

N. 00515/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 01016/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1016 del 2010, proposto da:

Delta Med S.r.l. in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Eruzzi e Monica Passalacqua,  
con domicilio eletto presso la seconda in Firenze, via XX Settembre 60;

*contro*

l'E.S.T.A.V. Sud – Est in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Iaria, con domicilio eletto presso  
lo stesso in Firenze, via dei Rondinelli 2;

*per l'annullamento*

del provvedimento assunto nella riunione parziale della Commissione  
Esaminatrice in data 14.4.2010 e della comunicazione dell'ESTAV Sud-Est  
di cui alla raccomandata n. 10148 prot. datata 15.4.2010, determinanti  
l'esclusione della ricorrente dalla “procedura ristretta per la fornitura  
triennale di aghi, siringhe, deflussori, filtri e dispositivi vari da destinare alle  
AA.SS. afferenti all'E.S.T.A.V. SUD EST”, indetta con deliberazioni del  
Direttore Generale dell'E.S.T.A.V. Sud Est n. 1638 del 22.10.2009 e n. 112

del 9.2.2010, di cui alla lettera di invito n. 3579 prot. del 18.2.2010, nonché di ogni altro atto precedente o successivo o comunque collegato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di E.S.T.A.V. Sud - Est;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 febbraio 2011 il dott. Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

L'Ente per i Servizi Tecnico amministrativi di Area Vasta sud-est (nel seguito: "ESTAV") ha indetto una procedura ristretta, suddivisa in vari gruppi e lotti, per la fornitura triennale di aghi, siringhe, deflussori, filtri e altri dispositivi sanitari alle aziende sanitarie allo stesso afferenti.

La ricorrente, dopo essere stata ammessa alla gara nella seduta pubblica dedicata all'esame preliminare della documentazione allegata alle offerte, pur riservandosi la Commissione ulteriori valutazioni nei confronti di tutti i concorrenti ammessi (in numero di cinquantotto), nella seduta riservata del 14 aprile 2010 è stata esclusa per avere presentato una cauzione con importo dimezzato ai sensi dell'art. 75, comma 7, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 senza dichiarare la conformità all'originale della documentazione legittimante la riduzione medesima e senza allegare copia del documento di identità del sottoscrittore; avverso il suddetto provvedimento ha proposto il presente ricorso, notificato l'11 giugno 2010 e depositato il 18 giugno 2010, lamentando violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Sì è costituito l'ESTAV chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 628 del 15 luglio 2010 è stata accolta la domanda cautelare.

A seguito della riammissione in gara la ricorrente è risultata aggiudicataria del lotto n. 34 del gruppo 1.

All'udienza del 23 febbraio 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. La presente controversia riguarda l'esclusione della ricorrente da una gara per la fornitura di materiale sanitario, disposta per avere presentato una cauzione provvisoria con importo dimezzato senza dichiarare la conformità all'originale della documentazione legittimante la riduzione medesima né allegare copia del documento di identità del sottoscrittore.

1.1 La ricorrente, con primo motivo, lamenta che l'esclusione sia stata disposta in seduta non pubblica e che la Commissione di gara, in tale seduta, fosse composta da un numero parziale di membri.

Con secondo motivo deduce che la copia del documento di identità del sottoscrittore l'offerta e la dichiarazione sostitutiva di conformità fossero contenute nella busta 1, come risulta dall'accertamento condotto dalla Commissione nella seduta pubblica del 12 aprile 2010. In caso di contrasto fra l'accertamento positivo risultante nella seduta pubblica e quello negativo risultante dalla seduta riservata, dovrebbe riconoscersi validità al primo. In ogni caso nel provvedimento di esclusione la stazione appaltante riconoscerebbe che la documentazione era stata prodotta in copia e avrebbe quindi dovuto procedere a regolarizzazione.

1.2 La stazione appaltante replica puntualmente alle deduzioni della ricorrente, sottolineando in particolare che la valutazione dei documenti presentati dei concorrenti in una gara d'appalto ben potrebbe avvenire in seduta riservata, e comunque il provvedimento di esclusione avrebbe avuto carattere vincolato e pertanto non potrebbe disporsi il suo annullamento in base all'art. 21 octies, legge 7 agosto 1990, n. 241. Per questo stesso motivo

sarebbe anche irrilevante il fatto che l'esclusione sia stata disposta dalla Commissione in composizione non completa.

Nella memoria depositata per l'udienza di merito sottolinea che la ricorrente è risultata aggiudicataria di un solo lotto e pertanto, per i lotti restanti, sarebbe venuto meno il suo interesse alla decisione del ricorso.

2. La ricorrente ha interesse alla definizione del ricorso relativamente al lotto di cui risulta aggiudicataria, e in questi termini il ricorso deve essere accolto.

2.1 La Commissione, in seduta riservata e con la partecipazione di alcuni soltanto dei suoi componenti, ha disposto l'esclusione della ricorrente per la mancanza di documentazione inerente l'importo della cauzione provvisoria prestata.

Risulta in tal modo doppiamente violata la normativa in tema di evidenza pubblica.

Anzitutto è stata violata la regola della pubblicità delle operazioni di gara che ha carattere generale, costituendo attuazione del principio di trasparenza di cui all'art. 2, d.lgs. 163/2006 e che può essere derogata unicamente per la valutazione delle offerte tecniche dei concorrenti (C.d.S. V, 31 maggio 2002 n. 3044).

Inoltre è principio consolidato nella giurisprudenza che la Commissione deve operare nella pienezza dei suoi componenti, e se è ammesso che si suddivida in sottocommissioni per svolgere attività istruttorie o preparatorie, le decisioni devono sempre essere assunte dal *plenum* (C.d.S. IV, 12 maggio 2008 n. 2188). La commissione di gara costituisce infatti un collegio perfetto che deve operare con l'interezza dei suoi membri e non con la semplice maggioranza dei componenti, sicché le operazioni propriamente valutative non possono essere delegate a singoli componenti o a sottocommissioni (C.d.S. IV, 05 agosto 2005 n. 4196; C.G.A.R.S. sez. giurisd., 21 luglio 2008 n. 661). Non rileva che nel caso di specie la delibera

di nomina della Commissione le attribuisse la “facoltà di riunirsi in composizione parziale”, poiché tale generica dizione non può che essere interpretata secondo il suddetto principio.

La giurisprudenza citata dalla difesa della stazione appaltante conferma tale interpretazione, poiché limita l'esperibilità della composizione parziale della Commissione alle attività preparatorie ed istruttorie; la sentenza della sezione Sesta del Consiglio di Stato n. 5187/09 riguarda poi una fattispecie diversa da quella in esame, e precisamente l'impugnazione del provvedimento con cui era stato negata ad un film l'attribuzione dell'attestato e quindi del premio di qualità.

Non risulta utilmente invocabile la normativa di cui all'art. 21 octies, l. 241/1990. Anzitutto tale disposizione è fonte di diritto interno, e nell'ordinamento comunitario non è presente un'analoga disposizione che vieti l'annullamento di un provvedimento illegittimo per vizi di forma o procedura, quando trattasi di atto vincolato il cui contenuto non avrebbe potuto essere diverso. Nella specie, d'altra parte, non viene in rilievo un mero vizio di forma o procedura poiché per l'evidenza pubblica le norme sulla pubblicità sono essenziali al fine di garantire gli interessi, sostanziali, della parità di trattamento, trasparenza e libera concorrenza nel mercato. Non appare quindi violata una norma meramente procedimentale.

Infine va sottolineato che il fatto stesso che la valutazione della documentazione presentata dalla ricorrente sia avvenuta in seduta riservata rende incerto il risultato finale del provvedimento impugnato.

2.2 E' fondato anche il secondo motivo di ricorso.

La lettera d'invito, costituente legge speciale di gara, al punto 1, laddove indicava la documentazione da inserire nella busta n. 1, prevedeva anche (lett. c) la cauzione provvisoria “da costituirsi ai sensi dell'art. 75 del d.lgs. 163/2006”. Non vi erano disposizioni specifiche circa le modalità di presentazione della cauzione con importo dimezzato, ed in particolare non

era prevista l'esclusione per il caso in cui la documentazione fosse dichiarata non conforme all'originale, come nel caso di specie. La lettera d'invito operava in proposito un generico rimando al suddetto art. 75, d.lgs. 163/06 il quale, all'ultimo periodo del comma sette, stabilisce che "per fruire di tale beneficio l'operatore economico segnala, in sede di offerta, il possesso del requisito e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti". Neanche da tale disposizione può quindi evincersi una norma che commini l'esclusione per il caso di specie. La stazione appaltante avrebbe perciò dovuto procedere a regolarizzazione, chiedendo la produzione del certificato comprovante il requisito per il dimezzamento dell'importo della cauzione provvisoria in originale o in copia autentica. Non sarebbe stata in tal modo violata la parità di trattamento tra i concorrenti poiché la documentazione era stata prodotta, seppure in modo irregolare, e non vi era una disposizione né nelle norme di gara, né nella legge cui questa rinviava, che comminasse l'esclusione al concorrente il quale avesse prodotto in modo irregolare detta documentazione. L'integrazione è infatti ammessa per quei requisiti che non siano previsti a pena di esclusione, per i documenti comunque presentati nei termini, per i requisiti che non siano reputati essenziali e, infine, in quelle ipotesi in cui vi siano dubbi in ordine alla chiarezza delle clausole riguardanti la documentazione da integrare (T.A.R. Sicilia Catania IV, 29 aprile 2010, n. 1287). La richiesta di regolarizzazione documentale non può invece essere formulata dalla stazione appaltante se vale ad integrare documenti che in base a previsioni univoche del bando o della lettera di invito avrebbero dovuto essere prodotte nei termini a pena di esclusione (C.d.S. IV, 10 maggio 2007 n. 2254), ma non è questo il caso di specie.

3. Il ricorso deve quindi essere accolto, nei sensi di cui in motivazione, con annullamento dei provvedimenti impugnati.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in € 3.000,00

(tremila/00) cui dovranno essere aggiunte le sole somme per CPA e IVA.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie relativamente al lotto n. 34 e lo dichiara improcedibile per il resto, nei sensi di cui in motivazione.

Condanna l'E.S.T.A.V. Sud – Est al pagamento delle spese processuali nella misura di € 3.000,00 (tremila/00), oltre CPA e IVA.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Alessandro Cacciari, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/03/2011

IL SEGRETARIO

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