



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 Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

A.T.I. Spid S.p.a., in proprio ed in qualità di mandataria in ATI con la società Gruppo servizi informatici s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Daniele Turco, Simone Uliana, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Vincenzo Santangelo in Potenza, v.le Marconi, 180;

contro

Azienda Ospedaliera Regionale San Carlo di Potenza, rappresentato e difeso dall'avv. Fernanda Cariati, con domicilio eletto presso l'Ufficio Legale Azienda Ospedaliera S. Carlo;

nei confronti di

A.T.I. Carefusion Italy 311, nella sua qualità di capogruppo del raggruppamento Carefusion Italy 311 Srl- Grifols Italia Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli

avv. Andrea Stefanelli, Leonilde Nobile, con domicilio eletto presso Leonilde Nobile in Potenza, alla via N. Sauro, 102;

A) Per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia:

- della deliberazione n. 338 del 17/5/2010, recante l'approvazione dei verbali di gara e l'aggiudicazione definitiva del lotto B dell'appalto per la fornitura di armadi automatizzati per la farmacia centrale e le UU.OO. assistenziali in favore dell'Ati Carefusion Italy 311 s.r.l./Grifol Italia s.p.a. comunicata alla ricorrente in data 20 maggio 2010 e di tutti gli atti di gara;
- della deliberazione del direttore generale dell'Azienda ospedaliera San Carlo 29 giugno 2009, n. 511, di indizione della gara mediante procedura aperta per la fornitura di armadi automatizzati, lotto B;
- del bando, del disciplinare di gara e del capitolato d'oneri, nei limiti indicati in ricorso;
- delle note di chiarimenti fornite dall'Azienda ospedaliera regionale;
- della deliberazione dirigenziale di nomina della composizione della Commissione giudicatrice;
- della deliberazione dirigenziale di modifica della composizione della Commissione giudicatrice;
- della deliberazione di nomina della Commissione di collaudo e dei verbali adottati dalla stessa commissione;

B) Per il risarcimento del danno:

- in forma specifica, teso all'aggiudicazione dell'appalto;

- ed in via gradata, in caso di mancato accoglimento dell'istanza cautelare, per il risarcimento del danno per equivalente derivante dalla mancata aggiudicazione;
 - per il pregiudizio subito in termini di perdita di chance;
- C) per l'accesso incidentale ex art. 21, comma 5 , l. 241 del 1990, teso al rilascio di copia della relazione tecnica prodotta in gara dall' A.T.I. Soc. Carefusion Italy 311 Srl;

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Regionale San Carlo di Potenza e di A.T.I. Soc. Carefusion Italy 311 Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2010 il giudice dott.ssa Paola Anna Gemma Di Cesare e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.-In conformità a quanto disposto dall'art.120, comma 10, del codice del processo amministrativo che, in materia di giudizi concernenti le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, prescrive che la sentenza sia redatta ordinariamente nelle forme di

cui all'art. 74 dello stesso codice, il ricorso può essere deciso con sentenza in forma semplificata, la cui motivazione "può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme".

2.- Il Collegio innanzitutto dispone la restituzione degli scritti defensionali conclusionali depositati dalle parti e precisamente della memoria depositata in data 11 ottobre 2010 dall'Azienda ospedaliera resistente e delle memorie depositate in data 15 ottobre 2010 dalla ricorrente e dalla controinteressata. In virtù del principio tempus regit actum con l'entrata in vigore del processo amministrativo in data 16 settembre 2010, le memorie per l'udienza di discussione avrebbero dovuto essere depositate nel rispetto dei nuovi termini fissati dall'art.73, comma 1, del codice del processo amministrativo, dimidiati ex art. 119, comma 2, del codice del processo amministrativo e quindi fino a quindici giorni liberi prima dell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2010. Né, nella specie, vige l'ultrattività della disciplina previgente, poiché a norma dell'art. 2 delle disposizioni transitorie del codice del processo amministrativo le norme previgenti possono trovare applicazione solo per i termini già in corso alla data di entrata in vigore del codice.

3.-Nel merito, è da ritenere fondato il secondo motivo di gravame.

3.1.-La parte ricorrente afferma che la dichiarazione resa dall'impresa ausiliaria Carefusion Iberia 308 SL in ordine al possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del d. lgs. del d.lgs. 12 aprile 2006,

n. 163, e dei requisiti minimi di capacità tecnica previsti dal punto III 2.3. del bando di gara (l'aver effettuato nell'ultimo triennio o nel periodo di attività qualora inferiore a tre anni, prestazioni di caratteristiche analoghe a quelle dei lotti per i quali la ditta concorre, di valore non inferiore a 0,5 volte quello a base di gara) e di cui la controinteressata intendeva avvalersi a norma dell'art. 49 del n. 163 del 2006, sarebbe stata resa in difformità dalle prescrizioni della *lex specialis* di gara e dalla normativa statale in materia di autocertificazione. In particolare, la dichiarazione della Carefusion Iberia 308 SL non sarebbe stata idonea a dispiegare gli effetti certificativi e quindi a consentire l'avvalimento dei requisiti mancanti in capo alla concorrente, in quanto era carente della allegazione della copia del documento di identità del dichiarante né era stata resa dall'interessato innanzi ad un'autorità giudiziaria od amministrativa competente, ad un notaio o ad un organismo professionale qualificato a riceverla nel Paese di origine o di provenienza. Da qui la parte ricorrente deduce che l'ente appaltante, in applicazione della *lex specialis* di gara e della normativa statale avrebbe dovuto provvedere all'esclusione dell'ATI controinteressata per nullità della dichiarazione di avvalimento resa dall'impresa ausiliaria, tanto più in relazione alla circostanza che la nullità della dichiarazione resa dall'ausiliaria determinava il venir meno della garanzia di quest'ultima a mettere a disposizione della Carefusion Italy 311 s.r.l. e dell'amministrazione appaltatrice le risorse necessarie carenti in capo

alla concorrente per tutta la durata dell'appalto, con la conseguenza che la Carefusion Italy 311 s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa, in quanto sprovvista dei requisiti minimi di capacità tecnica richiesti a pena di esclusione al punto III 2.3. del Bando di Gara.

3.2.-Al riguardo, osserva il Collegio che l'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006, consente ad un concorrente, singolo o consorziato o raggruppato, in relazione ad una specifica gara, di poter soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, di avvalersi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto. Al fine di dimostrare la possibilità di avvalersi dei requisiti di un'altra impresa, il comma 2, del medesimo art. 49, tra gli altri documenti, richiede le seguenti dichiarazioni sottoscritte da parte dell'impresa ausiliaria che rispettivamente recino: 1) il possesso da parte dell'impresa ausiliaria dei requisiti generali di cui all'articolo 38; 2) l'obbligazione da parte dell'impresa ausiliaria verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente; 3) l'attestazione dell'impresa ausiliaria di non partecipare alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'articolo 34.

Quanto alle modalità attraverso le quali l'impresa ausiliaria avrebbe dovuto rendere tali dichiarazioni, al fine di valutare la legittimità dell'operato della stazione appaltante che, a dire della ricorrente, avrebbe dovuto escludere l'odierna controinteressata dalla procedura

di gara, in quanto alle dichiarazioni rese dall'impresa ausiliaria non era allegato il documento di riconoscimento del dichiarante, occorre richiamare innanzitutto le disposizioni contenute nella lex specialis di gara, che l'ente appaltante era tenuto ad applicare, poiché tali disposizioni vincolano non solo i concorrenti, ma anche la stessa amministrazione che non conserva alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione e che quindi non può disapplicare, neppure nel caso in cui alcune di tali regole risultino incongruamente formulate, fermo restando la possibilità di procedere all'annullamento del bando nell'esercizio del potere di autotutela (tra le tante: Consiglio Stato , sez. V, 30 settembre 2010 , n. 7217; Consiglio Stato , sez. V, 22 marzo 2010 , n. 1652).

Orbene, nella parte terza, al punto 1, rubricato “disposizioni sulla documentazione, sulle dichiarazioni e sulle comunicazioni”, il disciplinare di gara dettava la disciplina generale sulle dichiarazioni da rendere, prevedendo che: “a) tutte le dichiarazioni richieste: a1) sono rilasciate ai sensi dell'art. 47 del d.p.r. n. 445 del 2000, in carta semplice, con la sottoscrizione del dichiarante... ; a2) devono essere corredate dalla copia fotostatica di un documento di riconoscimento del dichiarante in corso di validità; a3) devono essere corredate dal numero di telefax... a4) devono essere sottoscritte dai concorrenti, in qualsiasi forma di partecipazione, singoli, raggruppati, consorziati, ancorché appartenenti alle eventuali imprese ausiliarie, ognuno per quanto di propria competenza; b) ai sensi dell'art. 47, comma 2, del

d.p.r. n. 445 del 2000, le dichiarazioni rese nell'interesse proprio del dichiarante possono riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza;...d) alla documentazione dei concorrenti non residenti in Italia si applicano gli articoli 38, comma 5, 45, comma 6 e 47 del decreto legislativo n. 163 del 2006”.

La disposizione citata, dunque, per “tutte le dichiarazioni richieste” e quindi anche per le dichiarazioni da rendersi a cura dell'impresa ausiliaria per l'operatività dell'avvalimento ai sensi dell'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006, richiedeva che fossero corredate dalla copia fotostatica di un documento di riconoscimento. Ed invero tale disciplina della *lex specialis* si conformava pienamente al dettato normativo di cui all'art. 47 T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa (D.P.R. n. 445/2000), in tema di dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà, il quale prevede, ai commi 1 e 3, che l'atto di notorietà concernente stati, qualità personali o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato sia sostituito da dichiarazione resa e sottoscritta dal medesimo con l'osservanza delle modalità di cui all'art. 38 del medesimo testo unico e che, fatte salve le eccezioni espressamente previste per legge, nei rapporti con la P.A. tutti gli stati, le qualità personali e i fatti non espressamente indicati nell'art. 46 sono comprovati dall'interessato mediante la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà. L'art. 38, comma 3, del d.p.r. n. 445

del 2000 prevede, poi, che le istanze e le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà da produrre agli organi della P.A. siano sottoscritte dall'interessato in presenza del dipendente addetto ovvero sottoscritte e "presentate unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore".

Con specifico riferimento alla allegazione del documento di identità alle dichiarazioni sostitutive di certificazioni da rendersi in sede di gara, questo Tribunale amministrativo ha già avuto modo di affermare che tale allegazione, lungi dal rappresentare un vuoto formalismo, costituisce un fondamentale onere del sottoscrittore, configurandosi come l'elemento della fattispecie normativa teleologicamente diretto a comprovare non tanto (e non solo) le generalità del dichiarante, ma ancor prima l'imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione ad una determinata persona fisica (TAR Basilicata 4 febbraio 2010, n.35, e giurisprudenza ivi richiamata: C.d.S. Sez. V Sent. n. 7140 del 4.11.2004; C.d.S. Sez. V Sent. n. 5677 dell'1.10.2003; TAR Veneto Sez. II Sent. n. 2220 del 31.7.2006; TAR Catania Sez. II Sent. n. 1249 del 27.7.2006; TAR Salerno Sez. I Sent. n. 883 del 29.6.2006; TAR Lazio Sez. III Sent. n. 3797 del 27.5.2006; TAR Liguria Sez. I Sent. n. 479 del 22.5.2006; TAR Catania Sez. IV Sent. n. 1792 del 20.10.2005; TAR Catania Sez. II Sent. n. 1439 del 22.9.2005; TAR Bari Sez. I Sent. n. 29 del 9.1.2004; TAR Piemonte Sez. I Sent. n. 1585 del 5.10.2002).

In altri termini, soltanto se formata a norma degli artt. 38 e 47, D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, la dichiarazione sostitutiva é un documento con lo stesso valore giuridico di un atto di notorietà. La mancata allegazione, alla dichiarazione sostitutiva, della copia del documento di identità del sottoscrittore rende l'atto non in grado di spiegare gli effetti certificativi previsti dalla corrispondente fattispecie normativa, in quanto nullo per difetto di una forma essenziale stabilita dalla legge, non sanabile per effetto di successiva produzione (Cons. Stato, Sez. V, 04 maggio 2006, n. 2478).

Applicando le coordinate normative e giurisprudenziali sopra delineate alla fattispecie, non può non desumersi la nullità della dichiarazione dell'impresa ausiliaria Cerefusion Iberia 308, resa senza l'allegazione di un documento di riconoscimento del dichiarante. Né tale carenza sostanziale avrebbe potuto essere sanata in un momento successivo, in quanto ciò avrebbe determinato non solo la violazione della *lex specialis* di gara (*id est* della parte III, punto 1 del disciplinare) ma anche una inammissibile violazione del fondamentale principio della par condicio tra i concorrenti.

Resta a questo punto da domandarsi se la Cerefusion Iberia 308 dovesse ritenersi esentata dalla presentazione delle dichiarazioni a norma del combinato disposto degli articoli 47 e 38 del d.p.r. n. 445 del 2000 e del punto 1. a.2) della parte terza del disciplinare di gara e quindi dal dover allegare il documento di riconoscimento del dichiarante per il solo fatto di essere una società di diritto spagnolo.

La risposta è fornita dall'art. 3 dello stesso d.p.r. n. 445 del 2000, il quale chiarisce che: “le disposizioni del presente testo unico si applicano ai cittadini italiani e dell'Unione europea, alle persone giuridiche, alle società di persone, alle pubbliche amministrazioni e agli enti, alle associazioni e ai comitati aventi sede legale in Italia o in uno dei Paesi dell'Unione europea”.

Ne consegue che anche la Carefusion Iberia 308, società avente sede in Spagna e quindi in un Paese dell'Unione europea, era tenuta a rendere le dichiarazioni sostitutive di certificazione, così come previsto dagli articoli 47 e 38 del d.p.r. n. 445 del 2000 ovvero allegando ad esse un documento di riconoscimento del dichiarante in corso di validità.

Nella specie, il country manager della Carefusion Iberia 308, se per un verso nella dichiarazione relativa all'attestazione del possesso in proprio dei requisiti di cui era carente la Carefusion Italy 311 s.r.l. dichiarava testualmente di attestarne il possesso “con le modalità richieste ai concorrenti” (e quindi secondo quanto previsto nel punto 1 della parte terza del disciplinare di gara), di fatto, però, non rispettava le modalità previste nella lex specialis di gara, poiché le dichiarazioni richieste dall'art. 49, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, in tema di avvalimento, non erano rese né a norma dal combinato disposto degli articoli 47 e 38 del d.p.r. n. 445 del 2000 e del punto 1. a.2) del disciplinare di gara, non essendo ad esse allegato il documento di riconoscimento del dichiarante; né erano rese a

norma del punto 1. d) della parte terza del disciplinare di gara, il quale, richiamando l'applicazione delle disposizioni dell'art. 38, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006, consentiva ai concorrenti stranieri la presentazione dei documenti tramite una dichiarazione giurata, ovvero, negli Stati membri in cui non esiste siffatta dichiarazione, tramite una dichiarazione resa dall'interessato innanzi a un'autorità giudiziaria o amministrativa competente, a un notaio o a un organismo professionale qualificato a riceverla del Paese di origine o di provenienza.

In conclusione, la circostanza che il rappresentante della società ausiliaria avesse reso le dichiarazioni richieste dall'art. 49 del d.lgs n. 163 del 2006, senza l'allegazione del documento di identità, rendeva tali dichiarazioni nulle, con la conseguenza che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere dalla gara l'A.T.I. Carefusion 311 s.r.l. per un duplice ordine di ragioni. Innanzitutto perché il punto b4, del capo 5, del disciplinare di gara prevedeva, tra le cause di esclusione (applicabili anche all'impresa ausiliaria a norma del punto b12, capo 5, del disciplinare) l'aver allegato "...una o più delle dichiarazioni richieste...non idonee all'accertamento dell'esistenza di fatti, circostanze o requisiti per i quali sono prodotte".

In secondo luogo la dichiarazione di avvalimento invalida ed inidonea a comprovare il prestito dei requisiti carenti in capo all'impresa concorrente rendeva automaticamente quest'ultima carente dei requisiti economici necessari per poter partecipare alla

gara.

4.- Né, infine, può ritenersi, come affermato dalla controinteressata, che le modalità per l'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento, così come disciplinato dal legislatore italiano all'art. 49 del d.lgs n. 163 del 2006, siano in contrasto con il diritto comunitario, atteso che l'art. 47 della direttiva 2004/18/CE non imporrebbe alcun vincolo di "forma" per l'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento, ma solo ed esclusivamente la dimostrazione dei "mezzi necessari" per l'esecuzione dell'appalto.

Rileva, infatti, il Collegio che ai sensi dell'art. 249, comma 3, del Trattato CE, "la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi".

In proposito la giurisprudenza comunitaria ha più volte affermato (cfr. da ultimo: Tribunale I grado C.e.e., sez. II, 23 settembre 2009 , n. 183) che qualora una direttiva comunitaria, come nella specie, non prescriva la forma e i mezzi per raggiungere uno specifico risultato, la libertà di azione dello Stato membro quanto alla scelta delle forme e dei mezzi idonei al raggiungimento del detto risultato resta in via di principio assoluta. Gli Stati membri sono tenuti, però, nell'ambito della libertà che viene loro lasciata dall'art. 249, terzo comma, CE, a scegliere le forme e i mezzi più idonei a garantire l'effetto utile della direttiva stessa. Devono ritenersi pertanto indifferenti per il diritto comunitario le forme e gli strumenti adottati dal legislatore italiano per l'applicabilità dell'istituto dell'avvalimento nelle gare d'appalto.

5.- L'accoglimento del secondo motivo di ricorso, stante il combinato disposto di cui agli art.120, comma 10, e 74 del codice del processo amministrativo, che prescrivono che la redazione della motivazione delle sentenze in materia di appalti sia redatta ordinariamente nella forma semplificata attraverso "un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo" consente l'assorbimento sia degli ulteriori motivi di ricorso proposti con il ricorso introduttivo sia dei motivi aggiunti.

6.- Non occorre pronunciarsi in ordine alla domanda di risarcimento dei danni per equivalente, essendo stata proposta in via subordinata al mancato accoglimento della domanda cautelare. Allo stesso modo e quindi sempre in termini di proposizione in via subordinata va interpretata la domanda di risarcimento del danno derivante dalla perdita di *chance*; né potrebbe essere altrimenti, considerato che dall'accoglimento del ricorso deriva la rinnovazione dell'attività amministrativa che comporterà l'esclusione dell'aggiudicataria dalla procedura di gara, sicché l'odierna ricorrente, classificatasi al secondo posto, non vede irrimediabilmente perso il bene della vita cui aspira ovvero la possibilità di aggiudicarsi definitivamente l'appalto per la fornitura di armadi automatizzati per la farmacia centrale e le unità assistenziali dell'Azienda ospedaliera San Carlo.

7.- In conclusione, deve essere accolta la domanda di annullamento degli atti di gara impugnati, nella parte in cui hanno illegittimamente ammesso alla procedura di gara la controinteressata che, invece,

avrebbe dovuto essere esclusa.

8.- Le spese di giudizio, liquidate in dispositivo secondo l'ordinario criterio della soccombenza, vanno poste esclusivamente a carico dell'azienda ospedaliera resistente, tenuto anche conto dell'illegittimo diniego espresso dalla stessa all'estrazione di copia della relazione tecnica depositata in gara dalla controinteressata, che ha costretto l'odierna ricorrente a proporre domanda incidentale per l'accesso ex art. 25, comma 5, della legge 7 agosto 1990, n. 241, accolta da questo Tribunale con ordinanza 8 luglio 2010, n.37, con la quale è stato ordinato all'azienda ospedaliera di rilasciare copia della relazione tecnica.

8.1.- Sussistono, invece, eccezionali ragioni per compensare le spese di lite tra la ricorrente e la controinteressata, poiché l'attivazione del ricorso giurisdizionale è stata determinata esclusivamente dall'attività posta in essere dall'azienda ospedaliera ed inoltre la costituzione della controinteressata non ha imposto alla ricorrente alcun particolare ed ulteriore onere defensionale.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati nella parte in cui hanno illegittimamente ammesso alla procedura di gara la A.T.I. Società Carefusion Italy 311 S.r.l./ Grifols Italia S.p.a..

Condanna l'azienda ospedaliera resistente alla refusione delle spese di

lite in favore della ricorrente, che liquida nella somma complessiva di € 2000,00 (duemila/00) oltre oneri e accessori di legge.

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

Così deciso in Potenza nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Camozzi, Presidente

Antonio Ferone, Consigliere

Paola Anna Gemma Di Cesare, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/11/2010

IL SEGRETARIO

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