



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

sul ricorso numero di registro generale 602 del 2010, proposto da:
Simad S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Vittorio Paolucci, Linda Balsemin e Monica Passalacqua con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima, in Firenze, via XX Settembre, n. 60;

contro

Estav Sud Est, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Iaria, con domicilio eletto presso Domenico Iaria in Firenze, via dei Rondinelli 2; Estav Sud Est - Dipartimento Appalti Forniture e Servizi U.O.C. Acquisizione Attrezzature e Beni Inventariabili, Direttore Commissione di Gara - Estav Sud Est, Estav Sud Est - Ufficio Attrezzature Sanitarie, Estav Sud Est Ufficio Attrezzature Sanitarie - Dott.Ssa Marina Anemone; Ministero della Salute in Persona del Ministro Pro Tempore, Consiglio di Stato in Persona del Presidente

Pro Tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distr.le Firenze,
domiciliata per legge in Firenze, via degli Arazzieri, n. 4;

nei confronti di

Regione Toscana in Persona del Presidente P.T.,

Azienda Ospedaliera Universitaria Senese, Italray Srl;

per l'annullamento

- dell'atto prot.n.29119 del 2.12.2009 dell'ESTAV Sud-Est, Dipartimento Appalti, Forniture e Beni Inventariabili, a firma del suo Direttore, nonché Presidente della Commissione di Gara dott.Riccardo Randisi, di esclusione della SIMAD s.r.l. dalla gara di appalto per la fornitura di n.2 angiografi digitali portatili per l'Azienda Ospedaliera Universitaria Senese;

- dell'atto prot.n.30070 dell'11.12.2009 dell'ESTAV Sud-Est, Dipartimento Appalti, Forniture e Beni Inventariabili, a firma del suo Direttore, nonché Presidente della Commissione di Gara dott. Riccardo Randisi, di conferma dell'esclusione della SIMAD s.r.l. dalla gara di appalto per la fornitura di n.2 angiografi digitali portatili per l'Azienda Ospedaliera Universitaria Senese, per la non sanabilità della mancata presentazione della certificazione ISO a giustificazione della riduzione dell'importo previsto per il deposito cauzionale ai sensi dell'art.75 del D.Lgs. n.163/2006;

- dell'atto prot.n.517/2010 del 13.1.2010 (successivamente pervenuto) dell'ESTAV Sud-Est, Dipartimento Appalti, Forniture e Beni Inventariabili, a firma del suo Direttore, nonché Presidente

della Commissione dott. Riccardo Randisi, di conferma dell'esclusione della SIMAD s.r.l. dalla gara di appalto per la fornitura di n.2 angiografi digitali portatili per l'Azienda Ospedaliera Universitaria Senese, per le ulteriori motivazioni ivi meglio specificate;

- di ogni ulteriore atto presupposto, consequenziale o comunque connesso

E PER LA CONDANNA della stazione appaltante alla riammissione della ricorrente alla procedura di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Estav Sud Est e di Ministero della Salute in Persona del Ministro Pro Tempore e di Consiglio di Stato in Persona del Presidente Pro Tempore;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2010 il dott. Fabrizio D'Alessandri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Parte ricorrente, con Ricorso Straordinario al Capo dello Stato, trasposto in sede giurisdizionale dinanzi al presente T.A.R., impugnava l'atto prot.n.29119 del 2.12.2009 dell'ESTAV di

esclusione dalla gara di appalto, con procedura aperta ad offerta economicamente più vantaggiosa (bandito con atto dell'1.10.2009), per la fornitura di n.2 angiografi digitali portatili per l'Azienda Ospedaliera Universitaria Senese ed il successivo atti prot.n.30070 dell'11.12.2009 e prot.n.517/2010 del 13.1.2010 della medesima ESTAV di conferma dell'esclusione dalla gara di appalto, chiedendone l'annullamento, previa sospensione.

Nello specifico parte ricorrente deduceva che, intendendo beneficiare della possibilità fornita dall'art. 75 del D.Lgs. n.163/2006 di ridurre l'entità della cauzione provvisoria dal 2% all'1% per le ditte che possano vantare il possesso di idonea certificazione ISO 9000, aveva inserito nella busta A (Documentazione amministrativa) una cauzione provvisoria di importo pari all'1%, mentre il certificato ISO era stato dalla stessa inserito nella busta B (Documentazione tecnica). Parte ricorrente era stata quindi esclusa dalla gara, successivamente all'apertura della busta A, con la motivazione che aveva "presentato cauzione provvisoria dell'importo ridotto pari all'1% del valore presunto del contratto, omettendo di documentare il possesso della certificazione ISO, secondo quanto previsto dall'art.75 del D.Lgs. n.163/2006 e contravvenendo alle prescrizioni riportate all'art.4 del Disciplinare di gara"

La medesima parte ricorrente, in seguito al provvedimento di esclusione, faceva presente alla stazione appaltante tale situazione, chiedendo l'ammissione con riserva e la prosecuzione della

procedura con l'apertura della busta B ma la medesima stazione appaltante ribadiva il provvedimento di esclusione.

L'impugnativa degli atti di esclusione veniva formulata sulla base dei seguenti motivi:

1) La riduzione della cauzione è collegata al solo possesso del requisito di certificazione di qualità e la sua mancata produzione può essere considerata causa di esclusione solo ove espressamente previsto nella *lex specialis* di gara;

2) Il disciplinare di gara (art. 3 e 4) non prevede come causa di esclusione la mancata produzione del suddetto certificato, né l'esclusione può essere giustificata sulla base della normativa disciplinante la materia delle procedure di gara pubblica.

La stazione appaltante avrebbe in ogni caso dovuto consentire l'ammissione con riserva dell'impresa ricorrente procedendo all'apertura della busta B e verificare se il certificato ISO fosse stato effettivamente presentato.

Inoltre sempre secondo il ricorrente la stazione appaltante non avrebbe potuto, ai sensi dell'art. 18 della legge n.241/90, escludere la ricorrente perché il certificato sarebbe comunque stato già in suo possesso e comunque poteva essere richiesto all'amministrazione certificatrice.

3) La stazione appaltante avrebbe dovuto, invece di escludere la ditta ricorrente, procedere a richiedere chiarimenti ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. n.163 e comunque ai sensi dell'art. 6 della legge n. 241/90.

Si costituiva la stazione appaltante spiegando argomentazioni difensive in ordine a tutti i motivi di doglianza.

L'adito T.A.R., con ordinanza sospensiva n. 320/2010 "rilevato che, alla luce delle censure proposte, il ricorso risulta assistito da sufficiente fumus boni iuris, salva la verifica da parte della stazione appaltante, al momento dell'apertura delle buste B, dell'avvenuta produzione ad opera della ricorrente della necessaria certificazione ISO", accoglieva l'istanza cautelare.

La causa veniva chiamata all'udienza pubblica del 3 novembre 2010 e trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

Il Collegio ribadisce dalla valutazione di sussistenza del fumus boni iuris già espressa in sede cautelare.

In via di fatto rileva come risulti non contestato tra le parti che a seguito della ordinanza sospensiva n. 320/2010 di questo T.A.R. è stata aperta la busta B della ditta ricorrente e si è potuto constatare la presenza del certificato ISO.

In punto di diritto evidenzia come il disciplinare di gara (art. 3 e 4) non fosse inequivoco nel prevedere come causa di esclusione dalla gara anche la mancata presentazione del certificato ISO, lasciando un margine di incertezza interpretativa e come, pertanto, per giudicare sulla correttezza o meno dell'esclusione si debba ricorrere al criterio interpretativo del *favor participationis* che depone per l'illegittimità della

stessa.

In tal senso propende anche una visione sostanzialistica degli adempimenti di gara, volta a non considerare come causa di esclusione l'omissione di adempimenti formali che non abbiano influenza sulla correttezza della gara.

L'inclusione difatti del certificato ISO nella busta B, relativa alla documentazione tecnica, anziché nella busta A, inerente alla documentazione amministrativa, non era idoneo a violare alcun principio di par condicio, di corretto svolgimento dell'iter procedurale, di segretezza o corretta valutazione delle offerte e bene avrebbe fatto la stazione appaltante ad ammettere con riserva la ricorrente alla fase successiva della gara e verificare se effettivamente tale certificato fosse stato inserito nella busta B.

Il ricorso pertanto merita accoglimento e l'atto di esclusione dell'impresa ricorrente ed i successivi atti di conferma della medesima esclusione vanno annullati per le ragioni e nei termini indicati.

In considerazione della peculiarità della vicenda e della complessità questioni trattate, il Collegio ritiene sussistano eccezionali motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio e l'irripetibilità del Contributo Unificato.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

accoglie il ricorso nei termini e per le ragioni di cui in motivazione e,
per l'effetto, annulla gli atti di esclusione gravati.

Spese compensate.

Contributo Unificato irripetibile.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 3
novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Papiano, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Fabrizio D'Alessandri, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/01/2011

IL SEGRETARIO

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