

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

N.37/07      REG.DEC

N. 9298 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Quinta Sezione  
ha pronunciato la seguente

ANNO 2005

**DECISIONE**

sul ricorso in appello n.9298 del 2005, proposto dalla società BIOS s.p.a.,  
con sede in Roma (P.IVA 01014021008), in persona del legale  
rappresentante in carica, Amministratore unico, Sig.ra Maria Grazia  
Tambroni, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Prof. Claudio Rossano,  
Giudo Porcacchia e Mario Ettore Verino, con domicilio eletto presso lo  
studio del primo, in Roma, Via Veneto n. 108;

contro

la società CIDAT s.r.l., con sede in Terni, in persona del Legale  
rappresentante in carica, Presidente del Consiglio di Amministrazione,  
Sig. Moreno Sorgenti, rappresentata e difesa dall'Avv. Prof. Stefano Neri,  
con domicilio eletto presso lo studio del medesimo, in Roma, via delle  
Carrozze n. 3;

e nei confronti

dell'Azienda Sanitaria Locale n. 4 della Regione Umbria, con sede in  
Terni, in persona del Direttore generale in carica, Dott. Denio D'Ingecco,  
rappresentato e difeso dagli Avv.ti Prof. Giovanni Tarantini e Nicoletta  
Baleani, con domicilio eletto in Roma, via Maria Cristina n. 8 (presso lo  
studio dell'Avv. Goffredo Gobbi)

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale dell'Umbria , n. 472/2005 del 18 ottobre 2005;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Società CIDAT s.r.l. e dell'Azienda USL n. 4 della Regione Umbria;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 9 giugno 2006, il Consigliere Chiarenza Millemaggi Cogliani; uditi, altresì, l'avv. Rossano, l'avv. Tarantini e l'avv. Romanelli per delega dell'avv. Neri;;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

#### F A T T O

La ASL n. 4 di Terni - stabilito di indire una gara non formale fra centri specializzati, per l'affidamento di servizi di diagnostica ecografia e vascolare, con il criterio del prezzo più basso – ha diramato lettera di invito 25 maggio 2005, cui hanno aderito, presentando le loro offerte, tre ditte.

Una delle offerte era dichiarata immediatamente inammissibile; delle altre due – soc. CIDAT e BIOS - risultava più vantaggiosa l'offerta della soc. CIDAT, attuale appellata, che però veniva alla fine esclusa, per mancanza di un requisito di partecipazione alla gara, che veniva, in definitiva aggiudicata alla BIOS s.p.a.

Il Tribunale Amministrativo Regionale dell'Umbria – davanti al quale la CIDAT ha impugnato dapprima gli atti della procedura e

l'aggiudicazione provvisoria alla controinteressata e, quindi, con motivi aggiunti depositati in due riprese, l'aggiudicazione definitiva, il contratto ed i verbali del 13 e 21 giugno 2005 – ha accolto (con sentenza n. 472/2005) il ricorso, nella parte in cui era volto a contestare la causa dell'esclusione sulla base della non univocità della clausola della lettera d'invito ed in ogni caso della illegittimità della stessa clausola, nella parte in cui prescriveva, fra i requisiti di partecipazione, il possesso della copertura assicurativa della responsabilità civile professionale con massimale non inferiore a €2.500.000,00 e non piuttosto l'impegno alla copertura del rischio (in caso di aggiudicazione) così come interpretata dalla CIDAT, che sul punto aveva reso dichiarazione con la quale si impegnava, in caso di aggiudicazione, ad ampliare la copertura assicurativa di cui era in possesso, adeguandola ai massimali richiesti dal bando. Tutele le altre censure sono state assorbite, in quanto superate e, comunque, irrilevanti.

Avverso l'anzidetta sentenza è proposto l'appello in esame, con cui è sottoposto a censura il procedimento logico-giuridico attraverso cui il giudice di primo grado è pervenuto alle proprie conclusioni:

a) indebitamente divergendo da giurisprudenza consolidata sul punto della vincolatività delle clausole che impongono, a pena di esclusione, il possesso di determinati requisiti di partecipazione (nella specie, il possesso della polizza assicurativa, con il massimale sopra indicato);

b) attribuendo, artificiosamente, alla clausola stessa una insussistente equivocità;

c) ritenendo, comunque, illegittima, in quanto non rispondente agli interessi della stazione appaltante ed inutilmente vessatoria, la clausola in questione.

Costituitesi in giudizio per resistere all'appello, la CIDAT s.r.l. e (successivamente alla udienza camerale con la quale è stata decisa, respingendola, l'istanza cautelare della appellante) la ASL n. 4 di Terni - che ha, al contrario, sviluppato argomenti adesivi all'appello della controinteressata - la causa è stata chiamata alla pubblica udienza del 9 giugno 2006 e trattenuta in decisione.

#### D I R I T T O

1.1. Il giudizio si incentra sulla univocità e legittimità della clausola della lettera di invito che ha prescritto, fra gli altri requisiti di partecipazione, il possesso di “polizza assicurativa con primaria Compagnia per la copertura del rischio derivante dalla responsabilità civile professionale con massimale non inferiore a €2.500.000,00” da dichiarare (come per gli altri requisiti) mediante autocertificazione ai sensi del D.P.R. n. 445/2001.

1.2. Come sinteticamente riportato in narrativa, la soc. CIDAT ha interpretato la clausola nel senso che il requisito della copertura assicurativa dovesse essere posseduto al momento della instaurazione del rapporto di servizio (e per tutta la sua durata) e non necessariamente al momento della presentazione dell'offerta, ed ha reso in tal senso la propria “autocertificazione”, certificando “*come da dichiarazione allegata, che in caso di aggiudicazione la soc. CIDAT provvederà ad ampliare la copertura assicurativa di è in possesso adeguandola ai massimali da Voi*

*richiesti nel bando*". Come chiarito nella sentenza appellata, le parole "come da dichiarazione allegata" si riferivano ad una dichiarazione della compagnia UNIPOL - che però non era stata materialmente allegata all'offerta e che è stata rimessa alla ASL solo in corso di procedura (ma con data anteriore a quella della presentazione) – contenente la dichiarazione di disponibilità del legale rappresentante della Compagnia assicurativa ad emettere polizza di responsabilità civile professionale per la società CIDAT con le caratteristiche indicate nella lettera d'invito di cui si tratta.

La commissione di gara ha ritenuto che le suddette dichiarazioni (quella della CIDAT e quella della Compagnia assicurativa) non rispondessero alla previsione del bando e, su tale base ha disposto l'esclusione dell'offerta già valutata preferibile.

2. Ciò premesso le censure rivolte dall'appellante alla sentenza di primo grado non sono condivisibili.

Invero - come pure è stato precisato dal giudice di primo grado – nel presente giudizio assume rilievo la tempestività del ricorso non soltanto per ciò che concerne gli atti della procedura, bensì anche (per quanto di ragione) per quanto riguarda la lettera d'invito, datata 25 maggio 2005, essendo stato il ricorso notificato in data 1° luglio 2005, e contenendo anche espressa impugnazione della clausola.

Del tutto correttamente, dunque, il giudice di primo grado si è posto il problema:

a) dell'interesse oggettivamente perseguito mediante la copertura assicurativa della responsabilità civile professionale non inferiore ad un determinato massimale;

b) della giustificabilità, sul piano della ragionevolezza, proporzionalità e logicità, di una clausola che impone l'accertamento del possesso della copertura assicurativa anzidetta, al momento della presentazione dell'offerta;

c) della equivocità o meno di una clausola che letteralmente sembrava richiedere – con carattere di attualità – un requisito che (per ciò che concerne la finalità perseguita) é destinato ad assumere rilievo nella fase della prestazione del servizio e per tutta la sua durata, e ciò senza neppure fissare i termini di operatività della copertura che, in ipotesi (stando sempre alla formulazione letterale della clausola) ben poteva sussistere all'atto della presentazione dell'offerta e scadere pochi giorni dopo, posto che (come è stato osservato dal giudice di primo grado) “nessuna clausola del bando ne prevedeva il rinnovo”, con il rischio che poi, in definitiva, la prestazione del servizio sarebbe avvenuta senza copertura assicurativa.

E' bene infatti precisare, immediatamente, che i canoni di interpretazione di una lettera di invito, così come delle clausole dei bandi di concorso, non sono quelli delle fonti indicate negli artt. 12 e segg. delle disposizioni sulla legge in generale (preliminari al codice civile), bensì quelli desunti dagli artt. 1362 e segg. del codice anzidetto, attesa la natura della volontà espressa, assumibile nella nozione generale del negozio giuridico, cui le norme anzidette trovano applicazione.

Ed è di tali regole che il giudice di primo grado ha fatto corretta applicazione; invero non trova applicazione, alla clausola in questione, neppure la c.d. interpretazione autentica (quale, nella specie, derivante dalla precisazione postuma dell'Azienda, secondo cui la clausola doveva essere interpretata alla lettera e cioè nel senso che la copertura assicurativa doveva essere posseduta da ciascun offerente al momento dell'offerta e che non fosse equivalente l'impegno a costituirla in caso di aggiudicazione).

Soccorrono, dunque - a sostegno della linea seguita dal giudice di primo grado - specificamente, gli artt. 1362, 1366, 1367, 1368 , 1369, 1370, 1371 c.c., in ciascuno dei quali sono da rinvenire, analiticamente, i canoni interpretativi ai quali è stato fatto ricorso, con la decisione di accoglimento, che deve essere interamente condivisa.

Nella definizione della questione, infatti, è essenziale e preminente il problema della finalità perseguita, attraverso la prescrizione della copertura assicurativa della responsabilità civile professionale, alla quale di riconnette l'obbligazione del terzo (la Compagnia assicurativa), nei confronti del soggetto che contrae l'assicurazione, con specifico riferimento ai rischi derivanti dall'attività professionale svolta.

Illogico, irrazionale ed inutilmente vessatorio sarebbe dunque l'accertamento della copertura assicurativa, in funzione trasversale di dimostrazione di una determinata capacità economica e finanziaria dell'offerente o della sua capacità tecnica, come sembrerebbe pretendere l'attuale appellante (in ciò anche sostenuto dagli argomenti adesivi della

ASL, costituitasi nel presente giudizio senza avere, peraltro, a sua volta impugnato, autonomamente la sentenza che la vede soccombente).

E', invece, di tutta evidenza che la clausola del bando – la quale non contiene alcuna precisazione in termini di durata della copertura assicurativa, della quale, sembrerebbe richiedere (letteralmente) il possesso all'atto della presentazione dell'offerta – non soddisferebbe, ove fosse interpretata secondo il significato delle parole, alla finalità proprie del contratto che l'Azienda si è proposta di stipulare in esito alla gara informale.

Ecco, dunque, la necessità di attribuire alla clausola il significato *“più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto”* (art. 1369 c.c.).

A ciò si rivolge il punto 6 della sentenza appellata, nella quale è rilevato che la copertura assicurativa della quale si tratta assume rilievo soltanto in relazione agli eventuali danni prodotti ai terzi durante la prestazione del servizio, cosicché, anche è chiaro che l'interesse a tale copertura, per l'Azienda, è, oggettivamente riferibile, finalisticamente e temporalmente alla fase successiva alla individuazione del contraente, aggiudicatario del contratto e non al momento anteriore, della presentazione dell'offerta.

Delle due, l'una, infatti, o, come è stato ritenuto dal giudice di primo grado, deve riconoscersi un'insita ambiguità alla clausola che richiede, quale requisito di partecipazione, il possesso – nell'attuale – di una determinata copertura del rischio di responsabilità civile professionale, senza stabilirne i termini di decorrenza e finale, oppure, nell'ipotesi in cui si dovesse attribuire, alla clausola che prescrive il possesso della polizza,

la finalità trasversale di dimostrazione della capacità economica e finanziaria o di quella tecnica della concorrente, essa non sfuggirebbe (essendo tempestiva l'impugnazione della lettera d'invito) al sindacato di illegittimità, per la sua oggettiva illogicità e inadeguetazza sia rispetto all'obiettivo diretto di garanzia di copertura del rischio derivante dalla prestazione in gara, sia anche di fornire dimostrazione delle capacità in discorso, non essendo il requisito riconducibile a nessuno degli elementi di riscontro individuati dagli art. 13 e 14 del D.Lgs. n. 157/1995 (invocati dall'appellante a sostegno delle proprie difese).

Perché, infatti - se è vero che appartiene alla discrezionalità della stazione appaltante di fissare i requisiti di partecipazione alla singola gara, rigorosi ed anche superiori rispetto a quelli previsti dalla legge, essendo coesistente il potere-dovere di apprestare (attraverso la specifica individuazione dei requisiti di ammissione e di partecipazione ad una gara) gli strumenti e le misure più adeguati, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare - è altrettanto pacifico, in giurisprudenza, che l'insindacabilità della scelta, incontra precisi limiti, in quanto essa soggiace al sindacato di legittimità allorché la scelta sia, con ogni evidenza, manifestamente irragionevole, irrazionale, arbitraria, sproporzionata, illogica e contraddittoria (per tutte, Cons. Stato, Sez. IV, 22 ottobre 2004, n. 6967).

Corretto, è dunque, il metodo interpretativo che ha privilegiato l'esigenza di conservazione, mediante l'attribuzione di un significato coerente con la natura e l'oggetto del contratto, sulla base:

a) della sommarietà della lettera d'invito, che abbozza appena la disciplina di gara (il richiamo all'«*art. 3 del D.Lgs. n. 502 del 192 e s.m.i.*» vale soltanto a significare la fonte del potere esercitato con l'adozione del regolamento aziendale, di cui non sono chiariti gli estremi e neppure è messo a disposizione degli aspiranti offerenti) e non specifica la durata del contratto e le modalità di espletamento del servizio;

b) della inidoneità del possesso della polizza all'atto dell'offerta, di garantire la copertura del rischio.

3. Ulteriori argomenti dell'appello non meritano di essere presi in considerazione, perché smentite dagli atti o non oggetto di apposita impugnazione incidentale, in primo grado.

La tassatività della clausola non trova riscontro nella lettera di invito: sistematicamente, quest'ultima, espressamente riconnette la commissinatoria della esclusione esclusivamente: a) alla mancata garanzia “*di tutte le tipologie di prestazioni elencate in ciascun lotto*” (inserita alla lettera C) della lettera di invito, all'interno del paragrafo “criteri di aggiudicazione” distinto dai “requisiti di ammissione”); b) alla inosservanza della termine perentorio di presentazione delle offerte.

E' pur vero che l'orientamento condiviso della Sezione è nel senso che, pur in mancanza di un'espressa previsione di **esclusione**, l'inosservanza di alcuni adempimenti può comportare, comunque l'**esclusione** dalla **gara**, ma ciò soltanto nel caso in cui si tratti di prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse della stazione appaltante o siano poste a garanzia della "*par condicio*" dei concorrenti (Cons. Stato, Sez. V, n. 3752 del 7 luglio 2005).

Le considerazioni sopra svolte escludono che, nel caso, si verta in una ipotesi di rispondenza della clausola ad uno specifico effettivo interesse della stazione appaltante, fermo restando, che, anche nel caso di clausole espressamente poste a pena di esclusione, l'orientamento della sezione è nel senso che esse, comunque devono essere chiare e puntuali, dovendo favorirsi, nella eventuale incertezza interpretativa, quella meno restrittiva, anche nell'ottica della più ampia partecipazione di concorrenti (Cons.Stato, sez. V, n. 5194 del 28 settembre 2005).

Quanto poi alla circostanza che alla dichiarazione resa dalla offerente non fosse stata allegata la dichiarazione della compagnia assicuratrice, malgrado se ne facesse menzione, trattasi di elemento non contestato dalla stazione appaltante (la quale si è limitata a porre alla base della esclusione la non rispondenza delle dichiarazioni alla previsione del bando) e, come si è precisato, neppure eccepite, con ricorso incidentale, dalla controinteressata, nel primo grado del giudizio.

Assume dunque rilevanza la tesi della resistente secondo cui, in ogni caso, l'integrazione documentale deve ritenersi consentita (e così è stato in concreto), mentre è, per altro verso verso meritevole di considerazione, per i fini che interessano, la circostanza, comprovata in atti, che la dichiarazione della compagnia assicuratrice era di data anteriore alla presentazione dell'offerta ed in stretta relazione con la lettera d'invito.

4. Sulla base di tutte le considerazioni che precedono, l'appello deve essere respinto.

Le spese del giudizio, che si liquidano in dispositivo in favore dell'appellata CIDAT s.r.l., devono essere poste, solidalmente a carico dell'appellante e dell'Azienda costituitasi ad adiuvandum, e ripartite all'interno delle parti in ragione di due terzi a carico della BIOS s.p.a. e, per un terzo a carico dell'Azienda USL n. 4 dell'Umbria, con sede in Terni.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, respinge l'appello;

Condanna l'appellante e l'Azienda costituita ad adiuvandum, solidalmente, in favore della CIDAT s.r.l., al pagamento delle spese del giudizio, che si liquidano in complessivi € 4.000,00, oltre IVA e CPA, come per legge, ripartite, all'interno delle parti anzidette, in ragione di due terzi a carico della BIOS s.p.a. e, per un terzo, a carico dell'Azienda USL n. 4 dell'Umbria, con sede in Terni;

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 9 giugno 2006, dal Consiglio di Stato in s.g. (Sez. V) riunito in camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Agostino ELEFANTE	PRESIDENTE
Giuseppe FARINA	CONSIGLIERE
Chiarenza MILLEMAGGI COGLIANI est.	CONSIGLIERE
Marzio BRANCA	CONSIGLIERE
Nicola RUSSO	CONSIGLIERE

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Chiarenza Millemaggi Cogliani f.to Agostino Elefante

**IL SEGRETARIO**  
**f.to Antonietta Fancello**

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**il 10 gennaio 2007**

**(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)**

**IL DIRIGENTE**  
**f.to Antonio Natale**

