



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 Sardegna**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 791 del 2011, proposto da:  
Menarini Diagnostics S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.  
Domenico Iaria, Ivan Marrone, con domicilio eletto presso Umberto  
Cossu in Cagliari, via Satta n. 33;

***contro***

Asl 1 - Sassari, rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Porcu,  
Mauro Barberio, con domicilio eletto presso quest'ultimo avvocato  
in Cagliari, via Garibaldi n. 105;

***per l'annullamento***

- del verbale di gara del 5.7.2011 della ASL di Sassari, nella parte in  
cui dispone l'esclusione della ricorrente dalla gara d'appalto per la  
fornitura, in regime di service, di sistemi per la gestione della  
misurazione della glicemia, in ambito ospedaliero;

- della nota prot. 151249 del 30.7.2011 con la quale è stata confermata la predetta esclusione;
- del bando e del disciplinare di gara e l'eventuale provvedimento di aggiudicazione;
- nonché di tutti gli atti presupposti, consequenziali o connessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio della Asl 1 - Sassari;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2012 il dott. Gianluca Rovelli e uditi l'avvocato Cossu su delega dell'avvocato Marrone per la ricorrente e l'avvocato Barberio per l'amministrazione;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

La ricorrente ha partecipato alla gara indetta dall'ASL di Sassari per la fornitura in service annuale, rinnovabile per altri due anni, di sistemi per la gestione della misurazione della glicemia in ambito ospedaliero.

La società ricorrente veniva esclusa dalla gara per non aver allegato le dichiarazioni personali di tutti i procuratori speciali relativamente alla circostanza di non aver subito condanne penali.

Avverso l'esclusione proponeva ricorso la Menarini diagnostic deducendo le seguenti articolate censure di seguito sintetizzabili:

- 1) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. 163 del 2006 nonché della lex specialis di gara;
- 2) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 46 del d.lgs. 163 del 2006, eccesso di potere per violazione del principio di favor participationis;
- 3) eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità e ragionevolezza nonché di non aggravamento di cui all'art. 1 L. 7 agosto 241 del 1990;
- 4) violazione e falsa applicazione art. 38 d.lgs. 163 del 2006 e art. 45 della Direttiva 2004/18/CE.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Si costituiva l'Amministrazione intimata chiedendo il rigetto del ricorso

Alla camera di consiglio del 19 ottobre 2011 la domanda cautelare veniva accolta.

Alla udienza pubblica dell'11.1.2012 il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

## DIRITTO

Il ricorso è fondato e merita accoglimento.

Va precisato che non può essere adottata una pronuncia di cessazione della materia del contendere poiché la riammissione alla gara della ditta ricorrente (nota prot. 2011/83227) non è stata adottata con effetti pienamente soddisfattivi per la stessa bensì in virtù

della ordinanza cautelare n. 422/2011.

L'esclusione della ricorrente dalla gara è stata disposta sulla base della omessa presentazione della dichiarazione di insussistenza di condanne penali ex art. 38 comma 1 lettera c) del d.lgs. 163 del 2006 da parte di alcuni procuratori speciali.

Ebbene vanno fatte due considerazioni, una in punto di fatto ed una in punto di diritto.

In punto di fatto va osservato che la ditta esclusa ha presentato una dichiarazione di insussistenza di condanne penali in capo a tutti i procuratori precisamente individuati. Tale dichiarazione è stata presentata a firma del sig. Paolo Isidori, procuratore speciale della ditta Menarini nonché sottoscrittore della domanda di partecipazione alla gara.

In punto di diritto va invece osservato che il bando non prevedeva per l'omissione della dichiarazione da parte di tutti i procuratori speciali, singolarmente, la sanzione della esclusione.

L'art. 4 del disciplinare di gara cui il bando fa rinvio poneva le seguenti prescrizioni:

- a) la partecipazione era subordinata alla presentazione di una dichiarazione attestante il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 e 39 del Codice dei contratti pubblici;
- b) la dichiarazione poteva essere presentata mediante compilazione del modulo B scaricabile dal sito internet della ASL di Sassari o con dichiarazione compilata direttamente dal concorrente con la

specificazione che “è necessario che la dichiarazione sia comunque resa ai sensi del d.P.R. 445 del 2000 e sia attestata la sussistenza dei requisiti e l’assenza di cause ostative così come individuate dagli articoli prima citati del d.lgs. 163/2006 e s.m.i.”.

La ricorrente ha compilato il modulo allegato B e ha indicato tutti i legali rappresentanti e gli altri soggetti muniti di rappresentanza (documenti n. 4 e 5 delle produzioni della ricorrente).

L’Amministrazione ha escluso la ricorrente traducendo in termini di obbligatorietà disposizioni contenute all’interno di un modulo il cui utilizzo era facoltativo. In nessuna parte del bando era, invece, prevista una causa di esclusione quale quella che l’Amministrazione ha ricavato dal modulo B.

Il bando prevedeva semplicemente una dichiarazione attestante il possesso dei requisiti previsti dagli artt. 38 e 39 onere che è stato compiutamente assolto dalla Menarini Diagnostic.

Il Collegio ricorda che il comma 1 dell’art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006 ricollega l’esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati, mentre il comma 2 non prevede analoga sanzione per l’ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione: da ciò discende che solo l’insussistenza, in concreto, delle cause di esclusione previste dall’art. 38 comporta, ope legis, l’effetto espulsivo. Quando, al contrario, il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e la lex specialis non preveda espressamente la pena dell’esclusione in relazione alla mancata

osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, facendo generico richiamo all'assenza delle cause impeditive di cui alla normativa in esame, l'omissione o l'incompletezza in ordine a non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, ricorrendo un'ipotesi di mero formalismo come tale insuscettibile, in carenza di una espressa previsione legislativa o — si ripete — della legge di gara, a fondare l'esclusione, le cui ipotesi sono tassative.

E' in definitiva fondato il primo motivo di ricorso che deve essere accolto con assorbimento delle ulteriori censure dedotte avverso gli atti impugnati.

Le spese seguono la regola della soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna l'Amministrazione alle spese del presente giudizio in favore della ricorrente che liquida in € 3.000/00 (tremila/00) oltre I.V.A., C.P.A. e restituzione contributo unificato.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Marco Lensi, Consigliere

Gianluca Rovelli, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/01/2012

IL SEGRETARIO

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