



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 Emilia Romagna**  
**sezione staccata di Parma (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 156 del 2003 proposto da Omnia Medica S.r.l., in persona del legale rappresentante Gian Luigi Giordani, in proprio e quale capogruppo del costituendo raggruppamento di imprese con la Imaging S.r.l. e la Giordani S.r.l., difesa e rappresentata dall'avv. Andrea Zanetti e dall'avv. Aldo Michele Colli, e presso quest'ultimo elettivamente domiciliata in Parma, via N. Sauro n. 25;

***contro***

l'Azienda U.S.L. di Parma, in persona del Direttore generale p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Palladini e presso lo stesso elettivamente domiciliata in Parma, vicolo dei Mulini n. 6;

***nei confronti di***

Gemini Medicina Specialistica S.r.l., in persona del legale rappresentante Barbara Campanini, difesa e rappresentata dall'avv. Alberto Bertora e dall'avv. Antonio De Luca, e presso gli stessi

elettivamente domiciliata in Parma, via Farini n. 35;

***per l'annullamento***

della deliberazione del Direttore generale dell'Azienda U.S.L. di Parma n. 9 del 24 gennaio 2003, recante l'aggiudicazione alla Gemini Medicina Specialistica S.r.l. del contratto di "*acquisizione di prestazioni sanitarie di diagnostica per immagini*";

della deliberazione del Direttore generale dell'Azienda U.S.L. di Parma n. 595 del 19 novembre 2002, recante l'approvazione della lettera di invito alla licitazione privata per la "*acquisizione di prestazioni sanitarie di diagnostica per immagini*";

del verbale prot. n. 3439 del 13 novembre 2002;

del verbale di gara n. 1, prot. n. 4097, del 23 dicembre 2002;

- in via subordinata e *in parte qua* - del bando di gara del 14 ottobre 2002 per la "*acquisizione di prestazioni sanitarie di diagnostica per immagini*", indetto dall'Azienda U.S.L. di Parma;

.....per l'accertamento.....

della nullità del contratto d'appalto stipulato dall'Azienda U.S.L. di Parma con la Gemini Medicina Specialistica S.r.l.;

.....per la condanna.....

dell'Azienda U.S.L. di Parma al risarcimento del danno, anche in forma specifica.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda U.S.L. di Parma e della Gemini Medicina Specialistica S.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive

difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore il dott. Italo Caso;

Uditi, per le parti, alla pubblica udienza del 9 marzo 2011 i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

### FATTO

Riferisce la società ricorrente che con bando di gara del 14 ottobre 2002 l'Azienda U.S.L. di Parma indiceva una licitazione privata, ai sensi del d.lgs. n. 157 del 1995, per la “*acquisizione di prestazioni sanitarie di diagnostica per immagini*”; che all'esito della gara, con deliberazione del Direttore generale dell'Azienda U.S.L. di Parma n. 9 del 24 gennaio 2003, l'appalto veniva aggiudicato alla Gemini Medicina Specialistica S.r.l., essendo la ricorrente, quale capogruppo del costituendo raggruppamento di imprese con la Imaging S.r.l. e la Giordani S.r.l., l'unica altra concorrente che avesse presentato offerta; che, avendo accertato in capo all'impresa aggiudicataria vari profili di irregolarità – tali da doverne precluderne l'ammissione alla procedura selettiva –, la ricorrente formulava all'ente appaltante una richiesta di annullamento in autotutela dell'atto di aggiudicazione, ma senza riceverne risposta.

Ritenendo illegittimo l'esito della gara, l'interessata ha adito il giudice amministrativo. Deduce:

1) Violazione della *lex specialis* della gara e del Capitolato generale per la fornitura di beni e servizi dell'Azienda U.S.L., approvato con

deliberazione n. 594 del 29 maggio 1998. Violazione della *par condicio*.

L'offerta della Gemini Medicina Specialistica S.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché non corredata della copia del capitolato speciale sottoscritto dal legale rappresentante dell'impresa. Si trattava, in effetti, di obbligo scaturente dalla prescrizione contenuta nella lettera di invito, da sanzionare con l'esclusione dalla gara ai sensi del combinato disposto dell'art. 13 del capitolato speciale e dell'art. 4 del capitolato generale, e comunque di portata tale da richiedere in sé un vincolo formale la cui inosservanza non poteva che dare luogo all'estromissione dal concorso.

2) Eccesso di potere per travisamento dei fatti.

Il verbale n. 1, prot. n. 4097, del 23 dicembre 2002 dà per presentato dalla Gemini Medicina Specialistica S.r.l. il capitolato speciale sottoscritto. In realtà, come la ricorrente ha verificato previo accesso agli atti di gara, ciò non è avvenuto, e quindi il verbale risulta viziato da travisamento dei fatti, con conseguente illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore di quella ditta.

3) Violazione del bando di gara. Violazione di legge per violazione e falsa applicazione dell'art. 13, comma 1, lett. c), dell'art. 14, comma 1, lett. a) e dell'art. 22, comma 1, del d.lgs. n. 157/1995. Violazione della *par condicio*. Eccesso di potere per illogicità.

Il bando richiedeva ai concorrenti di indicare i servizi analoghi svolti nel triennio 1999, 2000 e 2001, mentre la Gemini Medicina Specialistica S.r.l. effettuava una simile dichiarazione per il solo anno 2001, così rivelando di essere priva della necessaria esperienza

triennale prescritta dal bando ai fini dell'ammissione alla gara. Che la previsione del bando fosse posta a pena di esclusione si ricava dalla *ratio* della disposizione, applicativa del disposto degli artt. 13, 14 e 22 del d.lgs. n. 157 del 1995, in tema di requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica, necessari per l'ammissione ad una licitazione privata. L'esclusione dalla gara, peraltro, avrebbe dovuto fare séguito anche al dovere di rispetto della *par condicio* dei concorrenti e alla necessità di non rendere illogica una disposizione della *lex specialis* altrimenti priva di significato.

4) Ulteriore violazione del bando di gara.

Altre ragioni di inammissibilità dell'offerta della Gemini Medicina Specialistica S.r.l. derivano dalla mancata apposizione, sulla busta, della prescritta dicitura "*ammissione gara per prestazioni sanitarie di diagnostica per immagini?*" (richiesta dal bando di gara), nonché dalla carenza della dichiarazione di cui al punto 13.i del bando, mentre la dichiarazione richiesta al punto 13.b risultava richiamare una norma diversa da quella indicata dal bando.

5) Violazione di legge per violazione e falsa applicazione dell'art. 13, comma 1, lett. c), dell'art. 14, comma 1, lett. a) e dell'art. 22, comma 1, del d.lgs. n. 157/1995. Violazione della *par condicio*. Eccesso di potere per irragionevolezza.

Se la *lex specialis* della gara fosse da intendere nel senso che lo svolgimento dei servizi analoghi per tutto il triennio 1999/2001 non era previsto a pena di esclusione, sarebbe allora illegittimo *in parte qua* il bando per falsa applicazione degli artt. 13, 14 e 22 del d.lgs. n. 157

del 1995. Si consentirebbe, infatti, la partecipazione di imprese prive dei requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria prescritti dalle legge, ma si darebbe anche luogo a previsioni lesive della *par condicio* dei concorrenti e inficiate da evidente irragionevolezza.

Conclude dunque la società ricorrente per l'annullamento *in parte qua* degli atti di gara, per l'accertamento della nullità del contratto d'appalto stipulato dall'Azienda U.S.L. di Parma con la Gemini Medicina Specialistica S.r.l., nonché per la condanna dell'Azienda U.S.L. di Parma al risarcimento del danno, anche in forma specifica.

Si sono costituite in giudizio l'Azienda U.S.L. di Parma e la Gemini Medicina Specialistica S.r.l., opponendosi all'accoglimento del ricorso.

All'udienza del 9 marzo 2001, ascoltati i rappresentanti delle parti, la causa è passata in decisione.

## DIRITTO

Risultata soccombente nella licitazione privata indetta dall'Azienda U.S.L. di Parma, ai sensi del d.lgs. n. 157 del 1995, per la "*acquisizione di prestazioni sanitarie di diagnostica per immagini*", la società ricorrente impugna gli atti di gara, ed in particolare lamenta l'indebita ammissione alla selezione della Gemini Medicina Specialistica S.r.l., aggiudicataria dell'appalto. Imputa alla stessa di avere omesso la produzione del capitolato speciale sottoscritto per accettazione, di non possedere il requisito della prestazione di servizi analoghi per l'intero triennio precedente, di avere mancato di apporre sulla busta la prescritta dicitura "*ammissione gara per prestazioni sanitarie di diagnostica per immagini*" e di avere altresì reso altre dichiarazioni con modalità

diverse da quelle previste del bando; rimprovera, poi, alla stazione appaltante di non avere sanzionato simili irregolarità, ma anche di avere erroneamente verbalizzato le operazioni relative alla verifica dell'avvenuto deposito del capitolato speciale sottoscritto per accettazione e, in via subordinata, di avere emanato un bando di gara privo del requisito dello svolgimento di servizi analoghi per l'intero triennio precedente. Di qui la richiesta di annullamento *in parte qua* degli atti di gara, di accertamento della nullità del contratto d'appalto stipulato con la controinteressata e di condanna dell'Azienda U.S.L. di Parma al risarcimento del danno, anche in forma specifica.

Va premesso che, in mancanza di una disciplina generale e completa dell'esclusione delle offerte dalle gare per l'affidamento di contratti pubblici, la giurisprudenza (v., per tutte, Cons. Stato, Sez. V, 11 dicembre 2007 n. 6410) ha elaborato criteri operativi riconducibili ad alcuni principi-guida, in particolare fondati sul rilievo che l'esclusione deve essere espressamente comminata da una previsione della *lex specialis* di gara e non può dipendere, genericamente, dalla violazione di una qualsiasi prescrizione del bando; che, una volta adottata, la prescrizione concernente la previsione dell'esclusione non può essere disapplicata dalla stazione appaltante, ferma restando la sindacabilità giurisdizionale della legittimità della clausola, sotto i profili della ragionevolezza e della proporzionalità; che, tuttavia, anche in mancanza di una previsione esplicita di esclusione, l'offerta non è ammissibile quando sia concretamente riscontrabile una carenza "essenziale" del suo contenuto o delle sue modalità di presentazione;

che, peraltro, tale eventualità, incidendo sulla trasparenza delle regole della gara e sul principio di massima apertura della partecipazione, va considerata “eccezionale”, e deve risultare chiara ed evidente; che, di conseguenza, l’esclusione di un concorrente da una gara pubblica deve essere disposta tutte le volte in cui non risulti osservata una clausola espressamente posta a pena di esclusione e, solo eccezionalmente, anche nel caso in cui tale previsione manchi, ove dal contesto della *lex specialis* di gara emerga con palese evidenza che il mancato rispetto di alcune clausole comporti, comunque ed inevitabilmente in ragione del loro contenuto, l’esclusione anche senza un’espressa previsione in tal senso; che, invero, l’esatta e analitica delimitazione del concetto di carenza essenziale non è univoca e consolidata, per dovervisi ricondurre, in primo luogo, le lacune che incidono direttamente e oggettivamente sull’offerta e sulle componenti del suo contenuto (in tal caso l’esclusione è logicamente imposta dalla impossibilità di effettuare la necessaria valutazione della proposta del concorrente), per essere essenziali, in secondo luogo, anche le produzioni documentali dirette a definire il contenuto delle garanzie a corredo dell’offerta e dell’impegno dell’aggiudicatario (in questa prospettiva è stato rilevato che, pur in mancanza di un’espressa previsione di esclusione, l’inosservanza di alcuni adempimenti comporta comunque l’estromissione dalla gara quando si tratti di prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse della stazione appaltante o siano poste a garanzia della *par condicio* dei concorrenti), per doversi considerare essenziali, in terzo luogo, le prescrizioni che

riproducono o richiamano il contenuto di inderogabili disposizioni di legge, le quali integrano automaticamente le regole del bando, sicché la sanzione dell'esclusione deriva dalla violazione di una regola gerarchicamente superiore alle prescrizioni del bando; che, in ogni caso, l'esclusione delle offerte, in assenza di una esplicita previsione del bando di gara, deve essere rigorosamente circoscritta, in funzione del principio diretto alla massima partecipazione delle imprese e all'apertura della concorrenza, onde – nel dubbio – deve essere prescelta la soluzione interpretativa diretta a negare l'esclusione dell'offerta per la violazione di una prescrizione del bando, in assenza di esplicita sanzione, anche tenendo conto delle formule utilizzate concretamente nella singola *lex specialis* di gara.

Ciò posto, è noto come la sottoscrizione del capitolato speciale risponda alla specifica esigenza di comprovare l'accettazione da parte dell'impresa delle condizioni contrattuali predisposte dalla stazione appaltante e destinate ad essere trasfuse nel contratto d'appalto, sicché la previsione di un simile adempimento riveste, di norma, carattere essenziale, perché funzionale ad un particolare interesse dell'Amministrazione, a garanzia della serietà dell'impegno assunto da ogni concorrente in sede di presentazione dell'offerta (v., tra le altre, Cons. Stato, Sez. V, 20 marzo 2006 n. 1448). La circostanza, però, che difettesse nella fattispecie un'espressa clausola di esclusione (non potendo operare come tale la generica previsione contenuta nel capitolato generale) rendeva suscettibile di soddisfacimento dell'interesse dell'ente appaltante qualsiasi modalità equivalente di

assolvimento dell'obbligo imposto ai concorrenti – a tutela del principio della massima partecipazione alla gara –, anche a mezzo di autonoma dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante dell'impresa, come risulta avvenuto nel caso oggetto della presente controversia con l'inclusione nell'offerta della Gemini Medicina Specialistica S.r.l. di una “...dichiarazione, sottoscritta dal Legale Rappresentante Sig.ra Barbara Campanini, di accettare incondizionatamente tutte le norme e le prescrizioni contenute nella lettera di invito e nel capitolato speciale ...” (v. verbale di gara del 23 dicembre 2002, pag. 5). Diviene, quindi, superfluo accertare se la copia firmata del capitolato fosse stata o meno prodotta dall'impresa aggiudicataria, la quale aveva comunque reso una dichiarazione idonea allo scopo, di per sé adeguata al fine che l'ente appaltante si era prefissato di raggiungere con l'imposizione di quella formalità.

Né è fondata la doglianza con cui si assume indebitamente ammessa alla gara la ditta aggiudicataria nonostante la stessa avesse dichiarato di avere svolto servizi analoghi nel solo anno 2001 e non per tutto il triennio considerato dal bando (“Ogni concorrente dovrà allegare alla domanda: a) ...; b) ...; c) ...; d) elenco servizi analoghi a quelli oggetto presente appalto anni 1999, 2000, 2001 corredati dai certificati previsti dall'art. 14 lettera a) D. Lgs. 157/95 ...”). Come già la Sezione ha avuto modo di rilevare affrontando un caso simile (v. sent. n. 120 del 5 aprile 2006), una prescrizione di tale tipo, lungi dall'indicare puntuali limiti di ammissione, si presenta esclusivamente finalizzata ad acquisire elementi di valutazione circa la capacità economica, finanziaria e

tecnica delle concorrenti, alla stregua dei criteri generali fissati dagli artt. 13 e 14 del d.lgs. n. 157 del 1995, anche per la parte relativa all'arco temporale di riferimento (i tre anni precedenti), tanto più che, in assenza nella normativa di gara dell'individuazione di un fatturato minimo o di altri parametri economico/finanziari/tecnici cui ricondurre in modo automatico l'accertamento di competenza della stazione appaltante (si chiedeva ai concorrenti di trasmettere una serie di dati, senza predeterminarne l'incidenza), l'Amministrazione viene di fatto chiamata ad un autonomo e discrezionale apprezzamento circa le capacità dei singoli offerenti, sulla base degli elementi forniti con il *curriculum*. Dal che la conclusione che il rinvio all'ultimo triennio operava come mera delimitazione temporale dell'ambito di indagine, non anche come durata minima dei rapporti negoziali pregressi.

Né, ancora, la *lex specialis* così interpretata incorre nella violazione degli artt. 13 e 14 del d.lgs. n. 157 del 1995, in quanto il rimando della legge al triennio precedente la gara non sottende affatto un'esperienza inderogabilmente protrattasi per l'intero periodo di tempo considerato, ma ha la sola finalità di individuare un arco temporale utile alla verifica, in termini di attualità, della maturazione delle qualità soggettive necessarie all'assunzione dell'appalto posto in gara, all'esito di valutazioni rimesse alla discrezionalità dell'ente appaltante. Spetta, quindi, a quest'ultimo l'eventuale introduzione di requisiti specifici e più rigorosi, anche mediante la previsione di un limite temporale minimo di svolgimento dell'attività pregressa, disposizione nella circostanza però non adottata.

Quanto, poi, alla mancata apposizione sulla busta della dicitura “*ammissione gara per prestazioni sanitarie di diagnostica per immagini?*”, trattasi di mera irregolarità, pur a fronte di una previsione in tal senso contemplata nel bando di gara, dovendosi ribadire che nelle gare le eventuali carenze di natura meramente formale non possono portare all'estromissione dell'offerta ove difetti una specifica clausola di esclusione della *lex specialis* e neppure ricorrano le caratteristiche delle norme inderogabili o comunque le relative disposizioni non rispondano ad un particolare interesse dell'Amministrazione né siano dirette a garantire la parità dei concorrenti, anche per dover prevalere il principio generale del *favor participationis* e per essere necessario che la verifica della regolarità della documentazione allegata all'offerta non sia condotta con lo spirito della caccia all'errore, ma tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento in favore della semplificazione e del divieto di aggravamento degli oneri burocratici. Nella fattispecie, in particolare, l'annotazione formale all'esterno della busta poteva sì agevolare gli operatori della stazione appaltante nell'individuazione del contenuto del plico e di conseguenza velocizzarne l'attività, ma non assurgeva certamente al rango di prescrizione di carattere perentorio ed essenziale – per non risultare in concreto idonea ad incidere sulla regolarità e proficuità della procedura selettiva e sulla corretta valutazione delle varie offerte –, non si trattava cioè di previsione di tale rilevanza da giustificare l'estromissione di chi avesse tralasciato di apporre la dicitura richiesta dal bando, del resto privo sul punto di un'espressa sanzione di esclusione.

Quanto, infine, alla denunciata carenza della dichiarazione prevista dall'art. 13, lett. i), del bando di gara e all'addotta inadeguatezza della dichiarazione prevista dall'art. 13, lett. b), ritiene il Collegio che tali fattispecie integrino irregolarità prive di carattere invalidante dell'offerta. La prima, infatti, richiedeva una mera descrizione dell'attività dell'impresa con contestuale riepilogo di dati già forniti in altre parti della domanda di partecipazione alla gara, sicché spettava all'ente appaltante verificare se tale omissione recasse o meno un'effettiva insufficienza degli elementi di conoscenza necessari al vaglio della posizione della ditta; la seconda dichiarazione, invece, concerneva le "cause generali di esclusione" previste, con formulazione sostanzialmente coincidente, dall'art. 12 del d.lgs. n. 157 del 1995 (per gli appalti pubblici di servizi) e dall'art. 11 del d.lgs. n. 358 del 1992 (per gli appalti pubblici di forniture), con la conseguenza che il rinvio operato all'una o all'altra disposizione risulta del tutto equivalente – perché relativo ad ipotesi identiche –, ed allora ininfluenza sulla regolarità della gara si presenta la circostanza che la Gemini Medicina Specialistica S.r.l. avesse dichiarato di non trovarsi nelle situazioni di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 157 del 1995 mentre il bando di gara aveva richiamato la corrispondente norma relativa agli appalti pubblici di forniture.

In conclusione, il ricorso va respinto.

Le spese di lite seguono la soccombenza della società ricorrente, e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna, Sezione di Parma, pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di lite, che liquida nella misura complessiva di € 2.000,00 (duemila/00), oltre agli accessori di legge, in favore dell'Azienda U.S.L. di Parma, e di € 1.000,00 (mille/00), oltre agli accessori di legge, in favore della Gemini Medicina Specialistica S.r.l.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Parma, nella Camera di Consiglio del 9 marzo 2011, con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente FF, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere

Emanuela Loria, Primo Referendario

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/03/2011

IL SEGRETARIO

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