

N. 00090/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00179/2010 REG.RIC.



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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento
(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 179 del 2010, proposto da:
Nikon Instruments S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo
Devigili e Ugo Franceschetti, con domicilio eletto presso lo studio
del primo in Trento, Via Oss Mazzurana, 72

contro

la Fondazione Edmund Mach, rappresentata e difesa dagli avv.ti
Sergio Coletti e Giuseppe Piccoli, con domicilio eletto presso lo
studio dell'avv. Enrico Cortelletti in Trento, Via Mazzini, 14

nei confronti di

Carl Zeiss S.p.a., Leica Microsystems S.p.a., Euroclone S.p.a., non
costituite in giudizio

per l'annullamento

- del provvedimento del Presidente della Commissione di gara di

esclusione della ricorrente dalla procedura di gara, contenuto nel verbale di gara del 22.6.2010, trasmesso via fax in data 29 giugno 2010 alla ricorrente con comunicazione prot. n. 0004174/3 datata 25 giugno 2010;

- in parte qua, del "bando di gara per asta pubblica per la fornitura e manutenzione di un sistema per la microdissezione laser, codice CIG: 047821075E", adottato con determinazione del dirigente del Servizio amministrativo della Fondazione Edmund Mach n. 21/3 del 7.5.2010, nella parte in cui al paragrafo 8 prevede la competenza del Presidente della commissione e non della Commissione di gara stessa all'apertura delle buste, alla verifica dei requisiti tecnici e professionali ed all'esclusione dei concorrenti;

- nonché di tutti gli atti presupposti connessi e consequenziali, tra cui, in particolare, la segnalazione all'Autorità di vigilanza nonché le note prot. n. 0004731/3 del 21 luglio 2010 di diniego di autotutela e prot. n. 0004481/3 del 7.7.2010 con cui si è proceduto a chiedere all'istituto di credito l'escussione della cauzione provvisoria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Fondazione Edmund Mach;

Viste le memorie difensive;

Vista la propria ordinanza 10.9.2010, n. 126 con cui l'istanza cautelare presentata dalla ricorrente è stata accolta;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2011 il dott. Lorenzo Stevanato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente espone di aver partecipato ad una procedura concorsuale, mediante asta pubblica col sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indetta dalla Fondazione Edmund Mach per la fornitura e la manutenzione di un "sistema di micro dissezione laser".

Il requisito minimo di carattere tecnico-professionale prescritto dal par. 4.2 del bando di gara era di "aver realizzato forniture identiche o analoghe ... a quelle oggetto del presente appalto, negli ultimi tre anni ... per un fatturato minimo complessivo pari almeno all'importo posto a base d'appalto" (cioè euro 180.000).

La ricorrente è stata esclusa dalla gara, dopo richiesta di chiarimenti, dal presidente della commissione giudicatrice in quanto non sarebbe stato comprovato tale requisito.

A sostegno del ricorso è stata dedotta l'illegittimità di tale provvedimento in quanto:

1) è stato violato il principio di collegialità poiché l'esclusione è stata deliberata dal solo presidente della commissione giudicatrice, anziché dall'intero collegio;

- 2) la ricorrente ha prodotto le fatture dimostranti l'esecuzione di forniture analoghe, destinate in particolare alle Università di Zurigo e di Teramo;
- 3) è stato concesso soltanto un giorno e mezzo per fornire chiarimenti alla stazione appaltante;
- 4) l'incameramento della cauzione viola in ogni caso il principio di proporzionalità.

L'Amministrazione intimata, costituita in giudizio, ha puntualmente controdedotto concludendo per la reiezione del ricorso.

Con ordinanza 10.9.2010, n. 126 il Tribunale ha accolto l'istanza cautelare presentata dalla ricorrente.

Nell'ultima memoria presentata, l'Amministrazione ha fatto presente che all'esito della gara, cui la ricorrente è stata ammessa con riserva, la fornitura è stata aggiudicata alla Leica Microsystems S.p.a. e che la ricorrente si è classificata al terzo posto in graduatoria.

Ciò premesso, e venendo alle considerazioni del Collegio, va anzitutto premesso che, nonostante l'esito non favorevole della gara, la ricorrente conserva ancora interesse all'accoglimento del ricorso, se non altro perché dall'impugnato provvedimento di esclusione derivano la sanzione accessoria dell'incameramento della cauzione nonché la segnalazione all'Autorità di vigilanza, in disparte restando poi l'interesse all'ammissione alla gara per i suoi effetti curricolari.

Ciò premesso, nel merito il ricorso è fondato.

E' anzitutto fondata la censura di violazione del principio di

collegialità (per violazione dell'art. 84 del d.lgs. 163/2006) in quanto l'esclusione è stata deliberata dal solo presidente, anziché dalla commissione giudicatrice nella sua integrità, ed è illegittimo l'impugnato paragrafo 8 del bando che ciò consentiva. Invero, l'istituto della collegialità è direttamente funzionale all'obiettivo di formare una consapevole e convinta volontà comune, anche per il tramite della discussione e dei convincimenti altrui, con i conseguenti apporti conoscitivi e valutativi; nella specie, tale esigenza di collegialità era sicuramente presente, trattandosi di chiarire, con effetti valutativi e non meramente ricognitivi o accertativi, se le pregresse forniture effettuate dalla ricorrente fossero o meno conformi a quanto richiesto dal bando per integrare il requisito di capacità tecnico-professionale.

E' poi fondato anche il secondo motivo di ricorso, con cui è stato dedotto che la ricorrente ha prodotto le fatture dimostranti l'esecuzione di forniture analoghe, destinate in particolare alle Università di Zurigo e di Teramo.

Invero, il provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara è stato adottato all'esito di un'istruttoria incompleta e fallace, in quanto la ricorrente aveva regolarmente prodotto la dichiarazione prescritta dal par. 4.2 del bando di gara (di aver realizzato forniture identiche o analoghe a quelle oggetto dell'appalto negli ultimi tre anni, per un fatturato minimo pari almeno all'importo a base d'appalto) ed in sede di chiarimenti richiesti dalla stazione appaltante aveva prodotto le

fatture che dimostravano tale circostanza.

A tal riguardo, non è rilevante il fatto che le due controverse forniture siano state eseguite attraverso agenti o intermediari, perché ciò che rilevava era la concreta ed effettiva destinazione, con conseguente installazione ed utilizzazione, delle medesime (l'Università di Zurigo e quella di Teramo), che non è stata compiutamente verificata dalla stazione appaltante, come sarebbe stato possibile e come è stato dimostrato in giudizio.

Anche circa l'oggetto della fornitura (microdissettore laser), la stazione appaltante – in caso di dubbio sull'identità o sull'analogia dell'apparato - avrebbe dovuto richiedere maggiori precisazioni anziché procedere *tout court* all'esclusione.

In conclusione, per le assorbenti ragioni che precedono il ricorso è fondato e va accolto.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica)

definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati, indicati in epigrafe.

Condanna l'Amministrazione resistente a pagare alla ricorrente le spese e gli onorari del giudizio, che liquida in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00), oltre alla rifusione del contributo unificato (ai sensi dell'art. 13, comma 6-bis, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115),

all'I.V.A. e C.N.P.A. ed al 12,5% sull'importo degli onorari e dei diritti, a titolo di spese generali.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere, Estensore

Fiorenzo Tomaselli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/03/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)