

Procedura negoziata: la mancata presentazione di alcuni documenti per fatto di terzi comporta l'obbligo per l'amministrazione di prorogare i termini di presentazione, specialmente se la fase sia posteriore alla gara fra i concorrenti invitati e preliminare alla stipula del consequenziale contratto con il miglior offerente

I fatti

In tale peculiare contesto giuridico va, pertanto, collocata l'evenienza rappresentata dal ricorrente nella nota 16.1.2007, con cui - in risposta alla richiesta di chiarimenti 11.1.2007 dell'AUSL, circa la documentazione probatoria della precedente esperienza triennale maturata nella gestione diretta di bar (cfr. n. 5 della predetta lettera di invito 28.1.2006) - ha esposto di non essere "in grado di produrre documentazione probatoria in merito agli importi della gestione del bar Piper, perché l'archivio di quello che era il mio commercialista di allora è andato distrutto e con lui la mia documentazione

Il Tar Emilia Romagna, Bologna con la sentenza numero 244 del 6 marzo 2007, in tema di maggior discrezionalità in capo alla Stazione Appaltante in caso di procedura negoziata, ci insegna che:

< Ritiene il Collegio che - tenuto conto degli anzidetti margini di discrezionalità esercitabili dall'Amministrazione nella peculiare procedura di cui si tratta e della causa impeditiva, tempestivamente (e cioè nel termine assegnato dalla medesima Amministrazione) rappresentata dal ricorrente - risulta meritevole di condisione la censura, dal medesimo dedotta con il primo mezzo di impugnazione, secondo cui la P.A. "avrebbe potuto e dovuto ... consentire un ulteriore, anche se breve lasso temporale al candidato per consentirgli di produrre quella documentazione che, per causa a lui non imputabile, non aveva inopinatamente avuto modo di poter produrre"; e ciò "proprio in quanto la procedura seguita era improntata ai criteri di cui alla semplificata procedura negoziata>

ma non solo.

< Dunque, non solo per la particolare natura della procedura negoziata utilizzata dall'AUSL di Rimini, ma anche per la particolare fase (posteriore alla gara fra i concorrenti invitati e preliminare alla stipula del consequenziale contratto con il miglior offerente) in cui lo specifico "fatto del terzo" di cui qui si tratta è venuto in rilievo, si rivela fondata la deduzione, testualmente soprariporata, del ricorrente in ordine al differimento del termine per la presentazione della documentazione>

a cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER L'EMILIA-ROMAGNA  
SEZIONE I Anno 2007

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

\*\*\* FABIO

contro

AZIENDA UNITA' SANITARIA LOCALE DI RIMINI

e nei confronti di

SOCIET' \*\*\* S.A.S.

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione

del provvedimento prot. 0006748 del 23.1.2007 a firma del Direttore U.O. Acquisizione Beni e Servizi, con il quale si comunicava l'esclusione dalla procedura negoziata per la "concessione del servizio di gestione del bar interno presso ospedale Cervesi di Cattolica, poiché dalla documentazione probatoria fornita non risulta l'esperienza minima triennale nella gestione diretta di bar dichiarata, invece, in sede di offerta, e prevista nella lettera di invito a pena di esclusione";

dell'atto presupposto, determinazione n.48 del 19.1.2007, con la quale si provvedeva alla deliberazione della detta esclusione;

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Vista la domanda cautelare presentata da parte ricorrente;

Udito il relatore Cons. GIORGIO CALDERONI e uditi, altresì, per le parti, i difensori presenti come da verbale, anche in ordine all'eventualità di una definizione nel merito del giudizio, ai sensi degli artt. 21 e 26 della legge n. 1034/1971, come modificati dagli artt. 3 e 9 legge n. 205/2000;

Ritenuto che sussistono le condizioni per addivenire ad una decisione in forma semplificata del ricorso, sulla base delle seguenti considerazioni in fatto e diritto:

#### FATTO E DIRITTO

1. La presente decisione in forma semplificata è al tempo stesso consentita e suggerita dalla circostanza, accertata in sede di discussione orale svoltasi all'odierna Camera di Consiglio, che - anche per effetto del decreto cautelare monocratico di accoglimento 14.2.2007, n. 104 - ad oggi nessun contratto è stato stipulato tra AUSL resistente e controinteressata, miglior offerente dopo l'esclusione della ditta ricorrente, disposta con i provvedimenti di cui si controverte.

Ciò premesso, il ricorso si rivela fondato nei termini e per le ragioni che seguono.

2. Come emerge dagli atti di causa, la fattispecie in esame si caratterizza per l'aver l'AUSL di Rimini indetto, ai fini della concessione del servizio di gestione del bar interno presso l'ospedale Cervesi di Cattolica, un procedura negoziata, preceduta da interpello plurimo, ai sensi delle disposizioni sia del nuovo Codice dei contratti di cui al D.Lgs. n. 163/2006, sia dell'apposit

o Regolamento aziendale approvato con successiva deliberazione 6.11.2006, n. 485.

Risultano, pertanto, all'evidenza utilizzabili nella presente controversia le acquisizioni maturate, al riguardo di detto istituto, dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo cui, ove l'Amministrazione faccia ricorso a tale modalità di scelta del privato contraente, <non si è in presenza di una rigida procedura di evidenza pubblica, in cui l'aggiudicatario è scelto con regole predeterminate dall'amministrazione, la quale è in tal modo vincolata dalla lex specialis ed è tenuta ad esercitare in

modo corretto e motivato i propri poteri di autotutela, qualora intenda revocare la procedura senza portarla a termine.

Si tratta, invece, di una trattativa privata svolta nella forma della procedura negoziata (in quella circostanza, ai sensi dell'art. 13, del D. Lgs. n. 158/1995: NdE).

Nell'ambito di tale procedura, i margini di discrezionalità della stazione appaltante sono sensibilmente maggiori rispetto alle tipiche procedure di evidenza pubblica.

Del resto, ciò era reso ben evidente nella lettera di invito ... in cui era previsto che la stazione appaltante, oltre a riservarsi di negoziare con tutti i partecipanti che avessero presentato una offerta valida richiedendo condizioni migliorative, si riservava anche "la facoltà di non procedere all'aggiudicazione".>

Analogo (anzi, più ampia) precisazione era contenuta nella lettera di invito 28.11.2006 predisposta dall'AUSL di Rimini, ove si chiariva che "l'invio della presente comunicazione non vincola in alcun modo questa AziendaUSL a procedere ad una successiva trattativa, né plurima, né diretta con la singola impresa, né, tanto meno, all'aggiudicazione, mentre l'offerta ricevuta sarà considerata irrevocabile".

3.1. In tale peculiare contesto giuridico va, pertanto, collocata l'evenienza rappresentata dal ricorrente nella nota 16.1.2007, con cui - in risposta alla richiesta di chiarimenti 11.1.2007 dell'AUSL, circa la documentazione probatoria della precedente esperienza triennale maturata nella gestione diretta di bar (cfr. n. 5 della predetta lettera di invito 28.1.2006) - ha esposto di non essere "in grado di produrre documentazione probatoria in merito agli importi della gestione del bar Piper, perché l'archivio di quello che era il mio commercialista di allora è andato distrutto e con lui la mia documentazione".

Tale circostanza è stata avvalorata in causa con dichiarazione in data 8.2.2007 a firma del Dott. Pasquale \*\*\*-Dottore commercialista, del seguente tenore:

<Il sottoscritto \*\*\* Dott. Pasquale, in riferimento alla richiesta in oggetto, fattami il giorno 15.1.2007 dal Sig. \*\*\* Fabio DICHIARA di aver fissato al Sig. \*\*\* appuntamento per la mattina del giorno successivo ma che, a seguito della ricerca d'archivio è poi emerso che la documentazione richiesta faceva parte di quella andata danneggiata e distrutta a seguito di un allagamento intervenuto la scorsa estate. Per tale ragione i documenti fiscali relativi alle annualità dal 1997-98-99-2000-2001, della ditta "\*\*\* Fabio", sono andati perduti e non sono stato in grado di poterli consegnare alla parte ricorrente>.

3.2. Ritiene il Collegio che - tenuto conto degli anzidetti margini di discrezionalità esercitabili dall'Amministrazione nella peculiare procedura di cui si tratta e della causa impeditiva, tempestivamente (e cioè nel termine assegnato dalla medesima Amministrazione) rappresentata dal ricorrente - risulta meritevole di condisione la censura, dal medesimo dedotta con il primo mezzo di impugnazione, secondo cui la P.A. "avrebbe potuto e dovuto ... consentire un ulteriore, anche se breve lasso temporale al candidato per consentirgli di produrre quella documentazione che, per causa a lui non imputabile, non aveva inopinatamente avuto modo di poter produrre"; e ciò "proprio in quanto la procedura seguita era improntata ai criteri di cui alla semplificata procedura negoziata".

In fattispecie analoga alla presente, la giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. V, 11 luglio 2002, n. 3908: trattasi, peraltro, di decisione non ricompresa tra quelle richiamate dal ricorrente a sostegno delle proprie tesi e di cui la difesa dell'AUSL contesta, invero, la pertinenza al caso in esame) ha, invero, affermato i seguenti principi, che il Collegio condivide:

"La natura, perentoria o meno, di un termine introdotto in via amministrativa, va desunta dallo scopo che l'Amministrazione persegue, e cioè dalla funzione che lo spazio temporale concesso è destinato ad assolvere (conf. II Sez., 9 aprile 1997, n. 1634/97).

Fermo il principio del miglior perseguimento del pubblico interesse da parte della P.A., nella fase posteriore all'aggiudicazione e preliminare alla stipulazione del contratto acquisisce un rilievo marginale il principio della parità di trattamento, che induce a ritenere, di norma, perentori, invece, i termini posti a carico dei concorrenti per lo svolgimento della gara. Non vi sono infatti, se non di riflesso o in via meramente consequenziale ... posizioni di altri soggetti di rilievo pari a quello dell'aggiudicatario. Il rapporto che assume rilevanza è quello, intersoggettivo e bilaterale, fra i due contraenti, uno dei quali è già, in taluni casi, per effetto dell'aggiudicazione, obbligato. L'Amministrazione, come qualsiasi altro contraente, ha facoltà di determinarsi, se è stabilito a suo favore un termine (arg. ex art. 1184 cod. civ.), nel senso che può pretendere l'adempimento o decidere di consentire un suo differimento, in vista della sua convenienza, da un lato, e dell'accettabilità delle giustificazioni date dalla controparte sulle difficoltà insorte per adempiere. Queste giustificazioni si possono configurare come più seriamente consistenti, quando l'adempimento dipenda dal fatto del terzo, come nella fattispecie, nella quale la fideiussione deve essere prestata soltanto da specifiche categorie di soggetti (art. 30, comma 1, l. 109/1994 citata: banche, compagnie di assicurazione, intermediari finanziari iscritti in elenchi speciali).

Nel caso in esame, non si è perciò di fronte ad un termine la cui fissazione sia stabilita a tutela di interessi che superino l'ambito limitato delle parti, come si atteggiano, di norma, quelli rinvenibili in ambito pubblicistico per ragioni di trasparenza od imparzialità dell'azione amministrativa o di tempestività o immediatezza del suo svolgimento.”

Ne risulta, di conseguenza, depotenziato il richiamo al principio della par condicio, su cui la difesa AUSL fonda il capo 3 delle proprie difese.

3.3. Dunque, non solo per la particolare natura della procedura negoziata utilizzata dall'AUSL di Rimini, ma anche per la particolare fase (posteriore alla gara fra i concorrenti invitati e preliminare alla stipula del consequenziale contratto con il miglior offerente) in cui lo specifico “fatto del terzo” di cui qui si tratta è venuto in rilievo, si rivela fondata la deduzione, testualmente soprariporata, del ricorrente in ordine al differimento del termine per la presentazione della documentazione.

3.4. D'altra parte, la scansione temporale della vicenda è stata così compressa e concentrata (termine per la presentazione delle offerte: 4 gennaio 2007; richiesta di chiarimenti AUSL a \*\*\*: 11 gennaio 2007; termine per la presentazione dei chiarimenti: 16 gennaio 2007) che non può accedersi all'ulteriore tesi difensiva dell'AUSL, secondo cui “il ricorrente, ove avesse osservato le cautele e la diligenza necessarie nel prepararsi a contrattare con un'amministrazione pubblica, avrebbe avuto tutto il tempo per accorgersi della distruzione dell'archivio del commercialista e ... la possibilità di rimediare alle conseguenze di quell'incidente, reperendo tempestivamente i documenti del caso presso gli uffici pubblici competenti”.

4.1. Coglie, invece, nel segno la difesa dell'AUSL, laddove (cfr. argomentazioni esposte oralmente all'odierna Camera di Consiglio) prospetta che le richieste istruttorie, formulate dal ricorrente all'odierna Camera di Consiglio, mirano inammissibilmente a “svolgere nel giudizio” quegli accertamenti che sono, invece, da effettuarsi, prima in sede amministrativa da parte dell'AUSL medesima: identica considerazione, va, ad avviso del Collegio, estesa alle ulteriori deduzioni (secondo e ultimo mezzo di impugnazione) con cui il medesimo ricorrente sostiene di essere comunque in possesso del richiesto requisito di esperienza triennale.

4.2. La conseguenza è che tali ulteriori deduzioni e richieste del ricorrente devono essere disattese, mentre - per effetto delle considerazioni sin qui svolte - incombe all'AUSL di Rimini di assegnare un nuovo e congruo termine al ricorrente per la dimostrazione del possesso dell'esperienza triennale richiesta dalla lettera di invito.

4.3. Era questo, del resto, il profilo di possibile fondatezza del ricorso già evidenziato nel menzionato decreto cautelare n. 104/2007.

5. Conclusivamente, il ricorso deve essere accolto nei sensi che precedono e, per l'effetto, gli impugnati provvedimenti devono essere annullati, in quanto fondati unicamente sulla mancata dimostrazione del possesso dell'anzidetto requisito (risultando, invece, del tutto assente, nei medesimi provvedimenti, qualsiasi riferimento a presunta anomalia dell'offerta \*\*\*, adombrata solo in sede di controricorso AUSL- capo 4).

Anche in considerazione del circoscritto accoglimento del ricorso, appare equo disporre la compensazione, tra le parti, delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo per l'Emilia-Romagna, Sezione I, ACCOGLIE, nei sensi di cui in motivazione, il ricorso in epigrafe ed annulla, agli effetti in motivazione indicati, gli impugnati provvedimenti di cui in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Amministrazione.

Così deciso in Bologna, nella Camera di consiglio del 22 febbraio 2007.

Presidente

Cons. Rel. Est.

Depositata in Segreteria in data 06.03.07

Bologna, li 06.03.07

Il Segretario

»