

Publicato il 11/10/2021

N. 00834/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00435/2021 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 Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 435 del 2021, proposto da
Netquadro Rete di Imprese, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Coccoli, Alessandro Daino e
Lorenzo Aureli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda USL di Ferrara, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Colombo, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia;

Azienda Unita' Sanitaria Locale di Imola, Regione Emilia-Romagna,
Università degli Studi di Ferrara non costituiti in giudizio;

nei confronti

Gestione Odontoiatrica S.r.l., in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati John Riccardo Paladini e Valeria
Pecorone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e
domicilio eletto presso lo studio John Riccardo Paladini in Roma, piazza della

Balduina n. 44;

Odontart S.r.l. non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensiva

a) della determina n. 725 del 3 maggio 2021, con cui l'Azienda unità sanitaria locale (AUSL) di Ferrara ha definitivamente aggiudicato alla ditta Gestione Odontoiatrica S.r.l. la procedura aperta per l'affidamento della fornitura triennale, con possibilità di rinnovo del contratto di anno in anno, per un periodo non superiore ad anni due, di protesi odontoiatriche mobili, scheletrate e fisse per l'AUSL di Ferrara e per l'AUSL di Imola, in unione d'acquisto - CIG 837191312;

b) per quanto occorrer possa, della nota prot. n. 29374 del 5 maggio 2021, di comunicazione alla Netquadro Rete di Imprese della suddetta aggiudicazione ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. b) del D.Lgs. n. 50/2016;

c) per quanto occorrer possa, dei verbali n. 1 della seduta del 20 novembre 2020 e n. 2 della seduta del 17 dicembre 2020, sia nella parte in cui la Commissione giudicatrice ha ommesso qualsivoglia esame in merito al possesso, da parte della Gestione Odontoiatrica S.r.l., dei requisiti di partecipazione alla procedura di gara, sia nella parte in cui la medesima Commissione ha erroneamente ritenuto conforme alle prescrizioni del disciplinare la campionatura prodotta dalla medesima ditta Gestione Odontoiatrica S.r.l.;

d) per quanto occorrer possa, dell'allegato tecnico recante i punteggi assegnati dalla Commissione di gara alle offerte tecniche dei partecipanti, nella parte in cui ha la medesima Commissione ha ritenuto che le protezioni dei manufatti e gli imballi prodotti dalla Gestione Odontoiatrica S.r.l. fossero pienamente rispondenti alle indicazioni tecniche richieste dal disciplinare;

e) di ogni altro atto a questi presupposto, preparatorio, conseguente e comunque connesso ad oggi non conosciuto dalla ricorrente;

nonché per il risarcimento dei danni subiti e subendi

- a) sia mediante reintegrazione in forma specifica con subentro nell'esecuzione della fornitura e nel contratto di appalto ove stipulato;
- b) sia mediante ristoro per equivalente nella misura da quantificare in corso di causa, fatta salva la valutazione equitativa

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Usl di Ferrara e di Gestione Odontoiatrica S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2021 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Espone Netquadro Rete di Imprese, odierna ricorrente, di aver partecipato alla procedura aperta indetta dall'Azienda Usl di Ferrara con determinazione n. 875 del 10 luglio 2020 per l'affidamento della fornitura triennale di protesi odontoiatriche mobili, scheletrate e fisse per un importo contrattuale a base di gara di 720.000,00 euro e criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con determina n. 725 del 3 maggio 2021, l'Azienda USL ha aggiudicato l'appalto a Gestione Odontoiatrica S.r.l. prima con punti 98,71 davanti alla ricorrente, seconda con punti 94,70.

Con il ricorso in esame Netquadro ha impugnato la suindicata aggiudicazione, deducendo motivi così riassumibili:

D)VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA LEX SPECIALIS DI GARA. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 9.3 DEL DISCIPLINARE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 83 DEL D.LGS. 50/2016. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITÀ, BUON ANDAMENTO DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA, TRASPARENZA

E PAR CONDICIO DEI CONCORRENTI. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 COST. ECCESSO DI POTERE IN TUTTE LE SUE FIGURE SINTOMATICHE E IN PARTICOLARE PER ILLOGICITÀ E IRRAZIONALITÀ MANIFESTA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, SVIAMENTO DI POTERE, CONTRADDITTORIETÀ E DISPARITÀ DI TRATTAMENTO: posto che l'art. 9.3 del disciplinare prevedeva quale requisito di capacità tecnica e professionale l'aver eseguito "...negli ultimi tre anni...forniture di protesi odontoiatriche per un valore medio annuo non inferiore ad €. 240.000,00..." la controinteressata Gestione Odontoiatrica s.r.l. - costituita in data 3 aprile 2020, e cioè a dire solo 5 mesi prima della scadenza del termine del 30 settembre 2020 di presentazione delle offerte relative alla procedura di cui è causa - partecipava alla gara spendendo i requisiti ottenuti dal ramo aziendale acquisito dalla Odontart s.r.l. ma senza raggiungere la soglia richiesta, né a prendere come riferimento il triennio 2017-19 né 2018-2019. Anche poi a voler considerare le forniture eseguite in proprio, Gestione Odontoiatrica s.r.l. non soddisferebbe il requisito richiesto.

II) VIOLAZIONE DELL'ART. 80, COMMI 1, 2, 3 E 5 DEL D.LGS. N. 50/2016. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITÀ, BUON ANDAMENTO DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA, TRASPARENZA E PAR CONDICIO DEI CONCORRENTI. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 COST. ECCESSO DI POTERE IN TUTTE LE SUE FIGURE SINTOMATICHE E IN PARTICOLARE PER PERPLESSITÀ, ILLOGICITÀ E IRRAZIONALITÀ MANIFESTA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, SVIAMENTO DI POTERE, CONTRADDITTORIETÀ E DISPARITÀ DI TRATTAMENTO: in considerazione della cessione del ramo d'azienda da parte della Odontart s.r.l. e della continuità aziendale, la cessionaria avrebbe dovuto in sede di gara effettuare le dichiarazioni sul possesso dei requisiti

morali ex art 80 d.lgs. 50/2016 e s.m. anche in riferimento agli amministratori della società cedente.

III) VIOLAZIONE DELL'ART. 80, COMMA 4 DEL D.LGS. N. 50/2016. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITÀ, BUON ANDAMENTO DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA, TRASPARENZA E PAR CONDICIO DEI CONCORRENTI. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 COST. ECCESSO DI POTERE IN TUTTE LE SUE FIGURE SINTOMATICHE E IN PARTICOLARE PER PERPLESSITÀ, ILLOGICITÀ E IRRAZIONALITÀ MANIFESTA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, SVIAMENTO DI POTERE, CONTRADDITTORIETÀ E DISPARITÀ DI TRATTAMENTO: la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara anche per l'omissione dichiarativa relativa alla posizione contributiva, previdenziale e fiscale della cedente il ramo d'azienda.

IV) VIOLAZIONE DELLA LEX SPECIALIS. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITÀ, BUON ANDAMENTO DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA, TRASPARENZA E PAR CONDICIO DEI CONCORRENTI. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 COST. ECCESSO DI POTERE IN TUTTE LE SUE FIGURE SINTOMATICHE E IN PARTICOLARE PER TRAVISAMENTO DEI FATTI, PERPLESSITÀ, ILLOGICITÀ E IRRAZIONALITÀ MANIFESTA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, SVIAMENTO DI POTERE, CONTRADDITTORIETÀ E DISPARITÀ DI TRATTAMENTO: i campioni prodotti dall'aggiudicataria in sede di gara non risponderebbero in alcun modo alle specifiche tecniche richieste dalla stessa stazione appaltante sì che il punteggio massimo (5 punti) assegnato sarebbe del tutto ingiustificato e avrebbe dovuto essere pari a zero.

V) VIOLAZIONE DELLA LEX SPECIALIS. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITÀ, BUON ANDAMENTO DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA, TRASPARENZA E PAR CONDICIO DEI CONCORRENTI. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 COST. ECCESSO DI POTERE IN TUTTE LE SUE FIGURE SINTOMATICHE E IN PARTICOLARE PER TRAVISAMENTO DEI FATTI, PERPLESSITÀ, ILLOGICITÀ E IRRAZIONALITÀ MANIFESTA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, SVIAMENTO DI POTERE, CONTRADDITTORIETÀ E DISPARITÀ DI TRATTAMENTO: la controinteressata avrebbe presentato in sede di gara dei campioni esclusivamente ed univocamente riconducibili alla cedente Odontart s.r.l. ovvero ad un operatore che non ha partecipato alla gara.

La ricorrente ha altresì domandato il subentro nell'aggiudicazione previa dichiarazione di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato; ha infine fatto istanza di esibizione dei campioni di prodotti presentati dall'aggiudicataria nell'ambito della gara di cui si controverte, ai sensi di quanto previsto dall'art. 7 del disciplinare.

Si è costituita la USL di Ferrara eccependo l'infondatezza di tutti i motivi "*ex adverso*" dedotti poiché in sintesi: - quanto al primo motivo, i requisiti richiesti ed in particolare quello di cui all'art. 9.3. del disciplinare sono stati determinati in modo differenziato ovvero riparametrati per il principio del "*favor participationis*" essendo la controinteressata operatore di nuova costituzione quindi non in base al triennio previsto nella *lex specialis* ma in base al periodo di effettiva esistenza dell'operatore economico, avendo la controinteressata eseguito per la stessa ASL una fornitura di 160.000,00 euro a partire dal maggio 2020; - la riparametrazione dei requisiti di capacità tecnica sarebbe stata affermata sia dalla giurisprudenza ed in particolare dalla sentenza n. 607/2000 del Consiglio di Stato sia dall'Autorità di Vigilanza; - quanto al secondo e terzo motivo non vi sarebbe continuità aziendale al fine degli

obblighi dichiarativi di cui all'art. 80 d.lgs. 50/2016; - quanto al quarto motivo il contratto di cessione del ramo d'azienda prevede anche la cessione del marchio.

Si è costituita anche Gestione Odontoiatrica parimenti evidenziando l'infondatezza della pretesa azionata, sulla scorta delle seguenti argomentazioni: - ha partecipato alla gara d'appalto in esame spendendo requisiti propri ovvero il proprio fatturato e non quello della cedente; - quale impresa neo costituita il fatturato richiesto nel disciplinare andrebbe necessariamente riparametrato se che erano sufficienti commesse pari a 100.000,00 euro in relazione all'attività di 5 mesi nel 2020; - andrebbe escluso in sede di gara l'obbligo di dichiarazione ex art. 80 d.lgs. 50/2016 esteso all'impresa cedente il ramo d'azienda, dal momento che non vi sarebbe continuità aziendale nel senso chiarito dalla giurisprudenza; - ad ogni modo la cedente sarebbe in regola con gli obblighi contributivi e previdenziali, come da documentazione depositata in giudizio.

Alla camera di consiglio del 23 giugno 2021 la difesa ricorrente ha rinunciato alla domanda incidentale cautelare.

In prossimità della trattazione nel merito le parti hanno depositato memorie e documentazione.

La difesa della ricorrente, in sintesi, ha rilevato come la riparametrazione "*ex adverso*" invocata dovrebbe applicarsi solo su istanza dell'impresa interessata, non vincolante per la stazione appaltante, mentre nel caso di specie la ricorrente non avrebbe formulato tale richiesta, qualificandosi al contrario mediante i requisiti maturati dalla Odontart s.r.l. ovvero alle attività svolte dalla cedente il ramo d'azienda. La controinteressata inoltre avrebbe depositato a comprova del possesso dei requisiti delle mere fatture in luogo dei certificati "rilasciati dalle Amministrazioni pubbliche o da committenti privati con l'indicazione della tipologia della prestazione, dell'importo e del periodo di esecuzione" a norma del punto 9.3 del disciplinare. Infine dall'esame delle fatture relative alla "gestione privati" depositate dalla

controinteressata emerge che delle 79 fatture depositate da controparte ben 66 riguardano la fornitura a privati di apparecchiature ortodontiche e non di protesi odontoiatriche fisse e mobili come richiesto dalla disciplina di gara.

La difesa di Gestione odontoiatrica s.r.l., di contro, ha evidenziato che: - nessuna norma prevede che la riparametrazione debba essere autorizzata dalla stazione appaltante; - in sede di gara non avrebbe mai dichiarato di voler utilizzare i requisiti di Odontart s.r.l.; - l'art 86 del Codice appalti consente la dimostrazione della capacità tecnica con più mezzi di prova dunque anche con le fatture; - le protesi ortodontiche sono anch'esse protesi odontoiatriche in quanto protesi fabbricate dall'odontotecnico.

L'azienda USL di Ferrara ha tra l'altro rappresentato come Gestione Odontoiatrica s.r.l. con la produzione in sede di giudizio si sia limitata a esibire documentazione a comprova delle dichiarazioni rese in sede di gara, ma senza nulla mutare rispetto ad esse, cosa questa del tutto consentita secondo la stessa giurisprudenza; - il c.d. soccorso istruttorio processuale sarebbe sempre possibile in caso di omessa attivazione da parte della stazione appaltante di quello procedimentale.

All'udienza del 28 settembre 2021, uditi i difensori, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.-E' materia del contendere la legittimità dell'aggiudicazione disposta il 3 maggio 2021 dall'AUSL di Ferrara della fornitura triennale di protesi odontoiatriche mobili, scheletrate e fisse per un importo a base di gara di 720.000,00 euro in favore di Gestione Odontoiatrica s.r.l. impresa costituita il 3 aprile 2020 ed acquirente il ramo di azienda della Odontart s.r.l. con atto notarile del 20 aprile 2020.

Lamenta Netquadro Rete di Imprese, seconda classificata con un distacco di 4,01 punti rispetto all'aggiudicataria, la mancata esclusione di quest'ultima per mancata dimostrazione del requisito di capacità tecnica richiesto dal disciplinare di gara, per omissione dichiarativa quanto al possesso dei requisiti

morali in capo agli amministratori della società cedente nonché infine l'illegittimità dell'aggiudicazione per ingiustificata attribuzione di 5 punti in relazione al *packaging* si da poter comunque conseguire l'ambita fornitura.

Il contratto d'appalto secondo le allegazioni delle parti non risulta allo stato esser stipulato.

2.- Ritiene il Collegio di esaminare prioritariamente il primo motivo di gravame diretto a contestare il possesso in capo alla Gestione Odontoiatrica s.r.l. del requisito di capacità tecnica richiesto dall'art. 9.3. del disciplinare, la cui fondatezza determinerebbe l'illegittimità *ex se* dell'aggiudicazione per la mancata esclusione dalla gara.

3.- In punto di fatto giova preliminarmente evidenziare come la controinteressata in sede di DGUE al fine del possesso dei requisiti di capacità tecnica richiesti dal disciplinare, ha effettuato esplicito riferimento al triennio passato (2017-2019) ovvero alle attività svolte dalla cedente il ramo d'azienda, producendo però al contempo anche documentazione attestante l'effettuazione di prestazioni in proprio effettuate nel 2020 per la medesima AUSL di Ferrara, oltre che per ALISA e ASP Palermo, in subentro di precedenti appalti conseguiti dalla cedente (vedi nota del 25 settembre 2020 allegata al DGUE).

Segnatamente ha allegato il certificato rilasciato dalla medesima AUSL di Ferrara attestante l'effettuazione di prestazioni da parte di Gestione Odontoiatrica dal 1 maggio 2020 per un importo di 160.000,00 euro annui ed ha altresì dichiarato in sede di gara di esser subentrata negli appalti che la Odontart s.r.l. stessa aveva in essere con altri committenti (ALISA Azienda Sanitaria regionale della Liguria e ASP Palermo) quanto alla prima fornendo l'atto di aggiudicazione in favore di Odontart il 17 dicembre 2019 e quanto alla seconda il provvedimento di autorizzazione al subentro ex art. 106 c. 1, lett. 2) d.lgs. 50/2016 per l'anno 2018 e 2019.

4. - Rileva dunque il Collegio come Gestione Odontoiatrica s.r.l. abbia dichiarato e documentato in sede di gara al fine dell'ammissione sia il

possesso dei requisiti riferiti al triennio precedente alla gara, seppur per il tramite della cedente, sia le sole prestazioni effettuate in proprio per altri committenti tra cui in particolare per la USL Ferrara relativamente al periodo dal 1 maggio 2020 e per un importo annuo di soli 160.000,00 euro ovvero per 100.000,00 euro prendendo a doveroso riferimento il periodo 1 maggio – 30 settembre (termine scadenza presentazione offerte).

Nell'ambito di questo giudizio, invero, la difesa di Gestione Odontoiatrica s.r.l. ha depositato fatture emesse da altri committenti pubblici e privati durante l'anno 2020 per prestazioni asseritamente analoghe a quelle oggetto della gara in esame, per un complessivo importo pari a 110.872,23 euro.

5.- Per quanto riguarda le attività effettuate nel triennio dalla cedente Odontart s.r.l., emerge che il valore medio annuo delle forniture realizzate risulta pari a 118.964,33 euro ovvero di gran lunga inferiore alla soglia (240.000,00 euro) prevista dall'art. 9.3. del disciplinare, come evidenziato dalla ricorrente e non smentito dalle controparti.

6.- Conclusivamente, è dunque dirimente per l'economia del presente giudizio stabilire se la controinteressata fosse o meno in possesso dei requisiti di capacità tecnica richiesti maturati in proprio nel ristretto periodo di attività ovvero dal 1 aprile 2020, data di costituzione della società, al 30 settembre 2020, data di scadenza del termine di presentazione delle offerte.

7.- Ad avviso della controinteressata e della stessa Amministrazione resistente, Gestione Odontoiatrica s.r.l. avrebbe partecipato alla gara spendendo unicamente requisiti di capacità tecnica propri, dovendo essi essere necessariamente riparametrati con riferimento al periodo temporale di effettiva esistenza dell'operatore economico, nel caso di specie costituito il 3 aprile 2020 essendo dunque sufficiente l'effettuazione di forniture di protesi odontoiatriche per un importo al netto della riparametrazione di 100.000,00 euro nel solo anno 2020, a salvaguardia del generale principio del "*favor participationis*", richiamandosi alla sentenza n. 607/2020 del Consiglio di Stato e alle delibere nn. 1349 e 671 del 2017 e dell'Anac.

7.1. - Effettivamente il Consiglio di Stato nel richiamato precedente ha fatto proprie le argomentazioni sostenute dall'Anac, la quale, in ragione del principio generale del "*favor participationis*" e della tutela della concorrenza, ha affermato per le imprese di recente costituzione che "il calcolo per la verifica del possesso dei requisiti indicati nel bando va effettuato sugli anni di effettiva esistenza dell'impresa e i bilanci e la documentazione da presentare sono da riferirsi agli anni di effettiva operativa della stessa" (cfr. deliberazioni ANAC 20 dicembre 2017, n. 1349; 23 maggio 2018, n. 473 e 14 giugno 2017, n. 671). Tuttavia nella fattispecie oggetto di quel giudizio - relativa ad appalto di ristorazione - vi era anzitutto la presenza di clausola nella *lex specialis* dal tenore ambiguo non essendo chiaro se il criterio dell'esecuzione di servizi analoghi nell'ultimo triennio ovvero di un numero minimo di pasti (70.000) fosse riferito a ciascun anno del triennio o alla media ponderata. In secondo luogo l'impresa interessata aveva abbondantemente dimostrato il possesso del requisito nell'arco del triennio (ben 432.145 pasti) avendo soltanto nell'anno 2015 erogato un numero di pasti inferiore a 70.000 a causa della costituzione avvenuta soltanto nel mese di giugno 2015.

7.2.- Ciò premesso, pur non potendo il Collegio che condividere il suindicato principio, sicuramente pro-concorrenziale, non lo ritiene nel caso di specie applicato correttamente dalla stazione appaltante.

La previsione nel bando da parte dell'Amministrazione di specifici requisiti di capacità tecnica costituisce attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, predicati dall'art. 97 Cost., e sostanziandosi nell'apprestamento da parte dell'Amministrazione degli strumenti e delle misure più adeguati ed efficaci per il corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, in relazione all'oggetto dell'appalto da affidare (*ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 23 giugno 2011, n. 3809).

Ai sensi dell'art. 83 c. 2 d.lgs. 50/2016 i requisiti e le capacità economico finanziarie e tecnico professionali "sono attinenti e proporzionati all'oggetto

dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione". Il successivo comma 8 onere la stazione appaltante di indicare le condizioni di partecipazione richieste.

Mette conto richiamare anche il considerando 4 della Direttiva 2014/23/UE in tema di "*favor*" per la partecipazione alle procedure di affidamento dei pubblici appalti delle c.d. PMI ovvero delle piccole e medie imprese quali l'odierna controinteressata.

7.3. La riparametrazione dei suindicati requisiti, di contro, per quanto sicuramente finalizzata al "*favor participationis*", non trova specifica previsione nel nostro ordinamento in alcuna norma, sì che la *lex specialis* appare la naturale "*sedes materiae*".

In assenza, infatti, di specifiche disposizioni limitative da parte del bando di gara, la riparametrazione dei requisiti di capacità tecnica per le imprese neo costituite può favorire condotte elusive e condurre ad esiti del tutto inaccettabili, quali la partecipazione alla gara di operatori economici costituitisi pochi giorni prima rispetto al termine di scadenza di presentazione delle offerte ed in possesso di requisiti del tutto esigui ed inidonei a comprovare l'affidabilità del concorrente. Per ipotesi, infatti, basterebbe la costituzione dell'impresa concorrente una settimana prima e la produzione di fatturato di poche centinaia di euro relativo a tal periodo, che riparametrato, consentirebbe la partecipazione.

7.4. - Nella fattispecie per cui è causa - diversamente da quella oggetto della richiamata sentenza del Consiglio di Stato - in presenza di clausola inequivocabilmente riferita al valore medio annuo nel triennio precedente, Gestione Odontoiatrica s.r.l. ha documentato in proprio l'esecuzione di forniture analoghe per un valore pur riparametrato ma per soli 5 mesi di attività nel solo anno 2020 (rispetto al triennio) ragion per cui non può condividersi l'assunto fatto proprio dalla stazione appaltante secondo cui detta impresa avrebbe comprovato il possesso del requisito di cui all'art.

9.3. del disciplinare in proprio e non per il tramite della società cedente il ramo d'azienda. Anche infatti a voler considerare oltre alle attività effettuate per la stessa USL di Ferrara quelle effettuate per ALISA e ASP Palermo il valore medio annuo per l'anno 2020 appare complessivamente esiguo in relazione all'appalto da affidare.

Il fatturato specifico richiesto per un certo tempo costituisce, infatti, una misura dell'esperienza del partecipante nell'attività oggetto di gara, che certo non può essere “*sic et simpliciter*” riparametrata per iniziativa della stazione appaltante in base agli effettivi anni d'iscrizione alla camera di commercio di appartenenza.

In questo senso, è proprio la stessa ANAC a specificare che “La capacità tecnico-professionale è funzionale a selezionare operatori economici in grado di assicurare un livello adeguato di esperienza, capacità e affidabilità, valutandone l'attitudine di “sapere” svolgere, a regola d'arte e con buon esito, il servizio o la fornitura oggetto di affidamento anche sulla scorta delle pregresse esperienze professionali” (Delibera ANAC n. 711 del 23 luglio 2019).

Riparametrare senza alcun limite il requisito sulla base dell'effettivo periodo di tempo (inferiore a quello richiesto in bando) di operatività dell'azienda (ovverosia a partire dal momento in cui l'attività ha avuto avvio) comporterebbe la violazione di tale *ratio*, perché non verrebbe assicurata l'esperienza ritenuta necessaria.

7.5. - Diversamente opinando, ad avviso del Collegio, vi sarebbe poi ad opera della stazione appaltante una disapplicazione del bando, come noto vietata (*ex plurimis* Consiglio di Stato sez. III, 20 aprile 2021, n.3180). Infatti il bando di gara (e le sue singole disposizioni), per la natura di atto amministrativo generale, non normativo, è vincolante (anche) per l'Amministrazione appaltante, che non può disapplicarlo neppure quando le regole del bando risultino inopportune o incongrue (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 5 marzo 2020, n. 1604,) dal momento che la sola eventualità che può consentire la non

applicazione del bando si ricollega all'ipotesi di clausole nulle, inidonee a produrre effetti giuridici, come nel caso della disposizione del bando che introduca una causa di esclusione dalla procedura non prevista dalla legge, nulla per la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, ai sensi dell'art. 83, comma 8, del codice dei contratti pubblici (Consiglio di Stato sez. V, 23 novembre 2020, n.7257).

7.6. - Non ritiene poi il Collegio di poter utilmente considerare ai fini del possesso del requisito della capacità tecnica di cui si discute le attività effettuate per conto di vari soggetti pubblici e privati oggetto delle fatture esibite per la prima volta in giudizio e non dichiarate né tantomeno documentate in sede di partecipazione alla gara.

Il soccorso istruttorio processuale evocato dalla difesa della controinteressata - invocabile ove la stazione appaltante non abbia consentito alla concorrente esclusa di avvalersi del soccorso istruttorio procedimentale, alle condizioni e nei limiti previsti dalla legge (*ex multis* T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 15 giugno 2020, n. 6584) - non è applicabile al caso di specie, atteso che come visto la controinteressata si è qualificata in sede di gara facendo esclusivo riferimento, quanto ai requisiti posseduti in proprio, all'attività prestata in favore dell'AUSL di Ferrara (oltre che ad ALISA e ASP Palermo), sì che il soccorso verrebbe surrettiziamente utilizzato per sanare una radicale omissione dichiarativa ovvero un inadempimento di carattere sostanziale (*ex multis* per il soccorso procedimentale Consiglio di Stato sez. V, 17 marzo 2021, n. 2291).

7.7. - Non ritiene nemmeno il Collegio di poter desumere il possesso in capo alla controinteressata del requisito in esame da una eventuale ed invero non richiesta sommatoria con le descritte attività riferibili all'impresa cedente.

A tacere del fatto che la stessa Gestione Odontoiatrica s.r.l. ha pervicacemente affermato in giudizio di far valere per l'ammissione alla gara unicamente i requisiti propri quale impresa neo costituita, la sommatoria con i requisiti dell'impresa cedente non può dirsi, nel silenzio della *lex specialis*, idonea rispetto a quanto richiesto dall'art. 9.3 del disciplinare di gara.

8. Ne discende la carenza in capo all'odierna controinteressata del requisito di capacità tecnica richiesto dal disciplinare, tanto come visto quanto alle forniture effettuate nel triennio dalla cedente il ramo d'azienda tanto quanto alle forniture eseguite in proprio (in subentro ai contratti sottoscritti dalla cedente) nel periodo maggio – settembre 2020, con conseguente fondatezza del primo motivo di gravame, di natura assorbente.

9.- Per i suesposti motivi il ricorso è fondato e va accolto, con l'effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione e subentro della ricorrente nell'aggiudicazione stessa.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite in considerazione della complessità e della novità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna Bologna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla l'aggiudicazione impugnata e dispone il subentro della ricorrente.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Andrea Migliozi, Presidente

Umberto Giovannini, Consigliere

Paolo Amovilli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Paolo Amovilli

IL PRESIDENTE

Andrea Migliozi

IL SEGRETARIO