



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 Calabria**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 12 del 2010, proposto da: Philips S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Brunella Candreva, Giuseppe Fuda, Fabio Todarello, Claudia Sarrocco, con domicilio eletto presso Brunella Candreva in Catanzaro, via A.Panella 1;

***contro***

Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza Direttore Generale, rappresentato e difeso dagli avv. Giovanni Lauricella, Eugenio Conforti, con domicilio eletto presso Giovanni Lauricella in Cosenza, via Alimena N. 8;

***nei confronti di***

Ge Medical System Italia Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Antonio Lirosi, Cinzia Guglielmello, Fortunato Francesco Mirigliani, con domicilio eletto presso Fortunato F. Mirigliani in Catanzaro, viale G. Argento, 14;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

a) del verbale della seduta pubblica del 12 novembre 2009 che dispone l'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara per la "fornitura, installazione e

manutenzione di un impianto Angiografico per Diagnostica e Tecniche Interventive in ambito Cardiovascolare di ultima generazione, con detettore “flat detector” per l’U.O.C. Cardiologia del P.O. di Castrovillari”, non noto e del quale si richiede l’acquisizione in via istruttoria;

b) del verbale della seduta riservata della Commissione di gara del 6 novembre 2009, nel quale dichiara l’esclusione di Philips dalla procedura di gara per l’asserita violazione del 2° comma dell’art. 48 del D. Lgs. 163/2006 (doc. 7);

c) della nota del 17 novembre 2009 con la quale si comunica l’aggiudicazione provvisoria della gara alla GE Medical Systems Italia S.p.A. (doc. 1);

d) della nota del 18 novembre 2009 con la quale si comunica dell’esclusione della ricorrente e l’escussione della cauzione provvisoria (doc. 2);

e) della comunicazione di aggiudicazione definitiva inviata alla ricorrente in data 11.12.2009 (doc. 8) nonché della delibera n. 5340 del 9.12.2009, ivi citata, con la quale la Commissione ha provveduto all’aggiudicazione definitiva della gara alla GE Medical Systems Italia, che si chiede di acquisire in via istruttoria;

f) per quanto possa occorrere, del bando di gara (doc. 3), del relativo disciplinare (doc. 4) nonché della nota dell’amministrazione datata 20 luglio 2009 (doc. 5);

g) di ogni altro atto presupposto, preparatorio, connesso e consequenziale.

Il tutto con espressa riserva di motivi aggiunti..

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza  
Direttore Generale;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ge Medical System Italia Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 09/04/2010 il dott. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO

1.– Con ricorso regolarmente notificato e depositato la ricorrente ha esposto che in data 27 febbraio 2009 l'Azienda sanitaria provinciale di Cosenza emanava un bando, con previsione del metodo della procedura aperta, per la fornitura, l'installazione e la manutenzione di un impianto angiografico per diagnostica e tecniche interventive in ambito cardiovascolare di ultima generazione, con detettore dinamico "flat detector" completo di accessori da allocare presso il p.o. di Castrovillari.

Alla gara partecipavano unicamente la ricorrente e la GE Medical Systems Italia s.p.a.

In sede di verifica delle offerte la stazione appaltante invitava la ricorrente ad esibire in originale o in copia autentica una determinata documentazione.

Avendo la ricorrente depositato una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà veniva esclusa dalla gara, la quale veniva aggiudicata alla controinteressata.

Esposto ciò, si assume la illegittimità degli atti amministrativi della procedura compreso, ove necessario, del bando di gara, per violazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere. In particolare, si deduce, richiamando le linee guida per l'applicazione dell'art. 48 adottate dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici il 21 maggio 2009, che dal combinato disposto degli artt. 19, 38 e 47 del d.p.r. n. 445 del 2000, che le imprese partecipanti possono comprovare il possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economica anche mediante dichiarazione sostitutiva.

Ne discende la illegittimità dell'atto di esclusione e, qualora si dovesse ritenere che il bando di gara escludesse l'esibizione della predetta dichiarazione, del bando stesso.

In via ulteriormente gradata, si deduce che, qualora si ritenesse legittima l'esclusione della ricorrente, sarebbe comunque illegittima, in mancanza di un comportamento "grave", la decisione di procedere all'escussione e all'incameramento della cauzione da parte dell'amministrazione procedente e la segnalazione all'Autorità di vigilanza.

2.– Si è costituita in giudizio l'amministrazione chiedendo che il ricorso venga dichiarato non fondato.

3.– Si è costituita, altresì, la controinteressata sostenendo anch'essa la infondatezza del ricorso.

4.– Questo Tribunale, con ordinanza del 5 febbraio 2010 n. 161, ha accolto la domanda cautelare ritenendo che, nella specie, fosse possibile esibire la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà.

Il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 944 del 24 febbraio 2010, ha rigettato l'appello così motivando: «nelle more dell'imminente definizione del merito di primo grado, la conferma della misura cautelare accordata dal primo giudice evita una modifica non reversibile della situazione di fatto, in modo da lasciare impregiudicati gli interessi in rilievo».

## DIRITTO

1.– La ricorrente ha impugnato gli atti di gara indicati in epigrafe sul presupposto che la stazione appaltante avrebbe errato nel disporre la sua esclusione ritenendo, illegittimamente, che in sede di verifica a campione il bando imponesse che i documenti richiesti dovessero essere esibiti in originale o in copia autentica.

2.– La questione posta all'esame di questo Tribunale impone di stabilire se, in sede di «controlli a campione», i requisiti di capacità economico-finanziaria possano

essere dimostrati mediante la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà ai sensi dell'art. 47 del d.p.r. n. 445 del 2000.

2.1.— La verifica a campione è disciplinata dall'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006, il quale prevede che «le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito».

A tale proposito, deve rilevarsi come nei rapporti con l'amministrazione sia necessario distinguere due fasi: «quella iniziale, nella quale può farsi legittimamente uso della dichiarazione sostitutiva di atto notorio contestualmente alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara e quella, successiva, nella quale l'attestazione del possesso dei requisiti di partecipazione deve essere necessariamente compiuta per mezzo della documentazione pubblica certificativa della qualità o dello stato richiesti e non può essere ammessa anche la modalità della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà» (parere del 16 gennaio 2008 dell'Autorità per la vigilanza dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture).

Diversamente argomentando verrebbe vanificata la ratio che giustifica il ricorso alla verifica a campione, divenendo essa un inutile duplicato della fase iniziale di presentazione dell'offerta. Se, pertanto, in tale fase devono essere assicurate tutte le forme di semplificazione procedimentale, sul piano documentale, idonee ad garantire, in attuazione delle prescrizioni comunitarie, la massima partecipazione degli operatori economici, nella successiva fase di controllo è consentito che la stazione appaltante “pretenda” un onere aggiuntivo di documentazione. In altri termini, la regola della mancanza di validità delle dichiarazioni sostitutive di atto di

notorietà tende ad evitare che l'impresa possa depositare in sede di verifica a campione la medesima documentazione presentata in sede di presentazione dell'offerta.

Tale regola può subire delle eccezioni unicamente nei casi in cui si tratti di dimostrare il possesso di documenti che siano già in possesso dell'amministrazione o che comunque essa stessa è tenuta a certificare (cfr. art. 43 del d.p.r. n. 445 del 2000).

2.2.– Esposto ciò, occorre verificare se quanto previsto dall'art. 48, così come sopra interpretato, sia stato o meno rispettato dalla stazione appaltante.

Il disciplinare di gara prevede che «le ditte partecipanti alla fornitura», ai sensi del citato art. 48, «saranno tenute a provare con documentazione originale quanto eventualmente esibito nella forma dell'autocertificazione o di copia conforme» .

In attuazione di tale prescrizione la stazione appaltante, con nota del 20 luglio 2009, ha chiesto di esibire «in originale o in copia autentica» la seguente documentazione:

- a) certificato di iscrizione alla c.c.i.a.a. munito della clausola del nulla osta ai fini della normativa antimafia;
- b) certificati o attestati rilasciati da enti pubblici che comprovino l'effettuazione, nell'ultimo triennio, da parte della società di un fatturato globale non inferiore a euro 1.500.000,00 nonché di un fatturato specifico non inferiore a euro 1.000.000,00 per forniture identiche a quelle oggetto di gara;
- c) due attestati o certificati di corretta fornitura rilasciati o vistati da enti pubblici o aziende della salute.

Nonostante tale puntuale richiesta effettuata in attuazione di quanto previsto dal bando di gara, la ricorrente ha “comprovato” i requisiti di capacità economica e finanziaria mediante una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà.

2.2.– Orbene, questo Tribunale, rivedendo quanto affermato, all'esito di una sommaria delibazione, in sede cautelare, ritiene che gli atti della procedura di gara sopra indicati ed oggetto di impugnazione, siano immuni dai vizi specificamente denunciati dalla ricorrente.

La natura della documentazione richiesta, per verificare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria, non consentiva all'impresa ricorrente di esibire una mera dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà. Infatti, non si tratta di documentazione già in possesso della stessa amministrazione o comunque di documentazione che, ai sensi dell'art. 43, primo comma, del d.p.r. n. 445 del 2000, doveva essere acquisita d'ufficio dall'amministrazione. Si tratta, invece, di documenti che, sul piano soggettivo, sono stati emanati da enti diversi da quelli che hanno indetto la gara e, sul piano oggettivo, sono volti ad accertare lo svolgimento di una attività complessa svolta a favore degli enti stessi. In questi casi pretendere che sia la stessa amministrazione a richiedere ai predetti enti la documentazione in esame significherebbe, non solo svuotare di contenuto, come sottolineato, quanto previsto dall'art. 48, ma anche imporre un adempimento gravoso che andrebbe ad incidere sull'esigenza di celerità ed economicità nello svolgimento delle procedure di gara. In altri termini, venendo in rilievo rapporti economici diretti tra impresa ed soggetti pubblici diversi dalla stazione appaltante è ragionevole, in linea con la ratio della verifica a campione, che sia l'impresa a dimostrare quanto dichiarato nella fase iniziale di presentazione dell'offerta.

Alla luce di quanto sin qui esposto, ne consegue che sia il disciplinare di gara sia il successivo atto della stazione appaltante, "pretendendo" il deposito dell'originale o di copia autentica della documentazione richiesta, si pongono in linea, avendo riguardo alla natura della predetta documentazione, con quanto stabilito dalle norme di settore sopra riportate. E' dunque legittimo l'atto con cui

l'amministrazione – preso atto del mancato adempimento, nelle forme prescritte, da parte della ricorrente – ha disposto la sua esclusione.

3.– E' invece fondata la censura con cui si lamenta l'avvenuto incameramento della cauzione e la segnalazione all'Autorità per la vigilanza dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

L'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 prevede che quando l'impresa non fornisce la prova dei requisiti richiesti dall'amministrazione ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono non soltanto all'esclusione del concorrente dalla gara, ma anche all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto alla predetta Autorità.

La giurisprudenza amministrativa ha già avuto modo di affermare, con orientamento condivisibile, che «tale disposizione vada interpretata secondo un criterio logico e in relazione alla circostanza che non si debba trattare di una violazione lieve» (Consiglio di Stato, sez. VI, 9 dicembre 2008, n. 6101), tenendo conto anche della buona fede dell'impresa (Consiglio di Stato, sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981).

Per stabilire dunque se la violazione sia stata non lieve occorre avere riguardo alla natura dell'«inadempimento» e agli effetti che ciò ha determinato sullo svolgimento della procedura di gara.

Nel caso in esame, la stazione appaltante non ha accertato la mancanza del requisito ma ha riscontrato un'anomalia nelle modalità formali di dimostrazione del requisito richieste legittimamente dalla *lex specialis*. Inoltre, il comportamento dell'impresa non ha inciso negativamente sulla gara alterando il gioco della libera concorrenza.



Ne consegue che deve essere parzialmente annullato l'atto del 18 novembre 2009 con cui è stato disposto, unitamente alle "altre sanzioni", l'incameramento della cauzione provvisoria.

4.– La natura della controversia giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sede di Catanzaro, sezione seconda, definitivamente pronunciando, rigetta il ricorso indicato in epigrafe, ad eccezione della parte di esso con cui è stato impugnato l'atto del 18 novembre 2009 dell'amministrazione resistente con il quale sono state applicate le sanzioni indicate in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 09/04/2010 con l'intervento dei Magistrati:

Vincenzo Fiorentino, Presidente

Daniele Burzichelli, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/05/2010

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

## IL SEGRETARIO