

N. 01287/2014 REG.PROV.COLL.
N. 09576/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9576 del 2013, proposto dalla Reha Istituto Tecnico Ortopedico s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e [difesa](#) dall'avv. Enea Baronti e con questi elettivamente domiciliata in Roma, Via Giunio Bazzone n. 15 presso lo studio dell'avv. Giuseppe Femia,

contro

l'A.S.L. RM D, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenza Di Martino presso il cui studio in Roma via Pompeo Magno n. 7 è elettivamente domiciliata, nonché,

nei confronti di

Lgr [Medical Services](#) s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Renato Boccafresca presso il cui studio in Roma, viale Carlo Felice n. 103, è elettivamente domiciliata

per l'annullamento, previa sospensiva,

della delibera n. 298 del 6 settembre 2013, con la quale il Dirigente U.O.C. Acquisizione Forniture beni e Servizi dell'A.U.S.L. Rm D ha aggiudicato la

gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio di riutilizzo dei Dispositivi Medici, di cui al d.m. Sanità del 27 agosto 1999 n. 332 e D.G. Regione Lazio nn. 319/04, 937/04 e 396/05 per il periodo di trentasei mesi dall'1 ottobre 2013 al 30 settembre 2016, alla ditta Lgr [Medical Services](#) s.r.l.; della nota n. 80004 dell'11 settembre 2013, con la quale la Direzione U.O.C. Acquisizione Forniture Beni e Servizi dell'Azienda U.S.L. Rm D ha comunicato l'aggiudicazione definitiva; di tutti i verbali della Commissione di gara e, in particolare, dei nn. 1, 2, 3 e 4 del 2013 e della determinazione dirigenziale n. 343 del 16 maggio 2013 di aggiudicazione provvisoria della gara alla Lgr Medical Services s.r.l.; nonché per la declaratoria dell'obbligo dell'A.U.S.L. Rm D di procedere all'esclusione della Lgr [Medical Services](#) s.r.l. dalla procedura di appalto per nullità/inefficacia/indeterminatezza del contratto di avvalimento stipulato tra Lgr Medical Services s.r.l. e l'impresa ausiliaria Vassilli s.r.l., e per la condanna dell'A.U.S.L. Rm D ai sensi e per gli effetti degli artt. 30, 110 ss c.p.a. e 245 e 245 bis, ter, quater, quinquies, d.lgs. n. 163 del 2006, previa dichiarazione di inefficacia e/o caducazione del contratto medio tempore stipulato tra la stessa Azienda sanitaria e l'aggiudicataria: a) ad aggiudicare l'appalto alla ricorrente, con pronuncia da valere [quale](#) reintegrazione in forma specifica del danno subito; b) in subordine, dell'A.U.S.L. a risarcire il danno per equivalente, computando sia il lucro cessante che il danno professionale e d'immagine.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'A.S.L. Rm D;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Lgr [Medical Services](#) s.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti in causa costituite a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 29 gennaio 2014 il Consigliere Giulia Ferrari; uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

FATTO

1. Con ricorso notificato in data 11 ottobre 2013 e depositato il successivo 17 ottobre la Reha Istituto Tecnico Ortopedico s.r.l. ha impugnato, tra gli altri, la delibera n. 298 del 6 settembre 2013, con la quale il Dirigente U.O.C. Acquisizione Forniture beni e Servizi dell'A.U.S.L. Rm D ha aggiudicato la gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio di riutilizzo dei Dispositivi Medici di cui al d.m. Sanità del 27 agosto 1999 n. 332 e D.G. Regione Lazio nn. 319/04, 937/04 e 396/05 per il periodo di trentasei mesi dall'1 ottobre 2013 al 30 settembre 2016, alla ditta Lgr Medical Services s.r.l..

Esponde, in fatto, che alla gara hanno partecipato quattro concorrenti. All'esito della procedura al primo posto si è collocata la Lgr Medical Services s.r.l., con punti 81,88 e al secondo posto essa ricorrente, con punti 81,09, e quindi con uno scarto di 0,79 punti.

Afferma che l'aggiudicataria ha fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento ex art. 49, d.lgs. n. 163 del 2006, con indicazione della Vassilli s.r.l. quale impresa ausiliaria, perché dichiaratamente carente dei requisiti di capacità economico finanziaria e di capacità tecnica organizzativa previsti ai punti 6 e 7 dell'art. 6 del Capitolato speciale e richiamati ai punti 1.4 e 1.5 dell'art. 8 dello stesso Capitolato Speciale, recante indicazioni circa il contenuto della documentazione amministrativa da inserire nella busta n. 1.

2. Avverso i predetti provvedimenti la ricorrente è insorta deducendo:

a) Violazione e falsa applicazione artt. 41, 42 e 49, d.lgs. n. 163 del 2006 e 88, d.P.R. n. 207 del 2010 - Violazione e falsa applicazione del bando di gara e artt. 6 e 8 del Capitolato Speciale d'oneri. Eccesso di potere per

difetto di istruttoria, illogicità e irragionevolezza nonché per difetto di motivazione e travisamento dei fatti e violazione artt. 3 e 97 Cost. – Illegittimità derivata.

L'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per genericità del contratto di avvalimento sottoscritto con la Vassilli s.r.l..

b) Violazione e falsa applicazione artt. 86 e 87, d.lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere per difetto di motivazione, illogicità manifesta, erroneità dei presupposti di fatto e carenza di istruttoria.

La Commissione di gara ha erroneamente attribuito il punteggio relativamente al “Personale messo a disposizione per l'esecuzione dell'appalto”.

3. La ricorrente ha chiesto altresì la condanna della stazione appaltante a risarcire il danno, in forma specifica e, in via graduata, per equivalente.

4. Si è costituita in giudizio l'A.S.L. Rm D, che ha sostenuto l'infondatezza, nel merito, del ricorso.

5. Si è costituita in giudizio la Lgr Medical Services s.r.l., che ha sostenuto l'infondatezza, nel merito, del ricorso.

6. Con memorie depositate alla vigilia dell'udienza di discussione le parti costituite hanno ribadito le rispettive tesi difensive.

7. Con ordinanza n. 4283 del 6 novembre 2013, riformata dalla sez. III del Consiglio di Stato con ordinanza n. 21 del 9 gennaio 2014, è stata accolta l'istanza cautelare di sospensiva.

8. All'udienza del 29 gennaio 2014 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo la Reha Istituto Tecnico Ortopedico s.r.l. afferma che l'aggiudicataria Lgr Medical Services s.r.l. - che ha fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento ex art. 49, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 con indicazione della Vassilli s.r.l. quale impresa ausiliaria, perché

dichiaratamente carente dei requisiti di capacità economico finanziaria e dei requisiti di capacità tecnica organizzativa previsti dalla lex specialis di gara - avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per genericità del contratto di avvalimento.

Il motivo, alla luce delle ulteriori argomentazioni espresse dalle parti in causa alla vigilia dell'udienza di discussione e pur nella sua evidente problematicità, non è suscettibile di positiva valutazione.

Costituisce giurisprudenza consolidata del giudice amministrativo che il limite di operatività dell'istituto dell'avvalimento, di cui all'art. 49, comma 2, lett. f), del codice dei contratti pubblici, di per sé suscettibile di un amplissimo campo operativo, è dato dal fatto che la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario, anche alla luce del chiaro disposto dell'art. 88, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti). In altri termini, è insufficiente allo scopo la sola e tautologica riproduzione, nel testo del contratto di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente", o espressioni equivalenti (Cons. St., sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; id., sez. III, 3 settembre 2013, n. 4386; id., sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310; id., sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340; id., sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; id., sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344). Solo in tal modo si coniuga l'elasticità dell'istituto dell'avvalimento con l'esigenza di assicurare l'effettività dell'impegno assunto con il contratto, a tutela sia dell'interesse pubblico che fa capo alla stazione appaltante (e che potrebbe essere facilmente eluso, se fosse consentito il ricorso a formule puramente verbali), sia delle regole

di fondo dell'autonomia privata, secondo le quali la serietà dell'intento e la concretezza dell'obbligo, quali si manifestano nell'oggetto e nella causa negoziale, sono condizioni necessarie perché l'accordo delle parti produca l'effetto vincolante tipico dell'atto di autoregolamento (Cons. St., sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135).

Né sarebbe possibile dubitare dell'applicazione di tale principio anche agli appalti diversi da quelli di lavori pubblici, atteso che in ogni tipo di appalto occorre che, in sede d'avvalimento, sia fornita seria e precisa contezza dei requisiti della pregressa esperienza e della capacità economica che sono messe a disposizione. In caso contrario, verrebbe meno la natura stessa dell'istituto, finalizzato non già ad arricchire la capacità tecnica ed economica del concorrente, bensì a consentire a soggetti, che ne siano sprovvisti, di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti (Cons. St., sez. III, 3 settembre 2013, n. 4386), garantendo l'affidabilità dei lavori, dei servizi o delle forniture appaltati. L'art. 88, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 dunque, pur se dettato per gli appalti di lavori, non è una regola peculiare di tale comparto, ma esprime l'esigenza generale che ogni stazione appaltante sia messa in grado di comprendere immediatamente l'effettività e la serietà della messa a disposizione dei requisiti, nonché della loro coerenza con l'oggetto dell'appalto (Cons. St., sez. III, 3 settembre 2013, n. 4386; id. 15 novembre 2011, n. 6040).

Della correttezza di tali principi sembra peraltro che nessuna delle parti in causa abbia dubitato, atteso che la questione controversa è la sufficienza degli impegni assunti dalla Vassilli s.r.l. per garantire la serietà del ricorso all'istituto dell'avvalimento da parte della Lgr Medical Services s.r.l..

Ritiene il Collegio, a seguito di una più approfondita valutazione propria della fase del merito, che nel caso in esame l'asserita genericità del contratto di avvalimento, stipulato tra la Lgr Medical Services s.r.l. e la Vassilli s.r.l. il 25 settembre 2012, possa trovare sufficiente e legittima integrazione nella

dichiarazione, richiamata in detto contratto, resa dalla Vassilli s.r.l. lo stesso 25 settembre. In tale dichiarazione la società ausiliante ha chiarito i requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa in proprio possesso, debitamente elencandoli, requisiti di cui in giudizio non è stato messo in dubbio il possesso. Si è poi obbligata (punto b della dichiarazione), sia nei confronti dell'ausiliata che della stazione appaltante, a fornire, in caso di affidamento dell'appalto alla Lgr Medical Services, "i requisiti" di cui quest'ultima è carente e a mettere a disposizione "le risorse" necessarie per tutta la durata dell'appalto. Si è, infine, dichiarata responsabile in solido con la concorrente nei confronti della A.S.L. Rm D in relazione alle prestazioni oggetto dell'appalto.

Il richiamo, operato nel contratto di avvalimento, a tale dichiarazione ne costituisce completamento motivazionale.

Il contratto di avvalimento quindi, integrato dalla dichiarazione resa dalla Vassilli s.r.l., non risulta in contrasto con le esigenze di specificità previste dall'art. 49, comma 2, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006 e dall'art. 88, d.P.R. n. 207 del 2010 in quanto contiene la volontà seria dell'ausiliaria di mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, i mezzi ed i requisiti di cui la ditta ausiliata è carente (Cons. St., sez. V, 12 novembre 2013, n. 5384).

La circostanza, poi, che la Lgr Medical Services avesse dichiarato di essere una società nuova sul mercato e quindi carente di tutti i requisiti e che la Vassilli si fosse impegnata a fornire sia "i requisiti" di cui la Lgr è carente che e a mettere a disposizione "le risorse" necessarie per tutta la durata dell'appalto porta ad escludere che l'avvalimento in questione sia di sola garanzia e dunque insufficiente, alla luce del recente arresto del Consiglio di Stato (sez. III, 22 gennaio 2014, n. 294). Aggiungasi che la stazione appaltante ha potuto rinvenire la conferma della serietà dell'avvalimento nel progetto prodotto dall'aggiudicataria, nel quale, nel paragrafo dedicato alla presentazione della Lgr Medical Services, si fa presente che questa è una

società appena costituita, nata dall'idea di due grandi imprese del settore, la Fumagalli s.r.l. e la Vassilli s.r.l., appunto.

La conclusione cui il Collegio è pervenuto lo esime dal verificare se il legame sussistente tra Lgr Medical Services s.r.l. e la Vassilli s.r.l. possa rientrare nel c.d. legame infragruppo e se lo stesso in ogni caso esonerava la concorrente Lgr dal depositare in gara un contratto di avvalimento specifico.

2. Con il secondo motivo di ricorso si afferma l'illegittima attribuzione all'aggiudicataria del punteggio in relazione alla voce dell'offerta tecnica relativa al "Personale messo a disposizione per l'esecuzione dell'appalto", inclusa nella "Qualità del Servizio". Chiarisce la ricorrente che la Commissione di gara ha assegnato all'aggiudicataria - che ha indicato complessivamente 14 persone impiegate nel servizio, di cui 4 tecnici ortopedici - 14 punti (id est, il punteggio massimo attribuibile) mentre ad essa ricorrente 11 punti, pur avendo essa indicato complessivamente 23 persone impiegate, di cui 2 tecnici ortopedici. Essendo lo scarto tra il punteggio totale assegnato all'aggiudicataria (punti 81,88) e quello assegnato ad essa ricorrente (punti 81,09) di soli 0,79 punti, sarebbe sufficiente attribuire alla Reha 12 punti, per la voce "Personale messo a disposizione per l'esecuzione dell'appalto", perché essa si collochi al primo posto in graduatoria.

Il motivo è in punto di fatto privo di pregio.

Esso si fonda, infatti, sull'erroneo presupposto che la Lgr Medical Services s.r.l. abbia indicato 14 persone in luogo delle 23 della Reha. Come quest'ultima dà correttamente atto nella memoria depositata il 13 gennaio 2014 (pur insistendo sulla fondatezza del motivo), l'aggiudicataria ha in effetti offerto 25 persone, di cui 4 tecnici ortopedici, in luogo delle 23 della ricorrente, di cui 2 tecnici ortopedici. Il più elevato numero di lavoratori, unitamente alla maggiore presenza di tecnici ortopedici, è dunque alla base

del diverso punteggio attribuito, in parte qua, all'offerta tecnica, senza che possa aver assunto valore esclusivo e determinante la circostanza che la Commissione avesse affermato che la ricorrente non aveva specificato quanto e quale personale avrebbe messo a disposizione.

3. L'infondatezza nel merito del ricorso comporta il rigetto della domanda di risarcimento del danno atteso che l'illegittimità del provvedimento impugnato è condizione necessaria per accordare il risarcimento richiesto; la reiezione della parte impugnatoria del gravame impedisce infatti che il danno stesso possa essere considerato ingiusto o illecita la condotta tenuta dall'Amministrazione (Cons. St., sez. V, 13 gennaio 2014, n. 85; id., sez. IV, 17 settembre 2013, n. 4628; id., sez. V, 15 gennaio 2013, n. 176).

4. Il ricorso deve quindi essere respinto ma la complessità della questione controversa giustifica la compensazione delle spese e degli onorari del giudizio tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa integralmente tra le parti in causa le spese e gli onorari del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/02/2014

IL SEGRETARIO

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