

N. 02399/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 06877/2010 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 della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6877 del 2010, proposto da:  
Synthes S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Gaetano Alfarano,  
Maria Grazia Lanero, Ennio Magrì ed Alberto Nanni, con domicilio  
eletto presso Ennio Magrì in Napoli, via G. Carducci, n. 19;

***contro***

Azienda Ospedaliera "S. Anna e S. Sebastiano" di Caserta,  
rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Merola, con domicilio  
eletto in Napoli, piazza Nolana, n. 13 presso lo studio dell'avv.  
Giovanni Limatola;

***per l'annullamento***

del provvedimento di esclusione dalla procedura aperta relativa alla  
fornitura in noleggio di trapani ortopedici e per l'acquisto di materiali  
d'uso e di consumo per la durata di 5 anni, del verbale di gara in data

10/11/2010, del punto A.10 dell'art. 8 del disciplinare nella parte in cui richiede a pena di esclusione di presentare referenze bancarie con l'indicazione di nome e qualifica del funzionario firmatario, del provvedimento di reiezione dell'informativa resa dalla ricorrente ai sensi dell'art. 243bis del d. lgs. n. 163 del 2006, di ogni altro atto connesso e conseguente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera "S. Anna e S. Sebastiano" di Caserta;

Viste le produzioni delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

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

#### FATTO

Con ricorso notificato il 9/12/2010, la società Synthes, partecipante alla procedura aperta bandita dall'Azienda Ospedaliera "S. Anna e S. Sebastiano" di Caserta per l'affidamento del contratto di noleggio di trapani ortopedici e di acquisto di materiali d'uso e di consumo da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, proponeva l'impugnativa in epigrafe contro il provvedimento di esclusione dalla gara.

L'Azienda ospedaliera si costituiva in giudizio, resistendo

all'impugnativa.

Con ordinanza n. 17 del 12/1/2011, è stata disposta in via cautelare l'ammissione con riserva della società ricorrente ai fini della valutazione della relativa offerta, con istruttoria sugli sviluppi successivi del procedimento.

La stazione appaltante ha prodotto relazione dalla quale risulta che, dopo l'ammissione con riserva della ricorrente, la procedura sarebbe tuttora in corso di svolgimento.

#### DIRITTO

1. La società ricorrente è stata esclusa dalla gara in questione per aver presentato una delle due dichiarazioni bancarie priva dell'indicazione di nome, cognome e qualifica del funzionario di banca firmatario, in violazione di quanto prescritto a pena di esclusione dall'art. 8, punto A10 del disciplinare di gara.

Questa disposizione, nel richiedere la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica mediante presentazione di idonee dichiarazioni bancarie rilasciate da almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati, prevede che "tali dichiarazioni ... dovranno, a pena di esclusione ... riportare accanto alla firma apposta in calce, nome, cognome e qualifica del funzionario di banca/intermediario che la sottoscrive".

In merito, la ricorrente deduce che:

- la prescrizione del disciplinare che richiede indicazioni aggiuntive nei documenti relativi alle referenze bancarie sarebbe in contrasto

con la normativa in materia di procedure ad evidenza pubblica e consisterebbe in un vuoto formalismo, privo di giustificazione, destinato ad aggravare il procedimento senza alcuna utilità per la stazione appaltante;

- il principio del “favor participationis” comporterebbe la possibilità di sanare le irregolarità formali, come nelle specie, laddove la sanzione dell’esclusione andrebbe applicata a salvaguardia di uno scopo apprezzabile, ragionevole, proporzionato e degno di tutela;

- il provvedimento di esclusione sarebbe viziato per illegittimità derivata;

- l’esclusione sarebbe in contrasto con l’art. 6 della legge n. 241 del 1990 e con l’art. 46 del d. lgs. n. 163 del 2006 in quanto la stazione appaltante avrebbe il dovere di invitare il concorrente a regolarizzare e completare la documentazione prodotta.

1.1. Giova innanzitutto osservare che, in presenza di una clausola che detta prescrizioni a pena di esclusione per l’ammissione dei concorrenti ad una procedura concorsuale, le relative determinazioni della Commissione giudicatrice sono prive di carattere discrezionale, avendo natura strettamente vincolata all’osservanza delle disposizioni di gara, in quanto la stazione appaltante non può disapplicare le regole che essa stessa ha posto (cfr. Cons. St., sez. VI, 8/7/2010, n. 4437).

Ciò esclude che, nella specie, vi sia spazio per una integrazione o regolarizzazione postuma del documento palesemente privo di un

elemento che espressamente il disciplinare di gara ha stabilito come necessario per l'utilizzabilità della referenza bancaria (cfr. Cons. St., sez. IV, 9/12/2002, n. 6694).

Né può essere invocata, a giustificare l'ammissione della ricorrente, l'esigenza di favorire una più ampia partecipazione dei concorrenti alle procedure concorsuali, in quanto tale principio rappresenta un canone ermeneutico per la soluzione di dubbi interpretativi nel caso di clausole di contenuto equivoco o perplesso, laddove è invece da escludere che attraverso una interpretazione di comodo possa pervenirsi alla elusione di una prescrizione vincolante di contenuto esplicito e chiaro (cfr. Cons. St., sez. V, 1/10/2010, n. 7262).

1.2. Vero è piuttosto che si pone la questione della legittimità di tale disposizione di gara.

Giova premettere che l'art. 41 del d. lgs. n. 163 del 2006 prevede che, negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati e che le amministrazioni precisano nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere.

La legge lascia alla stazione appaltante un ampio margine discrezionale per conformare il procedimento concorsuale alle proprie esigenze, disciplinando nella maniera più opportuna i requisiti e gli adempimenti posti a carico dei concorrenti che

aspirano a partecipare alla gara.

Tali determinazioni, quando non siano in contrasto con norme particolari di rango superiore, non sono censurabili nel merito, fatto salvo il sindacato di legittimità quando si manifesti una palese irragionevolezza o ingiustizia o incongruità delle disposizioni di gara (cfr. Cons. St., sez. V, 22/9/2009, n. 5653).

Nella specie è fondata la censura dedotta dalla società ricorrente, sotto questi profili, contro la clausola che prevede, a pena di esclusione, la indicazione di nome, cognome e qualifica del funzionario di banca/intermediario che sottoscrive la referenza bancaria.

Infatti tale disposizione, che sembra avere lo scopo di scoraggiare la produzione di documenti non genuini, è essenzialmente inutile in quanto, quand'anche le indicazioni richieste compaiano nel documento, nessuna garanzia vi è che "nome, cognome e qualifica" apposti siano veritieri e che il soggetto apparentemente firmatario sia effettivamente abilitato a rilasciare quella dichiarazione per la banca.

Inoltre, la disposizione è anche ingiusta perché pone una grave sanzione a carico del concorrente (esclusione dalla gara) per l'inosservanza di una formalità da parte di un terzo estraneo al procedimento (banca/intermediario finanziario), il cui adempimento non rientra nella diretta disponibilità del concorrente.

Va infine rilevato che, in base all'art. 48 del d. lgs. n. 163 del 2006, le stazioni appaltanti hanno la potestà di effettuare, con le modalità ivi

previste, i controlli opportuni per verificare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti nel bando di gara, per cui un siffatto accertamento sarebbe semmai appropriato nell'ambito di tali verifiche.

1.3. Essendo viziata sotto il profilo sopra esaminato la clausola in esame del disciplinare di gara, il provvedimento impugnato di esclusione va annullato per illegittimità derivata.

2. Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese di giudizio, attese le peculiarità della vicenda, fermo restando il rimborso a carico dell'amministrazione soccombente del contributo unificato, come per legge.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), in accoglimento del ricorso in epigrafe, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate, fatto salvo il rimborso del contributo unificato a carico dell'Azienda Ospedaliera "S. Anna e S. Sebastiano" di Caserta.

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

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

Antonio Guida, Presidente

Fabio Donadono, Consigliere, Estensore

Francesco Guarracino, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/04/2011

IL SEGRETARIO

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