

Publicato il 15/01/2020

N. 00022/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00221/2018 REG.RIC.
N. 00228/2018 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 Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 221 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Servizi Ospedalieri s.p.a. in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento con Marifarma Fm S.r.l. e F.lli Appignani s.a.s., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Enza Maria Accarino, Gaetano Di Giacomo e Maria Sirolli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gaetano Di Giacomo in Salerno, piazza Flavio Gioia 3;

contro

Azienda Sanitaria Locale (A.S.L.) n. 3 di Pescara, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Tommaso Marchese, con domicilio digitale come da

PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Pescara, piazza Ettore Troilo n.8;

nei confronti

Servizi Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Sansone ed Eleonora E.L. Bonsignori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Paolo Sansone in Milano, via G.B. Bazzoni n.2;

sul ricorso numero di registro generale 228 del 2018, proposto da Steris s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Griselli, Marco Salina, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Fausto Troilo in Pescara, via Galilei 48;

contro

Azienda Sanitaria Locale (A.S.L.) n. 3 di Pescara, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Tommaso Marchese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Tommaso Marchese in Pescara, piazza Ettore Troilo n.8;

nei confronti

Servizi Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Sansone e Eleonora E.L. Bonsignori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Paolo Sansone in Milano, via G.B. Bazzoni n.2;

per l'annullamento

previa sospensione

quanto al ricorso n. 221 del 2018:

a. delle determinazioni assunte dal Seggio di gara nella seduta pubblica del 2.5.2017, per la mancata esclusione della ditta Servizi Italia s.p.a. rispetto ad un'omissione nella dichiarazione contenuta nella documentazione amministrativa per la partecipazione alla gara di cui alla busta A) e nelle dichiarazioni inerenti l'assenza di cause di esclusione di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016, nonché per altra analoga omissione in rapporto all'offerta tecnica di cui alla busta B; delle determinazioni assunte nella seduta straordinaria del 24.5.2017, per la mancata esclusione della stessa ditta, ammessa con riserva in virtù delle determinazioni espresse nella seduta del 2.5.2017;

b. per quanto di ragione:

dei verbali di gara redatti dalla Commissione giudicatrice, afferenti la procedura aperta finalizzata alla sottoscrizione di un accordo quadro per la centrale di sterilizzazione dell'A.s.l. di Pescara comprensivi del servizio di sterilizzazione, della fornitura, in noleggio e manutenzione dello strumentario chirurgico” ed esattamente i verbali n. 1 del 21.6.2017, n. 2 del 5.7.2017, n. 3 del 12.7.2017, n. 4 del 19.7.2017, n. 5 del 30.8.2017, n. 6 del 6.9.2017, n. 7 del 13.9.2017, n. 8 del 20.9.2017, n. 9 del 27.9.2017, n. 10 del 4.10.2017, n. 11 dell'11.10.2017, n. 12 del 18.10.2017, n. 13 del 12.1.2018, n. 14 del 19.1.2018, n. 15 del 24.1.2018, n. 16 del 26.1.2018, n. 17 del 16.2.2018, n. 18 del 21.2.2018, n. 19 del 23.2.2018, n. 20 del 14.3.2018, n. 21 del 21.3.2018, n. 22 del 27.3.2018, n. 23 del 24.4.2018, n. 24 del 9.5.2018;

c. delle determinazioni assunte dalla Commissione di gara in data 14.5.2018, non conosciute, nonché di tutte le determinazioni, ove lesive ed in parte qua, contenute nella seduta pubblica del 22.5.2018,

con cui si è proceduto all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche e si è dichiarata prima classificata la ditta Servizi Italia spa, oltre, ove d'interesse, delle valutazioni della Commissione giudicatrice sintetizzate in data 14.5.2018;

d. della deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda U.s.l. Pescara n. 589 del 4.6.2018 di aggiudicazione alla ditta Servizi Italia s.p.a. della procedura predetta, nonché di ogni altro atto, non conosciuto successivamente emesso e non conosciuto, comunque lesivo per la ricorrente, ivi compreso il parere del Direttore UOC ABS, allegato A della delibera direttoriale;

e. ove occorrente e necessario, della deliberazione n. 1143 del 29.12.2016, con l'allegato A del Direttore della UOC ABS e della determina dirigenziale n. 60/ABS del 20.1.2017 di indizione della procedura di gara, nonché del bando di gara pubblicato sulla G.U.R.I. n. 11 del 27.1.2017 e n. 27 del 6.3.2017, del disciplinare di gara, laddove interpretato nel senso di legittimare l'operato del seggio di gara e della commissione giudicatrice, nonché, sempre per quanto di ragione, del capitolato generale;

f. ove occorrente, delle determinazioni dirigenziali di nomina della Commissione giudicatrice rispettivamente nn. 452/17 e 529/17 e della delibera n. 912 del 14.10.2017, rese dalla suddetta stazione appaltante;

g. dell'eventuale contratto sottoscritto;

h. in *parte qua*, della graduatoria provvisoria e finale;

i. delle determinazioni di riscontro parziale all'istanza di accesso agli atti, laddove non risulta trasmessa molta parte della documentazione amministrativa di cui alla busta A), relativa alla posizione della ditta aggiudicataria e, quindi, della nota prot. n 0048281/2018 del

27.6.2018, con cui la stazione appaltante ha rigettato la richiesta di accesso finalizzata ad acquisire per intero gli atti inerenti la documentazione amministrativa nonché quella tecnica ed economica, per presunta carenza di motivazione.

j. di ogni altro atto connesso presupposto o consequenziale compresi atti interni non conosciuti, e, quindi, per la declaratoria del diritto/interesse della ricorrente all'aggiudicazione della gara ed al subentro nell'eventuale contratto, previa declaratoria di inefficacia dello stesso ove sottoscritto con la controinteressata;

e per la condanna dell'amministrazione a tutte le correlate obbligazioni ed anche al risarcimento del danno per equivalente nell'ipotesi di mancata stipula del contratto in favore dell'esponente.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Servizi Italia s.p.a.:

-del provvedimento, di cui al verbale della seduta di gara del 2 maggio 2017 di ammissione alla gara dell'A.t.i. formata da Servizi Ospedalieri mandataria e dalle mandanti Marifarma Fm srl e f.lli Appignani s.a.s. e di tutti gli atti e provvedimenti successivi (fra cui la delibera del Direttore generale del 4 giugno 2018), nella sola parte in cui che ne dispongono e ne approvano il suo inserimento in graduatoria, nella posizione di seconda, in luogo di disporre l'esclusione.

quanto ai motivi aggiunti di cui al ricorso principale:

- dei medesimi atti già impugnati con il ricorso principale.

Quanto al ricorso n. 228 del 2018:

per l'annullamento

- degli atti e degli esiti della procedura aperta bandita dall'A.s.l. di Pescara e finalizzata alla conclusione, ai sensi dell'art.54 del d.lvo

50/2016, di un Accordo Quadro con un operatore di servizi per la centrale di sterilizzazione, comprensivi di servizio di sterilizzazione e fornitura, in noleggio e manutenzione, dello strumentario chirurgico (CIG 69547476C7), ivi compresi in particolare: la determinazione n.60/ABS del 20.01.17 di rettifica della delibera a contrarre; il bando di gara, il disciplinare ed il Capitolato; la determinazione n.452/ABS del 25.05.17 recante la nomina della Commissione giudicatrice; il regolamento sui criteri per la nomina delle Commissioni giudicatrici, approvato con deliberazione D.G. n.950 del 7.11.16; i verbali delle sedute pubbliche e riservate; la D.G. n.589 del 4.06.18, pubblicata in data 6.06.18, recante l'aggiudicazione della gara a favore dell'operatore economico Servizi Italia s.p.a., oltre poi al contratto, ove già stipulato, del quale si domanda la declaratoria di inefficacia ex artt.121 e 122 c.p.a.;

- della nota in data 27.06.18, con cui l'ASL di Pescara ha respinto l'istanza di accesso agli atti di gara, adducendo che la stessa sarebbe carente di motivazione;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale quanto ai motivi aggiunti presentati da Steris s.p.a.:

-della delibera D.G. n.1132 del 25.10.18, avente ad oggetto “Servizio di sterilizzazione dello strumentario chirurgico effettuato presso l'ASL di Pescara. Determinazioni”, nonché di tutti gli atti relativi alla procedura negoziata ai sensi e per gli effetti dell'art.63 comma 2 lett.c) d.lvo 50/2016 per l'individuazione di un operatore economico in grado di espletare il servizio di sterilizzazione degli strumentari chirurgici del PO di Pescara in strutture esterne all'azienda, ivi compresi, ove esistenti, la delibera di indizione della procedura (allo

stato non conosciuta), il Disciplinare di gara, il Capitolato, e tutti gli ulteriori atti presupposti, connessi e/o consequenziali..

Visti i ricorsi, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale (A.S.L.) n. 3 di Pescara e di Servizi Italia s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2019 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori avv.ti Enza Maria Accarino, Gaetano Di Giacomo e Maria Sirolli per Servizi Ospedalieri s.p.a., l'avv. Tommaso Marchese per la ASL n. 3 resistente, l'avv. Sansone Paolo per Servizi Italia s.p.a. e l'avv. Marco Salina per Steris s.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Con delibera direttoriale n. 1143 del 29.12.2016 e successiva determinazione dirigenziale n. 60/ABS del 20.1.2017 dell'Azienda U.S.L. Pescara, è stata indetta la procedura di gara volta alla conclusione, ai sensi dell'art. 54 del D. Lgs. n. 50/2016, di un accordo quadro, di durata di sette anni, con operatore di servizi per la centrale di sterilizzazione dell'ASL di Pescara, comprensivi di servizio di sterilizzazione e fornitura, noleggio e manutenzione dello strumento chirurgico, con aggiudicazione, ai sensi dell'art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m. ovvero a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, valutata in base agli elementi stabiliti nel disciplinare di gara e precisamente prezzo e/o ribasso del servizio punti 20/100 – qualità del servizio punti 80/100.

Il bando è stato pubblicato sulla GUEE e sulla GURI n. 11 del 27 gennaio 2017 e rettificato con pubblicazione sulla GURI n. 27 del 6 marzo 2017. L'importo contrattuale presunto è stato determinato in 18.672.500,00 euro.

All'esito delle operazioni di gara Servizi Italia s.p.a. è risultata prima con punti 92,43, Servizi Ospedalieri seconda con punti 89,19 e infine Steris s.p.a. quarta con punti 71,60 (61,35/80 offerta tecnica e 10,25/20 per l'offerta economica) si che il Direttore Generale dell'ASL, con delibera n. 589 del 4 giugno 2018, ha disposto l'aggiudicazione in favore di Servizi Italia.

Con ricorso principale (Rg. 221/2018) notificato il 3 luglio 2018, Servizi Ospedalieri s.p.a. ha impugnato la suddetta aggiudicazione unitamente agli ulteriori atti del procedimenti di gara in epigrafe indicati, deducendo motivi così riassumibili:

I.)Violazione di legge d.lgs 50 / 2016 – violazione del disciplinare di gara punti 2.2, 2.3 e 2.4. Contenuto della busta A – Documenti per la partecipazione alla gara - Eccesso di potere sotto il profilo dell'illogicità manifesta - Sviamento di potere. Carenza dei presupposti e d'istruttoria. Motivazione assente o insufficiente. Violazione della par condicio: premesso che si applicherebbe a suo dire non il rito super speciale sub 120 c. 2 bis c.p.a., sarebbe illegittima l' ammissione di Servizi Italia al soccorso istruttorio per dichiarazione impropria contenuta nella busta A circa il valore complessivo e commistionato dell'attività di esecuzione del servizio di sterilizzazione (x il quale era stata ammessa con riserva) con produzione in sede di soccorso di documentazione integrativa; inoltre la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa anche per aver inserito i cataloghi contenenti strumenti chirurgici proposti

anzichè all'interno della busta B (offerta tecnica) nel plico contenente la campionatura, in violazione del punto 2.4.bis del disciplinare;

II) Violazione del d. lgs. n. 50/2016, con particolare riferimento all'art. 80, comma 5, lettera c) e lettera f – bis, nonché del D.P.R. n. 445/2000 e smi. Violazione Linee Guida ANAC n. 6/2016. Eccesso di potere per sviamento e difetto dei presupposti. Carenza d'istruttoria: Servizi Italia avrebbe dovuto essere esclusa per l'omessa dichiarazione di fatti integranti “grave errore professionale” da parte di soggetti tenuti (legale rappresentante) consistente nel rinvio a giudizio per fatti (corruzione) inerenti ad altra gara d'appalto, dunque sia ai sensi della lettera c) che f-bis) del D.lgs. 50/2016;

III) Violazione del D.Lgs. n. 50/2016 e smi, con particolare riferimento all'art. 97. Violazione della legge n. 241/90 e smi e del giusto procedimento. Eccesso di potere per sviamento e carenza dei presupposti. Motivazione inesistente ed istruttoria carente. Illogicità. Contraddittorietà. Perplessità: la stazione appaltante avrebbe omesso l'effettuazione della verifica di anomalia.

Si è costituita Servizi Italia s.p.a. eccependo anzitutto la tardività del ricorso in riferimento ai motivi riguardanti la mancata esclusione, in applicazione dell'art. 120 comma 2-bis c.p.a. *pro tempore* vigente, dal momento che nel verbale del 24 maggio 2017 si comunicava via pec la definitiva ammissione con scioglimento della riserva, mentre il ricorso è stato notificato soltanto il 3 luglio 2018; nel merito quanto al primo motivo ha osservato che il possesso del requisito è stato dimostrato, trattandosi dunque di censura del tutto formalistica, non avendo in realtà parte ricorrente contestato in punto sostanziale il mancato possesso del requisito. Rappresenta poi che il punto 2.4. del Disciplinare per la busta B richiede solo il progetto tecnico a pena di

esclusione e che i cataloghi non sono elemento essenziale dell'offerta; sul secondo motivo evidenzia che secondo le stesse Linee Guida Anac n. 6 *pro tempore* vigenti andavano dichiarate solo le condanne penali anche se non definitive e comunque solo i fatti annotati nel casellario Anac. Eccepisce l'inammissibilità del motivo per mancata impugnazione tanto della *lex specialis* (che richiama le Linee Guida) che delle stesse Linee Guida n. 6. Rappresenta l'inconfigurabilità di cause di esclusione di matrice esclusivamente pretoria alla luce del principio affermato dalla Corte di Giustizia U.E. (ord. 10 novembre 2016, causa C 140/2016). Quanto al terzo motivo, l'anomalia andava valutata ante riparametrazione delle offerte come puntualmente previsto dal bando, sul punto del tutto inoppugnato.

Servizi Italia ha altresì proposto ricorso incidentale volto a contestare la mancata esclusione dalla gara della ricorrente principale e dunque l'inammissibilità del gravame principale, deducendo quale unico motivo la violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), così riassumibile: Servizi Ospedalieri avrebbe dovuto essere irrimediabilmente esclusa per omessa dichiarazione di condotte poste in essere dal socio unico poiché antecedentemente alla presentazione dell'offerta detto socio è stata condannato dall'AGCM a pagare 48 milioni di euro a titolo di sanzione per intesa restrittiva della concorrenza in occasione di gara indetta da Consip, sanzione confermata da Consiglio di Stato con sentenza del febbraio 2017, dunque prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Si è costituita anche l'ASL sollevando eccezione di irricevibilità del ricorso principale dal momento che parte ricorrente avrebbe dovuto

impugnare con il rito “super speciale” il verbale 24 maggio 2017 trasmesso a mezzo pec il 25 maggio 17, controdeducendo nel merito su tutti i motivi del ricorso principale e rappresentando l'intervenuta ostensione di tutta la documentazione di gara chiesta con l'istanza di accesso.

Servizi Ospedalieri ha proposto motivi aggiunti al ricorso principale deducendo nuove doglianze avverso gli atti già impugnati in seguito alla visione dell'offerta della controinteressata avvenuta il 4 settembre 2018. Ha contestato la mancata esclusione di Servizi Italia per l'incompletezza, l'indeterminatezza e l'incertezza dell'offerta economica presentata. In particolare, l'offerta sarebbe priva dell'indicazione sia in cifre che in lettere del prezzo complessivo, tuttavia determinato a tavolino dalla stazione appaltante; in secondo luogo, l'indicazione degli oneri di sicurezza (art. 87 c. 4 d.lgs. 50/2016) in misura di 21.340.000,00 euro ovvero pari all'importo contrattuale annuo, quando la lex specialis imporrebbe l'esclusione per offerte incomplete o parziali anche con riferimento ai suddetti oneri.

Con memoria Servizi Ospedalieri ha eccepito la tardività del gravame incidentale, il quale andava a suo dire notificato nei 30 giorni decorrenti dalla conoscenza del provvedimento di ammissione e non dalla notifica del principale. Quanto al merito, l'art. 80 c. 3 D.lgs. 50/2016 non menziona il socio unico persona giuridica tra i soggetti obbligati né tantomeno il socio unico persona giuridica del socio unico persona giuridica. Rileverebbero dunque solo i fatti riferibili a Servizi Ospedalieri. Inoltre la sanzione irrogata dall' AGCM non rileverebbe ai sensi del comma 5 lettera c) D.lgs. 50/2016 e non

sarebbe comunque definitiva stante la pendenza del ricorso in Cassazione avverso la sentenza pronunciata dal Consiglio di Stato.

Con ampia memoria Servizi Italia ha eccepito la tardività dei motivi aggiunti dal momento che sin dal 4 luglio 2018 aveva la possibilità di prendere visione dell'offerta e lo ha fatto solo il 4 settembre 2018, non potendo dipendere la decorrenza del termine per proporre ricorso da situazioni soggettive. Nel merito tutti i vizi denunciati erano a suo dire correggibili dalla stazione appaltante, trattandosi di errori ostativi facilmente riconoscibili. Quanto al motivo dedotto nel ricorso principale della mancata dichiarazione del rinvio a giudizio, ha evidenziato come la conoscenza del rinvio sia stata successiva alla presentazione dell'offerta; i fatti inoltre oggetto del rinvio a giudizio sarebbero risalenti a 5 anni prima il bando e dunque irrilevanti ai sensi della direttiva UE del 2014, dovendosi il termine computare a suo dire dalla data del fatto. In subordine chiede sul punto il rinvio ex art. 267 TFUE alla Corte di Giustizia U.E. Si oppone anche alla richiesta prova testimoniale vertente sulla circostanza che l'Asl abbia consentito accesso all'offerta economica solo il 4 settembre 2018. Ha infine eccepito anche l'irricevibilità del motivo di ricorso principale della mancata dichiarazione in sede di gara del rinvio a giudizio, atteso che la stessa ricorrente principale ne afferma la conoscenza ad indiscrezione di stampa del 4 aprile 2017. Rappresenta la distinzione effettuata dalla più recente giurisprudenza tra omessa dichiarazione e dichiarazione falsa.

Alle camere di consiglio del 21 settembre e 26 ottobre 2018 la domanda incidentale cautelare di cui al ricorso principale, su accordo delle parti, è stata rinviata al merito.

Con memoria Servizi Italia ha insistito per la tardività del ricorso principale anche dopo la pronuncia della Corte di Giustizia UE (ord. 14 febbraio 2018 causa C-54/18) sulla compatibilità comunitaria dell'art. 120 comma 2 bis c.p.a.; nel merito ha ribadito le proprie argomentazioni difensive, precisando quanto alla mancata dichiarazione in sede di gara del rinvio a giudizio, che essa concreterebbe una mera omissione ed un mero difetto di istruttoria da parte della stazione appaltante, senza comportare l'esclusione automatica ma solo il rinnovo di tal segmento procedimentale.

Anche l'ASL ha insistito nelle proprie eccezioni e argomentazioni difensive.

Servizi Ospedalieri, di contro, ha eccepito l'inammissibilità perché tardivo del documento depositato dalla stazione appaltante diretto a comprovare la tardività dei motivi aggiunti, dal momento che l'accesso sarebbe stato reso possibile solo in settembre, sconfessando la PEC depositata dall'Amministrazione, chiedendo all'uopo l'ammissione di prova testimoniale. Sulla tempestività del ricorso principale invoca l'applicazione dei principi sanciti dalla Corte di Giustizia U.E. nel 2018 dal momento che il verbale di gara non conterrebbe i motivi dell'ammissione.

Con memoria depositata il 25 novembre 2019 Servizi Ospedalieri ha insistito in particolare sull'infondatezza del gravame incidentale poiché l'obbligo informativo a carico del socio unico sarebbe escluso dall'art. 2.3. pag 17 del disciplinare. Quanto al secondo motivo del ricorso principale si tratterebbe di fatto risalente al 2014 dunque sicuramente conosciuto all'epoca della partecipazione alla gara, venendo in rilevanza non già l'esclusione per "grave errore professionale" ai sensi della lettera c) del comma quinto ma per la

omessa dichiarazione di tale fatto ai sensi della lettera f) bis ; la decorrenza poi non sarebbe dal fatto ma dal provvedimento ovvero nel caso di specie dal rinvio a giudizio. Evidenzia come né il bando né il disciplinare abbiano limitato gli obblighi dichiarativi né effettuato richiamo alle Linee Guida Anac n. 6.

2.- Con ricorso Rg. 228/2018 Steris s.p.a., quarta classificata e gestore uscente, ha impugnato tutti gli atti della procedura aperta in esame, deducendo motivi tutti diretti alla caducazione totale o parziale della gara, così riassumibili:

I) Violazione dell'art.32 d.lvo 50/16 e dei contenuti della delibera a contrarre - Violazione del principio del *contrarius actus* - Violazione dell'art. 51 d.lvo 163/06, nonché difetto di istruttoria e di motivazione, in quanto non è stata fornita adeguata dimostrazione dell'esigenza di raggruppare in un unico lotto attività tra di loro profondamente distinte - Carezza di potere - Incompetenza - Violazione del principio di concorrenza - Violazione dei principi di ragionevolezza, buon andamento e proporzionalità dell'azione amministrativa: la stazione appaltante non avrebbe effettuato la suddivisione in lotti funzionali, senza fornire adeguata motivazione e in deroga a quanto previsto nella determina a contrattare che prevedeva la suddivisione in 2 lotti, venendo così posto in gara unico maxi lotto del valore complessivo di oltre 23 milioni di euro con prestazioni eterogenee vale a dire forniture di beni e servizi;

II) Violazione degli artt. 60, 72 e 73 d.lvo 50/16 -Violazione principio del *contrarius actus* e della necessaria corrispondenza delle forme di pubblicazione relative al bando ed alle sue successive modifiche - Violazione dei principi di ragionevolezza, buon andamento e proporzionalità dell'azione amministrativa - Violazione

dei principi di imparzialità e par condicio - Contraddittorietà: alcune modifiche apportate al bando in tema di partecipazione delle ATI sovrabbondanti, di pesi ponderali per i sotto criteri relativi ad un solo criterio qualitativo, delle stesse prestazioni oggetto dell'affidamento (in relazione alla manutenzione dei locali della centrale di sterilizzazione) non sarebbero state pubblicate;

III) Violazione dell'art.32 d.lvo 50/16 e dei contenuti della delibera a contrarre - Violazione dei principi di imparzialità e par condicio - Violazione dei principi di buona amministrazione ed economicità: a causa del mancato completamento dei lavori di adeguamento della centrale di Pescara la gara avrebbe dovuto essere revocata.

Quanto alla nomina e alla composizione della Commissione giudicatrice.

IV) Violazione degli artt.77 e 216 co.12 d.lvo 50/16 – Violazione dell'art.84 d.lvo 163/06 e dell'art.120 co.3 d.p.r. 207/10 - Difetto di istruttoria e di motivazione: l'Amministrazione avrebbe nominato due componenti esterni (entrambi dipendenti dell'ASL 02 di Chianciano) senza dar conto delle ragioni della deroga all'obbligo della nomina prioritaria di membri interni;

V) Ancora sulla composizione della Commissione giudicatrice: Violazione dell'art.77 d.lvo 50/16 - Violazione del principio di autonomia ed indipendenza dei commissari di gara: tra i due componenti esterni vi sarebbe rapporto di subordinazione gerarchica si da minare l'imparzialità della Commissione;

VI) Ulteriore violazione dell'art.77 d.lvo 50/16 e dei principi che regolano l'operato della Commissione giudicatrice, con particolare riferimento al principio di collegialità: per alcune sedute in cui si è proceduto all' esame dell'offerta tecnica, la Commissione avrebbe

operato senza la presenza di tutti componenti, dunque in illegittima deroga al principio del collegio perfetto.

VII) Quanto alla valutazione delle offerte tecniche Violazione dell'art.95 d.lvo 50/16 - Violazione delle modalità procedurali per lo svolgimento della valutazione delle offerte mediante il metodo del confronto a coppie - Violazione del principio di indipendenza dei Commissari di gara - Violazione della *lex specialis* di gara - Violazione delle Linee Guida ANAC sull'offerta economicamente più vantaggiosa (Linee Guida n. 2, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa" - Approvate dal Consiglio dell'Autorità con Delibera n. 1005, del 21 settembre 2016): posto che la Commissione secondo la *lex specialis* avrebbe dovuto effettuare la valutazione degli elementi tecnici mediante confronto a coppie, i giudizi espressi dai commissari sarebbero fra loro nella maggioranza dei casi identici, si da palesare una valutazione collegiale delle proposte tecniche, in contrasto con il criterio prescelto secondo quanto affermato dalla giurisprudenza anche dell'adito TAR (sent. n. 125 del 28 marzo 2018) su caso del tutto analogo reso sempre nei confronti della medesima ASL n. 3 di Pescara;

VIII) Tutti i vizi di cui al precedente motivo di ricorso, oltre difetto di istruttoria e di motivazione dei punteggi finali attribuiti all'esito della valutazione delle offerte tecniche: non sarebbero state allegare nei verbali di gara le tabelle triangolari, citando giurisprudenza secondo cui non sarebbe possibile l'allegazione postuma.

Si è costituita Servizi Italia sollevando articolate eccezioni in rito. In particolare il motivo sulla suddivisione in lotti sarebbe inammissibile poiché andava dedotto impugnando il bando, direttamente lesivo e

comunque per carenza di interesse essendo Steris una grossa azienda del Settore ed avendo presentato offerta singolarmente per il lotto unico. Quanto ai motivi inerenti la composizione della Commissione ha eccepito la mancata impugnazione della successiva delibera di nomina della Commissione. Nel merito ha evidenziato che l'art. 84 c. 8, D.lgs 163/2006 non si applicherebbe più, mentre l'art. 77 c. 3 del Codice del 2016 applicabile al caso di specie prevede ora la regola della preferenza per i componenti non appartenenti alla stazione appaltante. Sul lamentato rapporto gerarchico tra i due componenti esterni, sostiene che andrebbe valutata alla luce del caso di specie (5 componenti in tutto di cui 3 interni e 2 esterni che operano in diversa PA). Quanto al motivo sulla violazione della regola del collegio perfetto, nelle sedute incriminate la Commissione avrebbe in realtà effettuato solo attività istruttoria. Sul confronto a coppie critica il precedente dell'adito TAR Pescara del 2018, in quanto tra l'altro il voto identico non sarebbe di per sé sintomatico di un giudizio effettivamente individuale di ogni commissario; le tabelle triangolari sarebbero allegate nel file informatico.

Si è costituita l'ASL eccependo l'inammissibilità del ricorso per mancata prova di resistenza e la tardività sia delle censure sulla mancata suddivisione in lotti sia di quelle sulla composizione della Commissione a suo avviso direttamente lesive. Quanto alle doglianze in tema di confronto a coppie, la citata sentenza dell'adito TAR sarebbe stata appellata mentre sarebbe meramente formale la mancata allegazione al verbale delle tabelle triangolari.

Con atto di motivi aggiunti Steris ha impugnato distinta procedura negoziata indetta dall'ASL n. 3 (durata 18 mesi ed importo contrattuale presunto 2.227.500,00 euro) avente ad oggetto il

servizio di sterilizzazione ma in strutture esterne all'azienda, procedura avviata al fine di garantire il servizio oggetto della procedura aperta accordo quadro, deducendo articolati motivi di violazione di legge ed eccesso di potere sotto vario profilo, in sintesi dolendosi della mancanza della determina a contrarre, della non sussistenza dei presupposti di cui all' art. 63 D.lgs. 50/2016 per la procedura negoziata anche in considerazione della disposta proroga del termine di presentazione delle offerte, della irragionevolezza del prezzo a base di gara nonché della illogicità della scelta di avvalersi di centrale esterna.

Con memoria l'ASL ha eccepito l'inammissibilità dei motivi aggiunti sia per difetto di interesse, per non aver la ricorrente presentato domanda alla procedura negoziata sia per carenza del presupposto della connessione richiesto dall'art. 43 c.p.a.; nel merito ha rappresentato l' interesse pubblico ad assicurare la continuità del servizio di sterilizzazione; quanto al ricorso principale, sul motivo relativo al confronto a coppie, evidenzia che le tabelle triangolari sono state effettivamente allegate al verbale n. 24 del 9.5.18 e che il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza dell'adito Tribunale perché in quel diverso caso non erano state depositate le singole schede di giudizio dei singoli commissari.

Con memoria Steris ha replicato alle eccezioni in rito sollevate dalle controparti ed insistito per la fondatezza dei motivi dedotti con particolare riferimento ai vizi inerenti l'effettuato confronto a coppie. Il caso di specie sarebbe ancor più eclatante rispetto al precedente deciso dall'adito Tribunale, essendo qui la Commissione composta da 5 membri (anziché 3) e l'identità dei giudizi dei componenti

sarebbe ancora più frequente (su 16 sub criteri identità riguarda ben 12).

Servizi Italia ha sollevato ulteriori eccezioni di inammissibilità del ricorso introduttivo. Quanto ai motivi inerenti la illegittima composizione della Commissione perché parte ricorrente non dimostra l'interesse ad ottenere una nuova composizione ovvero come l'illegittima composizione abbia influito negativamente sulla valutazione della propria offerta tecnica, la quale ha ottenuto pochi punti (49 contro 64 della prima) a fronte di offerta economica superiore di 2 milioni di euro; in via subordinata ove il motivo sul confronto a coppie venisse accolto, ciò determinerebbe l'annullamento non dell'intera gara ma solo di questo segmento procedimentale viziato in virtù del principio giurisprudenziale di conservazione. Quanto ai motivi aggiunti, non sussistendo i presupposti di ammissibilità di cui all' art. 43 c.p.a., chiede la conversione in ricorso autonomo.

Ha replicato Steris all'eccezione di carenza di interesse dell'intero ricorso, evidenziando come l'interesse di cui si invoca la lesione abbia evidente carattere strumentale in quanto diretto alla caducazione e successiva ripetizione della gara. Ha insistito sulla fondatezza del VII motivo, dal momento che su 96 valutazioni totali (16 sub criteri moltiplicati x i 6 concorrenti in gara) la Commissione ha attribuito punti uguali in 62 casi e che le tabelle depositate in giudizio dall'ASL ex post non erano allegate ai verbali.

Servizi Italia, di contro, ha rilevato come la mancata materiale allegazione al verbale di gara delle tabelle triangolari di ciascun commissario costituirebbe vizio di mera irregolarità, rilevando soltanto l'esistenza delle tabelle come attestato negli stessi verbali

fidefacienti i quali attestano che i giudizi sono stati individuali. Non si può pretendere che l'autonomia delle valutazioni debba obbligatoriamente condurre a valutazioni difformi per ogni commissario e per tutti gli elementi di valutazione. Inoltre, nel citato precedente a comprova del giudizio collegiale e non individuale vi erano stati anche errori di calcolo compiuti dai commissari invece non ravvisabili nella fattispecie per cui è causa. Ha poi insistito nell'eccezione di inammissibilità per difetto di interesse dell'intero ricorso, non allegando parte ricorrente elementi attestanti un plausibile esito a sé favorevole della successiva fase valutativa delle offerte, tenuto anche conto della notevole distanza di punteggio con l'offerta presentata dalla prima.

Ha replicato Steris la non necessità, ai fini dell'ammissibilità del ricorso, della dimostrazione di concrete possibilità di ottenimento dell'aggiudicazione in ipotesi di riedizione della gara allorquando, come nel caso di specie, parte ricorrente miri esclusivamente all'annullamento dell'intera gara, trovando l'interesse strumentale piena tutela nell'ordinamento.

All'udienza pubblica del 31 maggio 2019 con ordinanze nn. 140 e 141/2019 è stata disposta la sospensione c.d. impropria di entrambi i connessi giudizi in attesa della risoluzione del quesito interpretativo rimesso con ordinanza 11 maggio 2018 n. 6, dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato alla Corte di Giustizia U.E. in ordine al rapporto intercorrente fra ricorso incidentale escludente e ricorso principale in materia di gare d'appalto.

In prossimità dell'udienza pubblica del 6 dicembre 2019 entrambi i giudizi sono stati ritualmente riassunti e le parti hanno precisato le proprie conclusioni.

In particolare, Servizi Italia ha insistito per la fondatezza delle eccezioni di inammissibilità del ricorso principale Rg. 228/2018, ribadendo quanto alla doglianza inerente il confronto a coppie la mancata proposizione della querela di falso. L'ASL ha di contro eccepito, quanto ai soli motivi aggiunti, l'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse poiché la procedura negoziata impugnata è stata sospesa, essendo stata indetta il 30 aprile 2019 ulteriore nuova procedura negoziata per l'adeguamento della centrale di Pescara, aggiudicata l'1 agosto 2019 a Servizi Ospedalieri, gravata dalla società Steris con autonomo ricorso Rg. 201/2019.

All'udienza pubblica del 6 dicembre 2019, uditi i difensori, entrambe le cause sono state trattenute in decisione.

DIRITTO

1.-E' materia del contendere la legittimità della gara volta alla conclusione, ai sensi dell'art. 54 del D. Lgs. n. 50/2016, di un accordo quadro, di durata di sette anni, con operatore di servizi per la centrale di sterilizzazione dell'ASL di Pescara, comprensivi di servizio di sterilizzazione e fornitura, noleggio e manutenzione dello strumento chirurgico, con aggiudicazione, ai sensi dell'art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m. ovvero a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La gara è stata aggiudicata a Servizi Italia s.p.a. con complessivi 92,43 punti mentre il RTI capeggiato da Servizi Ospedalieri è giunto secondo con 89,19 e Steris s.p.a. quarta con 71,60.

Con il ricorso Rg. 228/2018 Steris s.p.a. ha impugnato tutti gli atti della gara, lamentando articolate doglianze di tipo eterogeneo comunque esclusivamente dirette all'annullamento dell'intera gara o del solo giudizio di valutazione delle offerte tecniche, così dolendosi

della lesione del proprio interesse strumentale alla riedizione della gara.

Con il ricorso Rg. 221/2018 Servizi Ospedalieri s.p.a., quale capogruppo del costituendo RTI con Marifarma Fm s.r.l. e f.lli Appignani s.a.s., ha impugnato l'aggiudicazione unitamente agli ulteriori atti del procedimento di gara in epigrafe indicati, deducendo motivi idonei ove fondati a determinare l'annullamento dell'aggiudicazione, invocando lesione del proprio interesse legittimo al conseguimento del contratto.

La controinteressata Servizi Italia nell'ambito del ricorso Rg. 221/2018 ha altresì proposto ricorso incidentale diretto a contestare la mancata esclusione dalla gara di Servizi Ospedalieri s.p.a. e dunque l'inammissibilità per difetto di legittimazione e/o interesse del ricorso principale.

2.- In "*limine litis*" va disposta la riunione ai sensi dell'art. 70 c.p.a. dei due giudizi attesa l'evidente connessione, vertendo entrambi i ricorsi sull'impugnazione degli atti della medesima procedura di gara indetta dall'ASL n. 3 di Pescara.

3.- Ritiene il Collegio quanto all'ordine di trattazione dei due ricorsi di esaminare prioritariamente il ricorso proposto da Steris (Rg. 228/2018) in quanto, come visto, diretto ad introdurre censure idonee ove fondate a comportare la caducazione dell'intera gara, la quale non potrebbe all'evidenza più essere aggiudicata né alla controinteressata Servizi Italia né tantomeno a Servizi Ospedalieri quale seconda classificata e ricorrente principale nel ricorso rubricato al Rg. n. 221/2018.

Il giudice adito deve procedere, nell'ordine logico, preliminarmente all'esame di quelle domande o di quei motivi che evidenziano in

astratto una più radicale illegittimità del provvedimento (o dei provvedimenti) impugnato(i), per passare poi, soltanto in caso di rigetto di tali censure, all'esame degli altri motivi che, pur idonei a determinare l'annullamento dell'atto gravato, evidenzino profili meno radicali d'illegittimità (così Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 27 aprile 2015, n. 5).

4.- Con il ricorso Rg. 228/2018 Steris ha dedotto - come esaminato - vizi idonei ove fondati a determinare l'annullamento della gara o di un suo segmento, segnatamente la mancata suddivisione in lotti funzionali, la mancata pubblicazione delle modifiche apportate al bando, la illegittima composizione della Commissione, il mancato giudizio individuale tipico del previsto confronto a coppie per la valutazione degli elementi di natura qualitativa.

Lamenta dunque la ricorrente la lesione non già dell'interesse finale al conseguimento dell'appalto affidato al controinteressato quanto un interesse esclusivamente strumentale alla caducazione dell'intera gara (o di suoi segmenti) e alla sua riedizione.

5. - Devono essere prioritariamente esaminate le eccezioni in rito di inammissibilità del ricorso sollevate dalla controinteressata e dalla stazione appaltante.

5.1. - In primo luogo occorre stabilire se ai fini dell'ammissibilità dell'impugnativa, nel processo amministrativo sia sufficiente l'interesse strumentale del partecipante ad una gara pubblica di appalto ad ottenere la riedizione dell'intera gara o di un suo solo segmento, come argomentato da parte ricorrente, o se invece debbano sussistere in concreto, ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta, come diffusamente argomentato dalla difesa di Servizi Italia.

5.2. - Va detto che sul punto sussiste un contrasto giurisprudenziale, dal momento che secondo una prima tesi l'interesse strumentale sarebbe di per sé sufficiente senza necessità di alcuna prova di resistenza (*ex multis* Consiglio di Stato sez. III, 2 marzo 2018, n. 1312; id. sez. III, 16 aprile 2018, n. 2258; id., sez. VI, 1 aprile 2016, n. 1288);

Seconda altra tesi, invece, ai fini dell'ammissibilità l'interesse strumentale non sarebbe di per sé sufficiente dovendo altresì sussistere, in concreto, ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta, dovendosi in ogni caso evitare la soddisfazione di aspettative meramente ipotetiche o del tutto eventuali. Più in particolare, nel caso di impugnazione degli atti di una gara pubblica, il ricorrente deve dimostrare di avere un interesse effettivo e concreto provando in particolare che, in caso di legittima celebrazione della gara, egli sarebbe riuscito (o quanto meno avrebbe avuto una ragionevole probabilità in tal senso) a collocarsi al primo posto nella graduatoria finale: l'eventuale violazione della procedura censurabile in giudizio deve quindi concretarsi in una lesione effettiva della posizione del ricorrente stesso, per cui, in mancanza di un indice di lesività concreto e specifico, non potrebbe ammettersi un annullamento della procedura al mero fine strumentale di una rinnovazione della gara (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 2 marzo 2018, n.2399; cfr. T.A.R. Veneto sez. I, 15 febbraio 2019, n. 207; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 12 gennaio 2017, n. 494; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 23 aprile 2015, n. 1011; Consiglio di Stato, sez. III, 5 febbraio 2014 n. 571; id. sez. III, 1 settembre 2014 n. 4449; Consiglio di Stato, sez. III, 22 giugno 2018, n. 3861; T.A.R., Piemonte, sez. I, 25 gennaio 2018).

5.3. - Ritiene il Collegio preferibile tale seconda tesi in considerazione anche della particolarità del caso di specie, caratterizzato da evidente distacco di punteggio tra la ricorrente, quarta classificata con punti 71,60, e la controinteressata, prima con punti 92,43, distacco che in assenza di allegazione di elementi da parte della ricorrente rende inverosimile anche solo la probabilità di un diverso esito della gara di segno favorevole per la ricorrente in ipotesi di riedizione (in questo senso vedi T.A.R. Veneto sez. I, 15 febbraio 2019, n. 207). La ricorrente è risultata infatti tra le quattro imprese ammesse quella ad aver presentato la peggior offerta tecnica e offerta economica per oltre 2 milioni di euro più onerosa dell'aggiudicazione.

Ciò vale per tutti i motivi di gravame, sia dunque per quelli diretti a contestare la legittimità della composizione della commissione che del solo segmento della valutazione delle offerte tecniche mediante confronto a coppie, non dando dimostrazione nemmeno in questo caso la società Steris che a fronte di un diverso giudizio valutativo individuale e non collegiale avrebbe potuto ottenere l'aggiudicazione, limitandosi a dolersi di vizi di carattere procedimentale, senza invece ad esempio evidenziare profili di pregio della sua offerta ingiustamente obnubilati dalla Commissione tali da far presumere un diverso esito (ancora T.A.R. Veneto sez. I, 15 febbraio 2019, n. 207). Del resto la stessa giurisprudenza che non richiede ai fini della protezione dell'interesse strumentale alcun ulteriore elemento, precisa che una prova di resistenza sugli esiti alternativi della gara risulterebbe esigibile nell'ipotesi in cui l'accoglimento dell'impugnativa prefigurasse un annullamento parziale della gara e una rinnovazione della stessa mediante rivalutazione delle offerte già

formulate. A fronte di un siffatto svolgimento del giudizio, sarebbe certamente onere della parte ricorrente dimostrare il proprio interesse all'azione, allegando elementi attestanti un plausibile esito a sé favorevole della successiva fase valutativa delle offerte (Consiglio di Stato sez. III, 16 aprile 2018, n. 2258).

5.4. - Giova infine evidenziare da ultimo come la stessa Consulta, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale del c.d. rito super accelerato di cui all'oggi abrogato art. 120 comma 2 bis d.lgs. 104/2010, pare delimitare nella giurisdizione amministrativa la tutela dell'interesse strumentale alle ipotesi in cui "sussista un solido collegamento con l'interesse finale e non si tratti di un espediente per garantire la legalità in sé dell'azione amministrativa, anche al costo di alterare l'equilibrio del rapporto tra le parti proprio dei processi a carattere dispositivo" (Corte Costituzionale sent. 13 dicembre 2019, n. 271) ponendo gli artt. 24, 103 e 113 Cost.- in linea con le acquisizioni della giurisprudenza del Consiglio di Stato - al centro della giurisdizione amministrativa l'interesse sostanziale al bene della vita.

5.5. - Alla luce delle suesposte considerazioni, non sussistendo un interesse concreto ed attuale della ricorrente all'accoglimento del gravame, il ricorso Rg. n. 228/2018 va dichiarato inammissibile.

6. - Per mera completezza il ricorso è manifestamente inammissibile, in necessaria sintesi, anche sotto ulteriori concorrenti profili.

6.1. - Quanto al primo motivo - anche a voler prescindere dal pur eccepito profilo di tardività trattandosi di clausola del bando direttamente lesiva (*ex multis* T.A.R. Lazio Roma sez. III, 16 marzo 2018, n. 3002) - è infatti evidente la carenza di interesse in capo alla ricorrente, che non riveste natura di PMI e che anzi è una grande

impresa parte di un gruppo multinazionale che ha potuto singolarmente partecipare alla gara in questione. Secondo indirizzo giurisprudenziale che il Collegio appieno condivide, ai fini della valutazione dell'interesse al ricorso con cui un'impresa denunci la violazione dell'art. 51 Codice dei contratti (nella specie, di nuovo per l'individuazione di macro lotti di valore asseritamente troppo elevato), l'eventuale lesività di siffatta disciplina di gara è ravvisabile solo in capo alle imprese appartenenti alle anzidetta categoria normativa delle imprese *lato sensu* di minori dimensioni (PMI), cioè considerando le tre menzionate sotto-categorie di cui all'art. 3, lett. aa) D.Lvo. n. 50/2016 in maniera tendenzialmente unitaria (*ex multis* Consiglio di Stato sez. III, 22 novembre 2018, n. 6611; id. sez. V, 22 novembre 2019, n. 7978; T.A.R. Toscana sez. I, 11 febbraio 2019, n.224).

6.2. - Parimenti inammissibili per genericità e difetto di interesse sono le doglianze di cui al primo motivo, non avendo le modifiche al bando apportate dalla stazione appaltante minato la possibilità della ricorrente di partecipare utilmente alla gara, non indicandosi infatti alcun profilo di concreta lesività.

6.3. - Infine quanto al VII motivo non può non rilevarsi il concorrente profilo di inammissibilità per mancata proposizione della querela di falso avverso i verbali di gara, i quali hanno comunque attestato l'effettuazione del confronto a coppie mediante giudizio individuale da parte di ciascun commissario e non collegiale, senza che parte ricorrente abbia indicato elementi idonei ad evidenziare il maggior pregio della propria offerta tecnica rispetto a quello della controinteressata e degli altri due concorrenti che la precedono in graduatoria.

Il verbale di gara ha infatti - come ampiamente noto - natura di atto pubblico in ordine ai fatti in esso riportati, secondo la disciplina dell'art. 2699 c.c. e del seguente art. 2700 c.c., i quali dispongono che l'atto pubblico, in quanto documento formato da pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede, fa fede fino a querela di falso (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. V, 24 ottobre 2019, n. 7270).

6.4. - Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite in considerazione della complessità delle questioni trattate.

7. - Deve invece esser dichiarata improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse l'impugnativa di cui ai motivi aggiunti, risultando la procedura negoziata gravata da prima sospesa poi definitivamente ritirata e sostituita da altra procedura, con compensazione anche in questo caso delle spese.

8. - Venendo all'esame del giudizio promosso da Servizi Ospedalieri (Rg. 221/2018) ritiene il Collegio di esaminare prioritariamente il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata in quanto avente carattere escludente o paralizzante (*ex multis* Consiglio di Stato Ad. Plen., 18 maggio 2018 , n. 8) seppur per effetto della recente sentenza della Corte di Giustizia UE, sez. X, 5 settembre 2019, n. 333 tale regola deve ritenersi in parte attenuata.

8.1. - Può prescindersi dall'eccepita questione di tardività del gravame incidentale sollevata da Servizi Ospedalieri essendo l'impugnativa infondata nel merito.

8.2. - Con unico motivo lamenta Servizi Italia s.p.a. la mancata esclusione della ricorrente principale per omessa dichiarazione in violazione dell'art. 80 c. 5, lett c) d.lgs. 50/2016 di condotte *antitrust* ascrivibili a "grave errore professionale" poste in essere dal socio

unico (Manutencoop Facility Management s.p.a.) e dal socio unico del socio unico (Manutencoop società cooperativa) antecedentemente alla presentazione dell'offerta.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) ha accertato che Manutencoop Facility Management spa (con la Società Cooperativa Consorzio Nazionale Servizi (CNS), la società Roma Multiservizi S.p.A. e la società Kuadra S.p.A), in occasione di una gara d'appalto indetta dalla CONSIP s.p.a. per l'affidamento, mediante stipula di convenzioni, dei servizi di pulizia e di altri servizi, avevano posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 TFUE, consistente in una pratica concordata avente la finalità di condizionare gli esiti della gara attraverso l'eliminazione del reciproco confronto concorrenziale e la spartizione dei lotti da aggiudicarsi nel limite massimo fissato dalla *lex specialis*, irrogando alle predette imprese le sanzioni amministrative pecuniarie, che per Manutencoop è stata in origine superiore a 48 milioni di euro; la condotta collusiva è stata confermata dal Consiglio di Stato, sez. VI, con sentenza n. 928/2017, pubblicata il 28 febbraio 2017, quindi antecedentemente la presentazione dell'offerta nella gara per cui è causa.

8.3. - Sotto un profilo strettamente oggettivo le condotte *antitrust* possono essere positivamente apprezzate in virtù delle indicazioni vincolanti provenienti dal giudice comunitario (Corte di giustizia U.E., ordinanza 4 giugno 2019 (causa C-425/18)) che ha affermato "che la nozione di "errore nell'esercizio della propria attività professionale" comprende qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore economico", sulla sua integrità o sulla sua affidabilità, per cui essa "non può limitarsi ai

solli inadempimenti e condotte negligenti commessi nell'esecuzione di un contratto pubblico" (punti 29 e 30).

La Corte ha tuttavia delimitato l'ampiezza della nozione dell'"errore grave" stabilendo che esso:

- a) "si riferisce normalmente a un comportamento dell'operatore economico...che denoti un'intenzione dolosa o un atteggiamento colposo di una certa gravità" (punto 31);
- b) può essere accertato con qualsiasi mezzo di prova e non richiede una sentenza passata in giudicato (punto 32);
- c) deve essere accertato, in conformità al principio di proporzionalità, all'esito di "una valutazione specifica e concreta del comportamento dell'operatore economico" e "non può comportare l'esclusione automatica" dello stesso (punto 34).

Tale arresto consente di superare l'orientamento invalso presso la giurisprudenza amministrativa secondo cui nel concetto di grave errore professionale, pur ampio e indeterminato (*ex multis* T.A.R. Lazio Roma sez. I, 31 gennaio 2018, n. 1119) potevano farsi rientrare le sole condotte commesse nella fase di esecuzione di contratti pubblici e non a quelle poste in essere in sede di partecipazione alla gara (seppur in riferimento alla lett. f) dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 vedi Consiglio di Stato sez. V, 28 agosto 2019, n. 5926; id. sez, V, 30 ottobre 2017, n. 4973, id.15 giugno 2017, n. 2934; id., V, 4 agosto 2016, n. 3542; id. 25 febbraio 2016, n. 771; id. 21 luglio 2015, n. 359).

8.4. - Ciò premesso, diversamente da quanto argomentato dalla ricorrente incidentale, appare secondo il Collegio decisivo come l'art. 80 comma 3 d.lgs. 50/2016 non menzioni il socio unico persona

giuridica tra i soggetti obbligati né tantomeno il socio unico persona giuridica del socio unico persona giuridica.

Diversamente opinando ovvero effettuando una applicazione analogica verrebbe violato il principio di tassatività delle cause di esclusione, oggi affermato dall'art. 83 comma 8 del vigente Codice contratti pubblici e comunque di valenza comunitaria (C.G.U.E. Grande sez. 16 dicembre 2008, causa C-213/07) principio che ricomprende naturalmente oltre la predeterminazione dei requisiti morali l'individuazione dei soggetti tenuti ad effettuare le dichiarazioni (*ex multis* T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II, 26 febbraio 2018 , n. 218) dunque per le correlate ragioni di certezza vantate dagli operatori economici in ordine ai presupposti che consentono loro di concorrere all'affidamento di commesse pubbliche.

Nel caso di specie - sempre poi che il provvedimento sanzionatorio dell'AGCM possa ricondursi nelle ipotesi di illecito professionale di cui all'art. 80 comma 5 - erano dunque soltanto gli esponenti di Servizi Ospedalieri, quale operatore economico proponente l'offerta in RTI, che avrebbero dovuto rendersi colpevoli di gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia l'integrità ed affidabilità, per poter giustificare una esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80 c. 5. lett. c.

8.5. - Ad ogni modo, anche a voler seguire la tesi estensiva propugnata dalla ricorrente incidentale ed invero avallata da parte della giurisprudenza (Consiglio di Stato sez. V, 30 giugno 2017, n.3178), ritiene il Collegio decisiva la circostanza evidenziata dalla ricorrente principale secondo cui l'obbligo informativo relativo alle vicende del socio unico ed a quelle del socio del socio unico è espressamente escluso dall'art. 2.3 pag 17 del disciplinare il quale

richiede all'operatore di indicare esclusivamente la ragione sociale e gli elementi identificativi del socio unico persona giuridica, che l'RTI capeggiato da Servizi Ospedalieri ha fornito.

8.6. - Per i suesposti motivi il ricorso incidentale è infondato e va respinto.

9. - Deve dunque essere esaminato anche il gravame principale, mantenendo la società Servizi Ospedalieri completamente intatta la legittimazione e l'interesse quale impresa seconda classificata a censurare l'aggiudicazione disposta nei confronti di Servizi Italia.

10. - Preliminarmente va esaminata l'eccezione di tardività del ricorso principale sollevata dalle difese della stazione appaltante e della controinteressata, secondo cui in applicazione dell'art. 120 comma 2-bis c.p.a. *pro tempore* vigente, il ricorso, notificato il 3 luglio 2018 avrebbe dovuto proporsi entro il termine di 30 giorni decorrente dalla pubblicazione o comunque dalla comunicazione personale del verbale del 24 maggio 2017 avvenuta il 25 maggio 2017.

10.1 - In punto di fatto va evidenziato che la stazione appaltante ha pubblicato sul proprio profilo committente e comunicato via PEC alla ricorrente principale il 25 maggio 2017 il verbale del 24 maggio 2017 con cui, a scioglimento della riserva apposta al verbale della seduta del 2 maggio, è stata disposta l'ammissione definitiva della gara all'attuale controinteressata, dando atto nei due verbali tanto dell'attestazione ad opera di Servizi Italia del possesso dei requisiti ex art. 80 che di quelli di fatturato specifico e della definitiva ammissione.

10.2. - Dal verbale del 24 maggio in particolare emergeva il possesso del fatturato specifico mentre dal verbale del 2 maggio l'avvenuta verifica circa il possesso dei requisiti morali di cui all'art. 80.

Se si eccettua la parte relativa al possesso del fatturato specifico, i suindicati verbali non contengono la motivazione dell'ammissione circa l'osservanza degli obblighi informativi con particolare riferimento ai motivi di gravame relativi all'omessa dichiarazione del carico pendente in capo ai legali rappresentanti di Servizi Italia nonché all'omessa attivazione del sub procedimento di anomalia.

La circostanza, in particolare, dell'omessa dichiarazione rilevante ai sensi dell'art. 80 c. 5 lett. c) ed f bis) non poteva essere recuperata dai contenuti dei verbali, risultando indispensabile l'accesso alla documentazione di gara mentre la notizia del rinvio a giudizio dei legali rappresentanti risulta appresa successivamente alla fase di ammissione ovvero dalla rassegna stampa del 27 febbraio 2018.

Ciò d'altronde coerentemente con il fondamentale arresto del giudice comunitario (C.G.U.E. ordinanza 14 febbraio 2018 causa C-54/18) che nel respingere la questione di compatibilità comunitaria del citato art. 120 comma 2-bis ha però imposto che il provvedimento di ammissione "sia accompagnato da relazione dei motivi pertinenti, tale da garantire che i suddetti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata".

Alla luce di tale pronuncia l'applicazione del rito c.d. super-accelerato di cui agli artt. 120, comma 2-bis, c. p. a. e 29, d.lgs. n. 50 cit., postula che i provvedimenti recanti le ammissioni e le esclusioni siano "resi in concreto disponibili, corredati di motivazione" giacché, in assenza di quest'ultima, la sola pubblicazione dell'ammissione non è idonea a far decorrere i termini utili all'impugnazione dell'atto (Corte UE, sez. IV, 14 febbraio 2019 n. C-54/18; Consiglio di Stato, sez. V, 22

marzo 2019 n. 1923; sez. V, 28 gennaio 2019, n. 699; sez. V, 29 ottobre 2018, n. 6139).

E' pertanto indubbio che l'individuazione del "*dies a quo*" coincida con il momento in cui l'interessato ha avuto cognizione degli atti della procedura ed in particolare quanto al secondo motivo dei documenti amministrativi contenuti nella busta a) di Servizi Italia

10.3 - Sul punto va rilevato come la ricorrente sia stata concretamente messa in condizione di ritirare la documentazione di gara soltanto il 4 settembre 2018, non reputandosi sufficiente la *mail* del 4 luglio 2018 con cui la stazione appaltante ha invitato Servizi Ospedalieri a ritirare tale documentazione, non essendovi prova del concreto rilascio della stessa in data antecedente.

L'eccezione alla luce delle suesposte argomentazioni può dunque dirsi fondata limitatamente al motivo inerente il possesso del fatturato specifico, risultando tale requisito già oggetto di precedente riserva si da renderne pienamente apprezzabile la lesività, ma non in riferimento agli altri profili di ammissione di Servizi Italia contestati con il ricorso introduttivo.

10.4. - Il ricorso va dunque dichiarato ai sensi dell'art. 35 c. 1 lett. a) c.p.a. irricevibile limitatamente al suindicato motivo, essendo per la restante parte tempestivo.

10.5. - Per mera completezza, infine, giova rilevare come il motivo oltre che tardivo si appalesi altresì inammissibile per difetto di interesse, non essendo posto in dubbio il pieno possesso da parte di Servizi Italia dei requisiti di capacità tecnica richiesti.

11. - Venendo al merito il ricorso principale è fondato e va accolto.

11.1. - Preliminarmente vanno disattese le eccezioni sollevate da Servizi Ospedalieri in punto di tardività della documentazione

depositata dall'ASL resistente (doc. n.4) e da Servizi Italia (doc. n. 12).

A prescindere infatti da ogni altra considerazione va evidenziato che alla luce dei rinvii disposti dall'adito Tribunale senza fissazione di preclusioni per l'esercizio del diritto di difesa, vale il generale disposto di cui all'art. 73 c.p.a. secondo cui "le parti possono produrre documenti fino a 40 (20 nel rito appalti) giorni liberi prima dell'udienza" nel caso di specie rispettato.

11.2. - In particolare reputa il Collegio fondato il motivo della mancata esclusione per omessa dichiarazione di fatti integranti "grave errore professionale" circa il rinvio a giudizio per fatti inerenti ad altra gara d'appalto, dunque sia ai sensi della lettera c) che f-bis) del d.lgs. 50/2016.

In punto di fatto è emerso da alcuni articoli della stampa locale il rinvio a giudizio risalente al 13 aprile 2017 dell'amministratore e legale rappresentante di Servizi Italia per il reato di cui all'art. 319 c.p. (corruzione) a seguito di inchiesta in merito all'appalto Global Service del Policlinico di Modena, che ha peraltro visto coinvolto anche il Presidente del Consiglio di Amministrazione della predetta società, soggetti comunque entrambi tenuti a rendere in sede di gara le dichiarazioni ex art. 80 d.lgs. 50/2016.

Non essendo tali circostanze state indicate in sede di gara, lamenta la ricorrente principale la violazione del disposto di cui comma 5, lett. c) nonché della lett. f -bis dell'art. 80 d.lgs. 50/2016 non avendo l'impresa aggiudicataria adempiuto al proprio obbligo informativo, si da mettere in condizione la stazione appaltante di effettuare la valutazione sulla rilevanza ai fini della verifica della sussistenza delle ipotesi di "grave illecito professionale", ed anzi avendo presentato

dichiarazioni non veritiere e comunque fuorvianti ai fini della partecipazione alla gara.

Trattasi, secondo il Collegio, di vicenda processuale la quale seppur non giunta al momento dell'indizione della gara nemmeno a condanna non definitiva né caratterizzata dall'adozione di misure cautelari a carico del legale rappresentante, avrebbe ugualmente dovuto essere indicata nelle dichiarazioni rese dal legale rappresentante di Servizi Italia in sede di gara.

11.3. - Come noto, sussiste ampio dibattito giurisprudenziale sulla individuazione del concetto di “grave illecito professionale” di cui al comma 5, lett. c) d.lgs. 50/2016 e s.m. nonché sulla delimitazione del contenuto dell'obbligo dichiarativo a carico dei soggetti tenuti ad effettuare le dichiarazioni circa il possesso dei requisiti morali.

Secondo una tesi, l'onere dichiarativo relativo a vicende rilevanti ai sensi dell'art. 80 c. 5 lett. c) sussisterebbe solo laddove la vicenda abbia dato luogo a iscrizione nel casellario ANAC (*ex multis* Consiglio di Stato sez. III, 12 luglio 2018, n. 4266; T.A.R. Puglia Bari, sez. III, 8 febbraio 2019, n. 226).

La prevalente giurisprudenza afferma tuttavia che le informazioni dovute alla stazione appaltante comprendono ogni addebito subito in pregresse vicende professionali che possa rivelarsi utile all'amministrazione per valutare l'affidabilità e l'integrità dell'operatore economico e non solo, dunque, quelle informazioni che potrebbero dar luogo a provvedimenti espulsivi dalla procedura (Consiglio di Stato, sez. V, 3 settembre 2018, n. 5142; id. sez. V, 25 luglio 2018, n. 4532; id. sez. V, 11 giugno 2018, n. 3592).

E' dunque rimesso alla stazione appaltante il potere di apprezzamento delle condotte dell'operatore economico che

possono integrare un “grave illecito professionale”, tale da metterne in dubbio la sua integrità o affidabilità, anche oltre le ipotesi elencate nel medesimo articolo, si da comprendere gli inadempimenti contrattuali “*sub iudice*” (Consiglio di Stato sez. III, 27 dicembre 2018, n. 7231; id. sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299; id. sez. V, 7 gennaio 2020, n. 70) a prescindere dalla definitività degli accertamenti giudiziali, e dunque, anche a fronte di una richiesta di rinvio a giudizio (T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 16 maggio 2019, n. 1120) ferma restando tuttavia la necessità di una congrua motivazione da parte della stazione appaltante circa l’inaffidabilità.

11.4. - Tale assunto è stato peraltro di recente confermato anche dal giudice comunitario, affermandosi che “l’articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un’amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all’amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d’appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull’affidabilità dell’operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce (Corte di giustizia dell’Unione europea, sezione IV, 19 giugno 2019, C-41/18 a seguito del rinvio pregiudiziale disposto dal T.A.R. per la Campania, sez. IV, ordinanza 13 dicembre 2017 n. 5893). Secondo la Corte di Giustizia - in estrema sintesi - le cause di esclusione facoltative devono essere valutate secondo il principio di proporzionalità (art. 57, par. 4, della

direttiva 2014/24/UE) ed il compito di valutare se un operatore economico debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto appartiene alle amministrazioni aggiudicatrici e non a un giudice nazionale. Il richiamato art. 80 c. 5, lett c) non è idoneo a preservare l'effetto utile della previsione dell'art. 57, paragrafo 4, lettera c) o g), della direttiva n. 2014/24/UE poiché il potere discrezionale dell'amministrazione è paralizzato dalla proposizione di un ricorso contro la risoluzione di un precedente contratto d'appalto di cui l'offerente era firmatario "quand'anche il suo comportamento sia risultato tanto carente da giustificare tale risoluzione" (punto 38). Tali episodi, peraltro "*sub iudice*" ma connotati da indubbia gravità, non sono stati portati all'attenzione della stazione appaltante in sede di gara.

Diversamente da quanto sostenuto dalla controinteressata, gli elementi rilevanti ai fini dell'operatività della citata norma possono essere desunti anche da fatti oggetto di un procedimento penale (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 30 gennaio 2018, n. 1092; Consiglio di Stato, Sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1367)

Si è, infatti, chiarito come "aderire alla prospettazione delle parti resistenti, che ritengono irrilevante il provvedimento interdittivo, poiché adottato dall'Autorità giudiziaria penale e non da una stazione appaltante in seno ad una contestazione civilistica, condurrebbe al paradosso di attribuire valenza espulsiva agli illeciti professionali che abbiano determinato sanzioni negoziali, escludendola, invece, per quelli che sfociano in provvedimenti di rilevanza penale (evidentemente ben più gravi), con evidente violazione dei principi di coerenza dell'ordinamento, proporzionalità e ragionevolezza (in tal

sensu v. Consiglio di Stato n. 4192/2017)» (T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 19 aprile 2018, n. 593).

La mancanza di tipizzazione, da parte dell'ordinamento, delle fattispecie a tale fine rilevanti, non comporta che i concorrenti dispongano di un filtro valutativo circa gli episodi di "errore grave" da far emergere in gara, e quindi di una loro facoltà di scelta dei fatti da denunciare [...] La gravità dell'evento, infatti, è ponderata dalla stazione appaltante, sicché l'operatore economico è tenuto a dichiarare lo stesso ed a rimettersi alla valutazione della stazione appaltante. Ne consegue che la mancata esternazione di un evento, anche se poi ritenuto non grave, comporta di norma, l'esclusione dalla gara specifica (cfr. Consiglio di Stato, n. 4051/2017). L'omissione di tale dichiarazione non consente, infatti, all'amministrazione di poter svolgere correttamente e completamente la valutazione di affidabilità professionale dell'impresa e fa assumere alla domanda di partecipazione, resa in sede di gara, la natura di dichiarazione non già incompleta, ma non veritiera e pertanto non sanabile con il soccorso istruttorio di cui all'art. 38 c. 2 bis del d.lgs. 163/06 (Consiglio di Stato, sez. V, 27 settembre 2017, n. 4527; id. n. 4227/2017; id. n. 3652/2017; id. sez. III n. 2167/2017)» (Consiglio di Stato sez. III, 13 giugno 2018, n. 3628).

Ciò appare al Collegio coerente con il principio assolutamente pacifico, affermato anche in vigore dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006, in merito alla valenza espulsiva della mancata dichiarazione in sede di gara di tutte le condanne penali riportate dal concorrente ivi comprese quelle pacificamente non attinenti alla moralità professionale e dunque irrilevanti ai fini del giudizio di ammissione, non operando la pur sostenuta teoria del falso "innocuo" ed essendo

impedito alla stazione appaltante di valutarne la gravità non potendo il concorrente sostituirsi ad essa (*ex multis* T.A.R. Lazio Roma sez. II, 6 marzo 2019, n.3024; Consiglio di Stato, sez. III, n. 4019 del 2016; id., sez. IV, n. 834 del 2016; id., sez. V, n. 4219 del 2016; id., n. 3402 del 2016; id., n. 1641 del 2016; id. sez. III, 29 maggio 2017 n. 2548; id. sez. V, 28 settembre 2015 n. 4511; id. sez. III, 15 gennaio 2014 n. 123; id. sez. V, 27 novembre 2018, n. 6726).

D'altronde, restringere il contenuto dell'obbligo dichiarativo circa l'esistenza di un grave errore professionale priverebbe la stazione appaltante della conoscenza di elementi idonei nel giudizio di verifica del possesso dei requisiti morali, trattandosi di elementi che in quanto rientranti nella sola disponibilità del dichiarante - diversamente dalle condanne e dai procedimenti penali riportate nel casellario giudiziale - rimarrebbero del tutto ignoti fatta salva l'ipotesi della segnalazione operata da parte di altri concorrenti. Verrebbe così meno il rispetto dei principi di lealtà ed affidabilità professionale che presiedono ai rapporti dei concorrenti con la stazione appaltante con compromissione del rapporto fiduciario che deve intercorrere con quest'ultima a prescindere dalla gravità dell'errore professionale o dalla definitività o meno dell'accertamento (*ex multis* in riferimento all'art. 80 del d.lgs. 50/2016 T.A.R. Piemonte sez. I, 20 dicembre 2018, n. 1359; Consiglio di Stato, sez. V, 27 luglio 2016, n. 3375; id. sez. V, 14 febbraio 2018, n. 956; T.A.R. Lombardia Brescia sez. II, 18 giugno 2018, n. 591).

Costituisce del resto un principio oramai del tutto pacifico che nelle procedure di evidenza pubblica, la completezza delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti generali, è, già di per sé, un valore da perseguire, laddove consente, anche in omaggio al principio di buon

andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara; conseguentemente, una dichiarazione inaffidabile, perché – al di là dell'elemento soggettivo sottostante – incompleta, deve ritenersi, in quanto tale, lesiva degli interessi tutelati dall'ordinamento in materia di procedure ad evidenza pubblica, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare alla gara (*ex multis* T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 21 gennaio 2019, n. 732; Consiglio di Stato, sez. IV, 28 luglio 2017, n. 3765; id. sez. IV, 7 luglio 2016, n. 3014; id. sez. V, 7 gennaio 2020, n. 70).

11.5 – Il motivo deve essere pertanto accolto, avendo il legale rappresentante di Servizi Italia omesso di dichiarare tale vicenda penale “*sub iudice*” rendendo così una dichiarazione non veritiera o comunque gravemente incompleta, dal momento che da un punto di vista strutturale, anche l'omessa dichiarazione può concretare un'ipotesi di dichiarazione non veritiera laddove la mancata dichiarazione, in virtù della consapevolezza dell'omissione da parte del soggetto tenuto a renderla, sia idonea ad indurre in errore la stazione appaltante circa il possesso, da parte del dichiarante medesimo, dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 comma 1 del medesimo decreto o, comunque, a precluderle una rappresentazione genuina e completa della realtà (Consiglio di Stato sez. V, 27 dicembre 2018, n.7271; T.A.R. Campania Napoli sez. VIII, 18 giugno 2018 n. 4015) sanzionata anche dall'art. 75 d.P.R. 445/2000 pacificamente applicabile in “*subiecta materia*” (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. V, 15 marzo 2017, n. 1172) a prescindere da ogni valutazione circa la colpa del dichiarante, comportando “*ipso iure*” la decadenza dei benefici ottenuti con la dichiarazione *id est*

l'ammissione alla gara. Anche poi a non voler ricomprendere nelle dichiarazioni non veritiere le omissioni (Consiglio di Stato, sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407; id. sez.V, 30 dicembre 2019, n. 8906; id., 22 luglio 2019, n. 5171; id. 28 ottobre 2019, n. 7387) la dichiarazione sarebbe comunque gravemente incompleta in violazione dell'esaminato principio di necessaria completezza della dichiarazione anche sulle irregolarità rilevanti in merito all'art. 80 c. 5 lett. c).

Va evidenziato che ai sensi del testo del d.lgs. 80/2016 vigente al momento dell'indizione della gara rilevavano comunque quale motivo di esclusione non solo le dichiarazioni non veritiere (comma 5 lett. c) e f-bis) bensì anche quelle “fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”.

12. - Non ritiene il Collegio di poter condividere sul punto le peraltro ampie argomentazioni difensive depositate da Servizi Italia.

Se è vero che il rinvio a giudizio è stato concretamente conosciuto solamente dopo la presentazione dell'offerta, ovvero il 13 aprile 2017, è innegabile come ben prima il legale rappresentante fosse a conoscenza dell'indagine in corso e dunque dell'informativa di P.G., dei verbali di perquisizione, dei sequestri e degli interrogatori, come emerge dallo stesso decreto di rinvio a giudizio depositato in giudizio.

12.1.- Quanto al periodo di commissione dei fatti oggetto del rinvio a giudizio risalenti al periodo 2007/2012 rileva - diversamente da quanto sostenuto da Servizi Italia - non già la data del fatto bensì quella dell'accertamento definitivo.

Posto che è invero dubbia la stessa delimitazione della rilevanza temporale, non contenendo l'art. 80 c. 5 lett. c) D.lgs. 50/2016 alcuna previsione (T.A.R. Lazio Roma sez. III Ter 23 luglio 2019, n. 9832) nella vigenza dell'art. 80, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, prima dell'entrata in vigore della modifica apportata dal d.lgs. n. 56 del 2017, il periodo di esclusione per grave illecito professionale consistito nelle significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, in applicazione diretta della direttiva 2014/24/UE, art. 57, § 7, aveva durata triennale dalla data del fatto, vale a dire dalla data di adozione della determinazione dirigenziale di risoluzione unilaterale (Consiglio di Stato sez. V, 6 maggio 2019, n. 2895).

12.2. - Non ritiene dunque il Collegio necessaria sul punto la rimessione ex art. 267 TFUE alla Corte di Giustizia richiesta in subordine da Servizi Italia.

12.3. - Irrilevante è poi il richiamo operato dal modello allegato al disciplinare di gara alle Linee Guida ANAC che a giudizio della controinteressata avrebbe peraltro reso necessaria, a pena di inammissibilità, l'impugnazione della *lex specialis* oltre che delle stesse Linee Guida nel testo vigente alla data di pubblicazione del bando.

Se è vero che in tale testo non erano ricompresi nel concetto di "grave illecito professionale" i provvedimenti di rinvio a giudizio, va ribadito come le Linee Guida ANAC non vincolanti quali le n. 6 (Consiglio di Stato Adunanza Commissione Speciale parere n. 2296/2016, 3 novembre 2016; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, 17 giugno 2019 n. 7836) assimilabili a circolari interpretative intersoggettive (T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 3 luglio 2019, n. 8678;

T.A.R. Umbria ord. 31 maggio 2017, n. 426) non possono di per sè rivestire autonomo rilievo ai fini dell'esclusione dalla gara (*ex multis* T.A.R. Puglia Lecce sez. II, 28 marzo 2019, n. 519) potendo essere disapplicate dalla stazione appaltante ove in contrasto con disposizioni di rango normativo (T.A.R. Lazio Roma sez. II, 17 giugno 2019, n.7836).

Per tanto era conseguentemente da escludersi anche l'obbligo di impugnazione tanto del bando quanto delle stesse Linee Guida, secondo i comuni principi in tema di lesività delle circolari interpretative.

12.4. - Parimenti non meritevole di adesione è l'assunto della controinteressata secondo cui l'esclusione che la stazione appaltante avrebbe dovuto disporre nel caso di specie, avrebbe fonte soltanto pretoria non risultando indicata nel bando e comunque non prevista a livello normativo, richiamandosi ai principi indicati dalla Corte di Giustizia nell'ordinanza 10 novembre 2016 causa C 140/2016 in tema di omessa indicazione separata dei costi per la sicurezza aziendali.

Per quanto infatti l'art. 80 c. 5 lett. c) introduca una fattispecie di tipo aperto (*ex plurimis* Consiglio di Stato sez. V, 7 gennaio 2020, n. 70; T.A.R. Lazio Roma sez. I, 31 gennaio 2018, n. 1119) essa consente l'individuazione delle condotte potenzialmente rilevanti e del contenuto dell'obbligo informativo, attribuendo alla stazione appaltante l'esclusivo compito di valutazione (C.G.U.E. sez. IV, 19 giugno 2019, C-41/2018) sì che viene in rilievo nel caso di specie non già la rilevanza ai fini dell'affidabilità professionale della indagine in corso per corruzione ai fini dell'esclusione, rientrando nell'esclusiva

attribuzione dell'Amministrazione, quanto la violazione dell'obbligo informativo.

La sopra richiamata decisione del giudice comunitario poi, oltre che riguardare una fattispecie diversa, è stata resa sulla base del previgente quadro normativo nazionale e comunitario (D.lgs. 163/2006 e direttiva 2004/18/CE)

12.5. - Non ritiene pertanto il Collegio, anche in tal caso, la sussistenza di ragioni per disporre il richiesto (in subordine) rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

12.6. - Ugualmente non meritevole di adesione è il lamentato contrasto con l'art. 6 C.E.D.U., qui inteso come principio di presunzione di innocenza, appartenendo alla stazione appaltante e non all'autorità giudiziaria la valutazione della sussistenza del grave illecito professionale (CGUE sez. IV, 19 giugno 2019, C-41/2018).

Ove anzi come pretenderebbe Servizi Italia dovesse attendersi l'accertamento definitivo, che solo supererebbe la presunzione di innocenza, verrebbe meno tutto l'impianto dell'art. 80 c. 5 lett. c) che in nessuna ipotesi subordina l'obbligo dichiarativo ed il potere di valutazione dell'Amministrazione a tale definitività (*ex multis* quanto al mancato completamento del giudizio penale Consiglio di Stato sez. V, 29 maggio 2019, n. 3604).

12.7. - Il secondo motivo va dunque accolto, ai fini del necessario esame da parte della stazione appaltante, in contraddittorio, della posizione dell'aggiudicataria, alla luce della fattispecie sussumibile nel "grave illecito professionale" non dichiarata in sede di gara.

Trattandosi infatti di dichiarazione carente e non falsa - secondo la distinzione tracciata in *subiecta materia* dalla più recente giurisprudenza (così Consiglio di Stato sez. V 12 aprile 2019, n. 2407; id. V, 30

dicembre 2019, n. 8906; id., 22 luglio 2019, n. 5171; id. 28 ottobre 2019, n. 7387) - non ricorre una fattispecie di esclusione di tipo automatico, bensì rimessa all'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante, che dovrà valutare il disvalore della condotta ai sensi del citato comma 5 lett. c) nell'ottica dell'affidabilità del concorrente (ancora Consiglio di Stato sez. V 12 aprile 2019, n. 2407; id. V, 30 dicembre 2019, n. 8906; id., 22 luglio 2019, n. 5171; id. 28 ottobre 2019, n. 7387).

In relazione al descritto carattere discrezionale e non automatico della fattispecie escludente dovrà essere garantito il contraddittorio con l'operatore economico interessato, il quale deve essere edotto sugli specifici profili che sono considerati dirimenti dall'Amministrazione stessa ai fini dell'individuazione di un grave illecito professionale (*ex multis* T.A.R. Marche 7 gennaio 2020, n. 7; T.A.R. Lombardia Milano sez. I, 24 luglio 2019, n. 1737).

12.8. - Non merita invece adesione il terzo motivo.

La controinteressata, anteriormente alla seconda riparametrazione, si è vista riconoscere, per l'offerta tecnica un punteggio nettamente inferiore ai 4/5 del massimo previsto (soglia rilevante ai fini dell'anomalia), precisamente punti 59 su 80, punteggio quindi che ne ha, correttamente, comportato la valutazione quale offerta non anomala.

Il disciplinare di gara, neppure specificamente impugnato sul punto dalla ricorrente, a pag. 36, avvertiva espressamente che “Si procederà, quindi alla individuazione delle offerte anomale- con riferimento ai punteggi tecnici ante seconda riparametrazione...”.

Del tutto corretta è quindi la non sottoposizione a valutazione di anomalia dell'offerta della ricorrente, che non ha superato le soglie a

tal fine previste dal disciplinare di gara; disciplinare anche su questo punto neppure impugnato dalla ricorrente.

Per quanto sopra, conseguentemente, non aveva e non ha alcun rilievo la circostanza invocata da Servizi Ospedalieri che solo a valle della seconda riparametrazione la ricorrente ha conseguito un “fittizio”, punteggio più alto, in tesi avversa rilevante rispetto alla soglia di anomalia.

Del resto - e fermo che la regola cui occorre ed occorre attenersi per individuare le offerte anomale è quella fissata dal disciplinare di gara del punteggio ottenuto prima (e non dopo) la seconda riparametrazione- anche la giurisprudenza ricorda che, in caso di riparametrazione, il punteggio da prendere in considerazione al fine di accertare il superamento delle soglie rilevanti ai fini dell’anomalia, è quello realmente assegnato dalla Commissione di gara, prima della riparametrazione, e non quello, per così dire puramente matematico, discendente dalle operazioni (artificiose) proprie della riparametrazione (T.A.R. Sardegna, sez. I, 10 agosto 2016, n. 689; T.A.R. Piemonte, sez. I, 18 marzo 2016, n. 370; Consiglio di Stato, sez. V, 30 gennaio 2017, n. 373).

13. - Quanto ai motivi aggiunti può prescindere dall’esame dell’eccepita questione di tardività, essendo i vizi dedotti di tipo formalistico e comunque infondati.

13.1. - Quanto alla mancata erronea indicazione in cifre ed in lettere del prezzo complessivo offerto, non vi erano infatti dubbi per la stazione appaltante nello stimare con certezza l’importo esatto del ribasso offerto dalla società Servizi Italia.

Partendo, infatti, dall’importo presunto posto a base di gara, stimato dalla stazione appaltante in € 18.672.500,00 (cfr. pag. 7 del

disciplinare), e sottraendo da quest'ultimo il valore complessivo dell'offerta formulata da Servizi Italia (pari ad € 2.134.000,00 annui, che, moltiplicati per i 7 anni di durata contrattuale, ammonta ad € 14.938.000,00), risultante dalla somma dei ribassi offerti sia relativamente agli "interventi chirurgici ordinari" (€ 1.914.000,00) che agli "interventi chirurgici in DH e SDAC") (€ 220.000,00), è possibile ottenere l'esatto importo della proposta economica di Servizi Italia, pari ad € 3.734.000,00 (€ 18.672.500,00 - € 14.938.000,00).

La giurisprudenza, d'altronde, non dubita circa l'emendabilità dell'errore materiale riconoscibile anche in riferimento alla formulazione dell'offerta purché si giunga ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto senza necessità di attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente (*ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 11 gennaio 2018, n. 113; id. sez. IV, 6 maggio 2016, n. 1827; id. sez. III, 21 ottobre 2014, n. 5196; id., sez. III, 27 marzo 2014, n. 1487; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 3 luglio 2018, n. 7361; T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 18 giugno 2018, n. 887; T.A.R. Veneto, sez. I, 7 febbraio 2019, n. 179).

13.2. - Quanto infine agli oneri interni o aziendali per la sicurezza, l'indicazione in misura pari al 100 % del prezzo offerto è del tutto inverosimile e costituisce, all'evidenza, un refuso riconoscibile dalla stazione appaltante nella indicazione dei decimali, sì che l'importo dovesse intendersi quantificato in 21.340,00 euro. La giurisprudenza, come sopra indicato, non dubita circa l'emendabilità dell'errore materiale riconoscibile persino in riferimento alla formulazione

dell'offerta, si che a maggior ragione può invocarsene l'applicazione quanto all'erronea indicazione degli oneri aziendali.

14. - Per i suesposti motivi il ricorso principale Rg. 221/2018 proposto da Servizi Ospedalieri va accolto con l'effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione ai fini del riesame. Vanno invece respinti i motivi aggiunti.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite in considerazione della obiettiva complessità delle questioni esaminate e dei descritti contrasti giurisprudenziali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, previa riunione così decide:

- a) respinge il ricorso proposto da Steris s.p.a. Rg. 228/2018;
 - a.1) dichiara improcedibile l'atto di motivi aggiunti;
 - b) respinge il ricorso incidentale proposto da Servizi Italia relativo al ricorso principale Rg. 221/2018;
 - b.1) dichiara il ricorso principale Rg. 221/2018 in parte irricevibile ed in parte accolto e, per l'effetto, annulla l'aggiudicazione ai fini del riesame della posizione dell'aggiudicataria, come da motivazione.
 - b.2.) respinge i motivi aggiunti di cui al ricorso principale Rg. 221/2018.

Spese integralmente compensate per entrambi i ricorsi.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Renata Emma Ianigro, Presidente FF

Massimiliano Balloriani, Consigliere

Paolo Amovilli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Paolo Amovilli

IL PRESIDENTE

Renata Emma Ianigro

IL SEGRETARIO