

## **Il contratto di punta intende dimostrare l'elevata capacità tecnico-professionale del concorrente, sia economica che organizzativa**

*di Marco Natoli*

*Data di pubblicazione: 27-1-2020*

1. Il significato logicamente attribuibile all'espressione utilizzata dalla clausola, tenuto conto sia del riferimento all'importo annuale posto a base di gara, sia della funzione svolta dal contratto di punta, è nel senso che il concorrente deve avere svolto il servizio almeno in uno di essi (escludendo dunque che possa avere eseguito il contratto in un anno non ricompreso nel triennio).

2. La stazione appaltante gode di massima discrezionalità nella scelta dei requisiti di capacità dei concorrenti che intende selezionare, col solo limite di non eccedere dall'oggetto dell'appalto per tipologia e caratteristiche (Consiglio di Stato sez. V, 22/01/2015, n.259; Sez. IV, 4 giugno 2013, n. 3081).

3. Né può condurre a diverse conclusioni il richiamo al favor participationis, invocato dalla ricorrente, considerato che la clausola del disciplinare non è equivoca e che il suo significato logico, nel senso seguito dalla Commissione, è stato chiaramente inteso dalle altre imprese partecipanti alla gara.

La tematica oggetto di esame da parte del Collegio consiste nel rilievo che assume nella procedura di gara degli appalti pubblici il cd. *contratto di punta*; è questo l'istituto, dal punto di vista della struttura e del funzionamento, sul quale i giudici accentrano particolarmente l'attenzione.

A tal proposito si rammenta che la stazione appaltante, in ossequio all'ampio potere discrezionale conferitole, può richiedere agli operatori economici requisiti speciali come i *servizi di punta* esaminati dal Collegio. Tali servizi consistono in tutte quelle esperienze dimostrate precedentemente dagli interessati, anche tramite la stipula di contratti altamente qualitativi e specialistici.

La predetta attività istruttoria consente pertanto alla stazione appaltante di poter adeguatamente selezionare il concorrente e di fornire, alla procedura di gara, quegli elementi necessari all'operatore economico affinché lo stesso, così qualificato, possa attenersi scrupolosamente al rispetto dei principi concorrenziali.

Procedendo all'esame della questione si rileva come il Consiglio di Stato si soffermi sul dato letterale conferito dal bando di gara al *contratto di punta*. "Il riferimento utilizzato dalla *lex specialis*- illustra la Sezione- per definire il contratto di punta è costituito letteralmente

*dall'importo annuo posto a base di gara, seppur lievemente diminuito (80%), proprio al fine di favorire la partecipazione alla gara (nei limiti consentiti dall'interesse sotteso alla natura e all'importo dell'appalto). {...}“Letteralmente, il riferimento per definire il contratto di punta è rappresentato dall'importo annuo posto a base di gara e si richiede che tale contratto deve essere stato eseguito in “almeno uno degli anni del triennio” di riferimento”.*

A seguito del richiamo letterale la Sezione, nel rammentare che la stazione appaltante gode in tale materia della massima discrezionalità, chiarisce il *significato logico* della suddetta espressione. In particolare i giudici rammentano il fatto che un'interpretazione errata della funzione del richiamato contratto snaturerebbe la funzione specifica dello stesso, finalizzata a dimostrare la capacità tecnico- professionale del concorrente.

*“Il significato logicamente attribuibile all'espressione utilizzata dalla clausola- precisa, infatti, la Sezione-, tenuto conto sia del riferimento all'importo annuale posto a base di gara, sia della funzione svolta dal contratto di punta, è nel senso che il concorrente deve avere svolto il servizio almeno in uno di essi (escludendo dunque che possa avere eseguito il contratto in un anno non ricompreso nel triennio). Se si interpretasse la norma nel senso di consentire che l'importo cospicuo del “contratto di punta” ( pari all'80% dell'importo annuo posto a base di gara) venisse diluito nel corso di più annualità, come sostiene la ricorrente, risulterebbe snaturata la funzione dimostrativa della elevata capacità tecnico-professionale del concorrente, sia economica che organizzativa, che il “contratto di punta” intende assolvere”.*

*“E' ragionevole, in altri termini, interpretare la clausola- continuano i giudici- nel senso che il concorrente debba dimostrare di essere in grado di far fronte all'ammontare annuale della prestazione a base di gara attraverso la prova di avere effettuato una analoga prestazione di importo di poco inferiore (l'80%). Né siffatta interpretazione contrasta con il principio di massima concorrenzialità, atteso che la stazione appaltante gode di massima discrezionalità nella scelta dei requisiti di capacità dei concorrenti che intende selezionare, col solo limite di non eccedere dall'oggetto dell'appalto per tipologia e caratteristiche (Consiglio di Stato sez. V, 22/01/2015, n.259; Sez. IV, 4 giugno 2013, n. 3081)”.*

In conclusione il supremo Consesso sofferma l'attenzione sul mancato rispetto, nell'ambito dello svolgimento della procedura di gara, dei canoni posti a base della tutela della concorrenza ed, in particolare, sulla lamentela invocata dalla parte in merito ad una potenziale violazione, in suo danno, del richiamato *favor participationis*.

*“Né può condurre a diverse conclusioni-conclude, infatti, il Collegio- il richiamo al favor participationis, invocato dalla ricorrente, considerato che la clausola del disciplinare non è equivoca e che il suo significato logico, nel senso seguito dalla Commissione, è stato chiaramente inteso dalle altre imprese partecipanti alla gara”.*

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 13/01/2020

**N. 00284/2020REG.PROV.COLL.**

**N. 03539/2019 REG.RIC.****REPUBBLICA ITALIANA****IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3539 del 2019, proposto dalla Società Item Oxygen S.r.l. in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con La Sol S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Enrico Follieri e Ilde Follieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo Studio Legale Follieri & Associati in Roma, piazza Cavour, n. 17;

***contro***

A.S.L. FG - Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Foggia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Raffaele Daloso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo Studio dell'Avvocato Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30;

***nei confronti***

Impianti Servizi Medicali S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocato Nicolò De Marco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo Studio dell'Avvocato Sandro De Marco in Roma, via Giulio Cesare, n.71;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda) n. 606 del 19 aprile 2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'A.S.L. FG - Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Foggia e di Impianti Servizi Medicali S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2019 il Consigliere Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli Avvocati Enrico Follieri e Raffaele Dalosis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1.- Con ricorso al TAR per la Puglia n.r.g. 375 del 2019, la società Item Oxygen S.r.l., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo RTI con la Società Sol S.p.A., aveva chiesto l'annullamento dell'esclusione del costituendo raggruppamento dalla procedura aperta in modalità telematica per l'affidamento del servizio quinquennale di gestione e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di distribuzione gas medicali e tecnici delle centrali di distribuzione ossigeno e protossido di azoto, di produzione aria medica e vuoto e l'analisi dei predetti impianti presso i PO di competenza dell'ASL di Foggia, disposta il 26 febbraio 2019, con relativo verbale della seduta di gara, nonché della successiva nota del 21 marzo 2019, prot. n. 1468451, con la quale la ASL di Foggia aveva confermato l'esclusione, e, infine, l'annullamento dell'ammissione della Società Impianti Servizi Medicali S.r.l. alla medesima gara.

L'esclusione dalla gara era stata motivata dalla A.S.L. in ragione dell'insussistenza del requisito della capacità tecnico-professionale in capo alla concorrente, sia con riferimento all'ammontare economico, sia con riguardo alla tipologia di appalto, come richiesto dal punto 3.4.3. del disciplinare di gara.

La lettera a) del punto 3.4.3. richiedeva all'offerente di comprovare di aver realizzato con esito positivo, nel triennio precedente alla data di pubblicazione del bando (2015/2016/2017), servizi analoghi per un valore complessivo almeno pari ad € 1.200.000,00 (Iva esclusa), e almeno uno (denominato "Contratto di punta") di importo pari o superiore all'80% (€ 320.000,00 IVA Esclusa) dell'importo annuo posto a base di gara *"eseguito in almeno uno degli anni del triennio di riferimento (2015/2016/2017), per una singola committenza"*.

La ricorrente aveva indicato quale appalto "di punta" il contratto stipulato con l'Azienda ospedaliero-universitaria pisana pari ad € 583.169,02 (I.V.A. esclusa) eseguito per due anni dal 15 settembre 2015 al 14 settembre 2017.

1.1.- Con i primi due motivi di ricorso, la ricorrente censurava l'interpretazione del citato punto 3.4.3. del disciplinare di gara seguito dalla stazione appaltante con riguardo al possesso del requisito economico finanziario quanto all'importo del "contratto di punta", al suo svolgimento in un solo anno, ed al suo oggetto.

Con il terzo motivo contestava l'ammissione della società controinteressata, per la ritenuta illegittimità del sub-procedimento di soccorso istruttorio, in quanto svoltosi in modo anomalo superando i limiti temporali di ammissibilità.

2.- Con la sentenza impugnata, il TAR, per quanto concerne la non ammissione a gara della ricorrente, pur accogliendo il primo motivo di ricorso poiché il contratto allegato doveva considerarsi analogo a quello oggetto di affidamento, respingeva però il ricorso ritenendo insussistente sotto altro profilo il richiesto requisito economico finanziario, in quanto, secondo l'interpretazione letterale del disciplinare di gara e tenendo conto della finalità stessa del requisito, il contratto "di punta" non può che riferirsi al servizio prestato in un'unica annualità.

Con riferimento all'ammissione della controinteressata, il TAR riteneva che lo svolgimento del c.d. soccorso istruttorio è stato nella sostanza conforme alla necessità di appurare, con diligenza ed esatta cognizione, la sussistenza del requisito dichiarato.

3.- Con l'appello in esame, la ricorrente lamenta l'erroneità e ingiustizia della sentenza in epigrafe, di cui chiede la riforma.

Nelle more del giudizio, con deliberazione n. 1580 del 26 novembre 2019, è intervenuta l'aggiudicazione in favore della società Air Liquide Sanità Service S.p.a..

La ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione sopravvenuta, depositando in data 11.12.2019 copia del ricorso al TAR notificato in pari data.

4.- Resiste in giudizio l'Azienda sanitaria intimata, che insiste per la declaratoria di inammissibilità dell'appello e, comunque, per il rigetto.

Resiste anche la controinteressata, chiedendo la dichiarazione di improcedibilità dell'appello per difetto di interesse, la dichiarazione di inammissibilità o il rigetto, nonché la refusione delle spese del doppio grado di giudizio.

5.- Con ordinanza n. 2416 del 16 maggio 2019, veniva respinta la domanda cautelare, apparendo priva di fondatezza la tesi interpretativa dell'appellante, alla stregua della formulazione della lex specialis e della sua percezione corretta da parte degli altri partecipanti alla gara.

6.- Alla pubblica udienza del 12 dicembre 2019, la causa è stata decisa.

## DIRITTO

1.- L'appello è infondato.

1.1.- Preliminarmente, va rigettata l'eccezione di improcedibilità dell'appello per difetto di interesse avendo la ricorrente impugnato l'aggiudicazione sopravvenuta in favore di Air Liquide Sanità Service S.p.a. con ricorso notificato in data 11.12.2019.

2.- L'appellante sostiene che sulla base del canone letterale di interpretazione è impossibile ricavare dall'art. 3.4.3. lett. a) del disciplinare di gara una norma in base alla quale il contratto di punta debba avere l'importo annuo almeno pari ad euro 320.000,00.

Difatti, l'aggettivo annuo compare nella clausola solo con riferimento al metodo di calcolo della soglia di 320.000,00 euro che il "contratto di punta" deve rispettare, ma non con riferimento al tempo della sua esecuzione.

Il disciplinare richiede, invece, che il contratto di punta sia eseguito in "*almeno uno*" degli anni del triennio di riferimento per una singola committenza. Il contratto, dunque, potrebbe avere avuto un'esecuzione e, di conseguenza, una durata anche più lunga di un anno, purché uno degli anni di esecuzione ricada nel triennio di riferimento.

Anche gli argomenti di interpretazione sistematica utilizzati dal primo giudice sarebbero inidonei a dimostrare le conclusioni raggiunte: sebbene la stazione appaltante gode di ampia discrezionalità nell'individuare i requisiti di capacità tecnico-professionale e le due opzioni interpretative (importo complessivo almeno pari a 320.000 euro, o importo annuo almeno pari a 320.000 euro) sarebbero entrambe legittime, sia pure con diversi impatti in relazione alla concorrenza in gara.

Cosicché non è affatto detto che il disciplinare stabilisse un requisito oltremodo rigoroso, come ritenuto in sentenza.

La presupposizione, non dimostrata, di estrema rigidità del requisito di capacità tecnico-professionale prescelto inficerebbe anche l'argomento fondato sulla relazione tra importo annuo del contratto messo a gara e importo del contratto di punta.

Tale relazione sarebbe solo funzionale al metodo di calcolo e al suo risultato.

Poiché non è espressamente indicato che si tratti di una soglia di valore annuo, non è logicamente necessario che il contratto di punta debba avere un valore annuo pari a 320.000,00 euro.

Inoltre, dalla lettura complessiva dell'art. 3.4.3. lett. a) alla luce delle altre disposizioni del disciplinare, emergerebbe che anche l'importo del contratto di punta deve essere considerato come importo complessivo di "*un contratto eseguito in almeno uno degli anni del triennio di riferimento*".

Col secondo motivo di appello, la ricorrente denuncia la contraddittorietà della motivazione della sentenza, che una volta acclarata l'equivocità della disposizione del disciplinare non ne ha tratto le dovute conseguenze, ovvero quella di escludere l'interpretazione più restrittiva e la doverosità di garantire la più ampia partecipazione alla gara.

3.- La A.S.L. eccepisce l'infondatezza delle argomentazioni avversarie.

Il riferimento utilizzato dalla *lex specialis* per definire il contratto di punta è costituito

letteralmente dall'importo annuo posto a base di gara, seppur lievemente diminuito (80%), proprio al fine di favorire la partecipazione alla gara (nei limiti consentiti dall'interesse sotteso alla natura e all'importo dell'appalto).

Il contratto potrebbe anche essere stato stipulato antecedentemente al triennio, purchè almeno una delle annualità contrattuali dell'importo minimo di 320.000,00 euro ricada nel triennio medesimo. Tale interpretazione sarebbe la sola che rispetta sia la lettera che la finalità della prescrizione.

4.- Ritiene il Collegio che l'interpretazione logico-sistematica della clausola del disciplinare di gara conduca al rigetto dell'appello.

La Commissione di gara ha inteso correttamente che il contratto di punta deve essere eseguito in un solo anno.

La norma del disciplinare di cui all'art. 3.4.3. lett. a) testualmente prevede che i concorrenti debbano *“aver realizzato, nel triennio precedente alla data di pubblicazione del presente bando (2015/2016/2017), servizi analoghi per un valore complessivo almeno pari ad euro 1.200.000,00 (IVA esclusa). Tutti i servizi eseguiti con esito positivo ovvero senza alcuna contestazione da parte del cliente, di cui almeno uno (denominato “contratto di punta”) di importo pari o superiore all’80% (euro 320.000, 00 IVA esclusa) dell’importo annuo posto a base di gara eseguito in almeno uno degli anni del triennio di riferimento ( 2015/2016/2017), per una singola committenza.”*

Letteralmente, il riferimento per definire il contratto di punta è rappresentato dall'importo annuo posto a base di gara e si richiede che tale contratto deve essere stato eseguito in *“almeno uno degli anni del triennio”* di riferimento.

Il significato logicamente attribuibile all'espressione utilizzata dalla clausola, tenuto conto sia del riferimento all'importo annuale posto a base di gara, sia della funzione svolta dal contratto di punta, è nel senso che il concorrente deve avere svolto il servizio almeno in uno di essi (escludendo dunque che possa avere eseguito il contratto in un anno non ricompreso nel triennio).

Se si interpretasse la norma nel senso di consentire che l'importo cospicuo del “contratto di punta” ( pari all’80% dell’importo annuo posto a base di gara) venisse diluito nel corso di più annualità, come sostiene la ricorrente, risulterebbe snaturata la funzione dimostrativa della elevata capacità tecnico-professionale del concorrente, sia economica che organizzativa, che il “contratto di punta” intende assolvere.

E' ragionevole, in altri termini, interpretare la clausola nel senso che il concorrente debba dimostrare di essere in grado di far fronte all'ammontare annuale della prestazione a base di gara attraverso la prova di avere effettuato una analoga prestazione di importo di poco inferiore (l'80%).

Né siffatta interpretazione contrasta con il principio di massima concorrenzialità, atteso che la

stazione appaltante gode di massima discrezionalità nella scelta dei requisiti di capacità dei concorrenti che intende selezionare, col solo limite di non eccedere dall'oggetto dell'appalto per tipologia e caratteristiche (Consiglio di Stato sez. V, 22/01/2015, n.259; Sez. IV, 4 giugno 2013, n. 3081).

4.1.- Né può condurre a diverse conclusioni il richiamo al *favor participationis*, invocato dalla ricorrente, considerato che la clausola del disciplinare non è equivoca e che il suo significato logico, nel senso seguito dalla Commissione, è stato chiaramente inteso dalle altre imprese partecipanti alla gara.

A riprova di ciò, l'unico quesito che è stato sollevato con riguardo alla clausola in questione ha avuto ad oggetto l'ammontare preteso del "contratto di punta", ritenuto eccessivo, ma non la richiesta di svolgimento annuale dei servizi analoghi del "contratto di punta".

5.- Infine, quanto al motivo concernente l'impugnazione del capo di sentenza relativo all'ammissione a gara di ISM, che non è risultata aggiudicataria, va dato atto che la parte vi ha rinunciato.

6.- Le spese di entrambi i gradi di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta e, per l'effetto, dichiara legittima l'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara e la sopravvenuta carenza di interesse rispetto alla ammissione della Impianti Servizi Medicali S.r.l..

Condanna l'appellante alle spese di entrambi i gradi di giudizio che liquida in euro 8.000,00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

