

N. 00794/2023 REG.PROV.COLL.

N. 01214/2022 REG.RIC.



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 Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1214 del 2022, proposto da Servizi Assistenziali Domiciliari S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Raffaello Perfetti e Alessandro Rosi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Innovapuglia Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Martucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della comunicazione del 5 ottobre 2022, trasmessa alla ricorrente nella medesima data, recante "Gara telematica a procedura aperta per la conclusione di un accordo quadro con più operatori economici ai sensi dell'art. 54, co. 4 lett. a) del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i., avente ad oggetto l'affidamento del servizio di Ventiloterapia

meccanica domiciliare per i pazienti delle Aziende Sanitarie della Regione Puglia.
Numero Gara: 8646420. Comunicazione di esclusione dalla procedura di gara, ai sensi dell'art. 76, comma 5, lettera b) del d.lgs. 50/2016 e s.m.i.”;

- del verbale della seduta di gara del 30 settembre 2022;
- del bando di gara, del disciplinare, del capitolato tecnico e di tutta la ulteriore documentazione di gara;
- di ogni altro atto presupposto, connesso o conseguente, ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Innovapuglia Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 febbraio 2023 il dott. Carlo Dibello e uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con comunicazione del 5 ottobre 2022, la società S.A.D. s.r.l. ha ricevuto notizia di essere stata esclusa dalla gara telematica a procedura aperta per la conclusione di un accordo quadro con più operatori economici ai sensi dell'art. 54, co.4 lett. a), del d. lgs. n. 50/2016 e s.m.i., avente ad oggetto l'affidamento del servizio di ventiloterapia meccanica domiciliare per i pazienti delle Aziende Sanitarie della Regione Puglia.
Numero Gara: 8646420.

La gara è stata indetta con determinazione del Direttore della divisione SARPULIA n. SAR/062 del 13/07/2022, mediante Bando di Gara pubblicato sulla GUUE del 19/07/2022 con nr. 2022/S 137-392253 e si è stabilito di procedere ad

aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 95 comma 7 del d.lgs. 50/2016 s.m.i.

La Sad ha presentato offerta per i Lotti nn.3, 5 e 6 e ha dichiarato di fare affidamento sulla capacità della società Siare Engineering International Group S.r.l. per soddisfare il requisito di capacità tecnico professionale, di cui al paragrafo 8.3, lett. a), del Disciplinare, per tutti i lotti a cui ha partecipato.

L'esclusione dalla gara è stata sancita in quanto *“il contratto di avvalimento tra SAD Srl e Siare Engineering International Group S.r.l., presentato in gara, non indicava le risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria; come previsto dall'art. 89 comma 1 del Codice e dal paragrafo 9 del Disciplinare, la mancata indicazione delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria è causa di nullità del contratto di avvalimento; ■ non è sanabile la mancata indicazione delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria, come previsto al paragrafo 9 del Disciplinare di gara; Considerato che essendo nullo il contratto di avvalimento tra SAD Srl e Siare Engineering International Group S.r.l., l'operatore economico non possiede in proprio i requisiti di capacità tecnica e professionale, di cui al paragrafo 8.3 a) del Disciplinare, per i tre lotti a cui ha partecipato; Visto il paragrafo 8.3 a) del disciplinare di gara che prevede espressamente: “Nell'ipotesi in cui i servizi analoghi dimostrati non soddisfino il requisito per tutti i lotti a cui ha partecipato, il concorrente verrà ammesso, ai singoli lotti, valutando il possesso del requisito partendo dal lotto di minor valore tra quelli a cui ha partecipato”; Preso atto che il seggio di gara ha riscontrato il possesso dei requisiti di capacità tecnico organizzativa per il lotto di minor valore tra quelli a cui ha partecipato, ovvero il lotto nr. 3 e ha pertanto ammesso l'operatore economico al prosieguo del procedimento solo per il lotto n. 3; Si comunica l'esclusione della ditta SAD SRL per i Lotti nn. 5 e 6, ai sensi dei paragrafi “8. 3 REQUISITI DI CAPACITÀ TECNICA E PROFESSIONALE e 9. AVVALIMENTO” del Disciplinare di Gara, perché, a causa della nullità del contratto di avvalimento, l'operatore economico non ha dimostrato il possesso dei*

requisiti di capacità tecnico professionali previsti al paragrafo 8.3 lett. a) del Disciplinare di Gara per i lotti nn. 5 e 6 a cui ha partecipato.”

L'esclusione dai lotti 5 e 6 della gara è contestata dalla società che ne chiede l'annullamento al Tar, sulla base delle seguenti censure: Violazione e falsa applicazione dell'art. 89 del D.lgs. n. 50/2016. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost. Violazione del principio di buona amministrazione ex art. 41 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Violazione dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità. Carenza di istruttoria e travisamento dei presupposti di fatto. Carenza di motivazione.

Innova Puglia si è costituita in giudizio con memoria depositata in data 14/11/2022, per resistere al ricorso del quale ha chiesto il respingimento.

Le parti hanno depositato ulteriori memorie in vista della udienza di discussione della controversia.

Alla pubblica udienza del 15 febbraio 2023, la controversia è stata posta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato ed è meritevole di accoglimento.

L'art. 9 del disciplinare di gara ha previsto che *“Ai sensi dell'art. 89 del Codice, l'operatore economico, singolo o associato ai sensi dell'art. 45 del Codice, può dimostrare il possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett. b) e c) del Codice avvalendosi dei requisiti di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento. L'avvalimento è obbligatorio per gli operatori economici che hanno depositato la domanda di concordato, qualora non sia stato ancora depositato il decreto previsto dall'articolo 163 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267. Non è consentito l'avvalimento per la dimostrazione dei requisiti generali e di idoneità professionale [ad esempio: iscrizione alla CCIAA]. Ai sensi dell'art. 89,*

comma 1, del Codice, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria.”

L'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 89 del d.lgs. 50 del 2016 è stato oggetto di interpretazioni contrastanti, sia nella giurisprudenza nazionale che in quella della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Ad una esegesi dettata da formalismo, e cioè dalla necessità che il contratto di avvalimento stipulato dall'impresa concorrente in gara – cd ausiliata- e dall'impresa ausiliaria fosse caratterizzato da oggetto perfettamente determinato, si è contrapposta una lettura meno rigorosa in merito ai requisiti dell'oggetto del contratto, che si è ritenuto conforme al paradigma normativo anche in caso di determinabilità dell'oggetto.

Detta ultima interpretazione dell'istituto appare preferibile, ad avviso del Collegio, specie in una congiuntura caratterizzata dal notevole incremento dei prezzi al consumo dei beni e dalla conseguente estrema difficoltà degli operatori economici di rimanere competitivi sul mercato anche al fine di aggiudicarsi commesse pubbliche.

Per queste ragioni, quando l'impresa ausiliaria, ad una dichiarazione negoziale contenente l'obbligo di mettere a disposizione dell'operatore economico in gara tutte le proprie risorse aziendali, fa seguire una specifica dichiarazione di “prestito” di requisiti esattamente individuati o individuabili, la dichiarazione così concepita soddisfa il parametro della determinatezza o della determinabilità dell'oggetto del contratto di avvalimento ed è idonea a vincolare le parti ai reciproci obblighi assunti anche nei riguardi della stazione appaltante.

Non si può del resto dimenticare che l'avvalimento cd tecnico operativo costituisce l'ipotesi classica in cui l'impresa ausiliaria mette direttamente a disposizione della

concorrente le proprie risorse materiali (strutture, strumentazione, risorse umane) e immateriali (know how) per consentire la corretta esecuzione dell'appalto.

Ma la necessità di indicare con precisione le specifiche risorse messe a disposizione dell'ausiliata va correttamente intesa, anche alla luce del tipo di contratto che la stazione appaltante intende stipulare con la ditta aggiudicataria e alla possibilità introdotta dalla legge di gara di servirsi dello strumento dell'avvalimento.

Osserva il Collegio che il contratto di avvalimento intercorso tra la Sad s.r.l. e la SIAE Engineering ha un oggetto sicuramente determinato o, quanto meno, determinabile.

Secondo l'art. 1 del contratto *“l'impresa ausiliaria si obbliga a fornire all'impresa ausiliata tutti i requisiti di carattere tecnico, ma anche economico, finanziario e organizzativo previsti dal bando di gara indicato in premessa di seguito indicato mettendo a disposizione di questa tutte le risorse e i mezzi propri che saranno necessari. In particolare saranno forniti i seguenti requisiti: requisito tecnico e professionale - e cioè - esecuzione nell'ultimo triennio antecedente alla data di scadenza delle offerte, di servizi analoghi di ventiloterapia, consistenti nella vendita e assistenza tecnica di ventilatori polmonari presso strutture ospedaliere, per gli anni ottobre 2019/settembre 2022, per un importo di € 13.450.000,00”*.

Pare quindi potersi senz'altro opinare che, mentre la prima parte della disposizione contrattuale non sembra consentire con sufficiente chiarezza gli obblighi assunti dall'impresa ausiliaria, per la natura omnicomprensiva del prestito, è invece chiaro che la Siae presta alla concorrente esattamente il requisito *“esperienziale”*, specificamente descritto come l'esecuzione nell'ultimo triennio antecedente alla data di scadenza delle offerte, di servizi analoghi di ventiloterapia, consistenti nella vendita e assistenza tecnica di ventilatori polmonari presso strutture ospedaliere, per

gli anni ottobre 2019/settembre 2022, per un importo di € 13.450.000,00”, il tutto in rapporto a quanto richiesto dall’art. 8.3 del disciplinare di gara.

E’ quindi chiaro che il contratto di avvalimento stipulato nel caso di specie si sottrae alla sanzione della nullità. Esso è valido ed efficace essendo chiaro il perimetro oggettivo del contratto in questione, vale a dire su quali, tra le varie attività in gara, viene in “soccorso” l’ausiliario.

La valutazione della stazione appaltante non è in conclusione legittima perché non tiene conto del chiaro obbligo assunto dalla ausiliata di prestare al concorrente la propria precedente esperienza maturata nel pregresso triennio nel campo della vendita di dispositivi di ventiloterapia e della assistenza tecnica connessa, nei limiti economici individuati.

Alla stregua delle argomentazioni che precedono il ricorso è accolto.

Consegue da tanto l’annullamento dell’esclusione dalla gara nei riguardi della ricorrente.

Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, annulla l’esclusione impugnata. Condanna InnovaPuglia alla rifusione delle spese processuali che liquida nella complessiva misura di € 1.500,00, oltre al recupero del contributo unificato e agli accessori come per legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 15 febbraio 2023 con l’intervento dei magistrati:

Carlo Dibello, Presidente FF, Estensore

Giacinta Serlenga, Consigliere

Francesco Cocomile, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Carlo Dibello

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI