

Publicato il 31/01/2019

N. 00467/2019 REG.PROV.COLL.
N. 04284/2018 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4284 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Campania Emergenza s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese con Associazione Emergenza Amica e per la Associazione Emergenza Amica, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Asl Napoli 2 Nord, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Sorrentino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; U.O.C. Provveditorato ed Economato A.S.L. Napoli 2 Nord;

nei confronti

Italy Emergenza Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Zaccone, Patrizia Stallone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del verbale del Seggio di Gara dell'A.S.L. Napoli 2 Nord del 2 ottobre 2018, con il quale si è disposta la esclusione dell'A.T.I. ricorrente dalla procedura aperta per l'affidamento del “servizio triennale di Trasporto Infermi in Emergenza 118 A.S.L. Napoli 2 Nord” per il lotto n. 5;
- ove e per quanto occorra, dei verbali di gara del 12 luglio 2018, del 16 luglio 2018 e del 23 ottobre 2018;
- ove occorra, ancora, del provvedimento della A.S.L. Napoli 2 Nord di approvazione dell'elenco delle imprese ammesse alla successiva fase di apertura della offerta tecnica per il lotto n. 5 nella parte in cui ha escluso la A.T.I. ricorrente;
- di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali;

e per l'accertamento

del diritto delle Società ricorrenti, in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133 lett. d) n. 1) c.p.a., ad essere ammessa per il lotto n. 5.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Campania Emergenza s.r.l. in data 11 dicembre 2018:

- della determinazione dell'A.S.L. Napoli 2 n. 6677 del 2 novembre 2018 di approvazione del prospetto degli ammessi e degli esclusi relativo alla procedura aperta per l'affidamento del servizio triennale di trasporto infermi in emergenza 118;
- dell'avviso del 2 novembre 2018 ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. n. 50/2016.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Italy Emergenza Cooperativa Sociale e dell'Asl Napoli 2 Nord;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 2 bis e 6 bis, cod. proc. amm.;

Relatore la dott.ssa Maria Grazia D'Alterio e uditi nell'udienza pubblica del giorno 22 gennaio 2019 per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in esame l'A.T.I. ricorrente, costituita da Campania Emergenza (mandataria per il 60%) e da Associazione Emergenza Amica (per il restante 40%), impugna la sua esclusione dalla procedura aperta per l'affidamento del “servizio triennale di Trasporto Infermi in Emergenza 118 A.S.L. Napoli 2 Nord” per il lotto n. 5, per l'importo complessivo di € 1.602.000,00, da aggiudicarsi con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa.
2. Alla base degli atti gravati con ricorso principale (verbale del Seggio di Gara dell'A.S.L. Napoli 2 Nord del 2 ottobre 2018) e con motivi aggiunti (determinazione dell'A.S.L. Napoli 2 n. 6677 del 2 novembre 2018 di approvazione del prospetto degli ammessi e degli esclusi) la S.A. pone la presunta omessa comprova del requisito economico finanziario richiesto all'art. 2 del disciplinare di gara (*i.e.* l'aver realizzato “*nel triennio 2014-2015-2016 un fatturato per servizi identici non inferiore all'importo previsto per il lotto cui si partecipa*”), rimarcandosi in proposito che «*costituisce circostanza dirimente l'assoluta sovrapposibilità del fatturato triennale “prestato” in avalimento ... la cui integrale “messa a disposizione in modo pieno ed incondizionato senza limitazioni” contemplata in ambedue i contratti...lo rende di fatto inidoneo a fungere da ausilio utile alla maturazione in capo agli Operatori Economici, del requisito economico-finanziario richiesto per la partecipazione a ciascuna delle gare*».
3. A sostegno del gravame la ricorrente formula quattro articolati motivi in diritto.
 - 3.1 Con i primi tre motivi, Campania Emergenza deduce la violazione degli articoli 83 e 89 d.lgs. 50/2016 nonché la violazione del giusto procedimento e l'eccesso di potere sotto vari profili (difetto del presupposto, di istruttoria, di motivazione, arbitrarietà, travisamento, iniquità e sviamento).
 - 3.1.a In tesi di parte, le valutazioni poste dall'amministrazione resistente alla base degli atti gravati sarebbero affette da un vizio di fondo, determinato dal

sostanziale travisamento dei fatti in cui la stessa sarebbe incorsa nell'interpretare il contratto di avvalimento: diversamente da quanto adombrato dal Seggio di Gara, infatti, le dichiarazioni negoziali dell'ausiliaria sarebbero chiare nello stabilire che oggetto del prestito, per il lotto n. 5, è il requisito di capacità economico-finanziaria di cui Emergenza Amica, mandante dell'ATI ricorrente, è carente, ovvero la quota parte del fatturato triennale, pari al 40% dell'importo annuo a base di gara (€. 534.000) di €. 213.600,00 (primo motivo).

3.1.b Ciò chiarito, sarebbe inconferente l'ulteriore rilievo ostativo opposto dall'amministrazione, secondo cui alla stazione appaltante sarebbe precluso disporre una arbitraria distribuzione dell'intero fatturato oggetto di avvalimento tra i due lotti. Al contrario, emergerebbe placidamente dalla semplice lettura dei due contratti di avvalimento che, per ciascun lotto, il fatturato dell'ausiliaria EFDS dovesse essere imputato solo nei limiti della quota necessaria a colmare le carenze del requisito in capo all'ausiliata, per un importo peraltro facilmente calcolabile, senza necessità di alcuna inammissibile eterointegrazione negoziale (secondo motivo).

3.1.c L'esclusione sarebbe comunque illegittima, in subordine, anche sotto altro profilo, per aver il Seggio di Gara escluso il ricorso al c.d. soccorso istruttorio, all'opposto esteso dall'art. 85 comma 5 del D.Lgs. 50/2016 anche alla successiva fase di comprova dei requisiti (tecnico-professionali ed economico-finanziari), vincolando così la stazione appaltante, in caso di insufficienza, ad invitare il concorrente a chiarire il significato dei certificati o ad integrare certificazioni, eventualmente carenti (terzo motivo).

3.2 Con l'ultimo motivo, infine, la società lamenta, in estremo subordine, la violazione degli artt. 216, 217 e 60 del D.lgs. n. 50/2016, avendo la disciplina di gara stabilito un'incidenza di punteggio economico in ragione del 50% superiore al limite legale (30%), in contrasto con il comma 10 *bis* all'art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016, introdotto dall'articolo 60, comma 1, lettera f), del decreto correttivo del codice appalti, D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, *ratione temporis*

applicabile, a mente del quale *"... la stazione appaltante, al fine di assicurare la effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta ed individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici. A tal fine, la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30%"*.

3.3 Con ricorso per motivi aggiunti depositato in data 11 dicembre 2018, l'ATI Campania Emergenza ha esteso l'impugnativa alla sopravvenuta determinazione di approvazione del prospetto degli ammessi e degli esclusi relativo alla procedura *de qua* e all'avviso ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. n. 50/2016, alla stregua degli stessi motivi già dedotti avverso gli atti gravati con ricorso principale.

4. Si sono costituiti in resistenza l'ASL Na 2 Nord e la controinteressata Italy Emergenza Cooperativa Sociale, eccependo l'inammissibilità ed improcedibilità del ricorso, per essere stati impugnati atti non immediatamente lesivi, viepiù superati dalla determinazione del RUP di approvazione degli ammessi e degli esclusi.

Nel merito hanno comunque insistito per la reiezione dell'impugnativa, in quanto infondata in fatto e in diritto.

5. All'udienza pubblica del 22 gennaio 2019, la causa è stata trattenuta per la decisione.

6. Il Collegio deve preliminarmente scrutinare l'eccezione di inammissibilità del ricorso principale formulata dalla controinteressata, in quanto proposto avverso il verbale del Seggio di Gara dell'A.S.L. Napoli 2 Nord del 2 ottobre 2018, in tesi atto endoprocedimentale, soggetto alla successiva approvazione del RUP, privo di autonoma e immediata portata lesiva.

6.1 L'eccezione è fondata.

6.1.a Invero, la lesione del bene giuridico anelato dal concorrente escluso in sede di gara per mancanza dei requisiti partecipativi deve ritenersi posticipata all'adozione dell'atto conclusivo del segmento procedimentale indirizzato alla verifica del possesso dei requisiti dei candidati, con cui, a seguito dell'ulteriore

controllo del RUP sulla regolarità dell'operato svolto dalla Commissione di gara, viene definitivamente decretata l'estromissione dalla gara dei concorrenti risultati privi dei requisiti richiesti ed approvato l'elenco delle imprese ammesse a partecipare al confronto concorrenziale, assoggettato all'avviso di trasparenza di cui all'art. 29, comma 1, D.lgs. 50/2016.

6.1.b Tale soluzione è confortata dal ruolo del RUP, quale *dominus* della procedura di gara, cui l'art. 31, comma 3, del D.lgs 50/2016 assegna una competenza di natura residuale, nella quale rientra una generale funzione di coordinamento e controllo delle procedure di gara, nonché il compito di adottare le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate ed a formalizzare all'esterno gli atti della procedura (*cf.* Tar Veneto, Venezia, sez. I, 27 giugno 2018, n. 695); competenza che si estende peraltro anche all'adozione dei provvedimenti di esclusione delle partecipanti alla gara, secondo un orientamento che il Consiglio di Stato ha definito "pacifico" (*cf.* Cons. Stato, sez. III, 19 giugno 2017, n. 2983 e giurisprudenza ivi richiamata).

6.1.c Tali principi sono stati di recente ribaditi dal Cons. Stato, Comm. spec., 25 settembre 2017, n. 2040, che ha precisato che *"anche dopo l'intervento correttivo recato dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 resta confermata l'assoluta centralità del ruolo del RUP nell'ambito dell'intero ciclo dell'appalto, nonché le cruciali funzioni di garanzia, di trasparenza e di efficacia dell'azione amministrativa che ne ispirano la disciplina codicistica"*.

6.2 Nel caso di specie, dunque, la lesione lamentata da parte ricorrente deve ritenersi concretizzata solo con l'adozione della Determina n. 6677 del 2 novembre 2018, a mezzo della quale il RUP, avallando l'operato della Commissione di gara, ne ha disposto l'esclusione definitiva dalla procedura.

7. E' dunque possibile procedere all'esame del ricorso per motivi aggiunti, che andrà condotto secondo la tassonomia dei motivi indicati dalla parte ricorrente, principiando dall'esame delle censure articolate con i primi due motivi (di cui ai precedenti punti *sub* 3.1.a e 3.1.b), che per la sostanziale affinità possono essere trattati congiuntamente.

7.1 Le censure sono fondate.

7.1.a Il Collegio intende far richiamo ai pacifici principi giurisprudenziali in tema di ermeneutica contrattuale, desunti dagli artt. 1362 e ss. c.c., che consentono di giungere all'affermazione del possesso da parte della ricorrente dei requisiti di partecipazione economico-finanziari, sulla base del prestito regolarmente operato dall'ausiliaria.

7.1.b Ciò emerge chiaramente da una interpretazione di tipo sistematico delle clausole del contratto di avvalimento, condotta, da un punto di vista logico, alla stregua di un percorso circolare che impone all'interprete di non limitarsi al significato testuale delle parole utilizzate, ma di compiere ogni possibile sforzo per risalire alla volontà comune delle parti, valorizzando il comportamento tenuto dalle parti, nonché il senso complessivo delle clausole e delle pattuizioni inserite.

7.1.c Nel caso di specie, come già rilevato in fase cautelare, è emersa la volontà delle parti contrattuali di limitare senz'altro l'oggetto del prestito con connesse responsabilità alla quota parte di requisito necessaria per sopperire alle deficienze della società ausiliata in relazione al singolo lotto (5), in chiara funzione di integrazione dei soli requisiti mancanti; precisandosi, da un lato, l'intento dell'ausiliata di acquisire *“i requisiti o parte di essi di cui è carente facendo affidamento all'ausiliaria al fine di coprire quanto richiesto dai documenti di gara”* e, dall'altro, l'impegno dell'impresa ausiliaria di *“fornire all'impresa ausiliata tutti i requisiti di carattere tecnico, ma anche economico ed organizzativo previsti dal Bando di Gara indicato in premessa con riferimento particolare al fatturato specifico e agli elenchi dei servizi identici, mettendo a disposizione di questa tutte le risorse che saranno necessarie”*, viepiù con espressa limitazione della responsabilità solidale assunta dall'ausiliaria nei confronti della S.A. per l'esecuzione del contratto *“ai soli requisiti di cui è carente l'ausiliata ed indicati nel presente contratto”*.

7.2 Appare pertanto erronea, in quanto basata sul travisamento della reale volontà delle parti, come detto, invece, chiaramente evincibile dal contratto, la

decisione della Stazione appaltante di escludere la ricorrente dalla partecipazione alla gara.

7.2.a Del resto risulta difficilmente giustificabile la diversa opzione ermeneutica accolta dall'amministrazione, che giunge ad individuare l'oggetto del prestito dei requisiti nell'intero fatturato posseduto dall'ausiliaria EFDS (€ 984.000) per ciascun lotto, atteso che una tale sovrabbondanza di requisiti non era richiesta né comunque avrebbe comportato una qualche utilità ulteriore per l'ausiliata ai fini partecipativi, rivelandosi anzi dannosa proprio in ragione dell'evidenziata inammissibile sovrapposizione dei requisiti che, per quanto esposto, non è tuttavia obiettivamente riferibile alla volontà delle parti.

7.2.b Al contrario, sia dal tenore letterale che da una lettura sistematica delle clausole contrattuali è possibile scorgere la volontà delle parti di modulare il contenuto del contratto di avvalimento ed in particolare le obbligazioni assunte dall'ausiliaria in funzione delle richieste della S.A., attraverso il costante rinvio alla disciplina di gara.

E' chiaro, dunque, che la messa a disposizione in modo pieno ed incondizionato del requisito era funzionalmente connessa - e al contempo limitata - alla quota di fatturato oggetto di prestito per ciascun lotto.

7.2.c A tanto va anche soggiunto che la quota di fatturato imputabile al singolo lotto, sebbene non specificata nell'ammontare, era facilmente evincibile sulla base di una elementare operazione di calcolo, i cui termini erano evincibili *de relato*, attraverso il richiamo alla disciplina di gara, di modo che l'oggetto del prestito, se non determinato, era comunque determinabile ai sensi dell'art. 1346 c.c..

7.3 Alla luce delle superiori considerazioni, dunque, deve escludersi ogni adombrata sovrapposibilità con l'ulteriore e diverso contratto di avvalimento sottoscritto per il lotto n. 4, nulla impedendo all'ausiliaria EFDS di disporre con un ulteriore contratto di avvalimento di garanzia della ulteriore e residua quota di fatturato, non oggetto del precedente prestito e, dunque, ancora disponibile.

7.4 Del resto è incontestato che EFDS (ausiliaria) abbia fatturato triennale complessivo idoneo a garantire i requisiti di capacità economico-finanziaria in favore della Associazione Emergenza Amica per entrambi i lotti cui la stessa ha partecipato, essendo la somma dei requisiti oggetto di prestito pari ad € 759.000 (€ 545.400 + 213.600), cifra ampiamente inferiore al fatturato complessivo disponibile di EFDS pari ad €. 984.807,81.

8. Conclusivamente il ricorso principale va dichiarato inammissibile, mentre è accolto il ricorso per motivi aggiunti, con conseguente annullamento della determinazione dell'A.S.L. Napoli 2 Nord n. 6677 del 2 novembre 2018, di approvazione del prospetto degli ammessi e degli esclusi, relativo alla procedura aperta per l'affidamento del servizio triennale di trasporto infermi in emergenza 118 e l'avviso del 2 novembre 2018 ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. n. 50/2016, con assorbimento degli ulteriori motivi.

9. Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, tra le tante, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663; sez. I, 27 dicembre 2013 n. 28663).

Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

10. Le spese di lite in favore della parte ricorrente sono poste a carico dell'ASL Na 2 Nord e liquidate nell'importo indicato in dispositivo; spese compensate nei confronti della controinteressata Italy Emergenza Cooperativa Sociale, tenuto conto che la stessa non ha dato alcun apporto all'adozione dell'atto impugnato, ma si è limitata a resistere.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sede di Napoli, Sez. V, definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, così decide:

- dichiara inammissibile il ricorso principale;
- accoglie, nei sensi di cui in motivazione, il ricorso per motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla la determinazione dell'A.S.L. Napoli 2 Nord n. 6677 del 2 novembre 2018, di approvazione del prospetto degli ammessi e degli esclusi, relativo alla procedura aperta per l'affidamento del servizio triennale di trasporto infermi in emergenza 118 e l'avviso del 2 novembre 2018 ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. n. 50/2016, ammettendo la parte ricorrente al proseguo delle operazioni di gara.

Condanna l'ASL Na 2 Nord alla refusione, in favore della parte ricorrente, delle spese di lite, che liquida in €. 2.000,00 oltre accessori di legge e oltre rimborso del C.U.; compensa nei confronti della controinteressata Italy Emergenza Cooperativa Sociale.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 22 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Santino Scudeller, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere

Maria Grazia D'Alterio, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Maria Grazia D'Alterio

IL PRESIDENTE
Santino Scudeller

IL SEGRETARIO

