposte dalla lex specialis di gara, e della quale si è dato ampiamente conto in narrativa, si riduce, così come emerge ictu oculi dalla semplice lettura delle rimostranze di parte ricorrente, a difformità di poco conto e dunque rientranti – come ampiamente argomentato dalla Commissione di gara all'uopo riconvocata – nel margine di scostamento consentito.

Invero, il Capitolato tecnico all'articolo 5 espressamente prevede che *«eventuali differenze o incongruenze non sostanziali dell'offerta rispetto alle specifiche che seguono, non saranno di per sé stesse motivo di diretta esclusione dalla gara, bensì saranno oggetto di valutazione discrezionale da parte della commissione di gara, che attribuirà i punteggi in funzione delle specifiche rispondenze alle esigenze dell'Ente, riservandosi di escludere le offerte complessivamente non idonee»*.

E di tale facoltà la Commissione di gara ha fatto corretto uso.

Dall'altro lato, il punteggio attribuito dalla Commissione di gara in sede di valutazione del pregio tecnico dell'offerta ai ridetti prodotti, costituisce ancora una volta esercizio di discrezionalità tecnica non sindacabile dal Giudice amministrativo al di fuori delle limitate ipotesi di manifesta irragionevolezza, illogicità, irrazionalità o di palese travisamento del dato fattuale. E nessuno di questi vizi ricorre nel caso di specie.

Né, d'altro canto, parte resistente ha dimostrato il superamento della cd. prova di resistenza, la prova cioè che l'accoglimento delle doglianze in punto di valutazione del pregio tecnico delle offerte comporti il conseguimento da parte di M. del ben della vita per il quale agisce (cfr., C.d.S., Sez. V[^], sentenza n. 1495/2016).

In conclusione, il ricorso principale è improcedibile e il ricorso per motivi aggiunti è respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia - Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sul ricorso per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, dichiara improcedibile il primo e rigetta il secondo.

Condanna parte ricorrente a rifondere al Comune resistente e alla controinteressata le spese di giudizio, che quantifica per ciascuna parte in €uro 2.000,00, oltre ad accessori di legge.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 27 settembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Oria Settesoldi, Presidente

Manuela Sinigoi, Consigliere

Alessandra Tagliasacchi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Alessandra Tagliasacchi

IL PRESIDENTE
Oria Settesoldi

IL SEGRETARIO