

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il TAR CALABRIA di REGGIO CALABRIA ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 249 del 2009, proposto da:
XXX di M.G., in persona dell'omonimo titolare, rappresentato e difeso dall'avv.
N.C., con domicilio eletto in Reggio Calabria presso lo studio di questi, via
P., n.x;

contro

Azienda Ospedaliera ZZZ di Reggio Calabria, in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti A.C. e G.F., con domicilio
eletto in Reggio Calabria presso l'Ufficio legale dell'Ente, via P.S.S. n.x;

nei confronti di

della Commissione di gara costituita presso l'Azienda Ospedaliera ZZZ di Reggio
Calabria per l'aggiudicazione della "Procedura aperta per la realizzazione della
banca del cordone ombelicale e terapie cellulari", in persona del suo designato
Presidente, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla procedura aperta per la
realizzazione della banca del cordone ombelicale e terapie cellulari, adottato
dal Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera ZZZ il 18 marzo 2009, prot. n.
69 (prot. gen. n. 7577 del 20.3.2009);

nonché, per quanto occorra, del bando e del disciplinare di gara, per evidente
contrasto con il dettato normativo fissato dal codice dei contratti pubblici;

e, in via subordinata, per ottenere il risarcimento dei danni conseguenti
all'illegittima esclusione, nella misura di € 150.000,00, o in quella maggiore o
minore determinata dal Tribunale, o in via di ulteriore subordine nella misura
del 10% dell'offerta;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera ZZZ di Reggio
Calabria;

Vista l'ordinanza di questo Tribunale n. 37 del 21 maggio 2009, di fissazione
dell'udienza pubblica di discussione nel merito della causa, ai sensi dell'art.
23 bis, comma 3, della legge n. 1034/1971;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 luglio 2009 il dott. Giuseppe Caruso
e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con atto notificato e depositato il 30 aprile 2009, l'Impresa di costruzioni XXX
impugna il provvedimento del Direttore generale dell'Azienda Ospedaliera ZZZ di
Reggio Calabria del 18 marzo 2009, prot. n. 69 (prot. gen. n. 7577 del
20.3.2009), che dispone la sua esclusione dalla "Procedura aperta per la
realizzazione della banca del cordone ombelicale e terapie cellulari", di cui al
bando pubblicato nel supplemento alla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea S46
del 6 marzo 2008. Impugna altresì, per quanto occorra, il bando e il
disciplinare di gara. Chiede, in via subordinata, il risarcimento dei danni
conseguenti all'illegittima esclusione, nella misura di € 150.000,00, o in
quella maggiore o minore determinata dal Tribunale, o in via di ulteriore
subordine nella misura del 10% dell'offerta.

La ricorrente fa presente di essere stata l'unica partecipante alla gara in
questione, risultando esclusa per "la mancata presentazione, in sede di verifica
dei requisiti effettuata ai sensi dell'art. 48 del codice degli appalti, dei
seguenti documenti:

dichiarazione a firma autentica del rappresentante legale che attesti
l'adempimento degli obblighi in materia di sicurezza previsti dalla normativa
vigente;

dichiarazione a firma autentica del rappresentante legale dalla quale risulti la
regolarità in materia di diritto del lavoro dei disabili".

Avverso il provvedimento di esclusione, la ricorrente fa valere i seguenti
motivi:

I) Violazione del paragrafo 21 del disciplinare di gara e dell'art. 48, comma 1, del D.Lg.vo n. 163/2006.

Il controllo "a campione" prescritto dall'art. 48, comma 1, del D.Lg.vo n. 163/2006 atterrebbe solo ai requisiti di ordine speciale, come previsto pure dal disciplinare di gara. I requisiti di ordine generale sarebbero oggetto di verifica solo ai sensi del secondo comma dell'art. 48, cit., prima dell'aggiudicazione definitiva.

II) Eccesso di potere per erroneo convincimento dell'esistenza di causa di esclusione ex art. 48, comma 1, del D.Lg.vo n. 163/2006.

Sarebbe erroneo il convincimento maturato dall'amministrazione in ordine alla sussistenza di una causa di esclusione della ricorrente dalla gara, ex art. 48, comma 1, del D.Lg.vo n. 163/2006.

III) Eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti e degli atti.

La mera mancata conferma delle dichiarazioni già prestate sarebbe causa di esclusione solo nell'ipotesi disciplinata dall'art. 48, comma 2, del D.Lg.vo n. 163/2006.

IV) Violazione dell'art. 48 del D.Lg.vo n. 163/2006.

Se il bando di gara dovesse interpretarsi nel senso di imporre, in base alla disposizione in epigrafe, ai concorrenti sorteggiati di comprovare tutti i requisiti di partecipazione, lo stesso sarebbe illegittimo per violazione dell'art. 48 medesimo.

Il ricorrente conclude, anche con successiva memoria, per l'accoglimento del gravame.

L'amministrazione intimata si è costituita in giudizio ed ha sostenuto la piena legittimità del proprio operato, chiedendo la reiezione del ricorso.

La causa è stata assunta in decisione nella pubblica udienza dell'1 luglio 2009.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

La ricorrente Impresa XXX è stata esclusa dalla "Procedura aperta per la realizzazione della banca del cordone ombelicale e terapie cellulari", posta in essere dall'Azienda Ospedaliera ZZZ di Reggio Calabria, per "la mancata presentazione, in sede di verifica dei requisiti effettuata ai sensi dell'art. 48 del codice degli appalti, dei seguenti documenti:

dichiarazione a firma autentica del rappresentante legale che attesti l'adempimento degli obblighi in materia di sicurezza previsti dalla normativa vigente;

dichiarazione a firma autentica del rappresentante legale dalla quale risulti la regolarità in materia di diritto del lavoro dei disabili".

La ricorrente lamenta con il I) e il II) motivo che dette dichiarazioni non rientrano tra la documentazione cui si riferisce l'art. 48, comma 1, imponendone la produzione immediata alle imprese sorteggiate e che in tal senso dispone pure la lex specialis della gara.

Siffatte censure vanno condivise.

L'art. 48 del D.Lg.vo n. 163/2006 dispone al comma 1 che "Le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'art. 6 comma 11. L'Autorità dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento".

La disposizione attiene dunque, come già l'identico testo del previgente art. 10 della legge n. 109/1994, all'accertamento della sussistenza del possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa (non di quelli generali di partecipazione) e domanda al bando di gara sia la precisazione di detti requisiti, sia della relativa documentazione (cfr. T.A.R. Veneto, I, 13 marzo 2009, n. 608).

Nel caso di specie il disciplinare di gara prevede (paragrafo 14) che "la commissione amministrativa di gara dopo aver aperto la documentazione amministrativa prodotta dai concorrenti procederà a: ...

i) sorteggiare ex art. 48, comma 1, D.Lg.vo 163/2006 un numero pari al 10% del numero delle offerte ammesse arrotondato all'unità superiore, per la verifica della cifra d'affari realizzata nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, non inferiore a tre volte l'importo a base di gara, ai sensi dell'art. 3, comma 5, D.P.R. 34/2000 e per la verifica dei requisiti di progettazione di cui al successivo paragrafo 16, punto 2, lett. a e b);

J) richiedere ai concorrenti sorteggiati di esibire, entro il termine perentorio di dieci giorni dalla data di ricevimento alla richiesta, la documentazione indicata dal successivo paragrafo 21 del presente 'Disciplinare di gara' attestante il possesso dei requisiti di cui al precedente punto".

Il paragrafo 21 del Disciplinare di gara è rubricato "Verifiche ai sensi dell'art. 48 del D.Lg.vo 163/2006" e si occupa innanzi tutto delle imprese sorteggiate ai sensi dell'art. 48, comma 1, del D.Lg.vo n. 163/2006, disponendo che esse "dovranno comprovare il possesso dei requisiti di ordine speciale (capacità economico finanziaria) mediante la produzione della documentazione probatoria entro 10 giorni dal ricevimento via fax della richiesta dell'Azienda ospedaliera.

Ne discende, con ogni evidenza, che la documentazione in questione è quella attinente ai requisiti di ordine speciale (capacità economico finanziaria), puntualmente precisata dal paragrafo 14, lett. i), del Disciplinare di gara.

Solo successivamente il paragrafo 21 passa, invece, alle "Verifiche successive alla conclusione delle operazioni di gara", prescrivendo che l'Azienda, entro 10 giorni da detta conclusione verifichi l'insussistenza in capo all'aggiudicatario ed al concorrente che lo segue in graduatoria, dei requisiti di ordine generale e dell'insussistenza di cause di esclusione. Nell'ambito della documentazione che l'aggiudicatario ed il concorrente che lo segue in graduatoria devono produrre sono ricomprese le due dichiarazioni - relative a requisiti di ordine generale - delle quali è stata contestata alla ricorrente la mancata produzione, con conseguente esclusione dalla gara (dichiarazione a firma autentica del rappresentante legale che attesti l'adempimento degli obblighi in materia di sicurezza previsti dalla normativa vigente; dichiarazione a firma autentica del rappresentante legale dalla quale risulti la regolarità in materia di diritto del lavoro dei disabili).

Tutto ciò posto, appare palese l'illegittimità dell'operato dell'amministrazione che, in evidente contrasto con l'art. 48 del D.Lg.vo n. 163/2006 e, soprattutto, con il chiaro e puntuale combinato disposto dei paragrafi 14, lett. i) e J), e 21 del Disciplinare di gara, ha disposto l'esclusione della ricorrente dalla gara per asserita mancata produzione di dichiarazioni che essa non aveva alcun obbligo di produrre.

Ciò, oltre tutto, in un procedura nella quale la ricorrente è stata unica partecipante, sicché sarebbe dubbia la stessa sussistenza, a monte, dei presupposti logici e di utilità concreta per attivare la procedura di controllo ex art. 48, comma 1, del D.Lg.vo n. 163/2006.

In relazione a quanto precede, il ricorso si appalesa fondato - rimanendo assorbite le restanti censure - e va dunque accolto nella sua parte impugnatoria, con conseguente annullamento dell'impugnato provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara de qua. Non è invece accoglibile, allo stato, la domanda risarcitoria, atteso che a seguito dell'esecuzione della presente sentenza la ricorrente potrà ottenere il bene della vita cui sostanzialmente aspira e, comunque, non ha al momento comprovato alcun danno risarcibile.

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

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, accoglie, ai sensi di cui in motivazione, il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato.

Condanna l'Azienda Ospedaliera ZZZ alla rifusione delle spese di giudizio a favore della ricorrente, forfetariamente liquidate in € 4.000,00, oltre IVA e CPA, come per legge.

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