

Publicato il 18/05/2022

N. 00711/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00013/2022 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 Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 13 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da -OMISSIS-s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Arturo Testa, con domiciliazioni digitali come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

l'Azienda Sanitaria Locale di Foggia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Raffaele Daloiso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-s.r.l., -OMISSIS-s.r.l., -OMISSIS- s.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Ilde Follieri, Francesco Follieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fabrizio Lofoco in Bari alla via P. Fiore n. 14;

-OMISSIS- s.p.a., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- dei verbali di gara del 17.11.2021, della ASL di Foggia trasmessi con nota prot.-OMISSIS-l-OMISSIS-l-OMISSIS-l-OMISSIS-l-OMISSIS-del 18.11.2021, nella parte in cui il -OMISSIS-ha “dichiarato” una asserita sopravvenuta non aggiudicabilità del Lotto 1 della Procedura aperta per l'affidamento del servizio di vigilanza armata, dei servizi fiduciari, del trasporto valori e di ronda da espletarsi presso le strutture dell'ASL di Foggia (CIG -OMISSIS-), già aggiudicato alla ricorrente;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso.

Sui motivi aggiunti presentati da -OMISSIS-s.r.l. il 21.3.2022

- della deliberazione del Direttore Generale della ASL di Foggia - OMISSIS-del 3.2.2022 con cui l'Azienda sanitaria, con riferimento al Lotto n. 1 (CIG -OMISSIS-) della procedura aperta per l'affidamento del servizio di vigilanza armata, dei servizi fiduciari, del trasporto valori e di ronda da espletarsi presso le proprie strutture, approvate le relative proposte da parte del RUP, ha deliberato l'annullamento dell'aggiudicazione disposta con Deliberazione -OMISSIS-del 30.09.2021 in favore dell'odierna ricorrente, aggiudicando ex novo il lotto controverso in favore del concorrente che seguiva in graduatoria;

- del verbale di seduta riservata del 15.12.2021, nonché dei verbali di gara del 17.11.2021, trasmessi con nota prot.-OMISSIS-l-OMISSIS-l-OMISSIS-l-OMISSIS-l-OMISSIS-del 18.11.2021, nella parte in cui il -OMISSIS-ha “dichiarato” una asserita sopravvenuta non aggiudicabilità del menzionato lotto 1, già aggiudicato alla ricorrente;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso nonché per la declaratoria di nullità, invalidità e inefficacia del contratto se stipulato e per il conseguimento dell'aggiudicazione in capo alla ricorrente con suo subentro.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di -OMISSIS-s.r.l. e di -OMISSIS-s.r.l. e di -OMISSIS- s.r.l. e dell'Azienda Sanitaria Locale di Foggia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 aprile 2022 il dott. Lorenzo Ieva e uditi per le parti l'avv. Gianluigi Pellegrino, per la società ricorrente-OMISSIS-, l'avv. Raffaele Daloso, per l'azienda sanitaria resistente, e l'avv. Ilde Follieri, per le società controinteressate-OMISSIS-, -OMISSIS-e -OMISSIS-;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- L'ASL di Foggia indiceva una procedura di evidenza pubblica per l'affidamento, per la durata di n. 24 mesi, del servizio di vigilanza armata, servizi fiduciari, trasporto valori e ronda, suddiviso in n. 12 lotti, da espletarsi presso le proprie strutture sul territorio di competenza, da aggiudicarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Trattandosi di servizio da svolgersi presso più plessi distribuiti in zone territorialmente anche distanti, la gara era stata suddivisa in 12 lotti territoriali, ciascuno riferito ad uno specifico ambito territoriale comunale di esecuzione del servizio, oltre al lotto 13 concernente la scorta valori.

Specifico clausola del disciplinare (art. 3) prevedeva la possibilità di aggiudicare fino ad un massimo di n. 3 lotti ad uno stesso concorrente partecipante.

2.- Con *ricorso principale* la società ricorrente impugna un atto endo-procedimentale costituente la verifica effettuata dal R.U.P. sul riscontrato "collegamento societario" sussistente tra -OMISSIS- s.p.a. e -OMISSIS-s.r.l., trattandosi in realtà di un unico "centro d'interessi", tal da precludere l'assegnazione di un numero superiore a n. 3 lotti.

3.- Con successivi *motivi aggiunti*, che replicavano, secondo un diverso ordine, analoghi motivi di censura, veniva indi gravata la seguente deliberazione -OMISSIS-del 3 febbraio 2022, la quale, in applicazione di un siffatto vincolo della *lex specialis* di gara, ha poi annullato l'aggiudicazione dei lotti già affidati alla -OMISSIS-s.r.l. (lotti 1, 7 e 8), quale prima classificata.

Il proposto gravame veniva affidato alla proposizione dei seguenti motivi di censura:

I) violazione e falsa applicazione dell'art. 51, co. 3, d.lgs. n. 50 del 2016, nonché dei principi di libertà di iniziativa economica e concorrenza, violazione e falsa applicazione della *lex specialis*, eccesso di potere per carenza dei presupposti in fatto e in diritto, manifesto difetto di istruttoria, illogicità e irragionevolezza manifeste.

II) violazione di legge, violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 7 e 10 legge n. 241 del 1990, eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria; irragionevolezza.

4.- Si costituivano l'intimata A.S.L. di Foggia e la società controinteressata.

5.- A seguito di rinvio, scambiati ulteriori documenti, memorie e repliche, dopo ampia discussione, la causa veniva trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 28.4.2022.

6.- Il ricorso principale è inammissibile; i motivi aggiunti sono infondati.

Invero, il ricorso introduttivo ha gravato pacificamente un atto infra-procedimentale (la comunicazione del R.U.P. di verifica del denunciato "collegamento societario"), che però solo preannunciava la successiva deliberazione dell'amministrazione, proprio in considerazione dell'accertato collegamento societario sussistente tra -OMISSIS- s.p.a. e -OMISSIS-s.r.l.

Un tal atto è in se stesso privo di efficacia immediatamente lesiva e indi il gravame, in tale misura, si appalesa inammissibile.

Con riferimento invece ai motivi aggiunti, che comunque ripropongono temi di gravame, già esposti nel ricorso, ne va evidenziata l'inconsistenza, avendo la stazione appaltante applicato correttamente la *lex specialis* di gara in ordine al vincolo dell'aggiudicazione di un numero massimo di n. 3 lotti.

Tal misura espulsiva appare finanche *mitior* rispetto all'esclusione in predicabile applicazione delle conseguenze previste dall'art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016 e si giustifica in considerazione della ripartizione della gara in lotti e della previsione del vincolo del numero massimo di lotti aggiudicabile.

In questo caso l'offerta imputabile a un unico "centro decisionale" deve essere considerata unica, in quanto imputabile ad un solo offerente "sostanziale", a nulla valendo lo schermo solo "formale" della diversa veste societaria.

Risultava, quindi, doverosa l'esclusione dal lotto della gara, non già ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. *m*), del d.lgs. n. 50 del 2016, bensì in relazione all'ambito operativo del vincolo di aggiudicazione, alla luce della clausola contenuta nel disciplinare di gara.

Invero, la società ricorrente ha insistito nel senso di considerare il vincolo di aggiudicazione a massimo n. 3 imprese, come applicabile solo ed esclusivamente al singolo concorrente e giammai anche a concorrenti diversi in situazione di collegamento societario, come accaduto nel caso di specie e presupposto nella deliberazione oggetto di gravame.

Secondo la prospettazione della ricorrente, l'art. 51, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, sebbene riconosca alle stazioni appaltanti la facoltà di "*limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente*", espressamente riserverebbe una simile possibilità all'ipotesi in cui uno stesso operatore economico, partecipando ad una pluralità di lotti, oltre al limite prefissato, risulti primo per un numero superiore a quello massimo aggiudicabile secondo la *lex specialis* di gara; mentre, nella fattispecie

concreta ciò non sarebbe accaduto, in quando -OMISSIS- s.p.a. e -OMISSIS-s.r.l. sono due distinti soggetti giuridici.

Tuttavia, ritiene il Collegio che la stazione appaltante, in una logica di tutela sostanziale della concorrenza e di applicazione della regola conformemente alla ratio ivi sottesa, abbia fatto corretta applicazione delle regole di gara, uniformando altresì la propria attività ai dettami della giurisprudenza più recente e condivisibile.

Difatti sia -OMISSIS- s.p.a. sia -OMISSIS-s.r.l. fanno capo alla comune società controllante -OMISSIS-s.p.a. (socio unico per la -OMISSIS- e socio maggioritario per la-OMISSIS-), tal da evidenziare un collegamento societario alla stregua dell'art. 2359 cod. civ.. Inoltre taluni soggetti che rivestono cariche in organi rappresentativi delle società coinvolte risultano essere le stesse. Ancora, le offerte tecniche formulate dalle due società presentano le medesime caratteristiche redazionali e inoltre non sono dissimili sotto il profilo contenutistico. Infine, anche le polizze rilasciate a titolo di garanzia provvisoria per la partecipazione alla procedura di gara sono state emesse, per entrambe le società, dalla stessa agenzia assicurativa.

Indi, in corretta applicazione di tale clausola, il RUP di gara, a monte, e il Direttore generale della A.S.L., che ne ha condiviso pienamente l'operato, a valle, hanno tenuto conto del condivisibile recente orientamento giurisprudenziale, di cui alla sentenza del Cons. St., sez. V, 27 settembre 2021 n. 6481, secondo il quale, nel caso in cui nel bando di gara sia limitato il numero dei lotti aggiudicabili ad un solo offerente (art. 51, comma 3, del codice), l'offerta imputabile ad un unico "centro decisionale" debba essere parimenti considerata unica, in quanto imputabile ad un solo offerente sostanziale.

Di conseguenza, l'A.S.L. di Foggia ha legittimamente ritenuto che, in capo al suddetto unico "offerente sostanziale", possa trovare applicazione il vincolo di aggiudicazione prescritto dall'art. 3 del disciplinare di gara, per

cui a fronte dell'aggiudicazione di potenziali sei lotti riferiti alle due Società- -OMISSIS- e-OMISSIS-- ne sono stati assegnati tre, individuati sulla base del criterio della rilevanza economica, quindi i lotti n. 2-3-5, aggiudicati a -OMISSIS- s.p.a. Da ciò deriva che correttamente essa ha dichiarato la sopravvenuta non aggiudicabilità dei lotti nn. 1-7-8 all'impresa -OMISSIS-s.r.l., in applicazione della sopra citata clausola della *lex specialis*, essendo stato raggiunto il numero massimo di lotti aggiudicabili al "centro d'interessi" rappresentato da -OMISSIS- s.p.a.-- OMISSIS-s.r.l.

Infine, va rilevato che non sussiste alcun vizio partecipativo al procedimento.

L'azienda sanitaria ha comunicato per tempo e anche in un'ottica di trasparenza l'intendimento di applicare la clausola ed ha correttamente effettuato tutte le verifiche del caso, consentendo il dialogo con i soggetti interessati nei limiti della necessità di procedere alla definizione degli appalti con celerità.

7.- In conclusione, per le motivazioni sopra esposte, il ricorso principale risulta inammissibile, mentre i motivi aggiunti vanno respinti.

8.- Le spese seguono il principio della soccombenza e sono liquidate come in dispositivo. Il contributo unificato va rifiuto, in applicazione dell'art. 13, comma 6-bis.1, del d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (sezione seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto: dichiara inammissibile il gravame introduttivo e respinge i motivi aggiunti.

Condanna la ricorrente alla refusione delle spese del giudizio, che liquida in €. 1.000,00, oltre accessori di legge, in favore della parte resistente e in € 1.000,00, oltre accessori di legge, in favore della parte controinteressata.

C.U. rifiuto.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2022 con
l'intervento dei magistrati:

Rita Tricarico, Presidente FF

Alfredo Giuseppe Allegretta, Consigliere

Lorenzo Ieva, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Lorenzo Ieva

IL PRESIDENTE

Rita Tricarico

IL SEGRETARIO