

Legittima l'esclusione per difformità dell'offerta tecnica rispetto ai requisiti minimi richiesti dalla stazione appaltante

di Giovanni Ranalli, Fabrizio Garzuglia

Data di pubblicazione: 3-10-2017

Ed invero, quanto all'infondatezza del primo motivo a mezzo del quale si lamenta l'assenza di una specifica clausola escludente in relazione ai profili per i quali la società ricorrente è stata estromessa dalla procedura di gara, deve rilevarsi che per giurisprudenza oramai costante "le difformità dell'offerta tecnica che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto ai requisiti minimi previsti dalla stazione appaltante per il contratto da affidare legittimano l'esclusione dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto" (Cons. St., sez. V, 5 maggio 2016, n. 1809)

(1) *In senso conforme, Consiglio di Stato, sez. V, 5 maggio 2016, n. 1809; Consiglio di Stato, Sez. III, 21 ottobre 2015, n. 4804 e Consiglio di Stato, Sez. V, 17 febbraio 2016, n. 633.*

Guida alla lettura

Nel caso all'esame del TAR Umbria la società ricorrente lamentava l'esclusione dalla gara per l'affidamento della fornitura ed installazione di un acceleratore lineare con compresi di lavori di recupero edilizio dei relativi locali, per asserite difformità del progetto tecnico offerto rispetto a quanto previsto nella lex specialis di gara.

Nel rigettare il ricorso, il TAR ne afferma l'infondatezza in virtù dell'orientamento ormai costante del Consiglio di Stato, espresso da ultimo con la sentenza n. 1809 del 2016, secondo cui le difformità dell'offerta tecnica che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto ai requisiti minimi previsti dalla stazione appaltante per il contratto da affidare legittimano l'esclusione dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio, perché determinano **la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo** necessario per la stipula del contratto (nello stesso senso anche Consiglio di Stato, Sez. III, 21 ottobre 2015, n. 4804 e Consiglio di Stato, Sez. V, 17 febbraio 2016, n. 633).

Il Consiglio di Stato ha quindi condiviso l'orientamento prevalente, sottolineando che

nell'ambito di un procedimento di manifestazione di volontà contrattuale scandito da fasi predefinite a livello normativo **l'esclusione dalla gara di un concorrente per difformità essenziali dell'offerta esprime il dissenso dell'amministrazione** rispetto ad un prodotto o servizio giudicato non rispondente alle caratteristiche tecniche minime previste nel progetto o nel capitolato posto a base della selezione. A fronte di ciò, l'amministrazione legittimamente può quindi non riconoscere alcun punteggio all'esito della fase di valutazione tecnica ed escludere l'impresa dalla gara, manifestando il proprio dissenso impeditivo della conclusione del contratto per mancanza nell'oggetto delle qualità attese ed essenziali.

Il Supremo Consesso rileva inoltre che tale causa di esclusione non si pone in contrasto con il principio di tassatività sancito dall'art. 46, comma 1-bis, cod. contratti pubblici atteso che tale norma riguarda il mancato rispetto di adempimenti solo documentali o formali o privi, comunque, di una base normativa espressa, e non già l'accertata mancanza dei necessari requisiti dell'offerta che erano stati richiesti per la partecipazione alla gara (in questo senso si è espresso anche Consiglio di Stato, Sez. III, 17 novembre 2015, n. 5261 e Consiglio di Stato, Sez. V, 17 febbraio 2016, n. 633).

Tale assunto può ritenersi tuttora valevole in relazione al nuovo codice appalti di cui al d.lgs. 150/2016 che ha ribadito negli stessi termini il principio di tassatività delle cause di esclusione all'art 83, comma 6.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 189 del 2017, proposto da:

Elekta s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Piero Fidanza, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Donato Antonucci in Perugia, via XIV Settembre, 69;

contro

Azienda Unità Sanitaria Locale Umbria 1, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Lorenzo Anelli e Luca Benci, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Barbara Bracarda in Perugia, piazza B. Michelotti n. 1;

nei confronti di

Varian Medical Systems s.p.a. non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- del provvedimento di esclusione della ditta Elekta s.p.a., di estremi ignoti, dalla "procedura aperta per l'affidamento della fornitura ed installazione, di n. 1 acceleratore lineare compresi di lavori di recupero edilizio dei relativi locali presso il presidio ospedaliero di Città di Castello. Gara nr. 6489129", indetta dall'Azienda Unità Sanitaria Locale Umbria 1, U.O. Acquisti Beni e Servizi, e della Comunicazione Prot. 0052052 del 12/04/2017 dell'Azienda Unità Sanitaria Locale Umbria 1, U.O. Acquisti Beni e Servizi, a firma del Responsabile Unico del Procedimento, con cui è stata comunicata l'esclusione dal prosieguo del procedimento nei confronti della ditta Elekta s.p.a.;

- del verbale relativo alla seduta pubblica di gara del 12.4.2017;

- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o conseguente, ancorché allo stato incognito alla ricorrente, ed in particolare della lex specialis di gara (ed in particolare del Disciplinare di gara, del Capitolato e relativi allegati, nonché successivi chiarimenti e rettifiche); nonché dei verbali tutti di gara; nonché della graduatoria provvisoria e definitiva di gara, dell'aggiudicazione provvisoria e definitiva, del provvedimento di nomina della Commissione di gara, delle risultanze dell'eventuale verifica di anomalia;

- del diniego opposto dalla stazione appaltante alla richiesta di riammissione alla gara trasmessa da Elekta s.p.a. il 18.4.2017;

- per l'effetto, per la declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato; nonché, con richiesta di condanna al risarcimento del danno, in forma specifica o, in ipotesi, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Unità Sanitaria Locale Umbria 1;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 luglio 2017 il dott. Enrico Mattei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con atto di ricorso (n.r.g. 189/2017) notificato in data 11 maggio 2017 e depositato il successivo 18 maggio, Elekta s.p.a. ha adito l'intestato Tribunale per chiedere l'annullamento degli atti, meglio in epigrafe riportati, a mezzo dei quali è stata esclusa dalla procedura di gara indetta dall'Azienda Unità Sanitaria Locale Umbria 1 per l'affidamento della fornitura ed installazione, di n. 1 acceleratore lineare compresi di lavori di recupero edilizio dei relativi locali, per asserite difformità del progetto tecnico offerto rispetto a quanto previsto nella lex specialis di gara.

2. Nel merito il gravame è stato affidato ai seguenti motivi:

I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 68, 83 e 95 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 3 e ss. della legge n. 241/1990. Eccesso di potere per carente ed omessa istruttoria, erroneità e travisamento. Carenza assoluta di clausola espulsiva.

Il provvedimento di esclusione sarebbe stato emanato in assenza di specifica clausola escludente della lex specialis di gara, ovvero facendo richiamo ad una generica "inadeguatezza" rispetto a "standards minimi".

II. Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 68, 83 e 95 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 3 e ss. della legge n. 241/1990. Eccesso di potere per carente ed omessa istruttoria, erroneità e travisamento. Erroneità delle ragioni tecniche evidenziate dall'ente ai fini dell'esclusione di Elekta dalla gara.

Il provvedimento di esclusione si baserebbe su presupposti di merito insussistenti.

III. Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 68, 83 e 95 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 3 e ss. della legge n. 241/1990. Eccesso di potere per carente ed omessa istruttoria, erroneità e travisamento. Violazione del divieto di appalto integrato.

La procedura di gara violerebbe il divieto di affidamento congiunto della progettazione ed esecuzione dei lavori di cui all'art. 59, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016.

IV. Illegittimità in via derivata del diniego in via di autotutela.

Il provvedimento di diniego in via di autotutela sarebbe illegittimo in conseguenza della illegittimità delle ragioni poste a fondamento dell'impugnato provvedimento di esclusione.

3. Chiede infine la società ricorrente l'espletamento di c.t.u. o verifica in ordine ai profili di illegittimità di cui al secondo motivo di gravame, nonché il risarcimento del danno in forma specifica con subentro nell'appalto e nel relativo contratto ove medio tempore stipulato.

4. L'Azienda Unità Sanitaria Locale Umbria 1 si è costituita in giudizio per resistere al ricorso, contestando le censure ex adverso svolte e concludendo per il rigetto delle domande di parte ricorrente.
5. Con ordinanza n. 95/2017 il Collegio ha respinto la domanda di sospensione dell'efficacia dei provvedimenti impugnati, in ragione della riscontrata difformità dell'offerta di parte ricorrente rispetto ad alcuni parametri del capitolato speciale d'appalto.
6. In vista dell'udienza di merito del ricorso, le parti in causa hanno depositato memorie di replica e controreplica con le quali insistono nelle rispettive posizioni.
7. All'udienza pubblica del giorno 4 luglio 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. È materia del contendere la legittimità dei provvedimenti con i quali la società odierna ricorrente è stata esclusa dalla procedura di gara per l'affidamento della fornitura ed installazione, di n. 1 acceleratore lineare compresi di lavori di recupero edilizio dei relativi locali presso il presidio ospedaliero di Città di castello, per asserite difformità del progetto tecnico offerto rispetto a quanto previsto nella lex specialis.
2. Nel merito il ricorso è infondato e va pertanto respinto.
3. Ed invero, quanto all'infondatezza del primo motivo a mezzo del quale si lamenta l'assenza di una specifica clausola escludente in relazione ai profili per i quali la società ricorrente è stata estromessa dalla procedura di gara, deve rilevarsi che per giurisprudenza oramai costante "le difformità dell'offerta tecnica che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto ai requisiti minimi previsti dalla stazione appaltante per il contratto da affidare legittimano l'esclusione dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto" (Cons. St., sez. V, 5 maggio 2016, n. 1809).
- 3.1. A ciò deve aggiungersi che nel caso di specie risultano essere stati inconfondibilmente specificati gli elementi per i quali l'offerta della ricorrente si è rilevata non rispondente agli standards minimi richiesti, avendo al riguardo la lex specialis di gara prescritto che "gli spessori del bunker devono essere calcolati per l'energia massima dei fotoni in modo tale che nelle aree circostanti le dosi equivalenti non superino il limite di 1 mSv/anno nei locali ad una distanza di 0,5 metri dalle pareti: il rispetto di tali limiti consente l'esercizio dell'attività radioterapeutica senza che nelle zone circostanti al bunker vi siano vincoli d'uso o di destinazione", e che "il progetto del bunker dovrà tenere conto, a scopo cautelativo, della normale prosecuzione dell'attività radioterapica nel bunker adiacente; nel calcolo degli spessori del bunker si considerino i seguenti parametri: Numero di giorni lavorativi in un anno: 270; Energia massima: raggi x di 15 MV; Carico di lavoro massimo giornaliero: dose all'isocentro 150 Gy/giorno; Campo massimo a D.F.P. di cm 100: 40 x 40 cm²; Fattore di occupazione sala con tavolo di comando TSRM: 1".

4. Ne discende, parimenti, l'infondatezza del secondo motivo con il quale si contestano le motivazioni poste a sostegno della comminata esclusione dalla procedura di gara, risultando invero inequivocabilmente, dalla lettura degli atti di causa, che la società ricorrente abbia effettuato una valutazione delle barriere del bunker presupponendo un "carico di lavoro pari a 250 pazienti/settimana, corrispondenti a 500 Gy/settimana, che viene aumentato a 600 Gy/settimana (...)", ovvero attraverso una propria personale sottostima che non trova riscontro nelle summenzionate prescrizioni della lex specialis e che rende pertanto priva di qualsivoglia utilità, ai fini del presente giudizio, la domanda di c.t.u. e/o verifica in ordine ai requisiti in argomento.

5. Deve, infine, concludersi per l'infondatezza del terzo ed ultimo motivo, a mezzo del quale si adduce la violazione del divieto di affidamento congiunto della progettazione ed esecuzione dei lavori di cui all'art. 59, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, trattandosi di prescrizione afferente i soli appalti aventi quale prestazione principale i lavori pubblici da affidarsi "ponendo a base di gara il progetto esecutivo", mentre nella fattispecie i lavori di recupero edilizio dei locali del presidio ospedaliero di Città di Castello assumono carattere accessorio rispetto alla fornitura dell'acceleratore lineare da installare nei locali medesimi.

6. Le considerazioni che precedono impongono dunque il rigetto del ricorso e delle connesse domande di annullamento in via derivata del diniego in autotutela (in relazione al quale non risulta, peraltro, alcuna sopravvenienza), nonché di declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto ove medio tempore stipulato e di risarcimento del danno anche in forma specifica, trattandosi di domande accessorie e comunque subordinate rispetto a quella (originaria) di annullamento del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla procedura di gara in esame.

7. Tenuto conto della specificità delle questioni trattate, si rinvergono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti in causa le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge in ogni domanda.

Spese integralmente compensate tra le parti in causa.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Paolo Amovilli, Consigliere

Enrico Mattei, Primo Referendario, Estensore

