



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

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 385 del 2011, proposto da:

Med-El Elektromedizinische Geraete Gmbh, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Stephan Vale, Armin Reinstadler, Stefan A. Perathoner, con domicilio eletto presso l'avv. Stefan A. Perathoner in Firenze, via Giambologna 2/R;

contro

Estav Nord Ovest, n.c.;

nei confronti di

Cochlear Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Rosaria Russo Valentini, Roberto Bonatti, con domicilio eletto presso l'avv. Eugenio Dalli Cardillo in Firenze, piazza Isidoro del Lungo 1;

Advanced Bionics Italia S.r.l., n.c.;

per l'annullamento

1. del bando indetto dall'ESTAV Nord Ovest per la fornitura di impianti cocleari occorrenti all'Azienda Ospedaliero-Universitaria Pisana (numero gara n. 593894), nella parte in cui, tra le condizioni di partecipazione, al punto III.2.1 prevede la sanzione dell'esclusione dalla gara per l'impresa che ometta di fornire tutte le informazioni richieste nelle dichiarazioni sostitutive, nonché, in quanto necessario, di ogni altro atto che sia o possa considerarsi presupposto o conseguenza del detto bando e che con lo stesso sia comunque posto in rapporto di correlazione anche se ignoto, ed in particolare:
2. del disciplinare di gara (numero gara n. 593894), nella parte in cui, al punto 3, prevede che i requisiti di partecipazione alla gara, ai sensi degli artt. 34, 35, 36, 37, 38 e 39 del D.Lgs. n. 163/2006, sono stabiliti a pena di esclusione “nel bando di gara e riportati nelle dichiarazioni sostitutive (All. F1, All. F2)”;
3. della determinazione dirigenziale n. 1583 del 27.10.2010, nella parte in cui approva il bando di gara, il disciplinare di gara nonché le dichiarazioni sostitutive All. F1 e All. F2;
4. del verbale di seduta pubblica del 12.01.2010, comunicato con lettera dell'ESTAV dd. 18.01.2011, prot. n. 0001527, dal quale risulterebbe che la MED-EL non sia stata ammessa a partecipare alla gara de qua “per mancata indicazione concernente i dati del legale rappresentante nel modello All. F1 e per mancata presentazione della dichiarazione sostitutiva, All. F2, relativa al legale rappresentante”;
5. della determinazione dirigenziale n. 132 del 07.02.2011, con la quale

l'ESTAV ha, tra l'altro, deciso “1) di ammettere al prosieguo della Procedura Aperta per il conferimento della fornitura di Impianti Cocleari, di cui alla Determinazione Dirigenziale n. 1583 del 27/10/10, le seguenti ditte: Advanced Bionics srl, Cochlear srl; 2) di non ammettere la ditta Med-El per mancata indicazione concernente i dati del legale rappresentante nel modello All. F1 e per mancata presentazione della dichiarazione sostitutiva, All. F2, relativa al legale rappresentante”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cochlear Italia S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2011 il dott. Riccardo Giani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

La società ricorrente, premesso di aver partecipato alla procedura aperta indetta dall'Estav Nord-Ovest per la fornitura di impianti cocleari da destinare all'Azienda Ospedaliero-Universitaria Pisana, impugna gli atti con i quali è stata disposta la sua esclusione dalla gara, e gli atti della procedura a monte così come indicati in epigrafe, formulando nei loro confronti le seguenti censure:

- violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006;
- violazione ed errata applicazione delle disposizioni della *lex specialis*

della gara;

- violazione dei principi della massima concorrenza, del *favor participationis* e dell'affidamento;
- eccesso di potere per irragionevolezza, sproporzione ed illogicità *in parte qua* della clausola di esclusione.

Non si è costituita in giudizio l'Estav Nord-Ovest, mentre si è costituita, per resistere al gravame, la società controinteressata evocata con il ricorso.

Chiamata la causa alla camera di consiglio del giorno 9 marzo 2011 e sentiti i difensori comparsi, come da verbale, la stessa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione nel merito ai sensi dell'art. 60 del Codice del processo amministrativo.

La società ricorrente è stata esclusa dalla procedura in esame con verbale assunto nella seduta pubblica del seggio di gara del 12 gennaio 2011 e quindi con determinazione dirigenziale n. 132 del 7 febbraio 2011 “per mancata indicazione concernente i dati del legale rappresentante nel modello All. F1 e per mancata presentazione della dichiarazione sostitutiva, All. F2, relativa al legale rappresentante” (così nella determinazione n. 132 cit.). Gli elementi di fatto non sono contestati da parte ricorrente, la quale ammette di aver indicato negli Allegati F1 e F2 “i dati del solo sig. Sebastian Foidl, procuratore speciale della MED-EL nominato con atto del 7.11.2007”, con il risultato che “omessi risultavano, invece, i dati della sig.ra Ingeborg Hochmair, legale rappresentante della MED-EL”. Più in particolare nel modello F1, relativo alla dichiarazione sostitutiva

dell'insieme di fatti, stati e qualità necessari per la partecipazione alla gara, al punto A, tra gli amministratori muniti del potere di rappresentanza, è indicato il solo Sebastian Foidl e il modello F2, relativo alla dichiarazione sostitutiva resa personalmente da ciascun amministratore munito di poteri rappresentativi circa l'assenza a proprio carico di condanne ostative, è prodotto in gara dal solo Sebastian Foidl. Il risultato è che nella documentazione prodotta in sede di gara da parte ricorrente è stata del tutto omessa la dichiarazione circa la presenza nella struttura aziendale di un amministratore munito di poteri rappresentativi (anzi il legale rappresentante), il quale non ha quindi reso la dichiarazione circa l'assenza a suo carico di condanne ostative alla partecipazione alla procedura. A causa di ciò la stazione appaltante ha proceduto alla esclusione della società ricorrente dalla gara.

Con il presente ricorso la società MED-EL contesta la scelta operata dalla stazione appaltante, ma nessuna delle proposte censure appare fondata.

Con il primo mezzo si contesta la violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, sul rilievo, sostenuto con richiamo alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 9.11.2010, n. 7967, che solo il mancato possesso dei requisiti indicati dalla norma (nella specie assenza di condanne ostative) legittimerebbe la sanzione espulsiva e non la mera mancanza di dichiarazione circa il possesso del requisito medesimo.

La censura è infondata.

La stessa sentenza citata da parte ricorrente (Cons. Stato, sez. V, n.

7967/2010), oltre a dar atto della esistenza di orientamenti divergenti sul punto, evidenzia la centralità in materia del ruolo assunto dalla normativa di gara, esprimendosi favorevolmente alla sanzione espulsiva quando sia la stessa *lex specialis* a prevedere “espressamente la pena dell’esclusione in relazione alla mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull’oggetto delle dichiarazioni da fornire”. Ciò è esattamente quanto si osserva nella specie, poiché il punto III.2.1. del bando di gara e l’art. 3 del Disciplinare di gara prevedono che i concorrenti debbano rendere a pena di esclusione le dichiarazioni di cui agli allegati F1 e F2 e questi ultimi fanno espresso riferimento alla indicazione di tutti gli amministratori muniti di potere di rappresentanza (F1) e alla dichiarazione di assenza di reati ostativi da parte di tutti gli amministratori medesimi (F2).

Con il secondo mezzo parte ricorrente contesta la propria espulsione dalla gara per violazione e errata applicazione della *lex specialis* della procedura.

La censura è infondata.

Come già evidenziato, tanto il bando di gara quanto il Disciplinare sanzionano con l’esclusione la mancata produzione in sede di gara delle dichiarazioni di cui agli allegati F1 e F2 e nella specie è pacifico che la ricorrente non abbia reso le necessarie dichiarazioni con riferimento alla sig.ra Ingeborg Hochmair, legale rappresentante della società.

Con il terzo e quarto mezzo parte ricorrente censura le clausole di esclusione contenute negli atti di gara, laddove prevedono la sanzione

espulsiva per il mancato rilascio delle richieste dichiarazioni, sul rilievo che esse violerebbero i principi di massima partecipazione e concorrenza, nonché quelli di proporzionalità, ragionevolezza e logica.

Le censure sono infondate.

Gli adempimenti imposti ai partecipanti alla procedura dagli atti di gara (cioè, per quel che qui rileva, l'indicazione degli amministratori muniti di potere di rappresentanza e il rilascio da parte di ciascuno di essi di una dichiarazione circa l'assenza di condanne penali ostative), non appaiono in alcun modo affette dai vizi denunciati. Si tratta infatti di adempimenti formali assolutamente non gravosi, funzionali alla previa verifica da parte della stazione appaltante della moralità dei concorrenti e resi ancor più agevoli nella specie dalla predisposizione di modulistica chiara e di semplice compilazione. C'è solo da aggiungere che si tratta peraltro di adempimenti che sono ordinariamente richiesti nella gare pubbliche e quindi niente affatto peculiari.

Alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso deve essere respinto, con spese a carico di parte ricorrente e a favore della costituita controinteressata, liquidate come in dispositivo. Nulla per le spese nei confronti invece della stazione appaltante, non costituita in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

lo respinge.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di giudizio nei confronti della Cochlear Italia S.r.l., controinteressata costituita, liquidate in € 2.000,00 (duemila/00) oltre iva e cpa. Nulla per le spese nei confronti dell'Amministrazione non costituita in giudizio.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Riccardo Giani, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/03/2011

IL SEGRETARIO

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