

N. 00497/2013 REG.PROV.COLL.
N. 01233/2012 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 1233 del 2012, proposto da:

Francesca Signori, rappresentata e difesa dagli avv.ti Bruno Nicoloso, Davide Furlan, Giuseppe Farina e Sergio Dal Prà, con domicilio eletto presso la segreteria del Tribunale ai sensi dell'art. 25, comma 1, del c.p.a.;

contro

Comune di Ponte di Piave, in persona del Sindaco *pro tempore* non costituito in giudizio;

nei confronti di

Leopoldo Moretto, Giovanni Battista Moretto, rappresentati e difesi dall'avv. Alfiero Farinea, con domicilio eletto presso il suo studio in Venezia-Mestre, via [Torre](#) Belfredo, 55/A; Stefano Di Lorenzo;

per l'annullamento

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva n. 118 del 4.7.2012, comunicato alla ricorrente in pari data;
- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria, contenuto nel verbale della sesta seduta di gara; nonché, ove occorra, del verbale medesimo;
- delle decisioni con le quali la Commissione di gara, anziché escludere le offerte dei controinteressati, ha consentito loro di integrare le domande di partecipazione e le dichiarazioni, e li ha poi ammessi alla procedura; nonché, ove occorra, dei verbali delle relative sedute di gara;
- della decisione con la quale la Commissione di gara, anziché escludere l'offerta del dottor Di Lorenzo, ha consentito a questi di modificare l'offerta tecnica; in subordine, della decisione della Commissione di attribuire 10 punti all'offerta tecnica del dottor Di Lorenzo; nonché, ove occorra, dei verbali delle relative sedute di gara;
- del provvedimento tacito di rigetto dell'istanza di autotutela presentata dalla ricorrente ai sensi dell'art. 243-bis del D.Lgs. n. 163/2006;
- in subordine, del Bando di gara, ove fosse interpretato nel senso di non prevedere l'esclusione delle domande di partecipazione che non contengono la dichiarazione di cui all'art. 17 della L. n. 68/1999 o che contengono una dichiarazione che non dà conto della situazione in cui versa il concorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Leopoldo Moretto e di Giovanni Battista Moretto.

Viste le memorie difensive.

Visti tutti gli atti della causa.

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 febbraio 2013 il dott. Enrico Mattei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso indicato in epigrafe la dott.ssa Francesca Signori ha adito l'intestato Tribunale per chiedere l'annullamento degli atti inerenti la procedura aperta indetta dal Comune di Ponte di Piave in data 14.02.2012 *"per l'individuazione del concessionario del servizio farmaceutico nella terza sede farmaceutica, rurale, di nuova istituzione"* di Levada, Busco, San Nicolò, da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.
2. Riferisce di aver partecipato alla suddetta procedura di gara classificandosi al terzo posto della relativa graduatoria di merito dopo il dott. Stefano Di Lorenzo (secondo posto) e i dott.ri Lopoldo e Giovanni Battista Moretto, quale r.t.i. non ancora costituito (primo posto).
3. Afferma che sia il dott. Di Lorenzo sia i dott.ri Moretto sono stati ammessi a partecipare dopo che la Commissione esaminatrice avrebbe illegittimamente concesso loro di integrare le rispettive domande nella parte relativa alle dichiarazioni sul possesso dei prescritti requisiti di partecipazione e all'assunzione di alcuni impegni da adempiere in caso di aggiudicazione.
4. Avverso gli atti di gara la ricorrente ha quindi proposto le seguenti censure:

I. Violazione del bando di gara; violazione dell'art. 17 della legge n. 68 del 1999 e violazione dell'art. 46, comma 1-bis, del d. lgs. 163 del 2006.

Riferisce, a tale riguardo, che i dott.ri Di Lorenzo e Moretto avrebbero dovuto essere esclusi dalla procedura di gara per aver omesso di riportare una dichiarazione costituente elemento essenziale della domanda di partecipazione.

II. Violazione dell'art. 46, comma 1, del d. lgs. 163 del 2006; violazione della *par condicio*.

Contesta, in particolare, la legittimità della decisione assunta dalla Commissione giudicatrice di consentire al dott. Di Lorenzo di correggere in corso di gara la propria domanda di partecipazione, mediante una ulteriore dichiarazione ove attesta di non essere assoggettato agli obblighi di assunzione obbligatoria di cui alla legge n. 68/1999.

III. Illegittimità del bando per violazione dell'art. 17 della legge n. 68/1999.

Deduce, in proposito, che nel caso in cui il bando dovesse essere interpretato nel senso che l'omissione o l'erroneità della dichiarazione prevista dall'art. 17 della legge n. 68/1999 non determinano l'automatica estromissione dell'offerta per la mancanza di una espressa clausola di esclusione, il bando medesimo sarebbe illegittimo perchè in contrasto con la prescrizione di cui al richiamato art. 17 che sanziona tale condotta con l'esclusione dalla gara.

IV. Violazione dell'art. 46, comma 1-bis, del d. lgs. 163/2006; violazione dell'art. 46, comma 1, del d. lgs. 163/2006.

Afferma, nello specifico, che la Commissione esaminatrice avrebbe dovuto escludere i dott.ri Moretto per non aver presentato delle dichiarazioni costituenti elemento essenziale della domanda di partecipazione e per incertezza assoluta del contenuto dell'offerta.

V. Violazione dell'art. 46, comma 1-bis, del d. lgs. 163/2006; violazione dell'art. 46, comma 1, del d. lgs. 163/2006, violazione del bando di gara; violazione della *par condicio*.

Riferisce, in proposito, che la Commissione esaminatrice avrebbe dovuto escludere il dott. Di Lorenzo per incertezza assoluta del contenuto della sua offerta o, comunque, attribuirgli un punteggio inferiore a quello ottenuto.

5. I dott.ri Leopolo Moretto e Giovanni Battista Moretto si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso, contestando le censure *ex adverso* svolte e concludendo per la reiezione delle domande avanzate dalla ricorrente.

6. Alla pubblica udienza del giorno 14 febbraio 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il presente gravame viene in contestazione la legittimità degli atti inerenti la procedura aperta indetta dal Comune di Ponte di Piave in data 14.02.2012 "*per l'individuazione del concessionario del servizio farmaceutico nella terza sede farmaceutica, rurale, di nuova istituzione*" di Levada, Busco, San Nicolò, da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Preliminarmente, il Collegio ritiene di poter prescindere dall'esaminare l'eccezione d'inammissibilità del ricorso per difetto d'interesse attesa l'infondatezza, nel merito, delle censure con esso proposte.

Con il primo motivo di doglianza, viene dedotta la violazione del bando di gara, dell'art. 17 della legge 68/1999 e dell'art. 46, comma 1-bis del d.lgs. 163/2006, in relazione alla mancata esclusione dei controinteressati dalla procedura di evidenza pubblica in esame.

Ad avviso della ricorrente, non sarebbe stata correttamente resa la dichiarazione prevista dall'art. 14 del bando di gara *“di non essere aggettato agli obblighi di assunzione obbligatoria di cui alla legge n. 68/1999 oppure di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili di cui alla legge n. 68/1999”*.

Nello specifico, parte ricorrente assume che gli odierni controinteressati avrebbero reso *“entrambe le dichiarazioni, anziché la sola delle due corrispondente alla situazione in cui si trovano”* e che *“una simile duplice dichiarazione (...) contiene una radicale contraddizione, che priva di senso la stessa dichiarazione e ne determina la sostanziale omissione e mancanza”* con conseguente obbligo di esclusione.

Il motivo è infondato e va, pertanto, respinto.

Osserva, infatti, il Collegio che nel caso di specie i controinteressati sono stati ammessi alla gara a seguito della dichiarazione resa in data 2 maggio 2012, *“di non essere assoggettato agli obblighi di assunzione obbligatoria di cui alla legge n. 68/1999”*.

Tale dichiarazione è stata effettuata su richiesta del responsabile del procedimento a chiarimento della precedente già resa al momento della

presentazione della domanda di partecipazione alla gara, in merito agli adempimenti di cui alla legge 68/1999.

Orbene, rileva il Collegio che nel ricorso introduttivo del presente giudizio la ricorrente non ha formulato alcuna censura in ordine alla decisione della Commissione esaminatrice di consentire la regolarizzazione della dichiarazione di cui all'art. 17 della suddetta legge 68/1999, sicché per tale ragione essa deve ritenersi ritualmente effettuata conformemente a quanto richiesto dall'art. 14 del bando di gara.

Sotto altro profilo, occorre rilevare che nel caso di specie la mancanza di chiarezza delle prescrizioni del bando dovuta, in particolare, all'ambiguità della locuzione "*oppure*" di cui al richiamato art. 14 della *lex specialis* di gara, ha ingenerato nei concorrenti un'incolpevole affidamento circa il significato da attribuire alle dichiarazioni ad essi richieste, dalla quale non può certamente discendere alcuna conseguenza sfavorevole nei loro confronti né, tantomeno, la prospettata esclusione dalla procedura di gara (cfr., Cons. St., sez. VI, 10.11.2004, n. 7278).

Per le ragioni dianzi rappresentate deve, altresì, essere rigettato il secondo motivo di gravame con cui si contesta la decisione della Commissione di gara di consentire al dott. Di Lorenzo di correggere la propria domanda di partecipazione, mediante una ulteriore dichiarazione ove si attesta di non essere assoggettato agli obblighi di assunzione obbligatoria di cui alla legge 68/1999.

Né è possibile rinvenire, nel caso di specie, la doglianza di cui al terzo motivo di gravame con cui parte ricorrente prospetta l'illegittimità del

bando di gara per violazione della prescrizione di cui all'art. 17 della suddetta legge 68/1999, atteso che la regolarizzazione della dichiarazione di cui alla citata disposizione normativa è intervenuta sulla base dei principi sostanziali e conservativi precedentemente esposti.

Devono, infine, essere respinti gli ultimi due motivi di gravame con cui si contesta la legittimità della decisione assunta dalla Commissione esaminatrice di consentire agli odierni contro interessati di integrare le proprie domande di partecipazione, tenuto conto, da un lato, dell'incolpevole affidamento ingenerato nei partecipanti a seguito della mancanza di chiarezza del contenuto del bando nella parte in cui non consente attraverso l'utilizzo della locuzione "oppure" di cui all'art 14 della *lex specialis*, di individuare con assoluta certezza le dichiarazioni che non siano necessarie in quanto alternative alla dichiarazione che le precede, dall'altro, del corretto esercizio da parte dell'amministrazione comunale del potere di soccorso di cui all'art. 46 del codice dei contratti pubblici ai sensi del quale *"le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati"*.

Non può, infatti, ritenersi inescusabile l'errore nella predisposizione di un documento di gara quando questo sia determinato, come nel caso di specie, da indicazioni ambigue ed equivocate contenute nelle disposizioni che regolano la procedura selettiva e ciò a prescindere dalla sede in cui le indicazioni stesse siano inserite.

In altri termini, quando l'errore commesso è ingenerato dalla stessa equivoca formulazione del bando, deve farsi applicazione del rimedio della regolarizzazione in omaggio del principio del *favor partecipazioni*

(cfr., *ex multis*, T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 19 giugno 2009, n. 3300).

Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso dev'essere rigettato in quanto infondato.

Tenuto conto della peculiarità delle questioni trattate, si ravvisano giustificati motivi per compensare, tra le parti in causa, le spese e gli onorari del giudizio.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 14 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Enrico Mattei, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/04/2013

IL SEGRETARIO

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