



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 6111/2012 RG, proposto dalla Regione Lazio, in persona del Presidente *pro tempore* della Giunta regionale, rappresentata e difesa dall'avv. Rodolfo Mazzei, con domicilio eletto in Roma, via XX Settembre n. 1,

contro

la American Laundry Ospedaliera s.p.a., corrente in Melito di Napoli (NA), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Francario e Massimo Scalfati, con domicilio in Roma, via della Mercede n. 11 e

nei confronti di

Azienda Usl Roma B, Azienda Usl Roma C, Azienda Usl Roma D, Azienda Usl Roma H, Azienda Usl di Frosinone, INMI *Lazzaro Spallanzani* – IRCSS ed IRCSS Istituti fisioterapici ospedalieri – IFO, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituiti nel presente giudizio,

per la riforma

della sentenza breve del TAR Lazio – Roma, sez. III-quater, n. 7250/2012, resa tra le parti e concernente la gara comunitaria centralizzata, a procedura aperta, finalizzata all'acquisizione del servizio di lavanolo occorrente alle Aziende sanitarie della Regione Lazio;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della sola Società appellata;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, c. 10, c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del 7 dicembre 2012 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi altresì, per le parti costituite, gli avvocati Mazzei e Francario;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – La Regione Lazio rende noto che, in forza dell'art. 1, c. 455 della l. 27 dicembre 2006 n. 296 e dell'art. 1, c. 68, lett. c) della l. reg. Lazio 11 agosto 2008 n. 14, ha assunto, su loro delega, la funzione di centrale di committenza per le Aziende sanitarie regionali per indire e gestire a loro favore alcune gare centralizzate per l'acquisizione di beni e servizi.

Tra tali gare, la Regione Lazio fa presente d'aver indetto una procedura aperta europea, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per il servizio quadriennale di lavanolo della biancheria piana e confezionata, dei materassi, dei guanciali, del vestiario e delle divise per il personale di dette Aziende. Con determinazione dirigenziale n. B02371 del 24 aprile 2012, la Regione Lazio ha aggiudicato cinque degli otto lotti appaltandi alla SOGESI s.p.a., mentre le procedure inerenti ai restanti tre sono andate deserte. Sicché per questi ultimi (lotti nn. 3, 5 e 7) la Regione, con bando spedito alla GUCE il 12 giugno 2012 e pubblicato in GU del successivo giorno 15, ha indetto una nuova gara centralizzata per aggiudicare il servizio di lavanolo, per la durata di 48 mesi e per un importo complessivo a base d'asta pari a € 42.686.791,00 oltre IVA ed al netto di € 38.400,00 per rischi da interferenza.

Il bando di gara ha previsto, tra l'altro, la possibilità di proporre offerte in ATI, con esclusione, però (art. 7 del bando), di quelle tra le imprese in grado, già singolarmente, di soddisfare i requisiti economici e tecnici di partecipazione (c.d. ATI "sovrabbondanti"). In particolare, la Regione ha reputato opportuno, per evitare un uso improprio ed anticoncorrenziale, di non consentire in linea di massima tale tipo di ATI, tranne che non associno anche imprese non ipoqualificate, in coerenza con i principi sul punto da ultimo sanciti dalle deliberazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato – AGCM, nonché dall'AVCP (deliberazioni n. 79 del 7 ottobre 2009, n. 13 dell'11 marzo 2010, ecc.).

2. – Avverso la clausola in questione, la American Laundry Ospedaliera s.p.a., corrente in Melito di Napoli (NA), è insorta innanzi al TAR Lazio il quale, con la sentenza breve n. 7250 del 3 agosto 2012, ne ha accolto il ricorso annullando il divieto di partecipazione delle ATI sovrabbondanti.

Appella quindi la Regione Lazio, deducendo in punto di diritto: A) – il difetto di legittimazione in capo alla Società appellata, non avendo inteso partecipare in qualunque forma alla procedura per cui è causa e, come tale, priva della titolarità di un'autonoma e differenziata situazione soggettiva tutelabile in via d'azione; B) – l'irrelevanza al riguardo del preliminare di ATI con un'impresa terza, sia perché l'appellata non ha inteso, senza ragione, rivelarne il nominativo e non essendo chiaro se ed a quale gara tale futura ATI avrebbe inteso partecipare, sia perché non si dimostra la ragione per cui all'appellata sarebbe dovuta occorrere solo un'ATI "sovrabbondante" per partecipare in modo efficace alle gare stesse; C) – la conformità della clausola ai principi pro-concorrenziali delle ATI non sovrabbondanti, come da ultimo suggerito dalla segnalazione dell'AGCM n. AS-880 del 28 settembre 2011, in virtù della quale l'inserimento della clausola stessa può senz'altro contribuire a scongiurare i rischi derivanti da comportamenti opportunistici o collusivi delle imprese, con effetti nocivi sulla gara cui esse partecipano; D) – il principio per cui le clausole di non ammissione delle predette ATI, non essendo basate su norme imperative e non potendo esser desunte in via pretoria, soggiacciono agli ordinari canoni di proporzionalità e di ragionevolezza, in sé e con riguardo allo specifico oggetto dell'appalto; E) – la necessità nella specie della clausola impugnata, in relazione allo specifico ed attuale assetto del mercato relativo, a livelli nazionale e regionale, al lavanolo ed all'entità ed alla complessità della gara centralizzata regionale; F) – in ogni caso, l'assenza d'ogni automatismo, come da ultimo chiarito dall'AVCP e quand'anche l'appellata intendesse partecipare in ATI sovrabbondante, dell'esclusione di quest'ultima senza un accertamento specifico, da parte della stazione appaltante, del concreto effetto anticoncorrenziale d'un tal raggruppamento. Resiste nel presente giudizio la sola Società appellata, concludendo per il rigetto del ricorso in epigrafe.

Con decreto cautelare n. 3233 del 7 agosto 2012, poi confermato con ordinanza cautelare n. 3158 del 1° settembre 2012, la Sezione ha sospeso la sentenza appellata.

Alla pubblica udienza del 7 dicembre 2012, su conforme richiesta delle parti costituite, il ricorso in epigrafe è assunto in decisione dal Collegio.

3. – Per una miglior comprensione della situazione di fatto, preme al Collegio far presente che la Società appellata, dopo il citato preliminare di ATI con un'impresa terza, ha poi proposto istanza di partecipazione, appunto in raggruppamento “sovrabbondante” con tale imprese almeno per un lotto, alla gara per cui è causa. Allo stato, sul lotto *de quo*, il seggio di gara, dopo l'esame della documentazione amministrativa, ha ammesso l'ATI sovrabbondante alle ulteriori fasi della procedura medesima.

Ciò posto, l'appello della Regione è meritevole di condivisione e va accolto, per le ragioni ed con i limiti qui di seguito indicati.

4. – Ora, il Collegio non ritiene di poter seguire la tesi dell'appellante in ordine all'insufficienza della dimostrazione, da parte della predetta Società, d'un interesse qualificato all'impugnazione immediata della clausola in questione.

A tal riguardo, a fronte della prospettazione di primo grado sull'efficacia immediatamente escludente della clausola *de qua*, la Società appellata ha inteso dare un principio di prova sul proprio interesse all'impugnazione, partendo proprio dalla volontà di partecipare alla gara in ATI sovrabbondante. La Sezione ha avuto modo di precisare sul punto (cfr. Cons. St., III, 11 giugno 2012 n. 3402, resa su vicenda consimile) come, a fronte d'una clausola non *ictu oculi* preclusiva alla partecipazione, l'impresa, già in sé qualificata ma che volesse fornire una offerta in ATI “sovrabbondante”, dovesse chiarire che, avuto riguardo allo specifico oggetto dell'appalto, solo tal forma di aggregazione le desse una seria *chance* di positivo risultato. Nella specie, la Società appellata, che, si badi, non era certo onerata a produrre un progetto di offerta per dimostrare il *purpose of business* da perseguire con l'ATI sovrabbondante, s'è sì limitata a depositare in atti il preliminare di ATI, ma ciò non è manifestamente insufficiente, servendo già a far comprendere la volontà di partecipazione come tale e nella forma aggregativa preferita. Tal sufficienza ben si può evincere sia dal concreto comportamento di buona fede delle parti nell'esecuzione di detto accordo, sia dall'intento effettivamente perseguito nel partecipare in siffatta aggregazione alla gara *de qua*, sia dalla circostanza che l'impugnata clausola di non ammissione delle predette ATI non consente, in assenza d'una norma imperativa conforme e di principi solidi da cui desumerla in via d'interpretazione, alcun automatismo in danno alle imprese partecipanti.

5. – Per le ragioni spiegate è, dunque, erroneo l'assunto da cui parte l'impugnazione di primo grado e che il TAR ha inteso accogliere.

Il Collegio osserva che la clausola in parola, nel riferirsi a pronunciamenti dell'AVCP sui possibili effetti anticoncorrenziali della partecipazione a gara delle ATI sovrabbondanti, assolve appunto a tal funzione, discendente dall'obbligo della stazione appaltante d'assicurare la maggior concorrenzialità possibile nella specifica procedura di gara.

Ma, come rettamente osserva la Regione appellante, un divieto di tal tipo di ATI non è posto in assoluto, né sarebbe legittimamente possibile, stante l'evidente *favor* del diritto comunitario alla partecipazione alle gare ad evidenza pubblica anche dei soggetti riuniti, al di là della forma giuridica di tale loro aggregazione. Il divieto, come d'altronde ogni limite quantitativo all'ingresso di operatori in un dato mercato competitivo, anche regolato, serve a garantire che non si verifichi un'indebita, sproporzionata o irragionevole compressione della concorrenza nella specifica gara. Di converso, il divieto va interpretato secondo gli ordinari canoni di valutazione di coerenza della fonte con le regole ed i principi costituzionali e comunitari, ossia precludendo siffatta partecipazione con riguardo alle evidenze del mercato proprio dell'appalto e nei soli limiti in cui ciò è necessario. Da ciò discende il carattere non immediatamente escludente della clausola, a nulla rilevando che la Società appellata la intenda in modo differente, giacché non v'è evidenza, né *a priori*, né a seguito dell'effettiva partecipazione di essa alla gara nella forma aggregativa prescelta, che l'ATI sovrabbondante stia creando un'aggregazione anticoncorrenziale.

Pertanto, se è in sé legittima l'inserzione della citata clausola nel bando, negli ovvi limiti della proporzionalità e della ragionevolezza, la relativa applicazione, per esser reputata legittima, non può mai prescindere dal concreto accertamento dell'effetto anticoncorrenziale che quella e solo quella ATI sovrabbondante possa produrre in quella ed in quella singola procedura di gara.

6. – Le spese del presente giudizio, sussistendone giusti motivi, possono esser compensate in modo integrale tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. III), definitivamente pronunciando sull'appello (ricorso n. 6111/2012 RG in epigrafe), lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto ed in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 7 dicembre 2012, con l'intervento dei sigg. Magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/02/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)