

N. 06670/2023 REG.PROV.COLL.

N. 03439/2023 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 della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3439 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da -OMISSIS- in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Lorenzo Lentini, Italo Rocco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

A.S.L. Napoli 3 Sud, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS- in persona dei legali rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Marcello Fortunato, Dario Gioia, Federico Dinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della delibera del Direttore Generale dell'A.S.L. Napoli 3 Sud n. 683 del 13.6.2023, comunicata in pari data, con la quale si è disposta la aggiudicazione in favore della ATI -OMISSIS- dell'accordo quadro per l'affidamento del servizio di noleggio di automediche dotate di autista e infermiere con posizionamento sul territorio aziendale;
- ove occorra, dei verbali di gara, nella parte in cui hanno ammesso e valutato la offerta prima graduata;
- ove occorra, di tutti gli atti del procedimento di verifica di anomalia della offerta del RTI aggiudicatario;
- di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali;
- nonché per l'accertamento del diritto del RTI ricorrente, in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett. e) c.p.a., alla aggiudicazione della procedura di gara controversa anche previa declaratoria di inefficacia del contratto medio tempore stipulato;
- nonché avverso e per l'annullamento ai sensi dell'art. 116 c.p.a. del provvedimento del RUP della procedura di gara del 6.7.2023, con il quale si è disposto il diniego parziale di accesso documentale agli atti della procedura (offerta tecnica, offerta economica e documentazione amministrativa e delle giustifiche del RTI aggiudicatario) e per l'accertamento del diritto della ricorrente, in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett. a) n. 6) c.p.a., all'ostensione integrale degli atti di gara, ivi compresa la documentazione amministrativa, la offerta tecnica ed economica della impresa aggiudicataria;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'A.S.L. Napoli 3 Sud, -OMISSIS-n qualità di mandataria - capogruppo dell'Ats -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2023 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

E' impugnata la delibera del Direttore Generale dell'A.S.L. Napoli 3 Sud n. 683 del 13.6.2023 con la quale è stata disposta la aggiudicazione definitiva in favore del raggruppamento controinteressato dell'accordo quadro per l'affidamento del servizio di noleggio di automediche dotate di autista e infermiere con posizionamento sul territorio aziendale, di durata pari a 48 (quarantotto) mesi.

A sostegno dell'esperito gravame la istante (seconda classificata con punti 95,04 dopo la prima graduata che ha conseguito 100 punti) lamenta violazione di legge ed eccesso di potere sotto distinti profili, articolando le seguenti censure:

- carenza dei requisiti di ordine generale ex art. 80, comma 5, lett. c), c-bis), c-ter) (illecito professionale, tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante, carenze nell'esecuzione di un precedente contratto) in capo all'operatore aggiudicatario: pur avendo notiziato l'amministrazione in ordine alla pendenza di un procedimento penale per turbativa d'asta a carico di un esponente aziendale del proprio raggruppamento, l'a.t.i. aggiudicataria non avrebbe reso edotta la stazione appaltante in ordine ad una vicenda risolutiva (rectius, annullamento in autotutela della pregressa aggiudicazione) che ha riguardato una propria mandante operativa nel servizio trasporto infermi 118 in convenzione con

altra A.S.L., conseguente ad un procedimento penale a carico del legale rappresentante e alla intervenuta adozione del conseguente provvedimento di esclusione da parte dell'A.S.L. con trasmissione all'Anac per l'annotazione nel casellario informatico; l'omissione dichiarativa non avrebbe consentito all'amministrazione di valutare l'affidabilità professionale e, rispetto a tale omissione, non rileverebbero le misure di self cleaning adottate dalla controinteressata;

- carenza di requisiti di ordine generale ex art. 80, comma 5, lett. c-ter): in un precedente appalto con la medesima A.S.L resistente, la aggiudicataria ha subito l'applicazione di penali contrattuali per non aver garantito la presenza di un infermiere professionale per ciascuna postazione e, in ordine a tale vicenda, non avrebbe reso adeguata comunicazione alla stazione appaltante;

- nel costo della manodopera ex art. 95, comma 10, del D. Lgs. n. 50/2016 potrebbero rientrare solo le retribuzioni degli impiegati assunti con contratto di lavoro subordinato, quindi con esclusione del personale volontario i cui oneri economici confluirebbero nelle spese generali; la istante rileva, tuttavia, che in sede di giustificazioni rese nel subprocedimento di valutazione di anomalia dell'offerta ex art. 97 del D. Lgs. n. 50/2016, il raggruppamento controinteressato avrebbe illegittimamente incluso in tale importo anche il rimborso delle spese sostenute per il personale volontario che, per la ragione illustrata, non avrebbe potuto essere computato, con conseguente inammissibilità dello ius variandi dell'offerta economica; inoltre il sodalizio aggiudicatario avrebbe indicato un costo orario inferiore di circa il 15% rispetto quello tabellare previsto dalla contrattazione collettiva per alcune categorie di personale (autista soccorritore, infermiere professionale) e, ancora, risulterebbe violato l'obbligo di corretto inquadramento del personale infermieristico da impiegare in appalto giacché, in sede di giustificazioni,

gli infermieri sono stati collocati nel livello D1 del contratto collettivo nazionale delle cooperative sociali (infermieri generici) piuttosto che D2 (infermieri professionali specializzati) richiesto dalla lex specialis, ciò che avrebbe comportato l'incremento del trattamento retributivo e del costo medio della manodopera rispetto a quanto indicato nell'offerta economica;

- sussisterebbe violazione dell'art. 5 del CSA secondo cui il servizio deve essere erogato con personale proprio, previsione che ricomprenderebbe i lavoratori assunti con contratto di lavoro subordinato con esclusione del personale volontario di cui, viceversa, si avvale il raggruppamento aggiudicatario;

- nelle giustificazioni fornite a corredo della propria offerta, l'ATI aggiudicataria ha dichiarato che l'eventuale utile verrà reinvestito per attività istituzionali, sicché l'appalto in questione rappresenterebbe una attività secondaria (non quella principale) e, tuttavia, tanto contrasterebbe con l'art. 6 del Codice del Terzo Settore (D. Lgs. n. 117/2017) secondo cui le associazioni di volontariato possono svolgere altre attività solo se previsto nell'atto costitutivo o nello statuto;

- il Presidente della commissione di gara avrebbe svolto attività di medico formatore del personale impiegato in una delle società del sodalizio aggiudicatario e, pertanto, sussisterebbe una situazione di conflitto di interessi che avrebbe dovuto indurre il precitato componente ad astenersi dal partecipare alle operazioni collegiali di valutazione delle offerte dei candidati, con conseguente violazione dell'art. 42 del D. Lgs. 50/2016 ed illegittimità della disposta aggiudicazione;

- sarebbe illegittimo, per violazione dell'art. 22 della L. n. 241/1990 e dell'art. 53 del D. Lgs. n. 50/2016, il diniego di ostensione della documentazione amministrativa e tecnica del concorrente vincitore, opposto dalla stazione appaltante a riscontro della istanza di accesso presentata dalla ricorrente in data 15.6.2023.

Con successivi motivi aggiunti ritualmente notificati e depositati il 5.10.2023 la società ricorrente articola ulteriori argomenti di gravame all'esito della ostensione dei documenti di gara oggetto di domanda di accesso ed invoca l'esclusione dell'operatore aggiudicatario in ragione dei profili di illegittimità di seguito compendiati:

- sarebbe nullo il contratto di avvalimento stipulato da una mandante del raggruppamento con l'impresa ausiliaria (-OMISSIS-) per assenza del requisito di idoneità professionale ex art. 8.1 lett. a) del disciplinare di gara in capo a quest'ultima, in quanto la visura camerale indicherebbe una operatività incentrata sulla "attività di consulenza per gestione di logistica Aziendale" inconferente rispetto all'oggetto dell'appalto;
- la mandante non raggiungerebbe il requisito economico (fatturato) richiesto dalla disciplina di gara, per insufficienza delle referenze prestate dall'ausiliaria a coprire la quota di partecipazione del 18% al raggruppamento dichiarata dall'ausiliata e, pertanto, sarebbe mendace la dichiarazione resa sul possesso dei requisiti di partecipazione alla gara;
- il contratto di avvalimento sarebbe nullo per omessa indicazione del contenuto esatto della referenza, essendosi le parti (imprese ausiliata ed ausiliaria) limitate a "ripetere" l'oggetto dell'appalto (Servizio sanitario erogato mediante mezzo mobile);
- l'aggiudicazione sarebbe illegittima per omessa dichiarazione, da parte dell'ausiliaria, di una precedente risoluzione/decadenza disposta nei suoi riguardi dalla medesima stazione appaltante e per carenza del requisito della regolarità tributaria, con conseguente falsità della dichiarazione resa in sede di gara;
- difetterebbe il requisito di capacità economico finanziaria di cui all'art. 8.2 del disciplinare, essendo il raggruppamento aggiudicatario composto da associazioni di

volontariato non soggette ad Iva ed i cui ricavi pertanto non sarebbero da considerare alla stregua di “fatturato specifico”, richiesto dalla lex specialis;

- alcuni contratti di avvalimento stipulati dal raggruppamento per comprovare i requisiti di capacità economico – finanziaria non sarebbero remunerativi, recando compensi irrisori e, pertanto, denoterebbero una scarsa attendibilità dell’impegno assunto dalle imprese ausiliarie;

- l’impiego di personale volontario per una quota del monte ore complessivo, indicato in sede di giustificazioni, non troverebbe alcun fondamento nella offerta tecnica e, per sua natura, non sarebbe neppure compatibile con la matrice di turnazione “c.d. turno in quinta” (che postula l’individuazione di un soggetto reperibile in base a turni obbligatori), con conseguente doverosa esclusione dell’operatore concorrente;

- la peculiare connotazione del servizio, come ancillare al servizio 118, escluderebbe in radice ogni possibilità di presunta programmazione adombrata nella offerta della aggiudicataria di talché sussisterebbe una ipotesi di aliud pro alio.

Si ribadiscono, inoltre, alcuni profili di gravame dedotti con il ricorso introduttivo, tra cui la violazione del CSA secondo cui il servizio deve essere erogato con personale proprio, espressione che ricomprenderebbe i lavoratori assunti con contratto di lavoro subordinato con esclusione del personale volontario al quale, viceversa, ha fatto ricorso il raggruppamento aggiudicatario ed il contrasto con il Codice del Terzo Settore - secondo cui le associazioni di volontariato possono svolgere altre attività solo se previsto nell’atto costitutivo o nello statuto - desumibile dalla dichiarazione resa dall’operatore in sede di giustificazioni circa il reinvestimento degli utili conseguiti in attività istituzionali.

Parte ricorrente conclude con le richieste di accoglimento del ricorso e di conseguente annullamento degli atti impugnati, con accertamento del proprio diritto all'aggiudicazione dell'appalto.

Si sono costituite in giudizio le controparti processuali che replicano alle censure e chiedono il rigetto del ricorso.

Dopo ulteriore scambio di memorie, all'udienza del 21.11.2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso introduttivo è infondato.

Quanto alla dedotta carenza dei requisiti di ordine generale in capo al raggruppamento aggiudicatario, valgono le considerazioni di seguito illustrate.

Ai sensi dell'art. 88, comma 2 lett. d) del c.p.a., giova richiamare il contenuto della sentenza di questo Tribunale (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, n. 1991/2023, punto 4.2.a) resa in riferimento ad altro appalto indetto dalla medesima A.S.L.; in tale pronuncia si dava atto che l'operatore economico in questione aveva reso nel DGUE la dichiarazione in ordine alle condanne riportate dall'esponente aziendale e alle misure di self cleaning adottate, circostanze poi compiutamente valutate dalla stazione appaltante "come risulta dal verbale del 1° maggio 2021, in atti, anche in relazione alla idoneità dei provvedimenti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale concretamente adottati e volti a prevenire ulteriori reati o illeciti, stante il rinvio al contenuto dispositivo dell'art. 80, comma 7, Codice dei contratti pubblici, senza che occorresse, a fronte della decisione di ammissione alla gara, una più dettagliata motivazione, risultando chiaro e coerente il percorso argomentativo sotteso alla valutazione discrezionale svolta dalla S.A. (cfr. Cons. di Stato, Sez. VI,

n. 3198/16; IV, 21 maggio 2014, n. 2622; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 23 dicembre 2020, n. 6385)”.

Quanto alla mancata comunicazione alla stazione appaltante circa l'applicazione di penali contrattuali, nella predetta sentenza n. 1993/2021 (punto 4.2.b) si rilevava quanto segue: “la circostanza che la penale sia stata applicata dalla medesima stazione appaltante (Deliberazione del Direttore Generale n. 1045 del 19 novembre 2021) è sufficiente a provare che essa non poteva non esserne a conoscenza; dall'altro, appare plausibile la valutazione di non rilevanza implicitamente riconosciuta a tale vicenda, rispetto alla conclusiva aggiudicazione, tenuto conto delle peculiari circostanze di fatto in cui la contestazione di non esatta esecuzione della prestazione contrattuale si colloca. A ben vedere, la stessa risulta evidentemente esauritasi nell'ambito di una limitata fase del rapporto, di talché - ferma restando l'applicazione delle previste penali contrattuali - l'A. ha ragionevolmente ritenuto di poter continuare a fare affidamento nella futura puntuale esecuzione del servizio, venute meno le contingenze da cui appunto era scaturito l'inadempimento in contestazione (difficoltà di reperire infermieri in periodo di picco della diffusione del Covid 19)”.

L'amministrazione era, pertanto, compiutamente edotta della vicenda penale che ha riguardato il raggruppamento aggiudicatario, sicché non è predicabile alcun vulnus al procedimento di formazione della volontà dell'ente che, nell'esercizio della propria discrezionalità, ha evidentemente ritenuto non ostative le vicende alle quali la istante riconnette valore preclusivo della partecipazione alla gara. Peraltro, non occorre che lo scrutinio sull'affidabilità del concorrente venga compiutamente esteriorizzato, potendo essere espresso anche in forma implicita; al riguardo, va ribadito il consolidato indirizzo pretorio secondo cui la valutazione operata dalla

stazione appaltante in merito all'incidenza di una pregressa vicenda sull'affidabilità del concorrente è rimessa al suo apprezzamento discrezionale, sindacabile dal giudice amministrativo solo in caso di grave illogicità, irragionevolezza ed arbitrarietà del giudizio medesimo – evenienze nella fattispecie non ravvisabili - che può essere anche implicito in caso di ammissione (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 62/2021 e Sez. VI, n. 3198/2018; T.A.R. Puglia, Bari, n. 672/2018; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, n. 479/2017).

Per l'effetto, né il giudice, né tantomeno gli altri partecipanti alla gara, possono sostituirsi all'amministrazione aggiudicatrice nella valutazione di rilevanza o meno delle singole vicende pregresse sul giudizio di affidabilità dell'operatore economico. Non persuadono i rilievi riferiti al subprocedimento di valutazione di anomalia dell'offerta.

Per consolidata giurisprudenza (T.A.R. Lombardia, Milano, n. 63/2017) il giudizio di congruità non è diretto ad evidenziare singole inesattezze dell'offerta (la c.d. "caccia all'errore"), ma mira ad accertare se l'offerta nel suo complesso sia attendibile ed affidabile e, dunque, se sia o meno in grado di offrire serio affidamento circa la corretta esecuzione della prestazione richiesta (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2186/2015; Sez. V, n. 1565/2015).

Pur restando fermo il principio per cui in un appalto l'offerta, una volta presentata, non è suscettibile di modificazione – pena la violazione della par condicio tra i concorrenti – ciò non toglie che, avendo la verifica di anomalia, così come quella di congruità, la finalità di stabilire se l'offerta sia, nel suo complesso e nel suo importo originario, affidabile o meno, il giudizio di anomalia deve essere complessivo e deve tenere conto di tutti gli elementi, sia di quelli che militano a favore, sia di quelli che militano contro l'attendibilità dell'offerta nel suo insieme.

Ebbene, nel caso in esame non è stata comprovata una complessiva incongruenza dell'offerta del raggruppamento aggiudicatario e neppure è stato dimostrato, in sede di giustificazioni, uno scostamento dell'importo indicato come costo della manodopera in sede di offerta. A tale proposito, occorre dare atto che l'eventuale riconducibilità del rimborso del costo dei lavoratori volontari alle spese generali (come ritenuto dalla istante) – anziché al costo della manodopera – non condurrebbe ad una modifica sostanziale dell'entità economica dell'offerta, trattandosi di diversa imputazione degli oneri che confluiscono nell'offerta economica di cui, giova ribadire, non è stata allegata la insostenibilità. Sul punto, giova richiamare l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui le giustificazioni fornite dall'operatore possono risolversi anche nell'indicazione di una diversa stima di un costo già indicato in precedenza, sempre che la modifica e/o la diversa stima del costo non si risolvano in un espediente elusivo delle regole di gare poste a pena di esclusione oppure nella violazione della par condicio e sempre che si giunga ad un giudizio di attendibilità della dichiarazione resa e di congruità dell'offerta (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5644/2021 e n. 1071/2020).

In ogni caso, va affermato che è perfettamente legittimo l'uso del personale volontario che rientra nella libertà imprenditoriale di organizzazione del lavoro e – sotto distinto profilo – si palesa inconferente il precedente giurisprudenziale citato in atti (T.A.R. Puglia, Lecce, n. 1584/2021) che, invero, ha riguardato una diversa fattispecie (esclusione dal costo della manodopera dei compensi dovuti ai lavoratori autonomi eventualmente impiegati dall'aggiudicataria).

Proseguendo nell'esame dei motivi di ricorso, rileva la Sezione che la discrasia tra importi indicati dall'aggiudicataria e costo medio della manodopera non inficia la legittimità dell'aggiudicazione.

Al riguardo, si è ribadito in giurisprudenza che, in materia di partecipazione alle gare pubbliche, i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali sono un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta, sì che l'eventuale scostamento delle voci di costo da quelle riassunte nelle tabelle non legittima in sé un giudizio di anomalia o di incongruità (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 4753/2021). Bisogna, quindi, distinguere “il concetto di “minimi salariali” (cd. trattamento retributivo minimo), da quello di “costo orario medio del lavoro”; soltanto per il primo, in caso di sua violazione, vale la sanzione dell'esclusione dell'offerta stabilita dall'art. 97, comma 5, del D. Lgs. n. 50/2016, in quanto l'offerta che non rispetti i suddetti minimi salariali è considerata ex lege anormalmente bassa.

Le tabelle redatte dal Ministero competente, di contro, esprimono un costo del lavoro medio ricostruito su basi statistiche, per cui esse non rappresentano un limite inderogabile per gli operatori economici partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici, ma solo un parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che lo scostamento da esse, specie se di lieve entità, non legittima di per sé un giudizio di anomalia. (T.A.R. Piemonte, n. 754/2020).

Applicando tali coordinate alla fattispecie in esame deve prendersi atto che non è stata comprovata la violazione dei trattamenti minimi salariali sicché la censura non si presta a positiva considerazione.

Quanto al motivo di gravame che attiene al presunto erroneo inquadramento del personale infermieristico, il ragionamento della ricorrente collide con il contenuto della disciplina di gara (capitolato tecnico, pag. 4) che, invero, non richiede espressamente il livello D2 ma si limita a disporre che “Il personale infermieristico in servizio sui mezzi offerti dovrà essere iscritto all'Ordine degli Infermieri ed aver frequentato e superato specifici corsi attinenti il soccorso sanitario (in possesso degli

attestati di BLS, PLS, PTC) organizzati da strutture pubbliche o da strutture private riconosciute che operano in formazione secondo le linee guida internazionali riconosciute”.

La diversa ermeneutica attorea circa la indefettibilità dell'inquadramento nel predetto livello, oltre che non trovare fondamento nella disciplina di gara, finirebbe anche per restringere la platea dei concorrenti, con conseguente violazione del principio del favor participationis.

Il Tribunale non condivide, inoltre, le contestazioni sulla previsione dell'impiego di personale volontario da parte del raggruppamento aggiudicatario.

Al riguardo, giova rilevare che la disciplina di gara non proibiva tale utilizzo e, anzi, in sede di chiarimenti, l'A.S.L. ha ammesso espressamente tale facoltà. Si aggiunga che la tesi liberale risulta corroborata anche dall'orientamento di questo T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, n. 353/2023 (punto 4), secondo cui l'ammissione delle associazioni di volontariato alla gara implica, quale logico corollario, la possibilità di impiegare nel servizio anche personale volontario, altrimenti la clausola partecipativa resterebbe priva di senso; anche in riferimento a tale profilo, va ribadito che l'opposta interpretazione colliderebbe con il principio del favor participationis in quanto si tradurrebbe in una illegittima clausola limitativa della partecipazione degli operatori del settore.

Con riguardo all'ulteriore argomentazione attorea circa la presunta violazione del D. Lgs. n. 117/2017, va rilevato che, ai sensi dell'art. 6 del citato decreto, gli enti del c.d. "Terzo settore" possono esercitare attività diverse da quelle di cui all'articolo 5 (attività di interesse generale per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale) "a condizione che l'atto costitutivo o lo statuto lo consentano e siano secondarie e strumentali rispetto alle attività di

interesse generale, secondo criteri e limiti definiti con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sentita la Cabina di regia di cui all'articolo 97, tenendo conto dell'insieme delle risorse, anche volontarie e gratuite, impiegate in tali attività in rapporto all'insieme delle risorse, anche volontarie e gratuite, impiegate nelle attività di interesse generale”.

Ebbene, la tesi sostenuta nel ricorso (in ordine alla natura secondaria dell'attività oggetto di appalto) non può desumersi dalla dichiarazione resa dalla controinteressata circa la destinazione degli utili ad attività istituzionali; al riguardo, non può escludersi, infatti, che quella dedotta dell'appalto debba essere ascritta proprio alle attività di interesse generale ex art. 5 del D. Lgs. n. 117/2017 che, tra l'altro, ricomprendono, alla lett. b), gli “interventi e prestazioni sanitarie”. Sotto distinto profilo, la dichiarazione resa sul reinvestimento, in conformità alla disciplina di settore, degli utili nell'attività sociale appare coerente con le previsioni contenute nell'art. 8 del D. Lgs. n. 117/2017 secondo cui: a) “Il patrimonio degli enti del Terzo settore, comprensivo di eventuali ricavi, rendite, proventi, entrate comunque denominate è utilizzato per lo svolgimento dell'attività statutaria ai fini dell'esclusivo perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale” (comma 1); b) “Ai fini di cui al comma 1, è vietata la distribuzione, anche indiretta, di utili ed avanzi di gestione, fondi e riserve comunque denominate a fondatori, associati, lavoratori e collaboratori, amministratori ed altri componenti degli organi sociali, anche nel caso di recesso o di ogni altra ipotesi di scioglimento individuale del rapporto associativo” (comma 2).

Va rigettato il motivo di diritto con cui si lamenta la violazione dell'art. 42 del D. Lgs. n. 50/2016 in ragione di una presunta situazione di conflitto di interessi in cui verserebbe il Presidente della commissione di gara.

Ai sensi del predetto articolo, “2. Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62.

3. Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 2 è tenuto a darne comunicazione alla stazione appaltante, ad astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni. Fatte salve le ipotesi di responsabilità amministrativa e penale, la mancata astensione nei casi di cui al primo periodo costituisce comunque fonte di responsabilità disciplinare a carico del dipendente pubblico”.

Ebbene, nel caso in esame, alla luce della documentazione di causa, difetta la dimostrazione circa la concreta sussistenza del dedotto conflitto di interessi (non avendo la istante comprovato l'effettivo svolgimento di attività professionali da parte del Presidente della commissione in favore di società del raggruppamento aggiudicatario), così come richiesto dal consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, a cui il Collegio ritiene di aderire, in base al quale:

"Nel settore dei contratti pubblici l'ipotesi del conflitto di interessi non può essere predicata in astratto, ma deve essere accertata in concreto sulla base di prove specifiche. Si richiede in altri termini che la minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione ex art. 42, comma 2, D. Lgs. n. 50 del 2016, in relazione alla causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 5, lett. d), del medesimo codice, sia dimostrata sulla base di presupposti specifici" (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5370/2020 e n. 2863/2020).

Riguardo all'ultimo profilo di gravame che attiene alla mancata ostensione della documentazione amministrativa e tecnica dell'operatore aggiudicatario, va dato atto che la richiesta di accesso è stata riscontrata dalla stazione appaltante mediante deposito agli atti di causa, tant'è che la ricorrente ha proposto motivi aggiunti; pertanto la relativa domanda giudiziale ex art. 116 c.p.a. si palesa improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Passando all'esame dei motivi aggiunti, vanno rigettate le argomentazioni che riguardano il rapporto di avvalimento.

Proprio con riferimento all'operatore ausiliario indicato dal raggruppamento aggiudicatario (-OMISSIS-), questo T.A.R. (Sez. V, n. 4771/2022) ed il Consiglio di Stato (Sez. III, n. 2246/2023), in riferimento ad altra procedura concorsuale, hanno dequotato analoga censura riferita alla presunta "incoerenza" dell'oggetto sociale con il settore dell'appalto. Per quanto rileva nel presente giudizio, si è osservato che occorre valutare il complesso delle attività risultanti dal certificato camerale (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 366/2022, n. 7846/2019 e n. 5257/2019; Sez. III, n. 5182/2017), dal quale emerge che l'attività "prevalente" del predetto operatore consiste nella "consulenza per la gestione della logistica aziendale" ma anche che "Il consorzio, con i propri mezzi e personale, ha per oggetto altresì lo svolgimento di

attività, su tutto il territorio della Repubblica Italiana” di natura varia e diversificata, tale da coprire una gamma vastissima di prestazioni sanitarie e ad esse strumentali, tra le quali “trasporto sangue, organi e campioni biologici; gestione di presidi di primo soccorso e di infermeria aziendale; facchinaggio, trasporto farmaci e materiale sanitario e non; assistenza sanitaria domiciliare con personale qualificato ed autorizzato; il noleggio, escluso quello finanziario, di autovetture, motoveicoli, pullman, caravan e veicoli in genere e di altri mezzi di trasporto terrestri con e senza conducente”, attività che risultano anch’esse “coerenti” e contribuiscono ad integrare il possesso del requisito richiesto dal disciplinare di gara.

Si aggiunga che non è condivisibile quanto sostenuto nel ricorso circa la mancata attivazione di altre attività (sia pur coerenti con l’oggetto dell’appalto) indicate nella visura camerale. Vero che la giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3495/2022) ritiene che oggetto sociale e attività effettivamente esercitata non possono essere considerati come concetti necessariamente coincidenti e che, ai fini del possesso del requisito di idoneità professionale, non è sufficiente la mera possibilità di esercitare in astratto un’attività in quanto ricompresa tra quelle elencate nell’oggetto sociale indicato nella visura camerale il quale - ancorché segni il campo delle attività che un’impresa può astrattamente svolgere, sul piano della capacità di agire dei suoi legali rappresentanti - non equivale, però, ad attestare il concreto esercizio di una determinata attività.

Tuttavia, sempre in applicazione di tale approdo, occorre che vi sia congruenza contenutistica, tendenzialmente completa, tra le risultanze descrittive della professionalità dell’impresa, come riportate nell’iscrizione alla Camera di Commercio, e l’oggetto del contratto d’appalto, evincibile dal complesso di prestazioni in esso previste. Nella fattispecie in scrutinio si è visto che tale

congruenza sussiste e, peraltro, dall'esame del contratto di avvalimento si evince che la impresa ausiliaria ha effettivamente svolto attività coerenti con l'oggetto dell'appalto (servizi sanitari erogati mediante mezzo mobile; cfr. fatturato specifico minimo di cui a pag. 2), afferendo al medesimo settore imprenditoriale e professionale di cui si controverte.

Non coglie nel segno l'argomentazione attorea che si appunta sulla mancata corrispondenza del valore complessivo dei servizi oggetto di avvalimento rispetto alla quota di partecipazione della impresa ausiliata al raggruppamento (18%).

In senso contrario rileva il Collegio che il requisito economico – finanziario previsto dall'art. 8.2 del disciplinare di gara (fatturato specifico per forniture analoghe a quelle del settore di attività oggetto d'appalto conseguito nel triennio) riguardava, in caso di partecipazione in a.t.i., il sodalizio nel suo complesso e non singole partecipanti, pertanto alcun rilievo invalidante riveste il possesso, da parte di una mandante, di una quota inferiore qualora, nel complesso, non sia contestato il requisito in capo al raggruppamento.

Non è poi predicabile la dedotta indeterminatezza del contratto di avvalimento che, contrariamente a quanto sostenuto dalla istante, reca puntuale indicazione dei requisiti prestati (fatturato specifico maturato nel triennio per servizi analoghi) e delle risorse messe a disposizione della impresa ausiliata ("risorse umane e materiali, intese come complesso aziendale, che sono state destinate ai predetti servizi ... seguenti risorse: Coordinatore Operativo, nella figura professionale del sig.-OMISSIS-, per l'organizzazione ed il coordinamento di tutte le attività da eseguirsi per le postazioni. La suddetta figura presterà il proprio supporto affiancando le figure analoghe dell'ausiliata al fine di trasmettere le proprie competenze specifiche e l'esperienza maturata nel corso degli anni in servizi similari all'oggetto di gara;

utilizzo del proprio software gestionale per la gestione della flotta... nonché la formazione sull'utilizzo del software gestionale”).

Non si ravvisa la causa di esclusione di cui all'art. 80 del D. Lgs. n. 50/2016 per omessa indicazione di un pregresso provvedimento di risoluzione/decadenza riportato dalla impresa ausiliaria per carenza del requisito di regolarità tributaria.

Al riguardo, trattandosi di provvedimento irrogato dalla medesima stazione appaltante, deve ritenersi che quest'ultima fosse edotta del predetto provvedimento estromissivo, evidentemente ritenuto non ostativo alla partecipazione; per l'effetto, trattandosi di valutazione discrezionale dell'amministrazione (che, come sopra riferito, può essere resa anche in forma implicita), resta precluso qualsiasi sindacato di merito da parte di questo giudice amministrativo, non ravvisandosi macroscopici profili di irragionevolezza od illogicità.

In riferimento alla presunta carenza del requisito di capacità economico - finanziaria di cui all'art. 8.2 del disciplinare, va poi rilevato che la nozione di fatturato non necessariamente richiede l'annotazione ai fini Iva, potendo più in generale sottintendere l'ammontare dei ricavi iscritti nel conto economico in un determinato esercizio.

Al riguardo, si è visto che l'ammissione delle associazioni di volontariato alla gara implica, quale logico corollario, la possibilità di considerare utilmente anche i requisiti economici maturati dalle medesime, giacché, in caso contrario, risulterebbe irrimediabilmente leso il principio del favor participationis traducendosi l'ermeneutica in una illegittima limitazione alla facoltà di accesso alle procedure. D'altro canto, l'interpretazione della ricorrente non trova riscontro nella pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 7425/2021, da essa evocata (citata anche dal T.A.R. Lazio, Roma, n. 10081/2023) che, a ben vedere, ammette diverse definizioni di

“fatturato”, da intendersi sia come volume d'affari rilevante ai fini Iva, sia come ammontare dei ricavi iscritti nel conto economico di un determinato esercizio (prescindendo, dunque, dall'assoggettabilità a tale imposta dei relativi proventi).

In ordine alla asserita irrisorietà del corrispettivo pattuito si osserva quanto segue.

Vero che la ravvisabilità nel contratto di avvalimento di un interesse economico riferibile all'ausiliaria è garanzia dell'effettività dell'impegno da questa assunto e, conseguentemente, della concreta titolarità dei requisiti di partecipazione alla gara in capo all'ausiliata. Il contratto di avvalimento è tipicamente oneroso e, qualora in sede contrattuale non sia stabilito un corrispettivo in favore dell'ausiliaria, deve comunque emergere dal testo contrattuale un interesse - di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale - che abbia indotto l'ausiliaria ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le connesse responsabilità (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2953/2018). Nel caso in esame, i contratti di avvalimento non sono a titolo gratuito (recando la previsione di un corrispettivo di € 15.000,00 in favore del -OMISSIS- e, quanto alle altre due ausiliarie, commisurato ad una percentuale dello 0,05% del valore di realizzazione dell'appalto nel suo complesso, difettando specifico riferimento alla quota di uno dei componenti del raggruppamento), di talché non è predicabile la dedotta irrisorietà o gratuità della prestazione dell'ausiliaria, non spettando peraltro a questo Tribunale la valutazione in ordine alla convenienza economica della stipulazione.

Infine, vanno rigettate le ulteriori censure riproposte con i motivi aggiunti (impiego di personale volontario, previsione di reinvestimento degli utili in attività istituzionali) per le medesime ragioni già scrutinate con il ricorso introduttivo e che vanno ribadite in questa sede.

Le deduzioni con cui si contesta nel merito l'offerta tecnica della aggiudicataria, ivi comprese le modalità di svolgimento dell'attività di soccorso da parte dei volontari designati dalla aggiudicataria (matrice di turnazione "c.d. turno di quinta" con previsione di soggetto reperibile; programmazione del servizio) non possono trovare accoglimento, afferendo a profili di valutazione dell'offerta tecnica riservati alla stazione appaltante, sottratti al sindacato di legittimità, ad eccezione dell'ipotesi di manifesta irragionevolezza, arbitrarietà, illogicità, irrazionalità o travisamento dei fatti (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 7942/2023) nella fattispecie non ravvisabili.

In conclusione, il ricorso e i motivi aggiunti vanno rigettati; in applicazione del criterio della soccombenza, parte ricorrente va condannata al pagamento delle spese di giudizio in favore della resistente e controinteressate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania – Napoli (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, rigetta il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che liquida in € 5.000,00 (cinquemila/00) oltre accessori di legge in favore dell'A.S.L. Napoli 3 Sud e di € 5.000,00 (cinquemila) oltre accessori di legge da ripartire in parti uguali tra gli operatori controinteressati costituiti.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento

delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le persone indicate nel presente provvedimento.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Gianluca Di Vita, Consigliere, Estensore

Maria Grazia D'Alterio, Consigliere

L'ESTENSORE
Gianluca Di Vita

IL PRESIDENTE
Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.