

Publicato il 24/10/2024

N. 00560/2024 REG.PROV.CAU.
N. 01060/2024 REG.RIC.



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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 1060 del 2024, proposto da

Ksm S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Gaetano Armao, con domicilio
eletto presso il suo studio in Palermo, via Noto n. 12;

contro

Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico "Paolo Giaccone" di
Palermo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata
e difesa dall'avvocato Francesca Maria Carini, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Easy Service S.r.l., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- della deliberazione n. 676 del 13.06.2024 con la quale l'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico Paolo Giaccone di Palermo ha annullato la deliberazione n.1592 del 7 dicembre 2023 e ha indetto l'Appalto Specifico nell'ambito del Sistema Dinamico di Acquisizione della Pubblica Amministrazione (SDAPA), ai sensi del combinato disposto dell'art.32 e 72 del D.lgs. n.36/2023, per "l'affidamento biennale del servizio di portierato per i presidi ospedalieri e la sede legale dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico "Paolo Giaccone" di Palermo"; ove occorra, della lettera d'invito alla partecipazione alla gara trasmessa dall'Azienda sanitaria agli operatori economici abilitati – acquisita informalmente dalla ricorrente - nei limiti in cui, di fatto, esclude la ricorrente dalla partecipazione alla gara, essendo sprovvista della categoria merceologica oggetto dell'appalto; nonché, di ogni altro atto presupposto connesso e/o consequenziale anche se, allo stato, non conosciuto.

e/o per la conseguente ammissione di KSM alla procedura di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico "Paolo Giaccone" di Palermo;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2024 il dott.

Francesco Mulieri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

PREMESSO che:

a) con il ricorso in epigrafe la ricorrente:

- ha impugnato la deliberazione n. 676 del 13.06.2024 con la quale l'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico Paolo Giaccone di Palermo ha annullato la deliberazione n. 1592 del 7 dicembre 2023 (con la quale aveva indetto la procedura per l'affidamento del "*servizio di portierato, reception e altri servizi ausiliari*" per i presidi ospedalieri e per la sede legale dell'Azienda, con applicazione del criterio di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, da valutarsi tramite Commissione U.R.E.G.A.) e ha indetto l'Appalto Specifico nell'ambito del Sistema Dinamico di Acquisizione della Pubblica Amministrazione (SDAPA), ai sensi del combinato disposto dell'art.32 e 72 del D.lgs. n.36/2023, per "*l'affidamento biennale del servizio di portierato per i presidi ospedalieri e la sede legale dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico "Paolo Giaccone" di Palermo*";

- ha lamentato in prima battuta l'irragionevolezza della delibera che ha inserito quale oggetto di gara anziché "la vigilanza non armata agli immobili in presenza" (c.d. Servizi Fiduciari principalmente di accoglienza e portierato) (catg.6), per la quale la ricorrente era già abilitata allo SDAPA, "il servizio triennale di portierato, reception e servizi generali" (catg.4) per i presidi ospedalieri e la sede legale dell'Azienda stessa, categoria per la quale la ricorrente non possedeva l'abilitazione all'accesso Sistema Dinamico di Acquisizione della Pubblica Amministrazione (SDAPA), al momento della pubblicazione

del bando;

- in subordine, ha chiesto che sia ordinato all'Amministrazione resistente di riaprire i termini di partecipazione per consentirle - avendo acquisito nelle more, anche la qualificazione in argomento richiesta dal bando - di competere per l'aggiudicazione, al pari degli altri operatori economici già invitati a partecipare;

b) si è costituita Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico "Paolo Giaccone" di Palermo sostenendo la legittimità della scelta dell'Amministrazione (sia in ordine al servizio da acquisire sia relativamente alla procedura di gara da seguire), l'inesistenza di qualsiasi profilo di responsabilità della P.A., il difetto di contraddittorio per mancata chiamata in causa della Consip e l'impossibilità giuridica di accogliere la richiesta di ammissione con riserva, non potendo l'Azienda alterare il sistema di *e-procurement* in esame;

RITENUTO, che il ricorso, sulla base della valutazione sommaria propria della presente fase cautelare, non risulta assistito da sufficiente *fumus boni iuris*, atteso che:

- quanto alla domanda proposta in via principale, di annullamento della deliberazione n. 676 del 13.06.2024:

i) l'Azienda resistente ha adeguatamente motivato nella delibera impugnata in ordine alle ragioni per le quali, in autotutela, ha revocato la precedente gara e contestualmente indetto quella nuova, conforme agli obblighi di acquisto centralizzati ex DPCM dell'11/07/2018 e di tutela dei lavoratori negli appalti ad alta intensità di manodopera;

ii) in materia di gare pubbliche, nella dialettica fra tutela della concorrenza e perseguimento dell'interesse pubblico primario

l'amministrazione gode di un'ampia discrezionalità nella selezione dell'oggetto e delle caratteristiche tecniche dell'appalto, in funzione degli standards organizzativi e di efficienza delle relative prestazioni (Cons. Stato, Sez. V, 07/03/2024, n. 2229) sindacabile solo per vizi di manifesta irragionevolezza, irrazionalità, arbitrarietà o sproporzione non sussistenti nel caso di specie;

- quanto alla domanda proposta in via subordinata, di riammissione alla procedura di gara:

i) la giurisprudenza cautelare invocata da parte ricorrente (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III) risulta essere stata successivamente confermata dal medesimo Giudicante con sentenza n. 4445 del 29/07/2024, che ha fornito un'interpretazione delle norme primarie di riferimento (fondata sui principi di buona fede e tutela del legittimo affidamento, tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione nonché, soprattutto, di accesso al mercato e concorrenza), secondo la quale il Codice dei contratti pubblici non limiterebbe la partecipazione agli Appalti Specifici indetti nell'ambito di un Sistema Dinamico di Acquisto ai soli operatori già abilitati al Sistema stesso alla data di indizione dell'Appalto Specifico, ma lascerebbe "aperto" l'invito a tutti gli operatori che si siano accreditati sul Sistema "in tempo utile" (ovvero sino alla data di presentazione delle offerte fissata dall'amministrazione procedente);

ii) tale tesi - ovviamente da approfondire in sede di merito - tuttavia non sembra essere conforme all'interpretazione letterale del disposto normativo considerato che:

- l'art. 32 del Codice dei contratti prevede, al comma 8, che le stazioni

appaltanti invitano alle procedure di appalto specifico *“tutti i partecipanti ammessi a presentare un'offerta per ogni specifico appalto nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione”*, intendendo quindi quelli già ammessi allo SDAPA al momento dell'invito;

- la norma nazionale riflette, pedissequamente, la previsione contenute nell'art. 34, comma 6, della direttiva n. 2024/24/UE, ai sensi della quale *“le amministrazioni aggiudicatrici invitano tutti i partecipanti ammessi a presentare un'offerta per ogni specifico appalto nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione, conformemente all'articolo 54”*;

- l'uso, tanto nella disposizione nazionale che in quella europea, del participio passato “ammessi” sembrerebbe pertanto non consentire di invitare alla procedura operatori che, alla data dell'indizione dell'AS, risultino ‘ammittendi’ – in quanto abbiano eventualmente solo presentato la domanda di abilitazione senza che la stessa sia stata ancora accolta dalla stazione appaltante – né tanto meno operatori che, come la ricorrente, a quella stessa data non hanno nemmeno presentato la domanda in questione;

RITENUTO che, a prescindere da tale profilo ermeneutico, la giurisprudenza citata da parte ricorrente mal si attaglia al caso di specie afferendo ad una fattispecie in cui è stato lamentata dall'operatore economico la mancata pubblicità dell'indizione appalto specifico da parte della Stazione Appaltante, censure non sollevate dalla odierna ricorrente la quale, ha avuto le stesse possibilità di tutti gli altri operatori economici del settore di partecipare alla gara, di cui è stata data ampia e generale pubblicità (sia nella fase primaria dell'indizione dello SDAPA, sia in quella successiva di vero e proprio confronto competitivo fra i vari

operatori economici candidatisi alle future possibilità di affidamento) e che, dunque, può imputare solo al proprio non diligente operato la ritardata acquisizione della qualificazione in argomento richiesta dal bando;

RITENUTO pertanto che:

- vada respinta l'istanza cautelare;
- vada fissata la data della discussione del ricorso nel merito;

Ritenuto di compensare le spese della presente fase cautelare attesa la peculiarità della vicenda.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima) respinge l'istanza cautelare proposta con il ricorso indicato in epigrafe.

Fissa, per la discussione del ricorso nel merito, l'udienza pubblica del 14/01/2025, ore di rito.

Spese compensate.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Maria Cappellano, Consigliere

Francesco Mulieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Francesco Mulieri

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO