

**QUALORA LA *LEX SPECIALIS* INTENDA IL FATTURATO SPECIFICO QUALE ESPRESSIONE DELLA CAPACITÀ TECNICA E NON GIÀ DI SOLIDITÀ ECONOMICO-FINANZIARIA L'EVENTUALE CONTRATTO DI AVVALIMENTO TRADIZIONALE DEVE AVERE CARATTERE OPERATIVO**

**CONS. STATO, SEZ. III, 25.7.2023 N. 7293**

**Massime (segue testo)**

<< non sembra discutibile che il requisito in esame, ancorché previsto in termini di “*fatturato*” per servizi pregressi, avesse lo scopo di attestare l’esperienza specifica del concorrente, e quindi la sua idoneità a svolgere l’appalto sotto il profilo tecnico, e non certo quello di fornire alla stazione appaltante garanzie circa la solidità finanziaria dell’impresa concorrente.

Un simile modo di atteggiarsi della disciplina di gara non è affatto infrequente nella pratica, e al riguardo la giurisprudenza si è espressa nel senso che qualora la *lex specialis* di gara intenda il fatturato specifico quale espressione della capacità tecnica e non già di solidità economico-finanziaria, e per la dimostrazione di tale requisito si faccia ricorso all’avvalimento, si è in presenza di un avvalimento non di garanzia, ma operativo, il che comporta la necessità da parte dell’ausiliaria di una concreta ed adeguata messa a disposizione di risorse determinate, affinché il suo impegno possa dirsi effettivo (cfr. Cons. Stato, III, n. 68/2021 e n. 1704/2020; V, n. 4396/2018).

Può aggiungersi che lo stesso TAR riconosce espressamente, sulla base della lettura degli artt. 7 e 5 del contratto di avvalimento, che l’ausiliaria Steelco sarà tenuta all’esecuzione di specifiche prestazioni in sede esecutiva (come verrà appresso approfondito), anche se poi non ne ha tratto conclusioni coerenti.

12.4. Poiché, in presenza di un avvalimento di tal genere, il disposto dell’articolo 89, comma 1, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50/2016, come novellato dal correttivo del 2017, va inteso nel senso di richiedere a pena di nullità che dal contratto di

avvalimento emerga la disponibilità effettiva del personale dell'ausiliaria, onde evitare avvalimenti meramente astratti o cartolari, vale a dire potenzialmente ingannevoli (così Cons. Stato, III, n. 68/2021, cit.; id., V, n. 953/2018 e n. 5423/2016), il contratto presentato in gara da Paoletti va considerato nullo.

Infatti, risulta inidonea a soddisfare la predetta condizione di concreta e specifica messa a disposizione delle risorse aziendali, la clausola, evidentemente generica, secondo cui l'impresa ausiliaria si impegnava a *“mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui è carente l'impresa ausiliata, di fornire quindi le risorse materiali o tecniche per l'esecuzione dell'appalto”*>>

Publicato il 25/07/2023

N. 07293/2023REG.PROV.COLL.

N. 02566/2023 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2566 del 2023, proposto da Cantel Medical (Italy) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difeso dagli avvocati Paolo Clarizia, Andrea Bonanni e Giampaolo Delli Cicchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

***contro***

- Paoletti S.r.l. Unipersonale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gaetano Alfarano e Lucia Girolami, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- AUSL 4 Teramo - Azienda Sanitaria Locale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandra Strigliani Ne' Tori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima) n. 432/2022, resa tra le parti, concernente gli esiti della procedura aperta, a

lotto unico, *ex art.* 60 del d.lgs. n. 50/2016, finalizzata all'affidamento della fornitura in service “*di sistemi completi per il trattamento, la conservazione e la tracciabilità degli endoscopi flessibili*” in uso presso l'ASL di Teramo - CIG 8190582A14.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Paoletti S.r.l. Unipersonale e della AUSL 4 Teramo - Azienda Sanitaria Locale;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2023, il Cons. Pierfrancesco Ungari e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Si controverte sull'esito della procedura aperta, a lotto unico, *ex art.* 60 del d.lgs. 50/2016, finalizzata all'affidamento della fornitura in service “*di sistemi completi per il trattamento, la conservazione e la tracciabilità degli endoscopi flessibili*” in uso presso l'Azienda sanitaria locale di Teramo - CIG 8190582A14.

2. La fornitura è stata aggiudicata alla Cantel Medical (Italy) S.r.l. (d'ora in avanti, anche Cantel), mediante deliberazione n. 95 del 22 gennaio 2022.

3. Paoletti S.r.l., seconda classificata, ha impugnato l'aggiudicazione dinanzi al TAR Abruzzo, lamentando in sostanza la violazione dell'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016 e del capitolato tecnico, in ragione della mancata esclusione di Cantel per difformità dell'offerta rispetto ai requisiti minimi richiesti.

4. Cantel ha proposto ricorso incidentale, lamentando a sua volta l'omessa esclusione di Paoletti per difetto dei requisiti di partecipazione, in quanto sarebbe invalido il contratto di avvalimento con Steelco S.p.a. relativo al requisito di

fatturato specifico richiesto dall'art. 7.3. del disciplinare. Per l'ipotesi di accoglimento della tesi dell'appellante principale volta a limitare le forme di comprova dell'equivalenza funzionale, impugna la *lex specialis* per contrasto con l'art. 68.

5. Con ordinanza n. 325/2022, il TAR ha disposto una verifica volta ad accertare l'esistenza delle difformità contestate - *Per singolo armadio di stoccaggio: - "Sistema di eliminazione dell'umidità residua mediante flusso di aria filtrata HEPA all'interno dell'armadio e all'interno dei singoli canali degli strumenti endoscopici" (lett. g); Per ciascun sistema di lavaggio automatico:- "Tubazione per irrigazione dei canali completamente rimuovibile ed autoclavabile" (ultimo bullet point); - e l'equivalenza dei prodotti offerti da Cantel.*

6. La verifica ha riguardato i seguenti quesiti:

*"a.1) se l'apparecchiatura offerta da Cantel sia priva delle seguenti caratteristiche minime richieste a pena di esclusione dal Capitolato:*

*(1) Per singolo armadio di stoccaggio:*

*- "Sistema di eliminazione dell'umidità residua mediante flusso di aria filtrata HEPA all'interno dell'armadio e all'interno dei singoli canali degli strumenti endoscopici" (lett. g);*

*(2) Per ciascun sistema di lavaggio automatico:*

*- "Tubazione per irrigazione dei canali completamente rimuovibile ed autoclavabile" (ultimo bullet point);*

*a.2) se, verificata l'assenza delle predette caratteristiche minime, l'offerta della Cantel possa essere considerata equivalente rispetto a quella prevista dal bando (...)"*.

6.1. Quanto alla prima caratteristica (1), il verificatore ha accertato che: *"l'armadio di asciugatura e stoccaggio Endodry offerto da Cantel è sprovvisto di filtro HEPA per l'eliminazione dell'umidità residua all'interno dell'armadio e all'interno dei singoli canali degli strumenti endoscopici. (...) La capacità filtrante dichiarata in gara da Cantel non può essere considerata né equivalente né tantomeno superiore a quella di un filtro HEPA H13, in quanto l'efficienza di filtraggio dichiarata sulle particelle con diametro 0,01 um è pari a 99,9% e,*

*pertanto, inferiore a quella di un filtro HEPA H13 (99,95%). (...) Ne consegue che un'efficienza di filtraggio su particelle di diametro di 0,01 um non comporti automaticamente un'efficienza superiore su particelle di diametro maggiore. Pertanto, l'efficienza filtrante del 99,9% su particelle di diametro di 0,01 um del filtro Cantel non può comportare automaticamente un'efficienza maggiore (peraltro, come si è detto, non riportata in documentazione di cui all'offerta tecnica e degli atti di gara) su particelle di diametro di 0,3 um. I riferimenti, contenuti nelle deduzioni di parte Cantel, alle verifiche previste dalla norma UNI EN 16442 sulla purezza dell'aria non sono attinenti alla efficienza del filtro.*

*In conclusione, il filtro presente nell'apparecchiatura offerta dalla Cantel non può, in base alla documentazione disponibile, essere considerato equivalente o superiore ad un filtro HEPA H13”.*

6.2. Rispetto alla seconda caratteristica (2), la valutazione del verificatore è stata di equivalenza.

7. Con la sentenza appellata (n. 238/2022), il TAR Abruzzo ha accolto il ricorso principale e respinto quello incidentale.

7.1. Quanto al ricorso principale, il TAR ha ritenuto che la relazione evidenzi come, contrariamente a quanto potrebbe sembrare, un'efficienza di filtraggio su particelle di diametro inferiore non comporti automaticamente un'efficienza superiore su particelle di diametro maggiore. E ne ha fatto discendere l'illegittimità degli atti gravati, avendo la Commissione omissa di riscontrare l'assenza della caratteristica tecnica minima in esame anche sotto la forma del giudizio di equivalenza.

7.2. Quanto al ricorso incidentale - secondo la prospettazione di Cantel, il contratto di avvalimento prodotto in gara da Paoletti sarebbe nullo sotto due profili: la mancata indicazione delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria Steelco, e la mancata previsione del corrispettivo o dell'utilità di natura patrimoniale da essa conseguita (che lo priva di uno degli elementi essenziali,

ovvero della causa in concreto *ex art. 1346 c.c.*) - il TAR ha invece ritenuto che, nonostante la rubricazione formale del requisito nel disciplinare sia da considerarsi erronea, l'avvalimento riguarda il fatturato specifico, vale a dire un requisito di natura economico-finanziaria e non tecnica, ed è ascrivibile al *genus* del c.d. avvalimento di garanzia.

Pertanto, il contratto soddisfa i requisiti richiesti dall'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016, come interpretato dalla giurisprudenza. Il TAR ha sottolineato in particolare che il contratto, sebbene a titolo gratuito, è comunque sostenuto da un interesse economico indiretto della Steelco, che realizza i prodotti offerti in gara, e che svolgerà attività di monitoraggio, verifica, controllo e manutenzione delle apparecchiature offerte in gara, dietro pagamento di corrispettivi a fattura.

8. La sentenza è appellata da Cantel.

8.1. L'appellante sostiene che erroneamente il TAR abbia affermato che l'art. 7.3. del disciplinare contiene una formale rubricazione erronea, non corrispondente alla sostanza del requisito.

Ribadisce che, anche in sostanza, si tratta di un requisito di capacità tecnico professionale, con conseguente necessaria configurazione di un avvalimento c.d. "operativo" (del resto, contraddittoriamente lo stesso TAR ha riconosciuto espressamente che l'ausiliaria Steelco sarà tenuta all'esecuzione di specifiche prestazioni in sede esecutiva), mentre l'art. 2 del contratto di avvalimento contiene una mera formula stereotipa che non fa che replicare la descrizione del requisito contenuta nel disciplinare, senza alcuna indicazione in merito a eventuali risorse e mezzi concretamente trasferiti. Pertanto, il contratto di avvalimento è nullo - per indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto, in violazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 e degli artt. 1346 e 1418 c.c. - ed è quindi inidoneo a determinare il trasferimento del requisito, con conseguente doverosa esclusione di Paoletti dalla gara.

8.2. Anche l'assunto del TAR secondo cui *“non è necessario, nel caso di un contratto di avvalimento in garanzia, che sussista l'imprescindibile interesse economico indiretto per la salvaguardia della validità causale del contratto”* è del tutto erroneo, in quanto l'elemento della onerosità caratterizza qualunque contratto di avvalimento, quale che sia il requisito di cui è carente il concorrente. Il riferimento alle attività rimesse all'impresa ausiliaria (di cui all'art. 5, lett. a), del contratto) non smentisce affatto la gratuità dell'avvalimento, atteso che la clausola, in combinato disposto con l'art. 7, menziona il mero rimborso dei costi. Al di là di tale prestazione meramente restitutoria (e non remunerativa) l'art. 7 è chiarissimo nello stabilire che *“in caso di aggiudicazione della gara, l'impresa ausiliata verserà un importo pari al 0 % del valore dell'appalto”*.

8.3. Cantel prospetta che l'accoglimento delle predette censure, dedotte col ricorso incidentale in primo grado, determini, in riforma della sentenza gravata, l'inammissibilità/improcedibilità del ricorso principale.

A suo avviso, infatti, anche l'orientamento della Corte di Giustizia (sentenza 5 settembre 2019, in C-333/18), richiamato dal TAR, richiede comunque, al fine di supportare la legittimazione e l'interesse concreto allo scrutinio del ricorso principale, che si dia prova – della *“possibilità”* che l'amministrazione aggiudicatrice, una volta escluse le offerte irregolari, assuma *“la decisione di annullare la procedura e di avviare una nuova procedura di affidamento a motivo del fatto che le restanti offerte regolari non corrispondono sufficientemente alle attese dell'amministrazione stessa”*. Nel caso in esame, siffatta prova non è stata fornita (essendo peraltro pacifico che vi sono altri concorrenti utilmente graduati).

8.4. Riguardo alla difformità della propria offerta, ritenuta dal TAR, Cantel lamenta che non sia stata considerata una circostanza dirimente, ossia che il macchinario offerto è in possesso della certificazione di conformità alla normativa tecnica di riferimento per lo stoccaggio ed asciugatura degli endoscopi (EN 16442).

Detta normativa: a) considera senz'altro l'efficienza del filtro (cfr. par. 5.2.2.1.: *“L'aria all'interno dell'armadio di stoccaggio e che viene insufflata attraverso i canali dell'endoscopio deve essere di qualità microbiologica tale da non compromettere la qualità del carico. I test devono essere eseguiti facendo riferimento all'allegato C”*); b) non impone come obbligatorio l'utilizzo di filtri HEPA ai suddetti fini.

Pertanto, non vi è dubbio che, da un lato, l'equivalenza funzionale è stabilita dalla stessa normativa ISO che individua gli *standard* tecnici di riferimento; dall'altro lato, il requisito stabilito dal disciplinare non può essere interpretato nel senso di prescrivere l'utilizzo di uno specifico componente (HEPA) e non di altri funzionalmente equivalenti.

8.4.1. Erra quindi la sentenza appellata là dove, recependo la relazione del verificatore, afferma che *“I riferimenti, contenuti nelle deduzioni di parte Cantel, alle verifiche previste dalla norma UNI EN 16442 sulla purezza dell'aria non sono attinenti alla efficienza del filtro”*. Al contrario, la valutazione poteva essere compiuta solo prendendo a riferimento i test di purezza dell'aria di cui all'allegato C della norma UNI EN 16642; la valutazione in ordine alla equivalenza funzionale del filtro pneumatico di Cantel è stata invece erroneamente compiuta (dal verificatore, prima e dal TAR, poi) assumendo quale parametro di riferimento e di comparazione tra le due tipologie di filtro (HEPA e pneumatico) i test di classificazione secondo la norma EN 1822-1:2009 - che hanno valore solo per misurare la capacità filtrante di un filtro di tipo HEPA, e non possono essere in alcun modo utilizzati per determinare (e quantificare) la capacità filtrante di un filtro di diversa tipologia (pneumatico) come quello offerto da Cantel.

8.4.2. La tesi suesposta ha trovato empirica conferma nei test di laboratorio (doc. 3) eseguiti sul filtro pneumatico offerto in gara da Cantel, che hanno confermato quanto era già indicato da Cantel in sede di gara: ovverosia, che un filtro con capacità filtrante di 99,9% su particelle di 0,1  $\mu\text{m}$ , è non solo equivalente, ma

perfino migliorativo rispetto al filtro HEPA (detti test, eseguiti con particelle da 0,3 µm, hanno dimostrato una capacità filtrante pari al 99,995%, dato superiore al 99,95% del filtro HEPA).

8.5. Pertanto, Cantel ribadisce - come dedotto in primo grado con il ricorso incidentale (mediante censura rispetto alla quale il TAR ha omesso di pronunciarsi) – che, qualora dovesse trovare ingresso la restrittiva tesi di Paoletti tesa a limitare la possibilità di offrire prodotti equivalenti e le forme di comprova della equivalenza funzionale rispetto a quanto previsto dall'art. 68 del Codice (vale a dire, attraverso l'allegazione di “*qualsiasi mezzo appropriato*” allo scopo), la stessa *lex specialis* di gara sarebbe illegittima.

9. Paoletti si è costituita in giudizio e controdeduce puntualmente.

In particolare, ripropone, *ex art.* 101, comma 2, cod. proc. amm., le censure non esaminate dal TAR, ribadendo che:

- l'apparecchiatura offerta da Cantel, è priva delle due caratteristiche minime richieste a pena di esclusione dal Capitolato ed oggetto di controversia, ma Cantel neppure ha inteso avvalersi del principio di equivalenza, tanto è vero che non ha prodotto alcun documento e men che meno una relazione tecnica del fabbricante (o di un organismo notificato) come pure espressamente richiesto dalla legge di gara;
- neppure la Commissione ha formulato alcuna valutazione in proposito, avendo ammesso i prodotti sulla base di un illegittimo giudizio implicito di equivalenza, oppure addirittura sulla base di una svista;
- da un punto di vista funzionale e prestazionale, le soluzioni tecniche proposte da Cantel non possono in alcun modo ritenersi equivalenti rispetto alle caratteristiche minime richieste, in quanto (rispetto al requisito tecnico minimo “*possesso per ciascun sistema di lavaggio automatico*” di una “*tubazione per irrigazione dei canali completamente rimovibile ed autoclavabile*”) la soluzione tecnica alternativa proposta da Cantel [“*La*

*pompa di lavaggio Sureclean non presenta la tubazione per l'irrigazione dei canali rimovibile ed autoclavabile in quanto il detergente non viene ricircolato all'interno della stessa. La pompa dosa il detergente utilizzato per il lavaggio dei canali, in una apposita vaschetta dedicata separata dalla vasca di lavaggio dello strumento (per la pulizia esterna). Questo rende non necessario avere tubi rimovibili ed autoclavabili” - cfr. pag. 26 della Relazione tecnica] non consente una sterilizzazione in autoclave delle tubazioni collegate all'endoscopio non essendo le stesse “rimuovibili”.*

10. Si è costituita in giudizio anche la AUSL 4 di Teramo, argomentando nel senso della correttezza delle operazioni di gara e della piena legittimità dell'aggiudicazione a Cantel.

11. Le parti hanno depositato ulteriori memorie e repliche, puntualizzando le rispettive tesi.

12. Il Collegio esamina l'appello di Cantel, seguendo l'ordine di esposizione dei motivi.

Il primo motivo è fondato.

Coglie infatti nel segno l'appellante, quando sostiene l'erroneità della qualificazione operata dal TAR – alla stregua di un avvalimento “di garanzia” anziché “tecnico-operativo” - dell'avvalimento di Steelco, cui ha fatto ricorso l'originaria ricorrente Paoletti per sopperire alla carenza del requisito indicato al punto 7.3 del Disciplinare di gara.

12.1. Il TAR ha interpretato il punto 7.3., come afferente a un requisito economico-finanziario, nonostante il Disciplinare, nel prevedere partitamente le diverse tipologie di requisiti di ammissione, avesse distinto “Requisiti di idoneità” (art. 7.1.), “Requisito di capacità economica e finanziaria” (art. 7.2.) e, appunto, “Requisiti di capacità tecnica e professionale” (art. 7.3.).

Tale sorta di “riqualificazione” di una rubrica asseritamente erronea, non è giustificata.

La *lex specialis*, per detto aspetto, come sottolinea Paoletti, è rimasta inoppugnata e la sua applicazione si impone anche in forza del principio di autovincolo - Cons. Stato, V, n. 2784/2022: “*se la lex specialis riferisce il fatturato specifico alla dimostrazione della capacità tecnica, e tale previsione non viene neppure contestata giudizialmente, l’avalimento del requisito del fatturato specifico in servizi non è qualificabile come avalimento c.d. di garanzia, destinato a fornire risorse esclusivamente di carattere economico-finanziario. Le capacità tecniche e professionali rilevanti come criterio di selezione per gli appalti di servizi presuppongono, in linea generale, non solo il possesso di risorse umane e tecniche da impiegare immediatamente nell’espletamento del servizio, ma anche il possesso dell’esperienza, entrambi elementi necessari per eseguire l’appalto con un adeguato standard di qualità, secondo la lettera dell’art. 83, comma 6, del D.Lgs. n. 50 del 2016 (Cons. Stato, V. 19 luglio 2018, n. 4396)*”; cfr. anche, V, n. 2048/2021, III, n. 1704/2020.

12.2. Peraltro, anche sul piano del contenuto sostanziale, l’art. 7.3. richiede di “*aver realizzato complessivamente negli ultimi trentasei mesi antecedenti la riattivazione della procedura di gara in oggetto decorrente dalla data di pubblicazione sulla G.U.R.I. un fatturato specifico per la fornitura di “sistemi completi per il trattamento, la conservazione e la tracciabilità degli endoscopi flessibili” pari almeno ad un terzo del valore complessivo dell’Accordo Quadro pari ad € 2.210.000,00 (1/3 = € 736.000,00) a favore di enti sanitari pubblici o privati*” e di “*fornire l’elenco delle principali forniture prestate negli ultimi tre anni a far data dalla pubblicazione del bando, con l’indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati delle forniture stesse secondo le disposizioni di cui all’art. 86 e all’allegato XVII, parte II, del Codice*”.

12.3. Dunque, non sembra discutibile che il requisito in esame, ancorché previsto in termini di “fatturato” per servizi pregressi, avesse lo scopo di attestare l’esperienza specifica del concorrente, e quindi la sua idoneità a svolgere l’appalto sotto il profilo tecnico, e non certo quello di fornire alla stazione appaltante garanzie circa la solidità finanziaria dell’impresa concorrente.

Un simile modo di atteggiarsi della disciplina di gara non è affatto infrequente nella pratica, e al riguardo la giurisprudenza si è espressa nel senso che qualora la *lex specialis* di gara intenda il fatturato specifico quale espressione della capacità tecnica e non già di solidità economico-finanziaria, e per la dimostrazione di tale requisito si faccia ricorso all'avvalimento, si è in presenza di un avvalimento non di garanzia, ma operativo, il che comporta la necessità da parte dell'ausiliaria di una concreta ed adeguata messa a disposizione di risorse determinate, affinché il suo impegno possa dirsi effettivo (cfr. Cons. Stato, III, n. 68/2021 e n. 1704/2020; V, n. 4396/2018).

Può aggiungersi che lo stesso TAR riconosce espressamente, sulla base della lettura degli artt. 7 e 5 del contratto di avvalimento, che l'ausiliaria Steelco sarà tenuta all'esecuzione di specifiche prestazioni in sede esecutiva (come verrà appresso approfondito), anche se poi non ne ha tratto conclusioni coerenti.

12.4. Poiché, in presenza di un avvalimento di tal genere, il disposto dell'articolo 89, comma 1, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50/2016, come novellato dal correttivo del 2017, va inteso nel senso di richiedere a pena di nullità che dal contratto di avvalimento emerga la disponibilità effettiva del personale dell'ausiliaria, onde evitare avvalimenti meramente astratti o cartolari, vale a dire potenzialmente ingannevoli (così Cons. Stato, III, n. 68/2021, cit.; id., V, n. 953/2018 e n. 5423/2016), il contratto presentato in gara da Paoletti va considerato nullo.

Infatti, risulta inidonea a soddisfare la predetta condizione di concreta e specifica messa a disposizione delle risorse aziendali, la clausola, evidentemente generica, secondo cui l'impresa ausiliaria si impegnava a “mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui è carente l'impresa ausiliata, di fornire quindi le risorse materiali o tecniche per l'esecuzione dell'appalto”.

12.5. La fondatezza, per detto profilo, del primo motivo d'appello di Cantel è sufficiente a determinare l'accoglimento del ricorso incidentale di primo grado con la conseguente necessaria esclusione dalla gara dell'originaria ricorrente Paoletti.

12.6. Per completezza, può aggiungersi che riguardo all'altro profilo di censura, incentrato sulla gratuità dell'avvalimento, e comunque sulla mancanza di un interesse dell'ausiliaria che lo rendesse valido, le conclusioni del TAR sono invece condivisibili.

Come ricordato dal TAR, infatti, *“Nelle gare pubbliche d'appalto il contratto di avvalimento, anche se generalmente oneroso, deve ritenersi validamente prestato anche a titolo non oneroso ed anche se manchi il corrispettivo in favore dell'ausiliario, ma a condizione che dal testo contrattuale emerga chiaramente l'interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha guidato l'ausiliario ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto in questione e le relative responsabilità”* (Cons. Stato, V, n. 242/2016). Ed è quindi *“essenziale verificare l'effettiva sussistenza della causa concreta del contratto di avvalimento al fine di accertare se l'operazione negoziale arrechi effettivamente il possesso di quei requisiti di cui la concorrente è priva sì da garantire la stazione appaltante sull'affidabilità dell'aggiudicatario in ordine alla corretta esecuzione dell'appalto: pertanto la nullità del contratto di avvalimento per mancanza del requisito dell'onerosità potrà dichiararsi solo allorquando non sia ravvisabile una “ragione pratica giustificativa” del contratto o un interesse meritevole di tutela ad esso sotteso”* (Cons. Stato, V, n. 806/2021 e n. 8486/2021).

Nel caso in esame, anche se all'art. 7 del Contratto di avvalimento è pattuito un corrispettivo *“pari al 0% del valore dell'appalto”*, la sussistenza di un interesse economico sostanziale, in capo ad entrambe le parti, è dimostrata dalla circostanza per cui i prodotti che la Paoletti offre in gara sono realizzati dalla impresa ausiliaria Steelco, ed essa, secondo quanto previsto dal contratto di avvalimento all'art. 2 ha anche possibilità di *“verificare e monitorare costantemente l'avanzamento del servizio, la regolarità dell'esecuzione dello stesso ed a visionare tutti gli atti tecnici ed amministrativi relativi*

*ed inoltre la facoltà di procedere, anche a mezzo di proprio delegato, ad accedere sui luoghi di svolgimento dei lavori onde verificare il regolare e legittimo svolgimento degli stessi; l'impresa ausiliaria è fin d'ora autorizzata ad interloquire con il R.U.P. ai fini dei controlli di propria competenza*".

13. Il secondo motivo dell'appello – volto a contestare la decisione del TAR di dover esaminare, in applicazione della giurisprudenza della Corte di giustizia, sia il ricorso principale che quello incidentale (al di là delle conclusioni cui poi è pervenuto su di essi) – è invece infondato.

Infatti, Cantel, assumendo che la fondatezza del ricorso incidentale determinerebbe l'improcedibilità di quello principale non essendo stata fornita la prova della "*possibilità*" di annullamento della gara in quanto vi sono altri concorrenti in graduatoria non evocati in giudizio, in pratica ripropone la tesi del ricorso incidentale "escludente" che è stata sconfessata dalla Corte di giustizia proprio con la sentenza del 5 settembre 2019, in causa C-333/18, laddove si è stabilito:

- che il dovere del giudice di esaminare sempre sia il ricorso principale che quello incidentale sussiste indipendentemente dal numero di concorrenti rimasti in gara, e dalla circostanza che questi siano stati o meno evocati in giudizio;

- che, pertanto, la "*possibilità*" di annullamento e successiva ripetizione dell'intera gara, cui in questo caso si fa riferimento, va intesa in senso ampio e potenziale con riferimento all'immanenza del potere di autotutela della stazione appaltante anche all'esito del giudizio (ciò si evince dal fatto che proprio questo era il quesito che il Consiglio di Stato aveva posto alla Corte con l'ordinanza di rimessione).

14. Resta da esaminare il terzo motivo dell'appello di Cantel, volto a ribaltare le conclusioni del TAR circa la necessaria esclusione della sua offerta, per mancato rispetto delle caratteristiche tecniche minime prescritte dal Capitolato di gara a pena di esclusione (con riferimento al "*sistema di eliminazione dell'umidità residua*") e

tenuto conto dell'impossibilità di invocare il principio di equivalenza di cui all'articolo 68 del d.lgs. n. 50/2016 (alla luce degli esiti della verifica, che hanno escluso l'equivalenza tra quanto al riguardo prescritto dalla *lex specialis* e quanto offerto dall'odierna appellante).

14.1. Anche in questo caso le conclusioni del TAR sono corrette.

In ordine logico, può al riguardo osservarsi che:

- è pacifico che la clausola in questione espressamente pretendesse un filtro "HEPA", con la conseguenza che in caso di offerta di un filtro diverso, vi era l'onere di dimostrarne l'equivalenza;
- premesso che il prodotto offerto svolge la funzione, richiesta dal Capitolato, di "eliminazione dell'umidità residua", la verifica ha concluso per la non equivalenza prestazionale richiesta dal bando, nel senso che la richiesta di un filtro HEPA H13 rispondeva alla volontà della stazione appaltante di assicurare un determinato livello di smaltimento (99,95%) delle particelle di umidità di una determinata dimensione (diametro 0,3 µm), mentre il filtro offerto da Cantel assicura una prestazione inferiore (99,9%), ed il fatto di essere riferita a particelle di diametro di 0,01 µm, secondo quanto affermato dal verificatore, non può comportare automaticamente un'efficienza maggiore (peraltro, non riportata nella documentazione di cui all'offerta tecnica ed agli atti di gara) su particelle di diametro di 0,3 µm;
- l'appellante non ha dimostrato che il filtro richiesto dal Capitolato poteva essere fornito solo dall'aggiudicatario, e anzi il fatto che altre imprese siano state tranquillamente ammesse in gara (e l'appellante nulla argomenta sul fatto che, in ipotesi, la stazione appaltante possa avere anche per loro fatto applicazione del principio di equivalenza) sembrerebbe deporre per il contrario.

Quanto appena esposto rileva anzitutto ai fini dell'infondatezza della censura subordinata di illegittimità della disciplina di gara *in parte qua*, formulata nel ricorso incidentale di primo grado e riproposta nell'appello da Cantel.

14.2. Partendo da detti presupposti, va poi sottolineato che Cantel contesta l'esito dell'accertamento istruttorio disposto dal TAR sotto due punti di vista.

Prospetta anzitutto che la verifica non sia stata effettuata correttamente, in quanto si è basata su un parametro non pertinente (le prescrizioni della EN ISO 1822), mentre avrebbero dovuto applicarsi le prescrizioni della normativa UNI EN 16442, rispetto alle quali il prodotto offerto è certificato e godrebbe della condizione di equivalenza ai sensi dell'art. 68.

14.3. Al riguardo, il Collegio ritiene tuttavia convincente la prospettazione della Paoletti e della ASL.

Poiché il requisito di gara è una filtrazione HEPA, sono le prescrizioni della EN ISO 1822 (ovvero la normativa tecnica sui filtri HEPA) - e non la norma UNI EN 16442 - a costituire il parametro corretto di riferimento per valutare le prestazioni del filtro dei prodotti offerti, dal momento che è tale norma a stabilire con precisione la capacità filtrante dei filtri HEPA.

La circostanza che qualunque armadio offerto in gara sia necessariamente conforme alla norma UNI EN 16442 (norma armonizzata sugli armadi di stoccaggio per endoscopi) invocata da Cantel, non significa che qualunque armadio conforme alla norma UNI EN 16442 sia per ciò solo necessariamente dotato di un sistema di filtraggio HEPA o ad esso equivalente, come specificamente richiesto dal requisito previsto dalla legge di gara.

Secondo Cantel, l'efficacia del sistema di filtraggio dovrebbe essere valutata in base all'Allegato C della norma UNI EN 16442 che garantirebbe aria filtrata "*almeno di Classe 8*" (della norma ISO 14644-1). Tuttavia, sul punto, il verificatore ha sottolineato che il riferimento è del tutto inconferente perché i test richiesti dal

predetto Allegato C “*non sono attinenti alla efficienza del filtro*”. Si tratta – ha aggiunto Paoletti - di test riferiti a un diverso parametro di qualità dell’aria in termini assoluti (particelle per metro cubo), mentre la norma UNI EN ISO 1822 definisce la capacità filtrante di un filtro in termini relativi (percentuale di particelle trattenute rispetto a quelle in ingresso al filtro).

14.4. Inoltre, Cantel sostiene che, in ogni caso, anche il proprio prodotto soddisferebbe il requisito prestazionale, come sarebbe dimostrato da un test di laboratorio prodotto in giudizio.

14.5. Il Collegio ritiene che detta documentazione non possa sovvertire una verifica effettuata da un tecnico imparziale, rispetto alla quale le contestazioni metodologiche svolte devono ritenersi, come appena esposto, infondate. Trattandosi di un test prova eseguito solo a febbraio 2023, ma che avrebbe ben potuto essere svolto e prodotto nel corso del giudizio di primo grado, la produzione del documento è inammissibile.

Occorre inoltre considerare le osservazioni finali di Paoletti – rimaste in buona parte senza ulteriori confutazioni di Cantel - nel senso che: (i) il documento prodotto da Cantel (doc. 3) è un *report* di test effettuato su proprio prodotto da un produttore di filtri pneumatici (SMC); non riguarda un componente Cantel o l’armadio offerto in gara; (ii) non è un rapporto di prova di laboratorio certificato; (iii) è privo del riferimento a numero di serie del prodotto testato (i filtri HEPA lo hanno e vengono certificati uno ad uno); (iv) riguarda test effettuati in base a una norma (ISO 12500-3:2009) diversa da quella relativa ai filtri HEPA, quindi con modalità diverse e non comparabili con quelle utilizzate per certificare le caratteristiche HEPA (ossia quelle previste dalla EN 1822-1:2009); (v) non attesta in alcun modo una capacità di filtrazione di livello HEPA, in quanto omette di determinare quale sia la dimensione di particella maggiormente penetrante nel filtro testato, che non è detto sia quella da 0.3 um; (vi) non vi è alcuna evidenza

che il prodotto testato (filtro pneumatico SMC AME250C-F02B) sia il medesimo contenuto negli armadi Cantel, che nella documentazione di gara viene definito come Codice 15899 (codice ricambio Cantel da scheda tecnica armadio Endodry), né Cantel ha mai dichiarato in gara (né nel giudizio di primo grado e men che meno in sede di verifica) che il filtro sarebbe un filtro di produzione SMC, tantomeno quel filtro in particolare.

14.6. Quanto esposto conduce a ritenere infondato il motivo di appello.

15. Conseguentemente, il Collegio può esimersi dall'esaminare i motivi assorbiti in primo grado, che l'appellata Paoletti ha ritualmente riproposto ai sensi dell'articolo 101, comma 2, cod. proc. amm.

16. In conclusione, l'appello principale di Cantel va parzialmente accolto, e ne discende, in riforma parziale della sentenza appellata, l'accoglimento del ricorso in primo grado volto all'esclusione dell'offerta di Paoletti. Va invece respinto nelle restanti parti, volte a contestare (oltre alla *lex specialis*, ed alla stessa scrutinabilità della censura escludente) la disposta esclusione di Cantel, con conseguente conferma della sentenza appellata nelle parti relative.

17. Le spese del doppio grado di giudizio, considerata la complessità delle questioni affrontate, possono essere interamente compensate. Restano tuttavia a carico di Cantel le spese della verifica disposta in primo grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

- lo accoglie parzialmente e, per l'effetto, in riforma parziale della sentenza appellata, accoglie il ricorso in primo grado e conseguentemente dispone l'esclusione dalla gara dell'offerta di Paoletti;
- per il resto, lo respinge;

- compensa interamente tra le parti le spese e gli onorari del doppio grado di giudizio, mantenendo a carico di Cantel Medical (Italy) S.r.l. il costo della verifica disposta in primo grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

Paolo Carpentieri, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Pierfrancesco Ungari**

**IL PRESIDENTE**  
**Raffaele Greco**

IL SEGRETARIO