

N. 00297/2012 REG.PROV.COLL.
N. 00004/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Vitalaire Italia S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Ottavio Grandinetti, Alessia Fiore, Roberto Santucci, con domicilio eletto presso l'avv. Cristina Da Ros, in Trieste, via Filzi 8;

contro

Azienda Ospedaliero-Universitaria Santa Maria della Misericordia di Udine - Dipartimento Servizi Condivisi, rappresentati e difesi dall'avv. Federico Rosati, con domicilio eletto presso lo stesso, in Trieste, via Donota 3; Regione Friuli-Venezia Giulia;

nei confronti di

Vivisol S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Franco Ferrari, Aldo Cappuccio, con domicilio eletto presso il secondo, in Trieste, via di Cavana 14; Sapio Life S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Maria Rosaria Ambrosini, Milena Tikulin, con domicilio eletto presso la seconda, in Trieste, Foro Ulpiano 6;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- della nota prot. n. 69764 dd. 21 novembre 2011 di esclusione dell'ATI Vitalaire-Linde dal lotto n. 1 della gara a procedura aperta per l'affidamento dei servizi di ossigenoterapia e ventilo-terapia domiciliare, bandita dal Dip.Serv.Cond.dell'Az.Osp. S.Maria della Misericordia di Udine nell'interesse delle Aziende Sanitarie del FVG;
- dei verbali di gara;
- dell'eventuale graduatoria;
- dell'eventuale aggiudicazione provvisoria;
- del procedimento di individuazione e verifica delle offerte anormalmente basse, se intervenuto;
- del verbale di aggiudicazione definitiva del lotto n.1 a favore dell'ATI Vivisol-Sapio;
- della lex specialis ivi compresi il Bando; le Norme di Partecipazione alla gara con tutti gli allegati e il Capitolato speciale con tutti gli allegati;
- della deliberazione del Dip.Servizi Condivisi n. 929 dd. 5 luglio 2011, sconosciuta nei suoi esatti contenuti, con cui è stata disposta l'indizione della gara per cui è causa;
- del contratto eventualmente intervenuto, nonché per il subentro nello stesso, ove stipulato;
- in subordine, per l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 123 c.p.a,ivi compresa, ancorchè in via subordinata e salvo gravame, la riduzione della durata dei contratti nel termine massimo del 50% della durata residua;
- e per ottenere il risarcimento in forma specifica o, in subordine, l'integrale risarcimento di tutti i danni subiti e conseguenti.

Quanto ai motivi aggiunti, depositati in data 26.1.2012:

- della nota prot. 76332 in data 20 dicembre 2011 dell'Az.Osp. S.Maria della Misericordia di Udine;

- in parte qua, della determinazione n. 1710 del 20 dicembre 2011 relativa ad affidamento dei servizi di ossigenoterapia e ventiloterapia, approvazione verbali gara, individuazione del miglior offerente della procedura aperta, nonché di tutti i relativi allegati;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliero-Universitaria Santa Maria della Misericordia di Udine - Dipartimento Servizi Condivisi e di Vivisol S.r.l. e di Sapio Life S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 giugno 2012 il dott. Rita De Piero e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Le ricorrenti Vitalaire Italia s.p.a. e Linde Medicale s.r.l. impugnano la propria esclusione, nonché (a partire dalle Norme di Partecipazione e dal Capitolato, in parte qua) l'intera gara a procedura aperta per l'affidamento dei servizi di ossigenoterapia e ventilo-terapia domiciliare bandita dal C.S.C. dell'Azienda Ospedaliero Sanitaria Santa Maria della Misericordia di Udine, per conto di svariate Aziende Sanitarie della Regione; chiedono altresì la dichiarazione di inefficacia del contratto e il subentro nello stesso; l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 123 c.p.a. e, infine, il risarcimento del danno in forma specifica ovvero per equivalente.

1.1. - In fatto, espongono di aver partecipato alla gara di cui si controverte, articolata in due lotti (concernenti i medesimi servizi, ma in favore di Aziende Sanitarie diverse), per i quali ogni partecipante doveva presentare un'unica offerta economica. L'offerta doveva inoltre precisare - in caso di raggruppamento di imprese - la parte della fornitura eseguita da ciascuna di

esse. Vitalaire Italia s.p.a. e Linde Medicale .s.r.l, in costituendo RTI, hanno partecipato precisando che, in caso di aggiudicazione, Vitalaire avrebbe assunto la qualità di capogruppo mandataria ed avrebbe eseguito (valutato complessivamente l'appalto) il 50,035% della commessa, contro il 49,965 di Linde.

Alla gara venivano ammesse solo due RTI, quello delle ricorrenti e quello tra Vivisol s.r.l. e Sapio Life s.r.l..

Nonostante l'offerta delle deducenti fosse risultata la più vantaggiosa in entrambi i lotti, le stesse, con nota del 21.11.11, venivano escluse dal lotto n.1 in quanto - con riferimento a tale lotto - "pur essendo [Vitalaire] mandataria, parrebbe effettuare per l'attività di ventilo-terapia una parte minoritaria del servizio, pari al 49% contro il 51 % della Linde, ditta mandante", il che, secondo la Stazione Appaltante, violerebbe la prescrizione dell'art. 275, comma 2, del D.P.R. 207/10.

1.1. - Contro la propria esclusione ed avverso tutti gli atti della gara agiscono le istanti, deducendo i seguenti motivi:

1) violazione degli artt. 4 e 5 del D.Lg. 163/06, dell'art. 1 del D.P.R. 207/10; degli artt. 4, 5 e 8 dello Statuto Speciale della Regione F-VG. Violazione del giusto procedimento, dei principi in materia concorsuale e di scelta del miglior contraente. In subordine: illegittimità dell'art. 1 del D.P.R. 207/10;

2) in via subordinata: violazione dell'art. 37 del D.Lg. 163/06 e necessità di disapplicare l'art. 275 del Regolamento;

3) in ulteriore subordine: violazione dell'art. 37 del D.Lg. 163/06, dell'art. 275 del Regolamento e dell'art. 4 della Dir. CE 31.3.2004 n. 18. Violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione. Difetto di istruttoria. Carezza e illogicità della motivazione.

2. - Il D.S.C., costituito, puntualmente controdeduce nel merito del ricorso, concludendo per la sua reiezione.

3. - E' presente in giudizio anche Vivisol s.r.l., che contrasta con approfonditi argomenti le tesi sostenute dalle ricorrenti e ugualmente chiede che il ricorso sia respinto.

3.1. - In via pregiudiziale eccepisce l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, in quanto fondato principalmente sull'asserita inapplicabilità dell'art. 275 del Regolamento. Peraltro, il richiamo operato dalla P.A. all'art. 275 sarebbe irrilevante, poichè già l'art. 37 del Codice dei Contratti (norma di rango primario) conterrebbe la regola della corrispondenza tra le quote di partecipazione e di esecuzione.

4. - Si è costituita in giudizio anche Sapio Life s.r.l. che, con ampia memoria, si oppone alle difese della ricorrente e conclude per l'infondatezza del ricorso.

4.1. - In limine, eccepisce la tardiva impugnazione della lex specialis, sul presupposto che l'indicazione delle quote di partecipazione e delle parti del servizio da eseguire costituiscono requisito di ammissione, e come tali dovevano essere contestate immediatamente.

5. - Con motivi aggiunti, depositati il 26.1.12, le ricorrenti impugnano, per illegittimità derivata, l'aggiudicazione definitiva a Vivisol e Sapio del lotto n. 1, nonché la nota n. 76332 del 20.12.11, di diniego di provvedere in autotutela, contro cui propongono i seguenti ulteriori motivi:

5) violazione dell'art. 1 del D.P.R. 207/10; degli artt. 4, 5 e 8 dello Statuto Speciale della Regione F-VG. Violazione del giusto procedimento e dei principi in materia concorsuale e di scelta del miglior contraente. In subordine: illegittimità dell'art. 1 del D.P.R. 207/10. Travisamento ed erroneità manifesta. Difetto di presupposti e di motivazione. In estremo subordine: violazione degli artt. 1, 3, 5 e 6 delle Norme di Partecipazione e degli artt. 2, 4, 7, 17 e 23 del Capitolato.

7) Inconferenza. Carenza e illogicità della motivazione.

6. - Tutte le parti hanno presentato numerose memorie, con cui precisano

ed ampliano gli argomenti trattati e le già rassegnate conclusioni.

7. - Si può prescindere dall'esame delle eccezioni pregiudiziali sollevate dalle controinteressate, stante l'infondatezza nel merito del ricorso.

7.1. - Oggetto principale della controversia è l'esclusione delle ricorrenti dal lotto n. 1 della gara de qua agitur, per asserita violazione dell'art. 275, comma 2, del D.P.R. 207/10, a tenore del quale, per quanto qui rileva, "la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria", laddove, nel lotto n. 1, la mandataria Vitalaire eseguirebbe le prestazioni solo per il 49%.

La ricorrente pone principalmente due problemi: se il Regolamento di cui al D.P.R. 207/10 (richiamato nel provvedimento di esclusione) si applichi anche alle Regioni ad autonomia differenziata, e se la statuizioni in merito alla identità delle quote di partecipazione ed esecuzione degli appalti - prevista per gli appalti di lavori - si applichi anche agli appalti di servizi.

7.2. - Entrambe le questioni trovano risposta positiva.

7.2.1. - L'art. 1, comma 5, del Regolamento, stabilisce che "le disposizioni di cui al presente regolamento si applicano alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e Bolzano limitatamente alle disposizioni che attuano norme del codice che rientrano nella competenza legislativa statale esclusiva anche nei confronti di dette regioni e province autonome".

A sua volta, l'art. 4 del D.Lg. 163/06, al comma 3, stabilisce che le Regioni (espressione da intendersi, in mancanza di ulteriori specificazioni, come "tutte le Regioni") "nel rispetto dell'articolo 117, comma secondo, della Costituzione, [che, merita ricordarlo, al comma 6, stabilisce che "la potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni"], non possono prevedere una disciplina diversa da quella del presente codice in relazione: alla qualificazione e selezione dei concorrenti; alle procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; ai criteri di aggiudicazione; al subappalto; ai

poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; alle attività di progettazione e ai piani di sicurezza; alla stipulazione e all'esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative; al contenzioso"; e, al comma 5, detta una regola valida per le sole Regioni a Statuto Speciale precisando che "le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione".

Dal combinato disposto delle norme richiamate discende che le Regioni a Statuto Speciale debbono in ogni caso adeguare le proprie norme (ove siano differenti) a quelle statali nelle materie ove sussiste competenza normativa primaria dello Stato (specie se riguardano aspetti la cui disciplina è di diretta derivazione comunitaria), pena, in caso di inerzia, la sterilizzazione della norma regionale e la diretta applicazione di quella statale. Nel caso in cui la Regione non disponga di norme proprie ad hoc, si applicano senza meno quelle statali. Ne consegue che, in tali ambiti (cioè quelli "che rientrano nella competenza legislativa statale esclusiva"), a tenore del comma 5 del D.P.R. 207/10, all'evidenza, il Regolamento si applica anche alle Regioni a Statuto Speciale. Poiché nel caso di specie si controverte di "qualificazione e selezione dei concorrenti", cioè di norme ove la competenza normativa e regolamentare dello Stato è esclusiva, le disposizioni del Regolamento risultano applicabili anche nella Regione F-VG.

Il richiamo alla decisione della Corte Costituzionale 401/07 non pare pertinente sia perché riferito alle Province Autonome e non alle Regioni a Statuto differenziato, sia perché, sul principio, la Corte ha affermato qualcosa di diverso da quanto ha inteso la ricorrente: ha espresso infatti la

regola (ben chiara già nelle norme) che la materia della concorrenza (entro la quale si colloca anche il più limitato settore della “qualificazione e selezione dei concorrenti”) è di stretta competenza statale sia sotto il profilo normativo che regolamentare, cosicchè -in tali ambiti - non potrà esservi conflitto tra norme statali e regionali, per la naturale prevalenza della disciplina statale.

Il primo motivo di ricorso va quindi respinto.

7.2.2. - Così come il secondo ed il terzo, con cui l'istante lamenta, in subordine, l'illegittima estensione della regola dell'obbligo per la mandataria di eseguire le prestazioni in maniera maggioritaria, dal settore dei lavori (ove è espressamente previsto) a quello dei servizi (in cui non lo è), nonché la mancata previsione, nel Bando, di una causa di esclusione ad hoc. Ricordano inoltre le ricorrenti che la gara era bensì divisa in due lotti, ma prevedeva la presentazione di un'unica offerta economica, quindi doveva essere unitariamente valutata. Se così avesse operato, il DSC si sarebbe avveduto che - complessivamente considerato l'appalto (cioè senza distinguerlo in lotti) - la mandataria esegue di fatto le prestazioni in maniera maggioritaria (seppure di poco).

Per contestare la prima affermazione è sufficiente il richiamo alla recente decisione del C.S. n. 793/12, ove si precisa come “in precedenti assai prossimi nel tempo, questa Sezione abbia preso posizione in ordine alla dibattuta questione concernente il criterio di corrispondenza tra quota di qualificazione, quota di partecipazione e quota di esecuzione (anche) negli appalti di servizi (cfr. le decisioni del C.S. n. 2804/11 e n. 4323/11). Nel senso, quindi, di richiedere che le quote di partecipazione all'ATI e le parti del servizio da eseguire siano indicate già in sede di offerta, anche in assenza di una espressa previsione del bando o della lettera d'invito, e che la singola impresa componente dell'ATI abbia la qualifica, ovvero i requisiti di ammissione, in misura corrispondente alla quota di partecipazione, il tutto

a garanzia della stazione appaltante e del buon esito del programma contrattuale nella fase di esecuzione. Dalla mancata osservanza di tale obbligo - che, si è affermato, discende dall'art. 37, commi 4 e 13, del Codice dei contratti e che trova applicazione anche ai raggruppamenti di tipo orizzontale - deriva la conseguenza che l'offerta contrattuale, che provenga da un'associazione di più imprese in termini che non assicurino la predetta, effettiva, corrispondenza, è inammissibile, perché comporta l'esecuzione della prestazione da parte di un'impresa priva (almeno in parte) di qualificazione in una misura simmetrica alla quota di prestazione ad essa devoluta dall'accordo associativo ovvero dall'impegno delle parti a concludere l'accordo stesso".

Per quanto riguarda l'ultima doglianza (e cioè che l'appalto andava considerato unitariamente, posto che unica era l'offerta economica), si osserva che il motivo è infondato in fatto; benchè l'offerta economica fosse "unica" - il che è logico e ammissibile, trattandosi della stessa, identica, prestazione - ciò tuttavia non rende unica la gara, che risulta divisa in lotti oggetto di distinte domande (il concorrente poteva presentare offerta anche ad un solo lotto), per cui erano previste due cauzioni e due versamenti CIG, e che sono state autonomamente valutate.

7.2.3. - Quale ultima censura le ricorrenti lamentano la mancata applicazione dell'art. 46, comma 1, del D.Lg. 163/06, che prevede che "le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati", disposizione all'evidenza non pertinente, posto che le contestazioni della S.A. non riguardano il contenuto di atti o dichiarazioni.

7.3. - I motivi aggiunti proposti avverso l'aggiudicazione definitiva dell'appalto sono gli stessi, così come - pur se diversamente articolati - anche i due motivi nuovi avverso l'atto con cui l'Amministrazione ha

significato che non intendeva procedere in autotutela. Sugli argomenti spesi non merita pertanto soffermarsi oltre, posto che, una volta stabilito che il Regolamento si applica anche alle Regioni a Statuto Speciale e che la regola della corrispondenza tra i requisiti posseduti - e spesi in misura necessariamente maggioritaria - dalla mandataria devono corrispondere alla sua quota di partecipazione e di esecuzione, anche negli appalti di servizi, le determinazioni di esclusione delle ricorrenti dalla gara appare immune dai vizi qui dedotti.

In definitiva, il ricorso ed i motivi aggiunti vanno respinti.

8. - Sussistono le ragioni di legge per disporre la totale compensazione tra le parti tutte delle spese e competenze di causa.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli - Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso e motivi aggiunti in epigrafe, li rigetta,

Compensa le spese e competenze del giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere

Rita De Piero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/08/2012

IL SEGRETARIO

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