

Quali sono i limiti per l'applicazione dell'articolo 46 \_ Documenti e informazioni complementari\_ del decreto legislativo 163/2006 smi?

La norma che prevede la possibilità per la stazione appaltante di chiedere chiarimenti in ordine al contenuto di documenti e dichiarazioni presentate in sede di gara deve essere considerata come volta a superare le regole particolarmente formalistiche previste nelle procedure di selezione del contraente (comunque sempre nei limiti previsti dagli artt.11-14 dello stesso decreto legislativo), al fine di tutelare l'interesse della amministrazione relativamente alla maggior partecipazione possibile alle gare onde poter valutare tra una rosa più ampia di offerte, è anche vero che l'operatività di siffatto principio non può spingersi fino al punto da configurare l'esistenza in capo all'amministrazione di un potere discrezionale volto a porre rimedio ad eventuali insufficienze o inadempienze della impresa partecipante, soprattutto laddove le stesse appaiano imputabili esclusivamente alla impresa.

Relativamente alla discrezionalità di una Stazione appaltante nel poter richiedere ulteriori documenti o informazioni, merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 4674 del 6 settembre 2007 emessa dal Consiglio di Stato

<Infatti, se è vero che un eccessivo formalismo rischierebbe di compromettere l'interesse pubblico alla scelta del miglior contraente, è altrettanto vero che devono pur sempre essere rispettate le regole di gara al fine di assicurare la parità di trattamento tra i concorrenti.

Il potere di richiesta anzidetto deve, pertanto, trovare applicazione nelle ipotesi in cui vi siano dubbi circa la sussistenza di requisiti richiesti dal bando ed in ordine ai quali vi sia, come accennato, un principio di prova circa il loro possesso da parte della impresa; laddove, invece, la documentazione o la dichiarazione siano del tutto mancanti o assolutamente inidonee oppure non sia possibile per l'Amministrazione evincere alcuna incertezza, non può trovare spazio l'esercizio del potere di integrazione>

### **Ricordiamo l'attuale norma**

**Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163**

**Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive**

**Art. 46. Documenti e informazioni complementari**

**(art. 43, dir. 2004/18; art. 16, d.lgs. n. 157/1995; art. 15, d.lgs. n. 358/1992)**

**Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.**

Attenzione, nella particolare fattispecie sottoposta al Supremo Giudice amministrativo:

<Nel caso in esame, invero, non vi è incertezza né nelle previsioni della lex specialis né nelle dichiarazioni rese in sede di offerta tecnica dalle partecipanti alla gara con riferimento agli automezzi adibiti alla distribuzione tanto che la stazione appaltante, nel sollevare autonomamente (dopo aver confrontato i dati indicati dalle ditte concorrenti) il dubbio che le stesse non avessero inteso il reale significato della specifica clausola del bando, **non avrebbe dovuto chiedere chiarimenti che hanno portato l'attuale appellante ad integrare l'offerta in quanto l'esercizio**

**di tale facoltà si è tradotta in un'indebita sostituzione dell'Amministrazione appaltante alla esigenza, ordinariamente richiesta a tutti i partecipanti alla gara, del rispetto della completezza della dichiarazioni prodotte a corredo dell'offerta>**

a cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA

N. 4674/07 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.3698 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione) ANNO 2006

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 3698/2006 , proposto dalle società Ditta alfa e DITTA ALFA BIS CARNI S.p.A., rappresentate e difese dagli avv.ti Carlo Braga, Matteo Salvi e Paola Chirulli, con domicilio eletto in Roma, Via Emilia, 88 presso la terza;

contro

la DITTA BETA S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto in Roma, Via Antonio Bertoloni n. 26/B presso il suo studio;

l'Azienda Ospedaliera "Ospedale San Carlo Borromeo", non costituitasi;

e nei confronti di

DITTA ALFA BIS CARNI S.n.c., non costituitasi;

per la riforma

della sentenza del TAR LOMBARDIA - MILANO: Sezione III n. 5623/2005, resa tra le parti, concernente aggiudicazione triennale di fornitura di generi alimentari;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della DITTA BETA S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art.23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n.205;

Alla pubblica udienza del 13 Marzo 2007, relatore il Consigliere Aniello Cerreto ed uditi, altresì, gli avvocati Braga e Brugnoletti;

Visto il dispositivo di decisione n.104/2007;

FATTO e DIRITTO

1. Con l'appello in epigrafe, le società DITTA ALFA e Ditta alfa bis Carni hanno chiesto la riforma della sentenza TAR Lombardia, sez. III, n.5263/2005, con la quale era stato accolto il ricorso principale proposto dalla società DITTA BETA avverso la deliberazione ASL San Carlo Borromeo n.539/2006, di aggiudicazione della gara per la fornitura di generi alimentari a favore delle società DITTA ALFA e Ditta alfa bis Carni, ed atti connessi, e respinto il ricorso incidentale proposto dalle Società controinteressate.

Hanno dedotto quanto segue:

-Il TAR ha ritenuto che vi era stata una modifica dell'offerta presentata dall'ATI aggiudicataria con riferimento agli automezzi adibiti alla distribuzione (con indicazione iniziale di 84 automezzi poi rettificato in 433 veicoli), con alterazione della parità tra i concorrenti, mentre in effetti non vi era stata alcuna violazione del genere atteso che i chiarimenti erano stati richiesti dalla Stazione appaltante anche alla società DITTA BETA, la quale pure aveva risposto (come l'ATI aggiudicataria) senza sollevare obiezioni, tanto più che con tali chiarimenti non era stata modificata l'offerta ma solo era stata chiarita una prescrizione della disciplina di gara in quanto il modello allegato al capitolato richiedeva il numero di automezzi adibiti alla distribuzione mentre il modello Beta richiedeva l'indicazione degli automezzi in totale disponibilità della ditta offerente;

-contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, l'art. 15 D. L.vo n.358/1992 consente alla Stazione appaltante di invitare le imprese concorrenti a completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto di certificati, documenti e dichiarazioni da essi presentati;

-la richiesta di chiarimenti inoltre era stata avanzata dalla Stazione appaltante in epoca antecedente all'inizio delle operazioni di valutazione dei singoli prodotti ed all'apertura delle offerte economiche.

Ha poi rilevato che non erano condivisibili le argomentazioni del TAR con cui erano state respinte le censure avanzate con il proprio ricorso incidentale e che in particolare il TAR non aveva esaminato la doglianza con la quale era stato fatto presente che la commissione aveva errato nel considerare nella disponibilità della DITTA BETA ben 210 mezzi di trasporto, che invece erano di proprietà di due ditte di autotrasporto estranee al gruppo DITTA BETA.

2.Costituitasi in giudizio, la Società DITTA BETA ha chiesto il rigetto dell'appello.

Con memoria conclusiva, le Società appellanti hanno insistito per l'accoglimento del gravame.

All'udienza del 13.3.2007, il ricorso è stato chiamato per la discussione e quindi trattenuto in decisione.

3.L' appello è infondato.

3.1.Priva di pregio è la doglianza con la quale l'appellante sostiene che il TAR avrebbe erroneamente ritenuto che vi era stata una modifica dell'offerta presentata dall'ATI aggiudicataria con riferimento agli automezzi adibiti alla distribuzione (con indicazione iniziale di 84 automezzi poi rettificato in 433 veicoli), con alterazione della parità tra i concorrenti.

Come correttamente osservato dal TAR, con riferimento all'offerta tecnica, il capitolato speciale richiede alle concorrenti di indicare, utilizzando il "mod. beta" allegato, il "numero (di) automezzi adibiti alla distribuzione" (per il detto parametro è stata prevista l'assegnazione di un punteggio massimo di 5 punti).

Il richiamato "mod. beta", a sua volta, specifica che la ditta partecipante avrebbe dovuto indicare il numero di automezzi adibiti alla distribuzione "in sua totale disponibilità";

Nella seduta del 19 aprile 2005, la Commissione di gara, dopo aver aperto le buste contenenti le offerte tecniche delle due partecipanti, ha preso atto che la DITTA BETA aveva indicato n. 210 veicoli mentre l'ATI DITTA ALFA -Ditta alfa bis Carni n. 84.

La stazione appaltante, il giorno successivo (20 aprile 2005), ha chiesto alle concorrenti conferma se "il numero degli automezzi indicato nel mod. beta si riferisce al numero complessivo di automezzi a vostra disposizione da adibire alla distribuzione";

in seguito a tale richiesta, risulta in atti (verbale del 17 maggio 2005) che, mentre la DITTA BETA ha confermato il predetto dato numerico (211 automezzi) ottenendo per tale parametro punti 2,42, l'ATI appellante ha dichiarato di avere a disposizione n. 433 veicoli (al posto degli 84 indicati al momento della presentazione dell'offerta) con l'attribuzione del massimo punteggio (p. 5).

Ciò posto, va osservato che la lex specialis, nel richiedere i dati relativi agli automezzi adibiti alla distribuzione, ha chiaramente inteso riferirsi non a quelli nella titolarità della ditta concorrente bensì ai veicoli nella sua "disponibilità", nulla ostando – quindi – alla possibilità di indicare anche mezzi di proprietà di terzi ma in uso alla società partecipante alla gara.

In tale quadro, l'ATI aggiudicataria ha dichiarato di disporre di n. 84 mezzi e successivamente, in seguito a richiesta di chiarimenti della stazione appaltante, rettificato tale dato indicando n. 433 veicoli.

Ciò ha comportato una modifica della proposta presentata dall'ATI aggiudicataria con evidente alterazione della par condicio tra i concorrenti.

La violazione del predetto principio assume maggiore rilievo se si considera che ciò è avvenuto dopo che erano stati resi noti i dati contenuti nelle offerte tecniche, le cui buste erano state aperte nella seduta pubblica del 19 aprile 2005.

A ciò va aggiunto che quanto richiesto dalla stazione appaltante (automezzi adibiti alla distribuzione nella totale disponibilità della ditta) non si riferisce a dati risultanti da pubblici registri e verificabili a posteriori, come nel caso in cui si fosse trattato di indicare veicoli nella titolarità

dell'impresa (ovvero di automezzi noleggiati) e ciò rende ancora meno attendibili le dichiarazioni rese, in sede di chiarimenti, dall'ATI aggiudicataria.

Né è invocabile nella specie, come vorrebbero gli appellanti, l'art. 15 del D.Lgs n. 358/92 (che prevede la possibilità per la stazione appaltante di chiedere chiarimenti in ordine al contenuto di documenti e dichiarazioni presentate in sede di gara).

A tale riguardo, va osservato che se è vero che la norma di cui all'art.15 del D.Lgs. n. 358/1992 deve essere considerata come volta a superare le regole particolarmente formalistiche previste nelle procedure di selezione del contraente (comunque sempre nei limiti previsti dagli artt.11-14 dello stesso decreto legislativo), al fine di tutelare l'interesse della amministrazione relativamente alla maggior partecipazione possibile alle gare onde poter valutare tra una rosa più ampia di offerte, è anche vero che l'operatività di siffatto principio non può spingersi fino al punto da configurare l'esistenza in capo all'amministrazione di un potere discrezionale volto a porre rimedio ad eventuali insufficienze o inadempienze della impresa partecipante, soprattutto laddove le stesse appaiano imputabili esclusivamente alla impresa.

Infatti, se è vero che un eccessivo formalismo rischierebbe di compromettere l'interesse pubblico alla scelta del miglior contraente, è altrettanto vero che devono pur sempre essere rispettate le regole di gara al fine di assicurare la parità di trattamento tra i concorrenti.

Il potere di richiesta anzidetto deve, pertanto, trovare applicazione nelle ipotesi in cui vi siano dubbi circa la sussistenza di requisiti richiesti dal bando ed in ordine ai quali vi sia, come accennato, un principio di prova circa il loro possesso da parte della impresa; laddove, invece, la documentazione o la dichiarazione siano del tutto mancanti o assolutamente inidonee oppure non sia possibile per l'Amministrazione evincere alcuna incertezza, non può trovare spazio l'esercizio del potere di integrazione (cfr. Cons. St, sez. VI, n. 1331/04 e Sez. V n.1068/2006 ).

Nel caso in esame, invero, non vi è incertezza né nelle previsioni della lex specialis né nelle dichiarazioni rese in sede di offerta tecnica dalle partecipanti alla gara con riferimento agli automezzi adibiti alla distribuzione tanto che la stazione appaltante, nel sollevare autonomamente (dopo aver confrontato i dati indicati dalle ditte concorrenti) il dubbio che le stesse non avessero inteso il reale significato della specifica clausola del bando, non avrebbe dovuto chiedere chiarimenti che hanno portato l'attuale appellante ad integrare l'offerta in quanto l'esercizio di tale facoltà si è tradotta in un'indebita sostituzione dell'Amministrazione appaltante alla esigenza, ordinariamente richiesta a tutti i partecipanti alla gara, del rispetto della completezza della dichiarazioni prodotte a corredo dell'offerta.

Né rileva il fatto che anche la ricorrente originaria ha fornito i chiarimenti richiesti, in quanto questa aveva confermato il dato complessivo già inizialmente dichiarato.

3.2. Non possono condividersi neppure le ulteriori doglianze delle appellanti, che riproducono le censure del ricorso incidentale proposto in primo grado.

3.2.1. Con una prima censura, si contesta la valutazione effettuata dalla Commissione di gara con riferimento ai "prodotti campionati", per i quali l'ATI aggiudicataria ha ricevuto 15 punti mentre la DITTA BETA p. 14, che l'allegato B del capitolato speciale identifica in ben 58 "prodotti da campionare".

Nella seduta del 22 aprile 2005, la Commissione di gara ha stabilito che 41 dei 58 prodotti presentati da entrambe le concorrenti "possono considerarsi equivalenti" (cfr all. 1 al verbale di gara del 22 aprile) mentre ha rinviato l'esame di ulteriori 10 tipologie alimentari.

Nella successiva seduta del 9 maggio 2005, dei predetti 10 prodotti, la gran parte di questi sono "risultati sostanzialmente di uguale qualità" mentre i restanti offerti dalla ditta DITTA BETA sono stati valutati qualitativamente inferiori rispetto agli analoghi prodotti presentati dall'ATI controinteressata.

In sintesi, dei 58 prodotti campionati ed offerti dalle due concorrenti, 50 (cinquanta) sono risultati equivalenti mentre, per i restanti, l'organo tecnico ha dato un giudizio qualitativamente inferiore a quelli presentati dalla società DITTA BETA: in ragione di ciò, al raggruppamento aggiudicatario è stato attribuito il massimo punteggio (punti 15) ed alla DITTA BETA.

Alla luce delle predette risultanze, la valutazione effettuata dalla stazione non risulta illogica né incongrua.

3.2.3. Le appellanti, con una seconda censura, contestano poi il dato indicato dalla DITTA BETA relativo al numero di dipendenti in quanto la predetta società avrebbe dovuto riportare solo coloro che svolgono la specifica attività oggetto della gara di che trattasi.

Anche tale doglianza non è fondata.

La disciplina di gara (e il citato “mod. beta” allegato) ha richiesto alle concorrenti di indicare il numero di dipendenti nella “...totale disponibilità” ed, in effetti, la società DITTA BETA si è limitata ad indicare quanto richiesto dal bando il quale nulla dice in ordine alle mansioni alle quali deve essere adibito il personale da dichiarare in sede di offerta.

Eppure, il più volte citato “modello beta” quando ha voluto specificare dati della specie lo ha fatto espressamente come, ad esempio, nel caso del fatturato conseguito dalle imprese nei periodi precedenti il quale avrebbe dovuto riferirsi esclusivamente alla “fornitura di cui alla presente gara”.

Al contrario, con riferimento al personale dipendente (come anche per gli automezzi adibiti alla distribuzione) la *lex specialis* non ha introdotto alcuna limitazione di carattere oggettivo e, pertanto, la DITTA BETA ha correttamente indicato il personale che, alla data di presentazione dell’offerta, risultava in servizio presso la ditta, a prescindere dal settore di attività nel quale era impiegato.

3.2.4. Per quanto concerne il mancato esame da parte del TAR della doglianza con la quale era stato fatto presente che la commissione aveva errato nel considerare nella disponibilità della DITTA BETA ben 210 mezzi di trasporto, che invece sarebbero di proprietà di due ditte di autotrasporto estranee al gruppo DITTA BETA (Ditte Simonetti e Logitrans).

Occorre dare atto che effettivamente tale censura non è stata esaminata dal TAR, ma essa è inammissibile sotto un duplice profilo in quanto da un parte non specifica di quanti automezzi si tratterebbe (a prescindere dal rilievo che per i mezzi di trasporto della Simonetti è in atti anche dichiarazione di disponibilità a favore della DITTA BETA) ed inoltre non tiene conto del fatto che la Commissione di gara ha ritenuto di prendere in considerazione, evidentemente anche in mancanza di specifiche prescrizioni nella disciplina di gara in ordine alla documentazione da presentare per dimostrare la disponibilità degli automezzi, per entrambi i concorrenti il numero di automezzi dichiarato, per cui eventualmente doveva essere contestato il criterio utilizzato per l’attribuzione del relativo punteggio

3.2.5 Per quanto concerne, infine, la questione della longevità della DITTA BETA, va confermato l’assunto del TAR secondo cui tale Società, sebbene abbia assunto l’attuale denominazione nel 1982, è stata costituita nel 1965 sotto la denominazione “Organizzazione mense DITTA BETA” che svolgeva già, a suo tempo, l’attività oggetto dell’appalto.

La *lex specialis*, invero, nella ricerca di elementi in grado di rivelare la qualità dell’offerta, ha richiesto alle ditte partecipanti di indicare la loro “longevità” e ciò, al fine di valutare le capacità nell’ambito dell’appalto di che trattasi.

La data indicata, quindi, dalla ditta DITTA BETA risulta in linea con quanto richiesto dalla stazione appaltante.

4. In conclusione, l’appello deve essere respinto con integrazione della motivazione della sentenza del TAR per quanto concerne la censura non esaminata.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l’appello indicato in epigrafe. Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 13 Marzo 2007 con l’intervento dei Signori:

Sergio Santoro	Presidente
Claudio Marchitello	Consigliere
Marco Lipari	Consigliere
Cons. Marzio Branca	Consigliere

Aniello Cerreto

Consigliere Est.

L'ESTENSORE      IL PRESIDENTE  
F.to Aniello Cerreto    F.to Sergio Santoro  
IL SEGRETARIO  
F.to Antonietta Fancello

DEPOSITATA IN SEGRETERIA  
il 06/09/07  
(Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)  
P. IL DIRIGENTE  
f.to Livia Patroni Griffi