

## Parere n.39 del 08/03/2012

### PREC 276/11/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da SICO Società Italiana Carbuoro Ossigeno - " *Procedura aperta per l'affidamento del Servizio di Assistenza Respiratoria (ADR) presso l'ULSS n. 5 OVESTVICENTINO* " - Criterio di aggiudicazione: Offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base d'asta : € 9.000.000,00 - S.A.: Azienda ULSS 5 OVEST VICENTINO.

### Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 9 novembre 2011 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con cui la Società Italiana Carbuoro Ossigeno ha chiesto un parere in merito alla legittimità della *lex specialis* predisposta dalla Azienda ULSS 5 Ovest Vicentino per l'affidamento del servizio in oggetto, nella parte in cui prevede requisiti di partecipazione giudicati sproporzionati e tali, pertanto, da limitare la concorrenza.

In particolare, l'istante lamenta il mancato rispetto della normativa di settore sul seguente punto del disciplinare di gara (art. 2):

a) " *...L'impresa, quale requisito minimo di partecipazione e a pena di inammissibilità al prosieguo della gara, dovrà possedere almeno un fatturato, con prestazioni analoghe a quello in oggetto di gara realizzato nell'ultimo triennio alla data di pubblicazione del bando di gara, presso Aziende pubbliche e Ditte private, per l'importo minimo di € 5.000.000,00=, oltre l'Iva... " ;*

b) " *In particolare l'Impresa dovrà anche possedere un fatturato specifico per l'attività ADR realizzato nell'ultimo triennio alla data di pubblicazione del bando di gara per l'importo minimo di € 150.000.00/anno=, oltre l'IVA... " .*

Parte istante, dopo aver evidenziato di essere in possesso del requisito minimo di partecipazione riferito alle prestazioni analoghe, come richiesto dalla *lex specialis* nell'ambito della previsione *sub a)*, ma di non essere in possesso anche del requisito riferito al fatturato *sub b)* per servizi di assistenza infermieristica domiciliare su pazienti affetti da patologie respiratorie, secondo i chiarimenti pubblicati dalla stessa stazione appaltante, solleva distinti e concorrenti profili di censura, al dichiarato fine di compromettere la legittimità della richiamata disciplina di gara, assumendo che tale secondo requisito di partecipazione sarebbe illogico, immotivato, sproporzionato ed indebitamente restrittivo della concorrenza.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 1° dicembre 2011, la S.A. ha specificato che alla gara *de qua* sono stati ammessi ben quattro offerenti, tra i quali non figura la ditta SICO per non avere presentato offerta, e che la contestata necessità di enucleare il requisito di partecipazione *sub b)* si deve al fatto che il servizio infermieristico è essenziale per il buon svolgimento di quello in oggetto, in ordine al quale si richiede personale specializzato.

#### *Ritenuto in diritto*

Oggetto della richiesta di parere in epigrafe è la legittimità della disciplina di *lex specialis*, nella parte in cui prevede il requisito del fatturato specifico per servizi di assistenza infermieristica domiciliare su pazienti affetti da patologie respiratorie

L'istante precisa, nella sua istanza di parere, che la stazione appaltante ha fornito, in ordine alla consistenza dei requisiti di qualificazione richiesti, due chiarimenti, nel senso innanzitutto che il requisito *sub b)* del quale specificamente si controverte " *si riferisce esclusivamente alle prestazioni descritte dall'art. 5 del Capitolato Tecnico, a pagina 59, punto n. 5 e, in particolare, alle prestazioni infermieristiche individuate ai punti A), B) e C) di pagina 58 cit.. Per maggiore chiarezza, si precisa, altresì, che il fatturato di cui alla lettera B) deve essere relativo ad attività infermieristica prestata a favore di pazienti affetti da patologie respiratorie cosiddetti "pazienti respiratori"... " . Con successiva nota del 22.9.2011, l'ULSS ha fornito il seguente ulteriore chiarimento: " *...Si specifica, al riguardo, che nulla osta a che il requisito di cui al punto A) sia posseduto direttamente dalla capogruppo, mentre il requisito di cui al punto B) che nella sua essenza non è altro che il servizio infermieristico domiciliare su pazienti affetti da patologie respiratorie, sia posseduto da altra ditta che partecipa alla gara in raggruppamento o in una delle altre formule previste dai documenti di gara e dal codice dei contratti... " . La Società istante, che asserisce di operare, tra l'altro, nel campo dell'ossigenoterapia e delle ventiloterapia domiciliare, assicurando anche servizi di assistenza domiciliare a mezzo di infermieri professionali all'uopo formati, si duole, in sintesi, del fatto che, a fronte di un appalto che contempla un insieme di prestazioni, la stazione appaltante richiederebbe, quale requisito minimo di partecipazione alla gara, il possesso di un fatturato specifico riferito ad una sola minima parte del**

complesso appalto. Tanto più che l'assistenza infermieristica sarebbe ricompresa nel servizio generale di assistenza domiciliare respiratoria e non sarebbe dato comprendere per quale motivo l'assistenza infermieristica domiciliare debba essere riferita esclusivamente a pazienti respiratori. L'istante aggiunge che l'assistenza infermieristica, a sua volta, non esclude quella domiciliare e nell'ambito di quest'ultima non sarebbe prevista alcuna modalità di rimborso espressamente finalizzata all'assistenza domiciliare infermieristica respiratoria, con la conseguenza che anche gli operatori specializzati unicamente in prestazioni di assistenza infermieristica domiciliare non sarebbero in grado di certificare il volume delle prestazioni domiciliari assicurate in favore di soli pazienti affetti da patologie respiratorie. In conclusione, il requisito in oggetto sarebbe illogico ed indebitamente restrittivo della concorrenza.

Va premesso che, ai fini della predisposizione del parere richiesto, è del tutto inconferente la circostanza della mancata presentazione dell'offerta da parte dell'istante. Nella sua memoria, la stazione appaltante eccepisce infatti che la SICO non ha presentato alcuna domanda di partecipazione e pertanto avrebbe dimostrato disinteresse alla gara. La deduzione non ha pregio, in quanto è del tutto plausibile che la società istante sia stata scoraggiata dal presentare la propria offerta per la consapevolezza di non essere in possesso del requisito di partecipazione *sub b)* e pertanto di non essere adeguatamente qualificata secondo la disciplina di gara. Non sfugge a questa Autorità il cospicuo orientamento giurisprudenziale secondo cui la mancata presentazione dell'offerta esclude che l'impresa abbia una posizione giuridica qualificata a dolersi della legittimità della selezione. Si giunge infatti ad affermare che *"s olo con la presentazione della domanda di partecipazione alla gara d'appalto, l'impresa assume una situazione giuridica differenziata rispetto a quella delle altre ditte sul mercato, ergendosi solo in tal caso a titolare di un interesse legittimo giudizialmente tutelato, che la abilita a sindacare la legittimità del bando di gara alla quale ha dimostrato in concreto di voler partecipare"* (cfr. T.A.R. Valle d'Aosta Aosta, sez. I, 17 novembre 2010, n. 67). Tale, peraltro condivisibile, affermazione pretoria non risulta tuttavia pertinente al caso di specie, in quanto la inequivoca previsione di *lex specialis*, contestata con la richiesta di parere in esame, assume carattere ineluttabilmente ostativo alla partecipazione alla gara da parte dell'istante, di guisa che la mancata presentazione dell'offerta non si deve a trascuratezza o addirittura ad acquiescenza, bensì alla consapevolezza del difetto della particolare qualificazione richiesta. Invero, si afferma in giurisprudenza che *"qualora, in sede di ricorso avverso gli atti di affidamento di un pubblico appalto, si contesti in radice la legittimità della procedura in concreto seguita, non assume alcun rilievo la circostanza della mancata presentazione della domanda di partecipazione, adempimento del tutto inutile se l'impresa ricorrente sicuramente non possiede i requisiti soggettivi di partecipazione richiesti dal bando di gara contestato e la relativa domanda, eventualmente presentata, sarebbe comunque destinata ad essere esclusa"* (cfr. T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 10 marzo 2011, n. 213).

Se è vero, in linea generale, che l'impugnazione degli atti relativi ad una procedura di gara richiede una posizione differenziata e qualificata determinata dalla presentazione della domanda di partecipazione alla procedura, da questa si può però prescindere ove il ricorrente sia, come nel caso di specie, soggetto operante nel settore di riferimento, e, quindi, portatore di una posizione differenziata abilitante, che miri con l'impugnativa ad impedire lo svolgimento della procedura selettiva con regole ingiustamente preclusive (C. Stato, sez. V, 08 marzo 2011, n. 1443).

Fatta questa necessaria premessa, non resta che esaminare il merito delle articolazioni rese a corredo dell'istanza, dovendosi rilevare in primo luogo che il requisito del fatturato specifico riflette un rilevante profilo di interesse ascrivibile alla stazione appaltante, essendo ad esso sottesa l'esigenza di impiegare per l'espletamento del servizio personale infermieristico altamente qualificato. Il disciplinare di gara illustra *in primis* l'obiettivo che l'Amministrazione appaltante intende perseguire, che è quello di *"curare al proprio domicilio pazienti affetti da grave insufficienza respiratoria cronica"*. Tra gli elementi che concorrono a formare l'oggetto dell'appalto è compresa anche *"l'assistenza tecnica ai respiratori forniti ai pazienti al domicilio"* e la documentazione richiesta in sede di partecipazione alla gara per la documentazione del servizio contempla anche *"qualifica e numero delle persone impiegate, percorsi formativi e di aggiornamento"* oltre che il curriculum degli infermieri incaricati del servizio.

E' ben noto che l'Amministrazione aggiudicatrice gode della più ampia discrezionalità in sede di enucleazione dei requisiti di qualificazione secondo la natura dell'appalto, per cui la relativa disciplina è suscettibile di un sindacato soltanto estrinseco, che deve esplicitarsi secondo i canoni della logicità e ragionevolezza. Nel caso di specie non si riscontra il superamento di siffatta soglia per così dire di buon senso, in quanto assumono particolare rilievo le specifiche modalità di espletamento del servizio di assistenza infermieristica ai pazienti con difficoltà respiratorie, come emerge in più parti della *lex specialis* in sede di descrizione dell'oggetto del servizio in appalto. Invero, l'adeguatezza e proporzionalità dei requisiti richiesti dal bando va valutata con riguardo non al mero importo dell'appalto, ma all'oggetto in concreto di esso ed alle sue specifiche peculiarità (C. Stato, Sez. V, 23 gennaio 2006, n. 206; Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, determinazione 21 maggio 2009, n. 5). I parametri di riferimento ai quali ancorare, negli anzidetti di termini di ragionevolezza ed adeguatezza, il sindacato delle regole di gara in punto di requisiti di qualificazione vanno quindi tratti dal medesimo tessuto disciplinare, laddove scolsisce le caratteristiche oggettuali dell'appalto.

E' proprio alla luce della disamina della *lex specialis* che emerge l'infondatezza del rilievo mosso dall'istante, laddove deduce che il requisito in contestazione non sarebbe calibrato secondo la natura dell'appalto per riflettere una minima parte dello stesso. L'osservazione non trova riscontro negli atti di gara, in considerazione della particolare rilevanza delle competenze specialistiche del personale infermieristico, la cui attività deve essere indirizzata proprio a pazienti affetti da grave insufficienza respiratoria. Il requisito in oggetto, quindi, riflette in maniera coerente l'esigenza di verificare in capo alle concorrenti il possesso della necessaria esperienza e di adeguata capacità economica e finanziaria con riferimento allo specifico servizio richiesto, così come descritto nella legge di gara

L'ulteriore profilo di censura articolato dall'istante in ordine alla impossibilità materiale di fatturare le prestazioni infermieristiche domiciliari assicurate in favore di soli pazienti affetti da patologie respiratorie non assume la sospirata carica persuasiva per risultare contraddetta dalla stessa dinamica della vicenda, essendo state acquisite dalla stazione appaltante ben quattro offerte di gare. Tale, peraltro, cospicua partecipazione, se corrispondesse al vero quanto lamentato dall'istante, sarebbe stata materialmente impossibile.

In base a tutto quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la disciplina di gara predisposta dalla stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore, risultando, i requisiti in contestazione, assolutamente rispettosi del limite della logicità e della ragionevolezza oltre che pertinenti e congrui in relazione all'oggetto dell'appalto e allo scopo perseguito.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 15 marzo 2012

Il Segretario: Maria Esposito