

Pubblicato il 22/11/2021

N. 02068/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01194/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1194 del 2021, proposto da Ferrero Med S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Capello e Alberto Garlanda, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Lorusso e Anna Muraca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

For Hospital S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara n. 2783453 inerente l'affidamento del servizio di gestione manutentiva e distributiva degli ausili per

disabili ricompresi nell'elenco 1, 2 e 3 del nomenclatore tariffario delle protesi d.m. 322 del 99, di proprietà dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro, comunicato l'8 giugno 2021;

- del provvedimento di conferma dell'esclusione dalla predetta gara, comunicato il 21 giugno 2021;

- di tutti i verbali di gara, compreso quello di apertura della documentazione amministrativa;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso ai precedenti;

- dei chiarimenti resi dalla Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro il 26 aprile 2021, nella parte relativa al subappalto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 novembre 2021 il dott. Francesco Tallaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Ferraro Med S.r.l. ha partecipato alla procedura di gara, indetta dall'Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro, per l'affidamento del servizio di gestione manutentiva e distributiva degli ausili per disabili ricompresi nell'elenco 1, 2 e 3 del nomenclatore tariffario delle protesi d.m. 322 del 99, di proprietà dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro.

Con provvedimento dell'8 giugno 2021 essa è stata esclusa dalla procedura per aver indicato nel DGUE di volersi avvalere del subappalto, a dire della

stazione appaltante vietato.

Anche a seguito delle contestazioni mosse dalla partecipante esclusa, l'Azienda Sanitaria Provinciale ha confermato la propria decisione, specificando che il divieto di subappalto sarebbe contemplato dall'art. 18 del disciplinare di gara.

2. – La società esclusa si è rivolta a questo Tribunale Amministrativo Regionale domandando l'annullamento del provvedimento.

Ha evidenziato che la legge speciale di gara non prevede il divieto di subappalto; che, comunque, ove anche fosse stato previsto, esso sarebbe in contrasto con la disciplina europea; in ogni caso, esso non potrebbe comunque portare all'esclusione del concorrente che ha dichiarato di volersene avvalere.

3. – Costituitasi l'Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro, con ordinanza del 29 luglio 2021, n. 465, in accoglimento dell'istanza cautelare presentata, il Tribunale ha ammesso la società ricorrente alla gara, con riserva

4. – In vista dell'udienza pubblica, fissata per il 9 novembre 2021, e in esito alla quale il ricorso è stato trattenuto in decisione, l'amministrazione intimata ha ulteriormente difeso la propria decisione e ha chiesto che, anche in caso di accoglimento del ricorso, si riaffermi da parte di questo Tribunale, in vista della fase esecutiva del servizio in affidamento, il divieto di subappalto.

5. – Come correttamente indicato dalla parte ricorrente, nessuna clausola della *lex specialis* di gara vieta il subappalto.

L'art. 18 del disciplinare, pur indicato dalla stazione appaltante nella conferma dell'esclusione, si limita a prevedere la risoluzione del contratto in caso di subappalto non autorizzato, ma non è esso stesso fonte del divieto.

Il divieto non poteva, poi, essere introdotto con i chiarimenti resi dall'amministrazione. Infatti, è granitica l'opinione della giurisprudenza, secondo cui la stazione appaltante non può, in sede di chiarimenti, modificare

le previsioni della legge di gara, introducendo prescrizioni vincolanti non desumibili dalla stessa *lex specialis* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 30 novembre 2020, n. 7555).

6. – E d'altra parte, il divieto generalizzato di subappalto è contrario ai principi europei che regolano gli appalti pubblici (CGUE, Sez. V, 26 settembre 2019, in causa C-63/18; Id., 27 novembre 2019, in casusa C-402/18; in termini Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2020, n. 389), anche quando si tratti di appalti sotto soglia (CGUE, Sez. V, 5 aprile 2017, in causa C-298/15), a meno che si sia in presenza di casi specifici, con riferimento a determinate tipologie di appalto, in cui può essere giustificato un limite percentuale all'esperibilità del subappalto in relazione alla natura particolare delle prestazioni da svolgere (TAR Tosacana, Sez. II, 9 luglio 2020 n. 898).

Ma nel caso di specie, l'amministrazione non ha motivato, se non nelle difese in giudizio, le ragioni di un divieto – si ribadisce: in realtà non previsto – al ricorso al subappalto.

7. – Il ricorso deve trovare accoglimento con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Le spese sono regolate secondo il principio della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla:

-) il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara n. 2783453 inerente l'affidamento del servizio di gestione manutentiva e distributiva degli ausili per disabili ricompresi nell'elenco 1, 2 e 3 del nomenclatore tariffario delle protesi d.m. 322 del 99, di proprietà dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro, comunicato l'8 giugno 2021;

-) il provvedimento di conferma dell'esclusione dalla predetta gara, comunicato il 21 giugno 2021.

Condanna l'Azienda Provinciale Sanitaria di Catanzaro, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, alla rifusione, in favore di Ferrero Med S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, delle spese e competenze di lite, che liquida nella misura di € 3.305,00, oltre al rimborso del contributo unificato e delle spese generali nella misura del 15%, nonché oltre a IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Iannini, Presidente

Francesco Tallaro, Primo Referendario, Estensore

Manuela Bucca, Referendario

L'ESTENSORE
Francesco Tallaro

IL PRESIDENTE
Giovanni Iannini

IL SEGRETARIO