



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 la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 3276 del 2014, proposto da:
GPI s.p.a., in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del Rti
GPI spa, Webscience srl, Ernst & Young Financial Business Advisor
spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Girardi e Giorgio
Segnana, presso lo studio dei quali ha eletto domicilio in Milano,
Corso di Porta Vittoria n. 47;

contro

Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Ca' Granda, in persona del
legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti
Marco Finotti e Antonino Ocera, con domicilio eletto in Milano
Piazza Ospedale Maggiore n. 3;

nei confronti di

Tbs It Telematic & Biomedical Service s.r.l., in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Luca

Tufarelli, Fabrizio Cataldo e Mario Di Carlo, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Milano via V. Monti n. 6;

per l'annullamento

_ della deliberazione n. 803 del 16.10.2014 con cui il direttore generale ha aggiudicato in favore di TBS la gara espletata, con procedura aperta, per l'affidamento del contratto di esecuzione del servizio di coordinamento, gestione e sviluppo applicativo del Portale Clinico;

-della nota del 20.10.2014 con cui il direttore S.C. Approvvigionamenti ha comunicato, via p.e.c., alla ricorrente l'aggiudicazione in favore di TBS della gara espletata per l'affidamento del contratto di esecuzione del servizio di coordinamento, gestione e sviluppo applicativo del Portale Clinico - CIG 5492056BF9',

-della deliberazione n. 587 del 17.07.2014 con cui il direttore generale ha nominato la Commissione giudicatrice di gara e, in particolare, ha nominato l'ing. Bonalumi quale membro esterno della Commissione, nonché di qualsiasi ulteriore atto riferito alla nomina stessa;

-di tutti gli atti e i verbali della Commissione e del Seggio di gara, con particolare riferimento:

- al verbale del 4.7.2014 nel quale TBS è risulta ammessa alla procedura selettiva de qua,

- al verbale del 15.7.2014,

- al verbale del 22.9.2014 contenente la valutazione tecnica delle

offerte con relativa tabella del confronto a coppie,

- al verbale del 24.9.2014 contenente la valutazione economica delle offerte,
- al verbale del 2.10.2014 e agli atti relativi al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, con specifico riguardo all'atto con cui il RUP ha ritenuto "non anomala" l'offerta di TBS,
- dell' atto con cui è stato parzialmente negato l'accesso agli atti di gara, con specifico riferimento alla parte in cui l' Azienda Ospedaliera ha di fatto negato l'accesso a parte dell'offerta di TBS e alle giustificazioni sull'anomalia dell'offerta fomite da TBS, con conseguente ordine all'Amministrazione di esibizione e deposito degli stessi nel presente giudizio;
- nonché, di tutti gli atti di gara, ivi compreso il Bando di gara, il Capitolato tecnico per i servizi di CEE aziendale e il Capitolato speciale d'appalto;
- di tutti gli atti di gara e di ogni atto connesso, presupposto, conseguente e consequenziale a quelli impugnati;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ospedale Niguarda Ca' Granda - Azienda Ospedaliera e di Tbs It Telematic & Biomedical Services S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre

2014 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Considerato che, in relazione agli elementi di causa, sussistono i presupposti per l'adozione di una decisione in forma semplificata, adottata in esito alla camera di consiglio per la trattazione dell'istanza cautelare, stante l'integrità del contraddittorio e l'avvenuta esaustiva trattazione delle questioni oggetto di giudizio, nonché la mancanza di opposizioni delle parti avvisate dal Presidente del collegio in ordine alla possibile definizione con sentenza semplificata;

Ritenuta la fondatezza della censura con la quale il ricorrente contesta l'ammissione alla gara dell'aggiudicataria per difetto di un requisito tecnico di partecipazione in ragione della genericità dell'avvalimento dichiarato al riguardo;

Ritenuto in particolare che:

- la disciplina comunitaria e quella risultante dall'art. 49 del Codice dei contratti pubblici non pongono alcuna limitazione al ricorso all'istituto dell'avvalimento, se non per i requisiti strettamente personali di carattere generale, di cui agli artt. 38 e 39 (Cons. St., sez. III, 15 novembre 2011 n. 6040), di modo che è possibile comprovare tramite detto istituto anche il fatturato, l'esperienza pregressa ed il numero dei dipendenti a tempo indeterminato, ovvero integrare

anche il requisito del possesso di capitale sociale minimo, ritenendo quest'ultimo come requisito di natura economica (Cons. St., sez. V, 8 ottobre 2011 n. 5496), nonché i requisiti di capacità tecnica, come nel caso di specie;

- nondimeno, resta necessaria la dimostrazione dell'effettiva disponibilità da parte della concorrente dei mezzi e dei requisiti offerti da altra impresa al fine di realizzare, indirettamente, il possesso del requisito cui si riferisce l'avvalimento e a tale fine l'art. 49 richiede che il concorrente produca: a) una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'articolo 48, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria, b) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente, c) il contratto di avvalimento, in originale o copia autentica, in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, con la precisazione che nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo, come nella fattispecie in esame, in luogo del contratto di avvalimento l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo;

- ne consegue che la disciplina dell'avvalimento, anche quando ad esso si ricorre per dimostrare il possesso dei requisiti di capacità tecnica, impone che le relative dichiarazioni, anche unilaterali in caso di avvalimento infragruppo, ai sensi dell'art. 88 del d.p.r. 2010 n. 207 e dell'art. 49 del d.l.vo 2006 n. 163, rechino in modo compiuto, esplicito ed esauriente l'indicazione delle risorse e dei mezzi concretamente prestati e tale indicazione deve essere determinata e specifica (cfr. tra le tante Consiglio di Stato, sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510);

- tale indicazione difetta nel caso di specie, perché il riferimento, contenuto nella dichiarazione unilaterale resa dalla ditta avvalsa, di obbligarsi a fornire il requisito tecnico (consistente nell'organizzazione, conduzione ed esecuzione di progetti relativi a CCE - cartella clinica elettronica - con almeno un contratto stipulato negli ultimi tre esercizi) e a mettere a disposizione lo stesso per tutta la durata dell'appalto, nei modi e nei limiti stabiliti dall'art. 49 del d.l.vo 2006, n. 163, nonché a mettere a disposizione ogni ulteriore risorsa umana o tecnica, materiale ed immateriale, necessaria per l'esecuzione dei servizi, è palesemente insufficiente rispetto al possesso del requisito cui si riferisce l'avvalimento e che dipende da specifiche modalità organizzative e di gestione di una particolare attività, che impone la puntuale indicazione delle risorse, umane, materiali e immateriali, nonché delle conoscenze tecniche effettivamente messe a disposizione, precisandone tempi e modalità;

- del resto, va ribadito che l'avvalimento infragruppo giustifica la semplificazione del regime documentale e probatorio, ma non la genericità dell'oggetto dell'avvalimento stesso (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 23 ottobre 2014, n. 5244; Consiglio di Stato, sez. V, 29 ottobre 2014, n. 5377);

Ritenuta la fondatezza anche della censura relativa alla nomina della Commissione giudicatrice, poiché la deliberazione n. 587 del 17 luglio 2014, pur dichiarando che nell'organico della stazione appaltante esistono adeguate figure professionali, nomina un Commissario esterno invocando generiche ragioni di opportunità legate alla complessità tecnica dell'appalto, in palese violazione della previsione dell'art. 84 del d.l.vo 2006 n. 163;

Ritenuto che la fondatezza della censura esaminata e dotata di portata sostanziale consenta di prescindere dall'esame delle ulteriori doglianze articolate nel ricorso;

Ritenuto, in definitiva, che il ricorso sia fondato e debba essere accolto nei termini dianzi esposti, mentre le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso e per l'effetto annulla il provvedimento di aggiudicazione indicato in epigrafe.

Condanna l'amministrazione resistente e la parte controinteressata,

in solido tra loro, al pagamento delle spese della lite in favore della ricorrente, liquidandole in euro 2.000,00 (duemila), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Mauro Gatti, Primo Referendario

Fabrizio Fornataro, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/12/2014

IL SEGRETARIO

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