



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 il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1634 del 2014, proposto da:

Sato s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Fabrizio Tigano e Letterio
Donato, con domicilio eletto presso la segreteria del T.A.R. Veneto in
Venezia, Cannaregio 2277/2278;

contro

Azienda Ospedaliera di Padova, in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Grazia Calì e
Luciana Puppini, con domicilio presso la segreteria del T.A.R. Veneto
ai sensi dell'art. 25, comma 1, del cod. proc. amm.;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

della nota prot. n. 51652 con cui l'Azienda resistente ha irrogato a
carico della ricorrente la sanzione di cui al dell'art. 38, comma 2 *bis*,

del d.lgs. n. 163/2006 per carenza documentale nella presentazione dell'offerta; della nota prot. n. 54601 con cui l'Azienda resistente ha richiesto l'escussione della garanzia per l'intero importo assicurato con polizza fideiussoria n. 1030401477; di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera di Padova;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2015 il dott. Enrico Mattei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con atto di ricorso n.r.g. 1634/14, spedito per la notifica a mezzo posta in data 27 novembre 2014 e depositato il successivo 9 dicembre, Sato s.r.l. ha adito l'intestato Tribunale per chiedere l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, degli atti, meglio in epigrafe riportati, con i quali è stata irrogata a carico della ricorrente predetta la sanzione di cui all'art. 38, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 163/2006, in conseguenza dell'asserita mancata produzione in sede di offerta di un valido contratto di avvalimento, nell'ambito della

procedura di gara indetta dall'Azienda Ospedaliera di Padova con bando pubblicato in data 19 settembre 2014 per la fornitura, mediante accordo quadro, di stazioni per anestesia.

Avverso gli impugnati provvedimenti, la società ricorrente ha proposto i seguenti motivi:

I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 88, comma 1, del d.P.R. n. 207/2010, in combinato disposto con l'art. 38, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 163/2006, posto che la sanzione irrogata dalla stazione appaltante si fonderebbe sull'errato presupposto secondo cui il contratto di avvalimento presentato dalla ricorrente non possa definirsi come tale.

II. Difetto assoluto di attribuzione, nonché violazione dei principi di buon andamento, correttezza e buona fede di cui all'art. 97 della costituzione, posto che l'art. 38, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 163/2006, attribuisce alla stazione appaltante il potere di rilevare la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2, ma non consentirebbe, altresì, di interpretare i documenti depositati dalle ditte partecipanti nel senso della loro inesistenza anziché carenza documentale.

III. Violazione degli artt. 2, 7 e ss. della legge n. 241/90 e degli artt. 12, 14 e ss., della legge n. 689/81, posto che la stazione appaltante avrebbe irrogato la contestata sanzione pari all'1% dell'importo messo a base di gara, in violazione delle garanzie procedurali proprie di ogni procedimento amministrativo e delle specifiche garanzie previste, in via generale, dalla normativa che disciplina le sanzioni

amministrative.

IV. Violazione degli artt. 3, 24, 97 e 113 della Costituzione, nonché dell'art. 6 C.E.D.U. quale norma interposta ai sensi dell'art. 117 comma 1 della Costituzione, atteso che la disposizione normativa di cui all'art. 38., comma 2 *bis*, del d.lgs n. 163/2006, sarebbe costituzionalmente illegittima nella parte in cui dispone l'automatica applicazione della sanzione pecuniaria ivi prevista, senza previamente prevedere alcun dialogo procedimentale con la ditta sanzionata.

L'azienda Ospedaliera di Padova si è costituita in giudizio per resistere al ricorso, contestando le censure *ex adverso* svolte e concludendo per la reiezione delle domande di parte ricorrente.

Nello specifico, l'amministrazione resistente sostiene che il documento contrattuale presentato dalla società ricorrente non potrebbe valere quale contratto di avvalimento, perché non recante la dichiarazione di cui all'art. 49 del d.lgs. n. 163/06, a mezzo della quale l'impresa ausiliaria si obbliga verso l'impresa avvalente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente l'impresa concorrente.

All'udienza camerale del giorno 21 gennaio 2015 la causa è stata trattenuta per la decisione, avendo il Collegio ravvisato i presupposti di legge per previo avvertimento alle parti circa la possibilità di una sua definizione con sentenza in forma semplificata.

DIRITTO

Con la presente impugnativa si pone all'esame del Collegio la

legittimità degli atti con i quali è stata irrogata a carico della società ricorrente la sanzione di cui all'art. 38, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 163/2006, in conseguenza dell'asserita mancata produzione in sede di offerta di un valido contratto di avvalimento, nell'ambito della procedura di gara indetta dall'Azienda Ospedaliera di Padova con bando pubblicato in data 19 settembre 2014 per la fornitura, mediante accordo quadro, di stazioni per anestesia.

Con il primo mezzo di gravame, si lamenta l'illegittimità di detta sanzione perché disposta sull'errato presupposto secondo cui il documento contrattuale presentato dalla società ricorrente in sede di offerta non possa considerarsi un avvalimento perché carente la dichiarazione di cui all'art. 49 del d.lgs. n. 163/06, a mezzo della quale l'impresa ausiliaria si obbliga verso l'impresa avvalente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente l'impresa concorrente.

Il motivo è fondato e va, pertanto, accolto.

Ed invero, detto obbligo è facilmente rinvenibile dalle dichiarazioni negoziali inserite nel contestato contratto di avvalimento, a mezzo delle quali *“l'impresa ausiliaria si impegna a fornire, a richiesta dell'impresa avvalente (...) dichiarazione attestante il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del d.l.g.s n. 163/2006”*, nonché *“dichiarazione verso la Stazione appaltante di mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto le risorse di cui è carente la concorrente”* come specificatamente individuate nelle premesse del medesimo, nella parte in cui si rileva che *“l'impresa*

avvalente, sebbene tecnicamente ed economicamente organizzata, è carente del requisito di qualificazione: III.2.3) Capacità tecnica: Informazioni e formalità necessarie per valutare la conformità ai requisiti: Allegato B punto 17 del disciplinare di gara Livelli minimi di capacità eventualmente richiesti: (...)”.

Applicando alle suesposte dichiarazioni contrattuali i consueti canoni oggettivi d'interpretazione funzionale e di conservazione del contratto - i quali prevedono, rispettivamente, che nel dubbio, le singole clausole devono essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto (art. 1369 c.c.) ed interpretate nel senso in cui possono avere qualche effetto utile anziché in quello in cui non ne avrebbero alcuno (art. 1367 c.c.) - il Collegio ritiene, in fatti, che l'impegno assunto dall'impresa ausiliaria a fornire le dichiarazioni circa i requisiti di cui è carente la società avvalente, debba essere inteso conformemente a quanto disposto dall'art. 49 del d.lgs. n. 163/06, quale specifico obbligo verso l'impresa avvalente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui è carente l'impresa concorrente.

Si deve pertanto dedurre che il contratto presentato dalla società ricorrente riporti in modo esplicito ed esauriente tutti gli elementi previsti dall'art. 88, comma 1, del d.P.R. n. 207/2010, ai fini della sua configurabilità quale valido contratto di avvalimento, essendo stati specificatamente riportati la durata dello stesso, le risorse da mettere a disposizione dell'impresa avvalente, nonché le relative obbligazioni contrattuali.

Per le considerazioni che precedono, il ricorso è fondato e va accolto con assorbimento delle altre doglianze proposte.

L'accoglimento del ricorso rende peraltro priva di rilevanza l'eccezione d'illegittimità costituzionale sollevata dalla società ricorrente con riferimento all'art. 38., comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 163/2006.

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

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna l'Azienda Ospedaliera alle spese del giudizio che si liquidano in euro 1000,00 (mille/00) oltre i.v.a. e c.p.a. e al rimborso del contributo unificato come da previsione di legge.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Silvia Coppari, Referendario

Enrico Mattei, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/02/2015

IL SEGRETARIO

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