

## Contenuto del contratto di avalimento

*di Cesare Caturani*

*Data di pubblicazione: 9-1-2017*

1. Il contenuto del contratto di avalimento deve essere valutato in un'ottica di adeguatezza sostanziale, applicandosi i generali canoni civilistici secondo cui il contratto deve avere un oggetto determinato o almeno determinabile (1).

(1) Cons. Stato, Ad. Plen., 4 novembre 2016, n. 23

### Guida alla lettura

Nella decisione in esame merita di essere sottolineata, in particolare, l'impostazione sostanzialista che viene seguita dal T.A.R. nello scrutinio del contenuto del contratto di avalimento, in linea, del resto, con quanto di recente stabilito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 23/2016, secondo la quale detto contratto deve avere un oggetto determinato o almeno determinabile, senza che le specificazioni introdotte dal d.P.R. n. 207/2010 possano essere intese come una deroga in senso restrittivo ai generali canoni civilistici in materia.

Secondo questa pronuncia, pertanto, occorre verificare l'effettiva messa a disposizione del requisito oggetto dell'avalimento "*in un'ottica di adeguatezza sostanziale*", per cui, laddove la *lex specialis* abbia richiesto il possesso di un determinato fatturato, questo è sufficientemente provato con l'indicazione del medesimo, mentre non sono necessari anche la quantificazione ovvero il concreto trasferimento delle risorse e dei mezzi ad esso sottesi dall'ausiliaria all'ausiliata, dal momento che la finalità di garanzia dell'avalimento risulta, comunque, soddisfatta dal vincolo contrattuale assunto dalle parti.

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna****(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 558 del 2016, proposto da:

ENGINEERING INGEGNERIA INFORMATICA s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Elia Barbieri, Filippo Pacciani, Michele Ottani e Stefano Vinti, con domicilio eletto presso Michele Ottani in Bologna, via Saragozza 1;

INSIEL MERCATO s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Elia Barbieri, Michele Ottani, Filippo Pacciani, Stefano Vinti con domicilio eletto presso Michele Ottani in Bologna, via Saragozza 1;

***contro***

Agenzia Regionale per lo Sviluppo dei Mercati Telematici - Intercent Er, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Lolli, domiciliatario in Bologna, via G. Vaccaro 6;

Regione Emilia Romagna, non costituita in giudizio;

***nei confronti di***

MAK SYSTEM ITALIA s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicola Aicardi e Carlo Baseggio, il primo dei quali anche domiciliatario in Bologna, Galleria Cavour 6;

NOEMALIFE s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicola Aicardi e Carlo Baseggio, il primo dei quali anche domiciliatario in Bologna, Galleria Cavour 6;

Centro Regionale del Sangue, Centro Regionale del Sangue in Casalecchio di Reno, non costituiti in giudizio;

***per l'annullamento***

della determinazione n. 138 del 15 giugno 2016, a firma del direttore di Intercent-ER, con cui è stata disposta, in favore del RTI MAK SYSTEM ITALIA s.r.l. - NOEMALIFE s.p.a., l'aggiudicazione definitiva della gara per l'acquisizione di una piattaforma per la gestione del

sistema informativo dei servizi trasfusionali della Aziende della Regione Emilia Romagna di cui all'atto dirigenziale di indizione n. 271 del 15/12/2015;

della relativa nota di comunicazione, trasmessa a mezzo PEC, unitamente alla determinazione di aggiudicazione, in RTI MAK/NL (n. 1 del 1.04.2016; n. 5 del 5.05.2016 e n. 6 del 6.05.2016, doc. 4);

della relazione di verifica dell'anomalia del 8 giugno 2016 e del verbale redatto dal Responsabile del Procedimento (doc. 5) che dichiara congrua l'offerta del RTI MAK/NL, nonché di ogni altro atto relativo alla verifica, della presa d'atto ad opera del Presidente di gara dei risultati della verifica e dell'aggiudicazione provvisoria conseguentemente disposta nel verbale del 14 giugno 2016;

per quanto necessaria, e nei limiti specificati nel ricorso, della clausola del disciplinare relativa al possesso dei requisiti di fatturato (punto 3, pag. 6) in caso di RTI (v. in fondo a pag. 7 del Disciplinare):

di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale non conosciuto, ivi inclusi fin d'ora gli atti relativi alla prova, non noti, e l'eventuale dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione definitiva;

nonché

per la declaratoria di nullità, invalidità e inefficacia della convenzione eventualmente stipulata e per il conseguimento dell'aggiudicazione con subentro nella convenzione;

ovvero

per la condanna al risarcimento del danno per equivalente monetario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Intercent-ER, di MAK SYSTEM ITALIA s.r.l. e di NOEMALIFE s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 novembre 2016 la dott.ssa Rosalia Maria Rita Messina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. RTI ENGINEERING, composto dalle società ENGINEERING INGEGNERIA INFORMATICA s.p.a. e INSIEL MERCATO s.p.a., ha partecipato alla gara per l'acquisizione di una piattaforma di gestione del sistema informativo dei servizi trasfusionali nelle Aziende della Regione Emilia Romagna.

Il bando, pubblicato in GUCE e in GURI rispettivamente il 19 dicembre 2015 e il 28 dicembre 2015, indicava una procedura aperta per un importo massimo a base di gara di € 5.600.000,00 IVA esclusa. La convenzione avrebbe avuto durata biennale salvo rinnovo fino a un ulteriore anno.

Il criterio di aggiudicazione stabilito era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 163/2006).

Il raggruppamento controinteressato, la cui offerta è risultata la migliore, è stato sottoposto a verifica di anomalia e infine si è aggiudicato la gara in modo definitivo.

Le ricorrenti impugnano gli atti di gara sostenendo che il raggruppamento RTI MAK – NOEMALIFE, parte controinteressata nel presente giudizio, doveva essere escluso dalla gara.

In particolare, in ricorso si rappresenta e si deduce:

1) che la MAK SYSTEM ITALIA s.r.l., con riguardo al requisito del fatturato nel triennio, si è avvalsa del requisito posseduto dalla controllante società belga MAK SYSTEM s.a.; non avrebbe dichiarato però il possesso effettivo del requisito da parte della controllante come invece richiesto dall'art. 49/2, lettera c, del codice dei contratti e dalla stessa legge di gara, né vi sarebbe stata individuazione di risorse e mezzi correlati al fatturato; la mandataria dovrebbe svolgere attività pari all'82% del totale ma non possiederebbe dipendenti e infatti non ha posizioni INAIL e INPS aperte;

2) che la NOEMALIFE si è impegnata all'esecuzione del 17,68% delle prestazioni, ma i requisiti sono pari al 14,46% e quindi non vi sarebbe corrispondenza tra prestazioni e qualificazione;

3) che l'impiego delle risorse non sarebbe chiaramente individuato e mancherebbero tra i dipendenti del raggruppamento 28 risorse;

4) che non ci sarebbe nell'offerta del raggruppamento controinteressato il trasferimento della proprietà del sistema offerto (codice sorgente e relativa documentazione), dato che per altro di tale sistema le imprese raggruppate non sarebbero proprietarie;

5) che per i moduli software ePROGESA ed eTRACELINE non vi sarebbe la marcatura CE, ma soltanto una certificazione ISO 13485 della NOEMALIFE che non è produttrice, fornitrice e

manutentrica del software;

6) che l'offerta sarebbe anomala e non sufficientemente giustificata.

Dal canto loro, le imprese costituenti il raggruppamento controinteressato, costitutesi in resistenza, hanno osservato:

- che la MAK SYSTEM s.a. ha correttamente dichiarato il fatturato richiesto per aver fornito servizi informatici in analogo settore a un ente sanitario del Galles;

- che, oltre al possesso del fatturato predetto, null'altro richiedeva la legge di gara;

- che i curricula dei 28 esperti del gruppo di lavoro sono stati forniti, come pure sono state prodotte, in sede di giustificazioni dell'anomalia, le relative buste paga;

- che la legge di gara richiedeva, quanto ai requisiti tecnici, soltanto il possesso di un minimo del 10% e che la NOEMALIFE possiede ben oltre tale percentuale;

- che la legge di gara non richiedeva dotazioni minime di personale come requisito di qualificazione;

- che per il deposito del codice sorgente il raggruppamento si è impegnato secondo i termini della legge di gara, in cui si prevede tale adempimento dopo il collaudo; oltretutto la proprietà è della società belga controllante e pertanto MAK SYSTEM ITALIA ne ha la piena disponibilità;

- che in UE i sistemi software per le banche del sangue non sono considerati dispositivi medici e la marcatura CE non è obbligatoria; neppure era prevista come obbligatoria dalla legge di gara la certificazione ISO, comunque posseduta dalla NOEMALIFE;

- che, a prescindere dalla insindacabilità delle scelte della stazione appaltante in tema di verifica dell'anomalia, i calcoli effettuati dalla ricorrente sarebbero erronei.

Anche l'Agenzia Intercent-ER si è costituita in resistenza, osservando:

- che l'avvalimento, nel caso di MAK SYSTEM s.a., è un avvalimento di garanzia infragruppo e che esso è stato rappresentato in modo corretto, con specificazione (non richiesta) anche delle 10 risorse umane messe a disposizione;

- che le quote minime di partecipazione sono rispettate, posto che, dopo l'abrogazione del comma 13 dell'art. 37 del codice dei contratti pubblici da parte della l. n. 80/2014, in materia ha rilievo la sola legge di gara;

- che non è richiesta la previa assunzione dei lavoratori destinati all'esecuzione dell'appalto al momento della gara e che la legge di gara non prevedeva dotazioni minime;

- che non solo l'aggiudicatario si è impegnato al rispetto della legge di gara (e quindi a

trasferire i codici sorgente) ma, inoltre, l'offerta economica contiene una voce relativa all'acquisto delle licenze d'uso;

- che le certificazioni CE e ISO 13485 sarebbero equivalenti; per avvalorare la tesi che il software in questione costituisce dispositivo medico parte ricorrente richiama il sistema certificativo USA, cioè FDA, ma tale certificazione (FDA) è posseduta dall'aggiudicatario;

- che, per quanto attiene all'anomalia, il raggruppamento aggiudicatario ha messo a disposizione 48 figure professionali; il criterio di calcolo livellante che adotta parte ricorrente non sarebbe adeguato, trattandosi di qualifiche professionali variegate e quindi di differente costo; l'utile d'impresa sarebbe comunque assicurato; la valutazione dell'offerta sotto il profilo della congruità dovrebbe essere condotta globalmente, non in relazione a singoli eventuali scostamenti.

Le parti hanno insistito nelle rispettive tesi con memorie.

Alla camera di consiglio del 7 settembre 2016 parte ricorrente ha rinunciato all'istanza cautelare.

Alla pubblica udienza del 29 novembre 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Si esaminano adesso analiticamente i motivi di censura.

Con il primo motivo di ricorso le imprese facenti parte del raggruppamento denominato RTI ENGINEERING contestano la legittimità delle operazioni di gara con riguardo all'avvalimento, in particolare per quanto attiene all'autodichiarazione prescritta dal disciplinare (pagina 6). Non sarebbe mai stato attestato l'effettivo possesso del requisito "prestato" dalla controllante MAK SYSTEM s.a. a MAK SYSTEM ITALIA s.r.l., e ciò in pretesa violazione dell'art. 49/2, lett. c), del codice dei contratti pubblici e della legge di gara; le ricorrenti osservano che risorse e mezzi correlati al fatturato della MAK SYSTEM s.a. non soltanto non sarebbero individuati in modo specifico ma, in parte, farebbero capo a soggetti diversi.

Come già si è accennato nel precedente paragrafo, le deduzioni su esposte si basano essenzialmente su due circostanze, ovvero: che la MAK SYSTEM ITALIA, pur dichiarando di volere eseguire l'attività nella misura dell'82% del totale, risulta priva di dipendenti; e che nell'organico dell'ausiliaria non sono presenti tutte le risorse necessarie per l'esecuzione dell'appalto.

Va rilevato che il requisito di cui si controverte consiste, secondo la previsione del disciplinare, nell'aver stipulato o nell'aver in corso appalti per fornitura, avvio e manutenzione di sistemi informativi gestionali di servizi trasfusionali (da integrare con sistemi informatici ospedalieri e territoriali), con riguardo al triennio 2012 – 2014, per un fatturato ammontante almeno a € 1.000.000,00 (IVA esclusa), oppure ammontante almeno a € 350.000, 00 (IVA esclusa) per l'anno 2014.

Le dichiarazioni prescritte dal disciplinare di gara sono state presentate da MAK SYSTEM

ITALIA.

L'ausiliata ha dichiarato di avvalersi dell'impresa MAK SYSTEM s.a., indicando di aver svolto il servizio di «*implementazione di ePROGESA su un data base unico nazionale*» per Wales Blood Service (United Kingdom, Galles) nei tre anni richiesti, in relazione a ciascuno dei quali viene in un apposito prospetto specificato l'ammontare, che nel triennio considerato è pari a € 1.260.280,00.

L'ausiliaria a sua volta ha dichiarato di obbligarsi sia verso l'ausiliata, sia verso l'Agenzia e l'amministrazione contraente, a mettere a disposizione per la durata della convenzione le risorse "prestate" alla concorrente, precisando che l'obbligo assunto ha come contenuto dieci risorse a tempo pieno con competenze specifiche nel settore trasfusionale.

Non è dato quindi comprendere ? al di là della distinzione fra avvalimento operativo e avvalimento infragruppo di garanzia ? in cosa consista l'illegittimità lamentata da parte ricorrente, la quale nella memoria depositata in data 11 novembre 2016 insiste sulla genericità dell'impegno assunto dall'ausiliaria, sottolineando che il requisito di cui trattasi è un requisito tecnico dimostrativo di capacità e professionalità. A tal proposito, emerge dagli atti di causa che il gruppo MAK SYSTEM svolge l'attività oggetto della gara in tutto il mondo, anche presso altre strutture italiane, sicché, in un'ottica di adeguatezza sostanziale, non sembra possa dubitarsi del possesso del requisito richiesto, che, come si è già detto, consisteva soltanto nel possesso di un determinato fatturato (si veda, in proposito, la giurisprudenza richiamata da Intercent-ER nella memoria depositata il 18 novembre 2016).

Né è necessario che nell'organico dell'ausiliaria siano presenti, al momento della gara, tutte le risorse necessarie allo svolgimento del servizio, non essendo ciò richiesto da alcuna disposizione normativa o della legge di gara (si veda Cons. di Stato, III, n. 2952/2016, in cui a proposito delle risorse "prestate" – in quel caso si trattava di risorse finanziarie, ma il principio è applicabile a diversi casi – si precisa che la quantificazione e, ancor più, il concreto trasferimento di queste dall'ausiliante all'ausiliata non sono necessari al fine dell'integrazione del requisito, posto che la finalità di garanzia dell'avvalimento risulta soddisfatta dal vincolo contrattuale).

Non è inutile, ad avviso del Collegio, ricordare che di recente sulle problematiche dell'avvalimento, istituto che da sempre il legislatore ha circondato da particolari cautele, è intervenuta l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 23 del 4 novembre 2016), ricordando che «*l'istituto dell'avvalimento è stato introdotto nell'ordinamento nazionale in attuazione di puntuali prescrizioni dell'ordinamento UE e che esso risulta volto, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE, a conseguire l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile.* »

L'A.p. ha richiamato le finalità dell'istituto come delineate dalla giurisprudenza comunitaria: «*Si tratta, secondo la Corte, di un obiettivo perseguito dalle direttive a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici (in tal senso, sentenza del 23 dicembre 2009 in causa C-305/08, CoNISMa).*

*L'enucleazione dell'istituto mira inoltre a facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, cui tende altresì la direttiva 2004/18, come posto in rilievo dal considerando 32 (in tal senso la sentenza del 10 ottobre 2013 in causa C-94/12 –SWM Costruzioni).*

*Trattandosi di obiettivi generali dell'ordinamento eurounitario (e sulla base di generali canoni ermeneutici di matrice UE), grava sull'operatore nazionale l'obbligo di interpretare le categorie del diritto nazionale in senso conforme ad essi (c.d. criterio dell'interpretazione conforme) e di non introdurre in relazione ad essi vincoli e limiti ulteriori e diversi rispetto a quelli che operano in relazione alle analoghe figure del diritto interno (si tratta di un corollario applicativo dei generali principi di parità di trattamento e di non discriminazione che devono assistere le posizioni giuridiche e gli istituti di matrice eurounitaria). »*

Per quanto più da vicino riguarda la controversia in esame, la sentenza ha precisato che il contratto di avvalimento, esattamente come la generalità dei contratti, deve avere un oggetto determinato o almeno determinabile, sicché «*la previsione di cui all'articolo 88, comma 1, lettera f) del D.P.R. 207 del 2010 (secondo cui "per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del codice deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente (...) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico") non può essere intesa nel senso di avere introdotto una sostanziale deroga (in senso restrittivo) ai generali canoni civilistici in tema di requisiti dell'oggetto del contratto.*»

La sentenza di cui trattasi ha quindi chiarito:

*«- che, secondo quanto previsto dall'articolo 5, comma 1 del previgente 'Codice dei contratti', il regolamento approvato con D.P.R. 207 del 2010 appartiene al genus dei regolamenti di esecuzione e attuazione di cui all'articolo 17, comma 1, lettere a) e b) della legge 23 agosto 1988, n. 400: si tratta – come è ben noto ? di uno strumento normativo attraverso il quale non è possibile introdurre disposizioni sostanzialmente derogatorie della normativa primaria di riferimento;*

*- che le disposizioni primarie che disciplina(va)no l'istituto dell'avvalimento nella vigenza del decreto legislativo 163 del 2006 (si tratta, in particolare, degli articoli 49 e 50) non legittima(va)no in alcun modo l'introduzione in sede regolamentare di disposizioni volte a derogare all'ordinaria disciplina civilistica in tema di oggetto del contratto (e segnatamente, all'articolo 1346 cod. civ.). Al contrario, l'unica disposizione che rinvia(va) alla valenza attuativa e integrativa del regolamento era il comma 1 dell'articolo 50 il quale, oltre a riferirsi alla diversa materia dell'avvalimento nel caso di operatività di sistemi di attestazione o di qualificazione, non legittima(va) in alcun modo l'introduzione della richiamata disciplina derogatoria;*

*- che, più in generale, l'articolo 5, comma 5 del previgente 'Codice' (i.e.: la disposizione che, in generale, individuava gli ambiti in relazione ai quali il regolamento avrebbe potuto introdurre disposizioni di attuazione ed esecuzione) non contemplava a propria volta l'introduzione di disposizioni derogatorie in tema di oggetto del contratto di avvalimento (né può ritenersi che un'indicazione in tal senso fosse desumibile dalla lettera g) del comma 5, cit., il quale*



*demandava al regolamento il compito di emanare disposizioni attuative ed esecutive in tema di requisiti soggettivi e di qualificazione degli operatori economici). »*

Il motivo in esame va, in conclusione, respinto.

3. Con il secondo motivo di gravame le imprese di RTI ENGINEERING lamentano la violazione della legge di gara (punto III.2.3 del bando e art. 3, punto 3, del disciplinare), nonché la violazione degli artt. 37/4, 41 e 42 del codice dei contratti pubblici e del principio di necessaria qualificazione. Deducono anche illegittimità per eccesso di potere sotto il profilo del travisamento, del difetto di istruttoria, dell'irragionevolezza e della disparità di trattamento.

In sostanza – si rileva in ricorso – la mandante NOEMALIFE s.p.a. ha dimostrato il possesso del fatturato analogo nella misura del 14,46%, mentre la quota esecutiva assunta è del 17,68%. Ove la legge di gara fosse interpretabile nel senso di consentire la partecipazione in siffatta ipotesi, le ricorrenti la impugnano.

È sufficiente rilevare, in contrario, che il principio di corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione (comma tredicesimo dell'art. 37 del d. lgs. n. 163/2006) è stato espunto totalmente dall'ordinamento (si tralascia la ricostruzione delle vicende di tale disposizione perché irrilevanti nel caso in esame): si veda l'art. 12/8 d.l. 28 marzo 2014, n. 47 (c.d. decreto casa), convertito, con modificazioni, dalla l. 23 maggio 2014, n. 80.

Nemmeno il motivo in esame può quindi trovare adesione, neppure con riguardo alla subordinata impugnativa della legge di gara.

4. Con il terzo motivo di ricorso si contesta la violazione della legge di gara (art. 4.5 del capitolato speciale) e dell'art. 118 del codice dei contratti pubblici, nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento, omessa motivazione.

Dalla documentazione di gara parte ricorrente ritiene di poter evincere che 28 delle risorse totali offerte provengano da soggetti terzi rispetto alle imprese del raggruppamento aggiudicatario. Desume attraverso proprie ricostruzioni che la MAK SYSTEM ITALIA, la quale si è riservata una quota di attività pari all'82,32%, potrà far fronte agli impegni assunti soltanto violando il limite della quota subappaltabile ai sensi dell'art. 118 d. lgs. n. 163/2006 (richiamato dal bando); sostiene altresì l'indeterminatezza dell'offerta, non essendo chiara la provenienza delle 28 risorse e non conoscendosi il «*legittimo titolo contrattuale*» in cui l'impiego di esse troverebbe fondamento.

Il punto 12 del disciplinare di gara prevede l'ammissibilità del subappalto in conformità a quanto previsto dall'art. 118 più volte citato, nella modalità previste dall'Allegato 4 – schema di convenzione.

Il subappalto, secondo il comma terzo di detto punto 12, non comporta modificazione di obblighi e oneri dell'aggiudicatario, il quale rimane unico e solo responsabile nei confronti dell'Agenzia.

Le condizioni dell'art. 118 espressamente richiamate dal disciplinare (comma quarto del punto 12) sono le seguenti:

? indicazione dell'attività da subappaltare già al momento dell'offerta;

? deposito del contratto di subappalto presso l'Agenzia almeno venti giorni prima dell'inizio dell'esecuzione delle attività subappaltate;

? comunicazioni relative ai contratti stipulati (ai sensi del comma undicesimo del citato art. 118): nome del subcontraente, importo e oggetto del contratto, dichiarazione di aver inserito nel contratto apposita clausola sulla tracciabilità dei flussi.

Come si vede, alcune delle prescrizioni di cui all'art. 118 riguardano la fase esecutiva (deposito del contratto e comunicazioni relative al contratto stipulato).

Quanto alla prima delle su indicate prescrizioni (alla cui violazione sembra riferirsi parte ricorrente nella memoria depositata in data 11 novembre 2016, laddove si sottolinea che del subappalto non è stata fatta menzione e che ciò comporterebbe «*la più assoluta opacità sulla provenienza delle risorse necessarie all'esecuzione della commessa*»), non risulta dagli atti di causa e neppure dagli scritti difensivi che una simile dichiarazione vi sia stata. Negli ultimi scritti difensivi le imprese facenti parte del raggruppamento aggiudicatario condivisibilmente osservano che la censura si risolve in un mero processo alle intenzioni, in quanto le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto possono essere impiegate dalla mandataria anche mediante ricorso a strumenti diversi dal subappalto (personale proprio appositamente assunto, distacco, altri strumenti contrattuali).

In definitiva, la censura in esame va respinta.

5. Con il quarto motivo di ricorso si rappresenta l'impossibilità da parte del raggruppamento aggiudicatario di trasferire la proprietà dei codici sorgenti del sistema oggetto di fornitura alla stazione appaltante, in quanto le imprese che del raggruppamento fanno parte non sono proprietarie del sistema stesso. Si tratta di una condizione essenziale da realizzare dopo il collaudo, onde garantire all'amministrazione la gestione autonoma del sistema, indipendente dal fornitore.

Proprietaria del sistema, come pure in ricorso si osserva, è la controllante di MAK SYSTEM ITALIA, ovvero MAK SYSTEM s.a.; tuttavia, secondo le ricorrenti ciò non implica che la condizione essenziale possa essere adempiuta dalla controllata.

La censura non merita adesione, posto che l'obbligo che detta condizione essenziale comporta andrà adempiuto al momento del collaudo, sicché è sufficiente che vi sia l'impegno al trasferimento dei codici, senza che la mancanza di proprietà del sistema possa in alcun modo assurgere a causa di esclusione dalla gara. Del resto, il capitolato tecnico al punto 3.2 richiede non già la proprietà del sistema bensì che il fornitore abbia «*accesso diretto, completo e autonomo a tutti i codici sorgenti di ogni componente della soluzione offerta.*»

6. Con il quinto motivo di ricorso si contesta la mancata esclusione dalla gara del raggruppamento controinteressato per difetto di marcatura CE.

Trattandosi non già di materiali trasfusionali (che sono dispositivi medici), bensì di sistemi informatici, che non sono tali, la marcatura CE non era necessaria, ai sensi della legge di gara e della normativa nazionale e comunitaria.

La legge di gara (punto 5.8 del capitolato tecnico), la direttiva 2005/62/CE del 30 settembre 2005 e il d. lgs. n. 46/1997 (attuativa della direttiva 93/42/CE relativa ai dispositivi medici) non prevedono la marcatura CE per hardware, software e procedure di backup, bensì soltanto che essi siano sottoposti a controlli regolari di affidabilità, convalida prima dell'uso e manutenzione.

In particolare il capitolato prevede, in assenza della marcatura CE, che il sistema sia progettato e fabbricato in conformità all'allegato VII della direttiva 2007/47/CE relativa ai dispositivi medici per tutti i moduli per i quali il fornitore dichiara una destinazione d'uso che richieda tale certificazione (segue un'elencazione espressamente qualificata come esemplificativa di moduli di tal fatta).

Tuttavia, la disposizione in esame prosegue in questi termini: *«Ovvero, anche in assenza di marcatura, il sistema deve soddisfare i requisiti essenziali richiesti da tale direttiva ed essere progettato e fabbricato in conformità alle disposizioni applicabili dell'allegato VII della direttiva medesima»*; richiede di evidenziare, ove presente, la certificazione ISO 9001/ISO 13485 e indica ulteriori contenuti della direttiva su menzionata da tenere presenti (più in forma di raccomandazione e suggerimento di buona prassi da seguire che di stringente requisito da accertare).

Ciò che i concorrenti sono tenuti a fare (pagina 36 del capitolato, in fine) è di dar conto del livello di rispondenza del sistema offerto rispetto ai requisiti essenziali richiesti dalla normativa e, con nota a piè di pagina n. 12, si fa riferimento a tal proposito ad *«altre specifiche quali GAMP5»*.

Nell'offerta tecnica del raggruppamento aggiudicatario il punto 12 è appunto dedicato alla marcatura CE e alle certificazioni. In esso si legge che i moduli software ePROGESA ed eTRACELINE sono classificati come dispositivi medici autorizzati dall'agenzia governativa americana FDA (510k), che la marcatura CE necessaria è correlata alla certificazione ISO 13485, attualmente sottoposta a revisione con previsione del rilascio di una nuova versione nel corso del 2016; ivi si precisa anche che *«Quanto previsto dalla nuova normativa è già adottato nelle procedure di qualità del RTI e nelle metodologie e policy di sviluppo, poiché presente tra i requisiti FDA per la classificazione come dispositivo medico e dalla linee guida GAMP5. L'obiettivo del RTI è quello di ottenere la nuova versione della certificazione ISO 13485 e di procedere con i processi utili all'ottenimento della marcatura CE non appena la nuova edizione della norma ISO troverà applicazione. Si allegano alla presente offerta le certificazioni ISO 9001:2008 e 13485:2012 in possesso del RTI. »*

Non si ravvisano pertanto ragioni di esclusione dell'offerta del raggruppamento aggiudicatario

sotto il profilo considerato.

7. Con il sesto motivo di ricorso si deduce, in relazione alla verifica dell'anomalia dell'offerta del raggruppamento aggiudicatario, la violazione del punto 7.1 del disciplinare, nonché degli artt. 87 e 88 del codice dei contratti pubblici e 121 del regolamento; inoltre, si contestano svariati profili di illegittimità per eccesso di potere (difetto di presupposti, di istruttoria e di motivazione, irragionevolezza e illogicità).

I documenti prodotti in sede di verifica dal raggruppamento aggiudicatario sarebbero affetti da «*macroscopica diseconomia*» e da «*incongruenze*», con particolare riguardo al costo delle risorse, assumendosi che tale costo non sarebbe remunerativo di tutte le risorse indicate dal raggruppamento stesso.

I conteggi effettuati da parte ricorrente sono contestati da parte controinteressata, che rileva l'erroneità dei dati presi in considerazione da controparte, sia sotto il profilo dell'individuazione del costo come costo orario e non giornaliero, sia sotto il profilo del numero di ore complessive erogate mensilmente (venti giorni lavorativi, ciascuno di otto ore).

Le giustificazioni offerte dal raggruppamento MAK SYSTEM – NOEMALIFE in sede di verifica e, in particolare, il prospetto dedicato al costo del lavoro, non risultano macroscopicamente diseconomiche e incongruenti, come del resto, con valutazione discrezionale, Intercent-ER ha ritenuto (verbale 8 giugno 2016), osservando, con riguardo al costo del lavoro, che «*sono dettagliati i costi del personale (numero operatori impiegati distinti per qualifica/ruolo, costo medio orario del lavoro del personale dipendente, numero di ore previste mensilmente, costo medio aziendale mensile) sostenuti per le differenti figure professionali previste, in funzione delle attività che le stesse devono svolgere nell'ambito della fornitura. Dal confronto del costo medio del lavoro, riferito ai contratti collettivi applicati, si è verificata la congruenza con quanto dichiarato.*»

In base alle su esposte premesse, anche il motivo in esame non può essere accolto.

8. In conclusione, il ricorso in epigrafe dev'essere respinto in ogni sua parte e innanzitutto con riguardo alla domanda impugnatoria; in secondo luogo, non essendo stata stipulata la convenzione, come risulta dagli atti, non occorre provvedere sulla domanda avente per oggetto la nullità o inefficacia della stessa, domanda che comunque seguirebbe la sorte della domanda impugnatoria.

La domanda risarcitoria va respinta, non essendosi verificato alcun danno ingiusto nella sfera giuridica della parte ricorrente.

Le spese sono liquidate in dispositivo secondo il principio di soccombenza.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) respinge il ricorso in epigrafe.

Pone le spese processuali a carico delle società ricorrenti, liquidandole, in favore delle parti resistenti, in complessivi € 30.000,00 (trentamila/00), in ragione di € 10.000,00 (diecimila/00) per ciascuna di esse, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 29 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Rosalia Maria Rita Messina, Consigliere, Estensore

Maria Ada Russo, Consigliere