

- del provvedimento di esclusione dell'associazione temporanea di imprese tra le ricorrenti dalla gara indetta dall'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Foggia per l'affidamento dei servizi consistenti nelle *“attività di supporto alla gestione del “Centro accoglienza Art Village” della A.S.L. FG - Attuazione del progetto “Luoghi e percorsi di peer education e di promozione della salute”* adottato dalla Commissione giudicatrice nella seduta del 19 luglio 2018;
- nonché della deliberazione n. 1050 del 25 luglio 2018 del Direttore Generale della A.S.L.;
- della nota prot. 59433 del 25 luglio 2018 di comunicazione delle predette determinazioni a firma del Responsabile Unico del procedimento, entrambe trasmesse a mezzo p.e.c. il 25 luglio 2018;
- di ogni altro atto ai predetti presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria per la Provincia di Foggia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 settembre 2018 l'Avv. Donatella Testini e uditi per le parti i difensori avv. Gennaro Rocco Notarnicola e Carlo Tangari, per la ricorrente e avv. Raffaele Daloiso, per l'azienda;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Nel presente giudizio è controversa la legittimità della determina direttoriale n. 1050 del 25 luglio 2018 con la quale il raggruppamento temporaneo d'impresе ricorrente è stato escluso dalla procedura di gara indetta dall'Azienda Sanitaria

Locale della Provincia di Foggia per l'affidamento del servizio di "...supporto alla gestione del "Centro accoglienza Art Village" della A.S.L. FG - Attuazione del progetto "Luoghi e percorsi di peer education e di promozione della salute".

Queste le motivazioni poste a fondamento della gravata esclusione:

"...la mandante Soc. Coop. San Giovanni di Dio non ha dichiarato il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale (Esperienza almeno triennale nel trattamento delle dipendenze patologiche) di cui al punto III.1.3 del Bando di gara nonché al paragrafo 7.3. del Disciplinare di gara".

2. Avverso il predetto atto insorge parte ricorrente deducendone, a mezzo di un unico articolato motivo di ricorso, l'illegittimità per violazione ed erronea applicazione della *lex* di gara e del principio di autolimita della p.A.; del principio del *favor participationis*; nonché dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, come modificato dall'art. 52, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 56/2017.

2.1. Premesso:

- che la mandataria Fondazione Nuovo Villaggio del Fanciullo "Celso e Anna Frascali" possiede il requisito di capacità tecnica e professionale sopra indicato nella sua interezza (come risulta dalla dichiarazione resa ai fini della partecipazione alla gara, cfr. pag. 14 del D.G.U.E., all. n. 4 del deposito documentale della ricorrente del 28 agosto 2018);

- e che, in relazione al requisito in discorso, la mandante soc. coop. San Giovanni di Dio, in sede di partecipazione, ha dichiarato quanto segue: "rimanda a quanto dichiarato dalla capogruppo mandataria" (cfr. pag. 16 del D.G.U.E., all. n. 6 del deposito documentale della ricorrente del 28 agosto 2018);

assume parte ricorrente che la *lex* di gara, nel richiedere il possesso del requisito di capacità tecnica di esperienza triennale nel settore, non prevede alcuna soglia minima per ciascun componente del raggruppamento il quale, pertanto, ben può partecipare alla gara pur essendo sprovvisto.

Osserva all'uopo che, ai sensi del punto 7.4., ultimo comma, del disciplinare di gara, il requisito della *“Esperienza almeno triennale nel trattamento delle dipendenze patologiche”* per cui è causa *“...deve essere soddisfatto dal raggruppamento temporaneo nel complesso”*.

La disposizione sarebbe chiara nell'escludere la necessità che ogni componente del raggruppamento sia in possesso del requisito, con conseguente illegittimità della gravata esclusione per violazione della *lex specialisin parte qua*.

2.2. Aggiunge parte ricorrente che, comunque, non vi è alcuna previsione normativa che imponga – quantomeno per gli appalti di servizi – la corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di esecuzione delle prestazioni, essendo onere della stazione appaltante, ove lo ritenga necessario, specificare quali requisiti di natura tecnica o economica debba essere posseduti dalle singole imprese del raggruppamento e in quale misura.

L'art. 48, comma 4, d.lgs. n. 50/2016, infatti, si limita a prevedere che *“Nel caso di lavori, forniture o servizi, nell'offerta devono essere specificate le categorie di lavori o le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati”*.

Il successivo art. 83, comma 8, a sua volta, dopo aver previsto che le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, stabilisce che, per i raggruppamenti temporanei d'impresе, l'indicazione nel bando delle misure in cui i requisiti medesimi devono essere posseduti dai singoli partecipanti è meramente eventuale.

Tale previsione, peraltro, sarebbe perfettamente in linea con il “considerando” n. 15 della direttiva comunitaria n. 24/2014 e con l'art. 19, comma 2, della ridetta direttiva.

In assenza di espressa previsione di requisiti minimi in capo ai mandanti, pertanto, ben può il solo mandatario indicare il possesso del 100% dei requisiti prescritti.

2.3. Deduce, infine, la violazione del principio di tutela dell'incolpevole affidamento e del *favor participationis* dinanzi all'evidente difetto di comminatoria per l'inadempimento ravviato nel provvedimento gravato, *a fortiori* in presenza dell'espressa previsione da parte della *lex specialis* della possibilità di documentare il possesso del requisito cumulativamente, senza alcuna quota minima in capo a ciascuna componente.

Conclude parte ricorrente per l'annullamento dell'atto gravato, in accoglimento del ricorso.

3. L'Azienda Sanitaria intimata, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'infondatezza del gravame, invocandone la reiezione.

4. La rilevata sussistenza dei presupposti indicati all'art. 60 c.p.a. consente di trattenere la presente controversia – portata all'odierna Camera di Consiglio ai fini della delibazione dell'istanza cautelare dalla parte ricorrente incidentalmente proposta – ai fini di un'immediata definizione nel merito.

Prevede infatti la disposizione da ultimo citata che, *“in sede di decisione della domanda cautelare, purché siano trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, il collegio, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata”*.

Nel precisare che le parti presenti all'odierna Camera di Consiglio sono state al riguardo sentite, il ricorso all'esame si rivela fondato.

5. Va, infatti, rilevato che:

- in relazione alle procedure di gara per l'affidamento di servizi cui partecipino raggruppamenti temporanei di operatori economici, il d.lgs. n. 50/2016 (come il previgente d.lgs. n. 63/2016) si limita a prescrivere che l'offerta debba contenere l'indicazione delle specifiche parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici (art. 48, comma 4);

- nessuna prescrizione specifica viene dettata in merito alla quota percentuale minima dei requisiti di qualificazione e/o di capacità che deve essere posseduta da ciascun operatore economico che partecipi all'appalto riunendosi in un raggruppamento temporaneo;

- l'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 (ricalcando il contenuto del previgente art. 275 del d.P.R. n. 207/2010), infatti, si limita ad imporre che la mandataria possieda i requisiti ed esegua le prestazioni in misura maggioritaria, ma definisce come "eventuali" le misure in cui gli stessi requisiti debbano essere posseduti sia singoli partecipanti, rimettendone la definizione alla discrezionalità della stazione appaltante (Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 gennaio 2015, n. 18; T.A.R. Liguria, Sez. II, 28 febbraio 2017, n. 144);

Ulteriormente rilevato che, nel caso di specie, la stazione appaltante non si è avvalsa della facoltà di definire la misura in cui il requisito di capacità tecnica e professionale dell'esperienza almeno triennale nel trattamento delle dipendenze patologiche deve essere posseduto dal singolo componente del raggruppamento atteso che, al punto 7.4., ultimo comma, del disciplinare ha previsto che lo stesso debba essere soddisfatto dal raggruppamento nel suo complesso;

6. Considerato che:

- il Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 27/2014 - con riferimento al sistema previgente alla disciplina dettata dal nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), ma valevole anche per la disciplina vigente in quanto sul punto immutata - ha sancito il venir meno non solo dell'obbligo di corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione degli appalti di servizi e forniture, ma anche di quello tra quote di esecuzione e requisiti idoneativi, affermando espressamente che: "... negli appalti di servizi da affidarsi a raggruppamenti temporanei di imprese non vige ex lege il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e

la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della lex specialis della gara”;

- nel sancire il venir meno del predetto obbligo, la Plenaria n. 27/2014 ha precisato che, comunque, “...ciascuna impresa raggruppata va qualificata per la parte di prestazioni che si impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara”;

7. Ritenuto che:

- la statuizione secondo cui ciascuna impresa debba essere qualificata per la parte di prestazioni che si impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara, non significa che, per tal via, possa recuperarsi il principio – dequotato da Cons. Stato, Ad. Plen., n. 7/2014 e n. 27/2014 – della corrispondenza percentuale tra quote di partecipazione, quote di esecuzione e requisiti idoneativi;

- viceversa, ciò che si vuole evidenziare è che il possesso dei requisiti speciali di partecipazione possa attestarsi su una soglia minima, senza che a tale soglia debba necessariamente corrispondere l'entità delle quote di partecipazione al RTI, per converso rientrando nella piena disponibilità degli associati (cfr. Cons. Stato, n. 374/2015), purché, naturalmente, la formula adottata sia conforme alle prescrizioni e modalità contemplate al riguardo dalla *lex specialis* (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 14 giugno 2017, n. 3280);

8. Considerato che a quanto sopra esposto consegue, quale corollario:

- che il possesso dei requisiti speciali di partecipazione “possa”, ma non “debba” attestarsi su una soglia minima, trattandosi di scelta rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante;

- che, pertanto, in caso di mancata definizione della soglia minima da parte della stazione appaltante, il servizio oggetto di gara può essere svolto da esecutori privi

del requisito purché, naturalmente, il ridetto requisito sia posseduto cumulativamente dal raggruppamento;

9. Ulteriormente considerato che tali conclusioni appaiono necessitate in ragione della circostanza che:

- in assenza di definizione di una soglia minima da parte della stazione appaltante nella *lex* di gara;
- e stante la su indicata assenza di una predeterminazione normativa o regolamentare dei requisiti di qualificazione;
- l'imposizione eteronoma di una soglia minima non può che risolversi nella non condivisibile reintroduzione di quel principio della corrispondenza percentuale tra quote di esecuzione e requisiti idoneativi respinto dalla stessa Adunanza Plenaria n. 27/2014;

10. Rilevato che la stessa Difesa della parte resistente, infatti, osserva che, nel silenzio della *lex* di gara, “... avendo la mandante coop. san Giovanni di dio dichiarato di voler svolgere il 20% del servizio avrebbe necessariamente dovuto possedere un'esperienza non inferiore a 219 giorni (20% di 1095, ovvero l'esperienza triennale)”; il che val quanto dire che la mandante dovrebbe possedere una quota di qualificazione corrispondente a quella di esecuzione;

11. Ritenuto, in conclusione, che risulta conforme alla *lex specialis* un'ipotesi – come quella occorsa nel caso di specie – in cui sia solo il mandatario ad indicare il 100% del requisito prescritto;

va, in definitiva, dato atto della fondatezza del ricorso.

All'accoglimento del ricorso accede l'annullamento dell'atto con esso impugnato.

12. Va disposta l'integrale compensazione *inter partes* delle spese di lite in ragione della sussistenza di giurisprudenza difforme.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezioni Unite), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento di esclusione gravato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 5 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente

Angelo Fanizza, Primo Referendario

Donatella Testini, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Donatella Testini

IL PRESIDENTE
Francesco Gaudieri

IL SEGRETARIO