



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 Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8489 del 2010, proposto da:
Cortex Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Rodolfo Ventura e Enrico
Soprano, presso il quale ultimo, in Roma, via degli Avignonesi, 5, è
elettivamente domiciliata;

contro

Regione Lazio, in persona del Presidente della Giunta regionale pro-
tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Stefania Ricci, con domicilio
eletto in Roma, via Marcantonio Colonna 27, presso l'Avvocatura
regionale;

nei confronti di

Nuova Farmerc S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-
tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Sergio Coccia, presso il cui

studio in Roma, viale Trastevere 78, è elettivamente domiciliata;

per l'annullamento

del verbale di gara n. 5 relativo alla V seduta del 30.4.2010 nella parte in cui la Commissione riteneva di non aprire la busta 2 della ricorrente, determinando l'esclusione dalla gara di appalto divisa in più lotti, per la fornitura di antisettici, disinfettanti e disinfestanti riguardante il fabbisogno delle Aziende Sanitarie della Regione Lazio, sulla base della comunicazione del RUP in merito ai requisiti di ammissione di partecipazione alla gara e dell'allegata nota della Regione Lazio – dipartimento Economico e Occupazionale prot. 63066 del 9.4.2010, a firma del responsabile del procedimento, conosciute in data 13.7.2010;

del verbale di gara n. 2 relativo alla II seduta del 1°.2.2010 e dell'allegata nota del Presidente della Commissione di gara prot. N. 27217 del 16.2.2010, conosciuti nella data sopra indicata;

di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, successivo e/o comunque connesso, ivi compresi il verbale di gara n. 6 relativo alla VI seduta del 28.5.2010 e la graduatoria provvisoria allo stesso allegata, la determina n. C1458 dell'1.7.2010, con cui era approvata la graduatoria definitiva, il diniego tacito di provvedere in via di autotutela formatosi a seguito dell'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale inviata all'amministrazione in data 9.9.2010, il tutto con riferimento al lotto n. 26 aggiudicato con la determina C1458 citata alla Nuova Farmec S.r.l. ;

nonché per la condanna
dell'amministrazione al risarcimento dei danni;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lazio e della
Soc Nuova Farmerc S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2011 il Cons.
Maria Luisa De Leoni e uditi per le parti i difensori come specificato
nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 29 settembre 2010 e depositato il successivo
7 ottobre 2010, la società Cortex Italia impugna gli atti specificati in
epigrafe e ne chiede l'annullamento.

Riferisce di essere una impresa farmaceutica attiva nel settore dello
sviluppo della commercializzazione di prodotti destinati alla
gastroenterologia e di prodotti destinati alla disinfezione in ambito
sanitario; di aver partecipato alla procedura aperta, indetta dalla
Regione Lazio, per la fornitura di antisettici, disinfettanti e
disinfestanti riguardante il fabbisogno delle Aziende Sanitarie della
Regione Lazio, per la durata di anni tre e di aver presentato l'offerta
relativamente al lotto n. 26: "Acido per acetico + adazione in

soluzione pronta”, avente come base d’asta un valore pari ad € 1.525.375,00.

In relazione al requisito di capacità economico-finanziaria il disciplinare richiedeva ai soggetti interessati “di aver realizzato nell’ultimo triennio un fatturato globale d’impresa, al netto di IVA, complessivamente non inferiore a 2 volte il valore del Lotto o dei Lotti cui si partecipa” o, in mancanza, di “aver realizzato nell’ultimo anno un fatturato globale non inferiore al valore del Lotto o dei Lotti cui si partecipa” (art. 3.1). Non possedendo tali requisiti, la ricorrente allegava alla propria offerta una dichiarazione a firma dell’Amministratore delegato in cui si precisava di aver iniziato la commercializzazione dello sterilizzante chimico a freddo nell’anno 2007, con rinnovo dell’intera propria gamma disinfezione nell’anno 2009, articolata nei due prodotti REVIDIS e REVISTER, avvertendo che, “in caso l’Amministrazione ritenesse non ammissibile la partecipazione per il lotto 26, la Società si riservava di tutelare i propri interessi sulla base di sentenze favorevoli per casi analoghi”.

E ciò al fine di rappresentare quei “giustificati motivi” che l’art. 41 del d. lgs. n. 163 del 2006 prevede.

La Commissione di gara, nella prima seduta, sospendeva ogni decisione in merito ed ammetteva la ricorrente con riserva.

Quest’ultima non riceveva più alcuna comunicazione né richiesta di chiarimenti fino alla comunicazione, pervenuta il 13 luglio 2010, di

aggiudicazione della gara, dalla quale la ricorrente stessa apprendeva che a fronte di una base d'asta di € 1.525.375,00 il lotto 26 era stato aggiudicato con un'offerta di appena € 118.074,60 di molto inferiore non solo alla base d'asta ma, anche al fatturato richiesto alle aziende partecipanti quale requisito di prequalificazione.

A sostegno delle proprie ragioni deduce:

1. violazione degli artt. 2 e 79, comma 5, lett. b) d. lgs. n. 163 del 2006; dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990 e del principio di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa; violazione dell'art. 97 Cost.

L'Amministrazione, contrariamente a quanto disposto dall'art. 79 richiamato in epigrafe, non ha comunicato l'esclusione della ricorrente dalla procedura de qua entro il termine ivi previsto.

Della propria esclusione, infatti, la ricorrente è venuta a conoscenza solo in seguito alla lettura dei verbali allegati alla determinazione di aggiudicazione trasmessa con nota del 1° luglio 2010 e, in particolare, dalla lettura del verbale relativo alla V seduta del 30 aprile 2010 ove si dava atto della comunicazione del RUP in merito ai requisiti di ammissione alla gara della Società ricorrente e si decideva di non aprire la busta n. 2 della Ditta Cortex.

L'Amministrazione non ha tenuto conto della dichiarazione allegata alla offerta della ricorrente, sulla base della quale la Commissione, nella I seduta pubblica, pur rilevando la mancanza di un fatturato sufficiente, decideva di sospendere ogni statuizione, ammettendo

con riserva l'offerta stessa e riservandosi di approfondire la questione. Infatti, nella seduta del 10.2.2010, la Commissione decideva di chiedere al RUP l'esatta interpretazione del punto 3.1, lett. d), del disciplinare di gara.

Ma di ciò e degli atti successivi, la ricorrente ha avuto conoscenza solo in occasione del ricevimento della determina di aggiudicazione con i relativi allegati;

2. eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto. Difetto di istruttoria e di motivazione; violazione degli artt. 1, 3, 10 della legge n. 241 del 1990.

Il motivo è volto a dimostrare il travisamento in cui è incorsa la Commissione nell'interpretare e riferire al responsabile del procedimento la dichiarazione dell'Impresa ricorrente allegata all'offerta, poiché con tale dichiarazione la ricorrente non intendeva invocare una presunta illegittimità dell'art. 3.1 lett. d) del disciplinare di gara, bensì intendeva rappresentare alla S.A. la sussistenza di giustificati motivi che consentivano al concorrente di provare altrimenti la propria capacità economico finanziaria. Di conseguenza, il travisamento denunciato inficia anche il parere reso dal RUP, cui può aggiungersi il difetto di istruttoria, tenuto conto che la dichiarazione della ricorrente era stata allegata alla richiesta di parere, ma non è stata in alcun modo valutata se si considera che non vengono esplicitate le ragioni per cui si è ritenuto di non tener in considerazione le suddette giustificazioni;

3. violazione dell'art. 47, comma 5, Dir. 2004/18/CE e dell'art. 41, co. 3, d.lgs. n. 163 del 2006; violazione del principio del favor participationis e del principio di massima partecipazione alle gare d'appalto. Difetto di istruttoria sotto altro profilo. Violazione dell'art. 46 d. lgs. n. 163 del 2006.

La S.A. non ha rispettato il disposto dell'art. 41, comma 3, del decreto legislativo n. 163 del 2006, poiché pur in presenza delle giustificazioni presentate dalla ricorrente, non ha ritenuto di fare applicazione della disposizione testé citata, precludendo alla ricorrente la possibilità di provare altrimenti la propria capacità economica. E' mancata inoltre qualsiasi attività istruttoria volta ad acquisire chiarimenti in ordine alle giustificazioni presentate e, in particolare, a considerare la posizione della Società ricorrente sul mercato ed a tener conto che la medesima ha avviato la propria attività in tempi recenti, in parte coincidenti e in parte successivi al triennio 2006-2008 preso in considerazione dal disciplinare di gara quale periodo di riferimento per la dimostrazione del requisito di capacità economico-finanziaria e che solo a partire dal 2007 ha iniziato a produrre commercialmente la propria linea di integratori alimentari, cui si è aggiunto nel 2009 un terzo prodotto e, per quanto concerne il terzo settore di attività, nell'ambito del quale rientra il dispositivo oggetto del lotto in discussione, solo nel 2009 è stata rinnovata l'intera gamma, con avvio della distribuzione con i brand REVIDIS e REVISTER, come dichiarato in sede di offerta. Ma di

tali ragioni la S.A. non ha tenuto alcun conto;

4. violazione del principio di proporzionalità; eccesso di potere sotto il profilo della illogicità, irrazionalità manifesta, sviamento, contraddittorietà e ingiustizia manifesta.

La ricorrente ribadisce che il prezzo di offerta dell'aggiudicataria pari a € 118.074,60 non solo è inferiore di 13 volte rispetto alla base d'asta, ma è inferiore di 26 volte rispetto al fatturato richiesto ai concorrenti. A fronte di ciò, appare ancor più irrazionale e abnorme non ammettere la ricorrente, la quale, comunque, dichiarava un fatturato al netto dell'IVA pari ad € 2.122.767,00.

5. invalidità derivata.

I vizi denunciati si riverberano su tutti gli atti e provvedimenti successivi alla illegittima decisione di escludere la ricorrente.

Conclude l'istante per l'accoglimento del ricorso, con ogni consequenziale statuizione in ordine alle spese ed onorari di giudizio.

La Regione Lazio si è costituita in giudizio, eccependo, preliminarmente, la tardività del ricorso, nonché la sua inammissibilità per carenza di interesse. Nel merito ne chiede il rigetto, siccome infondato.

Anche la contro interessata si è costituita in giudizio eccependo la tardività e la improcedibilità del ricorso, nonché la sua infondatezza nel merito.

All'udienza del 9 febbraio 2011 la causa è stata trattenuta in decisione

DIRITTO

L'oggetto del presente ricorso è costituito dagli atti della procedura aperta, suddivisa in più lotti, per la fornitura di antisettici, disinfettanti e disinfestanti relativa al fabbisogno delle Aziende sanitarie della Regione Lazio, per la durata di anni tre.

In particolare viene in considerazione il lotto n. 26 indetto per il prodotto: "Acido per acetico + adazione in soluzione pronta", avente come base d'asta un valore pari ad € 1.525.375,00, aggiudicato alla Società Nuova Farmec S.r.l. .

Può prescindere dall'eccezione di tardività sollevata sia dalla Regione Lazio che dalla controinteressata. Nuova Farmec S.r.l. in quanto il ricorso è manifestamente infondato nel merito, pur presentando l'eccezione stessa aspetti di fondatezza in relazione alla consolidata giurisprudenza (TAR Basilicata, 28.6.2010, n. 448 e TAR Lazio, Sez. I ter, 28.12.2009, n. 13630) che considera avvenuta la piena conoscenza dell'atto di esclusione da parte della Società concorrente qualora, durante le sedute di gara, sia presente un soggetto qualificato come rappresentante di quest'ultima (nella specie, cfr. verbale della IV seduta pubblica del 28 maggio 2010 ove la Commissione dava comunicazione "degli idonei e dei non idonei, per singolo lotto, alla luce dell'esame dei requisiti di idoneità tecnica effettuato dalla commissione", alla presenza del signor Ottolenghi Marcello in rappresentanza della Cortex Italia S.r.l.).

Occorre in proposito considerare che il mancato possesso del fatturato richiesto dalla lex specialis al fine di partecipare alla gara

non è contestato neanche dalla stessa ricorrente, la quale (cfr. la memoria difensiva del 24 gennaio 2011) nella seduta pubblica del 14 gennaio 2010 ebbe a dichiarare di aver realizzato nell'ultimo triennio (2006-2008) un fatturato al netto dell'IVA pari ad € 2.122.767,00 inferiore a quello richiesto dalla lex specialis (vedi p. 13 dell'allegato 1.3 "dichiarazioni sostitutive").

Il Disciplinare di gara disponeva (punto 3.1) che le Imprese partecipanti alla gara producessero certificazione attestante "di aver realizzato nell'ultimo triennio un fatturato globale di impresa, al netto dell'IVA, complessivamente non inferiore a 2 volte il valore del Lotto o dei Lotti cui si partecipa; soltanto in mancanza di detto requisito, il Disciplinare richiedeva certificazione attestante di aver realizzato nell'ultimo anno un fatturato globale non inferiore al valore del Lotto o dei Lotti cui si partecipa".

La ricorrente, nella propria offerta, ha allegato una dichiarazione attestante che "In relazione al possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria, relativamente al Lotto 26, la ns. Azienda ha avviato la commercializzazione del proprio sterilizzante chimico a freddo nell'anno 2007, con rinnovo dell'intera propria gamma disinfezione durante l'anno 2009, distribuito con il brand REVISTER. In caso in cui la Vs Amministrazione ritenesse non ammissibile la ns. partecipazione per il lotto 26, la ns. Società si riserva di tutelare i propri legittimi interessi, essendoci numerose sentenze a favore per casi similari".

Ritiene il Collegio che tale dichiarazione non soddisfi la prescrizione di cui al punto 3.1 del Disciplinare, sicché la ricorrente Società è carente di uno dei requisiti di partecipazione alla gara.

E' noto che la capacità economico finanziaria costituisce requisito indispensabile di partecipazione alle gare per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi e non può ragionevolmente ammettersi che le ditte partecipanti ne siano prive, poiché ciò contrasterebbe con i principi costituzionali di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, rendendo inammissibilmente l'Amministrazione appaltante arbitra dell'aggiudicazione senza alcuna possibilità di controllo da parte degli stessi partecipanti e mettendo evidentemente a rischio l'esecuzione dell'appalto per l'eventuale inidoneità della ditta aggiudicatrice.

Nel caso in esame, l'Impresa ricorrente ha dichiarato di essere carente del requisito inerente la capacità economico-finanziaria, invocando, nel contempo la possibilità offerta dall'art. 41 del decreto legislativo n. 163 del 2006, che avrebbe consentito di provare altrimenti la propria capacità economica e lamentando che la stazione appaltante non abbia svolto un'attività istruttoria volta ad acquisire chiarimenti in ordine alle giustificazioni presentate (terzo motivo di ricorso).

Osserva il Collegio che sarebbe stato onere del concorrente impossibilitato a presentare la documentazione attestante il requisito richiesto dal bando, indicare i "giustificati motivi" dell'impedimento

e, nel contempo, allegare “qualsiasi altro documento” idoneo a dimostrare la propria capacità economico-finanziaria; ove infatti si fosse avvalso della facoltà prevista dal comma terzo del citato articolo 41 – la cui applicabilità non è certo esclusa dal suo mancato richiamo da parte del bando di gara, che deve intendersi automaticamente integrato dalle disposizioni di legge, disciplinanti la procedura – la stazione appaltante avrebbe, a sua volta, avuto l’obbligo di valutare la capacità del concorrente in base alla documentazione “alternativa” presentata.

Nella fattispecie, la ricorrente non ha prodotto alcuna “documentazione alternativa”, limitandosi a rendere la dichiarazione sopra riportata. A ciò aggiungasi che a fronte ad un requisito di partecipazione mancante, la stazione appaltante non avrebbe comunque potuto, pena l’evidente violazione della par condicio, sollecitare un successivo completamento documentale, che si sarebbe inevitabilmente risolto nella produzione di un documento nuovo e diverso rispetto a quelli depositati a corredo della domanda di partecipazione alla procedura de qua.

La deducente lamenta, altresì, che la stazione appaltante non abbia comunicato la sua esclusione dalla gara nel termine di cinque giorni come previsto dall’art. 79 del d. lgs. n. 163 del 2006 (primo motivo).

Osserva però il Collegio che il termine previsto in detta disposizione ha natura ordinatoria ed ha rilevanza ai soli fini impugnatori. Comunque, come evidenziato sopra, la Società ricorrente ha avuto

contezza della propria esclusione in occasione della seduta pubblica del 28 maggio 2010.

Parimenti infondato è il secondo motivo dedotto, poiché la Commissione di gara in mancanza della produzione di documentazione alternativa attestante il fatturato globale non poteva fare altro che disporre l'esclusione della ricorrente dalla procedura di cui trattasi.

Con il quarto motivo la ricorrente lamenta la irrazionalità e l'abnormità della propria esclusione, posto che comunque aveva dichiarato un fatturato al netto dell'IVA pari ad € 2.122.767,00 a fronte

del prezzo di offerta dell'aggiudicataria pari a € 118.074,60, il quale non solo è inferiore di 13 volte rispetto alla base d'asta, ma è inferiore di 26 volte rispetto al fatturato richiesto ai concorrenti.

In primo luogo deve dichiararsi la inammissibilità del presente motivo per omessa impugnazione della lex specialis, che stabiliva il valore della base d'asta per il lotto 26.

In secondo luogo, va osservato che il Capitolato Tecnico, per il lotto 26, richiedeva la fornitura di 3.845 U.M. di taniche da 1000 ml. e 6.290 U.M. di taniche da 5000 ml. di "Acido Peracetico + Adazone in soluzione pronta", per un importo presunto a base d'asta di € 1.525.375,00, sicché non appare né illogico né irragionevole né limitativo dell'accesso alla gara la richiesta del fatturato globale, nel triennio pregresso, complessivamente non superiore a 2 volte il

valore del Lotto o dei Lotti cui si partecipa.

In generale l'Amministrazione procedente ha facoltà di indicare nella lex specialis requisiti comprovanti la capacità tecnico-economica dei partecipanti anche diversi e/o aggiuntivi rispetto alla soglia minima indicata dalla legge, con il solo limite della coerenza, congruità e non eccessiva onerosità dei requisiti stessi rispetto al parametro fondamentale rappresentato dall'oggetto della gara. Detti requisiti devono obbligatoriamente essere posseduti ed adeguatamente dimostrati, qualora, come nella specie, siano espressamente posti a pena di esclusione, senza che possano trovare idonea espansione ambiti interpretativi delle prescrizioni della lex specialis aventi carattere logico-funzionale e ciò in quanto il requisito integrante una particolare connotazione in termini di "affidabilità economico-finanziaria" del soggetto che chiedi l'ammissione alla procedura deve necessariamente essere dimostrato in puntuale corrispondenza alle previsioni dettate a pena di esclusione, in quanto volto a precostituire, in capo all'Amministrazione procedente, la ragionevole garanzia che il perseguimento dell'interesse pubblico sia suscettibile di integrale soddisfacimento (TAR Lazio, Sez. I, 20 gennaio 2006, n. 448).

In conclusione, il ricorso deve essere respinto anche con riferimento alla richiesta di risarcimento dei danni che va disattesa, essendo le determinazioni dell'amministrazione immuni dai vizi denunciati.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto dalla Cortex Italia S.r.l., lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, che liquida in € 4.000,00 (quattromila/00), da dividersi in parti uguali tra le resistenti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Maria Luisa De Leoni, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/02/2011

IL SEGRETARIO

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

