

Determinazione dell'oggetto del contratto di avvalimento nelle gare pubbliche

di Margherita Galletti

Data di pubblicazione: 26-7-2017

L'oggetto del contratto di avvalimento deve essere quantomeno determinabile, in base al tenore complessivo del contratto.

Conformi: Adunanza Plenaria sentenza n. 23 del 2016

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10.025 del 2016, proposto da:

International Medical For Life S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Benelli, Federico Tedeschini e Matteo Bensi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Federico Tedeschini in Roma, largo Messico, 7;

contro

Azienda Ospedaliera della Provincia di Lodi (oggi Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Lodi), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta, 142;

nei confronti di

Alliance Medical S.r.l. e Fora S.p.a., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Antonio Papi Rossi ed Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la LOMBARDIA – MILANO, Sezione Quarta, n. 2.032/2016, resa tra le parti, concernente la fornitura del servizio di supporto gestionale per l'esecuzione di tomografie a risonanza magnetica e di ecografie occorrenti all'Azienda Ospedaliera della Provincia di Lodi.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera della Provincia di Lodi, nonché di Alliance Medical S.r.l. e Fora S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 giugno 2017 il Consigliere Oswald Leitner e uditi, per l'appellante, l'avvocato Federico Tedeschini, per l'Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Lodi, l'avvocato Giuseppe Franco Ferrari e, per Alliance Medical S.r.l. e Fora S.p.a., l'avvocato Andrea Reggio D'Acì, su delega dichiarata dell'avvocato Andrea Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, l'Alliance Medical S.r.l. e la Fora S.p.a. (in breve, Alliance Medical - Fora), hanno impugnato - in uno con il disciplinare di gara, i chiarimenti resi dalla stazione appaltante, come in esposizione, e vari verbali di gara e relativi allegati - chiedendone, previa sospensione, l'annullamento, gli esiti della gara per la fornitura del servizio di supporto gestionale per l'esecuzione di tomografie a risonanza magnetica e di ecografie occorrenti all'Azienda Ospedaliera della Provincia di Lodi (oggi Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Lodi, in breve ASST Lodi) ed il relativo provvedimento di aggiudicazione.

Si sono costituite in giudizio l'Azienda Ospedaliera intimata e la prima classificata della gara, International Medical for Life S.r.l. (in breve, IML), la quale ha proposto, a sua volta, ricorso incidentale con cui ha eccepito la mancata esclusione della ricorrente sotto molteplici profili.

Il Tribunale amministrativo regionale ha respinto i motivi del ricorso incidentale e ha accolto il primo dei motivi del ricorso principale.

Avverso tale decisione ha interposto gravame IML, dolendosi del rigetto del ricorso incidentale e dell'accoglimento del ricorso principale.

Si sono costituite in giudizio l'ASST Lodi e le società Alliance Medial – Fora; queste ultime proponendo appello incidentale, avente ad oggetto i motivi del ricorso in primo grado dichiarati

improcedibili, per sopravvenuta carenza d'interesse, e censurando la sentenza nella misura in cui si fosse potuto ritenere che gli aspetti non esaminati, aventi priorità logica rispetto al profilo sotto il quale è stato accolto il primo motivo di ricorso, fossero stati implicitamente respinti.

All'udienza dell'8 giugno 2017 la causa è passata in decisione.

Preliminarmente devono essere trattati i motivi dell'appello principale formulati da IML, con i quali viene censurato il rigetto dei motivi di ricorso incidentale in primo grado.

E', infatti, infondata l'eccezione di inammissibilità, ex artt. 40 e 42 c.p.a., formulata da Alliance Medical –Fora, secondo la quale IML non avrebbe indicato gli atti che intendeva concretamente impugnare (con il ricorso incidentale s'impugnano gli *“atti relativi alla valutazione dell'offerta della costituenda ATI Alliance Medical - Fora”*). Questi, invero, appaiono senz'altro inequivocabilmente individuabili, trattandosi dei verbali della Commissione di gara e dei relativi allegati, nei quali vengono affrontate le singole questioni oggetto di censura.

Ebbene, con il primo motivo d'appello, IML deduce che Alliance Medical - Fora non avrebbero previsto e disciplinato nei loro documenti di gara *“la manutenzione ordinaria dei locali”*, la quale costituirebbe parte della prestazione oggetto di gara, il tutto in violazione dell'art. 7 del capitolato speciale. Quest'ultimo, invero, ricomprenderebbe espressamente la manutenzione dei locali nelle *“modalità di erogazione del servizio”* e il capitolato prescriverebbe di predisporre, al punto 5, (in realtà, si tratta dell'art. 6.2.5 del disciplinare di gara, ndr) una relazione sull'organizzazione del servizio, le cui modalità operative avrebbero dovuto essere valutate proprio ai sensi del punto 5 dei criteri di valutazione (previsti dall'art. 9 del disciplinare, ndr).

Il motivo d'appello non merita accoglimento.

Sul punto il primo giudice ha ritenuto che fosse sufficiente la sottoscrizione del capitolato tecnico, mediante la quale sarebbero state accettate implicitamente tutte le relative clausole, e che non fosse necessaria alcuna espressa dichiarazione che impegnasse il concorrente ad eseguire la manutenzione dei locali. Infatti, giusta art. 6.2.9 del disciplinare di gara, la presentazione di apposita relazione sarebbe prevista soltanto per la *“manutenzione delle apparecchiature e degli impianti”*, oggetto del criterio di valutazione n. 9 di cui all'articolo 9 del disciplinare.

Tale argomentazione appare senz'altro condivisibile e, in ogni modo, va rilevato che il criterio di valutazione n. 5 citato non riguarda affatto la *“manutenzione dei locali”*, ma *“le modalità operative di articolazione del personale medico, infermieristico, tecnico e amministrativo utilizzato per l'erogazione delle prestazioni e per l'attività gestionale del servizio nell'intero arco temporale di apertura del medesimo”*. Il profilo della manutenzione dei locali, quindi, non determina attribuzione di punteggio, né costituisce elemento essenziale dell'offerta, con la conseguente insussistenza di qualsivoglia specifico onere di allegazione. Ne segue l'impossibilità di ravvisare alcuna sanzione espulsiva, in caso di eventuali relative lacune.

Con il secondo motivo d'appello viene riproposta, sotto un primo profilo, la censura relativa alla mancata sottoscrizione di diversa documentazione di gara e degli elenchi dei documenti prodotti da Alliance Medical – Fora, imposta dall'articolo 6 del disciplinare di gara.

In particolare, l'appellante censura la sentenza impugnata nella parte in cui il primo giudice ha osservato che *“la ricorrente principale ha fornito alla stazione appaltante un documento, debitamente sottoscritto, avente ad oggetto l'elenco della documentazione prodotta nella quale non ha effettivamente indicato quelli sopra evidenziati, tuttavia dimostrando di aver messo a disposizione, e debitamente sottoscrivendo gli stessi in sede di gara (v. doc. 33)”*.

Sostiene l'appellante, che il documento n. 33 di controparte non porterebbe alcuna firma digitale, ma sarebbe un mero *screenshot* della documentazione amministrativa effettivamente caricata sulla piattaforma. Il documento n. 32 di Alliance Medical – Fora, invece, attesterebbe sì l'avvenuta sottoscrizione, ma del solo documento n. 6.1.19 (elenco della documentazione amministrativa prodotta), per giunta incompleto, mentre non vi sarebbe traccia dell'elenco dei documenti prodotti ai sensi dell'art. 6.2 del disciplinare di gara, anch'esso previsto con firma digitale.

Ebbene, diversamente da come sostenuto nella sentenza di primo grado, i documenti n. 32 e 33 di Alliance - Medical non dimostrano effettivamente che la documentazione oggetto del contendere sia stata sottoscritta o manualmente o digitalmente, ad eccezione del documento ex artt. 6.1.19 – elenco documentazione amministrativa - e 6.1.15 - disciplinare di gara.

Quanto agli elenchi della documentazione prodotta, il primo giudice ha sostenuto, con riguardo all'elenco di cui all'art. 6.1.19, che, alla luce della sua funzione meramente riepilogativa, la parziale completezza dell'elenco non assumesse alcun rilievo ai fini della dimostrazione del possesso di requisiti, per cui non ne sarebbe potuta derivare alcuna esclusione del concorrente.

Ritiene questo Collegio, che, sul punto, l'*iter* argomentativo del giudice di primo grado sia del tutto condivisibile e che, alla luce della mera funzione riepilogativa dell'elenco dei documenti, sia quindi privo di qualsivoglia rilievo anche l'apparente totale mancanza dell'elenco ex art. 6.2, atteso che la documentazione tecnica che vi avrebbe dovuto essere ricompresa è stata pacificamente prodotta dalla concorrente.

Per quanto riguarda la mancanza di sottoscrizione della documentazione amministrativa (cfr. paragrafo n. 17 dell'atto d'appello), appare invece decisiva la corretta interpretazione dell'art. 6.1. del disciplinare di gara, che è del seguente tenore: *“il concorrente dovrà caricare attraverso l'apposita funzionalità ... la documentazione amministrativa firmata digitalmente di seguito richiesta a pena di esclusione”*. Il disciplinare di gara richiede, quindi, a pena di esclusione, il solo caricamento di tutta la documentazione, ma non anche la sua sottoscrizione digitale. Inoltre, nemmeno l'art. 10 del bando, che prevede le cause di esclusione, contempla la mancata sottoscrizione della documentazione amministrativa quale causa di esclusione.

Per quanto riguarda, poi, in particolare, la mancata sottoscrizione della documentazione tecnica contraddistinta dai numeri 1.13, 1.14, 1.15, 1.17 (cfr. paragrafo 19 dell'atto d'appello),

va, per contro, rilevato che questi documenti parrebbero costituire allegati alla relazione descrittiva della schermatura magnetostatica e a radio frequenza per tomografo, la cui riconducibilità all'ing. Savino risulta indicata in calce all'atto, per cui può ritenersi senz'altro soddisfatta l'esigenza della individuabilità della provenienza della documentazione e la mancata sottoscrizione degli stessi appare irrilevante.

Il computo metrico estimativo, infine, è firmato sul frontespizio e, secondo costante giurisprudenza, non è necessario che un documento sia sottoscritto su ogni pagina.

Alle considerazioni sinora esposte consegue quindi l'infondatezza del motivo di censura sotto i profili dedotti ed esaminati, mentre, per la restante parte (cfr. paragrafo 21 dell'atto d'appello) lo stesso va considerato inammissibile, in quanto riguarda documenti mai menzionati nel ricorso incidentale in primo grado.

Un ulteriore profilo di censura dedotto con il motivo d'appello in commento riguarda le presunte contraddizioni ed omissioni progettuali e la mancata previsione, negli elaborati progettuali, di un'autonoma zona di refertazione.

Con esso, IML deduce, in primo luogo, di aver indicato, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, la disposizione del disciplinare che determina l'esclusione dalla gara, ovvero l'art. 10, che prevede quale causa di esclusione "*l'incertezza sul contenuto dell'offerta*" e la cui violazione sarebbe del tutto evidente in base alla lettura dei documenti di gara.

In particolare, nella tavola "*stato di progetto*" apparirebbe un locale deposito, mentre nella planimetria generale tale locale verrebbe sostituito con un locale "*quadri elettrici*". Ancora, nello stato di progetto, appare uno spazio barella nella zona antistante al bagno, nella planimetria generale tale spazio viene adibito a barella e a "*poltroncina prelievi*", per poi, in altra tavola, ritrasformarsi ancora a spazio da adibire a ben due barelle che, addirittura, ostruiscono l'accesso ai bagni per disabili. La porta e la parete che delimitano la zona esami apparirebbe e scomparirebbe a seconda delle tavole, così come anche la zona "*refertazione*", prevista dalla *lex specialis*. Di essa non vi sarebbe traccia nei progetti presentati. Solo la planimetria generale individuerrebbe (in modo peraltro insufficiente) lo spazio per il refertatore (al fianco del tecnico) che gli altri elaborati adibirebbero ad altro.

Infine, secondo l'appellante, l'assetto distributivo degli spazi avrebbe formato oggetto di una precisa valutazione tecnica e i rilievi dedotti non avrebbero acconsentito alla Commissione di apprezzare un unico progetto.

Il motivo di censura è infondato.

Se è vero che IML ha indicato, nel suo ricorso, la disposizione della *lex specialis* che, a suo parere, determinerebbe l'esclusione dalla gara, va comunque dato atto, in primo luogo, che la procedura di gara ha richiesto ai ricorrenti di presentare una proposta di riorganizzazione dei presidi senza stabilire, fatta eccezione per alcuni specifici elementi individuati, un elenco tassativo di opere ed elementi da inserire nel relativo progetto preliminare, da presentare in riferimento all'elemento di valutazione n. 1, concernente la ristrutturazione del polo di

Sant'Angelo Lodigiano. Un tanto trova conferma nell'art. 9 del disciplinare di gara, il quale stabilisce, ai fini dell'attribuzione del punteggio per il predetto elemento di valutazione, che *“sarà oggetto di valutazione l'articolazione spaziale tra i diversi locali che comporranno la porzione del reparto dedicata alle due apparecchiature in argomento sotto il profilo della razionalità, della funzionalità e della qualità formale”*, così introducendo un criterio orientativo per l'attribuzione del punteggio e non una condizione di validità dell'offerta.

Era dunque rimesso alla Commissione di gara l'apprezzamento tecnico della qualità della soluzione progettuale proposta e la previsione di un refertatore a fianco del tecnico incaricato di condurre l'esame in luogo di un'autonoma zona di refertazione attiene quindi semmai alla problematica di assegnazione del punteggio e mai avrebbe potuto comportare l'esclusione della concorrente.

Con le denunciate discrasie tra le varie tavole progettuali, poi, non vengono mutate le caratteristiche essenziali del progetto, complessivamente considerato, né dal punto di vista strutturale, né da quello qualitativo tipologico e funzionale, come giustamente sottolineato dal primo giudice. La Commissione, pertanto, è stata posta senz'altro nelle condizioni di valutare la funzionalità dell'assetto distributivo dei locali.

Sotto altro e diverso profilo, l'appellante deduce poi nuovamente la presunta carenza-contraddittorietà dell'indicazione degli oneri di sicurezza. In particolare, si afferma che, mentre nel computo metrico estimativo, gli oneri di sicurezza vengono quantificati in € 18.100,12, nell'offerta sono riportati soltanto € 3.500,00, importo che, in ogni modo, sarebbe incongruo, paragonato a quanto indicato dagli altri concorrenti.

Ritiene il Collegio che, come giustamente rilevato dal primo giudice, il fatto che i costi siano stati in ogni caso indicati impedisce l'esclusione della concorrente dalla gara. L'indagine sulla congruità del relativo importo, infatti, va affrontata semmai nella fase della valutazione di anomalia dell'offerta, successiva alla fase di aggiudicazione, che va riferita all'offerta nella sua globalità e non a singole voci separatamente considerate. Tale giudizio, non ha quindi per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica e, come è noto, costituisce espressione di discrezionalità tecnica, per cui le relative determinazioni sono insuscettibili di censura.

Con il terzo motivo di gravame, l'appellante deduce che l'offerta economica della controparte non sarebbe conforme alla *lex specialis* ed al relativo chiarimento reso dalla stazione appaltante, dal momento che l'offerta economica avrebbe dovuto essere formulata al netto dell'IVA, mentre Alliance Medical - Fora ha proposto la cifra di € 11.582.700 + IVA.

Il motivo d'appello è infondato, in quanto l'indicazione dell'IVA è da considerarsi evidentemente, come anche ritenuto dal primo giudice, un mero errore materiale, dato che ben 25 voci (parziali) sono espresse *“iva esclusa”*, mentre la quotazione finale è esposta, ma solo per quanto riguarda l'importo in cifre e non anche quello in lettere, *“+IVA”*, ciò probabilmente anche in quanto è stato usato il primo modulo predisposto dalla stazione appaltante, sostituito in corso di gara, proprio a seguito di richieste di chiarimento sul punto, che avevano evidenziato l'erroneità del modulo. Come giustamente affermato dal T.A.R., quindi, non può

essere affermato che, indicando l'importo finale con l'aggiunta "+IVA", Alliance Medical - Fora abbia voluto porre a carico della stazione appaltante tale imposta.

Con il quarto motivo di appello, IML deduce che Alliance Medical - Fora non avrebbe potuto beneficiare del dimezzamento della cauzione provvisoria, in ragione dell'omessa traduzione in lingua italiana del certificato ISO prodotto in gara, con la conseguenza che, avendo la concorrente presentato una fideiussione dimidiata, avrebbe dovuto essere esclusa, giusta articolo 10 del disciplinare di gara.

Anche tale censura non merita accoglimento. Sul punto il primo giudice ha riconosciuto giustamente che la produzione della traduzione del certificato in lingua italiana non è imposta dalla *lex specialis* a pena di esclusione (cfr., sul punto, in particolare, pag. 11 del disciplinare di gara che prevede che *"tutta la documentazione sopra riportata deve essere prodotta in lingua italiana e priva, pena l'esclusione, di qualunque riferimento al valore dell'offerta economica"*). L'esclusione dalla gara è quindi prevista soltanto per il caso che la documentazione prodotta contenga qualunque riferimento al valore dell'offerta economica e non per l'ipotesi che questa non sia redatta in lingua italiana. Ed anche l'art. 10 del disciplinare di gara, che contiene l'elenco delle cause di esclusione, prevede che l'offerta sarà esclusa in caso di cauzione dimidiata, senza aver segnalato, né documentato il possesso delle certificazioni di sistema di qualità, il tutto senza alcun riferimento alla lingua in quale detta documentazione deve essere redatta o tradotta. Independentemente da ciò, va rilevato che le parti essenziali del certificato prodotto da Alliance Medical – Fora (denominazione della società, oggetto dell'attività certificata, data di scadenza) sono riportate nel documento in modo comprensibile anche per il conoscitore della sola lingua italiana, con la conseguenza che è comunque assicurata l'intelligibilità del certificato e l'accertamento dell'indubbia sussistenza del requisito in capo alla concorrente.

Respinti i motivi di censura formulati avverso i capi della sentenza con cui sono stati rigettati i motivi del ricorso incidentale proposto in primo grado, va ora affrontato il gravame interposto da IML avverso l'accoglimento del primo motivo ricorso principale da parte del primo giudice.

Sul punto va ricordato che, per soddisfare il requisito tecnico dell'*"aver realizzato negli ultimi tre anni un fatturato specifico per servizi di gestione di radiologie per un importo complessivo non inferiore di € 3.000.000,00, Iva esclusa"* (art. 2 disciplinare di gara), IML è ricorsa all'avvalimento, indicando quale ausiliaria la Procura Generalizia dell'Istituto delle Suore di San Giuseppe di San Gerona, Casa di Cura Pio XI (d'ora in avanti anche "Casa di Procura Generalizia").

In primo luogo, l'appellante IML censura la sentenza di primo grado nella parte in cui viene affermato che la Casa di la Procura Generalizia sarebbe priva di tale requisito, *"avendo fornito le prestazioni oggetto della referenza direttamente ai pazienti, e non a soggetti terzi"*.

A sostegno della propria contestazione, l'appellante richiama, in particolare, il chiarimento della stazione appaltante al quesito n. 60 proposto da uno dei potenziali concorrenti, secondo il quale *"si reputano idonei a dimostrare la capacità tecnica-professionale ... anche la gestione di un proprio reparto di radiologia con risonanza magnetica operante in regime totalmente"*

privatistico, nonché la gestione in convenzione” e che nel caso di fatturato realizzato nei confronti di soggetti privati, la relativa dichiarazione, rilasciata in sede di gara dal concorrente “ potrà essere comprovata tramite gli atti contabili della società, da cui risulti il fatturato specifico relativo al solo servizio di radiologia, per un importo complessivo non inferiore nell’ultimo triennio, ad € 3.000.000,00- ...”.

Il primo giudice ha disatteso tale chiarimento (in quanto realizzante *“una vera e propria modifica della lex specialis”*) e ha affermato che la Casa di Procura Generalizia fosse priva del requisito, in quanto ha fornito le prestazioni oggetto della referenza direttamente ai pazienti e non a soggetti terzi. In altre parole, le prestazioni esperienziali dell’ausiliaria non potrebbero considerarsi prestazioni analoghe a quello oggetto della gara.

Tale assunto non appare condivisibile.

In primo luogo, va ritenuto che il chiarimento sopra citato sia senz’altro coerente con l’art. 42, D.L.vo 163/06 e, conseguentemente, con gli artt. 2 e 6.4 del disciplinare di gara, che invero si limitano a recepire il testo dell’art. 42, co. 1, lett. a) del D.L.vo 163/06, precisando unicamente l’importo del fatturato richiesto e la natura del servizio oggetto del requisito. L’art. 42, co. 1, lett. a), invece, non richiede l’esistenza di un necessario rapporto di committenza in relazione alle prestazioni oggetto del requisito di capacità tecnica, sicché non può affermarsi che la gestione di un servizio in proprio costituisca una circostanza necessariamente esclusa dalla portata applicativa della norma citata, anzi il regime che regola i requisiti di capacità tecnica, a differenza della capacità economica finanziaria ex art. 41 codice appalti, è improntato a un criterio di assoluta atipicità, senza porre limitazione alcuna alle prestazioni che possono formare oggetto del requisito esperienziale di partecipazione. La stazione appaltante disponeva quindi della più ampia facoltà di stabilire la natura giuridica delle prestazioni oggetto del requisito, con l’unico limite della ragionevolezza e della non eccessiva onerosità per i concorrenti, limiti che, nella specie, possono considerarsi senz’altro osservati. A ciò consegue che il chiarimento indagato è da ritenersi del tutto legittimo, non producendo alcun effetto innovativo rispetto alla *lex specialis*, e che l’avvalimento prestato dalla Casa di Procura Generalizia, gestrice in proprio di un reparto di radiologia, è senz’altro ammissibile.

Nella specie, poi, non appare nemmeno condivisibile l’argomentazione del primo giudice, per cui le prestazioni esperienziali della Casa di Procura Generalizia non corrisponderebbero a quelle oggetto di gara, in quanto l’appalto si compone di diversi settori, come quello della cura dei pazienti, dell’organizzazione del servizio di radiologia e della manutenzione. A parere di questo Collegio, nel giungere a questa conclusione, il primo giudice, infatti, si è lasciato condurre da una visione atomistica dell’attività della Casa di Procura Generalizia, come se l’esperienza di quest’ultima fosse limitata al solo espletamento del servizio di diagnostica delle immagini in favore degli utenti. L’incontestata gestione di un reparto di radiologia, invece, comporta inevitabilmente anche l’assunzione di una serie di oneri di organizzazione e di manutenzione ordinaria. Non va dimenticato, poi, che, secondo il disciplinare di gara, il requisito esperienziale oggetto dell’avvalimento non deve riguardare indistintamente l’intero oggetto dell’appalto, ma proprio i *“servizi di gestione di radiologie”*, senza che siano menzionate anche le altre prestazioni previste dal capitolato speciale (come per esempio, la manutenzione o anche la ristrutturazione e la riorganizzazione di Lodi e di Sant’Angelo

Lodigiano), per cui l'esperienza vantata dalla Casa di Procura Generalizia poteva essere senz'altro utilmente allegata a comprova del possesso del requisito richiesto.

A riprova della sua argomentazione, il T.A.R. ha poi richiamato anche l'art. 10 del disciplinare di gara, ossia la prescrizione che impone alle ditte partecipanti di garantire la manutenzione di tutte le apparecchiature, ritenendo che la documentazione dell'ausiliaria dimostrerebbe che la stessa non ha maturato alcuna esperienza nel settore. Anche tale argomento non merita di essere condiviso, in quanto, gestendo in proprio un reparto di radiologia, la Casa di Procura Generalizia si è senz'altro occupata anche di vari aspetti dell'attività di manutenzione; inoltre, giova ricordare, che l'art. 5 del capitolato speciale prevede che *"l'assistenza full risk preventiva e correttiva, ordinaria e straordinaria, delle attrezzature di RM e di tutti gli impianti dedicati... dovrà essere svolta dalla stessa ditta costruttrice"*, per cui l'aspetto della manutenzione appare comunque del tutto secondario rispetto a quello della vera e propria attività gestionale.

Sotto un ultimo profilo dedotto con il motivo d'appello in esame, IML censura poi la sentenza impugnata nella parte in cui il Collegio osserva *"incidentalmente ... che gli importi riferiti alla radiologia, come desumibili dagli allegati alla citata nota dell'ausiliaria ... sono insufficienti"*, in quanto, così statuendo, il primo giudice sarebbe andato *ultra petitum* e la conclusione a cui è giunto sarebbe comunque smentito dagli atti processuali.

Ritiene il collegio che, sul punto, la sentenza di primo grado sia effettivamente, come sostenuto dall'appellante, affetta da ultrapetizione, con la conseguente illegittimità della relativa statuizione, non avendo la ricorrente principale in primo grado infatti mai allegato la relativa circostanza. In ogni caso, poi, la conclusione del primo giudice non trova nemmeno conferma negli atti di causa, dal momento che, a costituire il fatturato specifico della Casa di Procura Generalizia, concorrono, oltre agli importi riferiti alla *"radiologia in generale"* (di complessivi € 1.184.177,89 nel triennio), anche quelli relativi ai vari sub-settori (TAC, risonanza magnetica, Pet/Tac) che, nel loro insieme, superano ampiamente il fatturato specifico per *"servizi di gestione di radiologie"* richiesto, di € 3.000.000,00- nel triennio (cfr. l'autocertificazione del 14 agosto 2015 e gli allegati *"bilancini"*, per cui l'importo complessivo ammonta ad € 18.625.580,00-).

In conclusione, alle considerazioni sinora svolte segue quindi la fondatezza del motivo d'appello in commento.

Infondata è, invece, la contestazione di Alliance Medical – Fora, con la quale queste deducono l'ulteriore profilo di presunta illegittimità, non esplicitamente esaminato dal primo giudice con riferimento al primo motivo di ricorso, per cui – in sede di verifica ex art. 48, D.L.vo 163/06 – la Casa di Procura Generalizia non ha documentato il fatturato specifico, ma si sarebbe limitata ad una seconda autocertificazione. L'art. 48 del codice dei contratti prevedrebbe, invece, che le dichiarazioni rese ex artt. 46 e 47 del D.P.R. 445/2000 in sede di partecipazione alla gara siano verificate in via documentale e *ab externo* in relazione al requisito della capacità tecnica richiesta.

L'assunto di Alliance Medical è infatti errato in radice, dal momento che la Casa di Procura Generalizia ha prodotto copia delle proprie scritture contabili e la contestata autocertificazione

riguarda unicamente la corrispondenza di tale documentazione contabile a quanto depositato presso la sede dell'ente. La verificabilità *ab externo* di quanto dichiarato in sede di gara è quindi garantita, posto che l'ausiliaria ha presentato documentazione contabile, e quanto alla pretesa non intelligibilità dei cd. "bilancini" (cfr. pag. 26 dell'appello incidentale) appare sufficiente rilevare che questi non contengono altro che il conto economico e lo stato patrimoniale dell'ente, redatti in forma semplificata, per cui non può ravvisarsi alcuna lacuna rispetto alla verificabilità del requisito del fatturato specifico. Ed, essendo quest'ultimo l'unico requisito da comprovare in sede di verifica (nella specie, infatti, il ricorso all'avvalimento è finalizzato a reperire il bagaglio esperienziale di cui l'avvalso è carente), sono da considerarsi del tutto inconferenti le ulteriori considerazioni svolte dall'appellante incidentale, sotto il profilo finanziario e di solvibilità (cfr. 26 e ss. dell'appello incidentale).

In ogni modo, è da respingere, infine, anche la tesi di IML per cui il fatturato specifico potrebbe essere provato soltanto attraverso l'esibizione dei bilanci depositati presso il registro delle imprese e non mediante altri mezzi. Tale limitazione, infatti, non è prevista da alcuna norma e, qualora condivisa, si tradurrebbe in un'inammissibile limitazione della concorrenza, in quanto precluderebbe agli enti ecclesiastici ed ai soggetti economici stranieri di partecipare a gare pubbliche.

Rimangono quindi da esaminare i motivi del ricorso principale formulati in primo grado e riproposti da Alliance Medical - Fora con l'appello incidentale, che sono stati dichiarati improcedibili dal primo giudice, per sopravvenuta carenza d'interesse, in conseguenza dell'accoglimento del primo motivo di ricorso. Il relativo interesse, infatti, deve ritenersi divenuto nuovamente attuale, a seguito dell'accoglimento dell'appello riguardo al primo motivo del ricorso in primo grado.

Con un primo motivo l'appellante incidentale Alliance Medical - Fora ripropone il motivo di censura con cui, in primo grado, è stata dedotta la nullità del contratto di avvalimento in ragione dell'indeterminatezza degli impegni assunti dalla Casa di Procura Generalizia, che ha prestato a IML il requisito di capacità tecnica di *"aver realizzato negli ultimi tre anni un fatturato specifico per servizi di gestione di radiologie per un importo complessivo non inferiore di € 3.000.000,00/Euro tremilioni,00) IVA esclusa"*, giusta articolo 2 del disciplinare di gara.

Il motivo di doglianza è fondato e va accolto.

In base all'art. 2 del contratto di avvalimento, IML, *"al fine di partecipare alla gara ..., è autorizzata ad utilizzare i requisiti/capacità/ricorse tecniche e umane, procedure ed apparati organizzativi posseduti in proprio dall'impresa ausiliaria e più in particolare il requisito di cui al punto art. 2 del disciplinare di gara ..."*; inoltre, *"la società ausiliaria si obbliga nei confronti della società ausiliata e con il presente atto anche nei confronti della stazione appaltante, anche a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata del contratto"*. Secondo l'art. 5 del contratto di avvalimento, poi, l'ausiliaria *"si impegna a mettere a disposizione per tutta la durata del contratto e a pronta richiesta il know how per il servizio di supporto gestionale per l'esecuzione di risonanze magnetiche ed ecografie"*.

La dichiarazione di avvalimento dell'ausiliaria indirizzata alla stazione appaltante, invece, reca

esclusivamente l'obbligo di *“mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui il predetto concorrente è carente”* e in particolare *“attesta la piena disponibilità di mezzi strutture e risorse che verranno poste a favore della impresa concorrente e che sono costituiti da: capacità tecnica, per aver realizzato negli ultimi tre anni un fatturato specifico per servizi di gestione die radiologie, per un importo complessivo non inferiore a € 3.000.000,00/Euro tremilioni,00) IVA esclusa”*.

Soltanto, in sede di verifica dei requisiti ex art. 48 codice appalti, l'impresa ausiliaria ha chiarito, invece, *“di impegnarsi a mettere a disposizione la propria esperienza gestionale ed organizzativa e la propria struttura, con un supporto di refertazione di second opinion nella misura richiesta per lo svolgimento della refertazione dell'attività d risonanza magnetica, oltre all'attività di addestramento per il personale TSRM ed amministrativo per la gestione delle procedure radiologiche”*.

Ciò premesso, va ricordato che alla luce dell'ormai pacifica giurisprudenza di questo Consiglio, l'oggetto del contratto di avvalimento deve essere quantomeno determinabile, in base al tenore complessivo del contratto (cfr. Adunanza Plenaria, sentenza n. 23 del 2016, per cui: *“l'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e l'articolo 88 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, in relazione all'articolo 47, paragrafo 2 della Direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a un'interpretazione tale da configurare la nullità del contratto di avvalimento in ipotesi (quale quella che qui rileva) in cui una parte dell'oggetto del contratto di avvalimento, pur non essendo puntualmente determinata fosse tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli articoli 1346, 1363 e 1367 del codice civile. In siffatte ipotesi, neppure sussistono i presupposti per fare applicazione della teorica c.d. del 'requisito della forma/contenuto', non venendo in rilievo l'esigenza (tipica dell'enucleazione di tale figura) di assicurare una particolare tutela al contraente debole attraverso l'individuazione di una specifica forma di 'nullità di protezione”*).

Ritiene questo Collegio che il contratto di avvalimento oggetto di causa non soddisfi l'esigenza della determinatezza o almeno della determinabilità del suo oggetto nei termini appena illustrati.

Nella specie, infatti, va tenuto presente che l'avvalimento, nel presente caso, non ha funzione di garanzia, ma concerne il requisito tecnico-professionale, con la conseguente necessità del concreto trasferimento delle risorse *“prestate”*. L'oggetto dell'avvalimento, così come descritto nel documento contrattuale, è, però, del tutto indeterminato e indeterminabile, essendo il *“prestito”* da considerarsi astratto e meramente cartolare, in quanto non si precisano dettagliatamente le risorse che verranno trasferite. Soltanto la concreta specificazione di quest'ultime, invece, permette di verificare l'effettivo possesso del requisito in capo all'ausiliaria ed il suo reale trasferimento alla concorrente che partecipa alla gara e di evitare aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche.

Oltretutto, nel caso di specie, il prezzo convenuto per l'avvalimento è di soli 5.000,00 Euro (cfr. l'allegato B al contratto), a fronte di un appalto pluriennale di circa 12 milioni di Euro. Appare dunque evidente che le risorse prestate non possano avere l'ampia portata che

sembra conseguire alla formulazione generica del contratto di avvalimento, circostanza che accresce ulteriormente l'incertezza circa il reale oggetto contrattuale.

Le specificazioni rese in sede di verifica dei requisiti, invece, sono in ogni caso soltanto postume, il che non consente di ritenere idoneamente integrato l'assunzione dell'impegno al momento della partecipazione alla gara, e le stesse fanno comunque riferimento ad attività parziali, senza nuovamente specificare risorse e mezzi messi concretamente a disposizione.

Donde, la genericità del contratto di avvalimento e l'illegittima ammissione di IML alla gara, che avrebbe dovuto essere esclusa per mancanza del relativo requisito tecnico-professionale.

L'accoglimento del primo motivo dell'appello incidentale (secondo motivo del ricorso principale in primo grado) comporta che i restanti motivi formulati da Alliance Medical – Fora con l'appello incidentale possono considerarsi assorbiti, per cui può prescindersi dal loro esame.

La domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto di Alliance Medical - Fora, nonché quella di risarcimento del danno per equivalente, presentata in via subordinata, vanno invece, entrambe respinte, non avendo, in base agli atti processuali, la stazione appaltante proceduto alla stipula del contratto.

In conclusione, i motivi del ricorso incidentale in primo grado, riproposti con l'appello principale, vanno respinti e quest'ultimo va accolto soltanto parzialmente, con riferimento alle statuizioni del primo giudice in merito al primo motivo di ricorso principale. L'appello incidentale va invece respinto, con riferimento alla riproposizione degli aspetti del primo motivo del ricorso principale non espressamente esaminati dal primo giudice, mentre va accolto il secondo motivo del ricorso principale in primo grado, ritenuto improcedibile dal primo giudice e riproposto con il primo motivo dell'appello incidentale e, per l'effetto, la sentenza impugnata va confermata, con diversa motivazione.

Ai sensi dell'art. 26 c.p.a. e dell'art. 92, comma secondo, c.p.c., le spese processuali, stante la complessità del caso esaminato, possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello principale e quello incidentale, come in epigrafe proposti, respinge l'appello principale con riferimento ai motivi del ricorso incidentale respinti in primo grado, accogliendolo, per il resto, e accoglie parzialmente l'appello incidentale nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata, con diversa motivazione.

Compensa integralmente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Guida alla lettura

La decisione in commento ha ad oggetto una complessa vicenda che vede come protagoniste l'appellante principale, ricorrente incidentale nel giudizio di primo grado e l'appellante incidentale, ricorrente principale davanti al giudice di prime cure. Il TAR Lombardia ha accolto il ricorso principale statuendo l'illegittimità dell'aggiudicazione nei confronti della prima classificata alla gara ed ha rigettato il ricorso incidentale da quest'ultima proposto. La società aggiudicataria, soccombente in primo grado, propone appello principale, dolendosi del rigetto del ricorso incidentale e dell'accoglimento del ricorso principale.

I Giudici di Palazzo Spada, dopo aver rigettato i motivi del ricorso incidentale proposto in primo grado e riproposti in appello, si soffermano ad esaminare il gravame proposto dall'appellante avverso l'accoglimento del primo motivo del ricorso principale.

L'appellante è ricorso, per soddisfare i requisiti tecnico-operativi richiesti dalla *lex specialis* al contratto di avvalimento. Tale contratto è qualificabile come contratto atipico - presenti i tratti di figure contrattuali tipiche, quali il mandato di cui agli artt. 1703 e ss. c.c. e l'appalto di servizi, nonché gli aspetti di garanzia atipica nei rapporti fra l'impresa ausiliaria e l'amministrazione aggiudicatrice, per ciò che riguarda l'assolvimento delle prestazioni dedotte in contratto. L'istituto, enucleato in ambito eurounitario, risponde all'obiettivo di garantire *“massima partecipazione alle gare, consentendo ai concorrenti di utilizzare i requisiti di capacità tecnico-professionale e economico-finanziaria di soggetti terzi, indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con altri soggetti”*.

I caratteri e le finalità di fondo dell'istituto - come delineati dall'art. 47 della direttiva 2004/18/CE - sono stati da ultimo confermati dall'art. 63 della direttiva 2014/24/UE.

Nel caso di specie, il contratto di avvalimento è stato censurato dal giudice di prime cure in quanto l'impresa ausiliaria è sfornita del requisito tecnico previsto dall'art. 42 lett. a) del Dlgs 163/2006, in quanto le prestazioni esperienziali dell'ausiliaria non possono considerarsi prestazioni analoghe a quello oggetto della gara perché fornite in proprio e non a soggetti terzi come richiesto dal disciplinare di gara.

I Giudici al contrario rilevano che tale contratto è senz'altro coerente con l'art. 42, D.Lgs 163/06 e, conseguentemente, con gli artt. 2 e 6.4 del disciplinare di gara, che invero si limitano a recepire il testo dell'art. 42, co. 1, lett. a) del D.Lgs 163/06. *L'art. 42, co. 1, lett. a), non richiede l'esistenza di un necessario rapporto di committenza in relazione alle prestazioni oggetto del requisito di capacità tecnica, sicché non può affermarsi che la gestione di un servizio in proprio costituisca una circostanza necessariamente esclusa dalla portata applicativa della norma citata, anzi il regime che regola i requisiti di capacità tecnica, a differenza della capacità economica finanziaria ex art. 41 codice appalti, è improntato a un criterio di assoluta atipicità, senza porre limitazione alcuna alle prestazioni che possono formare oggetto del requisito esperienziale di partecipazione. La stazione appaltante disponeva quindi della più ampia facoltà di stabilire la natura giuridica delle prestazioni oggetto del requisito, con l'unico limite della ragionevolezza e della non eccessiva onerosità per i concorrenti, limiti che, nella specie, possono considerarsi senz'altro osservati.*

Dopo aver accolto parzialmente il gravame, il Collegio prosegue esaminando i motivi del ricorso principale, riproposti con l'appello incidentale, dichiarati improcedibili dal giudice di prime cure per sopravvenuta carenza di interesse a seguito dell'accoglimento del primo motivo del ricorso principale. Il relativo interesse è nuovamente attuale, a seguito dell'accoglimento dell'appello riguardo al primo motivo del ricorso in primo grado.

In particolare l'appellante incidentale deduce la nullità del contratto di avvalimento in ragione dell'indeterminatezza degli impegni assunti dalla società ausiliaria. La dichiarazione di avvalimento dell'ausiliaria indirizzata alla stazione appaltante reca esclusivamente l'obbligo di "mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui il predetto concorrente è carente" Soltanto, in sede di verifica dei requisiti ex art. 48 codice appalti, l'impresa ausiliaria ha chiarito "di impegnarsi a mettere a disposizione la propria esperienza gestionale ed organizzativa e la propria struttura. Il Collegio ritiene che il contratto di avvalimento oggetto di causa non soddisfa l'esigenza della determinatezza o almeno della determinabilità del suo oggetto. I Giudici di Palazzo Spada giungono a tali conclusioni rifacendosi all'orientamento prevalente in tema di avvalimento, in particolare ai principi espressi dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 23 del 2016.

Con tale pronuncia vengono analizzati le diverse opzioni ermeneutiche sulla determinatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento: in base ad un primo orientamento, è sempre insufficiente, ai fini della validità del contratto di avvalimento, la mera riproduzione dell'impegno di mettere a disposizione "i requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria"; in base ad un secondo orientamento, è possibile distinguere tra due tipologie di avvalimento: l'avvalimento di garanzia, dove l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata la propria complessiva solidità economico-finanziaria, estendendone la responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto; l'avvalimento operativo, nel cui ambito occorre effettivamente indicare in modo specifico le risorse che l'ausiliaria mette a disposizione dell'impresa principale; in base ad un ulteriore orientamento, sia nel caso del c.d. "avvalimento di garanzia", sia nel caso del c.d. "avvalimento tecnico-operativo", le parti devono necessariamente indicare in sede contrattuale l'oggetto specifico in modo determinato, in particolare, gli specifici "fattori della produzione e tutte le risorse che hanno permesso all'ausiliaria di eseguire le prestazioni analoghe nel periodo richiesto da bando".

Il Supremo Consesso in adesione all'ultimo orientamento, richiama la teorica della c.d. "forma-contenuto", la quale, muove dalla distinzione fra contenuto formale e contenuto sostanziale dell'atto e individua casi di "nuovo formalismo", che - ai fini della validità dell'atto - impone l'esplicita previsione di tutta una serie di elementi individuati dal legislatore.

Ad avviso della Plenaria, la richiamata teorica della c.d. "forma-contenuto" è enucleata al fine di tutelare la posizione negoziale dei contraenti deboli. Basti richiamare a titolo esemplificativo i contratti tra imprese e consumatori previsti dal Codice del consumo, i contratti bancari di cui al T.U. in materia bancaria e creditizia, i contratti di credito ai consumatori di cui al medesimo testo unico. In tali ipotesi, l'obbligo di imporre vincoli di forma - sotto sanzione di nullità - ha la sua *ratio* giustificatrice nell'esigenza di colmare le asimmetrie formative che sussistono fra tali parti contraenti. Si esclude che sussista una medesima *ratio* giustificatrice

nel settore della contrattualistica pubblica.

Nel caso di specie il contratto di avvalimento non ottempera ai principi sopra espressi in tema di determinatezza e determinabilità.

In particolare secondo il Collegio, l'avvalimento in esame non ha funzione di garanzia, ma concerne il requisito tecnico-professionale, con la conseguente necessità del concreto trasferimento delle risorse "prestate". L'oggetto dell'avvalimento, così come descritto nel documento contrattuale, è, del tutto indeterminato e indeterminabile, essendo il "prestito" da considerarsi astratto e meramente cartolare, in quanto non si precisano dettagliatamente le risorse che verranno trasferite. Soltanto la concreta specificazione di quest'ultime, invece, permette di verificare l'effettivo possesso del requisito in capo all'ausiliaria ed il suo reale trasferimento alla concorrente che partecipa alla gara e di evitare aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche. Le specificazioni rese in sede di verifica sono postume e non consentono di ritenere integrato l'impegno assunto al momento della partecipazione alla gara.