



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 la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1902 del 2006, proposto da: Progetto Ecologia s.r.l., in persona del legale rappresentante pro - tempore, rappresentata e difesa dagli avv. ti Francesco Chiarello, Nicola Seminara e Pasquale Lancellotti, elettivamente domiciliata presso quest'ultimo in Bari, via G. Toma 24;

contro

l'Azienda ospedaliera - Policlinico consorziale di Bari, in persona del legale rappresentante pro - tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Nicola D'Ecclesiis, con domicilio eletto presso lo stesso in Bari, piazza Giulio Cesare 11;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del provvedimento di cui al verbale del 19 settembre 2006 di esclusione della ricorrente dalla gara per l'affidamento del servizio di smaltimento dei rifiuti sanitari speciali, pericolosi e non pericolosi, prodotti presso l'Azienda ospedaliera, nonché di ogni atto connesso e consequenziale, ivi compresi la lettera d'invito e il capitolato d'oneri nella parte in cui richiedono la prestazione di servizi analoghi "negli anni 2002, 2003, 2004" anziché - come previsto nel bando - negli anni 2003, 2004 e 2005.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda ospedaliera - Policlinico consorziale di Bari;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il referendario dott. ssa Laura Marzano;

Uditi, nell'udienza pubblica del giorno 30 aprile 2008, i difensori delle parti come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato il 17 novembre 2006 e depositato il successivo 1 dicembre la ricorrente ha impugnato, chiedendone la sospensione, il provvedimento, adottato dalla commissione il 19 settembre 2006, di esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio di smaltimento dei rifiuti sanitari speciali, pericolosi e non pericolosi, prodotti presso l'Azienda ospedaliera - Policlinico consorziale di Bari, nonché ogni atto connesso e consequenziale, ivi compresi la lettera d'invito e il capitolato d'oneri nella parte in cui richiedono la prestazione di servizi analoghi "negli anni 2002, 2003, 2004" anziché - come previsto nel bando - negli anni 2003, 2004 e 2005.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione intimata chiedendo la reiezione del ricorso e della domanda cautelare.

Con ordinanza n. 62 del 24 gennaio 2007 la Sezione ha accolto la domanda incidentale di sospensione formulata dalla ricorrente.

All'udienza pubblica del 30 aprile 2008, sentiti i difensori delle parti, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Il ricorso è fondato.

La ricorrente ha partecipato ad una gara a procedura ristretta per l'affidamento del servizio di smaltimento dei rifiuti sanitari speciali, pericolosi e non, indetta dall'Azienda ospedaliera Policlinico consorziale di Bari.

Al punto III.2.1.2. il bando prevedeva, tra le condizioni di partecipazione, una dichiarazione autocertificata di aver realizzato nell'ultimo triennio un determinato fatturato globale di impresa in operazioni simili, con la precisazione che per "ultimo triennio" doveva intendersi quello comprensivo degli ultimi tre esercizi finanziari "il cui bilancio sia stato approvato precedentemente alla data di pubblicazione del bando". Sempre nel bando era poi richiesta una dichiarazione riportante un elenco dei principali servizi prestati "negli ultimi tre anni (2002, 2003, 2004)".

La data di scadenza per la ricezione delle domande di partecipazione era fissata al 10 aprile 2006.

La ricorrente ha partecipato dichiarando il proprio fatturato riferito all'ultimo triennio (2003, 2004, 2005) nonché l'elenco dei principali appalti di gestione di rifiuti speciali effettuati nel medesimo triennio e, con nota del 4 luglio 2006, è stata informata di essere stata ammessa al prosieguo della procedura.

La lettera d'invito, successivamente pervenuta, richiedeva una dichiarazione indicante il fatturato globale di impresa in servizi analoghi per il triennio 2002, 2003 e 2004 nonché una dichiarazione di aver prestato, nel medesimo triennio, servizi analoghi per un importo annuo pari a quello presunto indicato nel bando di gara.

La ricorrente, attenendosi a quanto richiesto, ha presentato entrambe le dichiarazioni riferite all'indicato triennio risultato, perciò, diverso dal triennio (2003, 2004, 2005) in relazione al quale aveva presentato le dichiarazioni in sede di prequalificazione. Ciononostante la commissione tecnica, riunitasi il 14 settembre 2006, ha ammesso la ricorrente al prosieguo della gara, salvo poi adottare delibera di esclusione, nella successiva riunione del 19 settembre, motivata con la accertata difformità delle dichiarazioni rese successivamente al bando rispetto a quelle rese successivamente alla lettera di invito.

La ricorrente ha proposto ricorso avverso l'esclusione e, pur essendo stata riammessa alla gara, con memoria del 24 aprile 2008 ha dichiarato il proprio interesse al definitivo annullamento del provvedimento di esclusione essendo avvenuta la sua riammissione solo in esecuzione dell'ordinanza cautelare del Giudice amministrativo e non essendo la procedura di gara ancora conclusa.

Il ricorso è affidato a tre motivi.

Con il primo motivo la ricorrente ha denunciato la violazione del bando e dell'art. 13 del d. lgs. 17 marzo 1995, n. 157 avendo la lettera d'invito richiesto le stesse

dichiarazioni in riferimento ad un triennio diverso rispetto a quello indicato nel bando.

Sul punto l'amministrazione resistente nulla ha controdedotto limitandosi ad eccepire la generica difformità delle dichiarazioni rese.

Il motivo è fondato.

Come già rilevato in sede cautelare, vi è un evidente contrasto tra bando di gara e lettera d'invito, in ordine alla esatta individuazione del triennio di riferimento per il fatturato pregresso da dichiararsi, pertanto l'amministrazione, prima di procedere all'esclusione, avrebbe dovuto, quanto meno, riconoscere l'errore scusabile. Costituisce *ius receptum* che l'applicazione dell'istituto dell'errore scusabile presuppone una situazione normativa obiettivamente confusa ed incerta, per le oggettive difficoltà di interpretazione di una norma, per la particolare complessità di una fattispecie concreta, per i contrasti giurisprudenziali esistenti o per il comportamento dell'amministrazione idoneo, perché equivoco, ad ingenerare convincimenti non esatti (in tal senso *ex plurimis* T.A.R. Veneto, Sez. II, 8 ottobre 2007, n. 3195). In particolare, in una gara pubblica, in caso di contrasto tra il bando e la lettera di invito, prevale il primo, quale *lex specialis* della selezione concorsuale non modificabile mediante lettera d'invito (Cons. Stato, Sez. V, 29 marzo 2004, n. 1660; di identico avviso: Cons. Giust. Amm. Sic., 18 maggio 2005, n. 349 e T.A.R. Basilicata, Sez. I, 2 marzo 2006, n. 143).

Nel caso di specie la ricorrente in sede di prequalificazione ha prodotto le dichiarazioni in modo conforme a quanto richiesto dal bando, cioè per il triennio relativamente al quale, alla data del bando, erano stati approvati i bilanci; nella fase successiva ha prodotto le dichiarazioni relative al triennio indicato specificatamente dalla lettera d'invito; sicché, per un verso è incontestabile l'esistenza del contrasto tra bando e lettera d'invito tale da indurre in errore i partecipanti, per altro verso è indubitabile che, stante il contrasto, la disciplina contenuta nel bando debba prevalere su quella contenuta nella lettera d'invito, con la conseguenza che l'amministrazione alla prima, e non già alla seconda, avrebbe dovuto attenersi ai fini della verifica dei requisiti di partecipazione.

Con il secondo motivo la ricorrente ha denunciato la violazione degli artt. 1, 3 e 7 della l. 7 agosto 1990, n. 241 nonché degli art. 13 e 16 del d. lgs. 17 marzo 1995, n. 157 per non aver l'amministrazione consentito l'instaurazione del contraddittorio prima di addivenire alla decisione di escludere la ricorrente dalla gara.

Sul punto la resistente si è limitata a postulare il diritto dell'amministrazione di procedere, in qualunque fase della procedura, all'annullamento in autotutela degli atti che ritenga illegittimi.

Anche il secondo motivo merita accoglimento.

Per giurisprudenza ormai pacifica la disposizione di cui all'art. 16 del d. lgs. n. 157/1995, secondo cui "le amministrazioni aggiudicatrici invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati", nel recepire la normativa comunitaria in materia, non ha attribuito alle amministrazioni aggiudicatrici una mera facoltà o un potere eventuale; essa ha, in realtà, inteso codificare un modus procedendi delle stesse amministrazioni finalizzato, entro certi limiti, a far prevalere la sostanza sulla forma (o sul formalismo nell'esibizione della documentazione in gara), orientando l'azione amministrativa alla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica: la sua finalità è, dunque, quella di evitare che l'esigenza della massima partecipazione possa essere compromessa da carenze di ordine meramente formale nella documentazione (Cons. Stato, Sez. V, 16 luglio 2007, n. 4027).

Nel caso all'esame del Collegio l'amministrazione ha assunto la decisione di escludere la ricorrente dalla gara nella seduta del 19 settembre 2006, cioè cinque giorni dopo averla regolarmente ammessa per la seconda volta, senza né informarla di quanto era in procinto di fare né richiedere alla medesima gli opportuni chiarimenti che avrebbero, verosimilmente, indotto ad una differente decisione.

La fondatezza dei primi due motivi di ricorso comporta l'assorbimento del terzo, peraltro proposto dalla ricorrente solo per completezza espositiva e in via meramente subordinata.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, I Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, così provvede:

- Accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato;
- Condanna l'amministrazione resistente alla rifusione, in favore della ricorrente, di spese e competenze del giudizio che liquida in complessivi € 3.000,00 (tremila) oltre rimborso forfetario spese generali, oneri previdenziali e fiscali come per legge nonché rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 30 aprile 2008 con l'intervento dei Magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Giuseppina Adamo, Consigliere

Laura Marzano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/05/2008

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO