

ubblicato il 20/04/2021

N. 02497/2021 REG.PROV.COLL.

N. 04995/2020 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4995 del 2020, proposto da Impianti Gas Medicali s.r.l., G.E.T.E. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Alfonso Erra, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Asl 107 - Napoli 2 - Nord, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Sorrentino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento:

- 1) "del bando e disciplinare di gara", spedito alla G.U.U.E. il 13 novembre 2020, con il quale l'Azienda Sanitaria Locale Napoli 2 Nord indiceva procedura aperta "per l'affidamento quinquennale, presso i presidi e gli stabilimenti ospedalieri dell'Azienda Sanitaria Locale Napoli 2 Nord, di forniture di gas medicali, comprensiva di serbatoi di stoccaggio di ossigeno liquido un comodato d'uso gratuito (lotto 1), servizio di manutenzione ordinaria e dell'esecuzione di lavori impiantistica per gli impianti e le reti di distribuzione dei presidi Ospedalieri della ASL NA 2 Nord";
- 2) del disciplinare tecnico;
- 3) ove necessario per quanto di ragione degli avvisi/chiarimenti nn. 1 e 2 rispettivamente del 26 novembre e del 2 dicembre 2020;
- 4) di ogni altro atto presupposto, conseguente e comunque connesso, ivi compresa la delibera del D.G. n.782 del 17 giugno 2020, di indizione della procedura.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Asl 107 - Napoli 2 - Nord;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore la dott.ssa Maria Grazia D'Alterio nell'udienza del giorno 2 marzo 2021 tenuta da remoto con modalità Microsoft Teams a termini dell'art. 25 del D.L. 137/2020, e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso all'esame la società in epigrafe ha impugnato, in uno al relativo disciplinare e capitolato speciale d'appalto, il bando di gara pubblicato dall'Azienda Sanitaria Locale Napoli 2 Nord per estratto, sulla Gazzetta Ufficiale - 5a serie speciale, n.ro 135, in data 18 novembre 2020, avente ad oggetto la *"Fornitura di gas medicali, comprensiva di serbatoi di stoccaggio di ossigeno liquido in comodato d'uso gratuito (Lotto 1 CIG 84937017CB) ed il servizio di manutenzione ordinaria e dell'esecuzione di lavori impiantistici per gli impianti e le reti di distribuzione dei Presidi Ospedalieri della ASL NA2 Nord (Lotto 2 CIG 8493739727), per anni cinque. Importo quinquennale Lotto 1 €. 5.500.000,00 – Importo quinquennale Lotto 2 € 4.350.000,00"*.

2. A sostegno del gravame la ricorrente ha dedotto, in quattro articolati motivi in diritto, vizi di violazione di legge (segnatamente artt. 23, commi 14 e 15, 83, comma 4 e 5, 86, 89, 95, comma 1 del d. lgs. n. 50/2016 s.m.i. nonché del d.lgs 25/2/2000 n. 93 di attuazione delle direttive 97/23/CE - E 2014/68/UE.) ed eccesso di potere sotto plurimi profili (difetto d'istruttoria e motivazione, manifesta irragionevolezza, sviamento, violazione Linee Guida Anac n. 7/2015), lamentando, in estrema e doverosa sintesi:

I) la sproporzionata e immotivata previsione, quale requisito partecipativo, di un fatturato globale annuo ben oltre il limite previsto dall'art. 83, comma 4, lettera a) del Codice dei Contratti, che sarebbe pari a €. 5.373.000 e, dunque, sarebbe posseduto dall'ATI ricorrente;

II-III) la previsione, del tutto irragionevole, che i concorrenti fossero abilitati in proprio a rilasciare la dichiarazione di conformità PED, senza alcuna possibilità di conseguire altrimenti detta dichiarazione, nemmeno attraverso il ricorso all'avvalimento (art. 7.4 del bando);

IV) la mancanza di elaborato tecnico illustrativo del servizio alla base degli atti di gara, in violazione dell'art. 23, commi 14 e 15 del Codice dei Contratti.

3. Con memoria di costituzione depositata in data 7 gennaio 2021 si è costituita in resistenza l'Azienda Sanitaria Locale Napoli 2 Nord, instando nel merito per la reiezione del ricorso in quanto infondato in fatto e in diritto.

4. Respinta l'istanza cautelare sulla base del *periculum*, ritenendo il Collegio *"l'interesse strumentale alla riedizione della gara sotteso alle censure articolate avverso gli atti indittivi, ad una valutazione comparativa della posizione delle parti, (...) recessivo rispetto all'interesse dell'Azienda sanitaria resistente alla fornitura di gas medicali in questione"*, all'esito della discussione delle parti all'udienza del 2 marzo 2021, la causa è stata trattenuta per la decisione.

5. Il ricorso è fondato nei termini e con le precisazioni che seguono.

5.1 Con il primo motivo di ricorso la ricorrente lamenta che l'ASL avrebbe immotivatamente fissato il requisito relativo al fatturato specifico ben oltre il limite previsto dall'art. 83 del Codice dei Contratti, richiamato dalla disciplina di gara.

Più in dettaglio, secondo la prospettazione attorea, in base dalla vigente normativa il fatturato specifico richiesto quale requisito partecipativo dalla *lex* di gara e il corrispondente valore stimato dell'appalto dovrebbero essere calcolati in relazione al medesimo periodo di riferimento.

La S.A., pertanto, avrebbe errato allorché ha calcolato il fatturato triennale necessario per partecipare alla gara nella misura del doppio del valore stimato dell'appalto, riferendo tuttavia quest'ultimo non al triennio bensì all'importo quinquennale, in relazione all'intero importo a base d'asta per tutta la durata dell'appalto.

Ed invero, a fronte di un "importo contrattuale annuo" messo a base di gara dall'ASL che, con specifico riferimento al lotto 2 (al quale sono interessate le ricorrenti), è pari ad €. 4.477.500 nel quinquennio - ossia €. 895.500 (€. 4.475.000/5) per ciascun anno e €. 2.686.500 (895.500x3) nel triennio – la S.A. ha invece richiesto un fatturato nel triennio pari a €. 8.955.000 (€. 4.475.000x2), superiore all'importo massimo richiedibile, in quanto superiore al doppio del corrispondente importo triennale, pari a €. 5.373.000 (€. 2.686.500x2).

Il motivo è fondato.

Gioverà ricordare che l'art. 83 del Codice dei Contratti prevede che *"le stazioni appaltanti, nel bando di gara, possono richiedere: a) che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto"* (cfr. commi 4, lettera a) e che *"Il fatturato minimo annuo richiesto ai sensi del comma 4, lettera a) non può comunque superare il doppio del valore stimato dell'appalto, calcolato in relazione al periodo di riferimento dello stesso, salvo in circostanze adeguatamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei servizi e forniture, oggetto di affidamento. La stazione appaltante, ove richieda un fatturato minimo annuo, ne indica le ragioni nei documenti di gara"* (cfr. comma 5).

La norma che è contenuta nella richiamata disposizione limita espressamente l'esercizio della discrezionalità della stazione appaltante sotto due profili, che operano alternativamente: il primo è di carattere quantitativo, prescrivendo che il fatturato richiesto non possa superare il doppio del valore stimato dell'appalto, rapportato al periodo di riferimento; il secondo limite, invece, è di carattere sistematico e opera come eccezione che supera il primo, nel senso che l'amministrazione può prevedere, in casi peculiari, una soglia di fatturato superiore al limite quantitativo di cui si è detto ma una tale scelta, comportando un inevitabile restringimento della platea dei concorrenti, deve essere rigorosamente motivata, in modo che emerga la sua intrinseca ragionevolezza e proporzionalità rispetto all'effetto riduttivo della concorrenza che ne può conseguire, in relazione all'interesse pubblico che l'amministrazione ha inteso salvaguardare.

Dunque ragionevolezza e proporzionalità della previsione derogatoria posta dalla *lex specialis* operano come limite mobile alla scelta discrezionale dell'amministrazione, consentendo a quest'ultima, alla stregua di una rigorosa motivazione, di superare il limite quantitativo (del doppio del fatturato specifico) che - in forza di una valutazione *ex ante*, presuntivamente operata dal legislatore – è in grado di comprovare la adeguatezza, sotto il profilo quantitativo, della misura in cui si è inteso circoscrivere la platea dei concorrenti.

Del resto, la pacifica giurisprudenza in tema di requisito di fatturato specifico, anche della Sezione, ha chiarito che, posto che l'art. 83, comma 5, del D.Lgs n. 50 del 2016 prevede tre classi di requisiti a dimostrazione della capacità economica e finanziaria e che quella relativa al fatturato minimo, tanto più se specifico, può effettivamente ridurre drasticamente la platea dei concorrenti, qualora l'Amministrazione scelga tale ipotesi è tenuta ad indicarne le ragioni e tale motivazione va fornita indipendentemente dal rispetto del limite del doppio del valore stimato dell'appalto (cfr. Cons. Stato, Sez. III, sent. 19 gennaio 2018, n. 357; TAR Napoli, Sez. V, sent. 6 maggio 2019 n. 2435).

Va anche soggiunto che la norma àncora al *“fatturato minimo annuo”* e al *“valore stimato dell'appalto, calcolato in relazione al periodo di riferimento dello stesso”* i termini su cui parametrare il requisito, di talché, ove il fatturato richiesto sia rapportato ad un arco temporale più lungo dell'anno, il valore dell'appalto corrispondente deve essere rapportato all'equivalente arco temporale, consentendosi altrimenti alle amministrazioni, come perspicacemente rimarcato dalla difesa ricorrente, di far dipendere dalla durata dell'appalto, da esse predeterminata a monte, l'applicazione, a valle, di requisiti più o meno rigorosi.

Nel caso all'esame, a fronte di un importo triennale pari a € 2.686.500, l'ASL - come anche ribadito col chiarimento n. 2 del 2 dicembre 2020 – ha richiesto il possesso di un fatturato complessivo nel medesimo arco temporale triennale, e segnatamente nel triennio 2017/2019, pari *“a euro 8.955.000, per il lotto 2”*, di talché il fatturato specifico nel triennio richiesto risulta superiore al doppio del corrispondente importo dell'appalto nel periodo di riferimento, senza che risultino rappresentate negli atti di gara *“circostanze adeguatamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei servizi e forniture, oggetto di affidamento”*.

In tal modo operando - ovvero fissando requisiti eccedenti la misura massima prevista dalla norma in assenza, tuttavia, di rigorosa motivazione - la stazione appaltante ha finito per restringere la platea dei concorrenti in maniera che appare affatto non giustificata, irragionevole e non necessaria.

Il motivo è dunque fondato.

5.2 Con il secondo e terzo motivo le ricorrenti lamentano che la *lex specialis* avrebbe richiesto inderogabilmente, ancora una volta, requisiti partecipativi illogici e sproporzionati, prescrivendo, al punto 3.5 del bando, che i concorrenti fossero abilitati in proprio a rilasciare la dichiarazione di conformità PED ovvero *“attestazioni certificanti l'abilitazione a rilasciare dichiarazione di conformità secondo Direttiva 97/23/CE in materia di attrezzature a pressione (Direttiva PED) necessarie al fine di procedere con una regolare installazione delle centrali gas medicinali (serbatoi criogenici), secondo normativa”*, senza alcuna possibilità di conseguire altrimenti detta dichiarazione, anche precisando che:

- la certificazione di conformità alle direttiva PED non poteva essere rilasciata da un Organismo notificato indipendente a tanto abilitato, ai sensi del D. Lgs. 93/2000 e s.m.i di attuazione delle cennate direttive (*cf.* risposta al quesito n. 3 con avviso n. 1 del 26 novembre 2020);
- detto requisito non poteva essere oggetto di avalimento (*cf.* art. 7.4 del bando).

Anche tali censure sono fondate.

Come noto, l'istituto dell'avalimento ha una portata generale, rispondendo all'esigenza della massima partecipazione consentendo ai concorrenti, che siano privi dei requisiti di capacità tecnica, economica e professionale richiesti dal bando, di concorrere ricorrendo ai requisiti di altri soggetti; di talché, quand'anche la certificazione di qualità riguardasse una qualità soggettiva dell'impresa, ugualmente potrebbe essere oggetto di avalimento, rientrando tra i requisiti soggettivi che possono essere comprovati mediante tale strumento (Consiglio di Stato, sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5408).

Ciò chiarito in termini generali, ritiene il Collegio che la *lex specialis*, nella parte in cui ha inteso inibire il soddisfacimento del requisito di cui all'art. 3.5 del bando a mezzo di avalimento, è illegittima, violando il generale precetto di cui all'art. 89 del D.Lgs. 50/2016 che prevede che l'operatore economico *“può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale e di cui all'articolo 83, comma 1 lett. b) e c) necessari per partecipare ad una procedura di gara (...) avvalendosi delle capacità di altri soggetti (...)”*.

Né il requisito controverso può ritenersi compreso tra i requisiti non avallabili, essendosi chiarito, in relazione ad analoga fattispecie, che *"la certificazione di cui alla Direttiva 97/23/CE in materia di attrezzature a pressione Direttiva PED"* può in astratto costituire oggetto di contratto di avallamento (cfr. TAR Lombardia, Milano, 15 ottobre 2013, n. 2306), salva la verifica in concreto dell'idoneità del contratto di avallamento ad assicurare che l'impresa ausiliaria abbia assunto anche l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (e quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti), essendo poi onere del concorrente provare l'effettiva disponibilità di un requisito che, per le sue caratteristiche, è collegato all'intera organizzazione dell'impresa, alle sue procedure interne, al bagaglio delle conoscenze utilizzate nello svolgimento delle attività.

5.3 Con ulteriore motivo, le ricorrenti lamentano la violazione dell'art. 23 del Codice dei Contratti, che, ai commi 14 e 15, impone alle stazioni appaltanti di predisporre, per gli appalti di servizi quale quello che ci occupa, il relativo progetto, prescrivendo, in particolare, al comma 15, che, *"per quanto attiene agli appalti di servizi, il progetto deve contenere: la relazione tecnico illustrativa del contesto in cui è inserito il servizio (...) per i servizi di gestione dei patrimoni immobiliari, ivi inclusi quelli di gestione della manutenzione e sostenibilità energetica, i progetti devono riferirsi anche a quanto previsto dalle pertinenti norme tecniche"*.

Il motivo è inammissibile, non avendo la clausola censurata natura escludente.

Secondo la consolidata giurisprudenza vanno considerate *"clausole immediatamente escludenti"* del bando, comportanti l'onere della immediata impugnazione di questo, solo quelle che con assoluta e oggettiva certezza incidono direttamente sull'interesse delle imprese in quanto precludono, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un'utile partecipazione alla gara a un operatore economico (cfr. in termini, Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4).

A tal fine quest'ultimo è tenuto a dimostrare, in via pregiudiziale, il suo interesse ad agire quando prova di non aver potuto formulare, anche in ragione della propria organizzazione aziendale, un'offerta oggettivamente competitiva, e dimostra, nel merito, l'illegittimità della legge di gara quando prova che tale impossibilità è comune alla maggioranza delle imprese operanti nel settore.

Nel caso all'esame, l'Ati ricorrente non ha provato di essere stata impossibilitata alla formulazione di un'offerta competitiva, anche avuto riguardo alla circostanza che, come si evince dalle incontestate argomentazioni difensive formulate dalla resistente amministrazione, la S.A. ha immediatamente messo a disposizione le strutture per i sopralluoghi a richiesta, ritenendo sufficiente, se valutato opportuno dalla concorrente, anche il sopralluogo in una sola struttura ospedaliera per la presentazione dell'offerta.

Le superiori considerazioni risultano nondimeno confortate dagli stessi rilievi svolti dalla ricorrente, nella parte in cui rimarca che, a fronte della denunciata mancanza progettuale, l'art. 15.2 del bando/disciplinare imponeva ai concorrenti, al fine di conseguire gli 80 punti previsti per l'offerta tecnica, la formulazione di una dettagliata relazione tecnica su tutti i molteplici aspetti progettuali coinvolti nel complesso di servizi messi a gara, asserendo conclusivamente – ma senza fornire prova adeguata sul punto – che una tale completa e dettagliata relazione avrebbe potuto essere compiutamente predisposta esclusivamente dal gestore uscente, unico operatore economico in grado di conoscere il contesto nel quale dovrà svolgersi il servizio.

In altre parole, la mancanza dell'elaborato tecnico non ha costituito nella specie circostanza oggettivamente preclusiva alla partecipazione alla gara delle ricorrenti, quanto piuttosto contingenza idonea di per sé a influire negativamente sulla valutazione da parte della S.A. dell'offerta tecnica da esse presentata, di talché deve escludersene il carattere di immediata lesività.

6. In conclusione il ricorso è accolto nei termini e limiti di cui in motivazione, con conseguente annullamento degli atti indittivi della procedura di gara, oggetto d'impugnativa.

7. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidati come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sede di Napoli, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati nei termini di cui in motivazione.

Condanna l'ASL Napoli 2 Nord alla refusione delle spese di lite in favore della ricorrente che liquida in complessivi €. 2.000,00, oltre accessori come per legge e rimborso del C.U..

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 2 marzo 2021, tenuta da remoto, con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Diana Caminiti, Consigliere

Maria Grazia D'Alterio, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Maria Grazia D'Alterio

IL PRESIDENTE

Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO