

TAR Sardegna, Sezione Prima, Sentenza n. 611 del 9 settembre 2024

Appalti di forniture – Requisiti di capacità tecnico-professionale – Fatturato specifico –
Avvalimento di tipo operativo

Publicato il 09/09/2024

N. 00611/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00680/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 680 del 2024, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione (...) Centrale Regionale di Committenza Servizio Spesa Comune, non costituito in giudizio;

Regione (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

-della determinazione (...) – D.G. Centrale Regionale di Committenza, n. 457 del

15.7.2024, di esclusione della ricorrente dalla procedura aperta per l'affidamento della fornitura di “giubbotti antiproiettile/antilama e di stivaletti antincendio dpi di III cat., destinati al personale del Corpo Forestale e di Vigilanza Ambientale della Regione (...)” – Lotto n. 1, CIG (...); della nota di comunicazione dell'esclusione del 15.7.2024 (prot. 5888) e di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente agli atti suddetti, ancorché incognito alla società ricorrente fra cui, in particolare, i verbali di gara, nella parte in cui dispongono l'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara;

l'istruttoria d'ufficio dell'11.7.2024, concernente “Esame della documentazione (...) S.r.l”, relativo alla verifica che la ricorrente fosse priva del requisito tecnico professionale prescritto, a pena di esclusione, dal paragrafo 6.3 del disciplinare di gara, nonché il medesimo paragrafo 6.3. del disciplinare di gara, se e in quanto interpretato in senso sfavorevole alla ricorrente, nella parte in cui indica tra i requisiti di capacità tecnica professionale, ai sensi dell'art. 100 del D.Lgs. n. 36/2023, l'aver seguito per il Lotto n. 1 (forniture di giubbotti antiproiettile e antilama) la “produzione e/o la commercializzazione, di abbigliamento professionale o accessori di abbigliamento”, almeno pari alla metà dell'importo posto a base d'asta (IVA esclusa) nel triennio antecedente alla data di pubblicazione della gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Regione (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 settembre 2024 il dott. Gabriele Serra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente ha esposto di aver partecipato alla procedura indetta dalla

Regione Sardegna finalizzata all'acquisizione delle forniture di "*Giubbotti antiproiettile/antilama (Lotto n. 1 - CIG: (...)) ai sensi dell'art. 108 c. 3 del D. Lgs. 36/2023 e di Stivaletti antincendio DPI di III cat. (Lotto n. 2 - CIG: (...))*" ai sensi dell'art. 108 c. 2 del D. Lgs. 36/2023, destinati al personale del Corpo Forestale di Vigilanza Ambientale, con riferimento al Lotto n. 1 del valore di € 420.000,00, per il quale risultavano pervenute n. 3 offerte.

Con nota del 13.2.2024 (prot. 1885) la stazione appaltante aveva tuttavia richiesto alla ricorrente di produrre il PASSOE dell'ausiliaria relativo alla procedura di gara in questione (essendone stato depositato uno inerente una procedura diversa) e di presentare i chiarimenti utili a verificare la necessità o meno di ricorso all'avvalimento, essendo stato indicato il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale per un importo medio nel triennio richiesto dal disciplinare di gara pari a € 604.331,00, somma ben superiore rispetto a quella necessaria per la dimostrazione del requisito; ciò in quanto, se fosse stata confermata la necessità dell'avvalimento, si sarebbe proceduto all'esclusione della ricorrente stante la nullità del contratto di avvalimento per mancanza di uno degli elementi essenziali (indicazione delle risorse, umane e strumentali, messe a disposizione dell'ausiliata per tutta la durata dell'appalto e anche del necessario carattere sinallagmatico).

La ricorrente riscontrava la nota mediante deposito del PASSOE corretto e argomentava, da un lato, in merito alla non genericità del contratto di avvalimento in quanto avvalimento di garanzia, dall'altro, comunque, in ordine al possesso in proprio del requisito, documentando di aver realizzato nel triennio antecedente alla pubblicazione della gara un fatturato specifico, avente ad oggetto la produzione/commercializzazione di "*materiale di armamento*", per complessivi € 522.875,87.

Su tali basi, non veniva disposta l'esclusione della ricorrente dalla gara.

2. Successivamente, erano attivate nei confronti della ricorrente le verifiche di cui agli artt. 94-98 e 100, comma 11, del D.Lgs. n. 36/2023, che venivano concluse

con l'impugnata determinazione di esclusione della ricorrente, in quanto la stazione appaltante ha ritenuto non provato il possesso del requisito di cui al paragrafo 6.3 del disciplinare di gara "*Requisiti di capacità tecnica e professionale*", i.e. di aver eseguito per il Lotto n. 1 (forniture di giubbotti antiproiettile e antilama) la "*produzione e/o la commercializzazione, di abbigliamento professionale o accessori di abbigliamento*", almeno pari alla metà dell'importo posto a base d'asta (IVA esclusa) nel triennio antecedente alla data di pubblicazione della gara.

In tal senso, la stazione appaltante ha esposto che le fatture trasmesse dalla ricorrente relative alle forniture pregresse si riferivano in gran parte a beni appartenenti a categorie merceologiche differenti rispetto a quelle espressamente richieste ai fini della dimostrazione del possesso del requisito in questione, risultando così ammissibili solo in parte (per complessivi € 43.403,98) e in misura inferiore all'importo minimo previsto, senza argomentare in ordine alla validità del contratto di avvalimento.

3. Avverso tale atto la ricorrente ha dedotto:

- I *Violazione e /o falsa applicazione dell'art. 104 del D.Lgs. 36/2023. Violazione e/o falsa applicazione del paragrafo 6.3 ("Requisiti di capacità tecnica e professionale") del Disciplinare di gara. Eccesso di potere per travisamento dei fatti ed errore manifesto. Eccesso di potere per carenza di motivazione*, in quanto, in primo luogo, la ricorrente è in possesso del requisito in parola avendo depositato un contratto di avvalimento con la (...) SAS, da considerarsi senz'altro valido in quanto, trattandosi della messa a disposizione di un certo fatturato, deve essere qualificato come avvalimento di garanzia, mentre nella nota di esclusione non si fa menzione del contratto in discorso, pur se tali argomentazioni erano già state rese dalla ricorrente.

- II *Violazione e/o falsa applicazione del paragrafo 6.3 ("Requisiti di capacità tecnica e professionale") del Disciplinare di gara. Violazione e/o falsa applicazione del principio di equivalenza. Violazione e/o falsa applicazione del principio di proporzionalità amministrativa. Violazione e/o falsa applicazione del principio del favor participationis. Eccesso di potere per*

manifesta illogicità, in quanto, in ogni caso, il requisito è posseduto in proprio dalla ricorrente.

Infatti, la richiesta “*produzione e/o la commercializzazione, di abbigliamento professionale o accessori di abbigliamento*”, almeno pari alla metà dell’importo posto a base d’asta nel triennio antecedente alla data di pubblicazione della gara deve invero essere interpretata alla luce del principio di equivalenza, per cui il “*materiale di armamento*” che la ricorrente ha dimostrato di aver prodotto/commercializzato nel triennio precedente in misura assai superiore all’importo minimo previsto dalla *lex specialis* di gara deve considerarsi coerente con l’oggetto specifico del Lotto n. 1.

- III *Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 97 Cost. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 21 nonies e 21 quinquies della L. 7.8.1990, n. 241. Violazione e/o falsa applicazione del principio del contrarius actus. Eccesso di potere per contraddittorietà. Eccesso di potere per violazione del principio del legittimo affidamento. Eccesso di potere per violazione dei principi del giusto procedimento*, in quanto, come visto sopra, la Regione ha, dapprima riammesso alla gara senza rilevare in una prima fase di contraddittorio alcunché in ordine alla idoneità del requisito di capacità tecnico professionale richiesto ai fini della partecipazione alla gara, e di poi l’ha esclusa, sulla base di una circostanza di cui essa aveva avuto chiara percezione fin da una fase della gara ben antecedente, in contrasto con le precedenti determinazioni dell’Amministrazione, senza che neppure vi sia una motivazione espressa in ordine al mutato indirizzo assunto e, dunque, in violazione dei principi del *contrarius actus* e dell’affidamento maturato dalla ricorrente.

- IV *Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 10 e 100 del D.Lgs 36/2023. Violazione e/o falsa applicazione del principio di proporzionalità amministrativa. Violazione e/o falsa applicazione del principio del favor participationis. Eccesso di potere per manifesta illogicità*, in quanto, in subordine, aderendo alla tesi restrittiva in ordine all’interpretazione del par. 6.3. del disciplinare, lo stesso sarebbe in contrasto con gli artt. 10 e 100 del Codice dei Contratti, trattandosi di requisito richiesto che esorbita i limiti della

ragionevolezza e proporzionalità.

4. Resiste in giudizio la Regione (...), che ha richiesto il rigetto del ricorso siccome infondato.

5. Alla camera di consiglio del 4.9.2024, sussistendo i presupposti per una definizione in forma semplificata, la causa è stata trattenuta in decisione, previo avviso alle parti *ex artt. 60 e 120 c.p.a.*

6. Il primo motivo è infondato e deve essere rigettato, con esso essendo solo argomentato non già sulla sufficienza del contratto di avvalimento se interpretato quale avvalimento operativo, bensì solo in ordine alla sua qualificazione come avvalimento di garanzia (e solo perciò sulla sua validità).

In realtà l'avvalimento in questione deve essere qualificato come avvalimento operativo.

Sul punto, ha chiarito la giurisprudenza, in senso contrario a quanto ritenuto dalla ricorrente, che non sempre il requisito del fatturato specifico può essere riguardato in termini di capacità economica dell'impresa, in quanto *“qualora la lex specialis di gara intenda il fatturato specifico quale espressione della capacità tecnica e non già di solidità economico-finanziaria, e per la dimostrazione di tale requisito si faccia ricorso all'avvalimento, si è in presenza di un avvalimento non di garanzia, ma operativo, il che comporta la necessità da parte dell'ausiliaria di una concreta ed adeguata messa a disposizione di risorse determinate, affinché il suo impegno possa dirsi effettivo”* (Cons. Stato, sez. III, 25 luglio 2023, n. 7293 che richiama anche Cons. Stato, sez. V, 13 aprile 2022, n. 2784: *“se la lex specialis riferisce il fatturato specifico alla dimostrazione della capacità tecnica, e tale previsione non viene neppure contestata giudizialmente, l'avvalimento del requisito del fatturato specifico in servizi non è qualificabile come avvalimento c.d. di garanzia, destinato a fornire risorse esclusivamente di carattere economico-finanziario. Le capacità tecniche e professionali rilevanti come criterio di selezione per gli appalti di servizi presuppongono, in linea generale, non solo il possesso di risorse umane e tecniche da impiegare immediatamente nell'espletamento del servizio, ma anche il possesso dell'esperienza, entrambi elementi necessari per eseguire l'appalto con un adeguato standard di*

qualità, secondo la lettera dell'art. 83, comma 6, del D.Lgs. n. 50 del 2016 (Cons. Stato, V. 19 luglio 2018, n. 4396)".

Ciò posto in diritto, nel caso di specie la *lex specialis*, vincolante, riconduce espressamente il requisito oggetto di avvalimento di cui al par. 6.3 del disciplinare "Aver eseguito per il Lotto n. 1, forniture di giubbotti antiproiettile e antilama - "produzione e/o la commercializzazione, di abbigliamento professionale o accessori di abbigliamento", almeno pari alla metà dell'importo posto a base d'asta (IVA esclusa) nel triennio antecedente alla data di pubblicazione della gara" ai "REQUISITIDI CAPACITÀ TECNICA E PROFESSIONALE" e non già ai "REQUISITI DI CAPACITÀ ECONOMICA E FINANZIARIA" di cui al precedente par. 6.2. (doc. 4).

Di tal che, è smentita la tesi di parte ricorrente in ordine alla riconduzione del requisito in discorso alla capacità economica dell'operatore economico, essendo chiara la *lex specialis* nel riguardarlo in termini di capacità tecnica, con conseguente necessità di qualificare l'avvalimento come operativo e non già di garanzia.

Il motivo è perciò destituito di fondamento.

7. Il secondo motivo è del pari infondato e deve essere rigettato, non essendo condivisibile la tesi della ricorrente per cui, a fronte di un requisito quale quello citato di cui all'art. 6.3 del disciplinare, "produzione e/o la commercializzazione, di abbigliamento professionale o accessori di abbigliamento", possa operare il principio di equivalenza in relazione al "materiale di armamento" che la ricorrente ha dimostrato di aver prodotto/commercializzato.

In tal senso, vale ricordare che il principio dell'equipollenza è di derivazione unionale e attribuisce la possibilità di ammettere alla comparazione prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste, ai fini della selezione della migliore offerta, e che risponde, da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento e di libertà d'iniziativa economica e, dall'altro, al principio euro-unitario di concorrenza, che vedono quale corollario il *favor participationis* alle pubbliche gare, mediante un legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da

parte dell'Amministrazione alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità; lo stesso presuppone, quindi, la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto, ancorché difforme dalle specifiche tecniche indicate dalla stazione appaltante, quale conformità sostanziale con le dette specifiche tecniche, nella misura in cui queste vengano nella sostanza soddisfatte; ne deriva, sul piano applicativo, che, sussistendone i presupposti, la stazione appaltante deve operare il giudizio di equivalenza sulle specifiche tecniche dei prodotti offerti non già attenendosi a riscontri formalistici, ma sulla base di criteri di conformità sostanziale (e funzionale) delle soluzioni tecniche offerte, sì che le specifiche indicate dal bando vengono in pratica comunque soddisfatte (*ex multis* Cons. Stato sez. V, 15 febbraio 2024, n. 1545).

Ora, se così è, si coglie l'infondatezza della tesi attorea ove pretende di affermare l'equivalenza di generale materiale di armamento con il requisito richiesto di abbigliamento, sulla base della sola circostanza per cui l'appalto ha ad oggetto la fornitura di giubbotti antiproiettile e antilama, poiché è evidente che la produzione di armamenti non dimostri la capacità tecnica della ricorrente anche e proprio rispetto all'oggetto dell'appalto, che è, comunque, abbigliamento, trattandosi di giubbotti, per quanto antiproiettile e antilama; in sostanza, non si può pretendere l'equipollenza tra armamenti e giubbotti, sol perché i secondi sono caratterizzati dall'essere resistenti alle armi.

Il mezzo è perciò rigettato.

8. Anche il terzo motivo di ricorso non può essere accolto, in quanto non può accedersi alla tesi per cui vi sarebbe una contraddittorietà viziante sull'esclusione dalla circostanza per cui, in un primo momento, l'amministrazione non abbia inteso procedere all'esclusione pur avendo acquisito tutti gli elementi.

In realtà, a ben vedere, è sufficiente osservare in senso contrario, che la stazione appaltante ha preso atto, inizialmente, della dichiarazione della ricorrente per cui comunque la stessa possedeva in proprio il requisito in esame, a prescindere dalla

natura dell'avvalimento e dunque non l'ha esclusa, poiché, in tale momento, il requisito è stato correttamente dichiarato. Tuttavia, in sede di verifica del possesso dei requisiti, ha valutato la non sufficienza della prova in ordine al possesso di tale requisito, in parte peraltro ritenuto sussistente, ma non in relazione all'ammontare richiesto dalla *lex specialis*; è evidente perciò che, solo all'esito della ulteriore attività istruttoria, emerge la sussistenza della causa di esclusione, per difetto di prova del requisito in proprio, non potendo operare l'avvalimento.

Non emerge perciò alcuna contraddittorietà né lesione dell'affidamento, anche a volerlo ritenere rilevante sul piano della legittimità del provvedimento, che possa condurre a ritenere illegittima l'esclusione.

9. Infine, non è fondato neppure il quarto motivo, subordinato, in ordine alla ritenuta illegittimità della *lex specialis* ove richiede la prova del fatturato in relazione a un elemento, la “*produzione e/o la commercializzazione, di abbigliamento professionale o accessori di abbigliamento*”, con fatturato pari alla metà dell'importo posto a base d'asta nel triennio precedente, che sarebbe esorbitante i limiti della ragionevolezza e proporzionalità.

In senso contrario, vale ricordare che “*i requisiti di partecipazione ad una gara sono fissati dall'autorità amministrativa con ampia discrezionalità, sindacabile solo per manifesta arbitrarietà ed irragionevolezza [che, per quanto detto, non si ravvisano nella fattispecie], dovendo la loro previsione essere correlata a circostanze giustificate e risultare funzionale all'interesse pubblico perseguito (...) La direttiva 2014/24/Ue, d'altronde, prevede, con riferimento alle capacità tecniche e professionali, che "le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità" (art. 58, par. 4), confermando l'impostazione secondo la quale la p.a. ha interesse ad incentivare la partecipazione alle gare di soggetti particolarmente qualificati, che garantiscano elevati standard qualitativi al fine di svolgere al meglio le prestazioni oggetto di gara. Pertanto, il punto di equilibrio del sistema non è dato dal numero di concorrenti operanti sul mercato in grado di offrire il prodotto richiesto, ma*

dall'esistenza o meno di una ragionevole e proporzionata esigenza del committente pubblico che giustifica la domanda di un prodotto offerto solo da poche imprese" (Cons. Stato, sez. V, 12/01/2023, n. 431; cfr. anche Cons. Stato sez. V, 08/08/2023, n. 7649; Cons. Stato, sez. IV, 19/06/2023, n. 5992; T.A.R. Lazio, sez. II, 11/09/2023, n. 13700).

Ciò posto, anche alla luce di quanto esposto al superiore par. 8, il Collegio ritiene che non vi sia alcuna irragionevolezza o sproporzione nella previsione di un requisito di capacità tecnica consistente nella prova di aver svolto l'attività di *"produzione e/o la commercializzazione, di abbigliamento professionale o accessori di abbigliamento"* in misura pari alla metà dell'importo posto a base d'asta, allorquando l'appalto abbia ad oggetto la fornitura di giubbotti antiproiettile e antilama, come nel caso di specie, per cui è evidente la connessione con l'oggetto dell'appalto e la ragionevolezza e proporzionalità del requisito richiesto, attraverso il quale l'amministrazione intende verificare e limitare la partecipazione ad operatori economici che abbiano l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità, come evidenziato dalla giurisprudenza, cogliendosi intuitivamente l'intimo legame che intercorre tra la produzione di abbigliamento professionale e la fornitura dei giubbotti oggetto dell'appalto.

Né la previsione dell'entità del requisito (fatturato pari alla metà dell'importo posto a base d'asta) può considerarsi sproporzionata, rientrando invece nel limite ragionevole attraverso il quale la stazione appaltante può rendere funzionale il requisito alla finalità per cui lo stesso è posto.

Il motivo è perciò infondato.

10. In conclusione, il ricorso è complessivamente infondato e deve essere rigettato.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la ricorrente alla rifusione, in favore della Regione (...), delle spese del

giudizio, che si liquidano in euro 2.000,00, oltre spese generali ed accessori come per legge.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 4 settembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Marco Buricelli, Presidente

Gabriele Serra, Primo Referendario, Estensore

Roberto Montixi, Referendario

L'ESTENSORE

Gabriele Serra

IL PRESIDENTE

Marco Buricelli

IL SEGRETARIO