



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 il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1012 del 2013, proposto da: Beaver-Visitec International Sales Limited, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Caputi e Alessandro Mulinacci, con domicilio eletto presso Mario Viali in Venezia, San Marco, 1757;

contro

Azienda Ospedaliera di Padova, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Grazia Cali e Luciana Puppini, con domicilio eletto presso la segreteria del tribunale ai sensi dell'art. 25, comma 1, del c.p.a.; Azienda U.L.S.S. n. 16 di Padova;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- della esclusione della ricorrente dalla procedura aperta per la "Fornitura di materiale vario per oculistica, sostanze viscoelastiche, soluzione salina bilanciata per oftalmologia" - gara n. 3282368, indetta dall'Azienda Ospedaliera di Padova con bando pubblicato in G.U.U.E. del 19 novembre 2011;

- di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera di Padova;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2013 il dott. Enrico Mattei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con atto di ricorso (n.r.g. 1012/13), notificato il 4 luglio 2013 e depositato il successivo 17 luglio, Beaver-Visitec International Sales Limited ha adito l'intestato Tribunale per chiedere l'annullamento del provvedimento con il quale è stata esclusa dalla procedura di gara indetta dall'Azienda Ospedaliera di Padova con bando pubblicato in G.U.U.E. del 19 novembre 2011, per la "*Fornitura di materiale vario per oculistica, sostanze viscoelastiche, soluzione salina bilanciata per oftalmologia*".

Avverso tale atto, la società ricorrente ha proposto le seguenti doglianze:

I. Illegittimità dell'esclusione e del provvedimento di esclusione per carenza di motivazione in violazione dell'art. 3 della legge n. 241/90 e dell'art. 79 del d.lgs. n. 163/06. Violazione e falsa applicazione dell'art. 42 del d.lgs. n. 163/06. Violazione e falsa applicazione del disciplinare e del bando. Eccesso di potere per irragionevolezza e travisamento dei fatti.

Lamenta, al riguardo, che il provvedimento di esclusione non recherebbe le specifiche ragioni in base alle quali è stata disposta l'esclusione dalla procedura selettiva.

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 51 del d.lgs. n. 163/06, eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità e difetto di istruttoria.

Riferisce, in proposito, di aver correttamente dimostrato alla stazione appaltante di essere in possesso del requisito richiesto dal bando di gara, concernente l'espletamento di forniture oculistiche nell'ultimo triennio per un importo complessivo non inferiore a quello posto a base di gara.

III. *Violazione e falsa applicazione dell'art. 46, comma 1, del d.lgs. n. 163/06. Violazione dei principi in materia di c.d. "soccorso istruttorio".*

Deduce, al riguardo, che prima dell'adozione del provvedimento espulsivo la stazione appaltante avrebbe dovuto consentire di integrare la documentazione di gara ritenuta necessaria ai fini della validità dell'offerta.

IV. *Violazione e falsa applicazione dell'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/06. Violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione.*

Adduce, in proposito, che il provvedimento di estromissione dalla gara non rientrerebbe in nessuna delle cause di esclusione previste dall'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/06.

V. *Violazione dei principi di continuità e concentrazione degli atti di gara e lesione dei principi di trasparenza, imparzialità e continuità posti a base della gara ad evidenza pubblica.*

Lamenta, in particolare, il notevole ritardo con cui la stazione appaltante avrebbe assunto la decisione di adottare l'impugnato provvedimento di esclusione.

L'Azienda Ospedaliera di Padova si è costituita in giudizio chiedendo il rigetto del gravame per fondatezza delle censure dedotte.

All'udienza camerale del giorno 6 agosto 2013 il Collegio ha accolto la domanda di sospensione dei provvedimenti impugnati, ravvisando, sotto il profilo del *fumus boni iuris*, i presupposti per il suo accoglimento.

Alla pubblica udienza del giorno 4 dicembre 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il presente ricorso viene in contestazione la legittimità del provvedimento con il quale Beaver-Visitec International Sales Limited è stata esclusa dalla procedura di gara indetta dall'Azienda Ospedaliera di Padova per la *“Fornitura di materiale vario per oculistica, sostanze viscoelastiche, soluzione salina bilanciata per oftalmologia”*.

Con il primo mezzo di gravame la società ricorrente lamenta il difetto di motivazione dell'impugnato provvedimento di esclusione dalla procedura di gara.

Il motivo è fondato.

Si deve, infatti, rilevare al riguardo che l'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara è stato adottato sulla base della seguente, sommaria, motivazione: *“si comunica che la VS. Spett.le Ditta non è stata ammessa al proseguo della procedura di gara in quanto non ha dimostrato il possesso dei requisiti di capacità tecnica come richiesti dal bando di gara e secondo l'art. 42 del d.lgs. 163/2006”*.

La generica formula utilizzata dall'Azienda Ospedaliera di Padova non consente di definire in modo compiuto il provvedimento di esclusione e per tale motivo viola gli artt. 78 e 79 del d.lgs. n. 163/06 che stabiliscono appunto che le stazioni appaltanti debbano comunicare ad ogni concorrente escluso le specifiche ragioni del rigetto della sua offerta.

La sussistenza del vizio del difetto di motivazione è confermata anche dal fatto che in sede di costituzione in giudizio l'Azienda Ospedaliera ha fornito più ragioni alternative della causa di esclusione.

Tuttavia, tali motivazioni sono insuscettibili di porsi quale atto di integrazione postuma della motivazione, il quale può essere adottato dalla sola amministrazione, esulando dalle competenze dei suoi difensori in giudizio.

Né appare possibile ricostruire la motivazione del provvedimento di esclusione, dagli atti concernenti l'istruttoria procedimentale posta in essere dalla stazione appaltante o dal successivo provvedimento del r.u.p. in data 12 luglio 2013, prot. n. 35701, non essendo stato correttamente attivato il c.d. potere di soccorso

istruttorio in ordine alle rilevate carenze di capacità tecnica/economica dell'offerta esclusa, con particolare riferimento alla prospettata coincidenza da tra fatturato specifico e fatturato globale in possesso della ricorrente e al cumulo di tale fatturato con quello della impresa cedente BD, elementi quest'ultimi non presi in considerazione dall'Azienda Ospedaliera ai fini del possesso del prescritto requisito minimo di capacità tecnica (fatturato specifico pari almeno a € 1.300.200, 00 IVA esclusa).

Alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso va accolto previo assorbimento delle ulteriori censure dedotte.

Tenuto conto della peculiarità della fattispecie controversa, sussistono giustificati motivi per compensare integralmente, tra le parti in causa, le spese e gli onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Compensa integralmente tra le parti le spese e gli onorari del giudizio.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Enrico Mattei, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/01/2014

IL SEGRETARIO

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