



DELIBERA N. 238

30 maggio 2023.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Ontario S.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento del servizio sanitario aeroportuale presso l'aeroporto di Trapani Birgi - Importo a base di gara: Euro 721.902,57 - S.A.: Airgest S.p.A.

UPREC - PREC 0507/2023/S/PREC

Riferimenti normativi

Art. 89 del D.lgs. n. 50/2016.

Parole chiave

Avvalimento, contratto di avvalimento, oggetto, cessione di ramo di azienda.

Massima

Appalto pubblico – Servizi – Scelta del contraente – Requisiti – Avvalimento – Impresa ausiliaria – Cessione di ramo di azienda – Requisiti acquisiti – Oggetto di avvalimento – Ammissibilità – Ragioni.

Appalto pubblico – Servizi - Scelta del contraente - Requisiti – Requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale – Avvalimento – Avvalimento operativo – Contratto di avvalimento – Oggetto – Indicazione dei mezzi aziendali e delle risorse specifiche messe a disposizione dell'ausiliata – Omissione – Conseguenze.

Il contratto di cessione di ramo di azienda, stipulato prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte dall'impresa ausiliaria di un concorrente, abilita la cessionaria (ausiliaria), previa verifica dei contenuti effettivamente traslativi del contratto di cessione, ad utilizzare i requisiti esperienziali maturati dalla cedente ed acquisiti grazie all'atto di cessione, e, conseguentemente, a "prestarli" ad altro operatore per supplire ad una propria carenza al fine di partecipare ad una gara.



In una procedura per l'affidamento del servizio sanitario aeroportuale, non è conforme all'art. 89 del Codice il contratto di avvalimento concluso tra le parti che ha ad oggetto la fornitura di generici servizi di consulenza, senza dettagliare le risorse e l'apparato organizzativo messe a disposizione dall'impresa ausiliaria e senza contenere l'impegno di quest'ultima a divenire garante dell'esecutore, trattandosi, peraltro, dell'affidamento di un servizio particolarmente delicato rispetto al quale la richiesta di una specifica e documentata esperienza in capo ai concorrenti era funzionale a garantire il possesso di risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 30 maggio 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 20726 del 14 marzo 2023, con la quale la Società Ontario S.r.l. ha chiesto all'Autorità di esprimere un parere al fine di accertare se il contratto di avvalimento stipulato tra l'Associazione New Città di Catania O.D.V. (aggiudicataria) e la Cooperativa Sociale Piana Soccorso è conforme all'art. 89 del Codice o se è affetto da nullità ai sensi dell'art. 1346 c.c., con conseguente illegittimità del provvedimento di aggiudicazione; in subordine, l'istante ha chiesto di valutare la legittimità dell'art. 7 del disciplinare, ove interpretato nel senso di imporre l'esecuzione diretta delle prestazioni da parte dell'ausiliaria solo nel caso di avvalimento di cui all'art. 6.3, lett. f) del disciplinare (ovvero avvalimento dei titoli di studio e professionali) e di escludere l'esecuzione diretta dell'ausiliaria con riferimento al requisito dell'esperienza maturata ai sensi dell'art. 6.3, lett. e) del disciplinare. È stato, altresì, chiesto se è conforme al Codice, nonché all'art. 7 del disciplinare, l'avvalimento dei requisiti tecnico-professionali ed economico-finanziari dell'ausiliaria tramite contratto di cessione di ramo di azienda;

RILEVATO che l'istante ha rappresentato che l'aggiudicataria New Città di Catania, in seno al DGUE, ha dichiarato di volersi avvalere dei requisiti di capacità economico-finanziaria (fatturato specifico) e tecnico-professionale (esecuzione di servizi analoghi negli ultimi tre anni) della Cooperativa Piana Soccorsi. Tuttavia, il contratto di avvalimento presenterebbe una serie di vizi che ne determinerebbero la nullità, in quanto: a) non contiene l'indicazione delle risorse e dei mezzi messi a disposizione dell'ausiliaria, ma solo il generico impegno a mettere a disposizione il "know-how e background"; b) riporta l'erronea indicazione di un appalto relativo alla gestione del presidio sanitario dell'Aeroporto di Napoli invece che quello di Trapani-Birgi; c) non prevede l'esecuzione diretta delle prestazioni da parte dell'ausiliaria, pur essendo riferito al requisito tecnico dell'esperienza professionale maturata. Sotto altro profilo, l'istante ha censurato la carenza dei requisiti (sia del fatturato specifico che dei servizi analoghi) da parte dell'ausiliaria, dal momento che questi sarebbero stati acquisiti mediante un contratto di cessione di ramo d'azienda (del 16/09/2020) stipulato con la Tauro Soccorsi, per cui i requisiti non sarebbero posseduti in concreto e direttamente dalla Cooperativa per l'intero triennio;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 22645 del 21 marzo 2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;



PREMESSO che l'art. 6 del disciplinare di gara stabilisce che i concorrenti devono essere in possesso, a pena di esclusione, dei seguenti requisiti:

- Art. 6.2, lett. d) " *fatturato specifico, nel settore di attività oggetto dell'appalto, riferito agli ultimi tre (3) esercizi finanziari disponibili (2019-2020-2021), non inferiore a € 700.000,00 (esente IVA ex art. 10 del D.P.R. n. 633/72 e s.m.i.). Tale requisito è richiesto in quanto il suo possesso è idoneo ad attestare un sufficiente grado di concreta esperienza nel mercato specifico del servizio di che trattasi dell'operatore economico, a sua volta indice, sia pure presuntivo di un sufficiente grado di esperienza*";
- Art. 6.3, lett. e) " *esecuzione negli ultimi tre anni dei seguenti servizi analoghi: Il concorrente deve avere eseguito, negli ultimi tre anni (2019-2020-2021), un elenco di servizi analoghi all'oggetto della presente gara (servizio sanitario aeroportuale), con indicazione dei rispetti importi, date e destinatari pubblici e privati (pubbliche amministrazioni, enti pubblici, enti privati). Tale requisito viene richiesto al fine di garantire che gli operatori economici possiedono le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità in considerazione delle peculiarità tecniche, estrema delicatezza e rilevanza pubblica di detto servizio*";
- Art. 6.3., lett. f) " *possesso (per il tramite del personale dedicato all'espletamento operativo dei servizi oggetto dell'appalto, ossia il personale adibito al primo soccorso ed il personale con la qualifica di medico) di tutte le certificazioni ed attestazioni di cui ai pertinenti allegati tecnici del Capitolato d'onere prestazionali*";

L'art. 7 del disciplinare, in relazione all'avvalimento dei requisiti, prevede che " *Il concorrente può soddisfare la richiesta dei requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale di cui ai punti 6.2 e 6.3. anche mediante avvalimento. (...) Per quanto riguarda i requisiti titoli di studio e/o professionali richiesti al punto 6.3 lett. f), il concorrente può avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i servizi per cui tali capacità sono richieste. L'ausiliaria deve: a) possedere i requisiti dell'art. 6 nonché i requisiti tecnici e le risorse oggetto dell'avvalimento e dichiararli nel proprio DGUE, da compilare nelle parti pertinenti; b) rilasciare la dichiarazione di avvalimento contenente l'obbligo dell'impresa ausiliaria verso il concorrente e verso la stazione appaltante, di mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui è carente il concorrente. Il concorrente deve allegare il contratto di avvalimento nel quale sono specificati i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi messi a disposizione e le correlate risorse strumentali e umane*";

VISTO l'art. 89 del D.lgs. n. 50/2016;

TENUTO CONTO che dalla documentazione in atti risulta che:

- nel DGUE, l'Associazione New Città di Catania ha dichiarato di fare affidamento sulle capacità della Cooperativa Piana Soccorso per i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale (non specificati);
- nel DGUE, la Cooperativa ausiliaria ha dichiarato il solo fatturato globale annuo, ma non quello specifico, ed ha elencato i servizi principali espletati nel triennio richiesto;
- nella dichiarazione ex art. 89, comma 1, del Codice, la Cooperativa ausiliaria ha affermato di impegnarsi " *ai sensi e per gli effetti dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016, a mettere a disposizione per tutta la durata della procedura di gara, dell'esecuzione dell'appalto (nel caso di aggiudicazione) e dell'eventuale periodo di proroga, senza riserva alcuna, in favore della New Città di Catania, operatore concorrente nella procedura in oggetto, i requisiti di capacità e le prestazioni per come meglio identificati e descritti in seno all'allegato contratto di avvalimento*";



- nel contratto di avvalimento viene precisato che esso ha ad oggetto i requisiti di cui all'art. 6.2 lett. d) e 6.3 lett. e) del disciplinare, che la Cooperativa Sociale Piana Soccorso mette a disposizione dell'ausiliata i requisiti che derivano dall'esecuzione delle prestazioni di gestione del presidio sanitario aeroportuale presso gli aeroporti di Lamezia Terme e Reggio Calabria per la Società Aeroportuale Calabrese S.p.A. (2021 € 566.280,00 – 2020 € 485.103,00 – 2019 € 201.165,00) e che si impegna a mettere a disposizione tutta la documentazione comprovante le prestazioni svolte (art. 2). Per quanto qui interessa, viene previsto che *"La Cooperativa sociale mette altresì a disposizione dell'impresa ausiliata il proprio know-how e il proprio background esperienziale maturati grazie all'esecuzione delle prestazioni indicate all'articolo precedente. La Cooperativa sociale, pertanto, si obbliga nei confronti dell'impresa ausiliata a fornire, a semplice richiesta della stessa, supporto tecnico-operativo nell'esecuzione delle prestazioni oggetto della gara, consistenti, in particolare, in servizi di consulenza resi dal proprio personale atti a: - consentire la risoluzione di problematiche eventualmente insorte nel corso dello svolgimento delle prestazioni oggetto della procedura di gara; - consentire il miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza delle prestazioni di esecuzione del contratto di appalto. Tali prestazioni saranno svolte, in particolare, dal personale della Cooperativa Sociale avente, in virtù della propria pregressa esperienza, specifica conoscenza del servizio di assistenza sanitaria a passeggeri presso gli scali aeroportuali. La Cooperativa si obbliga a mettere e a tenere a disposizione dell'associazione ausiliata i requisiti e le prestazioni indicate in modo pieno e incondizionato, e senza limitazioni di sorta, ai fini della partecipazione alla procedura di gara di cui in premessa e dell'esecuzione dell'appalto"* (art. 3 – Prestazioni di supporto tecnico-operativo);
- con contratto di cessione di ramo di azienda rep. n. 735, raccolta n. 380 del 16 settembre 2020, la Cooperativa ausiliaria Piana Soccorso ha acquisito dalla Tauro Soccorsi *"il ramo di azienda avente ad oggetto i servizi privati delle ambulanze con servizio di pronto soccorso e trasporto di infermi, esercitato in virtù di autorizzazione per noleggio con conducente rilasciata dal Suap del Comune di Gioia Tauro in data 22 novembre 2016 prot. n. 35520"* (art. 1 del contratto in atti). Per effetto di tale cessione, la Cooperativa Piana Soccorso è subentrata nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa, ed in particolare, come risulta dall'art. 2 del contratto, *"in data 15 settembre 2020 la "Società Aeroportuale Calabrese S.p.A.", giusta comunicazione prot. n. 36383/2020, ha autorizzato il subentro della parte cessionaria nel contratto prot. n. 093/RCA/2018 avente ad oggetto il "Servizio di Primo Soccorso Aeroportuale - Aeroporti di Lamezia Terme e Reggio Calabria", contratto già prorogato di dieci mesi decorrenti dal 16 settembre 2020 giusta comunicazione di data 11 settembre 2020"*;

CONSIDERATO, preliminarmente, che l'atto di cessione di azienda o di un suo ramo abilita la società cessionaria, previa verifica dei contenuti effettivamente traslativi del contratto di cessione, ad utilizzare i requisiti maturati dalla cedente (cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 ottobre 2020, n. 6101; Id., sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2306). Per consolidato orientamento della giurisprudenza e dell'Autorità, la cessione di azienda o di ramo di azienda realizza una successione a titolo particolare *"consistente nel passaggio all'avente causa dell'intero complesso dei rapporti attivi e passivi nei quali l'azienda stessa o il suo ramo si sostanzia (tanto da farsi riferimento in giurisprudenza al concetto di trasferimento di universitas, v. Cass., 12 giugno 2007, n. 13765; Cass., 13 giugno 2006, n. 13676; Cass., 19 luglio 2000, n. 9460). Il che rende la vicenda ben suscettibile di comportare pur essa la continuità tra precedente e nuova gestione imprenditoriale"* (Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 10; cfr. AVCP, Determinazione n.11/2002 del 5 giugno 2002; Delibera Anac n. 81 del 15 gennaio 2020). È, infatti, ormai pacifico che i requisiti maturati dalla cedente, che rientrano nell'oggetto dell'atto di cessione, sono riconducibili al patrimonio della società cessionaria prima della partecipazione alla gara, giacché essi devono considerarsi compresi nella cessione in quanto



strettamente connessi all'attività propria del ramo ceduto (Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2010, n. 6550; Id., sez. III, 17 marzo 2017, n. 1212; nello stesso senso anche sez. III, 12 dicembre 2018, n. 7022);

RILEVATO che, nel caso di specie, il contratto di cessione di ramo di azienda tra la Cooperativa (ausiliaria nella presente gara) e la Tauro Soccorso è stato stipulato prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte della gara *de qua* ed in ogni caso prima della sottoscrizione del contratto di avvalimento oggetto di controversia, dall'art. 2 dell'atto di cessione (sopra richiamato) risulta che esso comprende espressamente il subentro nel servizio sanitario aeroportuale presso l'Aeroporto di Reggio Calabria e Lamezia Terme (requisito speso ai fini dell'avvalimento) e che la Società istante non ha contestato il contenuto effettivamente traslativo dell'atto di cessione tra la Cooperativa Piana Soccorso e la Tauro Soccorso. Ne consegue che non si evincono i presupposti per dubitare della circostanza che la Cooperativa ausiliaria potesse utilizzare anche i requisiti esperienziali acquisiti grazie all'atto di cessione, relativi agli anni 2019 e 2020 (precedenti alla data di sottoscrizione della cessione) e, conseguentemente, "prestarli" ad altro operatore per supplire ad una propria carenza al fine di partecipare ad una gara;

RITENUTO che, nella vicenda in esame, l'attenzione vada focalizzata non sulla circostanza che l'ausiliaria non poteva mettere a disposizione dell'aggiudicataria New Città di Catania le esperienze maturate (nel 2019 e nel 2020) dalla società cedente (come sopra precisato), bensì sul contenuto e sull'oggetto del contratto di avvalimento, per valutare se esso riporta l'indicazione specifica delle risorse e dei mezzi necessari per l'esecuzione dell'appalto, di cui l'aggiudicataria è carente;

CONSIDERATO, sotto tale profilo, che l'art. 89, comma 1, del Codice sanziona con la nullità l'omessa specificazione, nel contratto, dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria. Pertanto, l'indicazione dei mezzi, del personale, del know-how, della prassi aziendale, ecc., risulta indispensabile per rendere determinato l'impegno dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante e della ditta ausiliata, a pena di nullità strutturale del contratto ex artt. 1418, secondo comma, e 1346 c.c. per indeterminatezza del suo oggetto (cfr. Cons. Stato, sez. III, 4 gennaio 2021, n. 68; Id., sez. V, 5 aprile 2019, n. 2243). L'Autorità ha precisato (cfr. ANAC, delibere n. 1138 del 22 dicembre 2020 e n. 419 del 2 maggio 2018) che tratto essenziale dell'avvalimento è la reale messa a disposizione delle risorse umane e dei beni strumentali occorrenti per la realizzazione dei servizi oggetto della gara, con conseguente obbligo di presentare alla stazione appaltante l'elencazione dettagliata dei fattori produttivi, in modo da consentirle di conoscere la consistenza del complesso tecnico - organizzativo offerto in prestito dall'ausiliaria e di valutarne l'idoneità rispetto all'esecuzione dell'appalto;

CONSIDERATO che il contenuto e le caratteristiche dell'avvalimento sono stati definiti dalla giurisprudenza che, in particolare, distingue tra le due forme di avvalimento "di garanzia" e di avvalimento "operativo". È stato stabilito che l'avvalimento c.d. di garanzia riguarda i requisiti di carattere economico-finanziario (fatturato globale o specifico), e ricorre nel caso in cui l'ausiliaria metta a disposizione la sua solidità economica e finanziaria, rassicurando la stazione appaltante sulle sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento, invece l'avvalimento c.d. operativo riguarda i requisiti di capacità tecnico-professionale e ricorre quando l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse tecnico-organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto, tra i quali, ad esempio, la dotazione di personale dell'ausiliaria (Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2022 n. 257; Id., sez. III, 4 gennaio 2021 n. 68; Id., sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1330). Con riferimento ai contenuti del contratto di avvalimento, è stato, inoltre, precisato che, nel caso di avvalimento "di garanzia", non è necessario che nel contratto siano specificamente indicati i beni o indici materiali della consistenza patrimoniale dell'ausiliaria, essendo sufficiente che essa si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità



finanziaria (Cons. Stato, n. 68/2021 cit.; Id., sez. V, 21 luglio 2021, n. 5485), tale da garantire un concreto supplemento di responsabilità (Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2019, n. 2243). L'Autorità ha avuto modo di evidenziare (Delibera n. 501 del 23 giugno 2021; si vedano *ex multis* Delibera n. 12 del 7 gennaio 2021 e n. 125 del 16 marzo 2022) che *"è in ogni caso indispensabile che dal contratto di avvalimento emerga, in modo determinato o determinabile e non quale semplice forma di stile, l'impegno dell'avvalsa a diventare un garante dell'impresa ausiliata sul versante economico-finanziario e a vincolarsi finanziariamente nei confronti della stazione appaltante (ANAC, delibera n. 1343 del 20 dicembre 2017)".* Nell'avvalimento "operativo" è, invece, imposto alle parti di indicare puntualmente nel contratto i mezzi aziendali e le risorse specifiche messe a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto. In proposito, è stato precisato che *"la messa a disposizione del requisito di esperienza non può essere unicamente cartolare, ma deve avere lo stigma dell'effettività. Essa comporta che il relativo contratto preveda i modi – che possono essere diversi, a seconda delle circostanze, dall'affitto d'azienda alla messa a disposizione della dirigenza tecnica, ovvero alla predisposizione di un programma di formazione del personale o altro elemento comunque valutabile dalla stazione appaltante – perché l'esperienza dell'impresa ausiliaria si possa considerare effettivamente trasferita all'impresa ausiliata"* (Cons. Stato, n. 68/2021 cit.). L'assetto negoziale deve consentire quantomeno l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione; 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, sez. IV, 11 maggio 2020, n. 2953; Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2022, n. 10604). La valutazione, in sede di gara, della determinatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento è infatti diretta a *"porre la stazione appaltante in condizione di comprendere quali siano gli impegni concretamente assunti dall'ausiliaria nei confronti della concorrente, e di verificare che la messa a disposizione in sede di gara non sia meramente cartolare corrispondendo, invece, ad una prestazione effettiva di attività e di mezzi da una impresa all'altra"* (Cons. Stato, sez. III, 9 marzo 2020, n. 1704). Si tratta, in altri termini, di evitare che l'istituto sia piegato a finalità elusive, ossia che le prestazioni contrattuali siano eseguite autonomamente da un soggetto (l'impresa ausiliata) che non è in possesso dei requisiti prescritti (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I bis, 21 febbraio 2022, n. 2012);

CONSIDERATO che è altrettanto consolidato il principio (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2021, n. 5464; Id., sez. III, 4 gennaio 2021, n. 68; Cons. Stato, Ad. plen. 14 novembre 2016, n. 23) secondo cui l'indagine in ordine agli elementi essenziali dell'avvalimento c.d. operativo deve essere svolta sulla base delle generali regole dell'ermeneutica contrattuale e in particolare secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole convenzionali (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. V, 4 ottobre 2021, n. 6619; Id., 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 dei mezzi forniti (Cons. Stato, III, 30 giugno 2021, n. 4935);

RITENUTO che, nell'applicare i principi esposti nel caso di specie, occorre rilevare che il contratto difetta sia di un impegno dell'ausiliaria a divenire garante dell'impresa ausiliata sul versante economico-



finanziario sia dell'elencazione dettagliata delle risorse messe a disposizione e/o dei criteri utilizzabili per la quantificazione delle risorse e dei mezzi forniti nell'ambito dell'avvalimento "operativo". In particolare, il contratto di avvalimento non riporta la manifestazione di volontà dell'ausiliaria di mettere a disposizione il requisito del fatturato specifico conseguito nel triennio 2019-2021, ma solo la generica autorizzazione all'Associazione ausiliata *"ad utilizzare il proprio requisito di capacità economica e tecnico-professionale al fine di consentire la partecipazione alla procedura di gara oggetto del presente contratto e l'esecuzione nel caso di aggiudicazione delle prestazioni ivi dedotte"*. Non viene, però, specificato quale sia l'entità del fatturato specifico "prestato" né nel contratto (che riporta solo l'elenco dei servizi analoghi di cui all'art. 6.3, lett. e) del disciplinare) né nel DGUE dell'ausiliaria e nella dichiarazione di impegno di quest'ultima. Dal tenore letterale del contratto (art. 3) emerge che la Cooperativa ausiliata ha assunto solo il generico impegno a mettere a disposizione il proprio know-how e il proprio background esperienziale maturato, specificando poi che gli obblighi assunti consistono nel fornire servizi di consulenza all'ausiliata, per risolvere eventuali problematiche sorte nel corso dell'esecuzione del contratto e per migliorare l'efficacia e l'efficienza delle prestazioni. Non vi è, tuttavia, nel contratto alcuna indicazione delle risorse di personale e dei mezzi strumentali messi concretamente a disposizione della New Città di Catania per l'esecuzione il servizio;

RITENUTO che l'esame delle argomentazioni riportate nella memoria della Società aggiudicataria non conduce a diverse conclusioni. Quest'ultima sostiene che la clausola contrattuale secondo cui *"Tali prestazioni saranno svolte, in particolare, dal personale della Cooperativa Sociale avente, in virtù della propria pregressa esperienza, specifica conoscenza del servizio di assistenza sanitaria a passeggeri presso gli scali aeroportuali"* definisca i parametri per l'individuazione del personale chiamato all'esecuzione del contratto, prevedendo un criterio di determinabilità delle risorse di personale, in ossequio ai principi sanciti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 23/2016 cit. Occorre, tuttavia, rilevare che, nel caso in esame, l'impegno assunto dalla Cooperativa ausiliaria si risolve in una mera clausola di stile, venendo genericamente menzionato il *"personale della Cooperativa Sociale avente (...) specifica conoscenza del servizio di assistenza sanitaria"* senza fornire dei criteri minimi in termini di specializzazione in grado di individuarlo *ex post* e senza indicare, neppure orientativamente, il numero di entità preposte *ad hoc* all'espletamento del servizio;

RILEVATO che i precedenti dell'Autorità e della giurisprudenza citati dalla controinteressata sono differenti rispetto al caso di specie. La Delibera Anac n. 500 del 25 ottobre 2022 riguarda un caso in cui il contratto di avvalimento (che conteneva l'impegno dell'ausiliaria a fornire collaborazione, attività di assistenza e consulenza del responsabile tecnico e l'esperienza maturata dal personale) rinviava ad un allegato nel quale erano specificate le risorse messe a disposizione (3 coordinatori del servizio, 4 personali di servizio, 1 pc e 1 telefono mobile). La sentenza del TAR Lombardia, Milano, sez. I, 20 marzo 2023, n. 705 riguarda un caso in cui l'oggetto del contratto era determinabile dal tenore complessivo del documento in quanto, per un verso, era specificato che l'organizzazione aziendale dell'impresa ausiliaria era *"specificatamente dedicata"* all'esecuzione del servizio, per altro verso, si faceva riferimento specifico al personale dell'ausiliaria specializzato nella gestione di determinati procedimenti e risultavano sufficientemente determinabili le prestazioni che l'impresa ausiliaria avrebbe eseguito insieme all'impresa concorrente, consistenti nella gestione delle procedure sanzionatorie con mezzi tecnicamente idonei e personale competente. Invece, la pronuncia del Consiglio di Stato del 20 marzo 2023, n. 2798 riguarda un appalto di fornitura (implicante una prestazione di dare) il cui oggetto era standardizzato, per cui la tipologia di attività richiesta alla ditta ausiliaria, non rientrando tra quelle da svolgersi in futuro, consentiva di ritenere sufficiente la previsione contrattuale secondo cui l'ausiliaria si impegnavo a mettere a disposizione la propria esperienza pregressa, avendo effettuato fornitura di



materiale analogo. La procedura in esame riguarda invece l'affidamento di un servizio particolarmente delicato, essendo relativo allo svolgimento del servizio sanitario in aeroporto, rispetto al quale la richiesta di una specifica e documentata esperienza in capo ai concorrenti – come precisato dalla stessa stazione appaltante nell'art. 6.3, lett. e) del disciplinare – è funzionale a *"garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità in considerazione delle peculiarità tecniche, estrema delicatezza e rilevanza pubblica di detto servizio"*. Ne discende che (anche per questa ragione) il generico impegno dell'ausiliaria di fornire servizi di consulenza all'ausiliata da parte del personale avente *"specifico conoscenza del servizio di assistenza sanitaria a passeggi presso gli scali aeroportuali"* non è sufficiente alla definizione degli obblighi che avrebbe dovuto assumere l'ausiliaria, in carenza di criteri più precisi per individuare tale personale, rendendo *ex post* coercibile tale obbligo da parte della stazione appaltante.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che, nel caso in esame, alla luce dell'interpretazione letterale e sistematica delle clausole contrattuali, non può ritenersi conforme all'art. 89 del Codice il contratto di avvalimento concluso tra le parti che ha ad oggetto la fornitura di generici servizi di consulenza, senza dettagliare le risorse e l'apparato organizzativo messe a disposizione dall'impresa ausiliaria e senza contenere l'impegno di quest'ultima a divenire garante dell'esecutore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6 giugno 2023

Il Segretario Laura Mascali

Originale firmato digitalmente