

**N. 01687/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01438/2011 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 il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1438 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Soc. Kuwait Petroleum S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Roberto Izzo, con domicilio eletto presso Giuseppe Chinaglia in Venezia, San Marco, 5364;

contro

Società Per Azioni Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova, rappresentato e difeso dagli avv. Domenico Chinello, Luca Palatucci, con domicilio eletto presso la segreteria del TAR;

nei confronti di

Soc. Totalerg S.P.A, rappresentato e difeso dagli avv. Federico Mannucci, Valerio Valeri, con domicilio eletto presso Francesco Curato in Venezia, Piazzale Roma, 468/B;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione comunicato con raccomandata del 20.6.2011, prot. Leg. 04-2010-G0015 ricevuta nei giorni successivi, a firma del Dirigente dell'Area Affari Generali della Società Austrada Brescia Verona Vicenza Padova S.p.A.; della comunicazione anzidetta, con la quale la ricorrente è stata informata che la gara relativa all'affidamento dei servizi di distribuzione di prodotti petroliferi per autotrazione comprese attività accessorie, nell'Area di Servizio Limenella Ovest dell'Autostrada A4 Brescia-Verona-Vicenza-Padova S.p.A., km 355 200, nei comuni di Limenella e Padova, è stata aggiudicata alla Soc. TotalErg S.p.A.; del verbale di gara del 16.6.2011; di ogni altro atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso , i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Società Per Azioni Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova e di Soc. Totalerg S.P.A, la quale ha pure spiegato ricorso incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 novembre 2011 il dott. Riccardo Savoia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Società Per Azioni Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova nel prosieguo : Autostrada- ha pubblicato un avviso di manifestazione di interesse rivolto agli operatori del settore per selezionare le imprese da ammettere alla successiva gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta più vantaggiosa per l'affidamento dell'area di servizio Limenella Ovest, lungo l'autostrada A4, per il periodo 1 giugno 2011- 30 giugno 2017.

Per quanto interessa, la scheda 2 dedicata ai requisiti di capacità prevedeva al punto B che ogni operatore dichiarasse "la titolarità di almeno 10 autorizzazioni per gli impianti di erogazione di prodotti petroliferi per autotrazione presenti su autostrade e reti stradali extraurbane principali e secondarie (tangenziali, strade ad alto scorrimento) in Italia o all'estero, il cui erogato complessivo annuo, per il triennio 2007,2008, 2009, non sia inferiore a 70 milioni di litri". Venivano selezionate tre imprese alle quali veniva indirizzata alla lettera di invito a presentare offerte; il punteggio economico sarebbe stato attribuito sulla base delle royalties offerte dalle imprese concorrenti sia sul fatturato legato alla vendita di carburanti e prodotti di raffinazione (oil), sia legato alle attività accessorie quali officina, punto di ristoro eccetera (non oil).

La lettera d'invito, nell'ambito della documentazione da inserirsi nella busta dei requisiti, richiedeva a pena di esclusione al punto a.3 "copia , accompagnata da dichiarazione attestante la conformità

all'originale, del registro Iva degli ultimi tre anni (2007,2008,2009) relativamente alle attività accessorie di ciascuno degli impianti di cui al sub punto a)2", vale a dire quegli impianti indicati in sede di manifestazione di interesse.

La ricorrente contesta la mancata produzione da parte dell'aggiudicataria di tale documento, essendosi limitata a esibire un riepilogo del fatturato delle attività accessorie, e non avendo, neppure in seguito a specifica richiesta integrativa, provveduto alla presentazione di idonea documentazione.

Inoltre Autostrada avrebbe anche omesso, quanto all'offerta economica, qualsiasi verifica di anomalia, avendo l'aggiudicataria offerta una percentuale elevatissima, pari al 50%, a fronte delle offerte delle concorrenti, corrispondenti per la ricorrente al 20% e per la terza partecipante al 15%.

Con atto di motivi aggiunti la ricorrente insisteva, osservando come in relazione all'impianto di Teano Est la dichiarazione prodotta consista in una dichiarazione che quanto detto dal commercialista del gestore sia conforme al registro dei corrispettivi, e come la ammissione all'integrazione della documentazione carente comporti la violazione del principio della par condicio, non trovando giustificazione nella specie il cosiddetto potere di soccorso, essendo esclusa ogni difficile o ambigua interpretazione o identificazione che dia luogo a errore scusabile, comportando invece una indebita riapertura dei termini, e insistendo, peraltro, sulla non correttezza

anche della documentazione successivamente prodotta.

Infine, con un ulteriore atto di motivi aggiunti, contestava la stessa ammissione alla procedura ristretta, in quanto la concessione relativa all'impianto di "Bauducchi Ovest" sarebbe in realtà scaduta sin dal 19 settembre 2008, con la conseguente insussistenza del requisito relativo al numero di 10 impianti.

Si sono costituite le parti resistenti, e la controinteressata ha spiegato ricorso incidentale, osservando come la ricorrente non abbia presentato i bilanci ordinari e consolidati per i periodi indicati, non abbia depositato i contratti di fornitura di carburanti così come previsti dalla lettera di invito, non abbia infine reso la dichiarazione da parte degli amministratori muniti di potere di rappresentanza.

Respinta la domanda cautelare, la medesima veniva invece accolta in sede di appello.

All'odierna udienza, dopo la produzione di memorie e di memorie di replica dalle parti costituite, la causa è stata trattenuta in decisione.

Ritiene il Collegio, anzitutto, attesa l'infondatezza del gravame, che si possa prescindere, anche a mente di quanto disposto dalla decisione dell'Adunanza plenaria numero 4 del 2011, dall'esame del ricorso incidentale, che conseguentemente deve essere dichiarato improcedibile, non senza rilevare la correttezza dei bilanci presentati dalla ricorrente, e delle dichiarazioni degli amministratori.

La questione su cui il Collegio è chiamato a pronunciarsi è conclusa nell'accertamento se la documentazione prodotta dalla

controinteressata fosse o meno corrispondente a quanto richiesto in sede di gara, e in caso non lo fosse, se l'amministrazione potesse richiedere una produzione integrativa senza violare il principio della par condicio, operandosi per tal modo una indebita riapertura dei termini per la presentazione dell'offerta.

Orbene dispone la più volte citata previsione che “ pena l'esclusione, nella busta A- requisiti- recante sul frontespizio la ragione sociale dell'operatore economico, dovranno essere contenuti i seguenti documenti:...a)3 copia, accompagnata da dichiarazione attestante la conformità all'originale, del registro Iva degli ultimi tre anni (2007-2008-2009) relativamente alle attività accessorie di ciascuno degli impianti di cui al sub punto a)2,” il quale a sua volta richiedeva copia delle autorizzazioni petrolifere per l'esercizio di impianti... dichiarati in fase di manifestazione d'interesse.

Per completezza va aggiunto che Autostrada richiedeva sulle attività accessorie un minimo garantito annuo di euro 50.000,00.

Ciò premesso il documento contestato consiste in una nota inviata e sottoscritta dal gestore dell'impianto a Erg Petroli avente a oggetto“ rendicontazione vendite periodo dal 1/1/2009 al 31/12 2009 “, il cui contenuto è il seguente:“ con la presente vi trasmetto il riepilogo dei dati di vendita per il periodo in oggetto, come da registro dei corrispettivi”, verificato da commercialista e timbrato e firmato dalla stessa Erg Petroli.

Fra le voci indicate nei dati di vendita risulta sia la parte oil che quella

non oil (vendita prodotti non alimentari, autoaccessori, pari complessivamente a 114.000 euro circa).

Il documento indicato il richiama espressamente il registro dei corrispettivi, vale a dire il documento richiesto in sede di gara, e dunque il dato che la stazione appaltante richiede e a cui è connessa la produzione di un determinato documento viene certamente offerto e conosciuto per la valutazione dell'ammissibilità della domanda.

Del resto il documento contestato non è poi difforme da quanto offerto proprio dalla stessa ricorrente relativamente all'impianto "Brembo sud" (confronta documento 16 Autostrada), definito "dichiarazione riepilogativa dati di vendita", contenente una commistione fra dati oil e non oil, indicando che le attività accessorie, sub specie autoaccessori, hanno comportato un fatturato pari a circa € 60.000.

Va allora ribadito il principio secondo cui, se è vero, difatti, che ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. 163/2006, la stazione appaltante non può sopperire con il c.d. "potere di soccorso" alla totale mancanza di un atto prescritto dalla lex specialis di gara, riguardando i criteri esposti ai fini dell'integrazione semplici chiarimenti di un atto incompleto, mentre l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non può considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile e, quindi, non ne è permessa la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi

puramente formali, tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara, al contrario, il potere di richiedere chiarimenti e integrazioni alla ditta partecipante si applica nelle ipotesi in cui sussistono dubbi circa l'esistenza dei requisiti richiesti dal bando, ovvero qualora vi sia, tuttavia, un principio di prova circa il loro possesso da parte del concorrente, trattandosi di ipotesi ontologicamente distinta da quella della documentazione del tutto mancante: in tali casi, sussistendo un indizio del possesso dei requisiti richiesti, l'amministrazione non può pronunciare l'esclusione dalla procedura ma è tenuta a richiedere al partecipante di integrare o chiarire il contenuto di un documento già presente, costituendo siffatta attività acquisitiva un ordinario *modus procedendi*, ispirato all'esigenza di far prevalere la sostanza sulla forma. ((TAR Campania, Sez. VIII, sentenza 30.09.2011 n. 4585, laddove è stato dichiarato illegittimo il provvedimento di esclusione da una gara adottato da una stazione appaltante nei confronti di un concorrente che aveva presentato la sola prima pagina del certificato di iscrizione alla Camera di Commercio (documento prescritto a pena di esclusione dal disciplinare di gara), in quanto l'allegazione della prima pagina del certificato camerale costituisce un valido principio di prova in ordine al possesso di tale certificazione).

Nel caso in esame, poi, deve ricordarsi che la finalità del deposito della documentazione relativa ai registri Iva risiedeva nell'esigenza di verificare il possesso in capo a ciascun concorrente del requisito di

capacità specificato in gara, sicché il registro riepilogativo mensile risulta rispondere a quanto necessario per il predetto accertamento.

Né, del resto risultano contestati i dati successivamente prodotti (confronta documento 10), ovvero se ne rileva una contraddittorietà con quanto originariamente presentato, sicché il vizio dedotto si traduce in una mera contestazione formale del mancato rispetto di una prescrizione il cui contenuto sostanziale risulta pienamente soddisfatto.

Rileva allora quanto affermato dalla sezione in relazione alla nuova formulazione dell'articolo 46, comma uno bis, secondo cui è stato introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione, con la conseguente necessità di integrazione della documentazione, in tesi, incompleta originariamente prodotta.(sent. N. 1376/2011)

Anche se la disposizione indicata non vuol certamente ampliare l'area del ricordato potere di soccorso, essendo questo confinato negli indicati ambiti più sopra definiti, è evidente che la compressione delle cause di esclusione, limitate o al mancato adempimento delle prescrizioni di legge o al caso d'incertezza assoluta sul contenuto e sulla provenienza dell'offerta o al difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali o alla loro integrità del plico con violazione della segretezza delle offerte, conduce necessariamente, da un lato, e per espressa dizione normativa, alla nullità delle clausole di esclusione previste dai bandi diverse da quelle richiamate, ma, dall'altro, a una valutazione sostanzialistica, per così dire, da parte della stazione

appaltante della documentazione presentata.

Il ricorso deve dunque essere respinto, pur sussistendo giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge, e dichiara il ricorso incidentale improcedibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 4 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Rovis, Presidente FF

Riccardo Savoia, Consigliere, Estensore

Alessandra Farina, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/11/2011

IL SEGRETARIO

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