

N. 01315/2014 REG.PROV.COLL.

N. 01659/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1659 del 2013, proposto da:

Smith & Nephew Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Giorgio Calesella, Claudia Cipriano, con domicilio eletto presso Pier Vettor Grimani in Venezia, S. Croce, 466/G;

contro

Azienda Ulss N. 13 Mirano, rappresentato e difeso dagli avv. Erika Zanierato, Vittorio Miniero, con domicilio eletto presso Erika Zanierato in Mestre, Calle del Sale, 51/3;

per l'annullamento

del provvedimento dichiarativo di esclusione Smith & Nephew srl, reso in seduta pubblica, il 24.10.2013, mai comunicato e di cui non si conoscono gli estremi, dalla procedura aperta per la stipula di un Accordo Quadro avente ad oggetto: "fornitura di Protesi Ortopediche per le Aziende UU.LL.SS.SS. dell'area Vasta Venezia - Rovigo", nella parte in cui ha disposto la non valutabilità e quindi la non ammissione al prosieguo della gara per i Lotti nn. 13-19-20-23-24-38; dei verbali di valutazione/motivazione della Commissione Tecnica; della nota prot. n. 80800/2013 del Dipartimento Risorse Umane e Materiali - Direzione Acquisizione e Gestione Beni e Servizi -; nonchè di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ulss N. 13 Mirano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 ottobre 2014 il dott. Roberto Vitanza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Considerato che,

La ricorrente ha censurato la sua esclusione dalla gara per la "fornitura di Protesi Ortopediche per le Aziende UU.LL.SS.SS. dell'area Vasta Venezia - Rovigo".

La legge di gara, così come predisposta dalla stazione appaltante, prevedeva che i documenti dell'offerta tecnica fossero contenuti, lotto per lotto, in un supporto a lettura ottica da allegare all'istanza.

La ricorrente ha prodotto i richiesti supporti che, per alcuni lotti, sono risultati carenti della documentazione richiesta.

Il Consiglio di Stato con ordinanza n. 2014/15 ha accolto l'appello sull'istanza cautelare, invero già respinta da questo Collegio e disposto la sospensione del provvedimento impugnato, sostenendo che la mancata lettura dei c.d. avrebbe dovuto comportare un dovere di soccorso da parte della stazione appaltante.

In realtà, come emerge dagli atti di causa, il Collegio, già in data 28 gennaio 2014, proprio al fine di accertare se i supporti elettronici contestati non fossero leggibili per ragioni imputabile alla stazione appaltante, ovvero gli stessi non contenessero i dati tecnici richiesti dal bando, ha disposto una verifica in contraddittorio tra le parti.

E' emerso in modo inequivocabile e non contestabile che gli indicati c.d. relativamente ai lotti : 13, 19, 20, 23, 24 e 38, pur risultando perfettamente funzionanti e leggibili, nondimeno essi non contenevano tutti i documenti richiesti.

Tale evenienza, pertanto, si connota, all'evidenza, come un'offerta incompleta e diversa da quella richiesta dal bando che legittima la esclusione del candidato a mente dell'art. 46 bis del d.lgs 163/2006.

E' onere di ogni partecipante quello di verificare la esattezza e la completezza dell'offerta, che non può essere completata e/o integrata nei suoi aspetti essenziali pena la violazione della par condicio tra i concorrenti.

Tali rilievi sono già stati espressi dalla giurisprudenza che ha osservato : “ ...L'ammissione di una offerta incompleta e condizionata viola la “par condicio”, perché consente all'offerente di concorrere con altri offrendo qualcosa di diverso e minore, ovvero di partecipare con una offerta economica non determinata in modo puntuale, in quanto ancora in parte da negoziare per renderla comparabile con le altre. Perciò l'esclusione non necessita affatto di clausola specifica ma è imposta dal necessario rispetto della “par condicio” e della “lex specialis”, senza che possa essere invocato il “favor participationis”, non essendovi alcunché di dubbio nella fattispecie” ( Tar Emilia Romagna-Bologna, 30 gennaio 2012, n. 83; Cons. St. sez. II, 5127/13 – citata dalla resistente).

Nel caso di specie, pertanto, più che un'attività di soccorso volto a chiarire e precisare i contenuti dell'offerta, la stazione appaltante avrebbe dovuto svolgere una vera e propria attività integrativa ed additiva della domanda incompleta della ricorrente, così da pregiudicare la situazione giuridica degli altri candidati e favorendo illegittimamente ed illecitamente la concorrente.

Per tali motivi il ricorso deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente alle spese di lite che liquida complessivamente in euro 3.000,00 (tremila), oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 2 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Alessio Falferi, Primo Referendario

Roberto Vitanza, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/10/2014

IL SEGRETARIO

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