

N. 00985/2012 REG.PROV.COLL.
N. 00399/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 399 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Poliedra Sanita' Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Lisa Grossi, Antonio Sartori, Carlo Merani, Vittorio Domenichelli, con domicilio eletto presso Antonio Sartori in Venezia-Mestre, Calle del Sale, 33;

contro

Azienda Ulss N. 8 Asolo, rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Garofalo, con domicilio eletto presso Luigi Garofalo in Venezia, Piazzale Roma, 468/B;

per l'annullamento

del bando di gara per l'affidamento del servizio di logistica sanitaria e centralizzata per l'asl resistente; nonchè del disciplinare di gara e del capitolato speciale d'appalto relativi alla medesima procedura;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ulss N. 8 Asolo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 giugno 2012 il dott. Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 5 marzo 2012 e depositato il successivo 19 marzo, Poliedra Sanità s.p.a. ha impugnato il bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana in data 3.02.2012, con il quale l'Azienda U.L.S.S. n. 8 di Asolo ha indetto procedura aperta per l'affidamento del servizio di logistica sanitaria e centralizzata, di durata triennale, da espletarsi nei confronti dell'azienda medesima e per un importo a base d'asta di 4.956.090,00 euro (IVA esclusa).

2. Ad avviso della ricorrente, alcune specifiche prescrizioni della legge speciale di gara violerebbero, in via diretta, il proprio interesse di operatore economico del settore a partecipare alla procedura concorsuale *de qua*, in quanto precluderebbero «in maniera assai rilevante la partecipazione alla gara», richiedendo di dimostrare a pena di esclusione requisiti del tutto sproporzionati rispetto all'oggetto del contratto.

2.1. Ciò premesso, ad avviso della ricorrente, la natura “escludente” delle clausole in questione ne legittimerebbe l'immediata impugnazione sotto un triplice profilo: violazione e falsa applicazione degli artt. 41, 42 e 37 del d.lgs. n. 163 del 2006, dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, nonché di quello di massima partecipazione alle gare pubbliche.

2.2. Il primo gruppo di disposizioni contestate è contenuto nell'art. 3 del disciplinare di gara. In particolare, esse prescrivono:

a) quanto ai requisiti minimi di capacità economico-finanziaria da possedere a pena di esclusione, la dimostrazione di un «fatturato globale

realizzato complessivamente negli ultimi quattro esercizi finanziari approvati alla data di pubblicazione del bando, IVA esclusa, non inferiore ad euro 40.000.000,00 (valore inteso come somma dei quattro esercizi)» (art. 3 del disciplinare di gara *sub* “requisiti minimi di capacità economico-finanziaria”);

b) quanto ai requisiti di capacità tecnica, l’aver effettuato «servizio di macrologistica integrato con una gestione di sistema di tutti i reparti ospedalieri di micrologistica (organizzazione operativa ed informatica), utilizzando un magazzino centrale per farmaci, beni sanitari beni non sanitari prestati, presso ospedali o aziende sanitarie pubbliche negli ultimi quattro anni (2007, 2008, 2009 e 2010) con l’indicazione degli importi (IVA esclusa), del numero di posti letto, delle date e dei destinatari del servizio» (art. 3 del disciplinare di gara *sub* “elenco dei requisiti di capacità tecnica”, lettera a);

c) quanto ai requisiti minimi di capacità tecnica, che «la ditta deve aver effettuato, pena l’esclusione, a favore di ospedali o aziende sanitarie pubbliche dotate di almeno 400 posti letto, negli ultimi quattro anni (2007, 2008, 2009 e 2010), un servizio di macrologistica integrato con una gestione di sistema in tutti i reparti ospedalieri di micrologistica (organizzazione operativa ed informatica), utilizzando un magazzino centrale, per farmaci, beni sanitari e beni non sanitari, per un importo complessivo, IVA esclusa, pari ad almeno 3.600.000,00 euro (valore inteso come somma dei quattro anni)» (art. 3 del disciplinare di gara *sub* “requisiti minimi di capacità tecnica”);

d) «nel caso di associazioni temporanee di imprese [...] di tipo orizzontale, i requisiti di cui sopra dovranno essere posseduti interamente almeno dall’impresa mandataria» (art. 3 del disciplinare di gara *sub* “requisiti minimi di capacità tecnica”, ultimo capoverso).

2.3. Il secondo gruppo di disposizioni della *lex specialis* che risulterebbero,

secondo la prospettazione del ricorrente, parimenti lesive sono contenute al punto II.1.5. del bando di gara. In base ad esse è altresì richiesta «la messa a disposizione di una struttura adeguata per dimensioni e allestimenti». In particolare, in base all'art. 2 del capitolato speciale di gara, «la ditta aggiudicataria dovrà, nel rispetto dell'attuale organizzazione [...] provvedere alla esecuzione delle seguenti attività: [...] messa a disposizione di apposita struttura, esclusivamente dedicata all'esecuzione del servizio oggetto del presente capitolato, quale magazzino centrale dell'ULSS n. 8 di Asolo, con relativo allestimento tecnico/tecnologico per consentire all'Azienda ULSS n. 8 l'esercizio della sua funzione istituzionale di logistica sanitaria in housing» (art. 2, comma 2, lettera b), del Capitolato speciale d'appalto).

3. Con successivo ricorso per motivi aggiunti Poliedra Sanità s.p.a. ha altresì impugnato, chiedendone la previa sospensione, l'esclusione disposta dalla stazione appaltante in data 3.5.2012, a motivo della riscontrata assenza del requisito di cui all'art. 3 del disciplinare di gara concernente lo specifico requisito minimo di capacità tecnico-professionale, a pena l'esclusione, «di aver effettuato, (...) a favore di ospedali o aziende sanitarie pubbliche dotate di almeno 400 posti letto, negli ultimi quattro anni (2007, 2008, 2009 e 2010), un servizio di macrologistica integrato con una gestione di sistema in tutti i reparti ospedalieri di micrologistica (organizzazione operativa ed informatica), utilizzando un magazzino centrale, per farmaci, beni sanitari e beni non sanitari, per un importo complessivo, IVA esclusa, pari ad almeno 3.600.000,00 euro (valore inteso come somma dei quattro anni)».

3.1. Ad avviso della ricorrente tale provvedimento violerebbe gli artt. 42 e 37 del d.lgs. n. 163 del 207, nonché l'art. 44, par. 2, della Direttiva 2004/18/CE, oltre che il principio di massima partecipazione alle gare pubbliche. Esso sarebbe, altresì, affetto da eccesso di potere sotto il profilo

della manifesta irragionevolezza ed arbitrarietà.

4. In via preliminare, deve essere respinta l'eccezione di tardività della proposizione del ricorso opposta dall'Amministrazione resistente in considerazione della pubblicazione, nel caso di specie "obbligatoria", del bando sulla Gazzetta Ufficiale dell'UE, avvenuta il 31 gennaio 2012.

4.1. Al riguardo, è sufficiente osservare che la disposizione di cui all'art. 66, comma 8, del d.lgs. n. 163 del 2006 secondo cui «gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana» assegna a quest'ultima forma di pubblicazione una generale ed infungibile funzione di pubblicità legale da cui dipende la tutela dell'affidamento dei terzi e del connesso principio di certezza dei termini entro cui esercitare i propri diritti. Pertanto, ai fini della individuazione del *dies a quo* per la proposizione del ricorso, deve farsi riferimento alla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (cfr. *ex plurimis* TAR Veneto, sez. I, 2 dicembre 2011, n. 1791), anziché a quella (anteriore) di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'UE, a prescindere dall'obbligatorietà o meno di tale incombente.

4.2. Del pari, non può essere accolta l'ulteriore eccezione svolta in ordine alla pretesa inammissibilità del ricorso fondata sull'asserito difetto di prova, da parte della ricorrente, della concreta lesività delle disposizioni della legge di gara impugnate, con conseguente carenza di interesse a ricorrere. Infatti, l'immediata impugnazione delle clausole del bando è ammissibile laddove queste siano oggettivamente ed immediatamente escludenti della possibile partecipazione alla gara del ricorrente, in relazione, come nel caso in questione, all'illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione (cfr., *ex plurimis*, TAR Lazio, Roma, sez. II, 18 aprile 2012, n. 3552), non sussistendo nemmeno, a carico di colui che intenda contestarle un onere di partecipazione alla procedura di gara (cfr. Cons. di stato, sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421).

5. Passando all'esame del merito, il ricorso merita accoglimento.

5.1. In primo luogo, il Collegio osserva che la fissazione di un fatturato globale realizzato complessivamente negli ultimi quattro esercizi finanziari approvati alla data di pubblicazione del bando, non inferiore ad euro 40.000.000,00, ossia per un importo (sia pure riferito ai quattro ultimi esercizi complessivamente intesi) ben sei volte superiore a quello posto a base d'asta per l'appalto in questione (pari a 4.956.090,00 euro, per un contratto di durata triennale), si pone in aperto contrasto con i principi di proporzionalità e di ragionevolezza che debbono orientare l'esercizio della facoltà di scelta della stazione appaltante dei requisiti di partecipazione e di verifica dell'affidabilità economica dei concorrenti, a norma dell'art. 41 del d.lgs. n. 163 del 2006.

5.2. Inoltre, in base al medesimo art. 3 del disciplinare di gara, al fatturato globale realizzato negli ultimi quattro esercizi finanziari si aggiunge altresì l'ulteriore requisito di aver effettuato un servizio *identico* a quello oggetto di gara (*i.e.*: “servizio di macrologistica integrato”) e, per di più, di averlo svolto con le medesime modalità (*i.e.*: con “una gestione di sistema di tutti i reparti ospedalieri di micro logistica –organizzazione operativa ed informatica).

5.3. Ebbene, l'effetto combinato delle previsioni sopra riportate, restringendo ulteriormente la platea dei possibili partecipanti alla procedura *de qua* non solo agli operatori economici già presenti in maniera consolidata sul mercato ma anche a quelli, tra loro, che si siano già cimentati in servizi identici a quello oggetto di gara, comporta un'evidente illegittima compressione (se non una vera e propria vanificazione) del principio di massima partecipazione alle gare pubbliche.

5.4. Infatti, se non può considerarsi irragionevole restringere il novero delle imprese che possano partecipare alla gara a quelle in grado di fornire le necessarie credenziali di affidabilità (cfr. Cons. di stato, sez. V, 2 febbraio

2010, n. 426), tuttavia, tenuto conto del tenore altamente specialistico del servizio oggetto di gara e della peculiarità delle modalità esecutive richieste, le due clausole, come sopra richiamate, operano in concreto un effetto selettivo – in ordine ai requisiti congiuntamente richiesti a pena di esclusione, delle capacità tecniche ed economiche-finanziarie necessarie per l'affidamento in questione – del tutto sproporzionato e irragionevole, poiché in patente violazione dei limiti della necessità, idoneità ed adeguatezza, nei quali si compendia la nozione di proporzionalità della previsione rispetto allo scopo selettivo perseguito, ai quali soggiace la facoltà della stazione appaltante di introdurre requisiti di capacità economica e tecnico-professionale diversi o comunque più rigorosi rispetto a quelli previsti dalla legge, ai sensi degli artt. 41 e 42 del d.lgs. 163 del 2006 (cfr. TAR Veneto, sez. I, 9 marzo 2012, n. 345).

5.5. Peraltro, anche l'ulteriore prescrizione dettata sempre dall'art. 3 del disciplinare di gara, ultimo capoverso, in ordine al necessario possesso dei requisiti minimi di capacità tecnica in capo «interamente almeno dall'impresa mandataria», ove ricorra un'associazione temporanea di imprese e di consorzi di cui all'art. 34, comma 1, lettere d), e) ed f) del d.lgs. n. 163 del 2006, introducendo di fatto un divieto di cumulo esteso a tutti i requisiti in parola nel caso di un siffatto raggruppamento – anziché una mera soglia minima quantitativa per ciascuna impresa al fine di evitare un eccessivo frazionamento –, risulta del pari in contrasto, oltre che con i principi di proporzione e adeguatezza rispetto all'oggetto del contratto, con quello di derivazione comunitaria di massima partecipazione alle gare pubbliche di cui la regola generale della cumulabilità dei requisiti è un logico precipitato.

5.6. Quanto, infine, alla prescrizione di cui all'art. 2 del capitolato speciale d'appalto, alla luce di una lettura sistematica della previsione nel contesto della legge di gara in cui si inserisce, deve invece rilevarsi che essa non

introduce un requisito minimo di partecipazione alla gara (a pena di esclusione), ma si limita ad imporre alla «ditta aggiudicataria» una specifica modalità logistica di esecuzione della prestazione, sicché, per essa, deve escludersi il contrasto con i parametri di legittimità invocati dal ricorrente.

6. Alla luce delle considerazioni che precedono, considerato anche il carattere essenziale delle clausole impugnate nell'economia generale della procedura di gara, il bando deve dunque essere annullato nella sua interezza con conseguente illegittimità derivata di tutti gli atti che su di esso si fondano.

7. Tuttavia, in considerazione della peculiarità delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per compensare interamente le spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 27 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Rovis, Presidente FF

Silvia Coppari, Referendario, Estensore

Enrico Mattei, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/07/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)