



REPUBBLICA ITALIANA

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 942 del 2009, proposto da:

Zanetti Arturo & C. Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Massimo Giavazzi, Carmen Manuela Petraglia, con domicilio eletto presso Segreteria T.A.R. in Genova, via dei Mille 9;

contro

Ente Ospedaliero Ospedali Galliera, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Mozzati, con domicilio eletto presso il suo studio in Genova, via Corsica, 2/11;

per l'annullamento

del provvedimento 540 del 11.6.2009 di approvazione degli atti di gara emesso dal Direttore generale dell' Ente Ospedaliero Ospedali Galliera nella parte in cui ha disposto nei confronti della società ricorrente ai sensi dell'art. 48 Codice Appalti gli atti conseguenti alla mancata prova dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica; della comunicazione prot. 17030 del 29.6.2009 con cui l'Ente Ospedaliero Ospedali Galliera ha attivato la procedura di escussione della garanzia fideiussoria; della nota di accompagnamento del 22.7.2009 prot. 18888 con cui ha trasmesso copia del provvedimento 540 del 11.6.2009 ad integrazione della comunicazione 29.6.2009;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Ente Ospedaliero Ospedali Galliera;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2012 il dott. Ugo De Carlo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente aveva partecipato alla gara indetta dall'Ente Ospedaliero Ospedali Galliera per il servizio di raccolta, trasporto e smaltimento rifiuti speciali sanitari e, dopo l'apertura delle offerte, è stata sorteggiata per la verifica ex art. 48 Codice Appalti del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica.

In data 27.5.2009 la stazione appaltante ha disposto l'esclusione della società ricorrente dalla gara per la mancata

trasmissione della documentazione richiesta, documentazione che seppur tardivamente è stata poi fornita.

Nonostante ciò è stata richiesta l'escussione della fideiussione prestata e pertanto la società ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, formulando tre motivi di ricorso.

Il primo denuncia la violazione dell'art. 48 Codice Appalti e l'eccesso di potere per arbitrarietà per mancata rispetto del termine di dieci giorni prima di procedere all'esclusione dalla gara dal momento che la seconda richiesta di documenti era avvenuta in data 20.5.2009 e il provvedimento di esclusione è del 27.5.2009.

Il secondo motivo lamenta la violazione della medesima norma oltre a quella del principio di proporzionalità e l'eccesso di potere per insufficiente istruttoria e illogicità.

L'art. 48 citato prevede tre distinte sanzioni per la mancata prova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica: l'esclusione dalla gara, l'escussione della fideiussione e la segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

Si tratta di valutare se le tre sanzioni debbano essere disposte indistintamente tutte le volte che la ditta non presenti o fornisca in ritardo i dati richiesti o se vi possa essere un'applicazione graduale limitandosi alla sola esclusione nel caso di possesso dei requisiti esistente ma provato in ritardo.

Tenuto conto dello scopo della norma che è quello di ottenere l'immediata esclusione delle imprese prive dei requisiti, sia per speditezza del procedimento, sia per non influenzare la fase di determinazione della soglia di anomalia con offerte incongrue, appare più conforme alla ratio del legislatore un'applicazione graduale ed in tal senso esistono anche pronunce giurisprudenziali.

La stessa Autorità di vigilanza sui contratti pubblici nella determinazione nr. 5 del 21.5.2009 afferma che vi debba essere un'applicazione delle sanzioni in linea con il principio di proporzionalità.

Il terzo motivo eccepisce che nella motivazione del provvedimento impugnato si afferma la mancanza dei requisiti e non la tardività della presentazione della documentazione, con ciò implicitamente avallando un'interpretazione del termine di dieci giorni come perentorio, mentre secondo un certo orientamento giurisprudenziale la perentorietà dipende dal fatto che vi sia un'espressa previsione in tal senso nel bando di gara.

Si costituiva in giudizio l'Ente Ospedaliero Ospedali Galliera che chiedeva il rigetto del ricorso.

Il ricorso può essere accolto in relazione al secondo motivo di ricorso.

Non sfugge al Collegio che esiste un orientamento giurisprudenziale che tende a ritenere automatica l'irrogazione delle ulteriori sanzioni, una volta che l'amministrazione abbia disposto l'esclusione dell'impresa dalla gara per mancata prova dei requisiti di cui al citato art. 48.

Ritiene però il Collegio di aderire ad una lettura delle conseguenze della norma che tenga conto della diversità oggettiva che esiste tra la mancanza dei requisiti per la partecipazione alla gara ed il ritardo nel documentarli.

In questo secondo caso se è giustificata l'esclusione perché il corso della gara non può essere prolungato oltre i termini previsti, appare eccessiva anche l'escussione della fideiussione.

Infatti il termine di 10 giorni per la produzione dei documenti nel caso di verifica a campione fissato dall'art. 48 D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 va ritenuto perentorio in quanto, se fosse possibile presentare i documenti richiesti oltre quel termine e non fosse previsto alcun momento finale, l'amministrazione sarebbe costretta a tenere in piedi *sine die* la struttura organizzativa predisposta per la gara, per esaminare la necessaria documentazione, con l'impossibilità - inaccettabile - di chiudere definitivamente l'attività di verifica e riscontro dei requisiti;

diversamente, sono illegittime, in quanto contrastanti con il principio di proporzionalità, l'ulteriore sanzione dell'incameramento della cauzione ove l'inosservanza stessa presenti un certo grado di scusabilità, e l'impresa abbia comunque dimostrato, seppure tardivamente, il possesso dei requisiti richiesti.

Peraltro lo stesso Ente Ospedaliero ha dimostrato di non ritenere automatica l'applicazione di tutte le sanzioni, tanto è vero che non ha inviato la segnalazione all'Autorità di vigilanza evidentemente ritenendo che il comprovato possesso dei requisiti, seppur tardivamente documentato, non poteva comportare una segnalazione all'Autorità di vigilanza con tutte le conseguenze negative che ne conseguono.

Ed allora, avendo fatto a suo modo applicazione del principio di proporzionalità, non si vede perché nel caso di specie non debba essere anche evitato l'incameramento della cauzione provvisoria.

Il ricorso va quindi accolto con annullamento dei provvedimenti impugnati.

Le spese possono essere compensate, trattandosi di materia in cui non esiste un chiaro indirizzo giurisprudenziale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Davide Ponte, Consigliere

Ugo De Carlo, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/02/2013

IL SEGRETARIO

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

