



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 l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 309 del 2010, proposto da:
Teleflex Medical S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avv. Piero Fidanza, con domicilio eletto presso l'avv.
Donato Antonucci in Perugia, via Baglioni, 10;

contro

Aziende Umbre per la Salute (A.U.S.), in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Marcucci, presso il quale è
elettivamente domiciliata in Perugia, via Bartolo n. 10;

per l'annullamento

- del provvedimento di escussione della cauzione provvisoria disposto dalla
Agenzia Umbra Sanità (A.U.S.) nei confronti della ditta Teleflex Medical S.r.l. e
comunicato con nota prot. n. 661 del 09/06/2010/A.U. tramite raccomandata
R.R. pervenuta a Teleflex in data 14 giugno 2010, relativo alla Procedura Aperta
per la fornitura di guanti CND TO1 (esclusi i dispositivi di protezione individuale
DPI-D.lg. 475/92) per le esigenze delle Aziende Ospedaliere di Perugia e Terni e

delle ASL n.1, 2, 3, 4, indetta con determinazione a contrarre del Direttore A.U.S. n. 54 del 1.7.2009, con avviso spedito alla GUCE in data 23.7.2009;

- della nota prot. n. 719 del 2.7.2010 dell'AUS, confermativa del precedente provvedimento di escussione;

nonché di tutti gli atti precedenti, connessi e conseguenti, ivi compresi, in particolare, la nota prot. n. 582 del 14.5.2010, la determina dell'AUS n. 35 del 11.5.2010 (non nota), la nota prot. n. 519 del 6.5.2010;

- altresì, della lex specialis, composta da bando, disciplinare, capitolato e relativi allegati, in parte qua;

con richiesta, altresì, di condanna dell'Ente alla restituzione dell'indebito percepito.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Agenzia Umbra Sanità (A.U.S.);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2011 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente ha impugnato il provvedimento di escussione della cauzione provvisoria disposto dall'A.U.S., di cui alla nota prot. n. 661 del 9 giugno 2010, relativo alla procedura aperta per la fornitura triennale di guanti CND T01 per le esigenze delle Aziende Ospedaliere di Perugia e Terni e delle AA.SS.LL. nn. 1, 2, 3 e 4, nonché la successiva conferma di cui alla nota prot. n. 719 del 2 luglio 2010.

Premette che la procedura di gara ha seguito il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e che l'appalto è stato suddiviso in ventuno lotti.

La presente controversia interessa il solo lotto n. 11, avente ad oggetto la fornitura di “guanti per medicazione sterile in lattice con polvere”; precisa che, in particolare, la *lex specialis* richiedeva alle imprese, ai fini della comprova della capacità tecnica, di dichiarare in sede di offerta «le principali forniture di guanti monouso/pluriuso prestate negli anni 2006-2007-2008 con l’indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, delle forniture stesse».

Esponde di avere dichiarato le forniture effettuate al Comprensorio di Bolzano (per il 2008 Bolzano è stata erroneamente indicata in luogo di Trento), al Policlinico di Bari, all’Azienda Ospedaliera San Giovanni Battista di Torino, all’Azienda Ospedaliera di Padova, all’Azienda Ospedaliera di San Antonio Abate di Gallarate, producendo contestualmente le relative certificazioni.

Per errore materiale, la società ricorrente, relativamente al lotto n. 11, ha dichiarato forniture identiche a quella di gara, indicando però enti ed importi diversi (in quanto riferiti a forniture di dispositivi medici, e non soltanto di guanti) da quelli effettivi, fermo restando il possesso del requisito delle pregresse forniture di guanti.

Nella seduta dell’11 marzo 2010 la Commissione ha redatto la graduatoria, ove la ricorrente è risultata prima graduata, e dunque aggiudicataria provvisoria.

Con nota del 16 marzo 2010 la Stazione appaltante ha chiesto a Teleflex, a norma dell’art. 48 del codice dei contratti pubblici, di trasmettere la documentazione a comprova del possesso dei dichiarati requisiti di capacità tecnica; la ricorrente ha provveduto con nota del successivo 18 marzo, trasmettendo documentazione in parte differente a quella prodotta in sede di gara, e tuttavia pur sempre comprovante il possesso del requisito della pregressa esperienza.

Con comunicazione in data 15 aprile 2010 ha evidenziato la suddetta parziale difformità, sottolineando come peraltro ciò non inficiava la sussistenza del prescritto requisito di capacità tecnica.

Ciononostante, con determinazione dell'A.U.S. n. 35 dell'11 maggio 2010 la ricorrente è stata dichiarata decaduta dall'aggiudicazione provvisoria del lotto n. 11. Quindi, con l'atto in questa sede gravato, l'A.U.S. ha escusso la cauzione provvisoria, per un importo di circa 25.000,00 euro, costituita (cumulativamente per tutti i lotti) da Teleflex presso la Banca Unicredit di Monza; a seguito di tale nota la società ha presentato istanza di riesame, disattesa con la nota prot. n. 719 del 2 luglio 2010, anch'essa impugnata.

Deduce a sostegno del ricorso i seguenti motivi di diritto :

1) Violazione degli artt. 48 e 75 del d.lgs. n. 163 del 2006; dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990; eccesso di potere per sviamento, violazione del principio di proporzionalità, difetto di motivazione.

L'escussione della cauzione provvisoria è illegittima, in quanto non sussiste alcuna falsa dichiarazione, tanto meno dolosa; all'impresa può essere imputata solamente una irregolarità nella predisposizione iniziale dell'offerta, superata dalla successiva dimostrazione che il requisito in oggetto è comunque dalla stessa posseduto. In altre parole, in sede di verifica, la Teleflex ha prodotto documentazione in parte diversa da quella utilizzata in sede di gara, ma pur sempre ampiamente comprovante il possesso del requisito, riferito alla fornitura di guanti.

Di qui l'evidente erroneità del corredo motivazionale dei provvedimenti impugnati, ruotante intorno all'inammissibilità di certificazioni per forniture diverse da quelle dichiarate ed all'insufficienza delle certificazioni inerenti le forniture inizialmente indicate, concernenti dispositivi medici in generale, e non già guanti.

L'errore materiale in cui è incorsa, in buona fede, la società giustificava l'esclusione dalla gara, ma non anche l'escussione della cauzione; la Stazione appaltante ha ommesso qualsivoglia valutazione in ordine alla gravità della violazione commessa dall'impresa ed all'elemento soggettivo della fattispecie.

Si aggiunga che la *lex specialis* della gara non contemplava livelli minimi di fatturato, ma la sola dichiarazione di sussistenza di precedenti forniture effettuate; il che denota, ancora una volta, la non configurabilità di una dichiarazione falsa, ma solamente erronea, per avere fatto riferimento ad appalti diversi da quelli pertinenti, e successivamente comprovati come tali.

2) Violazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990; eccesso di potere per sviamento.

Ove si ritenga che l'incameramento della cauzione consegua alla *lex specialis*, che, pure, per cautela, viene in questa sede gravata, la censura suesposta deve intendersi riferita anche al bando, ed in particolare all'art. 9 del disciplinare di gara.

3) Violazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990; eccesso di potere per sviamento, violazione della *par condicio*; difetto di motivazione sotto ulteriore e subordinato profilo.

In subordine, si censura il fatto che la Stazione appaltante ha provveduto ad escutere la cauzione complessivamente offerta in gara da Teleflex per tutti i lotti, mentre le irregolarità emerse afferiscono esclusivamente al lotto n. 11.

Al riguardo, giova evidenziare che l'importo della cauzione previsto per il lotto n. 11 è pari ad euro 218,00; il superiore importo offerto dalla ricorrente discende dal fatto che la stessa ha partecipato ai lotti nn. 1, 3, 4, 8, 9, 10, 14, 15 oltre che al lotto n. 11, depositando una cauzione cumulativa, come consentito dalla legge di gara.

Al più, dunque, la Stazione appaltante avrebbe potuto escutere parzialmente la garanzia, nei limiti di euro 218,00 concernenti il lotto n. 11 (per gli altri lotti la ricorrente non si è utilmente classificata).

Si è costituita in giudizio l'A.U.S. (Aziende Umbre per la Salute), eccependo l'inammissibilità del ricorso per la mancata impugnazione (anche) dell'esclusione dalla gara, e comunque la sua infondatezza nel merito.

All'udienza del 26 gennaio 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - Deve essere anzitutto disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso, argomentata dall'A.U.S. nella considerazione che, unitamente all'incameramento della cauzione, non è stato impugnato anche il provvedimento di esclusione dalla gara.

Non ignora il Collegio come la questione risulti controversa in giurisprudenza, nel senso che, effettivamente, una parte di essa, muovendo dal presupposto che l'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 (come pure, in precedenza, nella materia dei lavori pubblici, l'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994) prevede che l'omessa o mancata prova dei requisiti richiesti comporti *ope legis* non solo l'esclusione dalla gara, ma anche l'escussione della cauzione e la segnalazione all'Autorità di Vigilanza, ha affermato che l'omessa tempestiva impugnazione del provvedimento di esclusione determina l'inammissibilità dell'impugnativa del provvedimento di escussione della cauzione, che si atteggia alla stregua di atto dovuto (così, a titolo esemplificativo, Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2002, n. 1370; Sez. VI, 14 giugno 2006, n. 3500).

Ad avviso del Collegio, però, è innegabile l'autonomia funzionale (e, nella vicenda in esame, anche strutturale) del provvedimento di esclusione e di quello di escussione della cauzione provvisoria, che ledono interessi differenti, nonostante l'identità dei presupposti legittimanti.

Si intende osservare, con l'ausilio di altra parte della giurisprudenza, che, pur trovando fondamento nella medesima violazione e nella stessa disposizione di legge (ed eventualmente anche nella *lex specialis* della gara), il provvedimento di esclusione e quello di escussione della cauzione realizzano esigenze diverse e pregiudicano interessi differenti, non potendosi pertanto escludere, come nella vicenda in esame, il caso di un concorrente leso dal solo incameramento della cauzione (per il danno patrimoniale che ne consegue), e non anche dall'esclusione

dalla gara (vuoi perché ha presentato un'offerta risultata non competitiva, vuoi anche perché ritiene non contestabile l'esclusione), e dunque legittimato, sotto il profilo dell'interesse a ricorrere, a contestare una sola delle determinazioni conseguite dalla mancata prova del possesso dei requisiti di partecipazione.

In altri termini, l'esclusione dalla gara e l'incameramento della cauzione provvisoria sono sanzioni autonome, e la seconda è sanzione ulteriore rispetto all'esclusione, suscettibile di sindacato autonomo in relazione ai diversi effetti che produce, e che creano altrettanti rapporti giuridici sostanziali tra Amministrazione e soggetto privato, suscettibili di convertirsi in rapporti processuali indipendenti.

Può pertanto ritenersi ammissibile l'impugnazione della sola escussione della cauzione, quale provvedimento effettivamente lesivo degli interessi del concorrente sanzionato (in termini Cons. Stato, Sez. V, 9 dicembre 2002, n. 6768; Sez. VI, 27 giugno 2007, n. 3704; T.A.R. Venezia, Sez. I, 13 marzo 2009, n. 608).

Del resto, e per concludere sul punto, diversamente opinando, si determinerebbe la situazione paradossale, e difficilmente compatibile con i principi processuali, per cui l'impresa sarebbe costretta ad impugnare il provvedimento di esclusione dalla gara, verso cui non ha interesse, per radicare l'ammissibilità del ricorso avverso le sanzioni ulteriori previste dall'art. 48 del codice dei contratti pubblici, che, altrimenti, diverrebbero insindacabili, siccome strettamente consequenziali.

2. - Con il primo motivo di ricorso si deduce dunque l'illegittimità dell'escussione della cauzione provvisoria, mancando nella fattispecie una dichiarazione falsa, in quanto la società ricorrente è incorsa esclusivamente in un errore materiale nella predisposizione dell'offerta, avendo indicato e documentato, in buona fede, forniture diverse da quelle rese e pertinenti all'oggetto del lotto n. 11 (forniture di dispositivi medici, che non hanno natura analoga a quella dell'affidamento), fermo restando il possesso del requisito, come è stato incontestatamente dimostrato

anche in sede di successivo controllo con la produzione di certificazione parzialmente diversa.

La censura è fondata, e meritevole pertanto di positiva valutazione.

E' preferibile, posponendo l'ordine di trattazione degli argomenti prospettato dalla ricorrente, muovere dalla circostanza per cui l'art. 2 del disciplinare di gara richiedeva, tra la documentazione da presentare a corredo dell'offerta, alla lett. C), una «dichiarazione, ai sensi del DPR 445/00, delle principali forniture di guanti monouso/pluriuso prestate negli anni 2006-2007-2008 con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, delle forniture stesse; se trattasi di forniture previste a favore di amministrazioni o enti pubblici, ciascuna di esse dovrà essere provata da certificati, in originale o copia debitamente autenticata, rilasciati e vistati dalle amministrazioni o dagli enti medesimi che certifichino l'esatta corrispondenza degli importi certificati con quelli dichiarati dalla ditta partecipante; se trattasi di forniture prestate a privati, l'effettuazione effettiva delle prestazioni è dichiarata da questi o, in mancanza, dallo stesso concorrente, ai sensi dell'art. 42, comma 1 lett. a) del D.lgs. 163/06».

Si inferisce agevolmente che il disciplinare di gara non ha specificato soglie minime per i requisiti richiesti.

Il che comporta, come rilevato dall'A.V.C.P. con nota prot. n. 61029/10/VISF in data 16 settembre 2010, proprio con riguardo alla vicenda in esame (in quanto adita a seguito della segnalazione dell'A.U.S.), la vanificazione del procedimento di verifica ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 : «qualsiasi misura indicata dal concorrente per ognuno dei requisiti sarebbe stata utile ed accettabile, ma non avrebbe avuto alcuna utilità per la stazione appaltante in quanto non avrebbe fornito alcuna garanzia sull'affidabilità del concorrente».

Richiamando un proprio precedente, l'Autorità ha altresì chiarito che «laddove, nei bandi di gara di appalti di servizi e forniture, non siano stati previsti requisiti

minimi di partecipazione o non ne siano definiti i livelli minimi, la verifica (ex art. 48) ... non è applicabile, mancandone il presupposto principale».

In considerazione di ciò, l'A.V.C.P. ha archiviato il procedimento sanzionatorio nei confronti della società ricorrente (cfr. nota prot. n. 78799/10/VISF del 3 novembre 2010) proprio nella considerazione, condivisa dal Collegio, che la mancata individuazione delle soglie minime prevale sull'inadempimento, vanificando l'intero procedimento di verifica.

Un siffatto epilogo del procedimento introdotto presso l'A.V.C.P. assume rilievo anche nel presente giudizio, avente ad oggetto l'incameramento della cauzione. Ed invero, nonostante la diversità funzionale tra l'incameramento della cauzione e le sanzioni irrogate dall'Autorità, le quali, come si evince dall'art. 6, comma 11, del codice dei contratti pubblici, sono modulabili, nei limiti edittali, in ragione della diversa gravità dell'infrazione commessa, la ragione dell'archiviazione del procedimento sanzionatorio riposa proprio nell'affermata impossibilità di effettuare il procedimento di verifica del possesso dei valori dichiarati in sede di gara per la mancata individuazione di requisiti minimi di partecipazione.

Deve dunque ritenersi che era precluso alla Stazione appaltante, nella fattispecie in esame, effettuare il procedimento di verifica per mancanza del termine di comparazione, in quanto poteva essere sufficiente una qualsivoglia fornitura di guanti prestata nel triennio 2006/2008, requisito che Teleflex Medical S.r.l. ha dichiarato e certificato anche in sede di gara, e non solo di comprova.

2.1. - Quanto esposto appare assorbente ai fini del decidere; per completezza espositiva non può peraltro omettersi di ricordare un orientamento giurisprudenziale, dagli approdi non ancora sicuri stante il tenore della norma, ma che va progressivamente facendosi strada nella prospettiva del superamento della tesi dell'automatica applicazione delle sanzioni previste dall'art. 48 nel caso del verificarsi dei presupposti previsti dalla norma.

Il riferimento è a quelle decisioni per le quali la disposizione sulla sanzione dell'incameramento della cauzione provvisoria, prevista nel caso di mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa (requisiti di ordine speciale) eventualmente richiesti nel bando, deve essere interpretata secondo un criterio logico in relazione alla circostanza che non si deve trattare di una violazione lieve (Cons. Stato, Sez. VI, 9 dicembre 2008, n. 6101); quando la dichiarazione sia il frutto di un'oggettiva erronea percezione della realtà e dia luogo ad una tempestiva ammissione da parte della concorrente dichiarante di siffatta discrasia, non si deve procedere all'incameramento della cauzione, a meno che la Stazione appaltante non provi che la partecipazione della concorrente abbia falsato la procedura selettiva con innegabili riflessi sulle altre imprese partecipanti e con l'obbligo per la stessa Stazione appaltante di ripetere le operazioni inficiate dalla presenza di quella impresa (T.A.R. Lazio, Sez. III, 6 marzo 2009, n. 2341).

Tale indirizzo, considerando che l'unico presupposto del potere sanzionatorio di cui all'art. 48 del codice dei contratti è costituito dalla falsità delle dichiarazioni, tenta di graduare le sanzioni sulla base di una pluralità di profili, relativi alla gravità delle falsità riscontrate.

Una siffatta opzione ermeneutica, che, obiettivamente, forza un po' la *littera legis*, potrebbe essere condivisibile in presenza di un "falso innocuo", sostanzialmente ravvisabile nel caso di specie.

La nozione in questione, che potrebbe, con prudenza, essere estesa alla fattispecie del controllo dei requisiti di ordine speciale, è stata elaborata dalla giurisprudenza con riferimento al possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, affermandosi che solo l'insussistenza, in concreto, delle cause di esclusione comporta l'effetto espulsivo; al contrario, allorché il partecipante sia in possesso dei requisiti richiesti, ma non siano rispettate le

puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, l'omissione non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, integrando un'ipotesi di falso innocuo, come tale insuscettibile a fondare l'esclusione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 9 novembre 2010, n. 7967; T.A.R. Lazio, Sez. III, 31 dicembre 2010, n. 39288).

3. - L'accoglimento del primo motivo, per la sua portata assorbente, comportando l'annullamento dei provvedimenti impugnati, esime il Collegio dalla disamina della seconda e della terza censura, logicamente gradate, che possono dunque essere dichiarate assorbite.

4. - La domanda di annullamento deve dunque essere accolta.

Quanto, poi, alla istanza di restituzione, anche a titolo di risarcimento (*melius*, di reintegrazione in forma specifica), dell'importo della cauzione provvisoria escusso dall'A.U.S., la stessa va disattesa per mancato assolvimento dell'onere della prova.

La domanda di restituzione deve cioè ritenersi infondata, in quanto la società ricorrente, come eccepito dalla parte resistente, non ha dimostrato, e neppure allegato di avere provveduto (direttamente) al versamento dell'importo garantito in favore della Stazione appaltante, né di avere subito un'azione di regresso (o rivalsa) da parte dell'assicuratore, cui è stata indirizzata la richiesta (in data 9 giugno 2010) di erogazione da parte dell'A.U.S.

In realtà, agli atti non vi è neppure la prova che l'escussione della cauzione provvisoria sia concretamente avvenuta, ma è versata solamente una comunicazione della Filiale Monza Nord - Brianza 7319 dell'Unicredit, indirizzata a Teleflex, recante anche richiesta di rifusione immediata dell'importo richiestole; neppure nel corso dell'udienza è stato possibile chiarire la sorte della cauzione provvisoria.

E' noto come all'azione risarcitoria spiegata dinanzi al giudice amministrativo si applichi il principio dell'onere della prova scolpito nell'art. 2697 del c.c., in virtù

del quale spetta al danneggiato fornire in giudizio la prova di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie risarcitoria.

5. - La soccombenza reciproca giustifica la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando, accoglie in parte il ricorso, e, per l'effetto, annulla il provvedimento di escussione della cauzione provvisoria, mentre respinge la domanda di risarcimento.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Lamberti, Presidente

Carlo Luigi Cardoni, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/02/2011

IL SEGRETARIO

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