

L'articolo 41 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 esige una chiara distinzione fra requisiti e referenze: I requisiti, di solito, si iscrivono in fattispecie caratterizzate da una assoluta unidirezionalità ed esclusività, deducibile dall'alternativa secca tra il possesso e la carenza del requisito stesso: la previsione di un importante fatturato in materia di forniture sanitarie (quale previsto nella vicenda in esame) costituisce obiettivamente un requisito di elevata specialità rispetto al quale non è possibile individuare succedanei, senza tradire la finalità coerente all'organica previsione della *lex specialis*.

Qual è il parere del Consiglio di Stato avverso un ricorso contro specifiche clausole del bando, con peculiare riferimento a quella che consentiva ai concorrenti che non possiedono i requisiti prescritti (con specifico riguardo al fatturato negli anni 2003-2005) di provare con altri documenti la propria capacità economico-finanziaria? Partendo dall'articolo 47, comma 5 della direttiva 2004/18/CE, è corretto affermare che < se il bando avesse posto puramente e semplicemente il requisito dei livelli di fatturato, senza prevedere modalità alternative, il concorrente incapace di soddisfare quei requisiti avrebbe potuto chiedere comunque l'applicazione diretta dell'articolo 41, c. 3 del codice dei contratti pubblici (come peraltro sancito dalla sentenza di primo grado)>?

È evidente la violazione dei precetti dell'articolo 41 d. lgs n. 163/2006 da parte della clausola del bando impugnata in prime cure dall'odierno appellante. Se quanto ritenuto nella pronuncia impugnata fosse la coerente esegesi delle su indicate norme, una prima conseguenza sarebbe la sostanziale superfluità delle stesse e la loro agevole permutazione in un ampio e generico onere di dimostrazione della capacità economico-finanziaria raggiungibile con qualsivoglia mezzo e anche in spregio delle richieste puntuali della *lex specialis* della gara. Siffatta interpretazione non solo proverebbe troppo, ma finirebbe anche per mettere in ombra una peculiare distinzione che è ben presente nel testo in esame: la distinzione, cioè, tra requisiti e referenze in generale.³⁰ Per requisito deve intendersi la qualità, lo stato, la relazione, il modo di essere di un soggetto o di una cosa (i peculiari accidenti connessi ad una sostanza riecheggiando nozioni aristoteliche) come prescritti da una disposizione che, dalla presenza di tali elementi nella loro coerente integralità, ne faccia discendere conseguenze di solito legittimanti, per il soggetto che li possieda, ad un agire licere. **Il Supremo Giudice Amministrativo ritiene che non possa predicarsi l'equivalenza delle diverse modalità con le quali è possibile dimostrare le referenze economico-finanziarie, a' sensi del citato articolo 41 d. lgs n. 163 del 2006, tutte le volte che, per una precisa scelta della stazione appaltante, una forma di referenza appaia la più coerente ai fini peculiarmente presi in considerazione dal contratto e divenga, a questa stregua, requisito specifico in relazione alla peculiarità del contratto con l'Amministrazione pubblica.** *Le ragioni di ciò sono di palmare evidenza: un'impresa può vantare una eccellente situazione economico-finanziaria, ma non aver mai fatturato alcunché nello specifico settore di costruzioni, forniture o servizi per i quali è bandita la gara, così che la referenza, svuotata del suo collegamento intrinseco con le finalità perseguite con il contratto, finisce per perdere la propria intrinseca rilevanza. La formula normativa intende semplicemente consentire che chi vanti il possesso dei requisiti ai sensi della specifica previsione di gara (ad esempio: un determinato fatturato nel triennio), ma non sia in grado di dimostrarli con i documenti indicati nella *lex specialis* della gara possa essere facultato, ove sussistano giustificati motivi, a produrre una documentazione alternativa.* L'unica eccezione che soffre la regola del possesso dei requisiti riguarda il caso, pure espressamente disciplinato, dell'inizio di attività inferiore al triennio

Merita di essere segnalata la decisione numero 1132 del 25 febbraio 2009, emessa dal Consiglio di Stato in tema di impossibilità di dimostrare un requisito di capacità economico e finanziario, nello specifico fatturato, con le sole referenze bancarie:

<24. La questione dedotta con il primo motivo può essere così sintetizzata: se sia legittima la clausola del bando di gara che, dopo l'indicazione dei requisiti di fatturato (globale e per forniture analoghe), disponga che il concorrente privo dei predetti requisiti possa provare con altri documenti la propria capacità economico finanziaria.

25. Nel caso di specie è occorso che il raggruppamento aggiudicatario, pur privo del requisito del fatturato per almeno un anno, è stato tuttavia ammesso alla gara, ritenendosi, in base alla clausola sopra richiamata, l'equipollenza tra le varie specie di referenze elencate nell'articolo 41 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

26. Dispone la norma che si assume violata nel testo vigente all'epoca dei fatti (prima cioè che intervenisse la modifica introdotta con l'articolo 2. comma 1, lettera l), n. 1 del decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152): "1. Negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti:

a) idonee dichiarazioni bancarie;

b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa;

c) dichiarazione concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi.

2. Le amministrazioni precisano nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere. I documenti di cui al comma 1, lettera b), non possono essere richiesti a prestatori di servizi o di forniture stabiliti in Stati membri che non prevedono la pubblicazione del bilancio.

3. Se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante"

27. I precetti appena trascritti (ed in particolare il terzo comma) sono stati interpretati dal Tribunale amministrativo perugino, che ne ha correttamente indicato la derivazione dall'articolo 47, comma 5 della direttiva 2004/18/CE, come pienamente giustificativi della metodica seguita dall'Amministrazione, ritenendosi addirittura che, se il bando avesse posto puramente e semplicemente il requisito dei livelli di fatturato, senza prevedere modalità alternative, il concorrente incapace di soddisfare quei requisiti avrebbe potuto chiedere comunque l'applicazione diretta dell'articolo 41, c. 3 del codice dei contratti pubblici.

28. Se quanto ritenuto nella pronuncia impugnata fosse la coerente esegesi delle su indicate norme, una prima conseguenza sarebbe la sostanziale superfluità delle stesse e la loro agevole permutazione in un ampio e generico onere di dimostrazione della capacità economico-finanziaria raggiungibile con qualsivoglia mezzo e anche in spregio delle richieste puntuali della lex specialis della gara.

29. Siffatta interpretazione non solo proverebbe troppo, ma finirebbe anche per mettere in ombra una peculiare distinzione che è ben presente nel testo in esame: la distinzione, cioè, tra requisiti e referenze in generale.

Pertanto:

31. I requisiti, di solito, si iscrivono in fattispecie caratterizzate da una assoluta unidirezionalità ed esclusività, deducibile dall'alternativa secca tra il possesso e la carenza del requisito stesso: o si ha l'età

per partecipare a un pubblico concorso o non la si ha e, conseguentemente, non si possiede lo specifico requisito.

32. Può, tuttavia, accadere che la fattispecie preveda il possesso di requisiti alternativi: il servizio per un certo numero di anni in un determinato livello può essere considerato equivalente alla qualifica propria di un livello più elevato per il conseguimento della quale si richiede, ad esempio, il diploma di laurea.

33. In questi casi, in realtà, si pongono non già fattispecie alternative, ma semplicemente si prevedono più requisiti, tutti egualmente riconosciuti dalla norma primaria siccome idonei per gli effetti di volta in volta perseguiti dalla stessa (si tratta, cioè, di un cumulo o fascio di fattispecie ordinate in un contesto unitario).

34. Perché ciò avvenga occorre che la formazione delle strutture normative tenga conto della razionalità intrinseca nel sistema e non ponga il criterio di equivalenza ad un livello nel quale tutto si confonda nella notte hegeliana, che riveste di scuro i colori di tutte le cose.>

Ma è di primaria importanza sapere che:

Se l'individuazione del fatturato è conseguenza di una specificazione ad opera dell'Amministrazione, non si vede come il requisito così previsto possa essere commutato con una referenza obiettivamente diversa (e preordinata, è bene soggiungere, a dimostrare un requisito non coincidente o quanto meno parzialmente neutrale rispetto alla finalità esplicitamente perseguita con la procedura ad evidenza pubblica).

40. **E' agevole, pertanto, rilevare come la previsione del terzo comma dell'articolo 41 non possa essere interpretata quale clausola generale di commutazione dei requisiti, tutte le volte che un soggetto non li possieda: ciò equivarrebbe a una legittimazione obliquo modo consentita dalla disposizione così da completare la prova delle referenze attingendo ad altre specie di documenti.**

Concludendo quindi:

Alla stregua delle considerazioni appena svolte è evidente la violazione dei precetti dell'articolo 41 d. lgs n. 163/2006 da parte della clausola del bando impugnata in prime cure dall'odierno appellante.

46. Dal favorevole scrutinio del mezzo e dall'annullamento della citata clausola discende l'invalidità dell'intera procedura per essere stati commutati in requisiti di pari equivalenza attestazioni e qualità non omogenei alle finalità previste dal bando

A cura di Sonia Lazzini

N. 1132/09 REG.DEC.
N. 8441 REG:RIC.
ANNO 2007

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale

Quinta Sezione

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

**SUL RICORSO IN APPELLO R.G. 8441/2007 PROPOSTO DA ALFA ITALIA S.P.A. IN
P. E QUALE CAPOGRUPPO ATI, ATI BAVERO HEALTH PROJECTS S.P.A. ANCHE IN
PROPRIO IN PERSONA DEI LEGALI RAPPRESENTATO E DIFESO DAGLI AVV.TI
DANIELE SPINELLI E NICOLA MARCONE CON DOMICILIO ELETTO IN ROMA, VIA
GIUSEPPE PERCALLI, 11 (PRESSO L'AVV. MARCONE)**

contro

l'azienda ospedaliera di Perugia in persona del direttore generale in carica,
rappresentato e difeso dall'avv. Lietta Calzoni con domicilio eletto in Roma, via
Panama, 58 (presso Luigi Medugno) e nei confronti di Ati BETA Medica s.r.l. in
persona del legale rappresentante p.t. TBETADUE s.r.l. in proprio e quale
capogruppo Ati, in persona del legale delegato in persona dell'Ati BETATRE s.r.l., in
persona del legale rappresentante p.t. tutti rappresentati e difesi dall'avv. Marco
Marchetti con domicilio eletto in Roma, viale Giulio Cesare, 71 (presso Maurizio
Bellocchi)

per la riforma

della sentenza del TAR Umbria – Perugia n. 750/2007, resa tra le parti, concernente

procedura ristretta per fornitura arredi, attrezzature e apparecchiature;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera di Perugia TBETADUE s.r.l. in proprio e quale. capogruppo Ati , Ati BETATRE s.r.l., Ati BETA Medica s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore alla pubblica udienza del 28 ottobre 2008 il consigliere Filoreto D'Agostino e uditi altresì per le parti gli avvocati Spinelli e Calzoni;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

Fatto

1. Viene in decisione l'appello proposto da ALFA Italia s.p.a. avverso la sentenza in epigrafe indicata con la quale il Tribunale amministrativo regionale per l'Umbria ha respinto il ricorso dell'odierna appellante diretto all'annullamento degli atti della gara a procedura ristretta per la fornitura "chiavi in mano" di arredi, attrezzature ed apparecchiature da destinare al blocco operatorio della seconda stanza del P.O. Silvestrini, indetta dall'Azienda Ospedaliera di Perugia con deliberazione n. 512 del 29 novembre 2006.

2. Le doglianze di parte ricorrente si dirigevano sia verso gli atti di gara sia verso l'ammissione alla stessa della costituenda a.t.i. TBETADUE-BETATRE-BETA Medica sia nei confronti di specifiche clausole del bando, con peculiare riferimento a quella che consentiva ai concorrenti che non possiedono i requisiti prescritti (con specifico riguardo al fatturato negli anni 2003-2005) di provare con altri documenti la propria capacità economico-finanziaria.

3. Nel caso di specie è occorso che l'aggiudicataria a.t.i. non possedendo il requisito del fatturato prescritto (per oltre due milioni di euro) relativamente a tutti gli anni presi in considerazione si è avvalsa della specifica clausola del bando e ha dimostrato con certificazioni bancarie la propria capacità economico-finanziaria.

4. Sono stati proposti tre motivi di gravame.

5. Con il primo si denuncia l'illegittimità della su indicata clausola, che ha alterato i contenuti del confronto e si è posta in intima contraddizione con il precetto recato nell'articolo 41 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; con il secondo motivo si contesta l'incongruità di valutazione della commissione giudicatrice in ordine al tipo di referenze presentate dalle controparti; con il terzo si lamenta l'illegittimità delle modalità di attribuzione del punteggio relativamente al parametro valutativo delle certificazioni e le relative incongruenze, anche logiche, delle quali sarebbe inficiata la pronuncia qui impugnata.

6. Si sono costituite le parti interessate che concludono per la declaratoria di inammissibilità e comunque per la reiezione dell'appello.

Diritto

7. L'appello proposto da ALFA Italia s.p.a. è ammissibile in rito e fondato nel merito.

8. In rito sono state avanzate diverse eccezioni di inammissibilità: di queste sono prese in esame solo quelle che precedono logicamente o comunque impongono il primo motivo di gravame e non le altre, posto che è sufficiente ed assorbente, ai fini della pronuncia, l'accoglimento di quello, che determina l'annullamento dell'intera gara per la quale è controversia.

9. La prima eccezione, anche se dedotta solo con memoria del 17 ottobre 2008 dell'Azienda ospedaliera appellata, è sicuramente prioritaria nella disamina perché rivolta alla declaratoria di nullità dell'atto introduttivo dell'appello.

10. Si prospetta, infatti, la nullità/invalidità delle procure *ad litem* conferite da entrambe le appellanti perché “apposte su altrettanti fogli separati ed aggiunti al ricorso mediante spallette metalliche dopo la pag. 21 con la quale si conclude il ricorso in appello e prima della pag. 22 ove sono trascritte le relazioni di notifica” (come trascritto da pagina 1 della memoria 16/17 ottobre 2008 della ASL Perugia).

11. Proprio dalla descrizione contenuta negli atti dell'appellata Azienda si evince con chiarezza la piena validità della procura apposta su foglio separato.

12. Nei riguardi di quest'ultima è irrilevante la mancanza di un'espressa menzione del procedimento per il quale essa sia stata rilasciata, qualora essa sia stata notificata unitamente all'atto cui accede, in quanto la collocazione della procura, anche se conferita su foglio separato, è idonea a dare la certezza circa la provenienza dalla parte del potere di rappresentanza e a consolidare la presunzione di riferibilità della procura al giudizio cui l'atto stesso fa riferimento (sul punto la giurisprudenza è univoca: Cass. 26 febbraio 2008, n. 5033; Cass. 21 maggio 2007, n. 11741; Cass. 25 gennaio 2005, n. 1428; Cass. 16 luglio 2004, n. 13178; Cons. St., 18 ottobre 2002, n. 5730; Cons. St. 13 marzo 2002, n. 1489).

13. Il rispetto del requisito di specialità della procura, infatti, è con certezza deducibile, in base all'interpretazione letterale, teleologica e sistematica, dell'art. 83 c.p.c. (nella nuova formulazione recata nella legge 27 maggio 1997, n. 141) per il fatto che il mandato forma materialmente corpo con il ricorso od il controricorso, essendo la posizione topografica

della procura idonea a dar luogo alla presunzione di riferibilità della procura medesima al giudizio cui l'atto accede.

14 Qualora poi si mettesse in dubbio il momento temporale di rilascio della procura, si potrebbe agevolmente osservare che, nel caso di specie, la stessa risulta apposta prima della relata di notificazione.

15. Ciò attesta che la procura era materialmente congiunta al ricorso al momento della consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario e, quindi, al momento della notificazione così che non residuano dubbi circa l'anteriorità del conferimento del mandato rispetto alla notifica dell'atto (per una fattispecie ancor più estensiva: Cons. St. 4 settembre 2007, n. 4634).

16. Un secondo ordine di eccezioni riguarda l'asserita carenza di interesse alla proposizione del ricorso di prime cure in quanto l'odierna appellante sarebbe stata priva del requisito del fatturato coerente alle richieste del bando così che non avrebbe dovuto essere ammessa alla gara.

17. L'argomentazione è infondata in fatto prima ancora che in diritto.

18 Emerge *per tabulas* che il fatturato necessario per partecipare alla gara avrebbe dovuto collocarsi, nei tre esercizi ivi indicati, tra 2.200.000,00 e 2.400.000,00 Euro, per essere stati i predetti valori così ridotti in sede di lettera d'invito e di capitolato speciale (mentre la fornitura nel bando era stata stimata 250.000,00 euro in più).

19. Ne discende che le attestazioni presentate dall'appellante erano perfettamente in linea con le richieste della *lex specialis* e tanto vale a respingere la proposta eccezione.

20. Con ulteriore eccezione si prospetta l'introduzione, attraverso il ricorso d'appello, di un indebito *jus novorum*, modificandosi così l'originaria impostazione e le connesse argomentazioni: in particolare il ricorso di prime cure avrebbe sostenuto che i requisiti di

capacità tecnico finanziaria dovevano essere posseduti e dimostrati da ciascun partecipante al raggruppamento, mentre nel corrispondente gravame in secondo grado si afferma che tali requisiti devono essere posseduti dal raggruppamento nel suo complesso.

21. Tale modificazione argomentativa sposterebbe sensibilmente il *thema decidendum* con l'effetto di rendere inammissibile l'appello.

22. Anche in questo caso l'eccezione non è fondata in fatto, come dimostrato da parte appellante, che ha, in primo grado, prospettato come né il raggruppamento avversario nel suo complesso né le singole imprese che lo costituivano fossero in possesso dei requisiti richiesti dalla predetta *lex specialis*.

23. I riferimenti alla dotazione esclusivamente in capo al raggruppamento prendono, infatti, le mosse, con finalità di critica, dalle considerazioni svolte nella sentenza impugnata nel punto 2.2.

24. La questione dedotta con il primo motivo può essere così sintetizzata: se sia legittima la clausola del bando di gara che, dopo l'indicazione dei requisiti di fatturato (globale e per forniture analoghe), disponga che il concorrente privo dei predetti requisiti possa provare con altri documenti la propria capacità economico finanziaria.

25. Nel caso di specie è occorso che il raggruppamento aggiudicatario, pur privo del requisito del fatturato per almeno un anno, è stato tuttavia ammesso alla gara, ritenendosi, in base alla clausola sopra richiamata, l'equipollenza tra le varie specie di referenze elencate nell'articolo 41 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

26. Dispone la norma che si assume violata nel testo vigente all'epoca dei fatti (prima cioè che intervenisse la modifica introdotta con l'articolo 2. comma 1, lettera l), n. 1 del decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152): “1. Negli appalti di forniture o servizi, la

dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti:

a) idonee dichiarazioni bancarie;

b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa;

c) dichiarazione concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi.

2. Le amministrazioni precisano nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere. I documenti di cui al comma 1, lettera b), non possono essere richiesti a prestatori di servizi o di forniture stabiliti in Stati membri che non prevedono la pubblicazione del bilancio.

3. Se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante”

27. I precetti appena trascritti (ed in particolare il terzo comma) sono stati interpretati dal Tribunale amministrativo perugino, che ne ha correttamente indicato la derivazione dall'articolo 47 , comma 5 della direttiva 2004/18/CE, come pienamente giustificativi della metodica seguita dall'Amministrazione, ritenendosi addirittura che, se il bando avesse posto puramente e semplicemente il requisito dei livelli di fatturato, senza prevedere modalità alternative, il concorrente incapace di soddisfare quei requisiti avrebbe potuto chiedere comunque l'applicazione diretta dell'articolo 41, c. 3 del codice dei contratti pubblici.

28. Se quanto ritenuto nella pronuncia impugnata fosse la coerente esegesi delle su indicate norme, una prima conseguenza sarebbe la sostanziale superfluità delle stesse e la

loro agevole permutazione in un ampio e generico onere di dimostrazione della capacità economico-finanziaria raggiungibile con qualsivoglia mezzo e anche in spregio delle richieste puntuali della *lex specialis* della gara.

29. Siffatta interpretazione non solo proverebbe troppo, ma finirebbe anche per mettere in ombra una peculiare distinzione che è ben presente nel testo in esame: la distinzione, cioè, tra requisiti e referenze in generale.

30. Per requisito deve intendersi la qualità, lo stato, la relazione, il modo di essere di un soggetto o di una cosa (i peculiari accidenti connessi ad una sostanza riecheggiando nozioni aristoteliche) come prescritti da una disposizione che, dalla presenza di tali elementi nella loro coerente integralità, ne faccia discendere conseguenze di solito legittimanti, per il soggetto che li possieda, ad un *agere licere*.

31. I requisiti, di solito, si iscrivono in fattispecie caratterizzate da una assoluta unidirezionalità ed esclusività, deducibile dall'alternativa secca tra il possesso e la carenza del requisito stesso: o si ha l'età per partecipare a un pubblico concorso o non la si ha e, conseguentemente, non si possiede lo specifico requisito.

32. Può, tuttavia, accadere che la fattispecie preveda il possesso di requisiti alternativi: il servizio per un certo numero di anni in un determinato livello può essere considerato equivalente alla qualifica propria di un livello più elevato per il conseguimento della quale si richiede, ad esempio, il diploma di laurea.

33. In questi casi, in realtà, si pongono non già fattispecie alternative, ma semplicemente si prevedono più requisiti, tutti egualmente riconosciuti dalla norma primaria siccome idonei per gli effetti di volta in volta perseguiti dalla stessa (si tratta, cioè, di un cumulo o fascio di fattispecie ordinate in un contesto unitario).

34. Perché ciò avvenga occorre che la formazione delle strutture normative tenga conto della razionalità intrinseca nel sistema e non ponga il criterio di equivalenza ad un livello nel quale tutto si confonda nella notte hegeliana, che riveste di scuro i colori di tutte le cose.

35. La Sezione, proprio in base all'articolazione contenuta nella disposizione su riportata, ritiene che non possa predicarsi l'equivalenza delle diverse modalità con le quali è possibile dimostrare le referenze economico-finanziarie, a' sensi del citato articolo 41 d. lgs n. 163 del 2006, tutte le volte che, per una precisa scelta della stazione appaltante, una forma di referenza appaia la più coerente ai fini peculiarmente presi in considerazione dal contratto e divenga, a questa stregua, requisito specifico in relazione alla peculiarità del contratto con l'Amministrazione pubblica.

36. Le ragioni di ciò sono di palmare evidenza: un'impresa può vantare una eccellente situazione economico-finanziaria, ma non aver mai fatturato alcunché nello specifico settore di costruzioni, forniture o servizi per i quali è bandita la gara, così che la referenza, svuotata del suo collegamento intrinseco con le finalità perseguite con il contratto, finisce per perdere la propria intrinseca rilevanza.

37. Si vuol cioè significare che la previsione di un importante fatturato in materia di forniture sanitarie (quale previsto nella vicenda in esame) costituisce obiettivamente un requisito di elevata specialità rispetto al quale non è possibile individuare succedanei, senza tradire la finalità coerente all'organica previsione della *lex specialis*.

38. Ciò è, d'altro canto, espressamente ricavabile dall'articolo 41 del codice dei contratti pubblici, che, al primo comma, prevede la possibilità di individuazione di "uno o più" documenti e, nel successivo capoverso, chiarisce come l'Amministrazione debba

precisare (verbo non dissimile da specificare) quali requisiti debbano esse posseduti dai concorrenti.

39. Se l'individuazione del fatturato è conseguenza di una specificazione ad opera dell'Amministrazione, non si vede come il requisito così previsto possa essere commutato con una referenza obiettivamente diversa (e preordinata, è bene soggiungere, a dimostrare un requisito non coincidente o quanto meno parzialmente neutrale rispetto alla finalità esplicitamente perseguita con la procedura ad evidenza pubblica).

40. E' agevole, pertanto, rilevare come la previsione del terzo comma dell'articolo 41 non possa essere interpretata quale clausola generale di commutazione dei requisiti, tutte le volte che un soggetto non li possenga: ciò equivarrebbe a una legittimazione *obliquo modo* consentita dalla disposizione così da completare la prova delle referenze attingendo ad altre specie di documenti.

41. La formula normativa intende semplicemente consentire che chi vanti il possesso dei requisiti ai sensi della specifica previsione di gara (ad esempio: un determinato fatturato nel triennio), ma non sia in grado di dimostrarli con i documenti indicati nella *lex specialis* della gara possa essere facultato, ove sussistano giustificati motivi, a produrre una documentazione alternativa.

42. L'unica eccezione che soffre la regola del possesso dei requisiti riguarda il caso, pure espressamente disciplinato, dell'inizio di attività inferiore al triennio.

43. Se così non fosse, si creerebbe nei fatti una incongrua e illecita barriera all'ingresso di nuove imprese nel mercato.

44. Al di fuori di questa eccezione, coerente peraltro ai parametri del sistema e soprattutto al favore per l'esercizio delle libertà economiche presidiato non solo dalla Costituzione italiana, ma anche dal Trattato della Comunità europea, la regola generale è

di adeguare i profili e i requisiti in aderenza agli scopi e alle esigenze intrinseci alle diverse specie di contratti.

45. Alla stregua delle considerazioni appena svolte è evidente la violazione dei precetti dell'articolo 41 d. lgs n. 163/2006 da parte della clausola del bando impugnata in prime cure dall'odierno appellante.

46. Dal favorevole scrutinio del mezzo e dall'annullamento della citata clausola discende l'invalidità dell'intera procedura per essere stati commutati in requisiti di pari equivalenza attestazioni e qualità non omogenei alle finalità previste dal bando.

47. All'annullamento dell'intera gara non può tuttavia conseguire alcuna condanna al risarcimento del danno, posto che parte appellante si è limitata a una richiesta del tutto generica, quasi una condanna ex articolo 278 c.p.c., che è positivamente impedita dalle previsioni dell'articolo 35 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80. come sostituito dall'articolo 7, comma 1, lettera c) della legge 21 luglio 2000, n. 205 e che va pertanto dichiarato inammissibile.

48. Quanto alle spese, tenuto conto della novità della questione e della complessità della medesima, sembra equo disporre la compensazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello nei sensi di cui in motivazione e, in riforma della sentenza in epigrafe suindicata, annulla i provvedimenti impugnati con il ricorso di primo grado. Spese compensate, Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 28 ottobre 2008, con l'intervento dei Sigg.ri:

Stefano Baccarini

Presidente

Aldo Fera

Consigliere

Filoreto D'Agostino

Consigliere est.

Vito Poli

Consigliere

Nicola Russo

Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Filoreto d'Agostino

f.to Stefano Baccarini

IL SEGRETARIO

f.to Agatina M. Vilardo

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....25/02/09.....

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

IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi