

Publicato il 21/03/2019

N. 01895/2019REG.PROV.COLL.
N. 09850/2018 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9850 del 2018, proposto da Innovapuglia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Massimo Felice Ingravalle, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

American Laundry Ospedaliera S.p.A. - non costituita in giudizio;

A.S.L. Ba, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Francesco Pappalepore in Roma, via Guglielmo Calderini, 68;

nei confronti

Regione Puglia, Azienda Sanitaria Locale di Brindisi - non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda) n. 01196/2018, resa tra le parti, concernente gli esiti della procedura aperta per l'affidamento dei servizi di **lavanolo** per le Aziende Sanitarie della Regione Puglia.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Asl Ba;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 marzo 2019 il Cons. Giovanni Pescatore e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia e Vito Aurelio Pappalepore;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Oggetto di controversia è la gara telematica a procedura aperta, indetta ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016, per l'affidamento dei servizi di **lavanolo** per le Aziende Sanitarie della Regione Puglia. Nel servizio integrato sono incluse le diverse attività di fornitura a noleggio, ricondizionamento (lavaggio, disinfezione, asciugatura, stiratura, piegatura, sostituzione/reintegro) e logistica (trasporto) della biancheria e della materasseria.

2. Su ricorso di **American Laundry**, impresa operante nel settore non partecipante alla gara, il Tar Puglia ha annullato il bando di gara nella parte in cui - impedendo l'avvalimento in relazione al servizio di trasporto ed omettendo di differenziare la prestazione principale (**lavanolo**) da quella secondaria (trasporto) e, quindi, non ammettendo la partecipazione mediante raggruppamento verticale - ha consentito l'accesso alla selezione alle sole imprese che risultassero in possesso di entrambe le qualifiche professionali per le attività di **lavanolo** e di trasporto e per un importo assai elevato, con un surrettizio effetto di favorire determinati operatori e di escluderne altri (non

in possesso di entrambe le qualifiche), senza che detto discrimine (in sé violativo dell'art. 48, 2° comma, del d.lgs. n. 50/2016) apparisse giustificato o proporzionato in relazione ad un qualche interesse ritenuto prevalente.

Le rimanenti sei censure sono state dichiarate inammissibili.

3. Innova Puglia (centrale di committenza) ha impugnato la pronuncia di primo grado, deducendo che:

a) **American Laundry Ospedaliera S.p.A.** avrebbe dovuto essere esclusa per carenza del requisito di ordine generale di cui all'art. 38, comma 1, lett. g) del d.Lgs. n. 163/06, versando essa in una situazione di irregolarità fiscale, confermata dalle risultanze del separato contenzioso definito dalla sentenza n. 132/2018 del Tar Napoli. L'appellante segnala che il debito fiscale definitivamente accertato non è superato dall'accordo transattivo cui si fa riferimento nella sentenza qui appellata, posto che detto accordo transattivo ed il presupposto contenzioso tributario non hanno riguardato tutte "*le imposte o i contributi previdenziali dovuti...*" (48 milioni di euro) ma solo una loro parte. Dunque, il ricorso avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile per carenza del requisito di correttezza fiscale al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda;

b) la ricorrente in primo grado non era legittimata anche sotto un secondo profilo, potendo tale legittimazione - in relazione alla censura accolta dal Tar - riconoscersi solo agli operatori commerciali, riuniti o riunendi in r.t.i. verticali o misti, cui fosse stata impedita la partecipazione alla gara in ragione della riferita clausola c.d. escludente; e non anche all'impresa agente in giudizio *ex se e uti singula* e, quindi, senza la spendita processuale della posizione di componente di un potenziale costituendo raggruppamento verticale;

c) l'appellante contesta inoltre (sulla base del testo della legge di gara) la tesi del primo giudice intesa ad affermare l'inoperatività dell'avvalimento in relazione al servizio di trasporto. Tale conclusione non potrebbe ricavarsi dalla locuzione "*la gara ha ad oggetto...il trasporto esterno...con automezzi e personale del <Soggetto Aggiudicatario>*" (capitolato 6.2), sia perché in altri passaggi la

stessa *lex specialis* ammette l'avvalimento con riferimento a tutte le prestazioni oggetto del contratto (punto c, pag. 11 disciplinare); sia perché il capitolato adopera, ordinariamente e genericamente, senza con ciò voler introdurre una specifica riserva in capo al soggetto aggiudicatario, la stessa espressione e/o locuzioni analoghe in riferimento all'espletamento di tutti gli altri servizi oggetto di appalto. Dunque, per “*soggetto aggiudicatario*” dovrebbe intendersi l'affidatario dell'appalto, anche se costituito da RTI o impresa munita di ausiliaria in avvalimento;

d) la pronuncia appellata risulterebbe illegittima anche perché emessa in violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, non avendo la ricorrente lamentato nello specifico motivo accolto l'avvenuta violazione dei principi ritenuti lesi dal giudice di rime cure (gli artt. 30 e 83 del d.lgs. n. 50/2016);

e) segnala infine l'appellante, ad ulteriore confutazione della motivazione avversata, che il trasporto costituisce un momento consustanziale del servizio di **lavanolo**, quindi non disaggregabile da quest'ultimo, trattandosi di servizio integrato in relazione al quale era richiesta una responsabilità solidale e orizzontale di tutti i soggetti coinvolti.

4. Si è costituita in giudizio la sola ASL Bari, la quale in via preliminare ha nuovamente eccepito l'inammissibilità del gravame di primo grado, per difetto di legittimazione e carenza di interesse della società **American Laundry Ospedaliera**, in quanto non partecipante alla gara.

Nel merito, la ASL ha svolto deduzioni sostanzialmente conformi a quelle della parte appellante e di cui alle lettere c) ed e) innanzi riepilogate.

5. A seguito del rinvio al merito dell'istanza cautelare, espletato lo scambio di memorie ex art. 73 c.p.a., la causa è stata discussa e posta in decisione all'udienza pubblica del 14 marzo 2019.

DIRITTO

1. L'appello è fondato in relazione all'assorbente motivo riportato sotto la lettera c) della parte in fatto.

1.1. Come innanzi esposto, il TAR ha ritenuto l'inoperatività dell'avvalimento in relazione al servizio di trasporto, in quanto questo doveva essere effettuato con mezzi e personale del “*Soggetto Aggiudicatario*”, secondo quanto previsto dal Capitolato (cfr. art. 6 del capitolato tecnico intitolato “*Logistica*”, punto 6.2: “*Il ritiro, il trasporto, la consegna e il reintegro della biancheria e della materasseria dovranno esser effettuati dal personale del “Soggetto Aggiudicatario” direttamente presso gli appositi punti di raccolta nei singoli Centri di Utilizzo e negli orari concordati con le “Amministrazioni Contraenti”*”).

L'ingiustificata restrizione dell'accesso alla gara è stata desunta dal primo giudice proprio dal combinato disposto del duplice divieto di partecipazione sia in associazione di imprese di tipo verticale, sia mediante ricorso all'avvalimento del requisito di capacità tecnica riferito al servizio di trasporto.

1.2. La seconda preclusione, tuttavia, non trova adeguato riscontro nel testo della legge di gara.

Il punto 2.2, lett. i) del disciplinare dispone espressamente ed in termini generali che “*il concorrente può avvalersi, per i requisiti relativi alla capacità tecnica e a quella economica, dei requisiti posseduti da altro operatore economico (denominato impresa “ausiliaria”), alle condizioni di cui al successivo punto 2.6, lettera C*”. Quest'ultima disposizione a sua volta stabilisce che “*per i requisiti di cui ai precedenti punti 2.2.2) - capacità economico-finanziaria e 2.2.3) - capacità tecnica e professionale – lettera A e B (nei quali sono comprese tutte le prestazioni oggetto d'appalto e, quindi, anche quella di trasporto) il concorrente potrà avvalersi della capacità di altri soggetti, anche di partecipanti al medesimo raggruppamento, ai sensi dell'art. 89 del D.Lgs.n.50/2016*” presentando “*le dichiarazioni previste dal comma 1 dell'art. 89 del D.Lgs.n.50/2016...*”.

2.3. Le disposizioni del capitolato non introducono, dunque, una deroga espressa al regime di generale ammissibilità dell'avvalimento previsto nel disciplinare, né ad una tale conclusione pare possibile addivenire in via interpretativa: innanzitutto, perché le previsioni del capitolato non offrono spunti utili in tal senso e comunque devono leggersi in modo coerente con le

prevalenti previsioni del disciplinare; ed in secondo luogo perché la forma "*soggetto aggiudicatario*" di cui all'art. 6.2 va riferita alla complessiva organizzazione operativa dell'appaltatore e, quindi, anche alle imprese di trasporto ausiliarie in essa incluse, dal che consegue che i mezzi di trasporto dell'impresa ausiliaria devono ritenersi a tutti gli effetti da considerare quali mezzi del soggetto appaltatore.

2.4. Con più specifica attenzione alla forma "*soggetto aggiudicatario*" ricorrente all'art. 6.2 del capitolato speciale, occorre rilevare - in adesione alle deduzioni formulate in tal senso dalla parte appellante - che identiche o analoghe locuzioni figurano, ordinariamente e genericamente, in altri passaggi del capitolato tecnico in riferimento all'espletamento di tutti gli altri servizi oggetto di appalto. Ne viene che, avallando l'interpretazione del TAR, tutti i servizi dovrebbero essere svolti direttamente dalla singola impresa aggiudicataria, con proprio personale e propri mezzi, senza possibilità di servirsi di quelli messi a disposizione dell'ausiliaria (che, quindi, sarebbero in radice *inutiliter* dati).

Nondimeno, seguendo questa linea di ragionamento, risulterebbero "vanificate", ovvero prive di contenuto e di portata precettiva, tutte le esaminate disposizioni della *lex specialis* che, invece, consentono il ricorso generalizzato all'avvalimento. Senza contare che una lettura della legge di gara di questo segno apparirebbe irragionevolmente contrastante con il *favor* espresso dal legislatore, dapprima comunitario e conseguentemente anche italiano, nei confronti del ricorso all'avvalimento quale strumento funzionale a garantire la più ampia partecipazione alle gare di appalto e la massima concorrenza.

2.5. In conclusione, il complesso di dati testuali ed esegetici sin qui riepilogato induce a far ritenere che per "*soggetto aggiudicatario*" debba intendersi "*l'operatore economico, singolo o in raggruppamento*" che risulti affidatario dell'appalto ai sensi dell'art. 89 codice appalti. In tale contesto, il contratto di avvalimento va inteso come strumento ontologicamente idoneo a far sì che i mezzi messi a

disposizione dall'impresa ausiliaria, nella specie *“automezzi e personale”* per il trasporto, entrino a far parte dei mezzi del *“Soggetto Aggiudicatario”*, ovvero dei mezzi con i quali questi è chiamato a svolgere il servizio e in relazione ai quali *“il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido”*.

2.6. Viene quindi meno l'effetto restrittivo alla partecipazione lamentato nel giudizio di primo grado dalla ricorrente in relazione alla impossibilità di ricorrere all'avvalimento e posto a base della ritenuta sussistenza dell'interesse alla impugnativa.

3. Per quanto esposto, l'appello merita di essere accolto, assorbite le ulteriori censure ed eccezioni in rito, dal che consegue, in riforma della sentenza impugnata, la declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado, in quanto intentato da soggetto non partecipante alla gara, avverso una disposizione del bando non connotata da carattere *“escludente”*.

4. Si ravvisano giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite del doppio grado di giudizio, tenuto conto dell'alternativo esito dei due procedimenti, della natura interpretativa delle questioni trattate e, quanto ai rapporti tra la odierna appellante e la ASL, della condivisa linea difensiva.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, dichiara inammissibile il ricorso di primo grado.

Compensa le spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Pescatore

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO