

N. 00143/2014 REG.PROV.COLL.
N. 01123/2013 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 1123 del 2013, proposto da:

Roche Diagnostics S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Jacopo Recla, Maria Alessandra Bazzani e Riccardo Farnetani, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Firenze, via dei Conti 3;

contro

Estav Sud Est, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Iaria, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Firenze, via dei Rondinelli 2;

per l'annullamento

del verbale di gara in data 5 luglio 2013 della procedura aperta svolta con modalità telematica per la fornitura triennale in locazione "inclusive service" di n. 1 sequenziatore da destinare all'Azienda Ospedaliera Universitaria Senese indetta da Estav, nella parte in cui è stata disposta l'esclusione di Roche Diagnostics S.P.A. della medesima procedura nonché della nota mediante la quale Estav ha comunicato a Roche l'esclusione avvenuta nella suddetta seduta di gara;

della nota mediante la quale Estav, a seguito di osservazioni presentate da

Roche con comunicazione dell'8 luglio 2013, ha confermato il provvedimento di esclusione nonchè, per quanto occorrer possa, per l'annullamento o la dichiarazione di nullità delle norme del Disciplinare di Gara, nelle parti di cui in esposizione nonchè di ogni altro atto ad essi presupposto, consequenziale e comunque connesso; nonchè per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente in conseguenza dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Estav Sud Est;

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 4 dicembre 2013 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 30 e depositato il 31 luglio 2013, la Roche Diagnostics S.p.a. impugna la propria esclusione dalla gara telematica indetta dall'Ente Servizi Tecnico Amministrativi di Area Vasta (di seguito, Estav) Sud Est, con bando del 10 maggio 2013, per la fornitura triennale in locazione di un sequenziatore da destinare all'Azienda Universitaria Senese. Le ragioni del provvedimento sono compendiate nel verbale della commissione di gara del 5 luglio 2013, e nelle successive comunicazioni dell'Estav, in atti, ove si legge che, contrariamente a quanto espressamente stabilito a pena di esclusione dalla *lex specialis*, la garanzia provvisoria presentata dalla odierna ricorrente sarebbe stata carente della clausola di operatività entro quindici giorni a semplice richiesta della stazione appaltante, da cui l'inevitabilità dell'esclusione, a tutela dei principi di

imperatività e della *par condicio*.

1.1. Costituitasi in giudizio l'amministrazione procedente, l'ammissione con riserva della ricorrente alla procedura, già disposta con decreto presidenziale, è stata confermata dal collegio in esito all'udienza camerale del 4 settembre 2013. La causa è stata quindi chiamata per la trattazione del merito nella pubblica udienza del 4 dicembre 2013, e decisa come da dispositivo.

2. La ricorrente Roche Diagnostics deduce, in fatto, di essere in possesso di una cauzione provvisoria munita dei requisiti richiesti dalla stazione appaltante; tuttavia, a causa di un mero errore materiale nel caricamento sulla piattaforma telematica apprestata per la presentazione delle domande di partecipazione (omessa scansione della seconda pagina), il documento rappresentativo della cauzione sarebbe pervenuto all'Estav incompleto proprio nella parte riportante le condizioni di operatività della garanzia.

2.1. Con il primo di tre motivi di gravame, Roche Diagnostics – ribadita la originaria conformità della cauzione provvisoria da essa presentata alle previsioni di cui all'art. 75 co. 4 del D.Lgs. n. 163/2006 ed al disciplinare di gara – afferma pertanto che la stazione appaltante, tempestivamente avvertita dalla ricorrente dell'errore materiale commesso, avrebbe dovuto consentire l'integrazione della documentazione già presentata ed esaminarla nella sua completezza, senza aggravio per la procedura.

2.2. Con il secondo motivo, in via di subordine è invocata la nullità del punto A.3) del disciplinare di gara, nella parte in cui esige a pena di esclusione determinati requisiti della cauzione provvisoria, in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46 co. 1-*bis* del D.Lgs. n. 163/2006 cit..

2.3. Con il terzo motivo, infine, la società ricorrente sostiene che la stazione appaltante avrebbe dovuto verificare se la garanzia da essa offerta presentasse in concreto i contenuti richiesti dal disciplinare, anziché

soffermarsi sulla presunta carenza di un elemento formale, in quanto tale neppure richiesto.

3. Le censure, che saranno esaminate congiuntamente, sono fondate nei termini di seguito precisati.

3.1. Modificando l'ordine di proposizione delle questioni, giova preliminarmente osservare come, a seguito dell'entrata in vigore della novella legislativa che ha introdotto nel Codice dei contratti pubblici il principio della tassatività delle cause di esclusione (comma 1-*bis* aggiunto dal D.L. n. 70/2011 all'art. 46 del Codice), il collegio abbia abbandonato la tradizionale interpretazione, secondo cui la mancata produzione della cauzione provvisoria legittimerebbe l'esclusione dell'impresa concorrente dalla gara nonostante la mancanza di una esplicita disposizione di legge in tal senso, per aderire a una diversa lettura dell'art. 75 del Codice, la cui formulazione letterale – rendendo evidente l'intento di ritenere sanabile o regolarizzabile la mancata prestazione della cauzione provvisoria, al contrario della cauzione definitiva, che garantisce l'impegno più consistente della corretta esecuzione del contratto e giustifica invece l'esclusione dalla gara – non soltanto impedisce alla stazione appaltante, alla luce della novella, di disporre l'esclusione dalla gara dell'impresa concorrente che abbia presentato la cauzione di importo inferiore a quello richiesto, ma impone la regolarizzazione degli atti, ovvero l'integrazione della cauzione insufficiente (si vedano T.A.R. Toscana, sez. I, 28 gennaio 2013, n. 141).

Poiché non vi sono ragioni per discostarsi da tale indirizzo, peraltro confermato in grado d'appello (cfr. Cons. Stato, sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5781), tanto basterebbe per accertare l'illegittimità del provvedimento qui impugnato previa declaratoria di nullità, per violazione dell'art. 46 co. 1-*bis* del Codice dei contratti pubblici, della clausola contenuta al punto A.3) del disciplinare di gara laddove sancisce con l'esclusione l'assenza dei requisiti richiesti per la cauzione provvisoria. Va respinta, del resto,

l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalla difesa dell'Estav con riferimento alla mancata impugnazione della delibera A.V.C.P. n. 4/2012, la quale mostra di ritenere insanabile causa di esclusione la presentazione di cauzione provvisoria non conforme a quanto stabilito dall'art. 75 co. 4 del Codice dei contratti: la vincolatività che l'amministrazione annette a detta delibera ne presuppone, infatti, la valenza regolamentare, con la conseguenza che, in virtù del principio di gerarchia delle fonti, il giudice anche d'ufficio può procedere alla sua disapplicazione per contrasto con la fonte di rango primario, vale a dire con lo stesso art. 75 rivisitato, come si è visto, alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione (sulla disapplicazione c.d. normativa da parte del G.A., da ultimo e per tutte cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 settembre 2013, n. 4778; id., sez. III, 18 ottobre 2012, n. 5363).

3.2. Nondimeno, deve reputarsi fondata anche la prospettazione svolta dal ricorrente in via principale.

Come si ricava dai documenti di causa, la fideiussione rilasciata a Roche Diagnostics dalla Banca Popolare Commercio e Industria S.p.a. a garanzia dell'eventuale mancata sottoscrizione del contratto d'appalto si compone di tre fogli, il secondo dei quali – quello inizialmente non trasmesso alla stazione appaltante – contiene le “condizioni della garanzia”. Il primo e il terzo foglio contengono invece, rispettivamente: una premessa descrittiva dell'oggetto della gara indetta dall'Estav Sud Est e delle disposizioni di legge applicabili, e un rinvio all'allegata “scheda tecnica”, seguiti dall'assunzione di impegno del garante e dalla sua dichiarazione di costituirsi fideiussore solidale “ai sensi e per gli effetti dell'art. 75 del D.Lgs. 163/2006 e della relativa normativa di attuazione” in favore dell'Estav nell'interesse di Roche Diagnostics, fino all'importo massimo garantito di euro 2.100,00; la già menzionata “scheda tecnica”, sottoscritta dalla ricorrente e dal fideiussore e riportante i dati e le informazioni necessarie

all'attivazione della garanzia (contraente, beneficiario della garanzia, descrizione dell'appalto, importo garantito, durata della garanzia e facoltà di rinnovo), unitamente alla reciproca "accettazione incondizionata di tutte le condizioni contenute nella fidejussione stessa" da parte dei contraenti.

Se così è, vi sono tutti gli elementi per affermare che i soli documenti *ab origine* allegati all'offerta della ricorrente fossero pienamente sufficienti a giustificare – e legittimare – una richiesta di chiarimenti e integrazioni da parte della stazione appaltante. Da un lato, il primo foglio della fideiussione non reca alcuna sottoscrizione, e neppure riporta la disciplina del rapporto di garanzia, e questo stride sia con la sottoscrizione presente sulla scheda tecnica (in quanto "allegato" essa presuppone, secondo un criterio di normalità, l'esistenza del negozio fideiussorio come documento separato ed autonomamente sottoscritto); sia, e ancora di più, con il rinvio fatto dalla stessa scheda tecnica a "tutte le condizioni" contenute nella fideiussione: in mancanza del secondo foglio, tale rinvio risulta infatti obiettivamente incomprensibile e costituisce chiaro indizio di un possibile errore materiale di trasmissione dei documenti da parte dell'odierna ricorrente. Ha dunque errato l'Estav Sud Est nel non attivare il potere/dovere di soccorso istruttorio, giacché, a fronte di una documentazione (parziale, ma) di per sé idonea a fornire un serio principio di prova circa il possesso del requisito di partecipazione, trova applicazione il principio invalso, in forza del quale l'amministrazione non può pronunciare l'esclusione dalla gara, ma è tenuta a richiedere al partecipante di integrare e chiarire il contenuto di un documento già presente, costituendo tale attività acquisitiva un ordinario modo di procedere (l'art. 46 co. 1 del Codice dei contratti pubblici non fa che ripetere la regola generale che si ricava dall'art. 6 co. 1 lett. b) della legge n. 241/1990), ispirato all'esigenza di far prevalere la sostanza sulla forma, senza che questo implichi alcuna compromissione della *par condicio* (per tutte, cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2011, n. 6965, e i precedenti

ivi citati). Ed è evidente che, ove avesse dato seguito alle sollecitazioni dell'interessata, l'Estav avrebbe potuto agevolmente verificare la perfetta conformità al disciplinare di gara della garanzia presentata da Roche Diagnostics.

4. Alla stregua di tutte le considerazioni esposte, e in accoglimento del ricorso, l'impugnato provvedimento di esclusione deve essere annullato.

Le spese di lite seguono la soccombenza, e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato.

Condanna il resistente ESTAV Sud Est alla rifusione delle spese processuali, che liquida in complessivi euro 3.000,00, oltre agli accessori di legge.

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

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

Paolo Buonvino, Presidente

Gianluca Bellucci, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/01/2014

IL SEGRETARIO

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