

Pubblicato il 11/10/2017

N. 02338/2017 REG.PROV.COLL.
N. 01125/2017 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 Sicilia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1125 del 2017, proposto da Tecnologie Sanitarie e Sportive S.r.l. Unipersonale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Ugo D'Angelo (C.F.:DNGGUO42M16I438Z) e Giuseppe Sciuto (CF: SCTGPP66P20C351P), ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Daniela Macaluso, sito in Palermo, via G. ventura n. 1;

contro

la Presidenza della Regione Siciliana, in persona del Presidente pro tempore, l'Assessorato regionale dell'Economia, in persona dell'Assessore pro tempore e la Centrale Unica di Committenza dell'Assessorato Economia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi ope legis dall'Avvocatura Distrettuale

dello Stato di Palermo, presso i cui Uffici, siti in Palermo, via A. De Gasperi, n. 81, sono domiciliati ex lege;

nei confronti di

Azienda Sanitaria Provinciale di Catania, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento:

- del bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 23 marzo 2017 serie S numero 58 con cui la Centrale Unica di Committenza della Regione Sicilia ha indetto la procedura aperta per l'affidamento della fornitura di ausili per incontinenza e assorbenza, con la consegna domiciliare ed ospedaliera alle Aziende Sanitarie del Sistema Sanitario Regione Sicilia suddivisa in quattro lotti con l'importo complessivo di 114.714.428,28 euro ed una durata di 48 mesi;

- di ogni ulteriore atto e/o provvedimento antecedente o successivo ivi compresi, il disciplinare di gara ed il capitolato tecnico con i rispettivi allegati, la documentazione richiesta ai concorrenti in relazione alla busta contenente la documentazione amministrativa, alla busta contenente l'offerta tecnica e in relazione alla busta contenente l'offerta economica, nonché il Decreto del Dirigente Responsabile del Servizio 6 – Centrale Unica di Committenza, Dipartimento Bilancio e Tesoro – Ragioneria Generale – Assessorato Economia della Regione Siciliana del 20 febbraio 2017, numero 178, di indizione della sopradetta gara e di approvazione del relativo bando, disciplinare di gara, capitolato tecnico ed allegati;

Visti il ricorso, con i relativi allegati;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle Amministrazioni intime;

Vista l'ordinanza del T.a.r. n. 760/2017;

Vista l'ordinanza del C.g.a.r.s. n. 487/2017;

Visti i documenti e le memorie difensive depositati in giudizio dalle parti in vista della trattazione del ricorso nel merito;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza pubblica del giorno 4 ottobre 2017 il Cons., dott.ssa Federica Cabrini;

Uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Visti gli artt. 119 e 120 c.p.a.;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe, notificato in data 20/4/2017 e depositato in data 3/5/2017, la società ricorrente ha impugnato gli atti di indizione della procedura aperta bandita dalla Centrale Unica di Committenza della Regione Sicilia per l'affidamento della fornitura di ausili per incontinenza e assorbenza, con la consegna domiciliare ed ospedaliera alle Aziende Sanitarie del Sistema Sanitario Regione Sicilia, gara suddivisa in quattro lotti, con l'importo complessivo di 114.714.428,28 euro ed una durata di 48 mesi.

Espone di essere un operatore economico del settore medico-sanitario, di piccole dimensioni, con 23 dipendenti ed un fatturato annuo medio riferito agli ultimi tre esercizi di euro 7.841.723,33, interessato a pubbliche forniture di ausili per incontinenti nel territorio siciliano, per il quale ha un fatturato specifico medio nell'ultimo triennio di euro 463.923,66.

Avverso i provvedimenti impugnati deduce le seguenti censure:

1) violazione degli artt. 30, 41 e 51 d.lgs. n. 50/2016 – violazione della direttiva 2014/24/UE – violazione della deliberazione ANAC n. 21 del 23/2/2012 – violazione del d.lgs. n. 81/2008 – violazione dei principi e delle norme di favor participationis e par condicio dei concorrenti – violazione dell’art. 97 Cost. e della l. n. 241/1990 – eccesso di potere – illogicità manifesta – carenza dei presupposti e di istruttoria – carenza di motivazione, travisamento e contraddittorietà, atteso che gli artt. 30, c. 7, 41 e 51 d.lgs. n. 50/2016 sono volti e garantire la partecipazione alle gare delle microimprese, piccole e medie imprese.

Nel caso di specie la suddivisione in lotti è avvenuta in modo tale che, in relazione ai requisiti di capacità economico-finanziaria richiesti, l’impresa ricorrente non può partecipare alla gara quanto meno per i lotti nn. 1 e 2 (importo a base d’asta: € 54.355.369,30, per il Lotto n. 1 ed € 56.782.774,69 per il Lotto n. 2).

D’altra parte, la possibilità di partecipare alla gara in Rti o Consorzi non vale ad escludere l’illegittimità degli atti gara atteso che tale possibilità deve essere oggetto di scelta discrezionale dell’impresa e non può diventare un obbligo.

La scelta dell’Amministrazione in ordine alla citata suddivisione in lotti è peraltro priva di adeguata motivazione.

Gli atti gravati sono altresì illegittimi atteso che è stata operata una commistione tra appalti di forniture (ausili per incontinenti) e servizi connessi, senza procedere alla qualificazione dell’appalto come “misto” e senza distinguere il “peso” delle forniture e dei servizi in termini di fatturato specifico, e ciò a ulteriore discapito delle microimprese, piccole e medie imprese, quali la ricorrente.

Trattandosi peraltro di appalto di erogazione di forniture e servizi anche presso i locali dell'Amministrazione, ciò comporta l'interferenza del personale della p.a. con quello dell'aggiudicatario, di talché è evidente la necessità del DUVRI.

2) violazione del d.lgs. n. 50/2016 – violazione della direttiva 2014/24/UE – violazione dei principi e delle norme di favor participationis e par condicio dei concorrenti – violazione dell'art. 97 Cost. e della l. n. 241/1990 – eccesso di potere – illogicità manifesta – carenza dei presupposti e di istruttoria – carenza di motivazione, travisamento e contraddittorietà, atteso che sono stati altresì violati l'allegato XVII (punto i) e l'art. 83 d.lgs. n. 50/2016, in quanto la trasmissione della campionatura degli ausili offerti non può essere prevista come obbligatoria e non può costituire un parametro per la valutazione della fornitura e l'attribuzione del punteggio;

3) violazione del d.lgs. n. 50/2016 – violazione della direttiva 2014/24/UE – violazione dei principi e delle norme di favor participationis e par condicio dei concorrenti – violazione dell'art. 97 Cost. e della l. n. 241/1990 – eccesso di potere – illogicità manifesta – carenza dei presupposti e di istruttoria – carenza di motivazione, travisamento e contraddittorietà, atteso che i criteri fissati per l'attribuzione dei punteggi tecnici all'offerta sono talmente generici da configurare un sostanziale arbitrio della Commissione. Manca peraltro una declinazione di sub-criteri e sub-punteggi per valorizzare i diversi aspetti di ogni criterio.

Conclude quindi per l'accoglimento del ricorso e della preliminare istanza cautelare.

Si sono costituite in giudizio le Amministrazioni regionali intimare per resistere al ricorso.

Con ordinanza n. 760/2017 è stata respinta l'istanza cautelare.

Detta ordinanza è stata riformata dal C.g.a.r.s. con ordinanza n. 487/2017.

In vista della trattazione del ricorso nel merito le parti hanno depositato documenti e memorie difensive.

Alla pubblica udienza del giorno 4 ottobre 2017, uditi i difensori delle parti presenti, come da verbale, il ricorso è stato posto in decisione.

Re melius perpensa rispetto alla fase cautelare, ritiene il Collegio che sia fondato ed assorbente il primo profilo del primo motivo di ricorso.

Invero, nel caso di specie la procedura di gara è stata divisa in quattro lotti:

- Lotto n. 1: fornitura di ausili per incontinenza e assorbenza con consegna domiciliare per le Aziende Sanitarie afferenti il Bacino Occidentale della Regione Siciliana (CIG: 6994744559), per un importo a base d'asta di € 54.355.369,30;
- Lotto n. 2: fornitura di ausili per incontinenza e assorbenza con consegna domiciliare per le Aziende sanitarie afferenti il Bacino Orientale della Regione Sicilia (CIG:6994749978), per un importo a base d'asta di € 56.782.774,69;
- Lotto n. 3: fornitura di ausili per incontinenza e assorbenza per adulti con consegna ospedaliera per le Aziende Sanitarie afferenti l'intero territorio regionale (CIG: 6994763507), per un importo a base d'asta di € 3.265.158,39;
- Lotto n. 4: fornitura di ausili per incontinenza e assorbenza per bambini con consegna ospedaliera per le Aziende Sanitarie afferenti

l'intero territorio regionale (CIG:6994776FBE), per un importo a base d'asta di € 311.125,90.

L'art. 4 del disciplinare di gara, quanto ai requisiti di capacità economico-finanziaria connessi all'importo a base d'asta, richiede all'offerente di aver realizzato:

1) nei tre esercizi finanziari antecedenti alla data di pubblicazione del Bando di gara sulla GUUE per i quali risulti approvato il relativo bilancio, un fatturato complessivo globale d'impresa medio annuo, al netto dell'IVA, non inferiore al valore annuo del lotto a cui si intende partecipare.

Qualora non si possenga tale requisito, di aver realizzato nell'ultimo esercizio finanziario antecedente alla data di pubblicazione del Bando sulla GUUE per il quale risulti approvato il relativo bilancio, un fatturato complessivo globale d'impresa, al netto dell'IVA, non inferiore a 2 volte il valore annuo del lotto a cui si intende partecipare.

2) nei tre esercizi finanziari antecedenti alla data di pubblicazione del Bando di gara sulla GUUE per i quali risulti approvato il relativo bilancio, un fatturato medio annuo, specifico per il settore di attività oggetto del lotto a cui si intende partecipare, al netto dell'IVA, complessivamente non inferiore a 0,25 volte il valore annuo del lotto medesimo.

Qualora non si possenga tale requisito, di aver realizzato nell'ultimo esercizio finanziario antecedente alla data di pubblicazione del Bando sulla GUUE per il quale risulti approvato il relativo bilancio, un fatturato specifico per il settore di attività oggetto del lotto a cui si intende partecipare, al netto dell'IVA, complessivamente non inferiore a 0,5 volte il valore annuo del lotto medesimo.

In caso di partecipazione a più lotti, l'art. 9.1 del disciplinare precisa poi che: "il valore di riferimento ai fini della valutazione del possesso del requisito è pari alla somma dei valori dei lotti ai quali si intende partecipare e, laddove l'Operatore economico che abbia richiesto di concorrere a più lotti dichiara di possedere un fatturato inferiore a quello richiesto per la partecipazione ai predetti lotti, la stessa verrà ammessa a partecipare unicamente al lotto, in ragione dell'ordine decrescente di importanza economica dei lotti medesimi, per il quale possiede i suddetti requisiti e verrà esclusa dal restante".

In sostanza quindi, per la partecipazione ai lotti nn. 1 e 2, è necessario il possesso di un fatturato complessivo globale d'impresa medio annuo, Iva esclusa, negli ultimi tre esercizi finanziari, pari, rispettivamente, a € 13.588.842,33 e € 14.195.693,67 e un fatturato specifico per il settore di attività oggetto del lotto a cui si intende partecipare, Iva esclusa, pari, rispettivamente a € 3.397.210,58 e a € 3.548.923,42.

Orbene, recita l'art. 51, c. 1, d.lgs. n. 50/2016: "Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera ggggg), in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture.... Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese."

L'art. 3 d.lgs. n. 50/2016 definisce “medie imprese le imprese che hanno meno di 250 occupati e un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro, oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro; ... piccole imprese le imprese che hanno meno di 50 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro [e] micro imprese le imprese che hanno meno di 10 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro.”.

E' evidente quindi che, per quanto attiene ai lotti nn. 1 e 2, il loro valore è tale, che, pur essendo congrui i requisiti di capacità economico-finanziaria richiesti (questione questa peraltro non contestata in ricorso), di fatto viene esclusa la possibilità di partecipazione in forma singola, quanto meno da parte delle microimprese e delle piccole imprese, qual è la ricorrente.

Orbene, si legge nel considerando n. 59 della Direttiva appalti che “Nei mercati degli appalti pubblici dell'Unione si registra una forte tendenza all'aggregazione della domanda da parte dei committenti pubblici, al fine di ottenere economie di scala, ad esempio prezzi e costi delle transazioni più bassi nonché un miglioramento e una maggior professionalità nella gestione degli appalti. Questo obiettivo può essere raggiunto concentrando gli acquisti in termini di numero di amministrazioni aggiudicatrici coinvolte, oppure in termini di fatturato e di valore nel tempo. Tuttavia, l'aggregazione e la centralizzazione delle committenze dovrebbero essere attentamente monitorate al fine di evitare un'eccessiva concentrazione del potere d'acquisto e collusioni, nonché di preservare la trasparenza e la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le PMI”.

Invero, solo un confronto competitivo ampio, attraverso la più ampia partecipazione di operatori privati può consentire di conseguire un maggior risparmio economico per le stazioni appaltanti.

Peraltro, se è vero che il ricorso agli istituti dell'avvalimento e del raggruppamento temporaneo di imprese costituisce lo strumento volto ad agevolare la partecipazione del maggior numero di imprese alle gare e l'accesso al mercato degli appalti pubblici delle micro, piccole e medie imprese, allo stesso tempo esso richiede anche una preventiva verifica di seria ed effettiva volontà di ciascuna impresa in ordine al ricorso a tali istituti, di talché non può divenire un obbligo per la micro, piccola o media impresa che voglia comunque partecipare alla gara in forma singola e che, in mancanza di una concorde volontà di altre imprese, verrebbe automaticamente esclusa dalla gara stessa (v. in tal senso T.a.r. Lazio – Roma, sez. II, 30 agosto 2016, n. 9441, confermata dal Consiglio di Stato, sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038 e T.a.r. Lazio – Roma, sez. II, 26 gennaio 2017, n. 1345). D'altra parte, i costi dell'offerta in caso di ricorso all'avvalimento o al raggruppamento temporaneo di imprese sono più alti.

Né ad avviso del Collegio la centralizzazione delle procedure di gara (che garantisce di per sé un risparmio nei costi di gestione delle gare e una migliore qualità della *lex specialis*, con riduzione del contenzioso), va confusa con l'aggregazione delle gare in “maxilotti”; invero, “la direttiva ... sugli appalti pubblici autorizza contratti in forma di lotti separati. La suddivisione in lotti degli acquisti pubblici chiaramente facilita l'accesso delle piccole e medie imprese, sia quantitativamente (la dimensione dei lotti può meglio corrispondere

alla capacità produttiva delle PMI) che qualitativamente (il contenuto dei lotti può corrispondere più da vicino al settore di specializzazione delle PMI). In aggiunta, dividere i contratti in lotti e dunque aprire la strada alla partecipazione delle PMI amplia la competizione, che è benefica per le stazioni appaltanti, sempre che sia appropriato e esperibile alla luce dei rispettivi lavori, servizi, forniture specifici. In questo contesto, le stazioni appaltanti devono rammentare che, benché siano autorizzate a limitare il numero di lotti per i quali possono competere le aziende, non debbono usare questa possibilità in un modo che distorca (“impair”) le condizioni per una giusta competizione. In aggiunta, rendere possibile partecipare ad una gara con un numero illimitato di lotti ha il vantaggio di non scoraggiare né i contraenti generali dal partecipare né la crescita delle imprese.” (così la Raccomandazione della Commissione UE 25/6/2008, n. 2193, dal titolo «Codice europeo di buone pratiche per facilitare l’accesso delle PMI agli appalti pubblici», richiamata anche dalla citata sentenza del T.a.r. Lazio – Roma, sez. II, 26 gennaio 2017, n. 1345).

In sostanza quindi, ferma restando la bontà dell’obiettivo della centralizzazione delle gare (v. centrali uniche di committenza), non è vero che l’aggregazione in “maxilotti” determini di per ciò solo un risparmio di spesa per la stazione appaltante, essendo invece vero il contrario, posto che solo la presenza di più potenziali offerenti può indurre le imprese a formulare proposte più “competitive” in termini di sconti e di migliore qualità dei prodotti offerti.

In altre parole, ad avviso del Collegio, il meccanismo della centralizzazione degli acquisti deve condurre a forme di aggregazioni congruenti rispetto agli ambiti territoriali di riferimento, così da non

risultare incompatibile col principio della partecipazione alle gare da parte di tutte le imprese interessate, ivi comprese le micro, piccole e le medie imprese, che “sono la spina dorsale dell’economia dell’UE, con grandi potenzialità in termini di creazione di posti di lavoro, di crescita e di innovazione”; pertanto “maggiore è il numero di lotti in cui è suddivisa una fornitura, maggiore sarà il numero atteso dei partecipanti alla gara, in virtù di criteri di selezione (requisiti di partecipazione) meno restrittivi ... infatti (a parità di valore complessivo della gara), a un maggior numero di lotti corrisponderà una minore dimensione media degli stessi, con conseguente diminuzione dei requisiti di fatturato e ampliamento della possibilità di partecipazione a imprese di minori dimensioni.”) (così si legge nel Quaderno Consip n. 2/2016).

In conclusione, nel caso di specie, quindi, la scelta della stazione appaltante di suddividere in due soli lotti la fornitura di ausili per incontinenza e assorbimento con consegna domiciliare per le Aziende Sanitarie afferenti il Bacino Occidentale (Lotto n. 1) e quello Orientale (Lotto n. 2) della Regione Siciliana, con un importo a base d’asta rispettivamente di € 54.355.369,30, per il Lotto n. 1, e di € 56.782.774,69, per il Lotto n. 2 (scelta che negli atti di gara non risulta assistita da alcuna specifica e congruente motivazione in ordine alle ragioni che non consentono di suddividere l’appalto in lotti funzionali minori, idonei a consentire la partecipazione, in forma diretta ed autonoma, delle micro, piccole e medie imprese), ad avviso del Collegio, viola il principio di concorrenzialità delle gare pubbliche, che ha il suo elemento cardine nel principio di massima partecipazione delle imprese in possesso dei requisiti richiesti, imprese che devono avere il diritto di scegliere se partecipare in

forma singola ovvero se ricorrere agli istituti dell'avvalimento o del raggruppamento temporaneo.

Il ricorso va pertanto accolto nei limiti sopra specificati e, per l'effetto, vanno in parte qua annullati gli atti gara.

La complessità e parziale novità delle questioni trattate giustifica la compensazione tra le parti costituite delle spese del giudizio, dovendosi dichiarare irripetibili le spese nei confronti dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Catania, non costituita in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto annulla, in parte qua, gli atti impugnati.

Spese compensate tra le parti costituite.

Spese irripetibili nei confronti dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Catania.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 4 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Cosimo Di Paola, Presidente

Federica Cabrini, Consigliere, Estensore

Anna Pignataro, Consigliere

L'ESTENSORE
Federica Cabrini

IL PRESIDENTE
Cosimo Di Paola

IL SEGRETARIO