

Prevalenza del rito ordinario sul nuovo rito “superaccelerato” e inderogabilità del criterio relativo al miglior rapporto qualità/prezzo nei servizi di natura intellettuale

di Domenico Gentile

Data di pubblicazione: 13-12-2016

"Un requisito soggettivo introdotto dalla lex specialis può essere certamente dimostrato mediante l'avvalimento di una Società terza, ma ben può essere raggiunto dall'aspirante aggiudicatario in proprio, senza che sia configurabile un mutamento della domanda di partecipazione né un'inammissibile contraddizione con quanto dichiarato nell'istanza, dal momento che l'impresa ausiliaria era chiamata a supplire la carenza di un requisito che si è poi oggettivamente accertato presso l'ausiliata. L'avvalimento si configura come un quid pluris rispetto alla capacità tecnica dell'impresa che ritiene di farvi ricorso, che perde rilevanza qualora la stessa dimostri autonomamente di vantare il bagaglio tecnico-professionale prescritto dalla lex specialis, senza che siano alterate le modalità di partecipazione alla gara non determinandosi la creazione di una nuova compagine, come avverrebbe con la modificazione di un'ATI o di un Consorzio" (T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 22 marzo 2016, n. 434).

"La stazione appaltante ha illegittimamente optato per l'aggiudicazione al prezzo più basso, in violazione della regola desumibile dal combinato disposto dei commi III e IV dell'art. 95 del Codice".

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

sentenza

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 509 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Giuseppe Gentile, rappresentato e difeso dagli avv.ti Adriano Cavina e Marco Gentile, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Bottari - Gentile in Reggio Calabria, via dei Bianchi n. 3;

contro

Azienda Trasporti per l'Area Metropolitana s.p.a. (ATAM s.p.a.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Francesca Idone, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Reggio Calabria, via Paolo Pellicano n. 19;

nei confronti di

Gima Service s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Santi Delia, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giorgio Vizzari in Reggio Calabria, via Don Minzoni n. 14;

per l'annullamento

- *quanto al ricorso principale:*

1) del bando di gara pubblicato sulla G.U.R.I. del 27 maggio 2016 per l'affidamento del servizio di sorveglianza sanitaria, per il periodo di dodici mesi dalla data di sottoscrizione del contratto, ai sensi del d. lgs. n. 81/08 e s.m.i.;

2) ove occorra, del capitolato speciale d'appalto e dello schema di contratto;

3) di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, compresa la delibera di indizione della gara, l'elaborazione e l'approvazione dei relativi atti, sconosciuti negli estremi e nel contenuto;

- *quanto al ricorso per motivi aggiunti:*

- 4) dell'avviso di integrazione del bando di gara per l'affidamento del servizio di sorveglianza sanitaria, ai sensi del d.lgs. 81/08 e s.m.i. nei confronti dei dipendenti ATAM, pubblicato sul profilo del committente il 12 luglio 2016;

5) del provvedimento di non ammissione del dott. Gentile alla gara, conosciuto tramite avviso pubblicato sul sito dell'ATAM e comunicazione via pec del 9 settembre 2016;

6) di tutti i verbali e in particolare dei verbali n. 5 e n. 6, nella parte in cui la commissione ha deciso l'esclusione del dott. Gentile dalla gara per avere lo stesso fatto "ricorso all'istituto dell'avvalimento, che ai sensi dell'art. 5.6 del bando risulta non ammissibile";

7) del provvedimento di ammissione alla successiva fase di apertura delle buste economiche dell'impresa Gima Service s.r.l., risultata unica ammessa, come da avviso pubblicato sul sito dell'ATAM il 9 settembre 2016;

8) di tutti i verbali di gara e, in particolare, dei verbali di gara n. 5 e n. 6, nella parte in cui la commissione ha deciso l'ammissione della Gima Services s.r.l.;

9) delle note dell'ATAM dell'11 agosto 2016, prot. n. 7511 e 7412, con le quali l'Amministratore Unico della stazione appaltante e il Responsabile del procedimento hanno disposto la prosecuzione della procedura, respingendo la proposta della commissione di annullamento della gara e rifacimento della stessa con la raccomandazione di una più puntuale predisposizione del Bando e del Capitolato;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ATAM s.p.a. e della Gima Service s.r.l.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2016 la dott. Donatella Testini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato sulla G.U.R.I. n. 60 del 27 maggio 2016, l'ATAM s.p.a. ha indetto una procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del D. Lgs. n. 50/16, per l'affidamento del servizio di sorveglianza sanitaria di cui al D. Lgs. n. 81/08 (*“Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro”*), per la durata di un anno, prorogabile, e per l'importo complessivo di euro 58.522,10 oltre I.V.A. (sotto la soglia di rilevanza comunitaria).

L'art. 4.2. della *lex specialis* ha stabilito, quale criterio di aggiudicazione della gara, quello del minor prezzo, ai sensi dell'art. 95 del D. Lgs. n. 50/16.

Il servizio ha ad oggetto tutte le prestazioni correlate agli adempimenti previsti dal D. Lgs. n. 81/08 in materia di sicurezza e salute dei lavoratori sul luogo di lavoro, con riferimento alla sorveglianza sanitaria ed all'attività di medico competente nei confronti dei dipendenti dell'ATAM, nello specifico dettagliate all'art. 4 del capitolato speciale allegato al bando.

In data 12 settembre 2016, la stazione appaltante ha pubblicato un avviso “di rettifica ed integrazione del bando di gara”, in relazione ai punti 3.5., 4.2. e 5.6.

Il ricorrente, attuale affidatario del servizio, ha presentato domanda di partecipazione alla gara in data 12 luglio 2016, ricorrendo all'istituto dell'avvalimento al fine di integrare il requisito economico – finanziario relativo al fatturato globale (all. n. 10 del deposito documentale del ricorrente del 23 settembre 2016).

In data 9 settembre 2016, è stato pubblicato sul sito aziendale dell'ATAM l'elenco delle ditte ammesse e non ammesse con le relative motivazioni, ai sensi e per gli effetti dell'art. 29 del

D. Lgs. n. 50/16.

L'unica ditta ammessa è risultata l'odierna controinteressata Gima Services s.r.l., che ha offerto un ribasso del 50% sulla base d'asta.

La stazione appaltante ha, pertanto, aperto il procedimento di verifica ai sensi dell'art. 97 del D. Lgs. n. 50/16, conclusosi, per allegazione concorde delle parti, con un giudizio di congruità dell'offerta.

2. Con il ricorso introduttivo il dott. Gentile, prima di presentare la domanda di partecipazione alla gara, ha impugnato il bando, deducendone l'illegittimità per i seguenti motivi:

- Violazione dell'art. 95, III e V comma, del d.lgs. n. 50 del 2016. Violazione del considerando n. 89 e dell'art. 67 della Direttiva 2014/24/UE nonché del considerando n. 95 e dell'art. 82 della Direttiva 2014/25/UE. Violazione e falsa applicazione della legge n. 11 del 2016. Eccesso di potere per erronea presupposizione, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento, irragionevolezza manifesta.

Il bando avrebbe illegittimamente adottato il criterio di aggiudicazione del minor prezzo, per un servizio da qualificarsi "ad alta intensità di manodopera" nonché "di natura tecnica ed intellettuale di importo superiore a 40.000 euro" per il quale, invece, l'art. 95, III comma, del D. Lgs. n. 50/16 impone l'adozione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo.

Anche a voler ammettere la possibilità di adottare il criterio del minor prezzo, il bando non ha comunque motivato sul punto, così violando l'obbligo imposto dall'art. 95, V comma, del nuovo Codice degli appalti.

- Violazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016; violazione dell'art. 54 della Direttiva; dell'art. 63 della Direttiva 2014/24/UE e art. 79 della Direttiva 2014/25/UE; violazione e falsa applicazione degli artt. 4 e 30 del d.lgs. 50 del 2016; violazione degli artt. 41 e 97 della Costituzione e dei principi di buon andamento e massima partecipazione alle pubbliche gare; eccesso di potere per difetto di motivazione, sproporzionalità, manifesta irragionevolezza, ingiustizia manifesta.

Il punto 5.6. del bando ha previsto, sia per il requisito di capacità economica (fatturato globale, realizzato complessivamente nell'ultimo anno, non inferiore all'importo posto a base di gara pari ad euro 58.522,10) che per il requisito di capacità tecnica (esecuzione, nel triennio precedente alla pubblicazione, di almeno un servizio nel settore oggetto di gara, per un importo complessivo non inferiore alla metà dell'importo posto a base di gara), un generalizzato ed illegittimo divieto di avvalimento, in aperto contrasto con l'art. 89 del nuovo Codice degli appalti.

Tale norma, infatti, applicabile sia ai settori ordinari che a quelli speciali, dispone che il concorrente può sempre avvalersi della capacità posseduta da altri soggetti al fine di dimostrare il possesso dei requisiti di carattere economico finanziario e tecnico - organizzativo; con l'unico limite (previsto dal primo comma) per cui, ove oggetto

dell'avvalimento siano i titoli di studio e professionali o le esperienze professionali pertinenti, il soggetto ausiliario che mette a disposizione detti requisiti deve, poi, eseguirli in proprio.

Né, prosegue il ricorrente, potrebbe sostenersi la legittimità del generalizzato divieto d'avvalimento in ragione del fatto che il servizio oggetto d'affidamento sarebbe riconducibile a quelli cui si applicano alcune deroghe alla disciplina del nuovo Codice e, in particolare, a quelli elencati nell'Allegato IX.

Anche sotto la vigenza dell'abrogato Codice, per i servizi di cui all'allegato II-B del D. Lgs. n. 163/06 la giurisprudenza non aveva mancato di affermare che l'istituto dell'avvalimento ha una portata generale e trova applicazione anche ai servizi esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione della disciplina di derivazione comunitaria (oggi, il riferimento deve intendersi ai servizi di cui all'Allegato IX del D. Lgs. n. 50/16).

- Violazione dell'art. 83, V comma 5 del d.lgs. 50 del 2016; violazione dell'art. 58 della Direttiva 2014/24/UE; violazione degli artt. 41 e 97 della Costituzione e dei principi di buon andamento e massima partecipazione alle pubbliche gare; eccesso di potere per difetto di motivazione, sproporzionalità, manifesta irragionevolezza, ingiustizia manifesta.

La *lex specialis* di gara è illegittima per non aver motivato in merito all'introduzione di un limite all'accesso connesso al fatturato, in violazione dell'art. 83, V comma, del nuovo Codice, ai sensi del quale *"la stazione appaltante, ove richieda un fatturato minimo annuo, ne indica le ragioni nei documenti di gara"*.

3. Con ricorso per motivi aggiunti, tempestivamente proposto ai sensi dell'art. 120, comma 2 *bis*, del c.p.a., il ricorrente, ha impugnato il provvedimento pubblicato in data 9 settembre 2016, ai sensi e per gli effetti dell'art. 29, I comma, del nuovo Codice, nella parte in cui ha determinato la sua esclusione dalla gara e l'ammissione della controinteressata Gima Services s.r.l.

3.1. Il ricorrente è stato escluso dalla gara, per aver comprovato il requisito economico-finanziario relativo al fatturato globale facendo ricorso all'avvalimento, *"istituto non consentito dall'art. 5.6 del bando per l'attestazione dei requisiti di partecipazione"* (in tale senso, si legga il provvedimento di esclusione, all. n. 5 del deposito documentale del 23 settembre 2016).

Nell'insorgere avverso il predetto atto, il ricorrente ne deduce l'illegittimità non solo per i vizi mutuati dal già gravato bando (laddove vieta il ricorso all'avvalimento), ma anche per vizi propri.

Afferma che, dalla dichiarazione sui requisiti di partecipazione versata agli atti di gara, risulta che il fatturato specifico dichiarato per l'esecuzione di servizi analoghi, peraltro presso la stessa ATAM, era pari, alla data di pubblicazione del bando, ad euro 60.705,90, risultando in tal guisa comprovato anche il possesso del requisito relativo al fatturato globale, senza necessità di integrazione mediante avvalimento.

A fronte di una dichiarazione che evidenziava la carenza del requisito relativo al fatturato globale – e, conseguentemente, esprimeva la volontà del concorrente di far ricorso all'istituto dell'avvalimento – apertamente contraddetta dalla documentazione in possesso dalla stazione appaltante, segnatamente dalle fatture emesse nei confronti dell'ATAM nell'esercizio 2015 e dalla dichiarazione sul fatturato specifico maturato con la stessa ATAM nel corso del 2015, la commissione avrebbe dovuto procedere alla richiesta di chiarimenti ai sensi dell'art. 83, IX comma, del nuovo Codice, trattandosi al più di carenza meramente formale.

3.2. Quanto all'ammissione della controinteressata, il ricorrente ne deduce l'illegittimità per violazione e falsa applicazione dell'art. 3.5.b del bando di gara ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti.

Sostiene che la Gima Services non avrebbe il requisito di capacità tecnica (almeno un servizio "nel settore oggetto di gara" di euro 29.261,05 nell'ultimo triennio), avendo dichiarato di aver svolto attività di sorveglianza sanitaria per l'Agenzia delle Entrate.

Nel caso di specie, invece, l'affidamento riguarda la sorveglianza in favore dei conducenti di autobus. Il settore di interesse sarebbe perciò del tutto diverso, in quanto relativo al comparto dei trasporti.

3.3. Il ricorrente, infine, deduce l'illegittimità di tutti gli atti di gara per violazione dei principi di trasparenza e pubblicità, per la mancata comunicazione della fissazione della seduta del 27 luglio 2016 per l'apertura dei plichi, alla quale era presente solo il rappresentante della Gima Services.

4. Con memoria depositata il 19 ottobre 2016, il ricorrente, pur dando atto di aver offerto un ribasso inferiore rispetto a quello della controinteressata, ha dichiarato di conservare l'interesse al ricorso e di graduarlo come segue.

In via principale, egli fa valere l'interesse ad ottenere l'aggiudicazione della gara, previo annullamento della sua esclusione e dell'ammissione della controinteressata, unica altra partecipante.

In subordine, fa valere l'interesse all'annullamento dell'intera procedura, in termini strumentali alla sua riedizione ed alla utile partecipazione alla nuova gara, mediante le censure mosse avverso il bando – ritenuto illegittimo nella parte in cui prevede il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso e difetta di motivazione sui requisiti di fatturato imposti – ed avverso lo svolgimento della gara, avvenuto in spregio dei principi di pubblicità e trasparenza, avendo la commissione proseguito nelle operazioni di apertura e valutazione della documentazione amministrativa in seduta non ritualmente comunicatagli ed alla sola presenza della controinteressata.

5. Si è costituita in giudizio la ATAM s.p.a., che ha eccepito l'infondatezza di tutti i motivi di censura e, in via preliminare, con riferimento al ricorso principale, la carenza d'interesse alla contestazione del divieto di avvalimento.

Il ricorrente, infatti, è consulente responsabile del servizio di sorveglianza sanitaria per conto dell'Azienda stessa a far data del 2014, possiede i requisiti di capacità economica e tecnica di cui all'art. 3.5., lett. a) e b), avendo di gran lunga superato il fatturato richiesto ai fini della partecipazione alla gara, come risulta dai contratti di consulenza con la medesima Azienda stipulati.

Si è costituita in giudizio la controinteressata Gima Services s.r.l., anch'essa eccependo, in via preliminare, la carenza d'interesse all'annullamento del bando, non immediatamente né effettivamente lesivo, e, nel merito, l'infondatezza di tutte le domande.

Previo deposito di ulteriori memorie difensive, la causa viene ritenuta per la decisione alla camera di consiglio del 23 novembre 2016.

DIRITTO

1.1. Giova, *in primis*, chiarire che l'ordine di esame delle domande proposte deve tener conto della graduazione operata dal ricorrente nella memoria del 19 ottobre 2016.

Alla luce degli sviluppi del procedimento di gara, infatti, la predetta graduazione si presenta omogenea anche al fisiologico esame della legittimazione e dell'interesse ad agire, il cui scrutinio, trattandosi di condizioni dell'azione, sfugge alla tassonomia delineata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 5 del 24 aprile 2015.

Nella medesima pronuncia, infatti, per quel che in questa sede rileva, si legge:

“Per prevenire ogni possibile equivoco, è bene precisare sin da ora che esulano dal perimetro dei temi sottoposti all’odierno vaglio dell’Adunanza plenaria le problematiche concernenti:

a) l’ordine di esame delle questioni processuali in primo grado - inter se ed in relazione a quelle sostanziali (ovvero ai vizi – motivi dedotti negli atti introduttivi del giudizio di primo grado) – sicuramente sottratte alle scelte processuali vincolanti delle parti e sempre rilevabili d’ufficio...

... per completezza e chiarezza si ribadisce che l’ordine di esame delle questioni processuali investe i seguenti aspetti:

l) l’accertamento dei presupposti del processo (nell’ordine: giurisdizione, competenza, capacità delle parti, ius postulandi, ricevibilità e rimessione in termini, contraddittorio, estinzione del giudizio) e delle condizioni dell’azione (interesse ad agire, titolo o legittimazione al ricorso, legitimatio ad causam) ...”.

1.2. Il ricorrente ha espressamente subordinato la domanda di annullamento dell'intera procedura all'eventualità del rigetto delle domande di annullamento della sua esclusione e dell'ammissione della controinteressata Gima Services, così esternando la prevalenza dell'interesse ad ottenere l'aggiudicazione che, considerata l'ammissione in gara della sola Gima Services, gli spetterebbe in caso di accoglimento di entrambe le suddette domande.

Va da sé, pertanto, che l'eventuale accoglimento di entrambe le ridette domande precluderebbe al Collegio l'esame delle domande subordinate, in ragione della disponibilità degli interessi dei soggetti che agiscono in giudizio.

2.1. È fondata l'impugnativa dell'esclusione del ricorrente, dal che deriva la sua legittimazione ad impugnare l'ammissione della Gima Services.

Egli è stato escluso per la sola ragione di aver fatto ricorso all'avvalimento, in relazione al requisito relativo al fatturato globale, così incorrendo nel divieto della *lex specialis* di gara.

Dalla dichiarazione versata agli atti di gara, risulta inequivocabilmente che il fatturato specifico dichiarato dal ricorrente per l'esecuzione di servizi analoghi presso la medesima ATAM era pari, alla data di pubblicazione del bando, ad euro 60.705,90 per l'anno 2015 e ad euro 59.417,27 per il successivo anno. Risulta altresì comprovato il possesso del requisito relativo al fatturato globale medio, richiesto dalla *lex specialis* nella misura di euro 58.522,10.

Tale circostanza, peraltro, è lealmente confermata dalla stessa parte resistente (cfr. memoria dell'ATAM del 19 luglio 2016) che, dunque, avrebbe dovuto ammettere in gara il dott. Gentile, non ricorrendo, nel caso di specie, una integrazione *aliunde* del requisito di qualificazione.

Il possesso del fatturato globale e specifico in capo al dott. Gentile è incontestato.

La Difesa del ricorrente richiama il condivisibile orientamento della giurisprudenza, su fattispecie analoga:

"...La ratio generale che connota l'istituto dell'avvalimento (anche di garanzia) è quella per cui, ai fini della partecipazione alle procedure di gara, il concorrente può dimostrare le capacità tecniche, finanziarie ed economiche (nonché il possesso dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto) esibendo la capacità e gli strumenti di uno o più soggetti diversi, vincolati da uno specifico contratto (Consiglio di Stato, sez. V, 22 gennaio 2015 n. 257 e la giurisprudenza ivi richiamata).

Dunque lo scopo dell'istituto è quello di permettere agli operatori, che aspirano all'affidamento di una commessa pubblica, di raggiungere il livello di qualificazione preteso dall'Ente aggiudicatore, grazie al sostegno di imprese terze.

Tale descrizione evidenzia i caratteri di un istituto per nulla assimilabile ad altre forme di aggregazione tipiche ammesse dal legislatore (ATI, Consorzio), per cui è del tutto ragionevole ritenere che, ove per qualsiasi motivo l'offerente riesca (nel corso della procedura o al termine della medesima) ad integrare in proprio il requisito di partecipazione, possa giovarsene senza ledere i principi cardine dell'evidenza pubblica, ossia la par condicio e l'imparzialità.

Un requisito soggettivo introdotto dalla lex specialis può essere certamente dimostrato mediante l'avvalimento di una Società terza, ma ben può essere raggiunto dall'aspirante aggiudicatario in proprio, senza che sia configurabile un mutamento della domanda di partecipazione né un'inammissibile contraddizione con quanto dichiarato nell'istanza, dal

momento che l'impresa ausiliaria era chiamata a supplire la carenza di un requisito che si è poi oggettivamente accertato presso l'ausiliata.

In conclusione, l'avvalimento si configura come un quid pluris rispetto alla capacità tecnica dell'impresa che ritiene di farvi ricorso, che perde rilevanza qualora la stessa dimostri autonomamente di vantare il bagaglio tecnico-professionale prescritto dalla lex specialis, senza che siano alterate le modalità di partecipazione alla gara non determinandosi la creazione di una nuova compagine, come avverrebbe con la modificazione di un'ATI o di un Consorzio" (T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 22 marzo 2016, n. 434).

Il possesso del requisito in capo al ricorrente, effettivo e pacifico (in quanto esplicitamente ammesso dalla Difesa dell'ATAM in corso di giudizio), determina l'illegittimità del provvedimento di esclusione, per violazione dei principi del *favor participationis* e del buon andamento, considerato che, come correttamente osservato dalla Difesa del ricorrente, l'ampliamento della platea degli offerenti è funzionale all'elevazione dei livelli qualitativi e/o a possibili risparmi di spesa. Le dichiarazioni versate agli atti di gara, vieppiù nel caso di specie (caratterizzato dalla piena consapevolezza della stazione appaltante circa la sussistenza del requisito di capacità economica, in ragione dei pregressi rapporti contrattuali), vanno dunque interpretate alla luce dei predetti principi, i quali impongono di considerare *tamquam non esset* una "inutile" dichiarazione di avvalimento, altrimenti idonea a comportare l'esclusione tout court.

L'esclusione, pertanto, è illegittima.

2.2. Ne deriva la carenza d'interesse all'esame delle censure proposte, con il ricorso principale, avverso il bando di gara, sia nella parte in cui vieta il ricorso all'avvalimento, sia nella parte in cui non indica le ragioni per cui è stato richiesto ai concorrenti un fatturato minimo annuo, ai sensi dell'art. 83, V comma, del nuovo Codice.

2.3. L'impugnativa dell'ammissione della controinteressata, invece, non è suscettibile di favorevole apprezzamento.

Il ricorrente deduce la violazione del paragrafo 3.5.b. del bando, in quanto la Gima Services sarebbe priva del requisito di capacità tecnica – almeno un servizio "nel settore oggetto di gara" per un importo complessivo non inferiore ad euro 29.261,05 nell'ultimo triennio – avendo allegato, a tal fine, l'attività di sorveglianza sanitaria resa in favore dei dipendenti dell'Agenzia delle Entrate: nel caso di specie, invece, l'appalto ha ad oggetto la sorveglianza sanitaria nei confronti dei conducenti di autobus, vale a dire un settore oggettivamente diverso, in quanto caratterizzato dai peculiari bisogni e rischi professionali dei dipendenti operanti nel comparto dei trasporti.

La censura è infondata.

È sufficiente richiamare i principi che, secondo un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato, dal quale non si ravvisano ragioni per discostarsi, devono governare le valutazioni relative al possesso del requisito di partecipazione attinente allo svolgimento di servizi

analoghi a quelli oggetto dell'appalto.

E' stato innanzitutto chiarito che, nel caso in cui con il bando venga richiesto ai partecipanti di documentare il pregresso svolgimento di servizi analoghi, la stazione appaltante non è legittimata ad escludere i concorrenti che non abbiano svolto tutte le attività oggetto dell'appalto, né ad assimilare impropriamente il concetto di servizi analoghi con quello di servizi identici, atteso che la ratio del requisito va individuata nel contemperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche (in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. V, 25 giugno 2014, n. 3220). Si è, inoltre, precisato che *"la richiesta di documentare il pregresso svolgimento di servizi non identici, ma solo analoghi a quelli oggetto dell'appalto, deve intendersi giustificata dall'esigenza di acquisire conoscenza della precedente attività dell'impresa e, quindi, di accertare la sua specifica attitudine a realizzare le prestazioni oggetto della gara, con la duplice conseguenza che quest'ultima va riconosciuta nell'attestazione di esperienze sufficientemente simili, almeno negli aspetti essenziali e caratterizzanti, e che dev'essere, viceversa, negata solo a fronte della dichiarazione di attività neanche assimilabili a quella oggetto dell'appalto"* (Consiglio di Stato, Sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437; *Id.*, Sez. III, 5 dicembre 2014, n. 6035).

Ad avviso del Collegio, la Gima Services ha senz'altro dimostrato di aver svolto un servizio analogo "nel settore oggetto di gara", tale dovendo considerarsi l'attività di sorveglianza sanitaria nei confronti dei dipendenti di altra amministrazione pubblica, ai sensi del D. Lgs. n. 81/08.

Ne discende l'infondatezza della censura.

3. Dall'infondatezza della suddetta domanda principale deriva la scrutinabilità della domanda di annullamento dell'intera procedura di gara, proposta in via subordinata.

3.1. Quanto all'asserita illegittimità del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso (rispetto alla quale vi è senz'altro interesse a ricorrere, atteso che il ribasso offerto dal ricorrente è inferiore rispetto a quello, giudicato congruo, dalla controinteressata, unica ammessa), si osserva quanto segue.

La gara controversa, indetta dopo l'entrata in vigore del D. Lgs. n. 50/16, riguarda un appalto:

- di importo complessivo pari euro 58.522,10 oltre I.V.A., inferiore alla soglia comunitaria, ai sensi dell'art. 35 del Codice vigente;

- attratto all'ambito dei settori speciali, in quanto strumentale al servizio di trasporto di cui all'art. 118 del Codice, secondo i principi elaborati dalla più recente giurisprudenza con riferimento all'abrogato D. Lgs. n. 163/06; si è infatti condivisibilmente affermato, su fattispecie pressoché identica a quella qui in esame, che

"... l'attività svolta da ATAC Spa rientra nell'ambito dei cc.dd. settori speciali e, specificamente, in quello dei servizi di trasporto di cui all'art. 210 del d.lgs. n. 163 del 2006..."

L'assoggettabilità dell'affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali, quindi, non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, relativo al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma deve tener conto anche di un parametro di tipo oggettivo, relativo alla riferibilità del servizio all'attività speciale.

L'oggetto dell'appalto di cui al lotto 1 è costituito dalle prestazioni sanitarie previste dal D.M. n. 88 del 1999 e dalle altre normative vigenti in materia di rapporto di lavoro. In particolare, le società concorrenti sono state invitate a presentare un'offerta relativamente alle prestazioni sanitarie inerenti le visite mediche di revisione del personale di movimento previste dal protocollo sanitario punto 9 del D.M. n. 88 del 1999 ...

Il Collegio ritiene che l'aggiudicazione dell'appalto sia strumentale, ponendosi in rapporto di mezzo a fine, all'esercizio dell'attività istituzionale di trasporto svolto dell'Azienda, per cui rientra, sia pure indirettamente, tra gli scopi propri (core business) dello stesso.

L'aggiudicazione dell'appalto, quindi, è avvenuta per uno scopo omogeneo, e non diverso, rispetto all'esercizio dell'attività istituzionale, con conseguente inapplicabilità dell'art. 217 d.lgs. n. 163 del 2006 ed applicabilità della parte III del codice dei contratti pubblici (T.A.R. Lazio, Sez. II ter, 18 febbraio 2013, n. 1778);

- rientrante nell'Allegato IX al Codice, trattandosi di servizio sanitario (CPV 85147000 – 1);

- soggetto all'applicazione dei principi e dei divieti posti dall'art. 95 del Codice, in tema di scelta del criterio di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in virtù dell'esplicito rinvio operato, per tutti gli appalti dei settori speciali, dall'art. 133, I comma, dello stesso Codice (applicabile anche ai servizi specifici di cui all'Allegato IX, per effetto della previsione dell'art. 114, I comma, il quale estende in via generale l'applicabilità della disciplina del Titolo VI – Capo I del Codice, ivi compreso l'art. 133 e le norme da quest'ultimo richiamate, anche ai servizi elencati nell'Allegato IX e menzionati nell'art. 140, I comma).

Ne consegue che la stazione appaltante ha illegittimamente optato per l'aggiudicazione al prezzo più basso, in violazione della regola desumibile dal combinato disposto dei commi III e IV dell'art. 95 del Codice.

Da un lato, il comma IV dell'art. 95 prevede le ipotesi tassative nelle quali è ancora consentito, secondo la discrezionale e motivata scelta della stazione appaltante, l'utilizzo del massimo ribasso: e tra queste verrebbe in rilievo, secondo la difesa di ATAM, la lett. b) per i servizi "con caratteristiche standardizzate", ovvero la lett. c) per i servizi "caratterizzati da elevata ripetitività".

Dall'altro, deve considerarsi che il comma III dell'art. 95 stabilisce, in termini imperativi ed in via di specialità, che "sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo:

... b) i contratti relativi all'affidamento ... degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo superiore a 40.000 euro".

Il servizio di sorveglianza sanitaria è riconducibile alla categoria dei servizi di natura intellettuale.

La specialità ed inderogabilità del divieto sancito dal comma III dell'art. 95, per i servizi intellettuali di importo superiore a 40.000 euro, rende irrilevante stabilire se l'appalto per la sorveglianza sanitaria sia, nelle concrete modalità prefigurate dall'ATAM, standardizzato o ripetitivo.

Il Codice, infatti, non consente in alcun modo l'utilizzo del criterio del prezzo più basso per l'affidamento dei servizi di natura intellettuale, quand'anche questi presentino uno dei caratteri alternativamente indicati dal comma IV.

Per quanto detto, il bando di gara è illegittimo, nella parte in cui ha previsto l'aggiudicazione al massimo ribasso sull'importo a base d'asta, e va annullato.

3.2. E' conseguentemente improcedibile, per difetto d'interesse, il motivo attinente all'asserita violazione dell'obbligo di comunicare la data della seduta pubblica di gara.

4. La novità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria - Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- accoglie in parte il ricorso per motivi aggiunti e, per l'effetto, dichiara l'illegittimità dell'esclusione del ricorrente e la legittimità dell'ammissione della controinteressata;

- accoglie il ricorso principale nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla il bando di gara impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Filippo Maria Tropiano, Referendario

Donatella Testini, Referendario, Estensore

Guida alla lettura

Con la decisione in rassegna il TAR di Reggio Calabria, dopo aver ricordato che l'esame delle condizioni dell'azione non rientra nella disponibilità delle parti e che la verifica dell'interesse deve precedere l'analisi delle questioni poste, per come graduate dal ricorrente (ai sensi della nota sentenza Ad.Pl. n. 5/2015), ha accertato la sussistenza della legittimazione ad agire, dichiarando innanzitutto l'illegittimità dell'esclusione del ricorrente, il quale aveva impugnato: (i) con il ricorso originario, il generalizzato divieto di avvalimento posto dal bando di gara e la scelta del criterio di aggiudicazione del "solo prezzo", in una gara per servizi professionali; (ii) con i motivi aggiunti, la propria esclusione dalla gara, l'ammissione dell'unico altro concorrente e la graduatoria provvisoria, mirando dunque, in via principale, all'aggiudicazione e in via subordinata all'annullamento dell'intera procedura (non solo per la scelta del criterio, ma anche per violazione dell'obbligo di apertura in seduta pubblica delle buste contenenti la documentazione amministrativa).

Pur concorrendo dunque, questioni sull'ammissione e sull'esclusione dei concorrenti, con altre cui sarebbe stato applicabile il rito "ordinario" di cui all'art. 120 c.p.a., il TAR ha deciso la causa nella camera di consiglio fissata per la decisione del merito, ai sensi dell'art. 120, comma 2 *bis* D.Lgs. (sul punto, *contra*, v. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 7/12/2016 n. 1367, secondo cui "*In presenza di domande di annullamento di provvedimenti afferenti la medesima materia "appalti", assoggettate a riti caratterizzati da un diverso grado di specialità (commi 6 e 6 bis dell'art. 120 c.p.a.) si applica all'intera controversia il rito disciplinato dal comma 6 e non quello "superaccelerato" introdotto dal successivo comma 6 bis*").

Nel merito, rilevato innanzitutto come fosse pacifico, tra le parti, che il ricorrente era in possesso in proprio del requisito di fatturato in relazione al quale aveva inteso far ricorso (cautelativo) all'avvalimento, il TAR ha annullato l'esclusione, confermando il principio secondo cui, in casi siffatti, debba prevalere la sostanza sulla forma (in termini, cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 22 marzo 2016, n. 434).

Accertata così la sussistenza dell'interesse al ricorso, i Giudici calabresi hanno dapprima respinto la censura relativa all'ammissione dell'unico altro concorrente ammesso, considerando infondata la contestazione del possesso del requisito relativo al fatturato specifico in servizi analoghi (avendo il TAR ritenuto simile l'attività di sorveglianza sanitaria, svolta in favore di un'azienda di trasporto pubblico, rispetto all'esperienza di medico competente presso l'Agenzia delle Entrate).

Considerato l'esito, sfavorevole alla ricorrente, della gara esperita con il sistema del prezzo più basso, il TAR ha quindi accolto la censura subordinata, relativa alla scelta del criterio, e ha annullato l'intera procedura di gara.

Rilevato infatti che si trattava di una procedura cui era applicabile la parte del nuovo codice sui settori speciali, trattandosi di gara indetta da soggetto aggiudicatore nell'ambito delle attività istituzionali proprie dell'ente, e che il valore a base d'asta era d'importo superiore a 40.000 euro, il TAR ha evidenziato come la regola dell'inderogabilità del criterio relativo al rapporto qualità/prezzo trovi applicazione al settore della sorveglianza sanitaria, rientrante a pieno titolo nel settore dei servizi di natura intellettuale di cui all'art. 95, comma 3, lett. b), D.Lgs. n. 50/2016. Non era pertanto fondata l'eccezione dell'azienda di trasporto, secondo la quale si sarebbe trattato di servizi a carattere standardizzato o ripetitivo, stante l'inderogabilità del divieto del criterio del solo prezzo, anche nei casi di cui comma 4 della citata disposizione.