



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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 21 e 26 della legge 1034/71 e successive modifiche e integrazioni,
Sul ricorso numero di registro generale 68 del 2010, proposto da:
A.S.E. Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Andrea Bolli, Stella Clissa, con
domicilio eletto presso la seconda in Firenze, via del corso N. 2;

contro

Regione Toscana Estav Nord-Ovest - Struttura Organizzativa Professionale
Territoriale di Pisa, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Toscano, con
domicilio eletto presso Segreteria T.A.R. in Firenze, via Ricasoli N. 40;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del provvedimento di non ammissione a gara (Gara n. 034-2009-Isp C.I.G. Lotto 1
0364171B67 C.I.G. Lotto 2 0364172C3A) a procedura ristretta per "Service di
Endoscopia Flessibile", notificato con comunicazione fax Prot. N. 0025430 del
04.11.2009 e ribadito con comunicazioni fax Prot. N. 0025650 del 06.11.09 e Prot.
N. 0025650 del 06.12.2009 e di qualsiasi altro atto di gara conseguente e/o
successivo al suddetto provvedimento di non ammissione, in particolare la

deliberazione del Direttore Generale n. 1792 del 10.12.09 di nomina della Commissione Tecnica.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Regione Toscana Estav Nord-Ovest - Struttura Organizzativa Professionale Territoriale di Pisa;

Esaminata la memoria difensiva prodotta dall'Estav il 26.1.2010;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella Camera di Consiglio del giorno 27/01/2010 il Referendario Avv. Alfonso Graziano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Avvisate le stesse parti ai sensi dell'art. 21 decimo comma della legge n. 1034/71, introdotto dalla legge n. 205/2000 in ordine alla possibilità di definire il giudizio nel merito con sentenza in forma semplificata.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. 1. Con bando di gara pubblicato sul sito web dell'Amministrazione nonché sulla GUUE e sulla GURI, veniva indetta una procedura ristretta per l'affidamento del service di endoscopia flessibile, diviso in due lotti, per un importo di 1.050.000 euro oltre IVA ed oneri per la sicurezza.

La ricorrente impresa impugna il provvedimento, notificatola via fax il 4 e il 6.11.09 di non ammissione alla gara, assunto sul rilievo che la concorrente non sarebbe stata in possesso dei requisiti minimi di capacità tecnica richiesti dalla lex specialis per non aver provato di aver stipulato almeno cinque contratti di durata di importo superiore ai 20.000 euro nell'ultimo triennio antecedente la gara, avendone documentati solo tre.

Grava la deducente anche qualsiasi atto di gara connesso e conseguente e nel corpo dell'atto introduttivo deduce anche censure trancianti, appuntate sulla violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara.

1.2. Si costituiva l'Amministrazione con memoria depositata il 16.1.2010.

Alla Camera di Consiglio del 27.1.2010, udita la discussione dei patroni delle parti e la Relazione del Referendario Avv. Alfonso Graziano, il Collegio tratteneva la causa per la definizione del giudizio nel merito ai sensi dell'art. 26, comma 4 della L. 6.12.1971, n. 1034, previo il rituale avviso.

2.1. E' posta all'attenzione della Sezione una gara d'appalto per procedura ristretta per l'affidamento del servizio di endoscopia flessibile, rispetto alla quale la ricorrente censura sia il provvedimento recante la sua non ammissione, sia la lex specialis, per aver omesso di indicare data, ora e luogo di apertura dei plichi contenenti le domande di partecipazione e la documentazione amministrativa.

E' pure fatto oggetto di doglianze il momento diacronico della procedura, lamentandosi che l'apertura dei plichi sarebbe avvenuta in seduta riservata, malgrado la lettera di invito avesse espressamente prescritto la seduta pubblica.

La ricorrente svolge inoltre anche doglianze incentrate sulla legittimità della previsione di requisiti tecnici ulteriori rispetto a quelli contemplati dall'art. 42 del Codice dei contratti, nonché sul mancato esercizio del potere di soccorso di cui all'art. 46, stesso codice.

2.2. Deve preliminarmente il Collegio scrutinare l'eccezione di tardività del ricorso, elevata dall'Amministrazione sul rilievo che non sarebbe stato tempestivamente impugnato il bando di gara (né il capitolato d'onori) avverso il quale la ricorrente lamenta omissioni e carenze invocando al riguardo T.A.R. Lazio n. 448/2006, secondo la quale sarebbero soggette all'onere di immediata impugnazione le clausole disciplinanti i criteri per la scelta del contraente e il modus operandi della commissione giudicatrice.

L'eccezione non persuade la Sezione e va pertanto disattesa.

2.3.1. E' infatti noto che a seguire alla summa divisio operata dall'Adunanza Plenaria n. 1/2003 tra clausole soggette all'onere di immediata impugnazione e clausole la cui impugnazione può invece essere differita al momento dell'aggiudicazione, la giurisprudenza si è uniformata nel precisare che tra le prime vanno annoverate quelle che disciplinano i requisiti di partecipazione prevedendone taluni che non siano posseduti dal ricorrente e quelle che prescrivono ai fini della partecipazione alla gara oneri talmente gravosi da rendere la stessa impossibile, laddove le altre clausole e, segnatamente, quelle che definiscono la composizione della commissione il suo modus operandi, possono essere censurate unitamente al provvedimento conclusivo del procedimento di gara, in quanto evidenziano la loro portata lesiva solo per via dell'applicazione che di esse faccia l'organo di gara (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 9.9.2008, n. 1885; Consiglio di Stato, Sez. V, 28.2.2006, n. 880; Consiglio di Stato, Sez. IV, 4.5.2004, n. 2797; T.A.R. Sicilia – Catania, Sez. IV, 28.10.2006, n. 2039; in tal senso anche T.A.R. Liguria, Sez. I, 7.11.2006, n. 1468; T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. III, 26.4.2006, n. 1077).

2.3.2. Ne consegue che le disposizioni della *lex specialis*, quali quelle censurate, che non conterrebbero menzione della data, dell'ora e del luogo della gara, esprimendo la loro attitudine lesiva solo a seguito del materiale svolgimento delle operazioni di gara, non sono soggette all'onere di immediata impugnazione, la quale, anzi, se interposta prima dell'adozione del provvedimento terminale della gara, sarebbe per il vero inammissibile per carenza di attualità della lesione.

Siffatte clausole vanno dunque impugnate solo in uno con l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione ad altra impresa, o del provvedimento che determini un arresto procedimentale ai danni dell'impresa ricorrente, ossia dell'esclusione dalla gara.

3.1. Approdando al merito del gravame, ritiene il Collegio di dover principiare scrutinando la censura spiegata nella parte finale del motivo 1.b, nella quale la deducente rileva “l’ambiguità e l’incertezza della clausola del bando nella quale è indicato il suddetto requisito, rubricata com’è alla voce “Livelli minimi di capacità eventualmente richiesti”.

Essendo stata la ricorrente esclusa per non aver documentato di aver stipulato nel triennio di riferimento cinque contratti di durata, di importo non inferiore a 20.000 euro ma soltanto tre, nella tesi della deducente, l’impiego nel bando dell’avverbio “eventualmente” depone nel senso che “non vi è insomma una chiara enunciazione del carattere obbligatorio, necessario ed anzi essenziale, a pena di esclusione dalla gara, del requisito medesimo” (ricorso, pag. 16).

Non potrebbe inoltre essere invocata – ed è questo l’oggetto del motivo 1.c - per sostenere la natura obbligatoria della prova dell’avvenuta stipula dei predetti cinque contratti, il punto 6 della scheda di prequalificazione (doc, 9 ricorr.) per la quale sarebbero stati ammessi alla gara i concorrenti che avessero realizzato nel triennio precedente la gara i predetti cinque contratti. Nella tesi della ricorrente tale modulo predisposto dalla stazione appaltante non potrebbe avere valore di *lex specialis* poiché l’art. 73 comma 4 del Codice dei contratti stabilisce che l’impiego dei modelli predisposti dalla stazione appaltante per la presentazione delle domande di partecipazione non può essere imposto a pena di esclusione.

3.2.1. I motivi appena illustrati sono fondati.

Rileva al riguardo il Collegio il carattere ambiguo o comunque non univoco della clausola del bando di gara così formulata: “Livelli minimi di capacità eventualmente richiesti: Almeno 5 contratti di durata negli ultimi tre anni superiori ai 20.000 euro cadauno”.

Dalla testuale riportata formulazione della norma di gara discende pertanto che non è sicuramente obbligatorio in forza di siffatta disposizione, che i livelli minimi

di capacità siano quelli letteralmente indicati dalla norma di gara, essendolo, invece, solo “eventualmente”.

L’incertezza insita nel tenore lessicale della disposizione risalta poi con maggiore evidenza se confrontata con quella che immediatamente la precede, formulata invece in termini di certezza.

Si legge infatti al punto III.2.3. del bando, “capacità tecnica. Informazioni e formalità necessarie per valutare la conformità ai requisiti. Elenco dei contratti di durata (...) effettuati negli ultimi 3 anni”.

La concorrente si trovava dunque al cospetto di due norme contestuali, delle quali la seconda indubitevolmente si caratterizza per una intrinseca lessicale incertezza, scaturente dall’impiego dell’avverbio “eventualmente”.

Stante la delineata non univocità della prescrizione in analisi, a parere del Collegio non poteva l’Amministrazione pronunciare eo ipso l’esclusione dalla gara della ricorrente che aveva prodotto la prova di aver stipulato nel periodo di riferimento non 5 contratti, ma tre.

E ciò a maggior ragione ove si consideri che l’importo di questi ultimi, aggirandosi su circa un milione di euro, supera grandemente la sommatoria dell’importo dei richiesti 5 contratti di soli 20.000 euro ciascuno.

Nessun interesse aveva dunque l’Amministrazione ad escludere dalla competizione un’impresa che aveva dimostrato di aver stipulato contratti (ancorché in numero inferiore) di importo complessivo pari a circa dieci volte quello richiesto dalla censurata norma del bando.

3.2.2. Rammenta anche all’uopo il Collegio l’indirizzo indiscusso della giurisprudenza, di recente ribadito, in forza del quale a fronte di una clausole di gara ambigua, incerta o comunque non univoca, l’Amministrazione non può legittimamente escludere l’impresa dalla competizione, ostandovi la tutela del principio del favor admissionis e dell’interesse pubblico a reperire la migliore

offerta, obiettivo conseguibile solo per il tramite della massima partecipazione alle gare (T.A.R. Piemonte, Sez. I - sentenza 30 novembre 2009 n. 3190; Consiglio di Stato, Sez. V, 18 gennaio 2006, n. 127; Consiglio di Stato, Sez. V, 28 giugno 2004, n. 4797).

3.2.3. Né può essere invocata, per elidere la lusinghiera incertezza della clausola in scrutinio, la prescrizione della scheda di qualificazione predisposta dall'Amministrazione (doc. 9 ricorr.), secondo la quale sarebbero stati ammessi alla gara i concorrenti che avessero realizzato nel triennio precedente la gara i predetti cinque contratti.

La valenza integrativa, pretesa dall'Amministrazione, della predetta scheda, rispetto alle prescrizioni del bando, è a parere del Collegio da escludere a causa della sua non obbligatorietà ai fini della presentazione dell'istanza di partecipazione alla gara. Invero, come esattamente osserva la ricorrente, l'art. 73, comma 4 del d.lgs. n. 163/2006 stabilisce che la presentazione di moduli e i formulari predisposti dalla stazione appaltante a beneficio dei concorrenti, "non può essere imposta a pena di esclusione".

Rileva infatti il Collegio come la messa a disposizione dei partecipanti ad una gara di moduli mediante i quali essi possono formulare domande ed autocertificazioni è adempimento che sottende la finalità di agevolare la partecipazione alle gare, avvantaggiando i concorrenti, non potendo peraltro risolversi in loro danno.

Posto che, quindi, a norma del citato art. 73 del Codice dei contratti, l'utilizzazione dei moduli prestampati, confezionati dalla s.a., non può essere prescritta a pena di esclusione, ne consegue che un concorrente poteva formulare la sua istanza e autocertificare i requisiti di qualificazione, anche utilizzando un diverso modulo, autoconfezionato. In tal caso, è evidente che all'impresa ricorrente, non essendo essa obbligata ad avvalersi della scheda di qualificazione messa a disposizione

dall'Estav, non era opponibile la prescrizione introdotta solo con la predetta scheda.

La cui valenza integrativa della *lex specialis* va esclusa, giuridicamente, anche per il dirimente rilievo che la scheda stessa non soggiaceva alle forme di pubblicità obbligatoria prescritte invece per il bando di gara (invio all'Ufficio pubblicazioni ufficiali dell'Unione Europea ai fini della pubblicazione nella GUUE e pubblicazione nella GURI), conseguendone che l'invocata efficacia integrativa della disposizione della *lex specialis*, infrange il principio dell'affidamento.

I due motivi in scrutinio meritano pertanto di essere accolti, dovendosi statuire in ordine all'illegittimità dell'esclusione dalla gara dell'impresa ricorrente.

4.1. Con il motivo 1.a. inoltre, la deducente censura da un lato la mancata indicazione nel bando di gara, dell'ora, della data e del luogo di apertura dei plichi contenenti le domande di partecipazione e, dall'altro, l'effettuazione delle operazioni predette in seduta riservata e non in seduta pubblica.

Il che colliderebbe con il principio di pubblicità sancito all'art. 2 del Codice dei contratti.

4.2. La prima censura è infondata in fatto. Va premesso al riguardo che la domanda demolitoria della ricorrente non è limitata al provvedimento recante la sua non ammissione alla gara, ma si estende, per espressa precisazione contenuta nelle conclusioni del ricorso, a quella intesa ad "annullare tutti gli atti di gara" connessi con il provvedimento di esclusione.

Quanto al merito della doglianza il Collegio ne rileva l'infondatezza in fatto alla luce della produzione documentale del 26.1.2010 effettuata dall'Amministrazione.

Il bando di gara (doc. 6 ricorr.) mentre precisa la data e l'ora del termine massimo per il ricevimento delle domande di partecipazione, rinvia, quanto alla indicazione della data, ora e luogo di apertura delle offerte, a successiva comunicazione individuale rivolta alle singole imprese ammesse a partecipare.

Ebbene, la lettera di invito, cui era demandato il compito, in adempimento della predetta disposizione del bando di gara, di specificare il tempo e il luogo di apertura delle offerte e delle domande, precisa al riguardo, che “la seduta pubblica per l’apertura dei plichi pervenuti sarà esperita presso la sede della S.O.P.T.(...) il giorno 4.12.2009 ore 10 alla presenza dei concorrenti che riterranno opportuno partecipare” (doc. 8 Amministrazione, pag. 5).

Ne consegue l’infondatezza della censura di violazione del canone di pubblicità delle operazioni di gara, e il rigetto della prima delle due censure.

4.3. Con la seconda parte del motivo in scrutinio, esattamente, dunque, la ricorrente censura anche l’avvenuta operazione di apertura dei plichi contenenti domanda e documentazione amministrativa, in seduta riservata, adducendo la violazione del principio di pubblicità delle operazioni di gara.

4.4. Anche siffatta censura, a parere della Sezione coglie nel segno e va pertanto accolta.

E’ noto il radicato orientamento della giurisprudenza che, al di là delle oscillazioni relativamente all’apertura dell’offerta tecnica, sancisce che “il principio della pubblicità delle sedute di gara per la scelta del contraente trova immediata applicazione in ogni tipo di gara, indipendentemente da un’espressa previsione da parte della lex specialis di gara, costituendo una regola generale riconducibile direttamente ai principi generali di imparzialità e buon andamento di cui all’art. 97 Cost., almeno per quanto concerne la fase di verifica dell’integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l’offerta economica e la relativa apertura” (T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II, 9 luglio 2008, n. 6478).

Segnala il Collegio anche l’orientamento estensivo del Consiglio di Stato, che assoggetta alla pubblicità il controllo dell’integrità dei plichi e la loro apertura, genericamente, con riguardo a tutte le offerte, comprese quelle tecniche, avendo di recente precisato che “È principio inderogabile in qualunque tipo di gara quello

secondo cui devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta, sia che si tratti di documentazione amministrativa che di documentazione riguardante l'offerta tecnica ovvero l'offerta economica, e conseguentemente è illegittima l'apertura in segreto di plichi. Il predetto principio di pubblicità delle gare pubbliche impone che il materiale documentario trovi correttamente ingresso con le garanzie della seduta pubblica; ciò anche in applicazione del più generale principio di imparzialità dell'azione amministrativa” (Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856).

Pertanto, anche ove la *lex specialis* nulla avesse prescritto sul punto, l'apertura dei plichi avrebbe dovuto essere effettuata in seduta pubblica e non in seduta privata, come ha invece operato l'Estav.

4.5. Ma, rileva la Sezione, che a colorare di maggiore illegittimità le operazioni svolte dall'Estav è la stessa lettera di invito, che, come sopra segnalato, prescriveva che all'apertura dei plichi avrebbero potuto partecipare i rappresentanti delle imprese concorrenti, in tal modo espressamente sancendo la regola della pubblicità. Non solo. In apertura del paragrafo “procedura di gara” della lettera di invito effettivamente inoltrata alle iporese partecipanti, prodotta la doc. 8 della produzione Estav, il punto 3 precisava: “La seduta pubblica per l'apertura dei plichi pervenuti sarà esperita presso la sede della S.O.T” secondo quanto anche sopra riportato preliminarmente alla disamina della prima censura.

L'Estav ha invece espressamente riconosciuto che “i plichi contenenti le domande di partecipazione, pervenuti nei tempi previsti nel bando di gara, sono stati aperti in seduta privata, successivamente alla scadenza stabilita”

L'Ente ha dunque infranto una regola che esso stesso aveva stabilito con la lettera di invito, così autovincolando la sua attività.

In conclusione, anche il motivo 1.a, seconda parte, del ricorso va integralmente accolto dovendosi disporre l'annullamento dell'intera gara illegittimamente espletata dalla resistente Amministrazione.

In definitiva, alla luce delle argomentazioni finora svolte, il ricorso si profila fondato e va, conseguentemente, accolto con integrale annullamento delle operazioni di gara, oltre che del provvedimento di esclusione della ricorrente.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana - Prima Sezione – definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe lo Accoglie e, per l'effetto, Annulla la procedura di gara impugnata.

Condanna l'Amministrazione a pagare alla ricorrente la spese di lite, che liquida in complessive € 5.000,00 oltre IVA e CNAP di legge.

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

Così deciso in Firenze nella Camera di Consiglio del giorno 27/01/2010 con l'intervento dei Magistrati:

Luigi Papiano, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Alfonso Graziano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/02/2010

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

IL SEGRETARIO