

T. A. R. Abruzzo - Pescara, sez. I, 1 dicembre 2009, n. 1096

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo
sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 200 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla: Alfa S.r.l. (già Alfa & B. S.r.l.), rappresentata e difesa dagli avv.ti V. P. e E. M., con domicilio eletto presso A. M., in P., via R. n. 28;

contro

Il Comune di Beta, rappresentato e difeso dagli avv.ti P. T., M. M. e G. T., con domicilio eletto presso la Segreteria del Tar in P., via L. F. n. 1;

nei confronti di

Le ditte Gamma - Delta;

per l'annullamento

quanto al ricorso principale:

del verbale di gara datato 13 febbraio 2009 per l'affidamento della fornitura di 3 filobus nella parte in cui dispone l'esclusione della ditta ricorrente dalla procedura e dispone altresì l'aggiudicazione provvisoria a favore del costituendo Raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) Gamma - Delta;

della nota protocollo n. 11029/1695 del 23 febbraio 2009 recante la motivazione dell'esclusione dalla gara;

della nota n. 19605 del 1 aprile 2009 recante integrazione della motivazione dell'esclusione;

del verbale di gara 18 febbraio 2008 recante la conferma dell'aggiudicazione provvisoria;

del bando di gara e del disciplinare nelle parti concernenti la capacità tecnica, ove interpretati in senso sfavorevole alla ricorrente;

e per la condanna al risarcimento del danno;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

del provvedimento dirigenziale n. 2060 del 7 luglio 2009 di aggiudicazione definitiva;

del verbale di gara 3 aprile 2009 recante la conferma dell'aggiudicazione provvisoria.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Beta;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 novembre 2009 il presidente Umberto Zuballi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Il Comune di Beta ha indetto una gara ex art. 83 del d. lgs. 163 del 2006 per la fornitura di tre filobus di specifiche caratteristiche indicate nel capitolato tecnico. Tra i requisiti vi era il posizionamento di tutte le apparecchiature di trazione nella parte bassa del filobus.

Quanto ai requisiti di partecipazione, il bando richiedeva alle ditte partecipanti l'elenco delle principali forniture prestate negli ultimi tre anni corredato dagli importi, dalle date e dai destinatari.

La società ricorrente presentava un'offerta conforme al bando, dichiarando di volersi avvalere della facoltà di subappalto per l'allestimento delle parti meccaniche e delle apparecchiature.

La stazione appaltante escludeva la ditta ricorrente dalla gara, in quanto l'elenco delle principali forniture non è stato considerato compatibile con la fornitura oggetto di gara. Successivamente l'amministrazione ribadiva che il requisito della capacità tecnica non era stato ritenuto sussistente in relazione all'oggetto della gara.

La ditta considera illegittima sia l'esclusione dalla gara sia l'aggiudicazione alle ditte controinteressate e illustra i motivi di gravame di seguito compendiatamente:

1. In relazione alla sua esclusione dalla gara.

Violazione degli articoli 3, 10, 41 e 97 della Costituzione, violazione del trattato di Roma, degli articoli 48 e 51 della direttiva n. 2004/18/CE del 31 marzo 2004, degli articoli 42 e 46 del d. lgs. 163 del 2006, dell'articolo 3 della legge 241 del 1990, violazione della lex specialis, delle regole di tutela della concorrenza, travisamento dei presupposti di fatto e diritto, difetto di istruttoria, disparità di trattamento, contraddittorietà e illogicità.

Secondo la ditta ricorrente, la stazione appaltante ha richiesto una generica capacità tecnica ma nulla di più specifico correlato alla fornitura, per cui l'esclusione appare illegittima. La ditta più volte ha fornito nel passato le apparecchiature elettroniche e elettromeccaniche che a suo avviso costituiscono la parte predominante e fondamentale dei filobus, sia dal punto di vista del valore sia da quello tecnico. La ditta ricorrente è un leader del settore e quindi dotata di adeguata capacità tecnica in relazione alla fornitura.

2. In relazione al bando di gara e al disciplinare nelle parti afferenti alla capacità tecnica, ove intesi nel senso di richiedere forniture identiche a quelle di cui alla gara.

Violazione degli articoli 3, 10, 41 e 97 della Costituzione, violazione del trattato di Roma, dell'articolo 48 della direttiva n. 2004/18/CE del 31 marzo 2004, dell'articolo 42 del d. lgs. n. 163 del 2006, delle regole di tutela della concorrenza, travisamento dei presupposti di fatto e diritto, disparità di trattamento e illogicità.

Le condizioni minime di partecipazione alla gara sono discrezionali e nel caso mirano alla maggiore partecipazione possibile, conformemente alla normativa europea e nazionale. Una diversa interpretazione del bando e del disciplinare li renderebbe illegittimi.

3. Sull'aggiudicazione provvisoria a favore del Raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) Gamma - Delta controinteressato.

Violazione dell'art. 83 del d lgs 163 del 2006, della lex specialis, dei principi sull'espletamento di forniture pubbliche, travisamento dei presupposti di fatto e diritto, illogicità.

Il raggruppamento vincitore non ha presentato l'offerta tecnica, per cui l'aggiudicazione provvisoria non era possibile. Inoltre l'offerta del Raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) Gamma - Delta non rispetta l'obbligo, espressamente previsto, di posizionare le apparecchiature di trazione nella parte inferiore dei filobus.

Resiste in giudizio l'amministrazione comunale confutando le argomentazioni di parte ricorrente.

Con appositi motivi aggiunti regolarmente notificati la ditta Alfa srl impugna sia l'aggiudicazione definitiva sia il verbale di gara del 3 aprile 2009 che conferma l'aggiudicazione provvisoria al controinteressato Raggruppamento temporaneo di imprese RTI Gamma - Delta.

In via di diritto deduce l'illegittimità derivata dal provvedimento di esclusione e riproduce il primo motivo del ricorso introduttivo.

Deduce poi riguardo all'aggiudicazione definitiva e al verbale di aggiudicazione provvisoria del 3 aprile 2009, il seguente motivo:

Violazione dell'art. 97 della Costituzione, degli articoli 76 e 83 del d. lgs. 163 del 2006, dell'art. 3 della legge 241 del 1990, del bando di gara, del disciplinare di gara, del capitolato tecnico, dei principi sulle gare ad evidenza pubblica, del principio della par condicio, travisamento dei presupposti di fatto e diritto, illogicità, difetto e contraddittorietà della motivazione.

Precisa la ditta ricorrente che, anche ove fosse considerata corretta la sua esclusione dalla gara, avrebbe tuttavia interesse all'annullamento dell'aggiudicazione in relazione all'utilità strumentale derivante dal rinnovamento della procedura. Ritiene poi tempestivo il ricorso per motivi aggiunti.

Osserva poi la ditta ricorrente come le offerte dovevano rispettare quanto previsto dal bando e dal capitolato; orbene, l'offerta del controinteressato Raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) Gamma - Delta non rispetta l'obbligo di posizionare le apparecchiature di trazione nella parte bassa del filobus. Non si tratta di una clausola derogabile, anche perché l'officina comunale non sarebbe in grado di effettuare la necessaria manutenzione.

Anche avverso i motivi aggiunti resiste in giudizio il Comune, il quale eccepisce la tardività per quanto riguarda l'impugnazione del verbale di gara del 3 aprile 2009, che confermava l'aggiudicazione in

via definitiva ed è stato trasmesso alla ricorrente in data 29 aprile 2009 ed esibito in giudizio il 6 maggio 2009.

Il Comune eccepisce poi l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, avendo la ditta impugnato l'affidamento e non l'aggiudicazione definitiva.

Il Comune eccepisce altresì il difetto di interesse all'impugnazione dell'aggiudicazione, in quanto anche in caso di ripetizione della gara la ditta ricorrente non potrebbe fornire un'offerta ammissibile.

Il Comune infine contesta anche nel merito il ricorso concludendo per il suo rigetto.

Con apposita memoria depositata il 6 novembre 2009 il Comune ribadisce le proprie tesi, anche in ordine alle eccezioni.

Anche la ditta ricorrente con memoria depositata il 6 novembre 2009 insiste per l'accoglimento del ricorso, replica alle eccezioni avversarie e chiede - ove sia ritenuto necessario - che venga disposta una verifica su alcuni aspetti tecnici.

Infine nel corso della pubblica udienza del 19 novembre 2009 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Oggetto del ricorso principale è il verbale di gara datato 13 febbraio 2009 per l'affidamento della fornitura di 3 filobus nella parte in cui dispone l'esclusione della ricorrente dalla procedura e dispone altresì l'aggiudicazione provvisoria a favore del costituendo Raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) Gamma - Delta; la nota protocollo 11029/1695 del 23 febbraio 2009 recante la motivazione dell'esclusione dalla gara; la nota 19605 del 1 aprile 2009 recante integrazione della motivazione dell'esclusione; il verbale di gara 18 febbraio 2008 recante la conferma dell'aggiudicazione provvisoria; il bando di gara e il disciplinare nelle parti concernenti la capacità tecnica, ove interpretate in senso sfavorevole alla ricorrente. La ditta chiede altresì la condanna al risarcimento del danno.

Con i motivi aggiunti si impugnano il provvedimento dirigenziale n. 2060 del 7 luglio 2009 di aggiudicazione definitiva e il verbale di gara 3 aprile 2009 recante la conferma dell'aggiudicazione provvisoria.

Conviene farsi innanzi tutto carico delle numerose eccezioni comunali, sia in relazione ai motivi aggiunti sia per quanto concerne il ricorso principale.

2. Il Comune invero eccepisce la tardività dei motivi aggiunti per quanto riguarda l'impugnazione del verbale di gara del 3 aprile 2009, che confermava l'aggiudicazione al controinteressato Raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) Gamma - Delta ed è stato trasmesso alla ricorrente in data 29 aprile 2009 ed esibito in giudizio il 6 maggio 2009.

Si rileva sul punto come la tardività dell'impugnazione del verbale di gara del 3 aprile 2009 non ha alcuna influenza sull'ammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti, in quanto detto verbale costituisce una

semplice conferma dell'aggiudicazione a favore del Raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) Gamma - Delta controinteressato, e comunque decide solo in via provvisoria. Si tratta quindi di un atto endoprocedimentale, laddove la lesività per la ditta istante deriva dal provvedimento n. 2060 del 7 luglio 2009, recante l'aggiudicazione definitiva, tempestivamente impugnato con i motivi aggiunti.

3. Il Comune eccepisce poi l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, avendo la ditta impugnato l'affidamento e non l'aggiudicazione definitiva.

Tale eccezione va disattesa, in quanto è evidente la definitività della determinazione n. 2060 del 7 luglio 2009 che riproduce nelle premesse l'affidamento disposto dal Responsabile del procedimento e ne prende atto in attesa del perfezionamento del contratto.

Pertanto, al di là della terminologia adottata, la citata determinazione n. 2060 costituisce la decisione definitiva dell'Amministrazione riguardo all'aggiudicazione della gara, cui deve seguire unicamente la stipula del contratto, per cui l'impugnazione non solo risulta tempestiva ma altresì corretta, trattandosi di atto decisorio, finale e palesemente lesivo della sfera giuridica della ditta istante.

4. Il Comune eccepisce altresì il difetto di interesse all'impugnazione dell'aggiudicazione, in quanto a suo avviso, anche in caso di ripetizione della gara, la ditta ricorrente non potrebbe fornire un'offerta ammissibile.

A parte che tale eccezione implica l'esame del primo motivo di gravame, concernente appunto l'esclusione dalla gara della ditta ricorrente, un'eventuale ripetizione della gara gioverebbe comunque alla ditta istante la quale potrebbe parteciparvi sia con un'offerta modificata rispetto a quella già presentata sia avvalendosi di altra ditta, in ipotesi dotata delle capacità tecniche che ad essa mancassero.

5. Ciò premesso il ricorso va esaminato nel merito.

Con la prima articolata censura la ditta ricorrente contesta la legittimità della sua esclusione dalla gara, avvenuta in quanto l'offerta presentata e la documentazione tecnica relativa alle forniture effettuate nel triennio precedente, non riguardavano specificatamente l'oggetto della gara, cioè la fornitura completa di tre filobus, ma di componenti elettriche e lavorazioni di ripristino di parti meccaniche o della carrozzeria.

A tale proposito sostiene la ditta come le parti elettriche ed elettromeccaniche vadano considerate prevalenti - dal punto di vista economico e tecnico - rispetto alle restanti componenti del filobus, per cui la sua offerta doveva essere presa in considerazione, anche in quanto il bando e il capitolato richiedevano unicamente una capacità tecnica generica e non specifica.

L'assunto di parte ricorrente non può essere condiviso.

Invero, anche se nel bando si richiedeva l'elenco delle principali forniture prestate negli ultimi tre anni, il riferimento all'articolo 42 del d. lgs. n. 163 del 2006 e un'interpretazione logico - sistematica del bando stesso e del capitolato fanno emergere una necessaria e stretta correlazione tra l'elenco richiesto ai partecipanti e l'oggetto della gara, la fornitura cioè di tre filobus completi in ogni loro componente.

L'assunto di parte ricorrente che la parte più importante dei filobus sarebbe quella oggetto delle forniture elencate dalla ditta, non solo risulta indimostrato ma non può far obliare che la gara era indetta per la fornitura completa dei filobus, né che il bando non richiamava affatto altri elementi equivalenti e non consentiva pertanto un riferimento a solo una componente dei filobus, per rilevante che essa fosse.

6. Nell'elenco delle principali forniture allegato alla domanda di partecipazione la ricorrente ditta Alfa srl fa presente nelle premesse di aver fornito "gruppi statici" per applicazioni ferroviarie, tranviarie e filoviarie alle principali società leader nel settore. Segue l'elenco dei costruttori e delle Aziende di trasporto pubblico.

Nel successivo elenco dettagliato dei materiali forniti, si parla di convertitori, reostati di frenatura, ricambi chopper di trazione, inverter, parti di ricambio, rilevatori di dispersione, compressori, impianti di condizionamento, stabilizzatori e accumulatori oltre che di alcuni lavori di ripristino della carrozzeria nonché della parte elettrica e della parte meccanica. Scorrendo l'elenco, non compare affatto alcuna fornitura di filobus completi in ogni loro parte.

Infine, anche nell'allegato relativo alla subfornitura della società Alpina Transportation non si elencano forniture specifiche e complete di filobus ma solo operazioni svolte a contatto con tutti i principali costruttori nazionali.

In sostanza, la ditta Alfa srl ha dimostrato notevole capacità di fornitura di componenti varie, soprattutto elettriche, relative ai filobus, ma nessuna esperienza specifica nella fornitura di filobus interi, come richiesto espressamente dal bando di gara.

7. Inoltre, e l'argomento appare decisivo, stante l'oggetto della gara, parte ricorrente avrebbe dovuto - nell'elenco delle forniture - precisare che in alcune ipotesi esse riguardavano la fornitura completa dei filobus, almeno in collaborazione con altre ditte in grado di sopperire alle carenze tecniche sulle altre componenti, laddove non risulta che la ditta si sia in precedenza avvalsa né della possibilità di costituire un raggruppamento temporaneo né dell'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 49 del d. lgs. 163 del 2006.

Infine tale possibilità non è stata utilizzata nemmeno nella gara de qua.

8. Per completezza va aggiunto che la ditta né tramite il suo rappresentante né in altro modo ha mai chiarito alla stazione

appaltante come avrebbe potuto fornire i filobus completi, nonostante che l'esperienza documentata riguardasse solo alcune sia pure importanti componenti degli stessi.

In questo quadro la commissione di gara non era tenuta né a chiedere chiarimenti, né a interpretare diversamente l'offerta, in quanto la carenza della documentazione prodotta era tale da rendere dovuta l'esclusione della ditta dalla gara stessa.

9. Con la seconda censura la ditta contesta, sia pure in maniera subordinata, lo stesso bando e il capitolato, nelle clausole che limitavano la partecipazione a chi avesse documentato esclusivamente la fornitura di filobus.

A parte che la doglianza sottilmente smentisce almeno in parte la prima censura (in quanto si ammette la possibilità di un'interpretazione del bando diversa da quella ivi data per presupposta), tuttavia lo stesso art. 42 del d. lgs. 163 del 2006 e i principi che sovrintendono alle gare ad evidenza pubblica portano alla conclusione opposta, in quanto rientra non solo nella discrezionalità della stazione appaltante ma nella stessa logica delle gare che il contenuto della documentazione da produrre sia omologo all'oggetto della gara, cioè la fornitura di filobus completi in ogni loro componente.

Invero, per le stesse ragioni elencate da parte ricorrente sarebbe paradossalmente censurabile per indeterminatezza un bando che non rapportasse la documentazione richiesta allo scopo della gara, una fornitura del bene richiesto (i filobus) nel pubblico interesse.

La seconda doglianza risulta pertanto infondata.

10. Con la terza censura, reiterata con i motivi aggiunti, si contesta in vario modo l'aggiudicazione della gara al controinteressato Raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) Gamma - Delta, sia per ragioni procedurali sia per ragioni più sostanziali, riguardanti la conformità dell'offerta risultata vincitrice al bando di gara e al capitolato.

Va innanzi tutto esaminata la doglianza secondo cui il Raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) Gamma - Delta sarebbe dovuto essere escluso per omessa presentazione in sede di offerta di una "relazione tecnica". Orbene tale relazione tecnica non viene menzionata nel bando e nemmeno nel capitolato, laddove l'offerta risulta formalmente conforme a quanto richiesto.

Inoltre viene censurato il comportamento della commissione che avrebbe anteposto la valutazione dell'offerta economica alla valutazione degli elementi tecnici.

Il bando invero prevede dopo l'apertura ed esame della busta A contenente la documentazione prodotta ai fini della partecipazione alla gara, l'apertura della busta B contenente l'offerta economica.

La commissione dopo aver aperto la busta A e aver escluso le concorrenti non in regola, ha esaminato l'offerta economica di cui alla busta B dell'unica ditta rimasta in gara, e la ha dichiarata

assegnataria provvisoria. Solo in altra seduta ha controllato la rispondenza ai parametri dell'offerta tecnica. Trattandosi di una sola ditta rimasta in gara la procedura appare a questo Collegio corretta in quanto non era possibile violare la par condicio.

11. Va ora esaminata la doglianza più pregnante, riguardante l'aggiudicazione della gara al controinteressato Raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) Gamma - Delta, cioè che l'offerta non rispondesse ai parametri previsti, in quanto le apparecchiature di trazione dei filobus sono posizionate nella parte alta del veicolo anziché, come previsto dal capitolato tecnico, nella parte bassa.

In via generale, va ribadito che la valutazione delle offerte operata da una commissione di gara è espressione di un'ampia discrezionalità che impinge nel merito dell'azione amministrativa e come tale sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salve le ipotesi di manifesta irragionevolezza, illogicità, irrazionalità, arbitrarietà o di travisamento dei fatti (tra le tante, Consiglio di Stato, sez. V, 29 ottobre 2009, n. 6688).

Più specificatamente, la previsione esplicita della possibilità di presentare varianti progettuali in sede di offerta è oggi generalizzata dall'art. 76, del d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici) per qualsivoglia appalto, come derivante dalle direttive comunitarie 2004/17 e 2004/18. La scelta del legislatore comunitario riposa sulla circostanza che, allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (come nel caso che ne occupa), la stazione appaltante gode di maggiore discrezionalità e soprattutto sceglie il contraente valutando non solo criteri matematici, ma la complessità dell'offerta proposta.

In altri termini, deve ritenersi insito nella scelta di tale criterio selettivo che sia consentito alle imprese proporre quelle variazioni migliorative rese possibili dal possesso di peculiari conoscenze tecnologiche, purché non vengano alterati i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla lex specialis, a condizione cioè che non venga stravolto l'oggetto del contratto e che la proposta tecnica risulti migliorativa rispetto al progetto base, nel rispetto delle esigenze della pubblica amministrazione (tra le tante, T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 29 ottobre 2008, n. 1480).

E' ben vero che il capitolato menziona la collocazione in basso dell'impianto elettrico, ma un ben maggiore peso viene dato ad elementi come la capacità di carico e la sicurezza del veicolo.

Ne consegue come nel caso in esame la collocazione dell'impianto elettrico nella parte alta del filobus risulta senz'altro migliorativa, e, secondo la commissione che ha esaminato approfonditamente tale aspetto, non solo non incide sulla funzionalità del veicolo, ma la migliora sia dal punto di vista della capacità di carico, consentendo di abbassare il pianale e di guadagnare spazio, sia soprattutto dal punto di vista della sicurezza elettrica.

In sostanza, si tratta di una modifica migliorativa proposta dalla ditta vincitrice e accettata dalla stazione appaltante, il che come visto risulta consentito dalla normativa vigente oltre che da ragioni di logica.

Quanto alle difficoltà manutentive asseritamente derivanti dalla nuova soluzione tecnica esse non vengono provate e comunque non risultano rilevanti ai fini della correttezza dell'aggiudicazione.

Per le su indicate ragioni anche la terza doglianza risulta priva di giuridico pregio.

12. L'infondatezza di tutte le censure proposte comporta il rigetto del ricorso mentre le spese di giudizio, secondo la nota regola, seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, Sezione di Pescara, respinta ogni contraria istanza ed eccezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo rigetta.

Condanna la ditta ricorrente a corrispondere al Comune resistente la somma di euro 5.000 (cinque mila) a titolo di spese, competenze ed onorari di difesa, oltre agli oneri di legge.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente, Estensore

Michele Eliantonio, Consigliere

Luigi Ranalli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/12/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO