

APPALTI: Gara - Appalti di forniture - Aggiudicazione - Ove la P.A. appaltante abbia accordato alla ditta risultata vittoriosa il soccorso istruttorio per integrare una referenza bancaria risultata incompleta - Non è illegittima - Ragioni.

Tar Lazio - Roma, Sea. III quater, 16 marzo 2022, n. 3008

“[...] La questione [...] riguarda il fatto se l’omessa allegazione di una referenza bancaria rientri o meno nell’ambito di applicazione della disciplina del soccorso istruttorio disciplinata dall’art. 83, comma 9, d. lgs. n. 50/2016.

Sul punto la giurisprudenza si è espressa in modo non univoco.

Per una parte della giurisprudenza l’inidoneità delle referenze bancarie non è suscettibile di regolarizzazione in quanto l’art. 83, comma 9, del d.lgs n. 50/2016 si riferisce all’ipotesi di integrazione, chiarimento e/o completamento di documenti e dichiarazioni e il difetto delle referenze bancarie previste dalla legge di gara non consente alla stazione appaltante di considerare comprovato, in capo all’impresa partecipante, il possesso dei requisiti economici e finanziari, i quali a norma dell’art. 46, comma 1 bis, del d.lgs n. 50/2016 assumono valenza di elemento essenziale dell’offerta [...].

Di contro, una diversa giurisprudenza ha chiarito che l’omessa allegazione di una referenza bancaria rientra nell’ambito di applicazione della disciplina del soccorso istruttorio disciplinata dall’art. 83, comma 9, del d. lgs. n. 50/2016, trattandosi di un elemento estraneo all’offerta economica che si riferisce all’oggetto dell’appalto [...].

Ritiene il Collegio che la richiesta attestazione bancaria non afferisca ad aspetti essenziali dell’offerta, ma unicamente all’affidabilità economica dell’impresa che può essere oggetto anche di successiva integrazione proprio per salvaguardare gli aspetti sostanziali della garanzia.

Inoltre, a conforto della tesi condivisa dal Collegio, milita il fatto che le evenienze di esclusione dalla partecipazione alla gara costituiscono un numerus clausus, predeterminato per legge, non estendibile neppure con la previsione del bando [...].”

FATTO e DIRITTO

La ASL Roma 2 ha indetto una procedura aperta, con modalità telematica, divisa in tre lotti, per la fornitura in noleggio quinquennale di sistemi macchina-reagenti per la determinazione di autoanticorpi ed IgE specifiche e totali, per le necessità della rete di medicina di laboratorio della A.S.L. Roma 2 e di altre ASL dell’area cittadina.

La ricorrente contesta l’aggiudicazione del solo lotto n.1 per la quale è stata graduata al secondo posto.

La parte ha reagito con ricorso giurisdizionale, affidato a tre motivi di gravame e contestuale istanza cautelare.

Con ordinanza n. 3022/2020 il Collegio ha respinto la chiesta misura cautelare.

La parte non ha proposto appello.

Alla udienza del giorno 11 febbraio 2022 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Con il primo motivo di ricorso la ricorrente ha rilevato che l'aggiudicataria ha presentato una referenza bancaria non circostanziata, cioè non attestante la capacità del concorrente di fare fronte agli impegni economici e finanziari derivanti dall'eventuale aggiudicazione della gara in oggetto.

La Commissione di gara ha consentito, al riguardo, il soccorso istruttorio richiedendo "l'emissione da parte della UBI Banca della referenza bancaria circostanziata come richiesto nel disciplinare di gara".

Per la ricorrente l'aggiudicataria doveva essere, per tale omissione, esclusa in quanto la rilasciata dichiarazione bancaria non afferiva alla situazione economica della concorrente al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, bensì al momento del rilascio dell'attestazione.

Per la ricorrente il documento prodotto attesta la mancanza del requisito richiesto dal bando e dal disciplinare e, come tale, tale omissione non poteva essere sanata.

La questione in esame riguarda il fatto se l'omessa allegazione di una referenza bancaria rientri o meno nell'ambito di applicazione della disciplina del soccorso istruttorio disciplinata dall'art. 83, comma 9, d. lgs. n. 50/2016.

Sul punto la giurisprudenza si è espressa in modo non univoco.

Per una parte della giurisprudenza l'inidoneità delle referenze bancarie non è suscettibile di regolarizzazione in quanto l'art. 83, comma 9, del d.lgs n. 50/2016 si riferisce all'ipotesi di integrazione, chiarimento e/o completamento di documenti e dichiarazioni e il difetto delle referenze bancarie previste dalla legge di gara non consente alla stazione appaltante di considerare comprovato, in capo all'impresa partecipante, il possesso dei requisiti economici e finanziari, i quali a norma dell'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs n. 50/2016 assumono valenza di elemento essenziale dell'offerta (Tar Sicilia, Catania, n. 226/2018).

Di contro, una diversa giurisprudenza ha chiarito che l'omessa allegazione di una referenza bancaria rientra nell'ambito di applicazione della disciplina del soccorso istruttorio disciplinata dall'art. 83, comma 9, del d. lgs. n. 50/2016, trattandosi di un elemento estraneo all'offerta economica che si riferisce all'oggetto dell'appalto (cfr., TAR Latina, sez. I, 23.02.2018 n. 88; Cons.St.,Sent. n. 2351/19).

Ritiene il Collegio che la richiesta attestazione bancaria non afferisca ad aspetti essenziali dell'offerta, ma unicamente all'affidabilità economica dell'impresa che può essere oggetto anche di successiva integrazione proprio per salvaguardare gli aspetti sostanziali della garanzia.

Inoltre, a conforto della tesi condivisa dal Collegio, milita il fatto che le evenienze di esclusione dalla partecipazione alla gara costituiscono un *numerus clausus*, predeterminato per legge, non estendibile neppure con la previsione del bando.

Può ulteriormente rilevarsi che, comunque, i documenti di gara non richiedevano espressamente che la referenza bancaria fosse circostanziata e che anche la referenza bancaria originaria conteneva, in ogni caso, l'indicazione, nell'oggetto, della gara di cui trattasi, di tal che deve ritenersi che si sia trattato di una mera precisazione conseguente allo scrupolo al riguardo da parte della stazione appaltante.

Con il secondo motivo la ricorrente ha contestato l'insufficienza dei reattivi offerti.

La ricorrente ha sostenuto che il quantitativo da offrire doveva riguardare i reagenti per effettuare i test di cui al servizio commissionato.

In altri termini, a dire della ricorrente, per quantificare correttamente il numero di confezioni di reagenti da offrire, i concorrenti avrebbero dovuto considerare non solo il fabbisogno quantitativo di ciascun laboratorio (cioè, sia degli Hub che degli Spoke), ma, esclusivamente per i due Hub, anche la stabilità dei vari reattivi offerti, cioè il periodo massimo entro il quale il reattivo, una volta caricato nella macchina (on board), può essere utilizzato.

Il quantitativo di reattivi offerto dall'aggiudicataria è, per la parte ricorrente, proprio, in base allo specifico tempo di stabilità on board, insufficiente a soddisfare i fabbisogni della stazione appaltante.

Pertanto l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

La tesi non può essere condivisa.

La disamina del Capitolato di gara evidenzia come la *lex specialis* ha previsto, da un lato, che “*i fabbisogni individuati nel richiamato Capitolato Tecnico debbono intendersi stimati in via puramente indicativa*” e in assenza di una specifica clausola escludente in tal senso e, dall'altro, l'effettuazione di un test per ogni settimana, come precisato nel chiarimento n. 25 fornito dalla stazione appaltante e non invece in tutti i giorni lavorativi dell'anno, come assunto da parte della ricorrente.

L'indicata questione è stata oggetto anche di apposita valutazione da parte della Commissione nei termini sollevati dalla ricorrente.

L'indicato organo ha rilevato come il reagente offerto dall'aggiudicataria scada dopo due mesi dal suo inserimento nello strumento.

In tale ottica deve ritenersi che la società aggiudicataria ha offerto reagenti idonei per effettuare 300 test all'anno, come richiesto dal Capitolato di gara.

Con il terzo motivo di ricorso la ricorrente ha contestato un'erronea attribuzione del punteggio assegnato alle offerte tecniche, sostenendo che la Commissione ha considerato alla stregua di criteri di valutazione discrezionale alcuni criteri che erano invece "tabellari", cioè di tipo SI/NO ed ha, per altri criteri, assegnato punteggi irragionevoli ed in parte privi di motivazione.

Premesso che la ricorrente, nel proprio ricorso, non ipotizza in concreto una tale eventualità, essendosi limitata solo ad affermare del tutto genericamente e, quindi, apoditticamente, che la riattribuzione dei punteggi avrebbe avuto il risultato di ribaltare l'aggiudicazione – in realtà tale censura non supera la c.d. prova di resistenza, perché, anche nel caso in cui alla ricorrente fosse attribuito, nel riferito criterio di valutazione tecnica, il punteggio massimo come assegnato all'aggiudicataria, l'offerta dell'aggiudicataria avrebbe comunque ottenuto un punteggio complessivo superiore, avuto riguardo alla circostanza che mentre l'aggiudicataria ha conseguito il punteggio massimo di 30, invece la ricorrente ha conseguito il punteggio di 28,22, ossia di quasi due punti inferiore.

Peraltro il Disciplinare era chiaro nel rilasciare una piena discrezionalità al singolo commissario nel valutare ciascun parametro attribuendo un punteggio preferenziale tra un minimo e un massimo sulla base della propria valutazione.

I criteri indicati, pertanto, non avevano un punteggio con modalità tabellare (si/no), ma erano valutati mediante un giudizio relativo alla soluzione progettuale prescelta.

E, comunque, le valutazioni sono espressione di un potere discrezionale della Commissione di Gara, la quale ha il solo onere di motivare l'attribuzione facendo riferimento ai criteri da essa stessa predeterminati. E non si riscontrano parametri che non indichino con sufficiente precisione i profili tecnici che sarebbero stati oggetto di valutazione, necessariamente discrezionale, da parte della Commissione.

Le valutazioni della commissione, pertanto, possono essere censurate dal in sede giurisdizionale solo in caso di evidente errore, illogicità manifesta o contraddittorietà. Deve trattarsi, quindi, di errori macroscopici, non potendo il giudice sostituirsi alla S.A. nelle valutazioni di merito di propria esclusiva competenza, che, nella fattispecie, non ricorrono.

Per tali ragioni il ricorso deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano nel dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di lite che, a mente del DM n. 55/2014, complessivamente quantifica in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, se dovuti, per ogni parte costituita.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente

Claudia Lattanzi, Consigliere

Roberto Vitanza, Consigliere, Estensore

IL SEGRETARIO