

TAR Lazio, Sez. III ter, 14/6/2007 n. 5443

Sulla legittimità dell'esclusione di un concorrente da una gara per non aver dato corretta esecuzione a quanto richiesto dalla lex specialis di gara e per non aver dato risposta alla richiesta di chiarimenti nel termine stabilito.

Pur in mancanza di una specifica clausola di esclusione la stazione appaltante può ben disporre l'esclusione dalla gara quando l'irregolarità contestata non è soltanto formale, ma risponde ad un preciso interesse dell'amministrazione ed è attuata a tutela del principio della par condicio tra i concorrenti. Pertanto, nel caso di specie, è legittima l'esclusione della società per non aver dato corretta esecuzione a quanto richiesto dalla lex specialis di gara, avendo prodotto una documentazione non conforme a quanto ivi stabilito. Il bando di gara prevedeva una particolare modalità di prova al fine della dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnica e economico-finanziaria e cioè la produzione dell'elenco delle forniture analoghe a quelle oggetto della gara. E' stato, quindi, corretto l'operato della commissione, che ha chiesto chiarimenti, consentendo alla ditta offerente di produrre l'elenco, non essendo in grado di stabilire, dalla disamina della documentazione prodotta al posto dell'elenco richiesto, il possesso dei requisiti di partecipazione. A seguito della richiesta di chiarimenti sarebbe stato preciso onere della partecipante ottemperare a quanto richiesto, non potendo pretendere l'offerente di "scaricare" sulla commissione di gara un compito a lei spettante, giacchè nelle procedure di gara le ditte offerenti sono tenute all'obbligo di diligenza. Inoltre, una volta assegnato lo stesso termine a diverse offerenti, la stazione appaltante non avrebbe potuto che comminare l'esclusione visto che la risposta ai chiarimenti non era stata prodotta nel termine stabilito, e la documentazione iniziale non poteva ritenersi idonea a comprovare il possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria.

Materia: appalti / requisiti di partecipazione

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio - Sezione Terza Ter-
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 757/07, proposto dalla società EL.MO S.p.A. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Francesca Gislon e Andrea Ciannavei ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo sito in Roma, Via Nomentana n. 257.

contro

POSTE ITALIANE S.p.A. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Marco Filippetto e Daniela Corbi ed elettivamente domiciliata presso la Direzione Affari Legali di Roma di Poste Italiane S.p.A. sita in Viale Europa n. 175.

per l'annullamento

- della comunicazione di Poste Italiane S.p.a. di esclusione di EL.MO S.p.A. dalla procedura di gara di "Appalto ai sensi del D.Lgs. n. 163/06 per l'istituzione di un accordo quadro per la fornitura di apparati di sicurezza attiva per i siti di Poste Italiane";
- per quanto di ragione ed in parte qua, del bando di gara;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione resistente;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti di causa;

Udita alla pubblica udienza del 17 maggio 2007 la relazione della Dott.ssa Stefania Santoleri, e uditi, altresì, l'Avv. Andrea Ciannavei per la parte ricorrente e l'Avv. Marco Filippetto per l'Amministrazione resistente.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO.

Con bando pubblicato sulla G.U. n. 184 del 9/8/06 Poste Italiane S.p.A. ha indetto una gara ai sensi del D.Lgs. 163/06 per l'istituzione di un accordo quadro per la fornitura di apparati di sicurezza attiva per i propri siti.

La gara era costituita da un unico lotto per l'importo massimo stimato a base di gara di € 2.500.000,00 IVA esclusa.

Il bando di gara al punto III.2 - condizioni di partecipazione - prevedeva l'obbligo per gli offerenti di presentare la domanda di partecipazione alla gara in busta chiusa corredata, a pena di esclusione dalla gara, da una "dichiarazione sostitutiva sottoscritta dal legale rappresentante o procuratore attestante il possesso dei requisiti punti III.2.1, III.2.2, III.2.3", e cioè dei requisiti di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica.

In particolare, il punto III.2.2 relativo alla capacità economica e finanziaria lett. g) del bando prevedeva, come requisito di partecipazione, il possesso del requisito del "Fatturato specifico relativo negli ultimi due esercizi di bilancio approvati alla data di pubblicazione del presente bando riguardante forniture di apparati di sicurezza attiva con caratteristiche analoghe a quelli oggetto del presente appalto, non inferiore complessivamente ad € 2.500.000,00"; il punto III.2.3. relativo alla capacità tecnica - Informazioni e formalità necessarie per valutare la conformità ai requisiti (se del caso) - prevedeva invece alla lett. i) che "con riferimento alla lett. g), elenco delle forniture di apparati di sicurezza con caratteristiche analoghe a quelli oggetto presente appalto, in ordine decrescente di valore con descrizione degli apparati e indicazione data, importo e destinatario, chiaramente identificati e verificabili (es. attestazione cliente finale, copia contratto o fattura)".

La Commissione di gara nella seduta del 11/10/06 ha rilevato che la società ricorrente aveva prodotto la dichiarazione relativa al possesso di fatturato ma aveva ommesso di allegare l'elenco di cui al predetto punto III.2.3 lett. i) del bando, producendo in luogo dell'elenco una voluminosa documentazione costituita da centinaia di fatture relative a forniture effettuate a terzi.

La stazione appaltante ha quindi chiesto chiarimenti alla società ricorrente, chiedendo, in particolare, di produrre entro il termine perentorio delle ore 13 del giorno 15 novembre 2006, l'elenco previsto nel punto III.2.3 del bando di gara.

La società ricorrente non ha prodotto nei termini la documentazione richiesta ed è stata esclusa dalla gara.

Avverso l'esclusione la ricorrente ha dedotto i seguenti motivi di impugnazione:

1) Violazione di legge - mancata previsione espressa in bando della produzione formale dell'elenco a pena di esclusione - difetto di presupposto dell'atto di esclusione.

Sostiene la ricorrente che l'esclusione sarebbe illegittima, non essendovi nel bando la specifica clausola di esclusione dalla gara in caso di mancata produzione dell'elenco.

2) Violazione di legge - art. 41 D.Lgs 163/06 - difetto di presupposto dell'atto di esclusione.

Deduce la ricorrente che il bando avrebbe previsto l'obbligo di allegazione dell'elenco a dimostrazione della capacità tecnica dell'impresa, con possibilità di immediato riscontro di quanto dichiarato: essendo la produzione delle fatture del tutto equivalente a quanto richiesto dal bando di gara, l'esclusione dovrebbe ritenersi illegittima.

Peraltro lo stesso art. 41 del D.Lgs. 163/06 prevedrebbe la massima libertà di forma nella dimostrazione dei requisiti di capacità economica e finanziaria.

3) Violazione di legge - equivocità della clausola del bando di gara sub 2.3i) - necessità di rispettare il principio del favor participationis.

Rileva poi la ricorrente che, nelle gare di appalto, in ossequio al principio del favor participationis, l'esclusione da una gara potrebbe essere disposta solo ove espressamente prevista, mentre le clausole dubbie dovrebbero essere interpretate nel senso più favorevole all'ammissione che all'esclusione.

Nel caso di specie, poi, la produzione delle fatture soddisferebbe pienamente le finalità richieste dal bando, mentre la richiesta di chiarimenti - per la sua genericità - non avrebbe potuto comportare l'effetto di legittimare l'esclusione a causa della mancata produzione della documentazione integrativa.

Insiste quindi la ricorrente per l'accoglimento del ricorso.

Si è costituita in giudizio Poste Italiane S.p.A. che ha chiesto il rigetto del ricorso per infondatezza.

Con ordinanza n. 729/07 il Tribunale ha accolto la domanda cautelare sul presupposto che "la documentazione prodotta ben può costituire un equipollente a quanto richiesto dal p. III.2.3 lett. i) del bando, poiché dalle fatture depositate può evincersi che i prodotti ivi menzionati possono ricondursi all'oggetto dell'appalto".

In prossimità dell'udienza di discussione entrambe le parti hanno presentato memorie nelle quali hanno meglio illustrato le loro tesi difensive.

All'udienza pubblica del 17 maggio 2007 su concorde richiesta delle parti, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO.

Come meglio dedotto in narrativa, con bando pubblicato sulla G.U. n. 184 del 9/8/06, Poste Italiane ha indetto una gara di appalto ai sensi del D.Lgs. 163/06 per l'istituzione di un accordo quadro per la fornitura di apparati di sicurezza attiva per i siti di Poste Italiane. Lo stesso bando, al punto II. 1.5 - breve descrizione dell'appalto o degli acquisti -, stabiliva che la fornitura avrebbe avuto ad oggetto i seguenti apparati, meglio descritti nel capitolato speciale l'oneri e relativi allegati:

- Moduli di campo;
- Concentratori;
- DVR;
- Videoserver.

In merito ai requisiti di capacità economica e finanziaria il bando prevedeva al punto III. 2. 2, che la ditta partecipante avrebbe dovuto disporre di un fatturato specifico riguardante forniture di apparati di sicurezza attiva con caratteristiche analoghe a quelle oggetto del presente appalto, non inferiore complessivamente ad € 2.500.000,00 e la prova del possesso del requisito di cui sopra (lett. g) avrebbe dovuto essere fornita mediante la presentazione di un elenco delle forniture di apparati di sicurezza con caratteristiche analoghe a quelli oggetto del presente appalto, in ordine decrescente di valore con descrizione degli apparati ed indicazione della data, dell'importo e del destinatario, chiaramente identificati e verificabili (ad es. con l'attestazione del cliente finale, con la copia del contratto o delle fatture).

In sostanza, quindi, il bando prevedeva una particolare modalità di prova - deposito dell'elenco delle forniture con caratteristiche analoghe a quelle oggetto di gara, redatto in ordine decrescente di valore con descrizione degli apparati, della data e del destinatario della fornitura - al fine della dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnica e economico-finanziaria.

La scelta operata dalla stazione appaltante corrisponde ad una esigenza di semplificazione e di chiarezza: attraverso l'analisi dell'elenco la Commissione di gara poteva desumere in modo assai agevole se la ditta offerente avesse effettivamente fornito materiale analogo a quello richiesto in sede di gara, quando e nei confronti di chi sarebbe avvenuta la fornitura, quale sarebbe stato il fatturato complessivo realizzato negli ultimi due anni per la fornitura stessa.

La Commissione poteva quindi verificare assai agevolmente il possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria delle ditte offerenti attraverso la semplice autodichiarazione della ditta offerente (tale essendo l'elenco) da allegarsi alla dichiarazione sostitutiva del legale rappresentante attestante il possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria -, riservandosi la possibilità di verificare - disponendo degli estremi delle singole forniture - la veridicità di quanto riportato nell'elenco e nella dichiarazione sostitutiva.

La scelta operata dalla stazione appaltante non è stata oggetto di impugnativa da parte della ricorrente, e peraltro risponde a quel principio di libertà di forma di cui all'art. 41 del D.Lgs. 163/06 richiamato dalla stessa ricorrente, ben potendo la stazione appaltante scegliere il sistema ritenuto a sé più congeniale per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria (peraltro si pone in linea con la disposizione dell'art. 42 lett. a) del D.Lgs. 163/06).

Come già rilevato in punto di fatto, la società ricorrente anziché produrre l'elenco richiesto dalla lex specialis di gara, ha depositato le fatture relative a forniture eseguite nel biennio in questione, per un ammontare di oltre 700 pagine che la Commissione di gara avrebbe dovuto verificare.

In pratica, quindi, la società non ha dato corretta esecuzione a quanto richiesto dalla lex specialis di gara, avendo prodotto una documentazione non conforme a quanto ivi stabilito.

La Commissione di gara ha chiesto chiarimenti - o meglio integrazione documentale - avendo assegnato alla ricorrente (e ad altre società offerenti) il termine del 15 novembre 2006 ore 13.00 per produrre l'elenco mancante.

La società non ha provveduto a depositare quanto richiesto, ed anzi, solo dopo la scadenza del termine, ha dapprima chiesto una proroga e poi ha rilevato di non dover depositare alcunché.

La società Poste Italiane S.p.A., preso atto del mancato deposito della documentazione integrativa richiesta, ha disposto l'esclusione della ricorrente dalla gara.

Ritiene la ricorrente che detta esclusione non avrebbe potuto essere disposta in mancanza di una specifica clausola di esclusione, tenuto anche conto che il deposito delle fatture costituiva una modalità equipollente per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria.

Peraltro, la stazione appaltante avrebbe dovuto interpretare il bando in modo da favorire la massima partecipazione alla gara.

Con ordinanza n. 729/07 questa Sezione ha accolto la domanda cautelare sul presupposto della perfetta equipollenza tra le fatture depositate e l'elenco richiesto dalla lex specialis di gara.

La Sezione, dopo un'analisi approfondita della documentazione, ritiene di dover rivedere la propria affermazione.

Il nucleo centrale di questo giudizio riguarda proprio la dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione della ditta offerente, atteso che la società non ha ottemperato alla previsione della lex specialis di gara.

La questione è dirimente perché può convenirsi con la ricorrente che il deposito dell'elenco non era previsto specificatamente a pena di esclusione dalla gara, essendo l'esclusione espressamente prevista soltanto per la mancata produzione della dichiarazione sostitutiva del legale rappresentante della società.

Qualora, infatti, vi fosse stata la specifica clausola di esclusione la Commissione non avrebbe chiesto chiarimenti ed integrazioni documentali, ma avrebbe direttamente escluso la società dalla gara.

Nondimeno, però, è necessario rilevare che pur in mancanza di una specifica clausola di esclusione la stazione appaltante può ben disporre l'esclusione dalla gara quando l'irregolarità contestata non è soltanto formale, ma risponde ad un preciso interesse dell'Amministrazione ed è attuata a tutela del principio della par condicio tra i concorrenti (Cons. Stato Sez. V 31/10/01 n. 5690; 15/11/01 n. 5843; Cons. Stato Sez. IV 20/11/98 n. 1619; Cons. Stato Sez. V 30/6/03 n. 3870; ecc.).

In altre parole, solo se dalla documentazione prodotta poteva evincersi in modo facilmente intelligibile il possesso dei requisiti di capacità tecnica - e cioè la fornitura nei due anni precedenti di apparati analoghi a quelli descritti nel bando di gara e meglio identificati nel capitolato speciale per importi superiore a complessivi € 2.500.000,00 - avrebbe potuto accedersi alla tesi della ricorrente, diretta a sostenere che l'esclusione doveva ritenersi illegittima in mancanza di una specifica clausola contenente la comminatoria.

In pratica, quindi, la tesi della ricorrente presuppone che si tratti effettivamente di mera irregolarità formale e non sostanziale, essendo comunque accertabile il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara.

Ritiene il Collegio, però, dopo aver visionato attentamente le fatture prodotte in giudizio (e depositate in sede di gara) che detta documentazione - oltre a comportare un indebito esborso di energie da parte

della Commissione di gara, chiamata a sostituirsi alla ditta offerente nel compiere un compito (quello della ricognizione delle precedenti forniture) che grava sull'offerente stesso, e che presenta anche dei margini di errore e di opinabilità circa l'imputazione delle singole forniture all'oggetto dell'appalto al fine di quantificare il fatturato specifico - non può ritenersi soddisfattiva, e per di più si pone in netta contraddizione con il principio della par condicio tra i concorrenti.

Dalla attenta lettura delle fatture non è dato rinvenire in alcun modo la prova che le forniture ivi indicate siano della stessa tipologia di quelle oggetto di gara, essendo indicati spesso codici relativi a prodotti non altrimenti identificati, essendo contemplati nelle fatture prodotti non direttamente ed inequivocabilmente imputabili alle finalità di cui trattasi (apparati di sicurezza attiva), ed essendo alternativamente indicati nelle fatture importi relativi a singoli prodotti e a forniture complessive che riguardano anche prodotti diversi da quelli in questione.

D'altronde che non fosse facile estrapolare dalle fatture gli elementi richiesti dalla stazione appaltante è direttamente affermato dalla stessa ricorrente che nella nota del 15 novembre 2006, inviata via fax il successivo 16, dichiara di non essere in grado di ottemperare nei termini a quanto richiesto (la produzione dell'elenco) in considerazione della mole e della complessità della documentazione da visionare.

Corretto è stato quindi l'operato della Commissione - che proprio in ossequio al principio del favor participationis - ha chiesto chiarimenti, consentendo alla ditta offerente di produrre l'elenco, elemento ritenuto dalla stazione appaltante nella lex specialis di gara idoneo a dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara (e comunque - come già rilevato - in linea con il disposto dell'art. 42 comma 1 lett. a) del D.Lgs. 163/06), non essendo in grado di stabilire, dalla disamina della documentazione prodotta al posto dell'elenco richiesto, il possesso dei requisiti di partecipazione.

A seguito della richiesta di chiarimenti sarebbe stato preciso onere della partecipante ottemperare a quanto richiesto, non potendo pretendere l'offerente di "scaricare" sulla Commissione di gara un compito a lei spettante, giacché nelle procedure di gara le ditte offerenti sono tenute all'obbligo di diligenza.

Inoltre, una volta assegnato lo stesso termine a diverse offerenti, la stazione appaltante non avrebbe potuto che comminare l'esclusione visto che la risposta ai chiarimenti non era stata prodotta nel termine stabilito, e la documentazione iniziale non poteva ritenersi idonea a comprovare il possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria.

Alla stregua delle suesposte considerazioni il ricorso deve essere pertanto respinto, non potendo invocarsi neppure il principio del favor participationis, atteso che non si è in presenza di una clausola di dubbia interpretazione nel bando di gara, ma dell'omessa dimostrazione del possesso dei requisiti di ammissione alla gara.

Le spese di lite possono tuttavia compensarsi, ricorrendone giusti motivi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio - Sezione Terza Ter-
respinge

il ricorso in epigrafe indicato.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 17 maggio 2007.

Francesco Corsaro PRESIDENTE

Stefania Santoleri ESTENSORE

Depositata in segreteria
il 14 giugno 2007

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)