

**T.A.R. Lazio Latina Sez. I, Sent., (ud. 13-12-2018) 16-01-2019, n. 18**

**Fatto - Diritto P.Q.M.**

**AMMINISTRAZIONE PUBBLICA**

Contratti

**OPERE PUBBLICHE E SERVIZI (APPALTO DI)**

Servizi e forniture

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

sezione staccata di Latina (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 530 del 2018, proposto da

A. -S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Luigi Perrino, Mascia Fumini, con domicilio digitale come da PEC - Registri di Giustizia;

contro

Azienda - U.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Valleriani, con domicilio digitale come da PEC - Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della Lettera di Invito - Disciplinare 2 agosto 2018 (registro ufficiale U. 0025154) per la partecipazione alla "procedura negoziata per l'affidamento del Servizio di Gestione e Manutenzione preventiva e correttiva delle Apparecchiature Elettromedicali in patrimonio dell'Azienda A.L.; qualora ritenga limitata la partecipazione e/o l'esecuzione delle prestazioni di cui al Lotto 2 in conformità alla previsione di cui all'art. 3 del Capitolato Speciale d'Appalto".

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda U.L.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2018 il dott. Antonio Massimo Marra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

**Svolgimento del processo - Motivi della decisione**

Con "Lettera di invito-Disciplinare" del 2 agosto 2018, l'Azienda U.S. ha invitato A.I. - S.p.a. a partecipare alla procedura negoziata, ai sensi e per gli effetti dell'art. 63 del D.Lgs. n. 50 del 2016, mediante formulazione dell'offerta per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione preventiva (programmata), correttiva (su guasto), verifiche di sicurezza elettrica, fornitura dei pezzi di ricambio, assistenza collaudi, gestione informatizzata...in disponibilità dell'Azienda U.L..

Segnatamente, la società deducente lamenta l'illegittimità della previsione del Capitolato speciale di gara, là dove espressamente richiede, tra i requisiti per manifestare l'interesse alla procedura, che: ... tutte le attività di manutenzione preventive e correttive relative alle apparecchiature di altissima tecnologia dovranno essere effettuate da tecnici qualificati con almeno 5 anni di esperienza... la cui capacità tecnica deve essere certificata dall'azienda produttrice delle apparecchiature con formazione certificata per lo specifico modello di apparecchiature o dovranno essere effettuate dalle società produttrici.

Il ricorso è stato affidato ai seguenti motivi di diritto: 1) violazione dei principi di libera concorrenza, del favor participationis e di parità di trattamento - violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 del D.Lgs. n. 46 del 1997; violazione della Direttiva 93/42/CEE; violazione degli artt. 68 e 100 del D.Lgs. n. 50 del 2016, eccesso di potere per disparità di trattamento, ingiustizia manifesta contraddittorietà, difetto di motivazione; 2) violazione dell'art. 66 del codice, oltre al vizio di eccesso di potere; illogicità e contraddittorietà.

L'Azienda sanitaria locale di Latina si è costituita in giudizio, eccependo l'inammissibilità del ricorso per difetto d'interesse e richiedendone nel merito la reiezione.

Con memoria depositata in data 30.11.2018 parte ricorrente ha ulteriormente insistito nelle svolte conclusioni.

All'udienza del 13.12.2018, la causa è stata trattenuta a sentenza.

La presente vicenda concerne una procedura di gara indetta dalla Azienda U.S., per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali in disponibilità dell'Azienda U.L., da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, cui la società A. aveva manifestato interesse a partecipare, nonostante che il bando di gara avesse previsto la suestesa condizione, allegatamente escludente.

Anzitutto il Collegio deve farsi carico di esaminare l'eccezione d'inammissibilità del ricorso, sollevata dalla Azienda resistente, sul rilievo dell'asserita carenza d'interesse in capo alla deducente.

L'eccezione è formulata nella considerazione che allo stato la procedura negoziata non è giunta a formulare alcuna disposizione immediatamente lesiva dell'interesse della ditta, quale potrebbe essere un diniego di aggiudicazione fondato sulle regole di gara ovvero, sulla stessa base, l'esclusione.

Osserva in proposito il Collegio che, se è vero che la legittimazione al ricorso nel contenzioso in materia di gare pubbliche spetta ai concorrenti partecipanti alla gara che siano investiti da provvedimenti immediatamente lesivi delle situazioni protette, quali l'esclusione dalla procedura o l'aggiudicazione a ditta avversaria, è del pari vero che, per la medesima considerazione, non può non essere riconosciuta una legittimazione a ricorrere, anche svincolata dalla partecipazione alla procedura, al soggetto che manifesti l'intenzione di impugnare in via diretta una clausola del bando che sia immediatamente escludente.

Nel caso di specie, come esposto in narrativa, la società A. col manifestare l'interesse alla procedura di gara deve ritenersi certamente legittimata al ricorso, tenuto conto che contrastando, in via immediata, il bando di gara - in relazione alla clausola escludente contestata - evidenzia ulteriormente tale logica giustificazione strettamente correlata, come ha avuto modo di chiarire la giurisprudenza,...all'onere di sollecitare impugnazione dell'atto lesivo senza la necessità di attendere l'esito della selezione (T.A.R. , Bologna , sez. II , 20/03/2018 , n. 260).

In merito all'immediata (o meno) portata escludente della disposizione della legge di gara impugnata, il Collegio è dell'avviso che la stessa debba ritenersi immediatamente escludente, tenuto conto che per "clausola immediatamente escludente" deve intendersi, come ha avuto modo di precisare la giurisprudenza, quella clausola che con assoluta certezza precluda all'operatore l'utile partecipazione alla gara.

Del resto, che la contestata clausola vada fatta rientrare nel genus delle clausole immediatamente escludenti è confermata dallo stesso riscontro, fornito dalla stazione appaltante, al quesito n. 8 avanzato da A., là dove si evince la venuta meno della clausola stessa dal complessivo ambito della lex specialis.

A tale riscontro non è, tuttavia, seguita l'effettiva espunzione, da parte della stazione appaltante, della contestata clausola, ingenerandosi un dubbio, per vero ragionevole, sulla sua vigenza, tanto che la medesima ricorrente ha affermato di avere presentato il ricorso in un'ottica cautelativa.

Alla stregua di dette coordinate ermeneutiche la suesposta eccezione deve essere, dunque, respinta.

Nel merito, l'oggetto della controversia riguarda, come riferito in narrativa, la legittimità o meno della previsione - con riferimento al Lotto 2 - relativa al possesso, da parte delle concorrenti, del requisito di cui all'art. 3 del Capitolato Speciale d'Appalto.

Oggetto del contendere è, in particolare, la richiamata previsione del bando, secondo cui: "Tutte le attività di manutenzione preventive e correttive relative alle apparecchiature di altissima tecnologia dovranno essere effettuate da tecnici qualificati con almeno 5 anni di esperienza... la cui capacità tecnica deve essere certificata dall'azienda produttrice delle apparecchiature con formazione certificata per lo specifico modello di apparecchiature o dovranno essere effettuate dalle società produttrici".

Il ricorso è fondato e va accolto.

La disposizione che impone alle imprese partecipanti alla gara per un appalto di fornitura di apparecchiature elettromedicinali di affidare le attività di manutenzione esclusivamente alle case produttrici degli apparecchi o a tecnici che abbiano requisiti di esperienza dalle stesse certificati appare contraria alla logica e al principio di libertà della concorrenza, la quale si estrinseca anche nella libertà dei concorrenti di formulare un'offerta congrua e adeguata alle leggi di mercato scevra da vincoli che la riconducano a un ingiustificato onere di coinvolgere nell'esecuzione dell'appalto soggetti estranei all'impresa offerente.

Tanto più quando, come in fattispecie, l'impresa partecipante alla gara è in condizione di offrire un elevato standard di qualificazione tecnica del personale impiegato, comprovato dai relativi titoli professionali e dall'esperienza maturata nel settore.

Sicché, essendo già garantito dall'impresa offerente un livello elevato di qualificazione professionale, rimettere ad un'autorizzazione rilasciata dalla ditta produttrice l'esecuzione delle prestazioni frustrerebbe il principio di libera concorrenza articolato nella libertà di formulazione dell'offerta tecnica.

Alla stregua di tali considerazioni il ricorso deve essere dunque accolto, potendo restare assorbiti gli ulteriori profili di censura non espressamente esaminati.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di lite.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla la disposizione impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Latina nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Antonio Massimo Marra, Consigliere, Estensore

Valerio Torano, Referendario

---