

## **Stessa gara ma suddivisa in lotti per servizi diversi :ammesso il ricorso all'avvalimento della stessa impresa ausiliaria per più partecipanti**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

La società ausiliaria, pur essendo la stessa di cui si avvalgono concorrenti di lotti diversi, possiede i requisiti differenziati previsti dalla lex specialis e sufficienti a garantire il fatturato specifico richiesto per ciascun lotto.

Con la censura la ricorrente ha denunciato la violazione delle regole dell'avvalimento, in particolare di quella di cui all'art. 49, comma 8 del codice dei contratti, che vieta che, in relazione a ciascuna gara, della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente.

Ha, infatti, evidenziato che Controinteressata Vigilanza Roma è società ausiliaria sia dell'ATI controinteressata quanto al lotto 2, sia dell'ATI ALFA s.r.l. e BETA 2007 che ha partecipato alla gara per il lotto 1.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

La censura, alla luce della documentazione acquisita in sede istruttoria, risulta infondata.

Il capitolato speciale (art. 4.1) richiede, per la partecipazione a ciascun lotto, il requisito della prestazione di servizi analoghi a quelli in gara, nel triennio 2006-2008, presso strutture sanitarie pubbliche o private,

per un fatturato complessivo non inferiore ad € 1.000.000,00.

Innanzitutto osserva il Collegio come, sebbene si tratti di un'unica gara suddivisa in lotti, tuttavia essa riguardi servizi diversi, singolarmente disciplinati, ditalchè la regola enunciata dall'art. 49, comma 8 invocato, debba trovare un naturale temperamento nella diversità delle prestazioni e dei requisiti richiesti per l'uno e per l'altro lotto.

Inoltre, dal raffronto tra il documento n. 27, (relativo al lotto 1, erroneamente indicato come lotto 2 vigilanza e sicurezza - documento non contestato) e il n. 28, (relativo al lotto 2), depositati dall'amministrazione in ottemperanza all'ordinanza istruttoria, si evince che l'impresa ausiliaria possiede requisiti di fatturazione nel triennio 2006-2008, per servizi analoghi a quelli di cui al lotto 1 espletati in favore dell'Istituto \*\*\*\*\*, pari a € 5.432.180,03 e per servizi analoghi a quelli di cui al lotto 2, espletati, nello stesso triennio, in favore dell'Azienda San Carlo Forlanini pari a € 11.154.831,84.

Se ne deve inferire che la società ausiliaria, pur essendo la stessa di cui si avvalgono concorrenti di lotti diversi, possieda i requisiti differenziati previsti dalla lex specialis e sufficienti a garantire il fatturato specifico richiesto per ciascun lotto.

3.3. Ancora, la ricorrente denuncia la mancata produzione, da parte dell'impresa ausiliaria, delle dichiarazioni di cui all'art. 49 lettere b), c), d) ed e).

La censura è smentita documentalmente atteso che le dichiarazioni di cui alle lettere a) e b) sono nel doc. 13 depositato dall'amministrazione e quelle di cui alle lettere c) d) ed e) sono nel doc. 9 id..

I motivi aggiunti sono, pertanto, infondati e vanno respinti.

**A cura di \*\*\*\*\***

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 7069 del 26 ottobre 2010 pronunciata dal Tar Lombardia, Milano

**N. 07069/2010 REG.SEN.**

**N. 02712/2009 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

## **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2712 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:  
RICORRENTE. Ricorrente s.p.a., in persona del legale rappresentante pro - tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti \*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, e \*\*\*\*\* presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Milano, via Pietro Mascagni, 24;

### **contro**

l'Azienda Ospedaliera Fatebenefratelli e \*\*\*\*\*, in persona del legale rappresentante pro - tempore, rappresentata e difesa dall'avv. \*\*\*\*\*, presso cui è elettivamente domiciliata in Milano, via Baracchini 7;

l'Azienda Ospedaliera San Carlo Borromeo e l'Azienda Ospedaliera San Paolo, non costituite in giudizio;

### **nei confronti di**

Controinteressata Vigilanza Milano s.r.l. e CONTROINTERESSATA DUE Vigilanza Italia s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro - tempore, rappresentate e difese dagli avv.ti \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* , con domicilio eletto presso costoro in Milano, via Podgora 1;

### **per l'annullamento**

- del Bando di gara, pubblicato sulla G.U.U.E. del 14 ottobre 2009, con il quale l'Azienda Ospedaliera Fatebenefratelli e Oftalmico di Milano ha indetto una "procedura aperta per la fornitura del servizio di portierato e di vigilanza con guardia GPG, suddiviso in n. 2 lotti, occorrente alle Aziende Ospedaliere Fatebenefratelli e \*\*\*\*\* (Capofila), San Carlo Borromeo e San Paolo Di Milano";

- del capitolato speciale;

- degli allegati al capitolato, costituenti la lex specialis di gara, con particolare riferimento agli "allegati tecnici A, B e C", al "progetto società V per A.O. San Paolo" e al modello gamma;

- degli ulteriori atti e allegati costituenti la lex specialis di gara, pubblicati sul sito internet dell'A.O. Fatebenefratelli e Oftalmico in data 18 novembre 2009 congiuntamente al chiarimento reso in quella data, con particolare riferimento alla "relazione tecnico economica di adeguamento impianti TVCC ~ A.O. San Paolo", all'allegato denominato "V modalità contratto di manutenzione - A.O. San Paolo" e alla "planimetria generale TVCC - A. San Paolo";

- ove occorrer possa, dei chiarimenti pubblicati sul sito internet dell'A.O. Fatebenefratelli e Oftalmico;

- nonché di ogni altro atto, presupposto (con particolare riferimento alla delibera a contrarre), connesso, conseguente od attuativo, ancorché non conosciuto quanto a data e contenuto;

<< atti impugnati con il ricorso principale in via subordinata >>

per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia

- della delibera 10 giugno 2010, n. 353 dell'A.O. Fatebenefratelli e Oftalmico, nella parte in cui è stato aggiudicato all'A.T.I. costituenda tra Controinteressata Vigilanza Milano s.r.l. e CONTROINTERESSATA DUE Vigilanza Italia s.r.l. il lotto 2 della procedura in precedenza indicata, concernente il servizio di vigilanza;

- ove occorrer possa, dei verbali di gara;

- della note del 25 giugno 2010 e 8 luglio 2010, nella parte in cui la resistente ha negato l'accesso agli atti ad RICORRENTE. con riferimento all'offerta tecnica e alle giustificazioni presentate dall'A.T.I. aggiudicataria, alle dichiarazioni di avvalimento e alla relativa documentazione, presentate in gara dall'ATI Società Investigazioni ALFA s.r.l./ BETA 2007;

- di ogni altro atto, presupposto, connesso, conseguente od attuativo, ancorché non conosciuto quanto a data e contenuto, ivi compreso il contratto d'appalto eventualmente stipulato;

<< atti impugnati con motivi aggiunti, in via principale >>

per la declaratoria

ai sensi e per gli effetti degli articoli 244, 245 bis, ter, e quinquies del D. Lgs. n. 163/2006, dell'inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato e del diritto della ricorrente a "conseguire l'aggiudicazione e il contratto";

per la condanna

al risarcimento del danno ingiusto, attraverso la reintegrazione in forma specifica, e la conseguente condanna della stazione appaltante a far subentrare la ricorrente nel contratto e, in subordine, per equivalente, con riserva di determinare l'ammontare del danno nel corso del giudizio;

per l'accertamento

del diritto della ricorrente ad ottenere l'accesso agli atti e documenti indicati nel presente atto e la conseguente adozione di un provvedimento con cui si ordini alla resistente l'esibizione dei documenti richiesti ai sensi dell'articolo 25 della L. n. 241/1990;

<< domande formulate nei medesimi motivi aggiunti >>

per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia

- del verbale di gara del 30 novembre 2009, nella parte in cui ha ammesso alla gara il "R.T.I. Ricorrente d'Italia di Milano/GAMMA s.p.a. di Como" non decretandone l'esclusione per incompletezza della cauzione provvisoria nonché per l'assenza delle dichiarazioni ex art. 38 di tutti i soggetti cessati dalla carica della GAMMA s.p.a.;

- dei verbali di gara del 20 gennaio, del 16 febbraio, del 3 marzo e del 22 aprile 2010 nella parte in cui si è proceduto alla valutazione dell'offerta formulata dalla ricorrente senza escluderla;

- di ogni altro atto presupposto connesso o consequenziale;

<< atti impugnati con ricorso incidentale >>

Visti il ricorso con motivi aggiunti e i relativi allegati nonché il ricorso incidentale proposto da \*\*\*\*\* s.r.l. e CONTROINTERESSATA DUE Vigilanza Italia s.r.l.;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Fatebenefratelli e \*\*\*\*\* e di Controinteressata Vigilanza Milano s.r.l. con CONTROINTERESSATA DUE Vigilanza Italia s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo di sentenza n. 59/2010;

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

Relatore la dott.ssa \*\*\*\*\*;

Uditi, nell'udienza pubblica del giorno 29 settembre 2010, i difensori delle parti avv. \*\*\*\*\* per la società ricorrente, l'avv. \*\*\*\*\* in sostituzione dell'avv. \*\*\*\*\* per la parte controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.



## FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 25 novembre 2009 la ricorrente ha impugnato il bando di gara e l'intera lex specialis, con cui l'Azienda Ospedaliera Fatebenefratelli e Oftalmico di Milano ha indetto una procedura aperta per la fornitura del servizio di portierato e di vigilanza, suddiviso in n. 2 lotti, occorrente alle Aziende Ospedaliere Fatebenefratelli e \*\*\*\*\* (Capofila), San Carlo Borromeo e San Paolo Di Milano, deducendone l'illegittimità, sotto diversi profili, per genericità, indeterminatezza e violazione dei principi di concorrenza e trasparenza.

L'amministrazione intimata si è costituita in giudizio contestando le avverse deduzioni.

Con motivi aggiunti, notificati anche alle imprese aggiudicatrici in costituendo raggruppamento temporaneo, ha impugnato, chiedendone la sospensione, il provvedimento di aggiudicazione del lotto 2 ed ogni atto ad esso preordinato deducendone l'illegittimità a causa delle plurime violazioni della lex specialis, formulando, altresì, domanda di subentro nel contratto eventualmente stipulato nonché di risarcimento del danno; ha espressamente precisato che le domande quivi proposte debbano intendersi prospettante in via principale rispetto a quelle proposte con ricorso introduttivo.

In data 22 luglio 2010 le controinteressate, congiuntamente, hanno proposto ricorso incidentale con intento "paralizzante" deducendo illegittimità procedurali alle quali sarebbe dovuta conseguire l'esclusione della ricorrente chiedendo conseguenziale declaratoria di improcedibilità del ricorso principale e dei motivi aggiunti.

In vista della camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare sia le

controinteressate che l'amministrazione hanno depositato scritti difensivi.

Con ordinanza n. 843 del 29 luglio 2010 la Sezione ha disposto istruirsi la causa, anche al fine di soddisfare la domanda finalizzata ad ottenere l'accesso agli atti contenuta nei motivi aggiunti, ed ha sospeso, nelle more, gli atti impugnati fissando l'udienza per la trattazione del merito.

Adempiuto l'incombente istruttorio e integrate le difese con ulteriori scritti e documenti, all'udienza del 29 settembre 2010 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. Osserva preliminarmente il Collegio come, a fronte delle censure contenute nel ricorso introduttivo, preordinate all'annullamento della lex specialis e, di conseguenza, al travolgimento dell'intera gara, la difesa di parte ricorrente abbia richiesto l'esame in via principale dei motivi preordinati all'esclusione della controinteressata, ossia i motivi aggiunti, insistendo sui restanti solo in via subordinata.

Confermando l'indirizzo della Sezione, ritiene il Collegio che, in omaggio al principio dispositivo, tale richiesta sia vincolante nella disamina delle censure (TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 16 giugno 2010, n. 1871) salvo non vi siano motivi che evidenzino, ictu oculi, una più radicale illegittimità del provvedimento, comunque idonei, in caso di accoglimento, a soddisfare l'interesse sostanziale dedotto in giudizio (TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 15 dicembre 2009, n. 5346).

Ancora in via preliminare il Collegio osserva come, avendo la ricorrente incidentale formulato le relative censure con intento paralizzante, la questione dell'ordine di trattazione vada risolta, in linea con l'orientamento della Sezione, alla luce dell'art. 276, comma 2, c.p.c. - applicabile anche al processo amministrativo in virtù del rinvio esterno contenuto nell'art. 39 cod. proc. amm. - articolo che impone l'esame prioritario del ricorso incidentale ad efficacia c.d. paralizzante, in quanto volto a negare, ove accolto, la sussistenza delle condizioni dell'azione concernenti la legittimazione ad agire o l'interesse ad agire del ricorrente principale (T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 7 aprile 2009, n. 3227).

2.1. Il ricorso incidentale è, tuttavia, infondato.

2.1.1. La prima censura riguarda la presunta inidoneità della cauzione provvisoria prodotta dal costituendo raggruppamento RICORRENTE. - GAMMA s.p.a. la cui fideiussione bancaria è prestata esclusivamente a favore della mandataria RICORRENTE. senza alcuna menzione della estensione alla mandante, in asserita violazione dell'art. 75 del codice dei contratti.

La censura è infondata.

In proposito osserva il Collegio che l'appalto in discorso rientra tra quelli di cui al n. 23 dell'allegato II B, ai quali si applicano solo gli artt. 68, 65 e 225 del codice dei contratti nonché i soli principi generali in materia di affidamenti pubblici desumibili dalla normativa comunitaria e nazionale (TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 15 ottobre 2009, n. 4801).

Ne discende che, mancando nel caso in esame una esplicita previsione in tal senso da parte della disciplina di gara, la norma di cui all'art. 75 d. lgs. 163/2006 deve ritenersi inapplicabile con conseguente idoneità della fideiussione rilasciata a favore della sola mandataria a consentire la partecipazione alla gara del costituendo raggruppamento.

2.1.2. Con il secondo motivo la ricorrente incidentale denuncia la violazione dell'art. 38, comma 1, lett. b, c ed m-ter del codice dei contratti atteso che la mandante GAMMA s.p.a., cessionaria di GAMMA Pistoia s.r.l., non avrebbe reso le dichiarazioni obbligatorie per i soggetti cessati dalla carica, tali dovendosi intendere i soggetti dotati di poteri di rappresentanza della società cedente.

A sostegno della sua tesi richiama quella giurisprudenza che ritiene dovute tali dichiarazioni in caso di cessione di azienda o di ramo di azienda (per tutte: T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 9 dicembre 2009, n.

2032; anche TAR Sicilia, Palermo, 11 agosto 2009, n. 1435).

Il Collegio non ignora tale orientamento, tuttavia ritiene di condividere l'opzione ermeneutica da ultimo avanzata dal Consiglio di Stato secondo cui le norme di legge e di bando che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche devono essere interpretate nel rispetto del principio di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione che di per sé costituiscono fattispecie di restrizione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 della Costituzione, oltre che dal Trattato comunitario.

Invero, manca nel codice appalti una norma, con effetto preclusivo, che preveda, in caso di cessione d'azienda, un obbligo specifico di dichiarazioni in ordine ai requisiti soggettivi della cedente, riferito sia agli amministratori e direttori tecnici della cedente sia ai debiti tributari e previdenziali dalla stessa contratti, mentre l'art. 51 del codice si occupa della sola ipotesi di cessione del ramo di azienda successiva alla aggiudicazione della gara.

Ne discende che, in assenza di tale norma e per il principio di soggettività e personalità della responsabilità, non può essere esclusa l'impresa cessionaria del ramo d'azienda che non abbia presentato le relative dichiarazioni in ordine alla posizione della cedente (Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2010, n. 3213).

Nel caso di specie sul punto è stata espletata apposita istruttoria all'esito della quale, esaminata attentamente la visura storica della società GAMMA s.p.a., si evince che tra GAMMA s.p.a. e GAMMA Pistoia s.r.l. è intercorso un regolare contratto di cessione d'azienda (dapprima sospensivamente condizionato all'ottenimento della indicazione della denominazione sociale della parte acquirente nell'autorizzazione prefettizia - atto del 2 agosto 2007 - e poi perfezionatasi per avveramento della condizione - atto del 5 settembre 2007) cui si attaglia perfettamente la soluzione ermeneutica dianzi esplicitata. Difatti le vicende riguardanti il \*\*\*\*\*, cessato dalla carica di amministratore unico il 19 febbraio 2007 e il C. Antonio, nominato in pari data Presidente del c.d.a. e cessato il 19 dicembre 2007, riguardano esclusivamente la cedente GAMMA Pistoia s.r.l. atteso che, con detta cessione, non emerge esservi stata alcuna forma di "travaso" della compagine sociale dall'una all'altra società, tale da

determinare un mutamento dell'assetto societario e far dubitare della trasparenza e linearità dell'operazione (cfr. TAR Aosta 14 gennaio 2010 n. 6).

Per quanto precede il ricorso incidentale è infondato e va respinto.

3. Il ricorso per motivi aggiunti verte sull'aggiudicazione del lotto 2 afferente i servizi di vigilanza e sicurezza, in cui la ricorrente si è qualificata seconda tra sole due concorrenti, mentre per il lotto 1, riguardante il servizio di portierato, è risultata aggiudicataria.

Con tale atto la ricorrente deduce sostanzialmente tre censure.

3.1. Con la prima denuncia la violazione di più norme del codice dei contratti e della lex specialis per aver la commissione consentito all'ATI controinteressata l'integrazione della fideiussione prestata per la cauzione provvisoria sebbene la lex specialis sul punto comminasse l'esclusione in caso di incompletezza.

Ritiene il Collegio che la censura sia infondata.

Dalla lettura degli atti si evince che la fideiussione prodotta in gara dalla controinteressata (doc. 23 ricorrente) completa in ogni parte è, tuttavia, di importo inferiore (€ 33.600,00) a quello effettivamente richiesto (€ 37.600,00) per il quale, in seguito a richiesta della commissione, è stato presentato documento correttivo e integrativo (doc. 25 id.).

Come è stato di recente chiarito, ai sensi dell'art. 46 d.lgs. n. 163/2006 (peraltro non pedissequamente applicabile alla gara per cui è causa), i criteri esposti ai fini dell'integrazione documentale non possono servire a sopperire alla mancanza di un documento tuttavia consentono chiarimenti di un documento

prodotto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2010, n. 5084).

Nel caso di specie, sebbene l'art. 11.8 del disciplinare di gara preveda l'esclusione per la "mancata o incompleta consegna della documentazione di cui all'art. 11.6" (il cui punto e) riguarda appunto la cauzione provvisoria), non si è trattato di "incompleta consegna" bensì di mero errore di calcolo rientrante, a giudizio del Collegio, tra le irregolarità suscettibili di integrazione.

3.2. Con la seconda censura la ricorrente ha denunciato la violazione delle regole dell'avvalimento, in particolare di quella di cui all'art. 49, comma 8 del codice dei contratti, che vieta che, in relazione a ciascuna gara, della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente.

Ha, infatti, evidenziato che Controinteressata Vigilanza Roma è società ausiliaria sia dell'ATI controinteressata quanto al lotto 2, sia dell'ATI ALFA s.r.l. e BETA 2007 che ha partecipato alla gara per il lotto 1.

La censura, alla luce della documentazione acquisita in sede istruttoria, risulta infondata.

Il capitolato speciale (art. 4.1) richiede, per la partecipazione a ciascun lotto, il requisito della prestazione di servizi analoghi a quelli in gara, nel triennio 2006-2008, presso strutture sanitarie pubbliche o private, per un fatturato complessivo non inferiore ad € 1.000.000,00.

Innanzitutto osserva il Collegio come, sebbene si tratti di un'unica gara suddivisa in lotti, tuttavia essa riguardi servizi diversi, singolarmente disciplinati, ditalchè la regola enunciata dall'art. 49, comma 8 invocato, debba trovare un naturale temperamento nella diversità delle prestazioni e dei requisiti richiesti per l'uno e per l'altro lotto.

Inoltre, dal raffronto tra il documento n. 27, (relativo al lotto 1, erroneamente indicato come lotto 2 vigilanza e sicurezza - documento non contestato) e il n. 28, (relativo al lotto 2), depositati dall'amministrazione in ottemperanza all'ordinanza istruttoria, si evince che l'impresa ausiliaria possiede requisiti di fatturazione nel triennio 2006-2008, per servizi analoghi a quelli di cui al lotto 1 espletati in favore dell'Istituto \*\*\*\*\*, pari a € 5.432.180,03 e per servizi analoghi a quelli di cui al lotto 2, espletati, nello stesso triennio, in favore dell'Azienda San Carlo Forlanini pari a € 11.154.831,84.

Se ne deve inferire che la società ausiliaria, pur essendo la stessa di cui si avvalgono concorrenti di lotti diversi, possieda i requisiti differenziati previsti dalla lex specialis e sufficienti a garantire il fatturato specifico richiesto per ciascun lotto.

3.3. Ancora, la ricorrente denuncia la mancata produzione, da parte dell'impresa ausiliaria, delle dichiarazioni di cui all'art. 49 lettere b), c), d) ed e).

La censura è smentita documentalmente atteso che le dichiarazioni di cui alle lettere a) e b) sono nel doc. 13 depositato dall'amministrazione e quelle di cui alle lettere c) d) ed e) sono nel doc. 9 id..

I motivi aggiunti sono, pertanto, infondati e vanno respinti.

4. Devono, di conseguenza, esaminarsi i motivi di ricorso principale dedotti in via subordinata.

4.1. La parte controinteressata ne ha eccepito l'improcedibilità sia per non averne ricevuto notifica sia perché, essendo la ricorrente aggiudicataria del lotto 1, non avrebbe più interesse alla decisione del ricorso sulle censure afferenti la lex specialis di gara.

L'eccezione va disattesa.

Quanto al secondo aspetto, va rilevato che le censure formulate nel ricorso introduttivo avverso la lex specialis riguardano criticità di questa relative, esclusivamente, al lotto 2, cui, in ogni caso, la ricorrente ha espressamente circoscritto la domanda nella memoria conclusiva (cfr. memoria depositata il 23 settembre 2010, pagg. 10 e 11).

Quanto al primo, seguendo la tempistica di gara, osserva il Collegio come la notifica del ricorso introduttivo sia avvenuta in data 25 novembre 2009, quando ancora non era scaduto il termine, fissato al 26 novembre, per la presentazione delle offerte, sicchè, a tale data, non vi erano ancora controinteressati.

In ordine alla fase successiva, è dirimente la considerazione che, nell'atto di "motivi aggiunti" regolarmente notificato, la ricorrente ha espressamente ricordato di aver, prima di partecipare alla gara, proposto ricorso, pur senza formulare istanza cautelare, avverso la lex specialis deducendone l'illegittimità sotto diversi profili ed ha precisato che lo stesso era assegnato alla Sez. I e iscritto al n. 2712/2009 R.G..

Ne consegue che non vi è stata violazione del contraddittorio atteso che, con la notifica dei motivi aggiunti, la parte controinteressata ha avuto piena conoscenza dell'esistenza del ricorso introduttivo e la possibilità di apprenderne il contenuto mediante estrazione di copia dal fascicolo d'ufficio (cfr. Cons. Stato, Sez. V, ord. 12 maggio 2010, n. 2138).

4.2. Nel merito il ricorso è fondato.

4.2.1. La ricorrente, con due motivi, denuncia violazione di legge e dei principi generali in materia di evidenza pubblica e scelta del contraente sotto diversi profili così schematizzabili:



a) per aver l'amministrazione inserito in un appalto qualificato di servizi anche la fornitura, sotto forma di "integrazione dei sistemi esistenti", di apparecchiature da acquisirsi necessariamente dalla società V s.p.a., (il cui "progetto tecnico-economico" deve essere sottoscritto per accettazione ed allegato all'offerta), fornitore selezionato al di fuori di ogni procedura ad evidenza pubblica, alla quale dovrà essere affidata in esclusiva anche la manutenzione a costi che, sebbene posti a carico del futuro affidatario, non sono indicati nella lex specialis e per aver previsto che le nuove apparecchiature acquistate dall'aggiudicatario saranno riscattate dall'amministrazione, al termine dell'appalto, al prezzo simbolico di 1 euro;

b) per non aver previsto nella lex specialis la possibilità per il concorrente di presentare in gara soluzioni equivalenti a quella contenuta nel progetto di V s.p.a.;

c) per aver la stazione appaltante reso, a pochi giorni dalla scadenza del termine per presentare le offerte e solo dopo la segnalazione da parte più di imprese interessate a partecipare, chiarimenti che, contraddicendo quanto previsto nella lex specialis ed affermato nei precedenti chiarimenti, hanno ammesso la possibilità di presentare soluzioni equivalenti così, di fatto, modificando la lex specialis in una parte essenziale con un chiarimento anziché con un contrarius actus;

d) per aver violato l'art. 68 del codice dei contratti, riguardante le specifiche tecniche, non rendendo noti elementi essenziali dell'offerta;

e) per aver creato un'illegittima commistione tra offerta tecnica e offerta economica, dovendo l'appalto aggiudicarsi con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

f) per aver, in definitiva, predisposto una legge di gara incompleta, contraddittoria ed incerta tale da impedire alle imprese partecipanti di presentare offerte univoche e congrue.

4.2.2. Il bando di gara inquadra la "procedura aperta per la fornitura del servizio di portierato e di vigilanza con guardia GPG, suddiviso in n. 2 lotti, occorrente alle Aziende Ospedaliere Fatebenefratelli e \*\*\*\*\* (Capofila), San Carlo Borromeo e San Paolo Di Milano" nella categoria degli appalti di servizi di cui al n. 23 dell'allegato II della direttiva 2004/18/CE e prevede come termine di scadenza per la presentazione delle offerte il 26 novembre 2009.

L'allegato tecnico C al capitolato speciale, riguardante l'azienda ospedaliera San Paolo di Milano, per quanto in questa sede interessa, a pag. 32, sotto la voce "integrazione sistemi di videosorveglianza ed allarmi", prevede l'obbligo per l'aggiudicataria di procedere all'integrazione dei sistemi esistenti in modo che il sistema Winmang - descritto al punto precedente - assolve alla funzione di unico sistema di concentrazione e di supervisore.

Per far ciò le imprese concorrenti devono sottoscrivere per accettazione il progetto tecnico-economico redatto dalla società V s.p.a. che, in sede di sopralluogo, "fornirà il preventivo di spesa per le forniture richieste, per le attività di integrazione e di manutenzione dei sistemi". Inoltre l'aggiudicataria dovrà farsi carico della manutenzione di tutti gli apparati nuovi ed esistenti che, al termine del contratto di servizio, saranno riscattati dall'azienda ospedaliera al prezzo simbolico di 1 euro.

Nel suddetto progetto tecnico di V s.p.a., allegato al capitolato, si rileva che gli "asset tecnologici" da acquisire per l'integrazione del sistema esistente sono di un unico marchio, ossia V s.p.a., che la manutenzione dovrà essere svolta necessariamente da V s.p.a., a canoni fissi annuali per l'ordinaria, e a costo orario di € 70,00 per interventi extra contratto (cfr. doc. 6 ricorrente).

Dalla lettura dei quesiti formulati dalle imprese interessate a partecipare e delle relative risposte (doc. 9 ricorrente) si evince che, solo a seguito di segnalazione da parte di più imprese, della illegittimità della previsione di imporre una fornitura a costo fisso senza negoziazione o valutazione di progetto nonché della previsione della necessità di accettare il progetto di V s.p.a. senza poter proporre un impianto che rispecchi in toto quanto richiesto con detto progetto, l'amministrazione, in data 20 novembre 2009, ha ammesso la possibilità che le imprese eventualmente presentino "un impianto di videosorveglianza che

rispecchi in toto le caratteristiche richieste nel progetto della ditta V", ribadendo però che la fornitura vada ricompresa nella base d'asta e rispondendo negativamente all'esplicito invito a stralciare, in autotutela, la richiesta di fornitura dell'impianto di videosorveglianza, al fine di prevenire inevitabili ricorsi all'autorità giudiziaria.

Con risposta ad ulteriore quesito conseguente alla novità emersa dal riportato chiarimento, l'amministrazione, in data 24 novembre, ha altresì negato la concessione di proroghe per la presentazione delle offerte.

4.2.3. Così sintetizzati i fatti di causa, il Collegio deve richiamare, confermandolo, l'orientamento già espresso, secondo cui la clausola del bando di gara che richieda la fornitura di un bene di una marca specificata viola il principio di non discriminazione.

Invero l'art. 68 d. lgs. 163/2006 - pacificamente applicabile alla fattispecie in esame - che vieta l'introduzione nelle clausole contrattuali di specifiche tecniche che menzionano prodotti di una determinata fabbricazione o l'indicazione di un'origine o di una produzione determinata, costituisce, in virtù della sua finalità intrinseca di tutela dei principi della libera concorrenza e di non discriminazione, principio di generale applicazione e di diretta derivazione comunitaria; pertanto, l'eventuale indicazione nel bando di marchi o prodotti deve essere necessariamente collegata a diciture o clausole del tipo "o equivalente" o "tipo" che rendano manifesta la volontà dell'amministrazione di utilizzare il marchio o la denominazione del prodotto solo a titolo esemplificativo, per meglio individuare le caratteristiche del bene richiesto.

Nel caso di specie, la possibilità di soluzioni alternative o equivalenti non era prevista dalla *lex specialis* e solo quando tale illegittimità è stata prospettata nelle richieste di chiarimenti la stazione appaltante ha risposto ammettendo la possibilità che le imprese eventualmente presentino "un impianto di videosorveglianza che rispecchi in toto le caratteristiche richieste nel progetto della ditta V".

Ne consegue che l'amministrazione appaltante, per di più sollecitata in sede di quesiti a provvedere in autotutela, in presenza di una previsione illegittima della disciplina di gara, avrebbe dovuto procedere alla modifica del capitolato speciale con lo strumento del "contrarius actus" e non già mediante la semplice risposta ad un chiarimento (TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 16 giugno 2010, n. 1846).

Per le suesposte considerazioni il ricorso, assorbiti gli ulteriori motivi, va accolto e, per l'effetto, va disposto l'annullamento della lex specialis nella parte relativa al lotto 2 e dei conseguenti atti di gara.

5. Le spese, nei confronti dell'amministrazione, sono regolate secondo il principio della soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

Sussistono, al contrario, giusti motivi per compensare le spese con la controinteressata in considerazione della natura delle illegittimità riscontrate e della sua estraneità nel darvi causa; nulla nei confronti delle parti non costituite.

P.Q.M.

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia  
(Sezione Prima)**

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- accoglie il ricorso principale nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla il bando e tutti gli atti di gara relativi al lotto 2;

- respinge il ricorso incidentale;

- condanna l'amministrazione resistente costituita alla rifusione, nei confronti della ricorrente, di spese e competenze del giudizio che liquida in complessivi € 4.000,00 (quattromila) oltre rimborso forfetario spese generali nonché oneri previdenziali e fiscali come per legge;

- compensa le spese tra le altre parti costituite; nulla nei confronti delle parti non costituite.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 29 settembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Presidente FF

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Referendario

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/10/2010

IL SEGRETARIO

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

Addi' \_\_\_\_\_ copia conforme del presente provvedimento e' trasmessa a:

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

IL FUNZIONARIO

<https://www.diritto.it/stessa-gara-ma-suddivisa-in-lotti-per-servizi-diversi-ammesso-il-ricorso-all-avvalimento-della-stessa-impresa-ausiliaria-per-piu-partecipanti/>