

L'esclusione della ricorrente è illegittima e deve, pertanto, essere annullata, con riammissione della stessa Ditta alla gara medesima: tale annullamento travolge necessariamente tutti gli atti da questa conseguenti e, precisamente, l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione dell'accaduto all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di Lavori, Servizi e Forniture. E', altresì, annullata l'aggiudicazione della gara alla controinteressata:

L'ASP di Catanzaro dovrà, pertanto, riammettere in gara la ricorrente e ripetere la gara stessa a decorrere dal momento dell'annullata esclusione della stessa, procedendo a nuova aggiudicazione al soggetto che presenterà l'offerta economicamente più vantaggiosa, in base ai criteri stabiliti nel bando di gara e relativo Capitolato speciale d'appalto.

Quanto alla domanda di risarcimento danni formulata dalla ricorrente, la stessa deve essere respinta, potendo ancora la ricorrente medesima risultare aggiudicataria della gara all'esito delle operazioni che dovranno essere compiute dall'Amministrazione precedente. In tal modo, l'interesse della ricorrente potrà essere soddisfatto in forma specifica.

la disposizione dettata dall'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006 (così come, in precedenza, le norme di cui agli artt. 15 e 16, rispettivamente, del D.Lgs. n. 157/95 e D.Lgs. n. 358/92) nel prevedere che le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti o dichiarazioni presentati, è da intendersi come la codificazione di un ordinario modo di procedere, volto a far valere, entro certi limiti e nel rispetto della "par condicio" dei partecipanti, la sostanza sulla forma, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e del possesso della capacità tecnica ed economica

Dai chiarimenti prodotti è emerso, infatti, che le forniture dichiarate dalla ricorrente sono state realmente effettuate, per gli importi dalla stessa indicati: non può, pertanto, affermarsi, diversamente da quanto ritenuto dalla APS convenuta, che vi sia stata lesione della "par condicio", atteso che le forniture sono state effettivamente realizzate così come dichiarate e che i chiarimenti forniti dalla ricorrente hanno permesso esclusivamente di superare discrepanze formali dovute solo ad un diverso criterio di registrazione delle fatture emesse dalla ricorrente

Peraltro, sotto altro ed autonomo profilo, occorre osservare che il bando di gara non prevedeva un importo minimo annuo di fatturato inerente le forniture effettuate quale requisito di accesso alla gara medesima. Da ciò consegue che i diversi importi indicati dalle attestazioni di alcune AA.SS.LL. rispetto a quanto dichiarato dalla ricorrente (diversità, peraltro, solo apparente, come spiegato sopra), non avrebbe modificato in alcun modo lo svolgimento della gara: nessuno vantaggio avrebbe subito la ricorrente, né in ordine all'ammissione alla gara, né in ordine all'aggiudicazione della stessa.

Ricorso per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento 10.4.2009, prot. n. 2843 (doc. 1), con il quale l'Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro ha disposto l'esclusione della ricorrente dalla gara triennale per la fornitura di vaccino anti HPV, nonché "l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione di quanto accaduto all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture...";

- della nota dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro, prot. n. 2913 del 15.4.2009 (doc. 2), con la quale l'Amministrazione ha richiesto alla Banca l'incameramento della cauzione costituita dalla ricorrente per la partecipazione alla predetta gara;

- della nota, non conosciuta, di segnalazione dell'accaduto all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici; nonché di tutti gli atti connessi, presupposti e/o conseguenti, tra i quali sicuramente:

Con nota di data 10 aprile 2009 inviata alla ricorrente, l'Azienda Sanitaria Provinciale comunicava che la Commissione di gara, dopo aver preso visione della documentazione fatta pervenire, aveva rilevato che

nel rispondere ai chiarimenti richiesti erano stati presentati nuovi documenti e che, sulla scorta della giurisprudenza del Consiglio di Stato, la regolarizzazione poteva riguardare solo documenti già presentati, ma non documenti o dichiarazioni omesse, trovando un limite temporale nel termine perentorio individuato dal bando per la presentazione delle offerte e relativa documentazione. Pertanto, presentando la documentazione prodotta discrepanze non sanabili, l'Azienda Sanitaria Provinciale comunicava alla ricorrente l'esclusione dalla gara, precisando, altresì, che si sarebbe proceduto all'escussione della cauzione provvisoria e alla segnalazione di quanto accaduto all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, ai sensi dell'art. 6, comma 11 del T.U. n. 163/2006. Con nota di data 15 aprile 2009 inviata alla Banca fideiussore, l'Azienda Sanitaria Provinciale procedeva all'escussione della cauzione provvisoria emessa nell'interesse della ricorrente

. La ricorrente sostiene che tra le dichiarazioni dalla stessa prodotte in ordine alle forniture effettuate nei tre anni precedenti e le attestazioni rilasciate dalle AA.SS.LL. non vi sarebbe alcuna differenza sostanziale, in quanto le (solo apparenti) discrepanze rilevate dall'Amministrazione precedente sarebbero dovute esclusivamente all'adozione di diversi criteri di registrazione delle fatture. Della diversità dei criteri utilizzati, la ricorrente avrebbe fornito contezza con la relazione (e relativi allegati) presentata a seguito della richiesta di chiarimenti formulata dall'Amministrazione con nota di data 17 febbraio 2009. Tale relazione, sempre a detta della ricorrente, non sarebbe stata neppure esaminata dalla Stazione Appaltante, la quale si sarebbe limitata a dichiarare di dover escludere dalla gara l'offerta di Ricorrente sul presupposto che i chiarimenti trasmessi non sarebbero stati idonei a sanare le discrepanze rilevate, costituendo, in realtà, documentazione nuova e come tale non ammessa. Diversamente, proprio dalla relazione sarebbe emerso che: alcune attestazioni riguardavano importi comprensivi di IVA, mentre le dichiarazioni Ricorrente riportavano detti importi al netto dell'IVA; nella maggior parte dei casi le AA.SS.LL. avevano registrato le fatture emesse dalla ricorrente utilizzando il criterio di "cassa" piuttosto che il criterio di "competenza" utilizzato da Ricorrente; con riferimento all'anno 2005, alcune AA.SS.LL. avevano registrato delle note di credito emesse in loro favore dalla ricorrente in quell'anno, ma relative a forniture effettuate in anni precedenti, per cui Ricorrente non le aveva considerate nelle proprie dichiarazioni effettuate –come ricordato– con il criterio della "competenza"; in alcuni casi vi erano stati meri errori di calcolo, come riconosciuto dalle stesse AA.SS.LL.; quanto ai dati forniti dal Ministero della Difesa, essi facevano riferimento all'ammontare delle gare aggiudicate e dunque ai contratti in essere e non, invece, all'ammontare delle somme effettivamente fatturate negli anni 2006 e 2007.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Le censure formulate dalla ricorrente sono fondate e devono essere accolte.

Pare opportuno ripercorrere brevemente i momenti rilevanti per la definizione della presente controversia.

L'odierna ricorrente, una delle due partecipanti alla gara indetta dall'ASP di Catanzaro per la fornitura del vaccino antipapillomavirus, in conformità a quanto richiesto dall'art. 7 del capitolato speciale d'appalto, presenta nella busta n. 1 la prescritta documentazione amministrativa, tra cui, in particolare (lett. h) del citato art. 7), dichiarazione di cui all'art. 42, comma 1, lettera c), del D.Lgs. 163/2006 attestante l'elenco delle principali forniture effettuate negli ultimi tre anni, con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, delle forniture stesse. Nella busta n. 4, destinata alla documentazione probatoria ex art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006, vengono inserite le attestazioni emesse dalle strutture presso le quali Ricorrente ha eseguito le forniture di cui alle dichiarazioni inserite nella busta n. 1. All'atto dell'esame della documentazione probatoria e della verifica delle dichiarazioni, l'Amministrazione appaltante rileva, relativamente ad alcuni importi, delle discrepanze tra quanto dichiarato da Ricorrente e quanto attestato da alcune AA.SS.LL. e dal Ministero della Difesa. In considerazione di ciò, l'Amministrazione, con nota di data 17 febbraio 2009, richiede all'odierna ricorrente, ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, di fornire chiarimenti in ordine alle evidenziate discrepanze. A seguito dei chiarimenti forniti dalla ricorrente, l'ASP appaltante, con la nota del 10 aprile 2009 ha ritenuto che: la ricorrente nel rispondere ai chiarimenti ha presentato documenti nuovi omessi in prima istanza; la regolarizzazione può riguardare solo documenti già presentati, ma non dichiarazioni

o documenti omessi; gli errori di conteggio presenti nelle attestazioni delle AA.SS.LL. sono responsabilità della ditta ricorrente; le discrepanze riscontrate non sono, quindi, sanabili; i nuovi documenti stravolgono le dichiarazioni oggetto di verifica e alterano la “par condicio”. A tali rilievi consegue l’esclusione di Ricorrente dalla gara d’appalto, con conseguente escussione della cauzione provvisoria e segnalazione di quanto accaduto all’Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di Lavori, Servizi e Forniture.

La conclusione cui è giunta l’ASP di Catanzaro non è condivisibile.

Nodo cruciale della vicenda contenziosa consiste nello stabilire se i chiarimenti forniti da Ricorrente possano rientrare o meno nell’ambito dell’art. 46 D.Lgs. n. 163/2006.

Invero, nelle procedure di affidamento di appalti pubblici, il doveroso bilanciamento tra il dovere dell’amministrazione di provvedere alla regolarizzazione dei documenti presentati dai concorrenti ed il principio della “par condicio” tra i concorrenti medesimi, va ricercato nella distinzione tra il concetto di regolarizzazione e quello di integrazione documentale. L’integrazione non è consentita laddove si risolve in un effettivo “vulnus” del principio di parità di trattamento. Pertanto, potrà precedersi alla regolarizzazione documentale tutte le volte in cui vengano in rilievo incompletezze da integrare o erroneità da rettificare, riferibili al contenuto di dichiarazioni, istanze o certificazioni comunque presentate entro i termini stabiliti dal bando di gara. Infatti, la regolarizzazione di cui al citato art. 46 è ammissibile soltanto nei confronti di documenti presentati tempestivamente, sia pure incompleti, mentre non lo è per rimediare alla loro mancata presentazione nei termini stabiliti dalla “lex specialis” della gara, tramutandosi altrimenti la regolarizzazione in una inevitabile violazione della “par condicio” (in tal senso TAR Sicilia, Catania, 23 giugno 2008, n. 1203; TAR Friuli Venezia Giulia, 26 gennaio 2006, n. 46; TAR Sicilia, Palermo, 10 dicembre 2004, n. 2704).

Alla luce dei principi testé esposti e passando all’esame del caso concreto, deve osservarsi come i chiarimenti presentati da Ricorrente – a seguito di doverosa richiesta da parte dell’Amministrazione procedente – non abbiano costituito il mezzo per introdurre nel procedimento documenti nuovi ed ulteriori oltre il termine stabilito dal bando di gara e relativo capitolato speciale d’appalto, ma abbiano rappresentato unicamente lo strumento per rendere palese che la rilevata discrepanza tra le dichiarazioni effettuate dalla ricorrente e le attestazioni rilasciate da alcune AA.SS.LL. era solo apparente (ma non reale), dipendendo unicamente da diverse modalità di registrazione contabile.

Dai chiarimenti prodotti è emerso, infatti, che le forniture dichiarate dalla ricorrente sono state realmente effettuate, per gli importi dalla stessa indicati. A questo proposito, inoltre, deve aggiungersi come l’Amministrazione appaltante non abbia minimamente contestato, sotto il profilo del merito, le conclusioni cui è giunta Ricorrente con la relazione presentata in sede di chiarimenti, conclusioni che dimostrano la coincidenza degli importi indicati nelle dichiarazioni con quelli di cui alle attestazioni rilasciate dalle AA.SS.LL.

Alla luce di tutto quanto sopra, l’esclusione di Ricorrente di cui al verbale di data 9 aprile 2009 (comunicata con nota di data 10 aprile 2009) è illegittima e deve, pertanto, essere annullata, con riammissione della stessa Ditta alla gara medesima.

L’annullamento dell’esclusione travolge necessariamente tutti gli atti da questa conseguenti e, precisamente, l’escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione dell’accaduto all’Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di Lavori, Servizi e Forniture. E’, altresì, annullata l’aggiudicazione della gara a Controinteressata di cui alla deliberazione del Direttore Generale dell’ASP di Catanzaro n. 928 di data 15 giugno 2009

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1323 del 7 dicembre 2009 emessa dal Tar Calabria, Catanzaro

N. 01323/2009 REG.SEN.
N. 00673/2009 REG.RIC.



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 Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 673 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Ricorrente S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Izzo, Giuseppe Lo Pinto, Fabio Cintioli, con domicilio eletto presso Francesco Izzo in Catanzaro, viale Cassiodoro, 189;

contro

Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro Direttore Generale; Azienda Sanitaria Prov.Le di Cz-Ufficio Acquisizione Beni e Servizi, rappresentato e difeso dagli avv. Lorenzo Carnevale, Luciana Condemi, con domicilio eletto presso Luciana Condemi in Catanzaro, Uff. Legale A.S.P. via Cortese, 25; Regione Calabria, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Falduto, con domicilio eletto presso Paolo Falduto in Catanzaro, viale De Filippis, 280 c/o Avvoc.Reg;

nei confronti di

Controinteressata S.p.A.;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento 10.4.2009, prot. n. 2843 (doc. 1), con il quale l'Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro ha disposto l'esclusione di Ricorrente dalla gara triennale per la fornitura di vaccino anti HPV, nonché "l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione di quanto accaduto all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture...";
- della nota dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro, prot. n. 2913 del 15.4.2009 (doc. 2), con la quale l'Amministrazione ha richiesto alla Banca Credito Bergamasco l'incameramento della cauzione costituita da Ricorrente per la partecipazione alla predetta gara;
- della nota, non conosciuta, di segnalazione dell'accaduto all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici; nonché di tutti gli atti connessi, presupposti e/o conseguenti, tra i quali sicuramente:
 - del verbale di gara relativo alla seduta privata del 9 aprile 2009 (doc. 3) (trasmesso in copia a Ricorrente in data 21.4.2009 - doc. 4), durante la quale la Stazione Appaltante ha esaminato la documentazione presentata da Ricorrente a fronte della richiesta di chiarimenti e ne ha illegittimamente decretato l'esclusione;
 - di tutti gli altri verbali di gara, in verità non conosciuti;
 - del bando di gara (doc. 5) e del capitolato speciale d'appalto (doc. 6), ed in particolare degli articoli 7 ed 8 di quest'ultimo laddove si volesse ritenere che gli stessi consentano l'esclusione dalla gara nel caso in cui la documentazione di cui alla busta n. 4 (documentazione probatoria art. 48 d.lgs. 163/06) rechi un lievissimo "disallineamento" di tipo meramente formale e non sostanziale rispetto alla dichiarazione fornita dal concorrente ex art. 7, lett h) del capitolato medesimo, e comunque in assenza di idonea ed approfondita istruttoria ex art. 46 cod. contr.;
- della nota dell'ASP di Catanzaro del 17.2.2009, prot. 1214, (doc. 7), di richiesta di chiarimenti ai sensi dell'art. 46 Cod. Contratti;

nonché della deliberazione n. 928 del 15.6.2009 di aggiudicazione definitiva; del verbale di gara della seduta 7.5.2009, dell'art. 9 del Capitolato speciale d'appalto; della deliberazione n. 1168 del 21.7.2009 in parte qua, del parere espresso dal Responsabile del Settore legale dell'ASP con nota 693/2009, del contratto che nelle more fosse stato sottoscritto;

nonché per la condanna dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro al risarcimento del danno.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Prov.Le di Cz-Ufficio Acquisizione Beni e Servizi;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Regione Calabria;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23/10/2009 il dott. Alessio Falferi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con bando di gara inviato alla GUCE in data 22 ottobre 2008, l'Azienda Sanitaria provinciale di Catanzaro indiceva una pubblica gara per la fornitura del vaccino antipapilloma virus, della durata di anni tre, per un importo presunto annuo di euro 1.000.000.=, oltre IVA. Il detto bando prevedeva, quale criterio di aggiudicazione, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (massimo 50 punti per il prezzo e massimo 50 punti per la qualità), di cui all'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006.

L'articolo 7 del capitolato speciale d'appalto stabiliva i requisiti di ammissibilità alla gara e le modalità di presentazione dell'offerta. In particolare, era stabilito che nella

busta n. 1 –contenente la documentazione amministrativa - , le ditte partecipanti avrebbero dovuto dichiarare, tra l'altro, l'elenco delle principali forniture effettuate negli ultimi tre anni (2005 – 2006 – 2007), con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, delle forniture stesse (art. 7, lett. h) capitolato speciale d'appalto). Lo stesso articolo 7 prevedeva, inoltre, che –al fine della celerità della procedura - la busta n. 4 dovesse contenere la documentazione probatoria ex art. 48 D.Lgs n. 163/2006 e, in particolare, copie conformi delle attestazioni emesse dalle strutture presso le quali la ditta ha eseguito le principali forniture effettuate negli ultimi tre anni e dichiarate in conformità a quanto richiesto dalla precedente lett. h) del medesimo articolo 7.

Entro il termine di scadenza, pervenivano all'Amministrazione procedente due offerte, presentate da Ricorrente S.p.A. e Controinteressata S.p.A..

Con nota di data 17 febbraio 2009, l'Azienda Sanitaria Provinciale procedente comunicava alla ditta Ricorrente che la Commissione di gara, riunita in seduta pubblica in data 16 febbraio 2009 per la verifica della documentazione probatoria, aveva stabilito, ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, di richiedere chiarimenti in relazione alle discrepanze rilevate relativamente alle dichiarazioni sulle forniture prestate nei tre anni precedenti, rispetto alle attestazioni rilasciate dalle strutture destinatarie delle forniture medesime: in particolare, erano state rilevate differenze tra gli importi relativi alle forniture indicate dalla ditta Ricorrente e quelle riportate da alcune AA.SS.LL. nelle attestazioni da esse rilasciate. A tal fine, era assegnato un termine di 10 giorni per fornire i chiarimenti, scaduto il quale si sarebbe proceduto all'esclusione della ditta dalla gara.

La ditta Ricorrente trasmetteva, nel termine assegnato, una relazione con la quale spiegava le ragioni delle predette difformità, allegando anche estratti conto forniti dalle stesse strutture destinatarie delle forniture e copie delle fatture relative alle forniture effettuate.

Con nota di data 10 aprile 2009 inviata alla ditta Ricorrente , l'Azienda Sanitaria Provinciale comunicava che la Commissione di gara, dopo aver preso visione della documentazione fatta pervenire, aveva rilevato che nel rispondere ai chiarimenti richiesti erano stati presentati nuovi documenti e che, sulla scorta della giurisprudenza del Consiglio di Stato, la regolarizzazione poteva riguardare solo documenti già presentati, ma non documenti o dichiarazioni omesse, trovando un limite temporale nel termine perentorio individuato dal bando per la presentazione delle offerte e relativa documentazione. Pertanto, presentando la documentazione prodotta discrepanze non sanabili, l'Azienda Sanitaria Provinciale comunicava alla ditta Ricorrente l'esclusione dalla gara, precisando, altresì, che si sarebbe proceduto all'escussione della cauzione provvisoria e alla segnalazione di quanto accaduto all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, ai sensi dell'art. 6, comma 11 del T.U. n. 163/2006. Con nota di data 15 aprile 2009 inviata alla Banca Credito Bergamasco, l'Azienda Sanitaria Provinciale procedeva all'escussione della cauzione provvisoria emessa nell'interesse di Ricorrente.

Con ricorso notificato in data 5 giugno 2009, Ricorrente impugnava –chiedendone la sospensione cautelare anche attraverso il provvedimento monocratico presidenziale- il provvedimento di data 10 aprile 2009 con la quale l'Azienda Sanitaria Provinciale disponeva l'esclusione della ricorrente dalla gara triennale per la fornitura di vaccino HPV, nonché l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture; la nota di data 15 aprile 2009 con cui la medesima ASP richiedeva l'incameramento della cauzione provvisoria alla Banca Credito Bergamasco; la nota, non conosciuta, di segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture; tutti gli atti connessi, presupposti e/o conseguenti, tra cui il verbale di gara relativo alla prima seduta del 9 aprile 2009;

tutti gli altri verbali non conosciuti; il bando di gara e il capitolato speciale, in particolare gli articoli 7 e 8 di quest'ultimo nel caso in cui si dovesse ritenere che gli stessi consentano l'esclusione dalla gara nel caso in cui la documentazione di cui alla busta n. 4 rechi un lievissimo "disallineamento" rispetto alla dichiarazione fornita dal concorrente ex art. 7 lett. h) del capitolato medesimo; della nota dell'ASP di Catanzaro del 17 febbraio 2009 di richiesta di chiarimenti ai sensi dell'art. 46 codice dei contratti; del provvedimento di aggiudicazione eventualmente intervenuto nelle more in favore di Controinteressata S.p.A..

La ricorrente formulava anche richiesta di risarcimento dei danni.

Con atto di data 16 giugno 2009 si costituiva in giudizio la Regione Calabria, la quale deduceva l'irricevibilità, inammissibilità ed infondatezza del ricorso.

Con decreto presidenziale n. 461/09 di data 17 giugno 2009 era accolta, in via provvisoria, l'istanza cautelare e per l'effetto sospeso il provvedimento impugnato fino alla discussione dell'istanza cautelare nella Camera di Consiglio del 9 luglio 2009.

Con atto per motivi aggiunti depositato in data 3 luglio 2009 Ricorrente impugnava la deliberazione n. 928 del 15 giugno 2009 con la quale l'ASP di Catanzaro disponeva l'aggiudicazione definitiva in favore di Controinteressata S.p.A.; il verbale di gara relativo alla seduta del 7 maggio 2009 durante la quale la Stazione appaltante esaminava l'offerta economica presentata da Controinteressata S.p.A. affermando che "la ditta Controinteressata S.p.A. ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa per la fornitura del vaccino anti HPV"; e, per quanto occorrer possa, dell'art. 9 del capitolato speciale d'appalto laddove prevede che "si provvederà all'aggiudicazione anche nel caso in cui pervenga una sola offerta valida".

In data 7 luglio 2009 si costituiva in giudizio l'Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro, la quale, contestando le censure della ricorrente, chiedeva di rigettare le

richiesta di sospensione dell'atto impugnato e nel merito di rigettare il ricorso perché infondato in fatto e in diritto.

Con ordinanza n. 542/09, depositata in data 10 luglio 2009, l'istanza cautelare era accolta in parte e, per l'effetto, sospeso l'atto di esclusione dalla gara di cui al verbale del 9 aprile 2009, nella parte in cui erano disposte l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione dell'accaduto all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Con secondo atto per motivi aggiunti, depositato in data 22 settembre 2009, la ricorrente impugnava, chiedendone l'annullamento, la deliberazione dell'ASP di Catanzaro n. 1168 di data 21 luglio 2009 limitatamente alla parte in cui autorizza "l'U.O.C. AB&S al proseguimento delle procedure della gara triennale per la fornitura di vaccino HPV di cui alla delibera DG 928 del 15/6/2009 (...)"; il parere espresso dal Responsabile del Settore Legale dell'ASP con nota n. 693/2009, se e nella parte in cui si esprima in maniera favorevole circa il proseguimento della gara; il contratto che nelle more fosse stato sottoscritto tra l'ASP di Catanzaro e Controinteressata.

All'udienza del 23 ottobre 2009, il Collegio ha trattenuto la causa in decisione.

DIRITTO

Con unico e complesso motivo di ricorso, Ricorrente S.p.A. denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 42, 46 e 48 del D.Lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per travisamento dei fatti; carenza assoluta di istruttoria; contraddittorietà; violazione del principio del contraddittorio; difetto di motivazione; violazione del diritto di difesa; ingiustizia manifesta; violazione del principio della massima partecipazione.

La ricorrente sostiene che tra le dichiarazioni dalla stessa prodotte in ordine alle forniture effettuate nei tre anni precedenti e le attestazioni rilasciate dalle AA.SS.LL. non vi sarebbe alcuna differenza sostanziale, in quanto le (solo

apparenti) discrepanze rilevate dall'Amministrazione precedente sarebbero dovute esclusivamente all'adozione di diversi criteri di registrazione delle fatture. Della diversità dei criteri utilizzati, la ricorrente avrebbe fornito contezza con la relazione (e relativi allegati) presentata a seguito della richiesta di chiarimenti formulata dall'Amministrazione con nota di data 17 febbraio 2009. Tale relazione, sempre a detta della ricorrente, non sarebbe stata neppure esaminata dalla Stazione Appaltante, la quale si sarebbe limitata a dichiarare di dover escludere dalla gara l'offerta di Ricorrente sul presupposto che i chiarimenti trasmessi non sarebbero stati idonei a sanare le discrepanze rilevate, costituendo, in realtà, documentazione nuova e come tale non ammessa. Diversamente, proprio dalla relazione sarebbe emerso che: alcune attestazioni riguardavano importi comprensivi di IVA, mentre le dichiarazioni Ricorrente riportavano detti importi al netto dell'IVA; nella maggior parte dei casi le AA.SS.LL. avevano registrato le fatture emesse dalla ricorrente utilizzando il criterio di "cassa" piuttosto che il criterio di "competenza" utilizzato da Ricorrente; con riferimento all'anno 2005, alcune AA.SS.LL. avevano registrato delle note di credito emesse in loro favore dalla ricorrente in quell'anno, ma relative a forniture effettuate in anni precedenti, per cui Ricorrente non le aveva considerate nelle proprie dichiarazioni effettuate –come ricordato- con il criterio della "competenza"; in alcuni casi vi erano stati meri errori di calcolo, come riconosciuto dalle stesse AA.SS.LL; quanto ai dati forniti dal Ministero della Difesa, essi facevano riferimento all'ammontare delle gare aggiudicate e dunque ai contratti in essere e non, invece, all'ammontare delle somme effettivamente fatturate negli anni 2006 e 2007.

Tali spiegazioni, secondo la ricorrente, avrebbero dovuto rendere evidente all'Amministrazione appaltante come le dichiarazioni di Ricorrente e le attestazioni delle AA.SS.LL fossero perfettamente coincidenti, evidenza questa resa ancor più chiara dalle tabelle allegate alla relazione medesima.

La ricorrente sostiene, inoltre, che la Stazione Appaltante avrebbe errato nel ritenere che la relazione e gli allegati prodotti a seguito della richiesta di chiarimenti costituissero documenti nuovi non ammissibili, potendo la regolarizzazione riguardare solamente documenti già presentati, ma non documenti omessi. Da qui i denunciati vizi di violazione di legge ed eccesso di potere, difetto di istruttoria e motivazione come sopra specificati.

Le censure formulate dalla ricorrente sono fondate e devono essere accolte.

Pare opportuno ripercorrere brevemente i momenti rilevanti per la definizione della presente controversia.

L'odierna ricorrente, una delle due partecipanti alla gara indetta dall'ASP di Catanzaro per la fornitura del vaccino antipapillomavirus, in conformità a quanto richiesto dall'art. 7 del capitolato speciale d'appalto, presenta nella busta n. 1 la prescritta documentazione amministrativa, tra cui, in particolare (lett. h) del citato art. 7), dichiarazione di cui all'art. 42, comma 1, lettera c), del D.Lgs. 163/2006 attestante l'elenco delle principali forniture effettuate negli ultimi tre anni, con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, delle forniture stesse. Nella busta n. 4, destinata alla documentazione probatoria ex art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006, vengono inserite le attestazioni emesse dalle strutture presso le quali Ricorrente ha eseguito le forniture di cui alle dichiarazioni inserite nella busta n. 1. All'atto dell'esame della documentazione probatoria e della verifica delle dichiarazioni, l'Amministrazione appaltante rileva, relativamente ad alcuni importi, delle discrepanze tra quanto dichiarato da Ricorrente e quanto attestato da alcune AA.SS.LL e dal Ministero della Difesa. In considerazione di ciò, l'Amministrazione, con nota di data 17 febbraio 2009, richiede all'odierna ricorrente, ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, di fornire chiarimenti in ordine alle evidenziate discrepanze. A seguito dei chiarimenti forniti dalla ricorrente, l'ASP appaltante, con la nota del 10 aprile 2009 ha ritenuto che: la

ricorrente nel rispondere ai chiarimenti ha presentato documenti nuovi omessi in prima istanza; la regolarizzazione può riguardare solo documenti già presentati, ma non dichiarazioni o documenti omessi; gli errori di conteggio presenti nelle attestazioni delle AA.SS.LL. sono responsabilità della ditta ricorrente; le discrepanze riscontrate non sono, quindi, sanabili; i nuovi documenti stravolgono le dichiarazioni oggetto di verifica e alterano la “par condicio”. A tali rilievi consegue l'esclusione di Ricorrente dalla gara d'appalto, con conseguente escussione della cauzione provvisoria e segnalazione di quanto accaduto all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di Lavori, Servizi e Forniture.

La conclusione cui è giunta l'ASP di Catanzaro non è condivisibile.

Nodo cruciale della vicenda contenziosa consiste nello stabilire se i chiarimenti forniti da Ricorrente possano rientrare o meno nell'ambito dell'art. 46 D.Lgs. n. 163/2006.

Come la giurisprudenza ha avuto modo di rilevare, la disposizione dettata dall'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006 (così come, in precedenza, le norme di cui agli artt. 15 e 16, rispettivamente, del D.Lgs. n. 157/95 e D.Lgs. n. 358/92) nel prevedere che le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti o dichiarazioni presentati, è da intendersi come la codificazione di un ordinario modo di procedere, volto a far valere, entro certi limiti e nel rispetto della “par condicio” dei partecipanti, la sostanza sulla forma, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e del possesso della capacità tecnica ed economica (TAR Lazio, Roma, 5 giugno 2008, n. 5491; TAR Sicilia, Catania, 17 maggio 2007, n. 846; TAR Liguria, 20 aprile 2007, n. 686). Invero, nelle procedure di affidamento di appalti pubblici, il doveroso bilanciamento tra il dovere dell'amministrazione di provvedere alla regolarizzazione dei documenti presentati dai concorrenti ed il

principio della “par condicio” tra i concorrenti medesimi, va ricercato nella distinzione tra il concetto di regolarizzazione e quello di integrazione documentale. L’integrazione non è consentita laddove si risolva in un effettivo “vulnus” del principio di parità di trattamento. Pertanto, potrà precedersi alla regolarizzazione documentale tutte le volte in cui vengano in rilievo incompletezze da integrare o erroneità da rettificare, riferibili al contenuto di dichiarazioni, istanze o certificazioni comunque presentate entro i termini stabiliti dal bando di gara. Infatti, la regolarizzazione di cui al citato art. 46 è ammissibile soltanto nei confronti di documenti presentati tempestivamente, sia pure incompleti, mentre non lo è per rimediare alla loro mancata presentazione nei termini stabiliti dalla “lex specialis” della gara, tramutandosi altrimenti la regolarizzazione in una inevitabile violazione della “par condicio” (in tal senso TAR Sicilia, Catania, 23 giugno 2008, n. 1203; TAR Friuli Venezia Giulia, 26 gennaio 2006, n. 46; TAR Sicilia, Palermo, 10 dicembre 2004, n. 2704).

Alla luce dei principi testé esposti e passando all’esame del caso concreto, deve osservarsi come i chiarimenti presentati da Ricorrente – a seguito di doverosa richiesta da parte dell’Amministrazione procedente – non abbiano costituito il mezzo per introdurre nel procedimento documenti nuovi ed ulteriori oltre il termine stabilito dal bando di gara e relativo capitolato speciale d’appalto, ma abbiano rappresentato unicamente lo strumento per rendere palese che la rilevata discrepanza tra le dichiarazioni effettuate dalla ricorrente e le attestazioni rilasciate da alcune AA.SS.LL era solo apparente (ma non reale), dipendendo unicamente da diverse modalità di registrazione contabile. Dai chiarimenti prodotti è emerso, infatti, che le forniture dichiarate dalla ricorrente sono state realmente effettuate, per gli importi dalla stessa indicati. A questo proposito, inoltre, deve aggiungersi come l’Amministrazione appaltante non abbia minimamente contestato, sotto il profilo del merito, le conclusioni cui è giunta Ricorrente con la relazione

presentata in sede di chiarimenti, conclusioni che dimostrano la coincidenza degli importi indicati nelle dichiarazioni con quelli di cui alle attestazioni rilasciate dalle AA.SS.LL..

Non può, pertanto, affermarsi, diversamente da quanto ritenuto dalla APS convenuta, che vi sia stata lesione della “par condicio”, atteso che le forniture sono state effettivamente realizzate così come dichiarate e che i chiarimenti forniti dalla ricorrente hanno permesso esclusivamente di superare discrepanze formali dovute solo ad un diverso criterio di registrazione delle fatture emesse da Ricorrente .

Peraltro, sotto altro ed autonomo profilo, occorre osservare che il bando di gara non prevedeva un importo minimo annuo di fatturato inerente le forniture effettuate quale requisito di accesso alla gara medesima. Da ciò consegue che i diversi importi indicati dalle attestazioni di alcune AA.SS.LL. rispetto a quanto dichiarato da Ricorrente (diversità, peraltro, solo apparente, come spiegato sopra), non avrebbe modificato in alcun modo lo svolgimento della gara: nessuno vantaggio avrebbe subito Ricorrente, né in ordine all'ammissione alla gara, né in ordine all'aggiudicazione della stessa.

Alla luce di tutto quanto sopra, l'esclusione di Ricorrente di cui al verbale di data 9 aprile 2009 (comunicata con nota di data 10 aprile 2009) è illegittima e deve, pertanto, essere annullata, con riammissione della stessa Ditta alla gara medesima.

L'annullamento dell'esclusione travolge necessariamente tutti gli atti da questa conseguenti e, precisamente, l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione dell'accaduto all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di Lavori, Servizi e Forniture. E', altresì, annullata l'aggiudicazione della gara a Controinteressata di cui alla deliberazione del Direttore Generale dell'ASP di Catanzaro n. 928 di data 15 giugno 2009.

L'ASP di Catanzaro dovrà, pertanto, riammettere in gara la ricorrente e ripetere la gara stessa a decorrere dal momento dell'annullata esclusione di Ricorrente,

procedendo a nuova aggiudicazione al soggetto che presenterà l'offerta economicamente più vantaggiosa, in base ai criteri stabiliti nel bando di gara e relativo Capitolato speciale d'appalto.

Quanto alla domanda di risarcimento danni formulata dalla ricorrente, la stessa deve essere respinta, potendo ancora la ricorrente medesima risultare aggiudicataria della gara all'esito delle operazioni che dovranno essere compiute dall'Amministrazione precedente. In tal modo, l'interesse di Ricorrente potrà essere soddisfatto in forma specifica.

Considerata la particolarità delle questioni trattate, sussistono giustificati motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria, sede di Catanzaro, sezione prima, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, accoglie in parte il ricorso come da motivazione e per l'effetto annulla gli atti impugnati di cui in motivazione;

respinge la richiesta di risarcimento danni.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 23/10/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Concetta Anastasi, Presidente FF

Anna Corrado, Referendario

Alessio Falferi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/12/2009

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

IL SEGRETARIO