

Consiglio di Stato, sez. III, 4 dicembre 2014, n. 5978

N. 05978/04 dicembre 2014 REG.PROV.COLL.

N. 06152/2014 REG.RIC.

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 6152 del 2014, proposto da:

Tesan-Televita s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria del r.t.i. con Vivisol s.r.l., rappresentati e difesi dall'Avv. Guido Barzazi, dall'Avv. Giovanni Borgna e dall'Avv. Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Andrea Manzi in Roma, Via F. Confalonieri, n. 5;

contro

Azienda Ospedaliero-Universitaria Santa Maria della Misericordia di Udine – Dipartimento Servizi Condivisi, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Stefano Coen e dall'Avv. Federico Rosati, con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Stefano Coen in Roma, Piazza di Priscilla, n. 4; Azienda per i Servizi Sanitari N.1 Triestina, appellata non costituita;

nei confronti di

H&S Qualità nel Software s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Diego Vaiano e dall'Avv. Raffaele Izzo, con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio, n. 3; Vitalaire Italia s.p.a.;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. FRIULI-VENEZIA-GIULIA - TRIESTE: SEZIONE I n. 00268/2014, resa tra le parti, concernente l'affidamento della fornitura di servizi e

sistemi di monitoraggio integrato sociosanitario su pazienti domiciliari – risarcimento dei danni

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliero-Universitaria Santa Maria della Misericordia di Udine – Dipartimento Servizi Condivisi e di H&S Qualità nel Software s.p.a.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 novembre 2014 il cons. Massimiliano Noccelli e uditi per le parti l'Avv. Manzi e l'Avv. Rosati per sé e su delega dell'Avv. Vaiano;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determinazione dirigenziale n. 1200/2013 del 23.12.2013 il Dipartimento Servizi Condivisi dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria Santa Maria della Misericordia di Udine indiceva una gara a procedura aperta con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 del d. lgs. 163/2006, per la fornitura di beni e servizi di importo superiore alla soglia europea, avente ad oggetto l'affidamento della fornitura di servizi e sistemi di monitoraggio integrato sociosanitario su pazienti domiciliari, nell'ambito del progetto "*Smartcare joining up ICT and service processes for quality integrated care in Europe project number 325158*", per un importo presunto di €500.000,00, oltre ad €100.000,00 per opzioni contrattuali.

(omissis)

6. Con il primo motivo lamentava la genericità del contratto di avvalimento e delle inerenti dichiarazioni rese dalla concorrente vincitrice e dalla impresa ausiliaria;

(omissis)

11. Con ordinanza n. 3459 del 31.7.2014 veniva rigettata l'istanza di sospensione proposta dall'appellante.

12. Nella pubblica udienza del 6.11.2014 il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

13. L'appello è infondato e va respinto.

14. Con il primo motivo (pp. 7-12 del ricorso) l'odierna appellante ha censurato l'erroneità della sentenza per violazione degli artt. 42, 48 e 49 del d. lgs. 163/2006, dell'art. 88 del d. lgs. 207/2010, della *lex specialis* di gara nonché degli artt. 1 e 3 della l. 241/1990, nella parte in cui ha ritenuto realizzati i presupposti dell'avvalimento richiesti dalla normativa.

14.1. Essa aveva in primo grado eccepito che il complesso delle dichiarazioni – unilaterali e bilaterali – della concorrente e della impresa ausiliaria, rese per dimostrare l'avvalimento, da parte di H&S Qualità nel Software s.p.a., della capacità tecnica di Vitalaire Italia s.p.a., era del tutto difforme dal disposto normativo sopra richiamato e risultava generico e, pertanto, inidoneo a consentire la partecipazione alla gara da parte della controinteressata.

14.2. A sostegno del proprio assunto l'appellante ha richiamato la giurisprudenza di questo Consiglio, secondo la quale il c.d. avvalimento di garanzia, figura nella quale l'ausiliaria mette in campo la propria solidità economica e finanziaria a servizio dell'aggiudicataria ausiliata, ampliando lo spettro delle responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto, non deve rimanere astratto e, cioè, svincolato da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali (v., in questo senso, Cons. St., sez. III, 17.6.2014, n. 3058).

14.3. Il T.A.R. ha osservato, in senso contrario, che l'avvalimento riguardava solo la messa a disposizione di un fatturato specifico posseduto, in termini esclusivamente monetari, e che, essendo questo dovuto all'aver effettuato servizi analoghi, a buon diritto andava ad integrare il requisito della capacità tecnica, senza che fosse necessario il conferimento di risorse di personale e di mezzi.

14.4. L'assunto di Tesan-Televita s.r.l., pur con le precisazioni che seguono, deve essere respinto.

14.5. È vero, come ricorda l'appellante, che l'avvalimento non deve rimanere astratto e, cioè, svincolato da qualsivoglia collegamento con le risorse materiali o immateriali messe a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria, secondo quanto afferma la costante giurisprudenza di questo Consiglio, ma nel caso di specie ritiene il Collegio che, avuto riguardo all'oggetto dell'appalto, la dichiarazione di Vitalaire Italia s.p.a., con la quale essa si è impegnata, nei confronti di H&S Qualità nel Software s.p.a. e della stazione appaltante, a mettere a disposizione il requisito, oggetto del contratto di avvalimento, e precisamente il fatturato relativo al servizio di telemedicina, non sia generica e indeterminata.

14.6. Nella medesima dichiarazione Vitalaire Italia s.p.a. ha infatti espressamente riferito di aver realizzato presso la ULSS 22 di Bussolengo, nel triennio 2010-2011-2012, alcuni specifici livelli di fatturato per *“il servizio di telemedicina compreso nella gara d'appalto per la fornitura del servizio di ossigenoterapia, ventiloterapia e monitoraggio telematico degli assistiti in regime di ospedalizzazione domiciliare”*.

14.7. Ora va qui chiarito che, anche se il contratto di avvalimento non può essere ricondotto ad alcuna specifica tipologia, tanto che ne è stata più volte ribadita la sua atipicità, lasciata all'autonomia negoziale delle parti, la prova dell'effettiva disponibilità delle risorse dell'ausiliario da parte dell'ausiliato comporta la necessità che il contratto di avvalimento si sostanzi in relazione alla natura ed alle caratteristiche del singolo requisito, e ciò soprattutto nei settori dei servizi e delle forniture, ove non esiste un sistema di qualificazione a carattere unico ed obbligatorio, come per i lavori, ed i requisiti richiesti vengono fissati di volta in volta dal bando di gara.

14.8. Nel caso di specie il bando di gara, è necessario rimarcare, prevedeva, al punto III.2.1) Capacità tecnica, che i concorrenti fornissero l'elenco dei principali servizi analoghi prestati negli ultimi tre anni, con indicazione degli importi e dei destinatari, dando prova di aver effettuato un servizio analogo a quello posto in gara della durata di 12 mesi a favore di una struttura pubblica.

14.9. Le regole dettate dal d. lgs. 163/2006 e dal d.P.R. 207/2010 in materia di avvalimento, pur finalizzate a garantire la serietà, la concretezza e la determinatezza di

questo, non devono essere interpretate meccanicamente secondo aprioristici schematismi concettuali, che non tengano conto del singolo appalto e, soprattutto, frustrando la sostanziale disciplina dettata dalla *lex specialis* che, nel caso di specie, mirava a garantire una specifica risorsa immateriale – il fatturato – frutto di una specifica esperienza maturata in un settore eguale o analogo a quello del servizio richiesto.

14.10. Ora non vi può essere dubbio alcuno su quale sia lo specifico requisito – il fatturato per il servizio di telemedicina – di cui si è avvalsa H&S Qualità nel Software s.p.a. nel caso di specie e, del resto, ciò è comprovato proprio dal fatto che questa abbia dichiarato in gara la propria intenzione di subappaltare a Vitalaire Italia s.p.a. proprio quella parte dell'attività logistica di territorio che ha giustificato la messa a disposizione, da parte dell'ausiliaria, delle risorse di cui è carente H&S e, cioè, il servizio di telemedicina, ciò che, poi, H&S ha concretamente fatto – circostanza, questa, non contestata dall'appellante nella sua verità storica – assumendo concretamente il ruolo di subappaltatrice ai sensi dell'art. 49, comma 10, del d. lgs. 163/2006.

14.11. Di fronte al tenore sostanziale della *lex specialis* e al concreto servizio, oggetto di avvalimento, non si comprende quale elemento di maggiore specificità la dichiarazione e il contratto avrebbero dovuto contemplare né l'appellante, al di là del generico richiamo alle norme in materia e alle massime enunciate dalla giurisprudenza, ha saputo spiegarlo.

14.12. L'avvalimento, indipendentemente dalla sua natura operativa o di garanzia, è dunque nel caso di specie determinato e, comunque, ragionevolmente determinabile ai sensi dell'art. 1346 c.c., con conseguente reiezione del primo motivo qui proposto.

15. Con il secondo motivo (pp. 14-16 del ricorso) l'appellante ha lamentato l'erroneità della sentenza impugnata per violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 49 del d. lgs. 163/2006, degli artt. 1 e 3 della l. 241/1990 e della *lex specialis* di gara nella parte in cui questa non ha considerato causa di esclusione l'omessa dichiarazione dei procuratori di Vitalaire Italia s.p.a.

(omissis)

19. In conclusione l'appello è infondato, sia in ognuno dei suoi quattro motivi che nelle consequenziali domande volte ad incidere sul rapporto contrattuale (pp. 28-29 del ricorso), e la sentenza impugnata, sia pure con le esposte precisazioni, merita conferma.

20. Le spese del presente grado di giudizio, attesa l'estrema complessità delle questioni esaminate, possono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando la sentenza impugnata ai sensi di cui in motivazione.

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

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore