

APPALTI: Gara - Esclusione - Disposta perché il raggruppamento orizzontale ha barrato ai fini della partecipazione la casella relativa alla forma verticale - Illegittimità - Principi di concorrenza e conservazione del negozio ex art. 1376 c.c.

Tar Puglia - Bari, Sez. II, 24 marzo 2022, n. 411

“[...] ciò che rileva è la circostanza che entrambe le componenti del raggruppamento ricorrente siano singolarmente in possesso dei requisiti di partecipazione, ritiene il Collegio che la diversità delle prestazioni idonea a escludere il carattere orizzontale del raggruppamento ricorre solo se ciascuno degli operatori possiede specializzazioni e competenze diverse da quelle richieste dal bando [...].

In presenza, pertanto, di dichiarazioni di natura negoziale in parte contrastanti con la volontà di concorrere in forma orizzontale (barratura della casella r.t.i. “verticale”) e in parte ambigue (indicazione di diverse prestazioni), ritiene il Collegio che, in applicazione del principio della massima concorrenza, la complessiva dichiarazione di gara della parte ricorrente vada interpretata in base al noto principio di ermeneutica negoziale della “conservazione del negozio” di cui all’art. 1376 c.c., ai sensi del quale, nel dubbio, il testo negoziale deve interpretarsi nel senso in cui possa avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbe alcuno [...].”

FATTO e DIRITTO

1. Nel presente giudizio è controversa la legittimità della determinazione dirigenziale n. 2460 del 9 marzo 2022 con la quale l’Azienda sanitaria resistente ha escluso la parte ricorrente dalla procedura aperta telematica per l’affidamento del servizio di gestione e manutenzione degli impianti centralizzati di rilevazione dei gas anestetici in continuo del servizio periodico di monitoraggio igienico – ambientale delle sale operatorie e delle sale critiche appartenenti alle strutture sanitarie dell’A.S.L. Bari, da aggiudicarsi secondo il criterio dell’offerta economica più vantaggiosa.

Alla gara hanno partecipato solo il raggruppamento temporaneo d’imprese ricorrente – segnatamente, Bromatos s.n.c. in qualità di mandataria e Air Liquide Sanità Service s.p.a. in qualità di mandante – e la controinteressata Revi s.r.l.

Nella seduta del 24 febbraio 2022, espletato l’approfondimento ritenuto opportuno nella precedente riunione del 22 febbraio di apertura dei plichi e verifica della completezza e regolarità della documentazione, la Commissione ha interpretato le dichiarazioni di gara rese della parte ricorrente alla stregua di manifestazioni della volontà di partecipare nella forma di RTI di tipo verticale.

Conseguentemente l’ha esclusa dalla procedura di gara in quanto la *lex specialis* non contiene l’individuazione di prestazioni principali e secondarie.

L'istanza di annullamento in autotutela è stata respinta con provvedimento n. 32153 del giorno 8 marzo 2022.

Avverso la predetta esclusione insorge la parte ricorrente deducendone l'illegittimità per violazione della normativa di settore, del principio di strumentalità delle forme e tassatività delle clausole di esclusione nonché per eccesso di potere sotto svariati aspetti.

Conclude per l'annullamento dell'atto gravato, previo accoglimento dell'istanza cautelare.

L'Azienda sanitaria e la controinteressata, costituitesi in giudizio, hanno eccepito l'infondatezza del gravame, invocandone la reiezione.

Previo avviso alle parti, la causa viene ritenuta per la definizione immediata del merito *ex art. 60 c.p.a.* alla camera di consiglio del 22 marzo 2022.

2. Il ricorso è suscettibile di favorevole apprezzamento.

2.1 Emerge *ex actis* che entrambe le ricorrenti soddisfano ciascuna in proprio il requisito d'idoneità di cui al punto 2.4 del disciplinare (iscrizione nel registro della CCIAA o delle commissioni provinciali per l'artigianato per attività coerenti con quelle oggetto della gara) e il requisito di capacità economico-finanziaria di cui al successivo punto 2.5 (servizi analoghi nell'ultimo triennio per un importo minimo pari a 500.000 euro IVA esclusa).

È accaduto che, nella domanda di partecipazione di partecipazione di cui all'allegato "I", entrambe le società hanno barrato la casella relativa alla forma verticale di raggruppamento temporaneo, pacificamente non ammessa dalla *lex* di gara.

Come diligentemente verificato dal seggio di gara, inoltre, "*hanno indicato puntualmente le diverse prestazioni di cui ognuno di loro si sarebbe fatto carico in caso di aggiudicazione dell'appalto*".

Nella dichiarazione resa ai sensi del d.P.R. n. 445/2000, infatti, si legge che "*ai sensi dell'art. 48, comma 4, del codice, le parti dell'appalto che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti sono le seguenti:*

Bromatos s.n.c. di Giuseppe Franzino & C.:

Rapporti con l'Ente – interfaccia principale con la stazione appaltante e responsabilità del servizio; Attività di campionamento e analisi, attività svolta sia in campo che in laboratorio (parte analitica);

Redazione dei rapporti di prova;

Messa disposizione del personale per l'esecuzione delle analisi/campionamenti;

Messa a disposizione del personale amministrativo /informatico;

Messa a disposizione del coordinatore delle attività.

Air Liquide Sanità Service s.p.a.:

*Messa a disposizione del portale di archiviazione rapporti di prova e archiviazione degli stessi;
Personale a supporto del coordinatore per le attività di interfacciamento con i referenti della ASL Bari”.*

2.2 Ciò posto in punto di fatto, è noto che la distinzione tra raggruppamenti verticali e orizzontali discende dalle concrete e specifiche attribuzioni delle singole associate, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale risalente a Cons. Stato, Ad. plen., 13 giugno 2012, n. 22, alla cui stregua la distinzione si basa sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione ad una determinata gara: l’A.T.I. orizzontale è caratterizzata dal fatto che le imprese associate (od associande) sono portatrici delle medesime competenze per l’esecuzione delle prestazioni costituenti oggetto del contratto, mentre l’A.T.I. verticale è connotata dalla circostanza che l’impresa mandataria apporta competenze incentrate sulla prestazione prevalente, diverse da quelle delle mandanti, le quali possono avere competenze differenziate anche tra di loro, sicché nell’A.T.I. di tipo verticale un’impresa, ordinariamente capace per la prestazione prevalente, si associa ad altre imprese provviste della capacità per le prestazioni secondarie scorporabili (in termini, Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3992 del 2021).

2.2.1 Nel caso di specie, i requisiti sono posseduti singolarmente sia della mandataria che dalla mandante.

Tuttavia, il raggruppamento ha barrato la casella relativa alla forma verticale.

A tali dati, già di per sé contrastanti, si accompagna la ripartizione di specifiche e diverse parti del servizio ai sensi dell’art. 48, comma 4, del codice dei contratti pubblici, come su riportato.

2.2.2 Premesso che ciò che rileva è la circostanza che entrambe le componenti del raggruppamento ricorrente siano singolarmente in possesso dei requisiti di partecipazione, ritiene il Collegio che la diversità delle prestazioni idonea a escludere il carattere orizzontale del raggruppamento ricorre solo se ciascuno degli operatori possiede specializzazioni e competenze diverse da quelle richieste dal bando (cfr. Consiglio di Stato, Sez V, n. 3993 del 2021 cit.).

In presenza, pertanto, di dichiarazioni di natura negoziale in parte contrastanti con la volontà di concorrere in forma orizzontale (barratura della casella r.t.i. “verticale”) e in parte ambigue (indicazione di diverse prestazioni), ritiene il Collegio che, in applicazione del principio della massima concorrenza, la complessiva dichiarazione di gara della parte ricorrente vada interpretata in base al noto principio di ermeneutica negoziale della “conservazione del negozio” di cui all’art. 1376 c.c., ai sensi del quale, nel dubbio, il testo negoziale deve interpretarsi nel senso in cui possa avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbe alcuno.

Nel caso di specie, è evidente che interpretare la complessiva dichiarazione di partecipazione alla gara nel senso indicato dalla Commissione di gara elidrebbe qualsivoglia effetto alla stessa, comportandone l'esclusione, ragion per cui ritiene il Collegio che sia fondata la censura di violazione del principio di massima partecipazione dedotta dalla parte ricorrente, il quale impone, a fronte di dichiarazioni ambigue, di privilegiare l'interpretazione che, a prescindere dal soccorso istruttorio, invocato ma correttamente non concesso perché inammissibile, favorisca la più ampia partecipazione.

Nel caso di specie, inoltre, nell'istanza di autotutela, respinta con provvedimento prot. n. 32153 del giorno 8 marzo 2022, anch'esso impugnato, la parte ricorrente ha anche rappresentato, fra l'altro, l'ipotesi d'interpretazione in bona partem, ma l'Amministrazione non ha ritenuto di poter superare un'interpretazione negoziale puramente nominalistica e letterale e, in definitiva, per tal ragione errata.

2.2.3 La Difesa dall'Azienda ha evidenziato che, nella dichiarazione, la mandataria ha testualmente assunto anche la "responsabilità del servizio".

Il rilievo, senz'altro pertinente, non vale tuttavia a sorreggere la disposta esclusione.

Non essendovi una parallela esclusione di responsabilità della mandante, la dichiarazione della mandataria, in sostanza, nulla aggiunge al regime di responsabilità solidale, che non può dirsi escluso in assenza di una sua testuale esclusione.

3. Il ricorso, in conclusione, è fondato e va accolto, con conseguente annullamento degli atti gravati.

La particolarità della vicenda giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite *inter partes*.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti gravati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Rita Tricarico, Presidente FF

Donatella Testini, Primo Referendario, Estensore

Lorenzo Ieva, Primo Referendario

IL SEGRETARIO