



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1768 del 2020, proposto dalla società Multiservizi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

la società Antinia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Giuseppe Orofino e Raffaello Giuseppe Orofino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

l'Azienda Ospedaliero Universitaria Consorziale "Policlinico di Bari" e la Regione Puglia, non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia n. 1555 del 2019, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Antinia S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 aprile 2020 - svoltasi in videoconferenza ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, d.l. n. 18 del 2020 – il consigliere Silvia Martino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto innanzi al TAR per la Puglia, la società Antinia s.r.l., odierna appellata, impugnava gli esiti della gara “ponte” indetta dall’Azienda ospedaliera universitaria consorziale “Policlinico di Bari”, ai sensi dell’articolo 63, comma 2, lettera c), del codice dei contratti pubblici, per l’affidamento del “*servizio di raccolta, ritiro, trasporto e smaltimento rifiuti sanitari pericolosi e non (solidi e liquidi)*” presso il Policlinico di Bari e l’ospedale pediatrico “Giovanni XXIII”, avente la durata complessiva di sei mesi, a decorrere dalla stipula del contratto.

Il criterio di aggiudicazione era quello del prezzo più basso.

A seguito della trasmissione della lettera di invito a 29 operatori economici, partecipavano alla procedura negoziata solo la ricorrente Antinia s.r.l. e la controinteressata Multi. Servizi s.r.l.

All’esito delle operazioni di gara, l’offerta presentata dalla Multi. Servizi s.r.l. risultava la migliore, con un ribasso del 23,00%, a fronte del 4% proposto dalla ricorrente; sicché, con deliberazione n. 1244 del giorno 11 settembre 2019, la procedura negoziata veniva aggiudicata in favore della controinteressata.

2. La società Antinia formulava tre motivi di ricorso.

In particolare, deduceva:

1) *Violazione e falsa applicazione dell’art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 e dell’art. 8 della lettera di invito. Eccesso di potere (difetto di istruttoria; travisamento dei fatti; errore manifesto).*

La società Multi.Servizi aveva partecipato alla gara mediante un avvalimento fornitole dalla Vi.Ri. s.r.l.

L'avvalimento era servito per soddisfare sia i requisiti di capacità economica richiesti dal disciplinare, che quelli di capacità tecnica. Sennonché, visti i precedenti gravi errori professionali che la Viri aveva commesso proprio nei confronti del Policlinico barese, la commissione di gara aveva ritenuto l'ausiliaria priva dei requisiti di moralità professionale e ne aveva imposto la sostituzione.

La società aveva quindi prodotto un nuovo avvalimento, offerto dalla Ecosistem s.r.l.

Tuttavia, l'avvalimento fornito dalla Ecosistem doveva ritenersi invalido per indeterminatezza dell'oggetto del relativo contratto.

L'art. 2 del contratto di avvalimento, infatti, si limitava a dire che il trasferimento di competenze sarebbe stato effettuato mediante la messa a disposizione di un addetto in grado di trasferire tutte le conoscenze e le esperienze oggetto di avvalimento.

In buona sostanza, era stato previsto che il trasferimento di competenze tecniche sarebbe avvenuto unicamente attraverso gli uffici svolti da un addetto messo a disposizione dalla ausiliaria.

Dell'addetto (asseritamente) in grado di trasferire tutte le conoscenze e le esperienze, però, il contratto non indicava qualifiche o competenze.

La generica indicazione dei requisiti offerti in avvalimento avrebbe reso il contratto invalido *ex art. 1346 c.c.* per indeterminatezza dell'oggetto e, quindi, delle prestazioni contrattuali, oltre che redatto in violazione delle norme indicate in rubrica;

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 7.3 della lettera di invito. Eccesso di potere (travisamento dei fatti; erronea valutazione dei presupposti).

Al comma 7.3, lett. c), della lettera di invito si individuava, quale requisito di capacità tecnica e professionale, l' "*aver eseguito nell'ultimo triennio,*

antecedente la data di scadenza per la presentazione delle offerte, un elenco di servizi analoghi a quelli oggetto di gara, di importo complessivo minimo pari ad € 900.000,00 IVA esclusa” (doc. 1.2).

Nella stessa lettera di invito, a pag. 10, si affermava che “la comprova del requisito di capacità tecnica e professionale di cui al suindicato comma 7.3 lett. c) è fornita secondo le disposizioni di cui all’art. 86 comma 5 ed all’allegato XVII parte II del Codice.

In caso di forniture prestate a favore di pubbliche amministrazioni/enti pubblici (Aziende Sanitarie e/o Ospedaliere; I.R.C.S.S.), mediante una o più delle seguenti modalità:

- originale o copia conforme dei certificati rilasciati dall’amministrazione/ente contraente, con l’indicazione dell’oggetto, dell’importo e del periodo di esecuzione;*
- l’elenco delle fatture emesse per l’esecuzione delle forniture prestate a favore di pubbliche amministrazioni o enti pubblici.*

In caso di forniture prestate a favore di committenti privati (Enti Sanitari), mediante una o più delle seguenti modalità:

- originale o copia autentica dei certificati rilasciati dal committente privato, con l’indicazione dell’oggetto, dell’importo e del periodo di esecuzione;*
- l’elenco delle fatture emesse per l’esecuzione delle forniture prestate a favore di committenti privati”.*

Secondo la ricorrente, dall’esegesi delle norme innanzi trascritte si evinceva che il requisito di capacità tecnica doveva essere maturato nello svolgimento di servizi analoghi prestati direttamente a favore di Aziende sanitarie o ospedaliere oppure di I.R.C.S.S. (nel caso di committenti pubblici), ovvero a favore di enti sanitari (nel caso di committenti privati).

Era, però, accaduto che la Ecosistem avesse dimostrato il requisito quasi esclusivamente mediante attività svolta a favore di imprese che, a loro volta, avevano raccolto rifiuti sanitari presso strutture pubbliche o private.

Di tanto si dava atto nella nota del 10.7.2019 della stazione appaltante, dove si faceva notare che la gran parte dei servizi dichiarati dalla nuova impresa ausiliaria non potevano essere considerati analoghi a quelli oggetto dell'appalto in quanto eseguiti in favore di altro ente privato non sanitario fatta salva l'eventuale esistenza per ogni servizio dichiarato nell'elenco *de quo* di eventuali contratti di subappalto con i predetti enti rivenienti da contratti stipulati tra questi ultimi ed enti pubblici, o privati di tipo sanitario.

Risultava in sostanza che la Ecosistem non avesse mai effettuato operazioni di raccolta e trasporto di rifiuti sanitari giacché tali operazioni erano state svolte dalle sue controparti che avevano conferito i rifiuti presso i suoi impianti.

Da tali attestazioni si evinceva quindi che l'impresa ausiliaria si era limitata alla gestione dell'impianto di smaltimento di rifiuti che altri soggetti avevano raccolto e trasportato.

La ricorrente sottolineava che la parte più complessa del servizio era tuttavia proprio quella relativa alla raccolta ed al ritiro dei rifiuti. Di quanto detto poteva trarsi una chiara indicazione dal Capitolato Speciale d'Appalto.

Delle 17 differenti tipologie di attività ivi indicate, nel servizio prestato per le ditte Di Nizio Srl, Eco Uno Srl, E.Eco.It Srl ed Eco Eridania Spa, l'ausiliaria aveva svolto solo quelle indicate ai punti 10 e 12. Aveva dunque, acquisito esperienza solo in relazione a 2/17 delle prestazioni appaltate.

A ciò si aggiungeva che il CSA disponeva che il fornitore dovesse fornire la *“gestione integrata del servizio in considerazione della numerosità delle strutture interessate tramite idonea soluzione organizzativa-gestionale, adeguato supporto informatico e tramite eventuali altre modalità di servizio. Per “gestione” si intende un insieme di attività funzionalmente correlate e finalizzate a soddisfare le esigenze descritte nel capitolato,*

nonché la loro pianificazione ed organizzazione nella piena osservanza degli obiettivi e delle prescrizioni riportate e dettagliate nel presente Capitolato Speciale, documento che costituisce parte integrante e sostanziale della procedura di gara”.

La Ecosistem si era tuttavia limitata ad amministrare un impianto di smaltimento, senza aver mai dovuto attuare una gestione integrata del servizio tra le numerose strutture ospedaliere interessate da tale gestione;

3) *Violazione e falsa applicazione dell’art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere (travisamento dei fatti; erronea valutazione dei presupposti).*

L’art. 80, comma 5, lett. c), del Codice appalti dispone che debbono essere esclusi gli operatori economici che siano incorsi in precedenti errori professionali che ne minino la affidabilità.

Applicando tale norma, nel corso della seduta verbalizzata il 3.7.2019, il Policlinico aveva chiesto che venisse sostituita la Viri, ausiliaria originariamente indicata dalla Multiservizi, giacché resasi colpevole di gravi errori professionali nella gestione della precedente edizione del medesimo appalto di raccolta di rifiuti sanitari per l’Azienda Ospedaliera Universitaria Consorziata Policlinico di Bari.

Dal verbale, in particolare, si evinceva che la Viri, quale “*appaltatrice uscente per lo stesso servizio di gara*” era accusata di essersi resa colpevole “*di significative e persistenti carenze nell’esecuzione del contratto de quo*” e che, per via di tali carenze, il contratto è stato risolto in danno della stessa Viri, con escussione della cauzione prestata dalla impresa.

Secondo la ricorrente, però, la Viri apparteneva allo stesso gruppo societario del quale fa parte la società costituendo un unico centro decisionale.

La strategia attuata dalla controinteressata avrebbe avuto quindi un carattere elusivo di quanto previsto dall’art. 80, comma 5, del d.lgs. n.

50/2016 in tema di errori professionali, di talché la sostanziale imputazione ad un unico centro decisionale delle due imprese comportava che il grave errore professionale in cui era incorsa la Viri dovesse essere riferibile “osmoticamente” anche alla Multiservizi

3. Nella resistenza della controinteressata, il TAR riteneva fondati i primi due motivi di ricorso e annullava gli atti impugnati, con condanna alle spese.

4. La sentenza è stata impugnata dalla società Multi. Servizi, rimasta integralmente soccombente, la quale ha dedotto quanto segue.

I. Errore in iudicando: Erroneità del capo 2.2. della sentenza appellata nella parte in cui ha accolto il primo motivo del ricorso di primo grado, ritenendo nullo per indeterminatezza il contratto stipulato da Multi. Servizi con Ecosistem.

Con il contratto di avvalimento in esame si è convenuto tra le parti (art. 2) l’obbligo dell’ausiliaria di mettere a disposizione, in relazione all’esecuzione dell’appalto, i requisiti e le risorse ivi dettagliate.

Il contratto di avvalimento non sarebbe affatto generico e indeterminato ma, al contrario, dotato del necessario grado di determinatezza o determinabilità richiesto sia dall’art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 e dall’art. 88 del D.P.R. 207/2010, sia dalla *lex* di gara (art. 8 della lettera di invito), sia infine dalla generale disposizione dell’art. 1346 c.c.

In particolare il contratto:

- elenca con precisione i requisiti che l’impresa ausiliaria ha messo a disposizione dell’ausiliata Multi.Servizi;
- indica la risorsa che effettivamente è stata resa disponibile all’impresa ausiliata concorrente al fine di trasferirle i requisiti di capacità dell’ausiliaria, supportandola nell’esecuzione del servizio;
- contiene inoltre, all’art. 4, una condizione generale di chiusura che assicura la messa a disposizione dell’impresa ausiliata dei requisiti e delle risorse di cui essa è carente “*per tutta la durata dell’appalto*”, oltre

all'assunzione in capo all'impresa ausiliaria della responsabilità solidale verso la stazione appaltante *“in relazione a quanto definito agli articoli 1667 e 1669 del codice civile”*.

Siffatti elementi connoterebbero in termini di determinatezza il contenuto del contratto di avvalimento.

Non sarebbe poi corretta l'affermazione della sentenza appellata secondo cui l'oggetto di detto contratto non sarebbe determinabile per la mancata indicazione di *“qualifiche e competenze”* dell'addetto messo a disposizione dall'impresa ausiliaria, essendo comunque ivi precisato che l'addetto è *“in grado di trasferire tutte le conoscenze e le esperienze acquisite oggetto di avvalimento di cui è il caso”*.

A ciò si aggiunga che vengono indicate anche le modalità concrete di svolgimento delle mansioni.

L'addetto è nella disponibilità di Ecosistem rivestendo una posizione apicale o comunque ruoli di responsabilità all'interno dell'organizzazione aziendale dell'impresa ausiliaria.

L'assunto secondo cui si dovrebbe giungere ad un grado di specificazione tale da contemplare anche la qualifica dell'addetto messo a disposizione dall'ausiliaria si pone in contrasto con la natura fungibile della specifica prestazione lavorativa, non potendosi predicare la natura di contratto *intuitu personae*, e non trova comunque riscontro in specifiche indicazioni della *lex* di gara.

II. Error in procedendo e in iudicando: Erroneità del capo 2.1. della sentenza appellata nella parte in cui ha esaminato ritenendolo ammissibile, il secondo motivo del ricorso di primo grado ed accolto lo stesso ritenendo che l'ausiliaria Ecosistema non sarebbe stata in possesso del requisito dei servizi analoghi.

La società ha preliminarmente rilevato la pretesa erroneità del capo di sentenza in rubrica per avere lo stesso considerato ammissibile ed accolto la censura di legittimità dedotta da Antinia in primo grado, sebbene la

stessa – per come formulata – non fosse, a suo dire, esaminabile poiché avrebbe implicato la sostituzione del giudice all’attività volitiva/valutativa propria ed esclusiva dell’amministrazione, in patente violazione dell’art. 34, comma 2, cpa.

Il TAR non si sarebbe cioè avveduto che, anche a voler ammettere la carenza del requisito di capacità in capo all’ausiliaria Ecosistem, ne sarebbe dovuta derivare non già l’esclusione dalla gara dell’ausiliata concorrente, ma una richiesta di sostituzione da parte della stazione appaltante della stessa ausiliaria in forza del disposto dell’art. 89, comma 3, del d.lgs. 50/2016, così come la stessa aveva operato proprio nei confronti di Multi.Servizi cui era stato richiesto di sostituire la precedente ausiliaria Viri per la ritenuta sussistenza di un motivo di esclusione ai sensi dell’art. 80 del codice dei contratti.

L’appellato capo 2.1 della sentenza impugnata sarebbe altresì erroneo per avere considerato ammissibile il secondo motivo di ricorso proposto da Antinia, sebbene lo stesso fosse volto, a dire dell’appellante, a sindacare nel merito le valutazioni della stazione appaltante determinando uno sconfinamento della giurisdizione di legittimità nella sfera riservata alla p.a..

Nel merito, per quanto concerne i servizi di raccolta/ritiro, trasporto e smaltimento di rifiuti sanitari, la società ha poi evidenziato che:

- l’allegato H contiene il contratto stipulato da Ecosistem con Altergon Italia s.p.a. (ente sanitario privato) per l’affidamento del servizio di “*ritiro, trasporto e smaltimento rifiuti dal Vs. stabilimento di Morra de Sanctis (AV)*”, unitamente alla dichiarazione con cui Altergon Italia ha attestato che Ecosistem aveva svolto in suo favore “*negli anni 2016 - 2017 il servizio di ritiro, trasporto e smaltimento dei rifiuti speciali pericolosi*”;
- l’allegato I contiene il contratto stipulato da Ecosistem con Centro Specialistico Futura Diagnostica s.r.l. (ente sanitario privato) per l’affidamento del servizio di “*raccolta, trasporto di rifiuti pericolosi e non,*

solidi e liquidi da avviare al recupero e riciclaggio e smaltimento”, unitamente alla dichiarazione con cui Centro Specialistico Futura Diagnostica ha attestato che Ecosistem aveva svolto in suo favore “*negli anni 2017 - 2018 il servizio di ritiro, trasporto e smaltimento dei rifiuti speciali pericolosi sanitari*”;

- l'allegato L contiene la nota con cui Unilab Sannio s.c.a.r.l. (ente sanitario privato) ha comunicato ad Ecosistem l'aggiudicazione del servizio di “*raccolta e trasporto dei rifiuti pericolosi e non, solidi e liquidi*”, unitamente al conseguente contratto ed alle relative fatture;

- l'allegato M contiene il contratto stipulato da Ecosistem con Gestione Servizi Emodialisi s.r.l. (ente sanitario privato) per l'affidamento del servizio di “*ritiro, trasporto e smaltimento di rifiuti sanitari presso la struttura "Hotel Continental Terme" sito ad Ischia*”, unitamente alla dichiarazione con cui Gestione Servizi Emodialisi ha attestato che Ecosistem aveva svolto in suo favore “*negli anni 2016 - 2017 il servizio di ritiro, trasporto e smaltimento dei rifiuti speciali pericolosi*”.

L'appellante ha infine sostenuto che l'interpretazione del TAR sarebbe priva di supporto nella *lex* di gara la quale non stabilisce che i servizi analoghi debbano essere riferiti prevalentemente al ritiro/raccolta e al trasporto dei rifiuti né stabilisce una soglia quantitativa minima di fatturato ascrivibile a ciascuna delle prestazioni oggetto del servizio, limitandosi a richiedere un “*importo complessivo minimo pari ad € 900.000,00*”, riferito cioè indistintamente a tutte le tipologie di attività dedotte in appalto.

Né potrebbe dubitarsi della afferenza dei servizi in comparazione al medesimo settore imprenditoriale o professionale: difatti, l'attività di smaltimento svolta da Ecosistem rientra nella gestione dei rifiuti e ha ad oggetto la medesima tipologia di rifiuto (sanitario) cui inerisce l'appalto in questione; peraltro, l'attività di smaltimento presenterebbe un grado di complessità oggettivamente maggiore rispetto alle attività preliminari di

ritiro e trasporto, essendo caratterizzata da processi di trattamento particolarmente articolati e complessi.

5. In data 24 marzo 2020, si è costituita la controparte, facendo in primo luogo rilevare che, dando seguito al *decisum* del TAR, la stazione appaltante ha escluso la Multi. Servizi e le ha aggiudicato la gara. Il fatto che tale determinazione non sia stata impugnata, renderebbe inammissibile l'odierno gravame.

Nel merito, ha sviluppato articolate difese a confutazione delle critiche rivolte alla sentenza impugnata.

6. All'udienza pubblica del 23 aprile 2020, la causa è stata trattenuta in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5, del d.l. n. 18 del 2020.

7. L'appello è infondato e deve essere respinto.

Al riguardo si osserva quanto segue.

8. Il primo motivo di appello contesta i rilievi del TAR in ordine alla nullità del contratto di avvalimento nella parte in cui Ecosistem ha messo a disposizione di Multiservizi un "addetto", senza indicarne né qualifiche, né competenze.

8.1. L'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che *“L'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti [...].L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di 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. [...] Il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o*

copia autentica il contratto 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. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria”.

8.2. L'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato (sentenza 4 novembre 2016, n. 23) ha statuito che l'indagine in ordine agli elementi essenziali dell'avvalimento c.d. “operativo” “*deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale*” e in particolare secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (artt. 1363 e 1367 cod. civ.).

Il contratto di avvalimento non deve quindi necessariamente spingersi, ad esempio, sino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero alla indicazione numerica dello stesso personale.

Tuttavia, l'assetto negoziale deve consentire quantomeno “*l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione*” (Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 2017, n. 3682); deve cioè prevedere, da un lato, la messa a disposizione di personale qualificato, specificando se per la diretta esecuzione del servizio o per la formazione del personale dipendente dell'impresa ausiliata, dall'altro i criteri per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti.

In mancanza di criteri di determinabilità appare infatti concreto il rischio di un uso strumentale del contratto (Cons. Stato, sentenza n. 3682/2017, cit.).

8.3. Nel caso di specie, con il contratto di avvalimento si è convenuto tra le parti (art. 2) l'obbligo dell'ausiliaria di mettere a disposizione, in relazione all'esecuzione dell'appalto, i seguenti requisiti e risorse: “*Fatturato*

globale medio annuo riferito agli ultimo n. 3 esercizi finanziari disponibili (2015, 2016, 2017) pari a

Esercizio 2015: fatturato € 4.792.519,00

Esercizio 2016: fatturato € 3.679.702,00

Esercizio 2017: fatturato € 4.758.502,00;

- Esecuzione nell'ultimo triennio, antecedente la data di scadenza per la presentazione delle offerte, di un elenco di servizi analoghi a quello oggetto di gara, e precisamente "Servizio di raccolta, allontanamento, trasporto e smaltimento rifiuti sanitari" di importo complessivo pari a:

Esercizio 2016: fatturato servizi analoghi € 12.539,40

Esercizio 2017: fatturato servizi analoghi € 403.818,34

Esercizio 2018: fatturato servizi analoghi € 1.538.352,53 come meglio evidenziato nella istanza dell'impresa ausiliaria allegata alla documentazione di gara;

- nr. 1 addetto in grado di trasferire tutte le conoscenze e le esperienze acquisite oggetto di avvalimento di cui è il caso. Tale attività verrà effettuata mediante incontri preparatori (n. 2 ore alla settimana per i primi 2 mesi di esecuzione del servizio) che potranno tenersi direttamente presso la sede centrale o nel cantiere operativo per la progettazione dei turni di lavoro e per affrontare le problematiche specifiche che di volta in volta verranno a crearsi. Si procederà, in seguito, con sopralluoghi continui e regolari (n. 2 ore con cadenza mensile ad un costo di €/incontro di € 300,00) e incontri di verifica e/o analisi. In caso di assenza del suddetto incaricato, l'impresa ausiliaria si adopererà per la sua sostituzione al fine di garantire la prosecuzione regolare dell'erogazione dei servizi; [...]"

8.4. Tale essendo il tenore delle previsioni contrattuali, deve convenirsi con il primo giudice circa l'indeterminatezza – o meglio, la non determinabilità – dell'oggetto del contratto di avvalimento, nella parte relativa al c.d. "avvalimento operativo".

Nel caso in esame, è infatti rimasto del tutto nebuloso il contenuto tecnico – professionale dell’apporto che darà l’ausiliaria, poiché non sono state specificate né le competenze dell’unica risorsa messa a disposizione, né il contenuto della prestazione fornita.

In particolare, diversamente da quanto asserisce l’appellante, non vi è nessun elemento da cui poter inferire che l’ “addetto” di Ecosistem abbia una *“posizione apicale o comunque ruoli di responsabilità all’interno dell’organizzazione aziendale dell’impresa ausiliaria”*.

Se infatti, in tale senso, potrebbe deporre il riferimento contenuto nell’art. 2 alla “progettazione” dei turni di lavoro (in quanto presuppone il possesso di competenze manageriali), viceversa, il generico passaggio relativo agli incontri “preparatori” e/o di “verifica”, potrebbe attagliarsi, ad esempio, anche al concetto di formazione del personale.

Gli impegni assunti dall’impresa ausiliaria risultano quindi indeterminati nonché privi di effettività e concretezza.

9. Con un secondo ordine di rilievi la società appellante ha sostenuto che il TAR avrebbe dovuto dichiarare inammissibile il secondo motivo del ricorso (con il quale era stata dedotta la carenza del requisito del fatturato c.d. specifico), poiché la stessa avrebbe implicato la sostituzione del giudice all’attività volitiva/valutativa propria ed esclusiva dell’amministrazione nell’apprezzamento relativo allo svolgimento di servizi “analoghi”, in violazione dell’art. 34, comma 2, cpa.

In sostanza, anche a voler ammettere la carenza del requisito di capacità in capo all’ausiliaria Ecosistem, ne sarebbe dovuta derivare non già l’esclusione dalla gara dell’ausiliata concorrente, ma una richiesta di sostituzione della stessa ausiliaria in forza del disposto dell’art. 89, comma 3, del d.lgs. 50/2016, così come la stazione appaltante aveva operato proprio nei confronti di Multi.Servizi cui era stato richiesto di sostituire la precedente ausiliaria Viri per la ritenuta sussistenza di un motivo di esclusione ai sensi dell’art. 80.

9.1. La tesi è palesemente infondata.

Il TAR ha correttamente esercitato il potere di annullamento ex art. 29 c.p.a., a fronte del rilievo dell'illegittima determinazione di aggiudicazione della gara a Multi.Servizi.

L'invocato art. 89, comma 3, del codice dei contratti, non avrebbe potuto in alcun modo influire sull'azione di annullamento, poiché esso disciplina l'esercizio di un potere amministrativo e non quello giurisdizionale.

E' peraltro bene precisare che ogni questione relativa all'applicazione del cit. art. 89, comma 3, (e in particolare, se tale disposizione si presti ad un esercizio, per così dire, ripetuto) esula dal presente *thema decidendum*, non solo in quanto non ha formato oggetto del contenzioso instaurato in primo grado, ma soprattutto perché attiene – come peraltro anche *ex adverso* osservato – ad un potere non (o non ancora) esercitato, e quindi non sindacabile dal giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 34, comma 2, c.p.a..

9.2. Del pari infondata è la tesi secondo cui il TAR, nel valutare la sussistenza o meno dell'esperienza di Ecosistem in servizi “analoghi”, si sarebbe sostituito all'amministrazione nell'esercizio di un potere discrezionale.

L'interpretazione della *lex specialis* di gara non è infatti assimilabile ad un'attività amministrativa di “ponderazione” di interessi non essendovi alcun margine di discrezionalità in una materia regolata dai principi di trasparenza e parità di trattamento (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2017, n.4307).

Al riguardo, peraltro, la Corte regolatrice ha costantemente evidenziato che la verifica dei requisiti di ammissione ad una gara, non presenta alcun profilo di discrezionalità, trattandosi di circostanze oggettivamente riscontrabili; pertanto il sindacato di tali circostanze, da parte del giudice amministrativo, non può mai tradursi in una invasione del merito amministrativo ovvero dare luogo ad eccesso di potere giurisdizionale

(così, ancora da ultimo, Cass. civ., sez. un., 3 marzo 2020, n.5904). Quest'ultimo è infatti configurabile *“soltanto quando l'indagine svolta dal giudice abbia ecceduto i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, rivelandosi strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione, attraverso un sindacato di merito che si estrinsechi in una pronunzia avente il contenuto sostanziale e l'esecutorietà propria del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa”*.

9.3. Nel caso di specie, il primo giudice ha poi fatto una corretta applicazione dei principi giurisprudenziali elaborati in materia di bandi di gara nei quali venga richiesto ai concorrenti di documentare il pregresso svolgimento di *“servizi analoghi”*.

Come noto, la finalità di simili previsioni *“è il temperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche, dal momento che la locuzione “servizi analoghi” non s'identifica con “servizi identici”; tuttavia occorre ricercare elementi di similitudine tra i servizi presi in considerazione, che possono scaturire solo dal confronto tra le prestazioni oggetto dell'appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti al fine di dimostrare il possesso della capacità economico-finanziaria richiesta dal bando, vale a dire che, pur rilevando l'identità del settore imprenditoriale o professionale, il confronto va fatto in concreto tenendo conto del contenuto intrinseco delle prestazioni nonché della tipologia e dell'entità delle attività eventualmente coincidenti”* (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 23 agosto 2018 n.5040).

9.4. Nel caso in esame, l'ausiliaria ha dichiarato un elenco di servizi che rientrano nella tipologia delle prestazioni oggetto dell'appalto; tuttavia, i

destinatari dei servizi (eccezion fatta per i contratti stipulati con Altergon Italia s.r.l., Centro Specialistica Futura Diagnostica s.r.l., Unilab Sanni s.c.a.r.l. e Gestione Servizi Emodialisi s.r.l.), sono risultati essere enti privati di carattere non sanitario, per i quali Ecosistem ha svolto l'attività di smaltimento, laddove la disciplina di gara richiedeva espressamente che i servizi "analoghi", utili a dimostrare il possesso della prescritta capacità tecnica e professionale, fossero stati resi a favore di enti sanitari, pubblici o privati.

Il TAR, al fine di escludere la rilevanza di tali prestazioni, ha poi condotto un'analitica disamina del capitolato speciale d'appalto, il cui art. 1 "*elenca ben 17 differenti tipologie di attività, delle quali soltanto due riferite allo smaltimento (punti 10 e 12)*", soggiungendo altresì che "*avendo svolto per le quattro imprese di cui sopra solo il servizio di smaltimento, la Ecosistem non ha neanche svolto quella gestione integrata del servizio di raccolta, ritiro, trasporto e smaltimento di rifiuti sanitari, pure indicata dall'innanzi citato articolo 2 del capitolato speciale*".

Il primo giudice ha altresì contestualmente escluso la rilevanza dei contratti stipulati dalla società con i suddetti quattro enti privati sanitari, in quanto l'importo di tali prestazioni era manifestamente insufficiente a dimostrare il requisito di capacità tecnica di cui all'articolo 7.3, lettera c), della lettera d'invito.

In definitiva, non è vero che la sentenza impugnata non trovi supporto, *in parte qua*, nella disciplina di gara, poiché quest'ultima, pur non stabilendo espressamente che i servizi analoghi dovessero essere riferiti prevalentemente al ritiro/raccolta e al trasporto dei rifiuti sanitari, era comunque finalizzata alla realizzazione in favore della stazione appaltante di una "gestione integrata" del servizio richiesto "*in considerazione della numerosità delle strutture interessate tramite idonea soluzione organizzativa-gestionale, adeguato supporto informatico e tramite eventuali altre modalità di servizio [...]*".

Infine - quand'anche fosse vero che, come afferma l'appellante *“l'attività di smaltimento presenta un grado di complessità oggettivamente maggiore rispetto alle attività preliminari di ritiro e trasporto, essendo caratterizzata da processi di trattamento particolarmente articolati e complessi”* – non è stato addotto alcun elemento idoneo a dimostrare che essa rappresentasse anche quella qualificante ai fini del soddisfacimento delle esigenze della stazione appaltante.

10. In definitiva, per quanto appena argomentato, l'appello deve essere respinto.

Le spese del grado seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, n. 1768 del 2020, di cui in epigrafe, lo respinge.

Condanna la società appellante alla rifusione della spese del presente grado di giudizio in favore della società Antinia s.r.l., che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre gli accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 aprile 2020 svoltasi da remoto in videoconferenza ex art. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente

Luca Lamberti, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere, Estensore

Roberto Proietti, Consigliere

L'ESTENSORE
Silvia Martino

IL PRESIDENTE
Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO