

Pubblicato il 26/04/2021

N. 04816/2021 REG.PROV.COLL.
N. 07520/2020 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 il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7520 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Technologic s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Genco, con domicilio digitale in atti;

contro

Consip s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Fujifilm Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Alessandra Sandulli, Federico Vanetti, Ilaria Gobbato e Guglielmo Aldo Giuffrè, con domicilio digitale in atti e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Maria Alessandra Sandulli in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 349;

IMS Giotto s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,

rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Clarizia, Andrea Bonanni e Giampaolo Delli Cicchi, con domicilio digitale in atti;
Siemens Healthcare s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Bonatti e Lorella Fumarola, con domicilio digitale in atti;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo

- della comunicazione di aggiudicazione definitiva prot. n. 30986/2020 dell'amministratore delegato di Consip s.p.a. del 22 luglio 2020, comunicata alla ricorrente a mezzo p.e.c. in data 22 luglio 2020, avente ad oggetto l'aggiudicazione della gara a procedura aperta ai sensi del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. per l'affidamento di un "*Accordo Quadro avente ad oggetto la fornitura di Mammografi digitali con tomosintesi, servizi connessi, dispositivi e servizi opzionali per le Pubbliche Amministrazioni - II edizione – ID 2078 - Base di gara € 16.320.000,00 IVA esclusa, CIG79284560DF*";

- dei verbali n. 6 del 28 gennaio 2020 e n. 7 del 26 giugno 2020 della Commissione di Gara, aventi

ad oggetto la formazione della graduatoria di gara e la proposta di aggiudicazione a Consip s.p.a.;

- di tutti gli atti antecedenti, preordinati, consequenziali e comunque connessi a tale deliberazione per le seguenti motivazioni;

quanto al ricorso per motivi aggiunti

- della comunicazione di aggiudicazione definitiva protocollo n. 0042065 del 15 ottobre 2020 dell'amministratore delegato di Consip s.p.a. del 15 ottobre 2020, comunicata a Technologic s.r.l. a mezzo p.e.c. in data 15 ottobre 2020, avente ad oggetto l'annullamento in autotutela ai sensi dell'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990 della nota prot. n. 30986 del 22 luglio 2020 (aggiudicazione definitiva non efficace) e contestuale comunicazione aggiudicazione definitiva efficace ai sensi dell'art. 32, comma 7 del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. relativamente alla medesima gara a procedura aperta;

- dei verbali n. 8 del 10 settembre 2020 e n. 9 dell'11 settembre 2020 della Commissione di Gara, aventi ad oggetto la valutazione dell'istanza di autotutela formulata da Technologic s.r.l. e la proposta di nuova aggiudicazione a Consip s.p.a.;

nonché per l'annullamento

di tutti gli atti antecedenti, preordinati, consequenziali e comunque connessi a tale deliberazione.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Consip s.p.a., della Fujifilm Italia s.p.a., della IMS Giotto s.p.a. e della Siemens Healthcare s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 aprile 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto, la dott.ssa Eleonora Monica e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il presente gravame, la Technologic s.r.l. (di seguito anche semplicemente "Technologic") - collocatasi in seconda posizione nella graduatoria stilata all'esito della gara Consip in epigrafe, finalizzata alla stipula di un accordo quadro con quattro operatori economici per *"la fornitura di Mammografi digitali con tomosintesi, servizi connessi, dispositivi e servizi opzionali per le Pubbliche Amministrazioni"* (segnatamente, ottantotto mammografi al primo in graduatoria, cinquantasei al secondo, trentasei al terzo e venti al quarto) - impugnava l'aggiudicazione definitiva in favore della prima classificata Fujifilm Italia s.p.a. (di seguito anche semplicemente "Fujifilm"), assumendone l'illegittimità in relazione all'aver (in tesi) la commissione di gara esaminato *"con estrema superficialità ... l'offerta tecnica di Fujifilm ... senza avvedersi di macroscopici errori e incongruenze"*.

La società ricorrente chiedeva, dunque, l'annullamento di tale atto formulando i seguenti motivi di ricorso:

1. Violazione degli artt. 15.3 (che imponeva l'anonimizzazione delle bioimmagini) e 15.1, lett. f) (che stabiliva l'impiego dell'angolo di tomosintesi dichiarato in offerta tecnica) del Capitolato d'oneri, per aver la prima classificata presentato delle bioimmagini contenenti dei campi non anonimizzati e, comunque, non conformi sotto il profilo dell'angolo di scansione utilizzato;
2. Violazione dell'art. 22.1 del Capitolato d'oneri (che prevedeva un margine di tolleranza tra i valori dichiarati dal concorrente e i valori rilevati dalla commissione di gara in sede di verifica funzionale pari a " $\pm 10\%$ "), per aver la controinteressata superato il margine di tollerabilità ivi indicato in relazione alla "*Qualità Immagine Tormax*", parametro "*risoluzione ad alto contrasto perpendicolare e parallela*" (caratteristica funzionale 2.1), "*considerato che la differenza percentuale tra i due valori è del 10,012%*";
3. Violazione dell'art. 15.2 del Capitolato d'Oneri, per aver Fujifilm omesso di presentare, con riferimento all'offerta di una "*workstation di refertazione con doppio Monitor LCD di dimensione minima 21', almeno 5MP (o un monitor unico da almeno 10MP) con applicativo per immagini di tomosintesi che consentano di visualizzare le immagini full screen. Stazione di refertazione conforme al technical framework mammografico IHE e allo standard DICOM*", la documentazione a comprova del possesso dei requisiti tecnici minimi richiesti;
4. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza assoluta di motivazione, motivazione apparente e manifesta incoerenza, per aver la prima classificata presentato in gara informazioni e dichiarazioni fuorvianti in relazione al possesso, con riferimento all'apparecchiatura offerta, del requisito migliorativo "*Dimensione del pixel dell'immagine 2D "sintetica" (micron) < 100*" (caratteristica tecnica migliorativa 1.6) e al non aver, in ogni caso, la commissione disposto una relativa verifica tecnica, dalla quale sarebbe emersa

per tabulas la mancata comprova di tale criterio migliorativo, con conseguente estromissione della Fujifilm dalla gara.

Consip s.p.a. (di seguito anche semplicemente “*Consip*”) si costituiva in giudizio, inizialmente depositando una memoria di pura forma.

La controinteressata Fujifilm, con atto depositato il 30 ottobre 2020 proponeva, invece, ricorso incidentale c.d. “escludente”, sostenendo che Technologic avrebbe dovuto, comunque, essere esclusa dalla procedura, per aver quest’ultima:

- dichiarato l’insussistenza della specifica causa di esclusione prevista dal comma 5, lett. *c ter*, dell’art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti), nonostante essa si fosse, invece, resa responsabile di gravi illeciti professionali, per aver Consip disposto la risoluzione della convenzione sottoscritta con tale società per la fornitura di “*apparecchiature di radiologia, dispositivi accessori e dei servizi connessi ed opzionali – mammografi digitali diretti*”, quale “*strumento idoneo, necessario e dovuto a sanzionare le gravi e rilevanti inadempienze consistenti nella consegna alle Pubbliche Amministrazioni aderenti alla convenzione di mammografi digitali diretti (modello «Hologic Selenia Value +») difformi da quelli oggetto della convenzione stessa (modello «Hologic Selenia»)*” (primo motivo);

- in ogni caso offerto una soluzione, sotto molteplici motivi, non conforme ai requisiti minimi richiesti dalla documentazione di gara, con riferimento, in particolare, al prodotto opzionale “*dispositivo per la radiografia dei frustoli estratti mediante biopsia*” (da intendersi – come chiarito dalla stessa Consip in sede di chiarimenti – quale “*dispositivo hardware separato dal mammografo o, in alternativa, di una funzionalità software apposita per la radiografia dei frustoli integrata con il mammografo*”), e al dispositivo opzionale “*workstation di refertazione con doppio Monitor LCD di dimensione minima 21’, almeno 5MP (o un monitor unico da almeno 10MP) con applicativo per immagini di tomosintesi che consentano di visualizzare le immagini full screen. Stazione di refertazione conforme al technical framework mammografico IHE e allo standard DICOM*” (secondo e terzo motivo).

- presentato in gara informazioni e dichiarazioni fuorvianti in relazione al possesso, con riferimento all'apparecchiatura offerta, del requisito migliorativo di cui al punto 1.6 dell'art. 17.1 del Capitolato d'oneri (*"Dimensione del pixel dell'immagine 2D "sintetica" (micron) < 100"*), evidenziando che Technologic avrebbe dichiarato, nell'ambito della propria offerta tecnica, una dimensione del pixel pari a 87 (ottenendo il conseguente punteggio) quando invece *"dalla documentazione prodotta a comprova del suddetto valore tecnico (§ 24 della Dichiarazione del produttore "A1 Dichiarazione Hologic") emerge che, in realtà, quello indicato in offerta è un valore minimo ("Pixel dimension of the synthetic 2D mammography image is a minimum value of 87 micron"), il che non esclude che il dispositivo possa restituire immagini con valore di pixel anche superiori a 100 micron"* (quarto motivo).

La ricorrente principale, con atto depositato il 13 novembre 2020, proponeva, poi, ricorso per motivi aggiunti avverso il successivo atto con cui Consip - nel dimostrare di condividere la censura di (pretesa) mancata anonimizzazione delle bioimmagini di Fujifilm (formulata dalla Technologic nel primo motivo del ricorso introduttivo) - ha annullato in autotutela il contestato provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara, sottraendo il relativo punteggio originariamente attribuito alla Fujifilm nonché alla stessa Technologic, per essersi la commissione di gara avveduta - nel procedere a riesaminare, sotto tale specifico profilo, anche le offerte presentate dagli altri concorrenti - che pure tale impresa non avevano anonimizzato le proprie bioimmagini (in tal senso, il verbale del 10 settembre 2020), formulando, per l'effetto, la seguente nuova graduatoria finale:

- IMS Giotto s.p.a. (dal terzo) al primo posto (con 66,745 punti), con conseguente diritto alla fornitura di ottantotto mammografi;
- Fujifilm (dal primo) al secondo posto (con 66,017 punti), con conseguente diritto alla fornitura di cinquantasei mammografi (a fronte degli ottantotto originariamente attribuitele per effetto dei provvedimenti annullati in autotutela);

- Siemens Healthcare s.r.l. (dal quarto) al terzo posto (con 65,384 punti), con conseguente diritto alla fornitura di trentasei mammografi;
- Technologic (dal secondo) al quarto posto (con 61,112 punti), con conseguente diritto alla fornitura di soli venti mammografi (a fronte dei cinquantasei originariamente attribuitele per effetto della prima aggiudicazione annullata in autotutela).

Quest'ultima - retrocessa, quindi, in quarta posizione - impugnava l'atto di aggiudicazione definitiva della gara secondo tale nuova graduatoria, riproponendo nei confronti di Fujifilm (ora seconda) i motivi già proposti in sede di ricorso introduttivo (ad eccezione della prima censura, come visto, accolta in autotutela da Consip), nonché assumendo, quanto alla prima e terza classificata (rispettivamente, IMS Giotto s.p.a. e Siemens Healthcare s.r.l.), che anche le bioimmagini prodotte da tali partecipanti presenterebbero le medesime criticità evidenziate nei confronti di Fujifilm e di Technologic per la presenza di campi alfanumerici che, in violazione dell'onere di anonimizzazione, consentirebbero di risalire al concorrente (terzo e quarto motivo).

Sia IMS Giotto s.p.a. (di seguito anche semplicemente "IMS Giotto") che Siemens Healthcare s.r.l. (di seguito anche semplicemente "Siemens") si costituivano in giudizio, inizialmente versando in atti memorie di pura forma.

Anche Fujifilm - retrocessa in graduatoria dal primo al secondo posto - con atto depositato il 17 novembre 2020, *"riproduce(va), per quanto occorrer possa, integralmente ..., anche nelle forme del ricorso incidentale nei motivi aggiunti"* quanto già dedotto nell'autonomo ricorso da costei già proposto innanzi a questa Sezione II (iscritto al n.r.g. 9443/2020) avverso il nuovo atto di aggiudicazione, nell'intento di ottenere l'esclusione di IMS Giotto nonché della concorrente Metaltronica s.p.a. (classificatasi nella prima posizione non utile, la quinta, ma la cui ammissione inciderebbe, in applicazione dell'art. 23 del Capitolato d'oneri, sul numero degli aggiudicatari e, conseguentemente, sulla quota parte della fornitura spettante a ciascuno di essi, in ragione della

riduzione a tre del numero di offerte valide, ove essa fosse esclusa insieme a IMS Giotto o Technologic).

Sia Siemens che IMS Giotto controdeducevano, per quanto di rispettivo interesse, alle censure formulate da Technologic e da Fujifilm.

Consip, con memoria depositata il 30 novembre 2020, ampiamente argomentava in merito alla legittimità delle proprie determinazioni.

IMS Giotto, con atto depositato in tale stessa data, proponeva, infine, un ricorso incidentale c.d. “escludente” nei confronti di Technologic, evidenziando come la ricorrente principale avrebbe dovuto essere in ogni caso estromessa dalla procedura per cui è causa, *“con conseguente difetto di legittimazione e di interesse a promuovere il ricorso principale”*, oltre che in relazione alle censure già formulate da Fujifilm nel proprio ricorso incidentale (secondo, terzo e quarto motivo), in particolare per *“Violazione dell’art. 105, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016; Violazione del principio di personalità nell’esecuzione dell’appalto; Violazione dell’art. 83, comma 9, de d.lgs. n. 50/2016 e del principio di determinatezza dell’offerta; Violazione dei principi di imparzialità di par condicio; Eccesso di potere; Difetto di istruttoria e di motivazione”*, sostanzialmente sostenendo che Technologic sia *“affetta da un vizio radicale che ne inficia la stessa ammissibilità”*, atteso che essa avrebbe, in particolare, *“ritenuto di poter concedere a terzi l’esecuzione del servizio di assistenza tecnica e manutenzione (come visto assolutamente centrale nell’ambito dell’Accordo quadro) ricorrendo a tal fine allo strumento dei “contratti continuativi di cooperazione”, di cui all’art. 105, comma 3, del D.lgs. n. 50/2016”*, atteso che *“l’esternalizzazione configurata da controparte non riguarda affatto attività “rese in favore dei soggetti affidatari”, ma costituisce, dichiaratamente, la “concessione a terzi” di servizi che formano parte integrante e sostanziale delle prestazioni oggetto dell’appalto da rendere direttamente in favore della committenza”* (primo motivo).

IMS Giotto contestava, altresì, il punteggio a costei attribuito dalla commissione di gara in relazione al criterio n. 2 *“caratteristiche funzionali”*, sostenendo che qualora la propria offerta fosse stata correttamente valutata in aderenza alle previsioni del Capitolato d’oneri, essa si sarebbe vista attribuire

ulteriori venti punti tecnici e, dunque, un punteggio significativamente maggiore tale da privare la Technologic dell'interesse a coltivare le censure formulate nei confronti dell'offerta della IMS Giotto, tra l'altro afferenti al merito tecnico dell'offerta medesima (quinto motivo).

Sia Technologic che Consip replicavano alle censure proposte dalla IMS Giotto, entrambe, in particolare, deducendo, quanto alla pretesa illegittima esternalizzazione, come tale aspetto afferisca alla fase esecutiva dell'accordo quadro.

Anche le altre parti versavano in atti relative memorie, in cui ribadivano le rispettive argomentazioni.

All'esito della camera di consiglio del 13 gennaio 2021, la Sezione con ordinanza n. 251/2021 respingeva l'istanza cautelare avanzata dalla Technologic, *“Ritenuto ... fondato il primo motivo c.d. “escludente” formulato dalla controinteressata IMS Giotto s.r.l. nel ricorso incidentale depositato 30 novembre 2020, con cui si sostiene che la ricorrente principale dovrebbe essere esclusa dalla procedura per cui è causa in relazione all’“inammissibile esternalizzazione” di alcuni “servizi connessi” e in particolare di “parte dell’esecuzione del servizio di assistenza tecnica e manutenzione sulle apparecchiature oggetto di offerta”.*

Seguiva il deposito di ulteriori memorie, in cui tutte le parti insistevano per l'accoglimento delle proprie opposte tesi difensive.

All'udienza pubblica del 14 aprile 2021, la causa veniva trattata e, dunque, trattenuta in decisione.

Per quanto concerne, innanzi tutto, l'ordine di esame dei ricorsi principale ed incidentali, il Collegio si richiama ai principi posti dall'Adunanza Plenaria con la sentenza 25 febbraio 2014, n. 9, con particolare riferimento all'affermazione - quale regola generale - del previo esame del ricorso incidentale con finalità escludente.

Ciò premesso, come accennato, sia Fujifilm che IMS Giotto, al fine di elidere ogni interesse della Technologic all'annullamento delle operazioni di gara,

hanno entrambe proposto ricorso incidentale finalizzato ad ottenere l'estromissione di quest'ultima dalla procedura.

Ebbene, il Collegio è dell'avviso che il ricorso incidentale formulato dalla IMS Giotto sia fondato sotto il primo (assorbente) motivo, in relazione all'aver Technologic espressamente affermato, nella *“Dichiarazione affidamento attività a terze imprese”* da costei resa in sede di relativa offerta (documento in atti), di esternalizzare *“parte dell'esecuzione del servizio di assistenza tecnica e manutenzione sulle apparecchiature oggetto di offerta ... affidate a terzi in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizi e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della presente procedura”*.

Rileva, innanzi tutto, come l'appalto di cui si discorre abbia ad oggetto, oltre alla *“fornitura di Mammografi digitali con tomosintesi”* e di alcuni *“dispositivi opzionali”*, la prestazione di tutta una serie di *“servizi connessi”* previsti nel Capitolato Tecnico, tra i quali figura (per quel che interessa) anche il *“servizio di assistenza e manutenzione”* delle apparecchiature e dispositivi ordinati (il cui corrispettivo era compreso nel prezzo unitario offerto solo in relazione ai primi dodici mesi della fornitura), come dettagliatamente disciplinato al relativo art. 3, comprensivo, in particolare - oltre che dell'obbligo del fornitore di *“garantire per tutta la durata del contratto il medesimo livello qualitativo delle apparecchiature come accertato all'atto della verifica di conformità”* nonché *“la disponibilità delle parti di ricambio per 10 (dieci) anni a decorrere dalla data di accettazione della fornitura”* - dell'assistenza e manutenzione *“full risk per i primi 12 mesi”*, mediante *“la riparazione e la sostituzione di tutte le componenti dell'apparecchiatura (tubo radiogeno, detettore, compressore, ecc), comprensiva degli accessori (pedaliere, cavi, adattatori, ecc.), dei materiali di consumo soggetti ad usura (lubrificanti, filtri, sensori, ecc.), con la sola esclusione del materiale di consumo necessario all'ordinario utilizzo (es: materiale monouso e monopaziente)”*.

Il Capitolato Tecnico - nello specificare, inoltre, che tale servizio *“verrà effettuato con personale specializzato del Fornitore”* - chiariva come esso *“comprenderà:*

- *Manutenzione preventiva*”, mediante l’attivazione di “*procedure periodiche di verifica, controllo, messa a punto, sostituzione parti di ricambio e parti soggette ad usura ed eventuale adeguamento e/o riconduzione delle apparecchiature risultanti non conformi, come previsto dai manuali d’uso forniti in dotazione*”;
- *“Manutenzione correttiva*”, ovvero “*su chiamata*”, mediante l’inoltro di una “*Richiesta di intervento*” della singola amministrazione attraverso il *Customer Care*” e la successiva redazione di “*un’apposita nota in duplice copia, sottoscritta da un incaricato della P.A. e da un incaricato del Fornitore*” recante i dettagli e l’esito dell’intervento eseguito;
- *“Fornitura parti di ricambio*” originali, “*garant(endo) alle Amministrazioni che avranno utilizzato l’Accordo Quadro, la loro reperibilità e fornitura per un periodo non inferiore a 10 (dieci) anni a decorrere dalla data di accettazione della fornitura*”;
- *“Customer care*”, attraverso l’attivazione di numero telefonico e indirizzo email e/o PEC dedicati, che funzionino “*da centro di ricezione e gestione delle richieste di assistenza, di manutenzione, per la segnalazione dei guasti e la gestione dei malfunzionamenti ... per tutta la durata dei singoli contratti di fornitura*”;
- *“Reportistica sui livelli di servizio*” relativa allo “*stato di funzionamento dell’apparecchiatura ordinata*” da mettere a disposizione delle amministrazione “*con cadenza semestrale*” e “*a partire dalla data di esito positivo della verifica di conformità e per tutta la durata dei singoli Contratti di Fornitura*”.

Ben si comprende, dunque, come si tratti di tutta una serie di prestazioni che specialmente nella fase iniziale di avvio e primo utilizzo della strumentazione - ma non solo - assumono un ruolo assolutamente centrale ed essenziale ai fini della concreta fruizione, da parte delle singole amministrazioni che abbiano aderito all’accordo quadro e stipulato il singolo contratto di fornitura, delle apparecchiature ordinate, peraltro estendendosi il servizio a “*qualsiasi parte necessaria a mantenere in perfetta efficienza le apparecchiature e i dispositivi opzionali tanto sotto l’aspetto infortunistico, di sicurezza e di rispondenza alle norme quanto sotto l’aspetto della rispondenza ai parametri tipici delle apparecchiature e al loro corretto utilizzo, garantendo un servizio tecnico di assistenza e manutenzione sia delle*

apparecchiature fornite sia delle singole componenti per i difetti di costruzione e per i guasti dovuti all'utilizzo e/o ad eventi accidentali non riconducibili a dolo".

Emerge, inoltre, dalla sopra riportata descrizione dei contenuti nonché dei modi e dei tempi in cui è stabilito che tali prestazioni vengano rese, che il servizio di cui si discorre - inequivocabilmente riguardando le apparecchiature e i dispositivi già consegnati e in uso alle singole amministrazioni - sia chiaramente reso direttamente in favore di quest'ultime.

Ebbene, poste tali premesse, il Collegio - nel confermare l'orientamento già espresso in sede cautelare - ritiene, dunque, che Technologic avrebbe dovuto essere esclusa in relazione all'aver essa fatto illegittimamente ricorso allo strumento dei "contratti continuativi di cooperazione", di cui all'art. 105, comma 3, lett. c-bis), del d.lgs. n. 50/2016, per la prestazione di una (tra l'altro non meglio specificata) "parte" del servizio di assistenza e manutenzione delle apparecchiature fornite, che la concorrente - per sua stessa ammissione - non sarebbe in grado di eseguire, in quanto priva delle risorse a tal fine necessarie.

Il Consiglio di Stato ha, infatti, anche di recente, chiarito come tali contratti di cooperazione "si caratterizzano per la "direzione soggettiva", in quanto resi all'impresa aggiudicataria, e per l'"oggetto del contratto" che è altro rispetto alla prestazione in affidamento con il contratto d'appalto", sicché essi potranno riferirsi solo a quei beni e servizi dei quali l'impresa aggiudicataria necessita per poter, essa sola, eseguire la prestazione oggetto del contratto d'appalto e non già direttamente alla prestazione affidata (in tal senso, Consiglio di Stato, Sezione V, n. 607/2020).

Ne discende come assuma, pertanto, carattere dirimente, al fine di stabilire se l'impresa aggiudicataria abbia legittimamente fatto ricorso a tale tipologia di contratto, la concreta verifica della circostanza legata al dato di fatto se la medesima impresa si sia limitata a procurarsi il bene strumentale alla prestazione da rendere all'amministrazione, ovvero abbia affidato - come nel caso di specie - al terzo cooperante l'esecuzione di una parte (o frazione) della prestazione assunta nei confronti dell'amministrazione che essa non era in

grado di eseguire, con la conseguenza che “*quando il terzo cooperante ... esegue una parte della prestazione oggetto del contratto d'appalto che l'impresa aggiudicataria non sa o non può eseguire si è fuori dalla fattispecie dell'art. 105, comma 3, lett. c-bis) del Codice, ed è corretta l'esclusione dalla procedura di gara*” (in tal senso, Consiglio Stato, Sezione V, n. 3169/2020).

Nel caso di specie, la prestazione di assistenza tecnica e manutenzione - in quanto oggetto dell'accordo quadro e del discendente singolo contratto di fornitura - non poteva, dunque, essere oggetto anche di un connesso contratto ai sensi del citato art. 105, comma 3, lett. c- *bis*), atteso che diversamente opinando - come reso palese dal contenuto di tali prestazioni come già delineate nella documentazione di gara - al terzo cooperante sarebbe stata, altrimenti, affidata una parte delle prestazioni oggetto dell'appalto da rendere direttamente in favore della singola amministrazione, ponendo quest'ultima in rapporto diretto con un soggetto del quale non è mai stato accertato il possesso dei requisiti generali e speciali di partecipazione previsti all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 e dalla disciplina di gara.

Il sistema della contrattualistica pubblica è - invero - retto dal principio di personalità nell'esecuzione dell'appalto (in tal senso, l'art. 105, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016), che, nel porsi a garanzia degli interessi della committenza pubblica, nonché della stessa *par condicio* tra i concorrenti, esclude che possano essere ammesse offerte che (al fuori delle ipotesi di subappalto) contemplino il coinvolgimento, nell'esecuzione della prestazione in favore dell'amministrazione, di soggetti terzi che non assumano la veste di né concorrente, né di contraente.

Gli istituti aggregativi ammessi dall'ordinamento sono, infatti, tipici (raggruppamento, consorzio, rete di imprese e avvalimento) e per ciascuno di essi la disciplina di settore delinea specifiche e inderogabili modalità e forme, tali da offrire alla stazione appaltante idonee garanzie anche in termini di imputazione giuridica dell'offerta e - conseguentemente - di verifica dei prescritti requisiti.

In tale contesto, la dichiarazione del concorrente di voler concedere a terzi *“parte dell’esecuzione del servizio di assistenza tecnica e manutenzione sulle apparecchiature oggetto di offerta ... ai sensi dell’art. 105, comma 3, lettera c-bis) del D. Lgs. 50/2016 ... in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizi e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della presente procedura”*, tra l’altro inequivocabilmente chiarendo che *“le predette attività non sono configurabili ... come subappalto”*, comporta, di per sé, l’inammissibilità dell’offerta, integrando una non ammessa dissociazione tra il profilo soggettivo del concorrente/offerente in gara e quello dell’esecutore del contratto di appalto. Ne discende, pertanto, come Technologic - una volta avvedutasi di non disporre dei mezzi necessari per assicurare in favore delle singole amministrazioni aderenti all’accordo quadro il servizio di assistenza e manutenzione oggetto dello stipulando accordo quadro, secondo le modalità dettagliatamente previste nel Capitolato Tecnico - avrebbe dovuto far ricorso, ai fini di una sua legittima partecipazione alla gara, ad una delle forme di partecipazione congiunta previste dal Codice dei contratti pubblici oppure, eventualmente, al subappalto (espressamente ammesso nel Bando di gara).

Priva di pregio l’argomentazione di segno contrario, svolta sia dalla ricorrente principale che dalla Consip, secondo cui la dedotta illegittimità non rileverebbe in sede di aggiudicazione, bensì nella sola fase esecutiva, trattandosi, invero, di una circostanza assolutamente rilevante già nella fase genetica del confronto competitivo in ragione dell’esigenza di verificare l’effettività dell’impegno assunto dalla concorrente, nonché idonea ad incidere sul piano della individuazione soggettiva dell’esecutore dell’appalto che, a sua volta, costituisce parte integrante dell’offerta.

Del tutto irrilevante, poi, la circostanza che la Technologic non abbia prodotto in sede di gara i contratti continuativi di cooperazione di cui si discorre, osservando il Collegio come i contenuti del servizio di assistenza e manutenzione, al quale Technologic riferiva l’avvenuta stipula di tali contratti, siano già dettagliatamente, come visto, stabiliti nella stessa documentazione di

gara, da cui risulta come gli stessi siano inequivocabilmente resi in favore delle amministrazioni aderenti allo stipulando accordo quadro.

A ciò si aggiunga, infine, come la ricorrente principale abbia versato in atti – seppur a fini meramente esemplificativi – taluni contratti di cooperazione continuativa, da cui è, finanche, possibile desumere ulteriori elementi a conferma della fondatezza della censura incidentale proposta dalla IMS Giotto, emergendo dalla lettura dei relativi accordi come si tratti del vero e proprio affidamento a terzi di servizi che sono parte integrante e sostanziale delle prestazioni oggetto dell'appalto, da rendere direttamente in favore della committenza e non anche, come tenta di affermare Technologic, dell'assicurazione di una mera *“catena di fornitura legata all'appalto”*.

In conclusione, il ricorso incidentale proposto dalla IMS Giotto deve, quindi, essere accolto sotto il profilo dell'inammissibile esternalizzazione di parte dei servizi di assistenza e manutenzione, con assorbimento dei profili di gravame che non sono stati oggetto di specifica disamina, ed il ricorso principale ed i relativi motivi aggiunti proposti dalla Technologic devono essere, conseguentemente, dichiarati inammissibili per carenza d'interesse, ritenendo il Collegio che la concorrente dovesse essere per l'effetto esclusa dalla procedura di gara per cui è causa.

Il ricorso incidentale proposto dalla Fujifilm deve, quindi, essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse, mentre il ricorso per motivi aggiunti incidentalmente proposto *“per quanto occorrer possa”* sempre dalla Fujifilm deve essere dichiarato inammissibile in quanto rivolto ad ottenere l'estromissione dalla gara non già della ricorrente principale, bensì di altre concorrenti e potendo, invece, ai sensi dell'art. 42 c.p.a., le censure incidentali essere proposte solo *“a tutela di un interesse che sorge in dipendenza della domanda formulata in via principale”*, veicolando la loro proposizione un interesse ad opporre censure nei confronti del ricorrente principale ed avendo essi *“carattere accessorio rispetto al ricorso principale”*, in ragione dell'espressione di

interessi che divengono attuali e concreti solo in seguito alla proposizione di quest'ultimo (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sezione II, n.1279/2019).

Osserva, comunque il Collegio come le relative doglianze ivi formulate nei confronti di IMS Giotto e Metaltronica s.p.a. (quest'ultima, nemmeno evocata nell'ambito del presente giudizio), in quanto espresse anche nel parallelo ricorso autonomamente proposto da Fujifilm nei confronti del secondo atto di aggiudicazione definitiva della gara, potranno essere affrontate nell'ambito del relativo giudizio, anch'esso trattato all'odierna udienza pubblica del 14 aprile 2021.

Ricorrono, comunque, eccezionali ragioni per disporre tra tutte le parti l'integrale compensazione delle spese di giudizio, anche avuto riguardo alla circostanza che la definizione del contenzioso deriva dall'accoglimento del ricorso incidentale e non dal rigetto del gravame introduttivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie nei sensi di cui in motivazione il ricorso incidentale proposto da IMS Giotto s.p.a., dichiara improcedibile il ricorso principale ed il ricorso per motivi aggiunti proposti da Technologic s.r.l. nonché il ricorso incidentale proposto da Fujifilm Italia s.p.a. e dichiara inammissibile il ricorso incidentale per motivi aggiunti formulato dalla stessa Fujifilm.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 aprile 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Eleonora Monica, Primo Referendario, Estensore

Giovanna Vigliotti, Referendario

L'ESTENSORE
Eleonora Monica

IL PRESIDENTE
Francesco Riccio

IL SEGRETARIO