



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 Liguria**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1079 del 2011, proposto da:  
Abbott S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Scanzano,  
Filippo Brunetti, con domicilio eletto presso Daniela Anselmi in  
Genova, via Corsica 21/18-20;

***contro***

Asl N.4 - Chiavarese, rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Cocchi,  
con domicilio eletto presso Luigi Cocchi in Genova, via Macaggi  
21/5 - 8; Autorita' per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori,  
Servizi e Forniture;

***nei confronti di***

Diasorin S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Luigi Piscitelli,  
Carlo Merani, Antonella Borsero, con domicilio eletto presso Luigi  
Piscitelli in Genova, corso Saffi 7/2;

*per l'annullamento*

degli atti della procedura aperta affidamento fornitura triennale sistemi analitici, in specie del provvedimento di esclusione e di quelli concernenti l'aggiudicazione, con conseguente aggiudicazione della gara in favore della ricorrente;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Asl N.4 - Chiavarese e di Diasorin S.p.A.;

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 14 dicembre 2011 il dott. Davide Ponte e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il gravame introduttivo del giudizio la società ricorrente esponeva di aver partecipato alla procedura di gara in oggetto. All'esito della gara, la ricorrente si classificava al secondo posto della graduatoria; peraltro, la relativa offerta veniva esclusa per la tardiva dimostrazione dei requisiti ex art. 48 comma 2 d.lgs. 163\2006, con conseguente applicazione delle misure ivi previste tra cui l'escussione della garanzia fideiussoria.

Avverso gli atti di gara, in specie aggiudicazione ed esclusione, si muovevano pertanto le seguenti censure:

- avverso la disposta esclusione, violazione degli artt. 48 e 75 d.lgs. 163 cit. e diversi profili di eccesso di potere, non essendo tardivo il deposito della documentazione attestante il possesso dei requisiti;
- avverso la disposta aggiudicazione, violazione degli artt. 1, 2 e 4 della lex specialis, eccesso di potere per difetto dei presupposti, per insussistenza degli elementi dell'offerta richiesti;
- avverso la delibera di nomina della commissione per la valutazione delle offerte tecniche per violazione dell'art. 84 d.lgs. 163 cit., per la presenza del direttore e del dirigente medico del centro trasfusionale dell'asl chiavarese.

L'amministrazione intimata e la società controinteressata si costituivano in giudizio e, contro deducendo punto per punto, chiedevano il rigetto del gravame.

Con ordinanza n. 515 del 2011 questo Tar accoglieva la domanda cautelare proposta in parte qua; per l'effetto fissava l'udienza di discussione e sospendeva l'esecuzione del solo provvedimento di esclusione.

Alla pubblica udienza del 14\12\2011 la causa passava in decisione.

## DIRITTO

La presente controversia ha ad oggetto, sotto tre distinti versanti, la legittimità degli atti di gara, contestati dalla impresa seconda classificata ed esclusa per violazione del termine per la verifica dei

requisiti dichiarati.

Con riferimento al primo atto oggetto di impugnazione, l'esclusione disposta ai sensi dell'art. 48 comma 2 d.lgs. 163 cit. con conseguente escussione della cauzione e segnalazione all'Autorità, risulta pacifica la produzione della documentazione richiesta, cosicchè la contestazione si concentra sulla natura del termine e la relativa decorrenza nel caso di specie.

Sotto il primo profilo, anche il termine in questione (al pari del comma 1) ha natura perentoria, secondo un consolidato orientamento condiviso dal Collegio (cfr. ex plurimis, C.d.S., Sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3804 e C.G.A. 109\2007): se in generale per entrambe le ipotesi di cui all'art. 48 cit., ciò è dovuto, a tacer d'altro, al fatto che l'eliminazione di un termine certo e inderogabile per la presentazione dei documenti da parte dell'impresa aggiudicataria costringerebbe l'amministrazione a tenere in piedi sine die, per la relativa verifica, la struttura predisposta per la gara e finirebbe per compromettere la celerità della procedura, con riferimento alla fattispecie del comma secondo all'identità di ratio corrisponde dal punto di vista formale del dettato normativo il totale richiamo agli elementi dettati dal primo comma, cosicchè nessun elemento specifico è ricavabile dalla norma al fine di differenziare la natura dei relativi termini, anche per fondamentali esigenze di certezza del diritto e di par condicio dei partecipanti alla gara.

Sotto il secondo profilo, nel caso de quo, anche a fronte dell'effettiva

e rapida produzione della documentazione richiesta da parte dell'impresa odierna ricorrente, appare fondata la censura di cui al primo ordine di rilievi a fronte della incertezza nel momento di decorrenza del relativo termine.

Occorre richiamare rapidamente i fatti: in data 26\8\2011 la comunicazione di richiesta della documentazione ex art. 48 comma 2 veniva anticipata via fax all'impresa, odierna ricorrente, quale seconda classificata; in data 31\8\2011 la stessa richiesta giungeva in originale cartaceo presso gli uffici dell'impresa stessa; in data 7\9\2011 veniva spedita la documentazione richiesta, la quale giungeva alla stazione appaltante il giorno successivo.

La stazione appaltante ha reputato decisiva, al fine della decorrenza del termine perentorio di dieci giorni l'anticipazione della comunicazione effettuata a mezzo fax. Peraltro, l'analisi della lex specialis esclude che nel caso di specie il numero di fax fosse stato richiesto, e quindi indicato, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 77, norma da leggersi in evidente combinato disposto con l'art. 79 comma 5 bis, da cui emerge il principio per cui deve essere la lex specialis a predeterminare le regole anche comunicative; né nel caso di specie risulta aliunde un'espressa autorizzazione da parte dell'impresa al ricevimento delle comunicazioni concernenti gli atti lesivi della propria posizione in con quello specifico mezzo. Infatti, a nulla rileva l'utilizzo ordinario di tale numero ovvero che lo stesso risultasse dagli atti ad altri fini, e ciò appare pienamente conforme

alle esigenze di certezza che coinvolgono sia le stazioni appaltanti che le imprese partecipanti, specie per queste ultime a fronte della gravità di alcuni effetti, tra cui vanno ricompresi quelli in questione. Irrilevanti sul punto sono le previsioni della *lex specialis* invocate dalla difesa resistente (punto VI 3.1 del bando e 10 della *lex specialis*), le quali si limitano ad indicare i numeri di fax della stessa s.a. al fine di ricevere eventuali richieste rispettivamente degli atti di gara ovvero di chiarimenti.

Pertanto, in assenza degli elementi predetti la decorrenza del termine di dieci giorni nella specie non può che farsi decorrere dalla ricezione della nota (31\8\2011) rispetto alla quale è tempestiva l'avvenuta produzione della documentazione richiesta (ricevuta in data 8\9\2011). Conseguentemente, l'accoglimento del ricorso in parte comporta l'annullamento dell'atto di esclusione e dei relativi effetti.

A diverse conclusioni deve giungersi in ordine ai restanti profili di censura, da esaminare in termini di logica cronologica rispetto all'iter di gara prendendo quindi le mosse dalla contestazione circa la composizione della commissione valutativa, censurata alla luce dell'art. 84 comma 4 d.lgs. 163 cit., per la presenza del direttore e del dirigente medico del centro trasfusionale dell'asl chiavarese nella commissione.

In generale, va ribadito in termini di principio e di inquadramento della normativa invocata, che nelle procedure per l'aggiudicazione di appalti detta norma mira ad impedire la partecipazione alla

Commissione di soggetti che, nell'interesse proprio o in quello privato di alcuna delle imprese concorrenti, abbiano assunto o possano assumere compiti di progettazione, di esecuzione o di direzione relativamente ai lavori oggetto della procedura di gara, cosicchè l'esercizio, da parte di un commissario, di funzioni amministrative con qualifica di dirigente per conto e nell'interesse dell'Amministrazione appaltante e relative alla procedura di gara non integra di per sé la causa di incompatibilità di cui all'art. 84 comma 4. Come già evidenziato dal Collegio, pena l'irragionevole impossibilità di funzionamento delle gare e il contrasto, parimenti irragionevole, con le regole che impongono di valutare previamente l'esistenza di professionalità nella p.a. stessa prima di nominare esterni, nelle procedure per l'aggiudicazione di appalti con la p.a. l'esercizio, da parte di un commissario, di funzioni amministrative con qualifica di dirigente per conto e nell'interesse dell'amministrazione appaltante e relative alla procedura di gara non integra di per sé la causa di incompatibilità di cui all'art. 84 comma 4 in esame, atteso che detta norma (*repetita juvant*) mira ad impedire la partecipazione alla commissione di soggetti che, nell'interesse proprio od in quello privato di alcuna delle imprese concorrenti, abbiano assunto o possano assumere compiti di progettazione, di esecuzione o di direzione relativamente ai lavori oggetto della procedura di gara (cfr. ad es. T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 03 febbraio 2010 , n. 233).

L'incompatibilità in questione, mirando a garantire l'imparzialità dei

commissari di gara, si riferisce a soggetti che abbiano svolto incarichi relativi al medesimo appalto, ad es. incarichi di progettazione, di verifica della progettazione, incarichi di predisposizione della legge di gara, e simili. Inoltre, alla luce del disposto invocato (“I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto nè possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”), relativamente allo svolgimento di attività successiva all'aggiudicazione, come nel caso de quo, si porrà l'eventuale questione in sede di successiva incompatibilità, non potendo quindi viziare ex sé l'intera precedente procedura.

Pertanto, nel caso di specie va altresì evidenziata la genericità della censura, in quanto la deduzione di parte ricorrente sul punto è priva di qualsiasi indicazione sulla funzione od il ruolo da svolgersi relativamente al contratto in questione, risolvendosi in una sorta di incompatibilità di posizione, estranea alla ratio della disposizione invocata, la cui natura ne impone un'interpretazione priva di estensione analogiche.

Infine, relativamente alla insussistenza nell'offerta risultata aggiudicataria degli elementi richiesti, quanto documentato dalle difese resistenti ha smentito le carenze dedotte. Infatti, per entrambe le fasi temporali in cui ha diviso la propria offerta, l'impresa odierna controinteressata ha previsto, nei termini richiesti dalla lex specialis, sia un sistema principale che uno c.d. di back up. In presenza del



sistema richiesto le eventuali differenze tecniche rilevano a fini di punteggio, come peraltro confermato nella specie in cui l'offerta tecnica della ricorrente ha acquisito un punteggio, oltre che massimo, ben più elevato di quello della controinteressata.

Sussistono giusti motivi, anche a fronte della soccombenza reciproca, per compensare tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto: lo accoglie limitatamente al provvedimento di esclusione che per l'effetto viene annullato; lo respinge nella restante parte.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/01/2012

IL SEGRETARIO

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