

Pubblicato il 11/02/2022

N. 00997/2022REG.PROV.COLL.

N. 08006/2021 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8006 del 2021, proposto da -OMISSIS-in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Raffaele Ferola e dall'Avvocato Bianca Luisa Napolitano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Raffaele Ferola in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

contro

Azienda Sanitaria Locale Napoli 1 Centro, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Giuseppe Ceceri e dall'Avvocato Antonio Nardone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria del r.t.i. con -OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'Avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza n. -OMISSIS-del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Napoli, non notificata, che ha respinto il ricorso principale proposto da -OMISSIS- avverso l'aggiudicazione della gara per l'affidamento dei servizi di pulizia e sanificazione occorrenti per la ASL Napoli 1 Centro, lotto 1, e ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale del r.t.i. costituito da -OMISSIS-e -OMISSIS-

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale Napoli 1 Centro;

visto l'atto di costituzione in giudizio e il ricorso incidentale proposto dall'appellante incidentale - OMISSIS-

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 gennaio 2022 il Consigliere Massimiliano Noccelli;

viste le conclusioni delle parti come da verbale;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. -OMISSIS- (di qui in avanti, per brevità, -OMISSIS-), odierna appellante principale, ha impugnato avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Napoli (di qui in avanti, per brevità, il Tribunale), l'aggiudicazione della gara bandita dall'Azienda Sanitaria Locale Napoli 1 Centro (di qui in avanti, sempre per brevità, l'Azienda) per l'affidamento dei servizi di pulizia e sanificazione degli immobili di proprietà della medesima Azienda, quanto al lotto n. 1.

1.1. Questa aggiudicazione, in seguito all'annullamento delle precedenti operazioni di gara per l'illegittima composizione della Commissione giudicatrice, annullamento disposto dal medesimo Tribunale e confermato in appello da questo Consiglio di Stato con le sentenze nn. -OMISSIS-, è avvenuta in favore dell'odierna appellante incidentale, -OMISSIS-(di qui in avanti, per brevità, -OMISSIS-

1.2. La ricorrente -OMISSIS-, nel chiedere l'annullamento della nuova aggiudicazione e degli atti prodromici, connessi e consequenziali, ha dedotto tre motivi:

- I motivo, la mancanza del fatturato specifico richiesto dalla *lex specialis* di gara;

- II motivo, la radicale inammissibilità dell'offerta, in quanto proporrebbe un ribasso eccessivo, pari al 99,56%, che non garantisce la copertura del costo del lavoro e lo standard prestazionale richiesto e sarebbe, pertanto, anomala;

- III motivo, la violazione del principio di imparzialità nella motivazione della rinnovazione della valutazione delle offerte, dopo il cennato annullamento delle operazioni di gara per l'illegittima composizione della Commissione.

1.3. In seguito all'accesso alla documentazione amministrativa, all'offerta tecnica e alle giustificazioni, -OMISSIS- ha dedotto due ulteriori motivi di censura, con cui ha lamentato – nel IV – la mancata esclusione del r.t.i. aggiudicatario per la mancanza del requisito di affidabilità professionale e – nel V – l'inaccettabilità del giudizio di congruità espresso dal r.u.p. a fronte dell'eccessivo ribasso formulato dal r.t.i. aggiudicatario e di giustificativi del tutto inattendibili.

1.4. -OMISSIS- a sua volta, ha proposto ricorso incidentale per invocare l'esclusione di -OMISSIS- a cagione dell'assenza del requisito di affidabilità professionale, di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), del d. lgs. n. 50 del 2016, e della mancanza del fatturato specifico richiesto dalla *lex specialis* di gara.

1.5. Con la sentenza n. -OMISSIS- il Tribunale ha respinto il ricorso principale di -OMISSIS- e ha dichiarato improcedibile, per sopravvenuto difetto di interesse, il ricorso incidentale di -OMISSIS-

2. Avverso tale sentenza ha proposto appello principale -OMISSIS-, lamentandone l'erroneità per quattro motivi che di seguito saranno esaminati, e ne ha chiesto la riforma, con il conseguente annullamento dell'aggiudicazione impugnata in prime cure.

2.1. Si è costituita -OMISSIS- per opporsi all'appello principale e proponendo, a sua volta, appello incidentale e si altresì costituita l'Azienda, per opporsi all'accoglimento sia dell'appello principale che di quello incidentale.

2.2. Nell'udienza pubblica del 20 gennaio 2022, sulle conclusioni come rassegnate dalle parti a verbale, la causa è stata trattenuta in decisione.

3. L'appello principale di -OMISSIS- è infondato.

4. Con il primo motivo di censura (pp. 6-13 del ricorso), anzitutto, -OMISSIS- lamenta che il primo giudice, dopo aver ritenuto a torto inammissibile la censura per violazione del giudicato, avrebbe comunque, e nel merito, erroneamente ritenuto sussistente in capo al mandante -OMISSIS- il requisito del fatturato specifico per servizi analoghi perché questa avrebbe dichiarato, nel triennio 2015-2016-2017, un fatturato di € 33.054.516,00, per servizi in strutture diverse dalle strutture sanitarie, mentre nel caso di specie tale requisito, previsto dal disciplinare, doveva intendersi riferito esclusivamente al fatturato per servizi di pulizia in strutture sanitarie, stante la specialità delle prestazioni di pulizia richieste in ambito sanitario.

4.1. I chiarimenti resi dall'Azienda in risposta al IV quesito del 31 agosto 2020 e al XIV quesito del 5 settembre 2020 sul punto, disattendendo quanto previsto chiaramente nell'art. 7.2, lett. c), del disciplinare (e dall'iniziale chiarimento in risposta al II quesito del 28 agosto 2018), sarebbero illegittimi perché avrebbero modificato illegittimamente la *lex specialis* e si porrebbero in contrasto, anche, con le Linee Guida A.N.M.D.O., che evidenziano un'assoluta peculiarità delle pulizie in ambito sanitario.

4.2. Il motivo è infondato per la manifesta inammissibilità della censura, sulla quale si è formato il giudicato.

4.3. La sentenza n. 890 del 2020 del Tribunale, passata in giudicato, come ha ben rilevato il primo giudice con puntuale motivazione che va esente da censura, ha ritenuto irricevibile per tardività il motivo, dedotto in precedente giudizio da -OMISSIS- con ricorso incidentale, perché esso sarebbe dovuto essere proposto nell'ambito del rito superaccelerato, allora vigente ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. ora abrogato, per far contestare le ammissioni e le esclusioni, sicché la riproposizione del motivo in questa sede, confliggendo con il principio del *ne bis in idem*, costituisce una inammissibile riproposizione di domande già ritenute definitivamente tardive e, dunque, inammissibili, con conseguente aggiramento e, dunque, violazione del giudicato formatosi sul punto, dato che in questo giudizio -OMISSIS- ripropone censure che, *ratione temporis*, dovevano essere fatte valere (e sono state in effetti proposte, ma tardivamente) entro termini di decadenza a pena di irricevibilità.

4.4. In ogni caso, e per quanto occorrer possa, si deve anche evidenziare *ad abundantiam* l'infondatezza della censura, nel merito, come ha correttamente ritenuto la sentenza impugnata, che ha correttamente distinto la previsione di servizi identici, qui non richiesti, da quella di servizi analoghi, a cui sono pacificamente assimilabili quelli resi dalla mandante, anche se non strettamente afferenti all'ambito sanitario, dovendosi respingere l'interpretazione eccessivamente formalistica e restrittiva, oltre che contraria alle medesime esigenze della stazione appaltante (che non ha richiesto espressamente la specificità inderogabile dell'identico servizio svolto), propugnata da -OMISSIS-.

2. Con il secondo, complesso e articolato, motivo (pp. 13-23 del ricorso), ancora, l'odierna appellante principale deduce, con una serie di articolate argomentazioni, l'incongruità dell'offerta economica presentata da -OMISSIS- la quale avrebbe un ribasso eccessivo, pari al 99,56%, per i sei anni di durata dell'appalto, corrispondente ad € 18.420,48 annui, con il quale l'offerente garantirebbe i costi dell'appalto.

2.1. Si tratterebbe, a dire di -OMISSIS-, di un ribasso eccessivo che comporterebbe *ictu oculi* l'inammissibilità dell'offerta, per l'impossibilità, asserita, di assicurare lo *standard* qualitativo richiesto per le prestazioni dell'appalto o, comunque, evidenzia un chiaro sintomo di anomalia dell'offerta, che avrebbe dovuto condurre all'esclusione di -OMISSIS- all'esito del subprocedimento di verifica dell'offerta.

2.2. Il primo giudice si sarebbe limitato, nel respingere la censura, ad osservazioni generiche e astratte, appiattendosi sulle stringate e superficiali valutazioni del r.u.p., a dire dell'appellante principale, e seguendo un percorso motivazionale erroneo, che non riuscirebbe nemmeno ad affrontare i singoli elementi di inattendibilità delle giustificazioni, che risulterebbero non valutati con riferimento alle puntuali deduzioni svolte nelle censure proposte, e poggerebbe comunque sul fallace assunto, secondo cui l'importo considerato, pari ad € 110.522,91 per sei anni di durata dell'appalto, sarebbe stato erroneamente calcolato da -OMISSIS- detraendo dalla base d'asta non solo gli oneri della sicurezza, ma anche, non correttamente, l'intero costo stimato della manodopera.

2.3. -OMISSIS- invece, avrebbe anzitutto violato il parametro inderogabile del costo complessivo annuo, mentre sul costo medio orario, suscettibile di giustificazioni purché documentate in modo specifico, ha fornito spiegazioni, a dire di -OMISSIS-, del tutto illogiche e inaccettabili.

2.4. Anche questo secondo motivo va respinto.

2.5. La sentenza impugnata, nei §§ 8.1. e 8.2. che qui si devono avere per integralmente richiamati, ha spiegato, in modo completo ed esauriente, le ragioni per le quali la stazione appaltante ha ritenuto attendibili i giustificativi di -OMISSIS- laddove questa ha rappresentato che il costo dalla manodopera stimato dalla stazione appaltante in € 87.160.484,62 è superiore a quello mediamente sostenuto dalle imprese, costituenti il r.t.i., pari ad € 80.529.441,88, con un saldo positivo di € 6.631.043,81, tenuto conto delle economie derivanti dal modello organizzativo prescelto, ivi descritte e riportate nel dettaglio in termini numerici in apposta tabella, con particolare riferimento a talune voci (malattie, maternità, infortuni e diritto allo studio).

2.6. Le censure dell'appellante principale, che si rivolgono in modo atomistico e frazionato alla critica di specifiche voci, non sembrano scalfire la ragionevolezza della valutazione complessiva, effettuata dal r.u.p. e condivisa dal primo giudice, dalla quale risulta che l'utile di impresa ammonterebbe ad € 434.905,45.

2.7. D'altro canto, come ha pure notato condivisibilmente la sentenza impugnata, lo scostamento dalle tabelle ministeriali non è di per sé indice di anomalia, se non quando sia rilevante e

significativo, mentre nel caso di specie non lo è affatto e, comunque, non appare nel caso di specie irragionevolmente né motivato dal r.t.i., in sede di giustificazioni, né condiviso dal r.u.p. e, infine, dalla sentenza impugnata.

3. La ricostruzione propugnata dall'appellante riposa su una unilaterale ricostruzione sia del costo complessivo annuo, che ben può essere derogato dall'offerente sulla base della propria organizzazione del lavoro e delle proprie scelte aziendali e non deve essere confuso, invece, con i trattamenti salariali minimi, essi, sì, inderogabili ai sensi dell'art. 97, comma 6, del d. lgs. n. 50 del 2016, sia e soprattutto su una eccessiva enfaticizzazione del costo medio orario, dal quale il r.t.i. aggiudicatario si è discostato in modo, peraltro, non esorbitante sulla base di valutazioni e di economie aziendali che non appaiono, *ictu oculi*, né illogiche né irragionevoli, a differenza di quanto assume l'appellante principale nell'esposizione della sua tesi, che qui di seguito si esamina.

3.1. -OMISSIS- assume, infatti, che -OMISSIS- abbia offerto un ribasso del 99,56%.

3.2. Arriva a tale conclusione assumendo che il ribasso offerto da -OMISSIS- sull'importo a base d'asta soggetto a ribasso [ritenuto pari a € 25.118.842,16, che è quanto residua sottraendo dall'importo globale di gara (€ 108.950.605,77) i costi (stimati) per manodopera (€ 87.160.484,62) e sicurezza (€ 392.222,18), non soggetti a ribasso] sia pari al 99,56%, residuando così un utile, per i 6 anni di durata del servizio oggetto di gara, di € 110.522,91 (in altri termini, l'utile è pari allo 0,44% di € 25.118.842,16), che è assolutamente incongruo e di entità tale da rendere l'offerta insostenibile in radice e tale da dover condurre all'esclusione.

4. La tesi tuttavia, come si è premesso, non può essere accolta perché errata.

4.1. Lo è, in primo luogo, perché non è esatto calcolare la percentuale di ribasso considerando, quale base di partenza, la somma che residua detraendo dall'importo a base d'asta non solo, com'è giusto che sia, gli oneri di sicurezza, ma, altresì, il costo della manodopera.

4.2. Difatti:

- l'art. 3 del disciplinare stabilisce, con inequivoca chiarezza, che solo l'importo degli oneri di sicurezza non è soggetto a ribasso;

- la medesima disposizione, poi, sancisce che l'importo posto a base di gara comprende i costi della manodopera che, per il lotto 2, sono stimati in circa 45,6 milioni di euro.

4.3. L'art. 17 del disciplinare, a sua volta, impone:

- di indicare il prezzo complessivo offerto [...] inferiore all'importo di cui all'art. 3 del disciplinare [specificando l'ammontare degli oneri di sicurezza, che sono fissi, e quelli della manodopera, preliminarmente (solo) preventivati dalla stazione appaltante];

- e di formulare il ribasso percentuale offerto sull'importo di cui all'art. 3 del disciplinare (importo che – si badi – deve coincidere con il prezzo complessivo offerto, comprensivo di oneri di sicurezza e costi di manodopera), cui verrà attribuito il punteggio relativo all'offerta economica (in altri termini, il punteggio relativo all'offerta economica è attribuito all'importo definito dall'art. 3, che è comprensivo della manodopera ed esclude solo i costi di sicurezza).

4.4. Inoltre, la medesima disposizione, in modo espresso, stabilisce che la stazione appaltante, prima di aggiudicare in via definitiva, deve accertare che i costi della manodopera non siano

inferiori ai minimi salariali, con la precisazione che solo rispetto a tali minimi e agli oneri di sicurezza ai sensi dell'art. 100 del d. lgs. n. 81 del 2008 non sono ammesse giustificazioni.

4.5. Il disciplinare, nelle anzidette parti, è indefettibile legge di gara, non essendo stato peraltro impugnato da -OMISSIS-.

4.6. Non può condurre a diverse conclusioni il rilievo secondo cui il modulo di presentazione dell'offerta economica reca invece, quale base di calcolo, l'importo di € 13.333.188,24 [che è quanto residua sottraendo dall'importo globale di gara (€ 59.169.078,69) i costi (stimati) per manodopera (€ 45.630.552,96) e sicurezza (€ 205.337,49), non soggetti a ribasso], poiché, com'è noto, nel contrasto fra il capitolato di gara o altri documenti di gara (quali, per esempio, allegati o fac-simile o moduli), eccezion fatta per il bando, e il disciplinare, è sempre quest'ultimo a prevalere.

4.7. Sulla scorta di quanto precede, non è corretto, come detto, calcolare la percentuale di ribasso, considerando, quale base di partenza, la somma che residua detraendo dall'importo a base d'asta non solo, com'è giusto che sia, gli oneri di sicurezza, ma, altresì, il costo della manodopera.

4.8. Del resto, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che ciascun soggetto partecipante a gare d'appalto, in base alla propria organizzazione del lavoro, che è frutto di una scelta espressione di autonomia imprenditoriale, possa indicare costi della manodopera inferiori a quelli stimati dalla stazione appaltante, senza con ciò incorrere nell'esclusione dalla procedura.

4.9. L'art. 23, comma 16, del d. lgs. n. 50 del 2016 stabilisce che «*nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera sulla base di quanto previsto nel presente comma*» e che «*i costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso*».

5. È dunque chiaro che soltanto i costi della sicurezza devono essere scorporati dall'importo assoggettato al ribasso d'asta e che i costi della manodopera devono essere soltanto individuati dalla stazione appaltante al fine dell'eventuale controllo dell'anomalia

5.1. Si è al riguardo osservato che nel sistema delineato dal nuovo codice dei contratti pubblici il costo del lavoro, da costo incompressibile da non assoggettare al mercato, è divenuto componente dell'offerta soggetta a verifica di congruità.

5.2. Pertanto, l'esclusione *ex ante* dal ribasso dell'importo del costo del lavoro, previamente determinato dall'amministrazione, collide con il principio di libera concorrenza.

5.3. Come si è visto, il disciplinare di gara è inequivoco nel senso appena precisato, ma, ove mai vi fosse un dubbio, andrebbe interpretato *secundum legem*, non contro di essa.

5.4. Ed è appena il caso di osservare che la questione qui in rilievo (derogabilità dell'importo della manodopera calcolato dalla stazione appaltante) è completamente diversa da quella della inderogabilità o meno delle tabelle ministeriali che, come noto, sono derogabili, entro certi limiti.

5.5. La percentuale di ribasso offerta quindi, se rapportato all'importo di gara con detrazione dei soli costi di sicurezza, non è così esorbitante, come assume l'appellante.

6. In ogni caso, al là di tali aspetti, si è costantemente sottolineato in giurisprudenza che solo l'azzeramento dell'utile è causa di esclusione dell'offerta e nel caso qui in esame, invece, l'utile non è pari a zero.

6.1. -OMISSIS-, nemmeno in questa sede, ha dimostrato, neppure per sommi capi, l'incongruità dell'offerta di -OMISSIS- e, cioè, la sua insostenibilità, limitandosi ad affermarla in modo assolutamente apodittico.

7. Venendo, poi, al secondo, delicato aspetto della censura qui in esame, la tesi dell'appellante principale è che il minor costo per il personale rappresentato dall'aggiudicataria, pari a circa 6,6 milioni di euro, non sia credibile.

7.1. Per ciò che concerne il costo medio orario, -OMISSIS- rileva un discostamento dalla tabella ministeriale solo in relazione alle ore non lavorate per malattia e diritto allo studio.

7.2. Precisamente, -OMISSIS- porta le ore lavorate da 1581 (media nazionale) a 1676, con un incremento del 6% (95 ore annue di differenza, pari a circa 13 giorni⁵ di assenze in meno nell'offerta di -OMISSIS-: dato, questo, che a --OMISSIS-sembra poco credibile); il che, considerato come monte ore quello di 2088, significa che le ore non lavorate sono a livello nazionale in media 507 ($2088 - 1581 = 507$) e per -OMISSIS- 412 ($2088 - 1676 = 412$).

Delle 507 ore non lavorate annue di cui alle tabelle, 9 sono per diritto allo studio e 136 per malattie, infortuni, maternità.

7.3. -OMISSIS- non considera le 9 ore del diritto allo studio (errando, secondo -OMISSIS--OMISSIS-, nell'ipotizzare che siano funzionali solo a esigenze di scolarizzazione, laddove invece sono funzionali a svolgere corsi di specializzazione o abilitazione coerenti con la qualifica lavorativa) e delle 136 ore per malattia, infortuni e maternità ne considera solo 86.

7.4. Si tratta, secondo -OMISSIS-, di uno scostamento così rilevante dalla tabella da non poter essere giustificato con la propria esperienza storica, posto l'obbligo di assorbire il personale proveniente dalle ditte uscenti.

7.5. Per quanto riguarda il costo annuo, -OMISSIS- riepiloga in tabelle sinottiche, per ogni livello, il costo annuo per unità; indica per ogni livello il delta differenziale in meno, asseritamente violativo dell'inderogabilità dei minimi salariali; lo moltiplica per le unità di ciascun livello, e ottiene, così, un minor costo di 1.285.085,10.

7.6. Trattandosi di risparmio ottenuto in violazione delle tabelle ministeriali (sul punto inderogabili):

a) l'offerta di -OMISSIS- avrebbe dovuto essere esclusa;

b) in ogni caso, siccome tale risparmio, in realtà, non può esistere (per inderogabilità del costo medio annuo), si ha che, detraendo da esso l'utile dichiarato di € 434.905,45, si arriva a una perdita di € 850.179,65 ($1.285.085,10 - 434.905,45 = 850.179,65$).

7.7. Si deve qui ribadire che lo scostamento dalle tabelle ministeriali non è di per sé indice di anomalia, se non quando detto scarto sia rilevante o significativo, e quello contestato, come visto, non lo è affatto.

7.8. In altri termini, solo una discordanza considerevole e palesemente ingiustificata dalle tabelle può costituire indice di anomalia (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 13 luglio 2021, n. 5286: occorre che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata, alla luce di una valutazione globale e sintetica, espressione di un potere tecnico-discrezionale insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza non renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta), ma la ipotizzata discordanza, nel caso qui in esame, è tutt'altro che ragguardevole, immotivata e gratuita.

8. Ne discende il rigetto anche del motivo in esame, che tende inammissibilmente a sostituirsi alla ragionevole valutazione complessiva di affidabilità economica dell'offerta, svolta dalla pubblica amministrazione, come bene ha ritenuto la sentenza impugnata.

8.1. Il giudizio finale sinteticamente reso dal r.u.p. e recepito nel provvedimento finale di aggiudicazione non risulta manifestamente erroneo o illogico rispetto alle complessive risultanze emerse a seguito dei giustificativi presentati da -OMISSIS- tenuto conto della particolare organizzazione imprenditoriale e delle analisi aziendali dei costi, poiché detti giustificativi:

a) assicurano la copertura, oltre che degli oneri per la sicurezza, non assoggettabili a ribasso *ex lege*, anche del costo del personale e delle altre voci di spesa;

b) garantiscono all'appaltatore un utile d'impresa che, ancorché apparentemente modesto, appare sufficiente a comportare un vantaggio significativo – sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa che per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum – ed a sostenere l'impegno contrattuale, considerato che solo l'azzeramento dell'utile è causa di esclusione dell'offerta.

9. Con il terzo motivo di censura (pp. 23-25 del ricorso), ancora, -OMISSIS- sostiene che la nuova Commissione, dopo l'annullamento in sede giurisdizionale della nomina della precedente, avrebbe giudicato in modo non imparziale nella rinnovata valutazione delle offerte, valutazione che avrebbe avuto con ogni evidenza l'intento, a dire di -OMISSIS-, di determinare l'appiattimento delle valutazioni tecniche, segnatamente sul lotto n. 1, che si porrebbe in stridente contraddizione con il giudizio espresso dalla precedente Commissione.

9.1. Anche questa censura è destituita di fondamento.

9.2. La diversità, anche notevole, delle valutazioni svolte dalla precedente e dalla nuova Commissione non è, di per sé, indice di irragionevolezza o, addirittura, di parzialità nell'operato della pubblica amministrazione, posto che è necessario a tal fine allegare almeno elementi di prova che inducano a ritenere che la nuova valutazione si fondi su elementi *ictu oculi* inesistenti o manifestamente irragionevoli, tali da far presumere un intento di favoritismo nella "benevola" valutazione della nuova Commissione.

9.3. Nel caso di specie tale prova, anche solo a livello indiziario, manca e le censure di -OMISSIS-, come ha ben ritenuto la sentenza impugnata, sono del tutto generici, senza trascurare il fatto che quella stessa Commissione, tacciata di parzialità da -OMISSIS-, le ha invece riaggiudicato il lotto n. 2.

10. Con il quarto motivo di censura (pp. 25-28 del ricorso), ancora, l'appellante principale deduce l'erroneità della sentenza impugnata per avere ritenuto implicita, nella stessa ammissione di -OMISSIS- alla gara, la motivazione circa l'irrelevanza delle cinque penali applicate a -OMISSIS- in precedenti contratti, penali tutte di gran lunga superiori all'1% dell'importo contrattuale e, come tali, rilevanti ai fini della affidabilità professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. *c-ter*, del d.

lgs. n. 50 del 2016 e delle *Linee guida* dell'ANAC n. 6, par. 4.1, lett. c), che indicano le penali di importo superiore all'1% quali mezzi di prova idonei a fare emergere la causa di esclusione prevista dalla norma per significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto.

10.1. La sentenza impugnata ha mal respinto la censura, ritenendo ammissibile la motivazione implicita nella determinazione di ammissione della stazione appaltante, in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la rilevanza delle penali, ai fini dell'illecito professionale, attiene non al profilo dichiarativo, ma a quello valutativo che spetta alla stazione appaltante, alla quale incombe uno specifico e completo onere motivazionale non arguibile implicitamente dall'ammissione alla gara.

10.2. Anche questo ultimo motivo è destituito di fondamento.

10.3. Come ha bene evidenziato la sentenza impugnata, infatti, nell'ammissione alla gara stessa si può ritenere implicita la volontà, da parte della pubblica amministrazione, di non ritenere rilevanti o determinanti a fini espulsivi, in quanto idonei ad incidere sulla affidabilità professionali, gli esiti di pregressi rapporti contrattuali né, si badi, -OMISSIS- ha dimostrato che l'applicazione di penali, tutto sommato modeste (quella più grave è del 2,99%), costituisca un indice di inaffidabilità, in concreto, di -OMISSIS- per la natura delle contestazioni che hanno condotto, nelle pregresse vicende, all'applicazione di tali penali.

10.4. D'altro canto, come ha osservato la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, le penali, specie se riferite ad episodi isolati e di modesta rilevanza, non offrono, per la loro natura fisiologica nella complessiva economia ed esecuzione dell'appalto, alcun elemento per considerare l'inadempimento cui sono collegati un grave errore nell'esercizio dell'attività professionale (Cons. St., sez. V, 29 ottobre 2020, n. 6615).

10.5. Va ad ogni buon conto qui richiamato, e ribadito, il principio, ben evidenziato dalla sentenza impugnata, secondo cui la stazione appaltante, che non ritenga il precedente penale – o, come nel caso di specie, l'applicazione della penale prevista nel contratto – dichiarato dal concorrente incisivo della sua moralità professionale, non è tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione di non gravità del reato risultare anche implicita o *per facta concludentia* e, cioè, con l'ammissione alla gara dell'impresa, mentre è la valutazione di gravità, semmai, che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale: la stazione appaltante deve infatti motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni, se su di esse non vi è, in gara, contestazione (Cons. St., sez. V, 5 maggio 2020, n. 2850, Cons. St., sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3198; C.G.A.R.S., 23 gennaio 2015, n. 53; Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2622).

10.6. Anche questo motivo, dunque, va respinto.

11. In conclusione, per tutte le ragioni sin qui espresse, l'appello principale di -OMISSIS- deve essere respinto in tutti i suoi quattro motivi, con la conseguente conferma della sentenza impugnata.

12. L'appello principale di -OMISSIS- in ordine all'ammissione di -OMISSIS- alla gara deve essere dichiarato improcedibile, in quanto, a seguito della definitiva conferma dell'aggiudicazione da -OMISSIS- conseguita, essa non ha alcun interesse a contestare l'ammissione di -OMISSIS- alla gara.

12.1. Ciò in applicazione del principio della c.d. “*ragione più liquida*”, posto che il ricorso incidentale escludente, proposto dall’aggiudicataria, diviene inevitabilmente improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse ai sensi degli artt. 42, comma 1, e 35, comma 1, lett. c), c.p.a., essendo evidente che l’interesse della aggiudicataria a proporre ricorso incidentale, al fine di contestare la mancata esclusione dalla gara della ricorrente principale, viene radicalmente meno qualora il ricorso proposto da quest’ultima sia dichiarato inammissibile o venga respinto, dal momento che, in entrambi i suddetti casi, l’aggiudicataria conserva il bene della vita ottenuto (l’aggiudicazione).

12.2. Secondo la ragione più liquida, corollario del principio di economia processuale, il giudice può infatti decidere di esaminare in via prioritaria il ricorso principale e, qualora lo ritenga infondato, non esaminare, conseguentemente, il ricorso incidentale paralizzante (o escludente), dal momento che, respinto il ricorso principale, il ricorso incidentale diviene improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse ai sensi dei già menzionati artt. 42, comma 1, e 35, comma 1, lett. c), c.p.a. (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. IV, 10 luglio 2020, n. 4431 in relazione all’ordine di esame fra ricorso principale e incidentale di primo grado nel c.d. rito appalti dopo la sentenza della Corte di giustizia UE, Sez. X, 5 settembre 2019, C-333/18).

13. Le spese del presente grado del giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza di -OMISSIS- nei confronti dell’Azienda e di -OMISSIS- controinteressata.

13.1. Rimangono a definitivo carico di -OMISSIS- e di -OMISSIS- i contributi unificati richiesti, rispettivamente, per la proposizione dell’appello principale e di quello incidentale.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull’appello principale, proposto da -OMISSIS- lo respinge, mentre dichiara improcedibile l’appello incidentale di -OMISSIS-e, per l’effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna -OMISSIS- a rifondere in favore dell’Azienda Sanitaria Locale Napoli 1 Centro e di -OMISSIS-le spese del presente grado del giudizio, che liquida nell’importo di € 5.000,00 per ciascuna di dette parti, oltre gli accessori come per legge.

Pone definitivamente a carico di -OMISSIS- il contributo unificato richiesto per la proposizione dell’appello principale e a carico di -OMISSIS-il contributo unificato richiesto per la proposizione dell’appello incidentale.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 20 gennaio 2022, con l’intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Massimiliano Nocelli, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Antonella De Miro, Consigliere

L'ESTENSORE
Massimiliano Noccelli

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO