



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 81 del 2015, proposto da:

Kone S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Pio Rinaldi, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Galleria dell'Unione, 5;

contro

Azienda Ospedaliera della Provincia di Lecco, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Fabio Cintioli, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Via Conservatorio, 22;

per l'annullamento

del provvedimento del responsabile del procedimento dell'Area Tecnico Patrimoniale dell'Azienda Ospedaliera della Provincia di Lecco prot. n. 0053092114U del 11.12.2014, di esclusione della società ricorrente dalla gara indetta per l'affidamento del servizio di

conduzione e manutenzione, completa ed integrale, ordinaria, programmata, e a carattere di urgenza, pronto intervento e reperibilità degli impianti elevatori esistenti presso l'Azienda Ospedaliera stessa, della determina n. 604 del 9.12.2014, con cui il Direttore Amministrativo dell'Azienda Ospedaliera della Provincia di Lecco ha comunicato l'esito infruttuoso della predetta procedura, in conseguenza della mancata presentazione di offerte ammissibili, del verbale n. 1 del 17.3.2014 della commissione di gara, trasmesso con comunicazione a mezzo PEC in data 11.12.2014, del verbale n. 2 del 9.10.2014 della commissione di gara, trasmesso con comunicazione a mezzo PEC in data 11.12.2014, del verbale n. 3 del 21.10.2014 della commissione di gara, trasmesso con comunicazione a mezzo PEC in data 11.12.2014, del verbale n. 4 del 29.10.2014 della commissione di gara, trasmesso con comunicazione a mezzo PEC in data 11.12.2014, del bando, del disciplinare di gara, e segnatamente, della disposizione di cui all'art. 6.1 Busta C-Offerta Economica, del capitolato speciale di appalto, della nota del RUP del 11.12.2014, prot. n. 00531 del 11.12.2014, con cui si trasmettono a mezzo PEC la copia del provvedimento di esclusione, della determina n. 604 del 9.12.2014 e la copia dei verbali della commissione di gara sopraindicati, in riscontro alla nota recante richiesta di accesso agli atti formulata dalla ditta Kone S.p.a. in data 27.11.2014, nonché di ogni altro atto o provvedimento conseguente, antecedente o comunque connesso.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera della Provincia di Lecco;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 gennaio 2015 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il provvedimento in epigrafe impugnato l'Azienda Ospedaliera della Provincia di Lecco ha escluso la ricorrente dalla procedura aperta indetta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del servizio di conduzione e manutenzione, completa ed integrale, ordinaria, programmata, e a carattere di urgenza, pronto intervento e reperibilità, degli impianti elevatori esistenti presso l'Azienda Ospedaliera stessa.

La stazione appaltante si è costituita in giudizio, insistendo per il rigetto del ricorso, in rito e nel merito.

Alla camera di consiglio del 22.1.2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio ritiene che il giudizio possa essere definito con sentenza in forma semplificata, emessa ai sensi dell'art. 60 c.p.a., adottata in

esito alla camera di consiglio per la trattazione dell'istanza cautelare, stante l'integrità del contraddittorio, l'avvenuta esaustiva trattazione delle tematiche oggetto di giudizio, nonché la mancata enunciazione di osservazioni oppositive delle parti, rese edotte dal Presidente del Collegio di tale eventualità.

I.1) In via preliminare, il Collegio deve esaminare l'eccezione di tardività del ricorso, sollevata dalla difesa della stazione appaltante, che è tuttavia infondata.

Evidenzia infatti il Collegio che, malgrado la presenza di un rappresentante della ricorrente alla seduta pubblica del 29.10.2014, nella quale ha avuto luogo l'esclusione impugnata, che secondo la resistente, determinerebbe la decorrenza del *dies a quo* per l'impugnazione, e la sua conseguente tardività, in realtà, con nota prot. n. 0050791 del 1.12.2014, il R.U.P. ha comunicato alla ricorrente "che il provvedimento deliberativo idoneo a far decorrere il termine di cui all'art. 79 c. 5 lett. b) del D.Lgs. n. 163/06 non è ancora stato adottato, ed è in fase di istruttoria".

Ritiene il Collegio che, in relazione al contenuto di detta nota prot. n. 0050791/14, in ogni caso, sia applicabile alla fattispecie l'art. 37 c.p.a., secondo cui "il giudice può disporre, anche d'ufficio, la rimessione in termini per errore scusabile in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto", ciò che comporta l'infondatezza dell'eccezione.

L'applicazione di detta norma, di stretta interpretazione (C.S., Sez. V,

13.5.2014 n. 2425), è possibile infatti, tra l'altro, proprio a fronte di "comportamenti ambigui dell'Amministrazione" (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 16.5.2014 n. 2722, C.S. Sez. V, 20.12.2013 n. 6112), e di "avvertenze fuorvianti provenienti dalla stessa" (C.S., Sez. V, 27.12.2013 n. 6282), ciò che ha puntualmente avuto luogo nel caso di specie, in considerazione della precitata comunicazione del R.U.P., dovendosi pertanto respingere l'eccezione.

I.2) Ritiene pertanto il Collegio che il presente ricorso, rivolto avverso il provvedimento di esclusione, sia tempestivo, dovendosi pertanto respingere l'ulteriore eccezione di inammissibilità dello stesso per difetto di interesse, nella parte in cui la ricorrente contesta altresì l'illegittimità della *lex specialis*.

Sulla base della stessa prospettazione offerta dalla stazione appaltante, detta eccezione presuppone infatti l'avvenuta inoppugnabilità del provvedimento di esclusione, ciò che priverebbe la ricorrente di interesse a contestare le disposizioni del bando di gara; come tuttavia accertato nel precedente punto, il presente gravame è in realtà tempestivo, ciò che rende infondata la presente eccezione di inammissibilità.

II) Nel merito, il ricorso è fondato.

II.1) L'art. 6.1 – Busta B Offerta Tecnica – B del disciplinare di gara richiedeva ai concorrenti la produzione di un progetto elaborato, ad un livello di approfondimento pari al definitivo, ai sensi della sezione II del D.Lgs. n. 207/2010, degli interventi programmati obbligatori

di manutenzione straordinaria e di adeguamento migliorativo sugli impianti, senza oneri per la stazione appaltante”, precisando che “tutte le opere proposte devono intendersi ricomprese nei corrispettivi di offerta”. A pena di esclusione, l’offerta doveva essere corredata dai computi metrici estimativi, che non avrebbero tuttavia formato oggetto di valutazione, ai fini dell’assegnazione del punteggio, atteso che le “proposte migliorative senza oneri della stazione appaltante” (art. 10 punto C del c.s.a.), sarebbero state valutate in ragione del loro rilievo qualitativo, e non in base al loro costo, come detto, a carico dei ricorrenti.

A fronte della mancata allegazione dei visti computi metrici estimativi, in applicazione del citato art. 6.1. del disciplinare la ricorrente è stata esclusa.

II.2) Osserva il Collegio che, in base a quanto disposto dall’art. 46 c. 1 bis del D.Lgs. n. 163/06, la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l’offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono

contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.

Ritiene il Collegio che l'art. 6.1 del disciplinare in questa sede impugnato sia nullo, per contrasto con il citato art. 46 c. 1 bis cit.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa della stazione appaltante, la clausola di che trattasi non è infatti necessitata in relazione al “mancato adempimento” di prescrizioni normative, ed in particolare, a fronte di quanto previsto dall'art. 24 D.P.R. n. 207/2010, secondo cui, tra i documenti che compongono il progetto definitivo, deve includersi anche il computo metrico estimativo, la cui mancanza è stata posta a fondamento dell'esclusione in questa sede impugnata.

Nella fattispecie per cui è causa, il costo delle opere oggetto del progetto, dettagliate nel computo metrico, è posto infatti a carico del concorrente, non della stazione appaltante, non essendo conseguentemente rilevante ai fini dell'aggiudicazione, né oggetto di valutazione, diversamente da quanto invece accade negli appalti di lavori disciplinati nella parte II del citato D.P.R., nel cui ambito è collocato l'art. 24, che erroneamente si assume violato.

In altre parole, la mancata produzione di un computo metrico irrilevante ai fini dell'aggiudicazione, e richiesto unicamente per garantire la stazione appaltante nell'esecuzione del progetto, non può evidentemente comportare le medesime conseguenze derivanti nel caso in cui detto documento sia, anche, una componente

determinante ai fini della valutazione dell'offerta, non potendo, nel primo caso, detta mancanza, riverberarsi, *sic et simpliciter*, sull'ammissibilità dell'offerta stessa, ben potendo eventualmente la stazione appaltante sopperirvi acquisendo il documento in un momento anche successivo a quello dell'apertura dell'offerta stessa, e solo in caso di persistente inerzia, provvedere all'esclusione.

In conclusione, l'art. 6.1 del disciplinare, nel comminare la sanzione dell'esclusione a fronte della mancata produzione del computo metrico, ha violato il divieto previsto a pena di nullità dall'art. 46 c. 1 bis D.Lgs. n. 163/06, dovendo pertanto annullarsi il provvedimento di esclusione emanato in applicazione del medesimo.

Sussistono tuttavia giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, in relazione alla mancata produzione in sede di gara del computo metrico che ha dato luogo al presente contenzioso, da parte della ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e per l'effetto annulla i provvedimenti in epigrafe impugnati.

Spese compensate, salvo il rimborso del contributo unificato in favore della ricorrente.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 22 gennaio
2015 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Mauro Gatti, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/01/2015

IL SEGRETARIO

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