

Tar Calabria, Catanzaro, sez. I , sentenza n. 1323 del 7.12.2009 in materia di appalti

Autore:

In: Diritto amministrativo

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Prima

ha pronunciato la presente

SENTENZA

...omissis....

DIRITTO

Con unico e complesso motivo di ricorso, *** *** *** 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 *** 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 *** 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 ***; 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 *** 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 *** 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 *** 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 *** 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 *** *** *** 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 *** *** *** 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 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 *** *** *** - 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 ***** 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 *** 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 *** *** ***.

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 *** (diversità, peraltro, solo apparente, come spiegato sopra), non avrebbe modificato in alcun modo lo svolgimento della gara: nessuno vantaggio avrebbe subito ***, né in ordine all'ammissione alla gara, né in ordine all'aggiudicazione della stessa.

Alla luce di tutto quanto sopra, l'esclusione di *** *** *** 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 Glaxo SmithKline 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 ***, 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 procedente. In tal modo, l'interesse di *** 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:

*****, Presidente FF

*****, Referendario

*****, Referendario, Estensore

<https://www.diritto.it/tar-calabria-catanzaro-sez-i-sentenza-n-1323-del-7-12-2009-in-materia-di-appalti/>