

N. 00023/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 00850/2010 REG.RIC.



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 la Lombardia**  
**sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 850 del 2010, proposto da:  
Gnoli Group Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Rossana Iannelli,  
con domicilio eletto presso Rossana Iannelli in Brescia, Corso  
Palestro, 50;

***contro***

Azienda Ospedaliera "Ospedali Riuniti di Bergamo", rappresentata e  
difesa dall'avv. Roberto Massari, con domicilio eletto presso Roberto  
Massari in Brescia, Via Einaudi, 26;

***nei confronti di***

Demax Depositi e Trasporti Spa, non costituitasi in giudizio;

***per l'annullamento***

- DELLA DELIBERAZIONE DEL DIRETTORE GENERALE  
IN DATA 21/6/2010 N. 806, RECANTE L'ESCLUSIONE

DELLA RICORRENTE DALLA GARA PER L'AFFIDAMENTO  
IN OUTSOURCING DEL SERVIZIO DI LOGISTICA DEL  
MATERIALE ALBERGHIERO E SANITARIO  
DELL'AZIENDA;

- DEI VERBALI DI GARA DEL 24/5/2010 E DEL 14/6/2010 E  
DELLA CONFERMA DELL'ESCLUSIONE DISPOSTA CON  
NOTA DEL 23/7/2010;

in via subordinata: DEI PUNTI III.2.2 E III.2.3 DEL BANDO DI  
GARA;

in via ulteriormente subordinata: DEGLI ATTI DI GARA PER  
L'ILLEGITTIMA ABBREVIAZIONE DEI TERMINI DI  
PRESENTAZIONE DELLE DOMANDE;

e per la condanna

AL RISARCIMENTO DEL DANNO PATTO.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2010 il dott.  
Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel  
verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

La presente sentenza viene redatta, per quanto possibile,

nell'ordinaria forma semplificata prescritta dall'art. 120 comma 10 del Codice del processo amministrativo, in virtù del quale "Tutti gli atti di parte e i provvedimenti del giudice devono essere sintetici e la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all'articolo 74", che disciplina appunto la pronuncia in forma semplificata.

La ricorrente riferisce di aver partecipato alla procedura selettiva per l'affidamento in outsourcing del servizio di logistica del materiale alberghiero e sanitario presso la nuova sede dell'Ospedale di Bergamo.

Il sistema di aggiudicazione previsto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un contratto di 6 anni rinnovabili con importo complessivo presunto di 9.720.000 € IVA esclusa.

Espone in punto di fatto Gnoli Group che il bando richiedeva – tra i requisiti di capacità economica e finanziaria di cui al punto III.2.2 – "la realizzazione, nell'ultimo triennio (2006-2007-2008), di un fatturato per servizi analoghi prestati presso strutture sanitarie pubbliche o private, pari a 3.000.000 EURO ..." oltre IVA.

L'esclusione è stata disposta con atto del direttore generale 21/6/2010 n. 806, adducendo che la Società sarebbe priva dei requisiti, poiché "... ha in corso dai primi anni 2000 contratti con l'azienda ARTSANA Spa di Grandate (CO) per la logistica e la distribuzione di materiale parafarmaceutico e sanitario", mentre il bando stesso richiedeva, senza dar adito ad equivoci, "elenco dei

principali servizi, analoghi a quello oggetto di gara, prestati nell'ultimo triennio (2006, 2007, 2008) in strutture sanitarie pubbliche e private, con indicazione degli importi, delle date e dei destinatari degli stessi; in altri termini: contratti stipulati direttamente con strutture sanitarie pubbliche o private”.

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione la ricorrente impugna gli atti in epigrafe, deducendo i seguenti motivi di diritto:

- a) Violazione e falsa applicazione dei punti III.2.2 e III.2.3 del bando di gara, degli artt. 41 e 42 del D. Lgs. 163/2006, della direttiva 2004/18/CE, del principio del favor participationis, eccesso di potere per sviamento ed illogicità manifesta, poichè la lex specialis valorizzava tutti i servizi analoghi a quello oggetto di gara aventi per destinatari finali le strutture sanitarie;
- b) In via graduata, inosservanza del principio del favor participationis in presenza di una clausola dubbia;
- c) In via subordinata, illegittimità del bando per violazione delle norme già elencate e dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e libera concorrenza, ove interpretato nel senso di esigere la diretta stipulazione del contratto con le strutture sanitarie;
- d) In via ulteriormente subordinata, violazione degli artt. 55 e 70 comma 11 lett. a) del D. Lgs. 163/2006, eccesso di potere per sviamento, poichè l'attivazione della procedura d'urgenza non era giustificata da un'adeguata motivazione sulle circostanze realmente

impreviste.

La ricorrente chiede la riparazione in forma specifica o in via subordinata per equivalente, con risarcimento della perdita di chance. Si è costituita in giudizio l'Azienda Ospedaliera, chiedendo la reiezione del gravame.

In punto di fatto precisa che il requisito richiesto si collega alla gestione della logistica ospedaliera svolta in Ospedali pubblici e/o cliniche private, non assimilabile alla logistica presa in carico presso una Società privata che produce presidi sanitari, non comprendenti tutti quelli di una grande struttura sanitaria: si registra un sensibile divario in termini di ampiezza, complessità ed organizzazione, con un "gap" qualitativo tra i due diversi sistemi.

Con ordinanza n. 642, adottata nella Camera di consiglio del 2/9/2010, questo Tribunale ha motivatamente accolto la domanda incidentale di sospensione degli atti impugnati.

Alla pubblica udienza del 16/12/2010 il ricorso veniva chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

#### DIRITTO

Il gravame è fondato e deve essere accolto, per le ragioni di seguito esplicitate.

1. Con il primo motivo la ricorrente deduce la violazione e falsa applicazione dei punti III.2.2 e III.2.3 del bando di gara, degli artt. 41 e 42 del D. Lgs. 163/2006, della direttiva 2004/18/CE, del principio del favor participationis, l'eccesso di potere per sviamento ed

illogicità manifesta, poichè la *lex specialis* valorizzava tutti i servizi analoghi a quello oggetto di gara aventi per destinatari finali le strutture sanitarie. Espone Gnoli Group di aver svolto, per conto della Società Artsana, attività rispondenti alle caratteristiche richieste dal bando per il servizio di logistica e distribuzione di materiale parafarmaceutico e sanitario, di cui beneficiano le strutture sanitarie pubbliche e private. Rileva inoltre che il “servizio analogo” non va confuso con il “servizio identico”, e pertanto non poteva esigersi – e tra l’altro non esisteva una prescrizione in tal senso nel bando – un contratto diretto con le strutture sanitarie.

La censura è fondata.

1.1 L’Azienda afferma che l’aggiudicatario dovrà sovrintendere alla movimentazione dell’intera dotazione ospedaliera, comprendente tutto quanto è necessario per far funzionare i reparti e i servizi amministrativi, mentre la ricorrente vanterebbe la gestione della sola logistica a favore di Artsana, che produrrebbe solo alcuni degli articoli e dei prodotti in uso in Ospedale e sarebbe priva della complessa dotazione necessaria per far funzionare una grande struttura sanitaria pubblica.

Detto ordine di idee non può essere condiviso.

1.2 E’ anzitutto inaccettabile la decisione di valorizzare soltanto contratti stipulati direttamente con Aziende sanitarie pubbliche e private. Posto che il bando richiedeva un fatturato minimo per i servizi analoghi prestati in strutture sanitarie pubbliche o private – e

dunque non si preoccupava del meccanismo giuridico che abilitava le imprese ad eseguire le prestazioni assunte come utili – la stazione appaltante era tenuta ad ammettere alla competizione tutti i soggetti capaci di dimostrare l'acquisizione della necessaria esperienza, a prescindere dal titolo giuridico sottostante.

1.3 Il Collegio può richiamare sul punto l'indirizzo della Corte di Giustizia e della giurisprudenza interna – adattabile al caso di specie – che consente ad un prestatore di comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara di appalto pubblico di servizi facendo riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi: l'unica condizione posta dal giudice comunitario è la dimostrazione dell'effettiva disponibilità dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto attraverso l'attestazione di rapporti giuridici all'uopo idonei, spettando al giudice nazionale valutare se tale prova sia stata correttamente fornita (Corte di Giustizia CE, sez. V – 2/12/1999 n. 176; Consiglio di Stato, sez. VI – 17/9/2003 n. 5287; sentenze Sezione 9/12/2008 n. 1727; 18/6/2004 n. 665).

1.4 Nella memoria del 31/8/2010 la ricorrente si riporta alla propria domanda di partecipazione (prodotta in atti), nella quale ha attestato lo svolgimento del servizio di logistica, trasporto, distribuzione di materiale parafarmaceutico e sanitario dalle piattaforme di Passirano, Genova-Pontedecimo, Torino, Asti e Vigonza nelle strutture ospedaliere di Piemonte, Liguria, Triveneto e Lombardia orientale. Il

mandante delle prestazioni era la Società Artsana ma i destinatari finali erano le strutture sanitarie pubbliche e private valorizzate dal bando, e ben quattro presidi coinvolti erano dotati di almeno 600 posti letto.

In buona sostanza la ricorrente ha dichiarato sotto la propria responsabilità il possesso del requisito prescritto dalla lex specialis, e ciò era sufficiente ad ottenere l'ammissione al confronto comparativo, salva specifica e puntuale verifica da parte dell'Azienda della corrispondenza al vero di quanto attestato: non è sufficiente al riguardo l'obiezione avanzata dal legale nella dinamica del contenzioso innanzi al Tribunale, dovendo l'amministrazione effettuare indagini puntuali e fornire elementi circostanziati idonei a smentire quanto affermato dalla ricorrente.

2. E' parimenti fondata la seconda censura sollevata, in quanto questo Tribunale (sentenza 12/6/2009 n. 1204) ha già sottolineato che – per la dimostrazione della capacità tecnica ed in particolare nella scelta del fatturato minimo da provare – “rientra nella discrezionalità tecnica dell'amministrazione aggiudicatrice stabilire quali tra le modalità elencate siano utili nelle singole procedure di gara, a seconda della natura, della quantità, dell'importanza e dell'uso dei servizi o delle forniture. Tuttavia una volta scelto un particolare requisito ne deve essere data un'interpretazione ampia per non creare un'eccessiva compressione della concorrenza. Per quanto riguarda il fatturato, l'art. 42 comma 1 lett. a) del Dlgs. 163/2006, interpretato

coerentemente con i principi comunitari, non limita la possibilità di partecipazione ai soli soggetti economici che abbiano già prestato i medesimi servizi o forniture. Il concetto di servizio analogo, e parimenti quello di fornitura analoga, deve essere inteso non come identità ma come similitudine tra le prestazioni (v. TAR Torino Sez. II 16 gennaio 2008 n. 40), tenendo conto che l'interesse pubblico sottostante non è certamente la creazione di una riserva a favore degli imprenditori già presenti sul mercato ma al contrario l'apertura del mercato attraverso l'ammissione alle gare di tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità ....”.

A fortiori, in presenza di un'incertezza sulla portata di una regola di gara, deve essere privilegiata l'interpretazione che consente la più ampia partecipazione di imprese alla competizione.

3. In conclusione il gravame è fondato e deve essere accolto, restando assorbiti gli ulteriori motivi dedotti.

4. L'effetto conformativo della sentenza deve ritenersi soddisfacente per la ricorrente, la quale può risultare vincitrice all'esito della riedizione del potere amministrativo, e non sussiste allo stato un'altra utilità che debba essere riconosciuta con lo strumento risarcitorio. Né potrebbe essere accordato alcun ristoro per la chance perduta, la quale viene tempestivamente rigenerata con la rinnovazione (totale o parziale) della procedura selettiva.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come

da dispositivo a carico della stazione appaltante, mentre possono essere compensate nei confronti della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) accoglie il ricorso in epigrafe, e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati che hanno disposto l'esclusione della ricorrente dalla gara.

Condanna l'Azienda Ospedaliera a corrispondere alla ricorrente la somma di € 3.100 a titolo di spese, competenze ed onorari di difesa, oltre ad oneri di legge.

Condanna altresì l'amministrazione soccombente a rifondere alla ricorrente le spese del contributo unificato, ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis del D.P.R. 30/5/2002 n. 115.

Spese compensate nei confronti della controinteressata.

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

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Primo Referendario, Estensore

Francesco Gambato Spisani, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/01/2011

IL SEGRETARIO

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