

TAR Sicilia, Sezione Terza, Sentenza n. 2137 del 6 giugno 2024

Appalti di servizi – Omessa indicazione CCNL nel bando – No clausola immediatamente escludente – No Illegittimità bando

Publicato il 06/06/2024

N. 02137/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00549/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 549 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), (...), (...), (...), (...), rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Regione (...), Assessorato (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di (...), domiciliataria ex lege in (...);

ASP di (...), ASP di (...), ASP di (...), ASP di (...), non costituiti in giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum (...)S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- di tutti gli atti e i provvedimenti inerenti alla gara telematica n. SP/30/2024 per l'affidamento del “servizio di ventiloterapia meccanica domiciliare” per le AA.SS.PP. del bacino orientale della Regione (...) indetta con deliberazione del Commissario straordinario dell'Azienda sanitaria provinciale di (...) n. 2836 del 2023 inclusi:

- deliberazione del Commissario straordinario dell'Azienda sanitaria provinciale di (...) n. 2836 del 20 dicembre 2023, avente ad oggetto “Indizione di accordo quadro di bacino attraverso procedura aperta sopra soglia ai sensi degli artt. 59 e 71 del d.lgs. n. 36 del 2023 per l'affidamento del “servizio di ventiloterapia meccanica domiciliare” per le AA.SS.PP. del Bacino Orientale della Regione (...) per la durata di 4 anni con eventuale possibilità rinnovo di altri due”;
- del bando di gara pubblicato sulla banca dati nazionale dei contratti pubblici ANAC in data 23 febbraio 2024;
- del disciplinare di gara;
- del capitolato tecnico;
- dell'elenco assistiti per profilo assistenziale;
- della domanda di partecipazione ed eventuale procura;
- della dichiarazione antimafia;
- del patto d'integrità;
- del protocollo di legalità;
- del modello offerta economica redatta dal concorrente;

- del disciplinare utilizzo piattaforma;
- del modulo informativa trattamento dati;
- di ogni ulteriore atto presupposto, connesso o conseguente.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti:

- dei chiarimenti prot. 0023335 del 25.3.2024 resi dalla stazione appaltante;
- dei chiarimenti prot. 0023337 del 25.3.2024 resi dalla stazione appaltante;
- dei chiarimenti prot. 0023865 del 26.3.2024 resi dalla stazione appaltante.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Provinciale di (...) e della Regione (...) e dell'Assessorato Regionale della Salute;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 maggio 2024 la dott.ssa Valeria Ventura e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con deliberazione dell'A.S.P. di (...) n. 2836 del 20.12.2023, in qualità di ente capofila, è stata indetta la gara a procedura aperta sopra soglia, ai sensi degli articoli 59 comma 4 lett. e) e 71 del D.Lgs. n. 36/2023, per l'affidamento, mediante accordo-quadro, del "servizio di ventiloterapia meccanica domiciliare" per le AA.SS.PP. del Bacino Orientale della Regione (...) per la durata di 4 anni, con eventuale possibilità di rinnovo per altri due, articolata in 5 lotti territoriali, per l'importo complessivo di € 102.117.848,72 nel quadriennio ed € 51.058.924,36 quale importo per l'opzione di rinnovo di ulteriori 24 mesi.

2. Avverso tale bando e la relativa documentazione di gara, ha proposto ricorso la società ricorrente deducendo l'illegittimità della procedura sotto molteplici profili, sia per la presenza di previsioni illegittime della *lex specialis*, che per la presenza di

clausole preclusive della possibilità di presentare un'offerta congrua e ponderata.

La ricorrente, in particolare, ha dedotto i seguenti motivi di ricorso che possono sintetizzarsi come segue:

I) Con il primo motivo lamenta, in estrema sintesi, la violazione dell'art. 41, comma 14 del D.Lgs. n. 36/2023, in quanto, trattandosi di un appalto di servizi, la stazione appaltante, per determinare l'importo posto a base di gara, avrebbe dovuto indicare nei documenti di gara i costi della manodopera, non soggetti a ribasso. Detta omessa indicazione consentirebbe agli operatori economici, nel formulare le offerte, di operare ribassi anche sui costi della manodopera in violazione di legge ed impedirebbe, comunque, ai concorrenti di elaborare una offerta ben ponderata.

Illegittima sarebbe anche la previsione contenuta nell'art. 5 del disciplinare di gara nella parte in cui dispone che i costi per i rischi da interferenza sono pari a zero euro, in quanto il servizio sarebbe svolto esclusivamente al domicilio degli assistiti. Ad avviso della ricorrente, invece, non è escluso – come si ricava proprio dalla previsione contenuta nel richiamato art. 5 – che il servizio di ventiloterapia, sebbene principalmente da svolgere presso il domicilio del paziente, possa comportare la consegna dei dispositivi anche presso le strutture ospedaliere con possibili costi di interferenza.

II) Con il secondo motivo si deduce la violazione dell'art. 11 D.Lgs. n.36/2023 atteso che, pur prevedendo la norma l'obbligo per le stazioni appaltanti di indicare il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato, negli atti di gara impugnati non risulta alcuna indicazione in tal senso.

III) Con il terzo motivo la ricorrente deduce il carattere escludente di numerose clausole contenute nel bando di gara, le quali inciderebbero in via diretta ed immediata sulla possibilità degli operatori economici di partecipare alla procedura o di valutare la convenienza e sostenibilità dell'offerta e, segnatamente: 1) la previsione di un illegittimo sistema di accreditamento dei contraenti privati, senza

lo svolgimento di alcuna forma di competizione fra gli stessi in violazione delle regole della concorrenza; 2) la scelta di un criterio di aggiudicazione e selezione dei fornitori basato sul ribasso medio percentuale, risultante dalla media aritmetica dei ribassi praticati per ogni singolo profilo assistenziale, da applicarsi al valore del fabbisogno quadriennale; 3) la previsione di un sistema che consente agli operatori rimasti fuori dalla graduatoria di riformulare l'offerta per farla rientrare nel range percentuale del 20% rispetto al ribasso praticato dalla prima in graduatoria, in violazione del principio di immodificabilità delle offerte; 4) la scelta del criterio di aggiudicazione del minor prezzo, incompatibile con il servizio sanitario non standardizzato di ventiloterapia; 5) la previsione della possibilità per il paziente – nei casi di prescrizione generica – di scegliere la tipologia prestazionale indipendentemente dalla graduatoria e la illogicità del criterio di rotazione mensile; 6) la possibilità di mantenere gli apparecchi già in uso agli assistiti alle condizioni indicate nel presente capitolato.

3. Con decreto monocratico n. 132/2024 del 28 marzo 2024, il Tribunale ha sospeso gli effetti dei provvedimenti impugnati; in ottemperanza a tale provvedimento l'ASP di (...) ha sospeso la gara dandone relativo avviso in data 3 aprile 2024.

4. Si è costituita in giudizio l'Amministrazione regionale la quale, in via preliminare, ha eccepito il difetto di legittimazione passiva della Regione (...) in quanto, come noto, priva di soggettività giuridica unitaria e, comunque, anche dell'Assessorato alla Salute poichè del tutto estraneo al rapporto controverso, essendo il ricorso volto all'impugnazione di atti assunti dalle Aziende Sanitarie Provinciali nell'ambito della loro autonomia gestionale per effetto del D.Lgs n. 502/1992 e ss.mm.ii. e della L.R. n. 5/2009.

5. Si è costituita in giudizio anche l'A.S.P. di (...) la quale ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione ed interesse, stante la natura non immediatamente escludente delle clausole del bando

contestate e, nel merito, ha chiesto il rigetto del ricorso in quanto infondato.

6. Con motivi aggiunti la società ricorrente ha agito per l'annullamento dei chiarimenti (prot. 0023335 e prot. 0023337 del 25.3.2024 e prot. 0023865 del 26.3.2024) resi dalla stazione appaltante denunciandone l'invalidità derivata per gli stessi vizi che affliggono gli atti di gara impugnati con il ricorso principale, nonché per le seguenti illegittimità proprie:

II -VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART.41 DEL CODICE APPALTI - ILLEGITTIMITÀ DEGLI ATTI DI GARA PER MANCATA INDICAZIONE DEI COSTI DI MANODOPERA – INDETERMINATEZZA – CONTRADDITTORIETÀ ED ILLOGICITÀ MANIFESTA – DIFETTO DI ISTRUTTORIA – ECCESSIVA ONEROSITÀ E INSOSTENIBILITÀ DELL'OFFERTA ECONOMICA E TECNICA - ECCESSO DI POTERE PER ERRORE – SVIAMENTO - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PAR CONDICIO E DELLA MASSIMA PARTECIPAZIONE ALLA PROCEDURA DI GARA.

III-VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 11 DEL D.LGS.36/2023–ECCESSO DI POTERE PER ERRORE –DIFETTO DI MOTIVAZIONE –SVIAMENTO -INDETERMINATEZZA –GENERICITÀ.

IV-VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT.108E 59DEL CODICE APPALTI –GENERICITÀ ED INDETERMINATEZZA –DIFETTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE -VIOLAZIONE DEL PRINCIPI DI PARTECIPAZIONE, CONCORRENZA, BUON ANDAMENTO, EFFICACIA ED EFFICIENZA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

7. Con atto di intervento *ad adiuvandum*, notificato e depositato il 7.5.2024, si è costituita la (...) S.r.l.

8. In vista dell'udienza di merito, le parti hanno scambiato memorie e repliche insistendo nelle rispettive difese.

9. Alla pubblica udienza del 29 maggio 2024, la causa è stata discussa e trattenuta per la decisione.

10. Preliminarmente, il Collegio dichiara fondata l'eccezione di difetto di legittimazione passiva sollevata dalla difesa erariale in ragione della provenienza dell'atto impugnato dall'Azienda Sanitaria Provinciale di (...) e dell'assenza di competenza dell'Amministrazione regionale nella vicenda per cui è causa, disponendone l'estromissione dal giudizio in quanto in esso impropriamente evocata.

11. Ciò premesso, il ricorso e i motivi aggiunti devono essere dichiarati inammissibili per difetto di interesse della parte ricorrente alla loro proposizione, Ed invero, con il ricorso in esame la società ricorrente contesta la formulazione di numerose previsioni del bando e degli atti di gara indicati in epigrafe, in quanto, a suo parere, complessivamente di ostacolo alla possibilità di partecipare alla gara o, comunque, di elaborare un'offerta ponderata e consapevole e, dunque, in sostanza riconducibili nel novero delle clausole immediatamente escludenti, secondo la nozione ricostruita dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 26 aprile 2018, n. 4.

Tali censure, tuttavia, come fondatamente eccepito dalla azienda sanitaria resistente, devono ritenersi inammissibili, dal momento che le illegittimità denunciate non presentano, ad avviso del Collegio, alcuna caratteristica che possa in qualche modo dimostrarne il carattere escludente, l'unico che, sulla base dell'interpretazione giurisprudenziale consolidatasi, può assumere rilievo nella fase attuale di svolgimento della gara.

Osserva il Collegio che con la richiamata decisione n. 4/2018, l'Adunanza Plenaria ha affermato che sono immediatamente impugnabili soltanto le clausole del bando preclusive della partecipazione o tali da impedire con certezza la stessa formulazione dell'offerta.

Queste ultime sono le uniche eccezioni alla regola della non immediata

impugnabilità del bando e, in quanto tali, sono di stretta interpretazione.

In riferimento alla clausola immediatamente escludente che si assuma consistere nella difficoltà/impossibilità di formulare un'offerta, in particolare, la casistica giurisprudenziale vi include anche le clausole che impongono oneri o termini procedurali o adempimenti propedeutici alla partecipazione di impossibile soddisfazione o del tutto spropositati (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2021, n. 7960; cfr. anche T.A.R. Lazio, Sez. III, 14 maggio 2022, n. 6039; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 19 giugno 2020, n. 1448).

La giurisprudenza ha, inoltre, precisato che per potersi definire “immediatamente escludente” (con quanto ne segue su oneri e modalità di impugnazione), *“la previsione della lex specialis deve porre con immediata e oggettiva evidenza, nei confronti di tutti indistintamente gli operatori economici, l’astratta impossibilità per un qualsiasi operatore “medio” di formulare un’offerta economicamente sostenibile (ossia astrattamente idonea a produrre – pur nella normale alea contrattuale – un utile derivante dall’esecuzione del contratto)”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18 marzo 2019, n. 1736).

Nel solco di tale orientamento, il C.G.A., con la sentenza 22 dicembre 2022, n. 1302, ha inoltre rilevato che *“più specificatamente vanno considerate “clausole immediatamente escludenti” solo quelle che con assoluta e oggettiva certezza incidono direttamente sull’interesse delle imprese in quanto precludono, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un’utile partecipazione alla gara a un operatore economico”*; con la conseguenza che *“l’operatore economico che intende far valere la valenza immediatamente escludente della clausola deve provare, in concreto, che l’impossibilità di partecipare alla gara è comune alla maggioranza delle imprese del settore di riferimento”*.

11.1. Orbene, in applicazione delle richiamate coordinate ermeneutiche, non pare decisiva la lamentata mancata specifica quantificazione dei costi della manodopera, che ad avviso del Collegio non preclude la possibilità di formulazione adeguata e consapevole delle offerte, dal momento che è sempre possibile accedere, a tal fine, alle tabelle ministeriali di cui all’art. 23 comma 16 del d.lgs.50/2016 (oggi art. 41

comma 13 d.lgs. 36/2023) e far ricorso ad esse per la determinazione dell'ammontare di tale voce (cfr. T.A.R. Catania, Sez. II, 4.5.2021, n.1443, 1444,1449 e T.A.R. Lazio Roma Sez. II ter, 23.07.2018, n. 8327). In proposito è stato precisato che *“mentre il rispetto delle norme a tutela dei livelli retributivi dei lavoratori costituisce per gli operatori economici un vincolo inderogabile, la determinazione tabellare del costo del lavoro costituisce per la stazione appaltante soltanto un indice valutativo del giudizio di adeguatezza economica”* (Cons. Stato Sez. VI, 20/10/2020, n. 6336).

Circa l'asserita mancata indicazione dei costi di interferenza, rileva il Collegio che nulla precludeva al concorrente di effettuare una propria valutazione dell'eventuale rischio, includendo una stima prudente dei relativi costi nella sua offerta, se ritenuto necessario.

11.2. Ad analoga conclusione deve pervenirsi in relazione alla censura sollevata con il secondo motivo di ricorso con il quale si deduce la violazione dell'art. 11 del D.Lgs. n.36/2023, attesa la mancata indicazione nella *lex specialis* del contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato.

Che detta omissione non sia preclusiva tout court della possibilità per gli operatori di formulare un'offerta adeguata si ricava, in primo luogo, dalla previsione contenuta nel comma 1 del citato art. 11 che con formulazione chiara prevede che *“Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quello il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente”*, nonché dal successivo comma 3 che, ispirato alla tutela della libertà di iniziativa economica, consente comunque agli operatori economici – anche nel caso di individuazione da parte della stazione appaltante di uno specifico CCNL – di indicare il differente contratto che essi applicano, a condizione che questo assicuri un certo standard di tutela.

Ne discende che la contestata omissione non preclude la formulazione di un'offerta demandando all'impresa partecipante la facoltà d'indicare un diverso contratto.

11.3. Ritiene, infine, il Collegio che non assumano portata escludente nemmeno le clausole del bando di gara censurate con il terzo motivo di ricorso, nessuna delle quali incide in via diretta ed immediata sulla possibilità degli operatori economici di partecipare alla procedura o di valutare la convenienza e sostenibilità dell'offerta e, segnatamente:

- la contestata previsione di un “sistema di accreditamento” dei contraenti privati, piuttosto che di una procedura effettivamente competitiva, benchè in tesi potenzialmente contraria a previsioni di legge od ai principi della concorrenza, non può tuttavia qualificarsi come preclusiva della partecipazione degli operatori economici interessati e pertanto deve ritenersi inidonea a produrre una lesione effettiva ed attuale in capo alla ricorrente;
- non può attribuirsi carattere immediatamente escludente nemmeno alla scelta del criterio di selezione dei fornitori basato sul ribasso medio percentuale, così come la scelta del criterio di aggiudicazione del minor prezzo, atteso che con la dianzi citata pronuncia della Plenaria n. 4 del 2018 è stato ribadito che deve restare escluso l'onere di immediata impugnazione delle prescrizioni della lex specialis di gara riguardanti il metodo della gara medesima, nonché il criterio di aggiudicazione e la valutazione dell'anomalia dell'offerta;
- anche la previsione di un sistema che consente agli operatori rimasti fuori dalla graduatoria di riformulare l'offerta per farla rientrare nel range percentuale del 20% rispetto al ribasso praticato dalla prima in graduatoria, benchè in astratto potenzialmente illegittima, non arreca tuttavia alcuna lesione attuale e concreta alla posizione giuridica della ricorrente, non precludendo alla stessa la possibilità di parteciparvi; ad analoghe conclusioni deve pervenirsi con riguardo alla previsione della possibilità per il paziente – nei casi di prescrizione generica – di scegliere la

tipologia prestazionale indipendentemente dalla graduatoria e con riguardo al contestato criterio di rotazione mensile; così come per la possibilità di mantenere gli apparecchi già in uso agli assistiti alle condizioni indicate nel capitolato.

12. L'inammissibilità del ricorso introduttivo travolge anche i motivi aggiunti, non potendosi configurare, per le ragioni dette, un interesse immediato del ricorrente alla contestazione degli atti di gara.

In conclusione, per quanto esposto, il ricorso introduttivo e quello per motivi aggiunti vanno dichiarati inammissibili, stante l'inesistenza ad oggi in capo a quest'ultima di un interesse giudizialmente azionabile.

13. Nelle peculiarità delle questioni trattate il Collegio ravvisa, tuttavia, in base al combinato disposto di cui agli articoli 26, comma 1, c. p. a. e 92, comma 2, c. p. c., eccezionali ragioni per l'integrale compensazione delle spese del grado di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso sul ricorso, come in epigrafe proposto, nonché sui motivi aggiunti, parimenti indicati in epigrafe, previa estromissione della Amministrazioni regionali intimate, li dichiara inammissibili.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 29 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Aurora Lento, Presidente

Daniele Profili, Primo Referendario

Valeria Ventura, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Valeria Ventura

IL PRESIDENTE

Aurora Lento

IL SEGRETARIO