

Pubblicato il 01/09/2020

N. 03713/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00394/2019 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 della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 394 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Società Hospital Consulting S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Maria D'Angiolella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico in Napoli, viale Gramsci n. 16;

contro

Società Regionale per la Sanità S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Leopoldo Di Bonito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto in Napoli al V.le A. Gramsci n. 19;

nei confronti

Althea Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Mascia Fumini e Lidia Scantamburlo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Tecnologie Sanitarie S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Valentino Vulpetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Carlo Iaccarino in Napoli, via S. Pasquale a Chiaia 55;

per l'annullamento,

previa sospensione cautelare:

a) della Determinazione del Direttore Generale di So.Re.Sa. S.p.A. n. 254 del 21 Dicembre 2018, pubblicata in pari data, con cui il Direttore Generale di So.re.Sa. S.p.A. ha nominato la Commissione giudicatrice relativa alla gara per l'affidamento “dei servizi integrati per la gestione e la manutenzione delle apparecchiature biomediche (S.I.G.M.A.) delle aziende del sistema sanitario (AA.SS.LL, AA.OO, AA.OO.UU, I.R.C.S.S.) della Regione Campania”, mai comunicata né notificata; b) della nota di So.Re.Sa. S.p.A. prot. n. SRA-0026727-2018 del 18.12.2018; c) per quanto occorra, della nota di So.Re.Sa. S.p.A. prot. n. SRA-0024416-2018 del 14.11.2018; d) di ogni altro atto preordinato, connesso e consequenziale comunque incidente negativamente sugli interessi della ricorrente.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati da Società Hospital Consulting il 6 marzo 2019:

a) della Determinazione del Direttore Generale di So.Re.Sa. S.p.A. n. 254 del 21 Dicembre 2018, pubblicata in pari data, con cui il Direttore Generale di So.re.Sa. S.p.A. ha nominato la Commissione giudicatrice relativa alla gara per l'affidamento “dei servizi integrati per la gestione e la manutenzione delle apparecchiature biomediche (S.I.G.M.A.) delle aziende del sistema sanitario (AA.SS.LL, AA.OO, AA.OO.UU, I.R.C.S.S.) della Regione Campania”, mai comunicata né notificata; b) della nota di So.Re.Sa. S.p.A. prot. n. SRA-0026727-2018 del 18.12.2018; c) per quanto occorra, della nota di So.Re.Sa. S.p.A. prot. n. SRA-0024416-2018 del 14.11.2018; d) di ogni altro atto

preordinato, connesso e consequenziale comunque incidente negativamente sugli interessi della ricorrente.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati da Società Hospital Consulting il 15 aprile 2019:

a) del verbale n. 8 del 12 Marzo 2019 (seduta pubblica) in cui sono stati comunicati i punteggi attribuiti alle offerte tecniche dei concorrenti da parte della nuova Commissione Giudicatrice nominata con Determinazione del Direttore Generale di So.Re.Sa. S.p.A. n. 254 del 21 Dicembre 2018, relativa alla gara per l'affidamento “dei servizi integrati per la gestione e la manutenzione delle apparecchiature biomediche (S.I.G.M.A.) delle aziende del sistema sanitario (AA.SS.LL, AA.OO, AA.OO.UU, I.R.C.S.S.) della Regione Campania” ed è stata redatta, per ogni lotto messo a bando, la relativa graduatoria provvisoria ed in cui si è preso atto che tutte le offerte collocate in prima posizione in graduatoria, per tutti e 5 i lotti, sono state considerate anomale, mai comunicato né notificato e di cui si è venuti a conoscenza solo in data 08.04.2019 a seguito di apposita istanza di accesso agli atti presentata in data 14.03.2019; b) del verbale di gara n. 1 del 11.01.2019 (seduta riservata) di cui si è venuti a conoscenza solo in data 08.04.2019 a seguito di apposita istanza di accesso agli atti presentata in data 14.03.2019 di cui si è venuti a conoscenza solo in data 08.04.2019 a seguito di apposita istanza di accesso agli atti presentata in data 14.03.2019; c) del verbale di gara n. 2 del 12.01.2019 (seduta riservata) con i relativi allegati (schede di valutazione e di attribuzione dei punteggi allegati al citato verbale) di cui si è venuti a conoscenza solo in data 08.04.2019 a seguito di apposita istanza di accesso agli atti presentata in data 14.03.2019; d) del verbale di gara n. 3 del 07.02.2019 (seduta riservata) con i relativi allegati (schede di valutazione e di attribuzione dei punteggi allegati al citato verbale) di cui si è venuti a conoscenza solo in data 08.04.2019 a seguito di apposita istanza di accesso agli atti presentata in data 14.03.2019; e) del verbale di gara n. 4 del 08.02.2019 (seduta riservata) con i relativi alegati (schede di valutazione e di

attribuzione dei punteggi allegati al citato verbale) di cui si è venuti a conoscenza solo in data 08.04.2019 a seguito di apposita istanza di accesso agli atti presentata in data 14.03.2019; f) del verbale di gara n. 5 del 09.02.2019 (seduta riservata) con i relativi allegati (schede di valutazione e di attribuzione dei punteggi allegati al citato verbale) di cui si è venuti a conoscenza solo in data 08.04.2019 a seguito di apposita istanza di accesso agli atti presentata in data 14.03.2019; g) del verbale di gara n. 6 del 20.02.2019 (seduta riservata) con i relativi allegati (schede di valutazione e di attribuzione dei punteggi allegati al citato verbale) di cui si è venuti a conoscenza solo in data 08.04.2019 a seguito di apposita istanza di accesso agli atti presentata in data 14.03.2019; h) del verbale di gara n. 7 del 11.03.2019 (seduta riservata) con i relativi allegati (schede di valutazione e di attribuzione dei punteggi allegati al citato verbale) di cui si è venuti a conoscenza solo in data 08.04.2019 a seguito di apposita istanza di accesso agli atti presentata in data 14.03.2019; i) del verbale di gara n. 9 del 05.04.2019 (seduta riservata) con i relativi allegati (schede di valutazione e di attribuzione dei punteggi allegati al citato verbale) di cui si è venuti a conoscenza solo in data 08.04.2019 a seguito di apposita istanza di accesso agli atti presentata in data 14.03.2019; l) dei verbali di gara di attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche da parte della nuova Commissione Giudicatrice nominata con Determinazione del Direttore Generale di So.Re.Sa. S.p.A. n. 254 del 21 Dicembre 2018, relativa alla gara per l'affidamento “dei servizi integrati per la gestione e la manutenzione delle apparecchiature biomediche (S.I.G.M.A.) delle aziende del sistema sanitario (AA.SS.LL, AA.OO, AA.OO.UU, I.R.C.S.S.) della Regione Campania”; m) per quanto occorra, della comunicazione del 08.03.2019 pubblicata sul portale di So.Re.Sa. rubricata “Comunicazione Seduta pubblica risultanze nuove valutazioni tecniche”; n) per l'annullamento delle eventuali aggiudicazioni, ad oggi mai comunicate né notificate stante la verifica di anomalia in corso delle offerte collocate prime in graduatoria; o) di ogni altro atto preordinato,

connesso e consequenziale comunque incidente negativamente sugli interessi della ricorrente

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati da Società Hospital Consulting il 25 giugno 2019:

a) della Determinazione del Direttore Generale, dott. Gianluca Postiglione, n. 83 del 13 Maggio 2019 con cui si è proceduto all'aggiudicazione definitiva della gara indetta da SORESA avente ad oggetto l'affidamento “dei servizi integrati per la gestione e la manutenzione delle apparecchiature biomediche (S.I.G.M.A.) delle aziende del sistema sanitario (AA.SS.LL, AA.OO, AA.OO.UU, I.R.C.S.S.) della Regione Campania” per il lotto 1 all'operatore economico Tecnologie Sanitaria Spa, per il lotto 2 all'operatore economico RTI Tecnologie Sanitarie Spa / Consorzio Tecnologie Campane, per il lotto 4 all'operatore economico Althea Spa, per il lotto 5 all'operatore economico Althea Spa; b) della Determinazione del Direttore Generale di SORESA, dott. Gianluca Postiglione, n. 105 del 06 Giugno 2019 con cui si è proceduto all'aggiudicazione definitiva della gara indetta da SORESA avente ad oggetto l'affidamento “dei servizi integrati per la gestione e la manutenzione delle apparecchiature biomediche (S.I.G.M.A.) delle aziende del sistema sanitario (AA.SS.LL, AA.OO, AA.OO.UU, I.R.C.S.S.) della Regione Campania” per il lotto 3 all'operatore economico RTI Tesi srl/Biomed Consultig/Sol Spa; c) per quanto occorra, del verbale del RUP del 08.05.2019, mai comunicato né notificato di contenuto sconosciuto richiamato nel provvedimento sub a) e sub b); d) per quanto occorra, del verbale di gara n. 1 del 11.01.2019, del verbale di gara n. 2 del 12.01.2019, del verbale di gara n. 3 del 07.02.2019, del verbale di gara n. 4 del 08.02.2019, del verbale di gara n. 5 del 09.02.2019, del verbale di gara n. 6 del 20.02.2019, del verbale di gara n. 7 del 11.03.2019, del verbale di gara n. 8 del 12.03.2019, del verbale di gara n. 9 del 05.04.2019; e) di ogni altro atto preordinato, connesso e consequenziale comunque incidente negativamente sugli interessi della ricorrente.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati da società Hospital Consulting il 27 gennaio 2020:

a) del provvedimento di SORESA prot.n. SRA-0020352-2019 del 20.12.2019, mai comunicato nè notificato depositato in giudizio dalla società Althea in data 07.01.2020, con cui la stazione appaltante ha disposto "l'archiviazione del procedimento amministrativo avviato in data 21.10.19, non sussistenza l'esclusione che aveva dato avvio al procedimento stesso"; b) per quanto occorra, della nota di SORESA prot.n. SRA 17858 del 12.11.2019, mai comunicata nè notificata di contenuto sconosciuto richiamata nel provvedimento sub a); d) di ogni altro atto preordinato, connesso e consequenziale comunque incidente negativamente sugli interessi della ricorrente;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati da Società Hospital Consulting il 19 febbraio 2020:

a) del verbale di SORESA del 19.12.2019 di conclusione del procedimento di esclusione della ditta Althea Italia Spa, già impugnato con il ricorso per motivi aggiunti depositati in data 27.01.2020, del cui contenuto si è venuti a conoscenza a seguito del deposito in giudizio effettuato da SO.RE.SA. in data 18.01.2020 oltre che a seguito di apposita istanza di accesso agli atti riscontrata da SO.RE.SA in data 22.01.2020; b) della nota di SORESA prot. n. SRA 16634 del 21.10.2019, già impugnata con il ricorso per motivi aggiunti depositati in data 27.01.2020, del cui contenuto si è venuti a conoscenza a seguito del deposito in giudizio effettuato da SO.RE.SA. in data 18.01.2020 oltre che a seguito di apposita istanza di accesso agli atti riscontrata da SO.RE.SA in data 22.01.2020; c) della nota di SORESA prot. n. SRA 17858 del 12.11.2019, già impugnata con il ricorso per motivi aggiunti depositati in data 27.01.2020, del cui contenuto si è venuti a conoscenza a seguito del deposito in giudizio effettuato da SO.RE.SA. in data 18.01.2020 oltre che a seguito di apposita istanza di accesso agli atti riscontrata da SO.RE.SA in data 22.01.2020; d) per quanto occorra, del provvedimento di SORESA prot. n.

SRA-0020352-2019 del 20.12.2019, già impugnata con il ricorso per motivi aggiunti depositati in data 27.01.2020; e) di ogni altro atto preordinato, connesso e consequenziale comunque incidente negativamente sugli interessi della ricorrente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Società Regionale per la Sanità S.p.A., di Althea Italia S.p.A. e di Tecnologie Sanitarie S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore il dott. Domenico De Falco nell'udienza pubblica del giorno 27 maggio 2020 svoltasi da remoto, ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, del D.L. n.18/2020, convertito con modificazioni dalla L. n. 27/2020 e dell'art. 5 del D.P. n.14/2020/Sede, mediante l'utilizzo del software Microsoft Teams, individuato nelle indicazioni impartite dal Segretario Generale della G.A. e dal Servizio per l'Informatica della G.A.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 17 gennaio 2019 e depositato il successivo 30 gennaio, la Hospital Consulting S.p.A. (di seguito HC) ha impugnato la Determinazione del Direttore Generale di So.re.sa. n. 254 del 21 dicembre 2018 di nomina della Commissione giudicatrice relativa alla gara avente ad oggetto l'affidamento “dei servizi integrati per la gestione e la manutenzione delle apparecchiature biomediche (S.I.G.M.A.) delle aziende del sistema sanitario (AA.SS.LL, AA.OO, AA.OO.UU, I.R.C.S.S. della Regione Campania”) nonché gli ulteriori atti dettagliati in epigrafe.

In particolare, con tale ricorso, HC lamenta la violazione e/o elusione della sentenza del Consiglio di Stato n. 6448/2018, pubblicata il 15.11.2018, con la quale il Giudice di secondo grado aveva disposto "l'annullamento – con riferimento ai lotti d'interesse - della delibera di designazione dei componenti

della Commissione e, conseguentemente degli atti successivi della procedura (e non anche degli atti precedenti, quali il bando ed il disciplinare ed il capitolato che sono anteriori e rispetto ai quali non sono elevate specifiche censure), dovendo, per l'effetto, disporsi la nuova nomina della Commissione di gara e la riedizione delle valutazioni”.

A parere di HC l'effetto conformativo della sentenza avrebbe infatti imposto la riedizione integrale delle procedure di gara.

In seguito HC, impugnava in un distinto giudizio i medesimi provvedimenti dinnanzi al Consiglio di Stato per l'ottemperanza alla segnalata sentenza n. 6448/2018.

Nel presente giudizio HC, in data 6 marzo 2019, proponeva un primo ricorso per motivi aggiunti.

Conclusesi le operazioni di gara, la HC in proprio per il Lotto 4 ed in A.T.I. con General Electric Medical Systems Italia S.p.A. per il Lotto 2 e per il Lotto 3 e con la società Siemens Healthcare s.r.l. (mandataria) per il Lotto 5, risultava collocata quarta in graduatoria per i lotti 1, 2, 3, 5 mentre risultava terza in graduatoria per il lotto 4.

Pertanto in data 15 aprile 2019, HC proponeva un secondo ricorso per motivi aggiunti, impugnando, per l'appunto, tutti i verbali dei lavori della nuova commissione di gara.

All'udienza pubblica del 22 maggio 2019, su istanza della ricorrente la causa veniva cancellata dal ruolo in attesa della definizione del giudizio di ottemperanza, incardinato dalla stessa HC avanti al Consiglio di Stato.

In data 25 giugno 2019 HC proponeva un terzo ricorso per motivi aggiunti impugnando le determinazioni del Direttore Generale nn. 83 del 13 maggio 2019 e 105 del 6 giugno 2019 aventi a oggetto, rispettivamente, l'aggiudicazione dei lotti nn. 1, 2, 4, 5 e 3.

Con la sentenza n. 6820 del 8 ottobre 2019, il Consiglio di Stato a definizione del procedimento in ottemperanza R.G. n. 1587/2019, respingeva tutte le doglianze di HC.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto irrilevanti le censure proposte in quel giudizio dall'appellante HC in ordine all'asserita mancanza da parte della Althea dei requisiti soggettivi di cui all'art. 80 comma 5, lett. c) e f bis) del D.lgs. 50/2016 in ragione di alcune risoluzioni contrattuali disposte da diverse stazioni appaltanti. Tuttavia, il Giudice di appello ha affermato che gli inadempimenti contestati ad Althea avrebbero potuto tutt'al più venire in rilievo allorché fossero stati valutati da So.Re.Sa come integranti le condizioni escludenti di cui alla prefata norma, quali circostanze legittimanti l'esercizio da parte dell'Amministrazione del potere di esclusione dalla gara.

Pertanto, sulla base della sentenza in questione SO.RE.SA., con nota prot. SRA 16634 del 21.10.2019 dava avvio, ai sensi dell'art. 7 della L. 241/1190, al procedimento di esclusione di Althea dalla procedura di gara di cui trattasi, con riguardo ai requisiti di cui all'art. 80 comma 5, lett. c) e f bis) e comma 12 del d.lgs. 50/2016, chiedendo ad Althea di presentare memorie scritte e documenti pertinenti all'oggetto del procedimento.

Successivamente, con atto (prot. SRA 0020352) del 20 dicembre 2019, "archiviava" il procedimento ritenendo che le condotte ascritte ad Althea non facessero venire meno i requisiti di partecipazione di cui al citato art. 80 del codice dei contratti.

Avverso tale provvedimento HC proponeva un quarto ricorso per motivi aggiunti, lamentando la mancata esclusione di Althea, integrato, poi, da un quinto ricorso per motivi aggiunti avverso il medesimo provvedimento.

Si sono costituite in giudizio la SO.RE.SA. S.p.A., la Althea S.p.A. ed ha spiegato intervento *ad opponendum* Tecnologie Sanitarie S.p.A., rilevando l'inammissibilità e infondatezza del ricorso e dei motivi aggiunti.

Alla pubblica udienza del 27 maggio 2020 la causa è stata introitata in decisione.

E bene precisare il *thema decidendum* del presente giudizio, ripercorrendo le vicende processuali e i motivi di doglianza dell'odierna ricorrente.

Come detto, con le sentenze numero 6299/2018, 6447/2018, 6448/2018, il Consiglio di Stato, in accoglimento degli appelli proposti da HC, annullava l'aggiudicazione per i lotti 1,2,3,4,5 della Gara oggetto di causa e dichiarava inefficaci i relativi contratti, in quanto nella commissione erano presenti due membri che non avrebbero dovuto essere nominati per incompatibilità-conflitto di interessi.

Con il ricorso introduttivo parte ricorrente lamenta, in primo luogo, la violazione da parte di SO.RE.SA sotto più profili del vincolo di giudicato che deriverebbe dalle predette sentenze del Consiglio di Stato, oltre a specifici vizi di merito secondo quanto appresso sintetizzato:

- 1) SO.RE.SA., sulla base delle predette sentenze di annullamento della nomina della commissione di gara, avrebbe dovuto indire una nuova procedura e non limitarsi a disporre la innovazione della sola fase valutativa; peraltro la necessità di procedere all'integrale rinnovazione della gara deriverebbe dalla regola di separazione tra offerte tecniche ed economiche posto a presidio della regola di segretezza tra offerte in quanto tale era l'obbligo nascente dalle predette sentenze, tanto più che una rivalutazione del tipo di offerte di cui era nota la provenienza;
- 2) Sarebbe stato eluso il giudicato e la riedizione del solo segmento valutativo violerebbe il principio di concentrazione delle fasi di gara, con l'ulteriore conseguenza che nel corso della procedura Higea (poi divenuta Althea) ed EBM si sono fuse così violando così anche la regola dell'immodificabilità soggettiva;
- 3) In ogni caso, prosegue parte ricorrente, l'aggiudicataria Althea sarebbe priva dei requisiti soggettivi per via di inadempimenti pregressi non dichiarati nella fase di partecipazione alle procedura di gara;
- 4) Dalla risposta fornita dall'Amministrazione ad un'Azienda sanitaria territoriale emergerebbe che in caso di spesa per ricambi superiore ad euro 1.500 l'onere relativo finirebbe per ricadere integralmente

sull'Amministrazione, ma, sostiene parte ricorrente, il Capitolato conterrebbe una regola diversa;

5) L'offerta dell'Althea si fonderebbe su di un precedente assetto aziendale di cui ad oggi non fa più parte uno degli stabilimenti, con la conseguenza la nuova commissione dovrà valutare offerte che non corrispondono più alla reale consistenza produttiva dell'offerente.

Con il primo ricorso per motivi aggiunti, parte ricorrente ha ribadito e sviluppato le censure già proposte con il ricorso introduttivo, evidenziando che la fusione di EBM e Althea avrebbe modificato la consistenza del concorrente.

Con il secondo ricorso per motivi aggiunti, HC ha impugnato il verbale del 12 marzo 2019 n. 8 di attribuzione dei punteggi riconosciuti alle offerte tecniche dei concorrenti nonché i verbali epigrafati, recanti le graduatorie dei singoli lotti, lamentando:

1) la violazione del criterio di attribuzione dei punteggi di cui al punto 18.1 del disciplinare, atteso che le valutazioni espresse dai commissari sulle offerte sarebbero tutte identiche, laddove il criterio imponeva di calcolare il punteggio sul presupposto che le valutazioni sarebbero state individuali e quindi diversificate, ma ciò non sarebbe avvenuto.

2) la violazione del principio di concentrazione della valutazione delle operazioni di gara e del principio di segretezza delle offerte economiche, per effetto della riedizione del solo segmento della valutazione dell'offerta tecnica nonostante la conoscenza di quella economica, in violazione, soggiunge HC, anche della legge speciale di gara.

Con il terzo ricorso per motivi aggiunti parte ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione della gara per vizi propri e derivati. Ha in particolare contestato l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione di gara che, a suo dire, avrebbe sovvertito l'effettivo valore delle offerte in assenza di motivazione; da tali asseriti vizi discenderebbe l'annullamento di tutti gli atti

di gara e l'obbligo di riedizione integrale della selezione. Ha riproposto poi i vizi già censurati con i precedenti gravami.

Con il quarto ricorso per motivi aggiunti parte ricorrente ha impugnato il provvedimento (20 dicembre 2019, prot. n. 20352/2019) con cui SO.RE.SA. ha ritenuto che gli inadempimenti non dichiarati da Althea non facessero venir meno i requisiti di partecipazione.

Secondo parte ricorrente, diversamente da quanto affermato da SO.RE.SA., le risoluzioni subite da Althea avrebbero dovuto essere dichiarate e sarebbero univocamente rilevanti, facendo venir meno i requisiti di partecipazione alla gara.

Con il quinto ricorso per motivi aggiunti, parte ricorrente ha contestato la motivazione del provvedimento di archiviazione esplicitata nel verbale SO.RE.SA. del 19 dicembre 2019.

Così chiarito il quadro delle censure proposte, deve preliminarmente dichiararsi l'ammissibilità dell'intervento *ad opponendum* di Tecnologie Sanitarie, atteso che essa ha un obiettivo interesse ad intervenire nel presente giudizio avendo partecipato alla procedura selettiva e maturato un interesse qualificato e differenziato alla conservazione degli atti di gara da cui deriva la propria posizione in graduatoria.

Ciò posto deve scrutinarsi, seguendo l'ordine logico delle questioni, l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata proprio dall'interveniente *ad opponendum* e della resistente Althea secondo cui le censure fatte valere con il gravame introduttivo sarebbero rivolte, nella sostanza, a far valere l'inottemperanza alle sentenze del Consiglio di Stato nn. 6299/2018, 6447/2018 e 6448/2018 con cui è stata annullata la nomina della commissione e annullata la fase di valutazione delle offerte.

Il rilievo è solo in parte meritevole di positiva considerazione.

Assume innanzitutto rilievo la circostanza che con i primi due motivi del ricorso introduttivo siano state mosse censure sulle modalità attraverso le quali SO.RE.SA. ha ritenuto di dare attuazione alle predette sentenze.

Non vi è dubbio che la stazione appaltante con la nomina della nuova commissione e con la ripetizione delle operazioni di valutazione delle offerte abbia inteso dare esecuzione alla statuizione di annullamento di cui alle predette sentenze, di modo che le eventuali censure relative appunto alle modalità di adempimento al *dictum* giudiziale non possono che essere fatte valere con il rimedio dell'ottemperanza innanzi al giudice funzionalmente competente.

Del resto, il rimedio prescelto (azione di annullamento) non è ammesso qualora l'amministrazione abbia emanato un qualsivoglia atto di adempimento - o un provvedimento formalmente ottemperativo ma nella sostanza elusivo - di quanto statuito nella sentenza. Infatti, solo se il nuovo provvedimento della P.A. risulta viziato da vizi "nuovi" e "diversi" rispetto a quelli stigmatizzati in sede cognitoria, il privato deve agire attraverso un'ordinaria azione di annullamento; invece ove il nuovo provvedimento sia viziato perché contrasta con le statuizioni vincolanti del giudicato, per ottenere tutela l'interessato deve esperire l'azione di ottemperanza.

Anche a voler ritenere il ricorso di HC comunque ammissibile, previa conversione del rito, questo Tribunale sarebbe comunque incompetente a decidere su tali censure. Infatti, la competenza nel giudizio di ottemperanza è di tipo funzionale inderogabile, ai sensi dell'art. 14, comma 3, c.p.a. che contempla espressamente il giudizio di ottemperanza richiamando l'art. 113 c.p.a.; del resto è stata la stessa ricorrente ad attenersi a tali principi proponendo un'autonoma azione innanzi al Consiglio di Stato (R.G. 1587/2019) per l'ottemperanza alle sentenze di annullamento della nomina della commissione, articolando censure di analogo tenore, poi respinta con la predetta sentenza del Consiglio di Stato (sez. III, 8 ottobre 2019, n. 6820).

Con tale pronuncia il Consiglio di Stato ha affermato con specifico riferimento alla doglianza secondo cui la commissione non poteva limitarsi a ripetere il solo segmento valutativo delle offerte che *“la compromissione di quei principi non deriva tout court dalla sottoposizione, alla valutazione della neo-costituita*

commissione, delle offerte precedentemente esaminate da quella (parzialmente) incompatibile, ma dalla (eventuale e, nella specie, non allegata né comprovata) mancata adozione da parte dell'Amministrazione di quelle misure atte a garantire che il giudizio della prima sia formato in condizioni di assoluta neutralità ed indipendenza valutativa: misure finalizzate, essenzialmente, a munire le offerte di ogni garanzia di anonimato e di irricoscibilità della loro provenienza, oltre che a prescegliere i componenti della nuova commissione secondo criteri di assoluta imparzialità (ed eventualmente a richiedere da parte loro una espressa dichiarazione in ordine alla non conoscenza dei contenuti delle offerte e della loro provenienza).

Ed invero, i citati principi, pur condivisibili nella loro attitudine espressiva di valori fondanti il corretto e legittimo agire amministrativo, devono comunque coniungersi, nella loro concreta operatività, con altri ugualmente meritevoli di considerazione, come quelli di efficienza ed economicità dell'attività amministrativa (i quali impongono di non indulgere in attività procedurali di carattere meramente ripetitivo, laddove quei valori siano aliunde realizzabili): coniugazione che proprio le misure accennate consentirebbero utilmente di garantire' (Cons. Stato, n. 6820/2019, cit.).

Ciò affermato quanto alla legittimità della scelta dell'Amministrazione, il Consiglio di Stato nella medesima sentenza ha poi affermato che le ulteriori censure con cui parte ricorrente ha contestato la sussistenza dei requisiti di partecipazione di Althea e lamentato l'erronea valutazione dei punteggi da parte della Commissione, avrebbero dovuto apprezzarsi nell'ambito del presente giudizio di merito.

Ciò tuttavia non esenta il Collegio dallo scrutinio preliminare sulla sussistenza delle condizioni dell'azione, prima fra tutte, l'esistenza, contestata dalle resistenti, di un interesse concreto ed attuale all'impugnazione che, nell'ambito dei giudizi in materia di appalti, consiste nella verifica della c.d. prova di resistenza, il cui difetto è stato puntualmente eccepito da Althea.

Sul punto costituisce *ius receptum* in giurisprudenza quello secondo cui è necessario dare adeguata dimostrazione della cd. prova di resistenza per

comprovare la sussistenza dell'interesse al ricorso che, come è noto costituisce condizione dell'azione ex art. 100 c.p.c..

In linea generale, la verifica della sussistenza dell'interesse all'impugnativa deve manifestare la sua concretezza, nel senso che l'annullamento degli atti gravati deve risultare idoneo ad arrecare al ricorrente un'effettiva utilità, con la conseguenza che il gravame dell'aggiudicazione di un appalto pubblico che non sia finalizzato ad ottenere la rinnovazione della gara o l'esclusione dell'impresa aggiudicataria (che implicherebbero un immediato vantaggio per il ricorrente), ma che risulti fondato sulla sola contestazione della correttezza dei punteggi assegnati alle concorrenti, dev'essere sorretto, per essere ritenuto ammissibile, dalla c.d. prova di resistenza e, cioè, dalla dimostrazione a priori che, se le operazioni si fossero svolte correttamente, la ricorrente sarebbe risultata con certezza aggiudicataria (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. III, 9 marzo 2020, n. 1710; id., sez. V, 26 aprile 2018, n. 2534; id., sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5717 e 8 settembre 2015, n. 4209). Infatti, la giurisdizione amministrativa non è una giurisdizione di diritto oggettivo, sicchè l'accesso alla stessa non è dato per tutelare la astratta legalità dell'azione amministrativa, o, in modo parimenti non correlato a specifiche posizioni giuridiche soggettive, i principi di efficacia e buon andamento della P.A.: ma al contrario è dato soltanto per la tutela di specifiche posizioni giuridiche soggettive di interesse legittimo o, nei casi di giurisdizione esclusiva, (anche) di diritto soggettivo (cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. III, 11 marzo 2020, n. 668).

Ora, secondo parte della giurisprudenza, tale prova di resistenza non sarebbe necessaria allorché le censure si appuntino su elementi strutturali della selezione che si pongano a monte rispetto al segmento valutativo dell'offerta e la cui illegittimità si ripercuota sulla legittimità dell'intera procedura, poiché in tal caso sussiste l'interesse strumentale del ricorrente alla riedizione della procedura di gara. Diversamente, la prova di resistenza risulta invece rilevante allorché le contestazioni si riferiscono chirurgicamente ad una porzione circoscritta dell'attività della Commissione di gara, comportante un

rinnovamento solo parziale delle attività presuntivamente viziate (TAR Campania, Napoli, sez. III, 4 febbraio 2019, n. 611).

Né una tale ricostruzione dell'interesse strumentale, secondo il Consiglio di Stato, risulta collidente con i principi enucleati dalla Corte di Giustizia atteso che la verifica in ordine alla sussistenza della prova di resistenza *“è coerente sia con il rispetto dei principi cardine degli ordinamenti nazionali in materia processuale - e quindi con l'autonomia processuale loro costantemente riconosciuta dalla Corte di giustizia - sia con gli assetti delle giurisdizioni nazionali e della stessa Unione europea, che configurano il ricorso al giudice amministrativo come ricorso nell'interesse di una parte e mai come ricorso volto al rispetto formale delle regole, a prescindere da ogni interesse...”* (cfr. Ad.Plen., ord. 11 maggio 2018, n. 6).

Ciò posto, occorre ricordare nel caso di specie, parte ricorrente ha articolato con il ricorso introduttivo censure (quelle già segnalate e appuntate sulle modalità di esecuzione della sentenza di annullamento della nomina della commissione di gara) il cui eventuale accoglimento avrebbe effettivamente comportato l'annullamento dell'intera procedura e che quindi, per quanto detto, non avrebbero richiesto la prova di resistenza nei termini indicati, ma che, come visto, non sono scrutinabili nell'ambito del presente giudizio in quanto rientranti nella competenza funzionale del Consiglio di Stato in sede di ottemperanza e che infatti sono state scrutinate e ritenute infondate in quella sede con la sentenza più volte citata (Cons. Stato n. 6820/2019).

Con l'ulteriore censura articolata con il secondo ricorso per motivi aggiunti, parte ricorrente contesta che le valutazioni espresse dai commissari per tutti i lotti sarebbero state identiche, con ciò violando la regola di cui all'art. 18.1 del Disciplinare secondo cui ogni commissario avrebbe dovuto esprimere un proprio giudizio, mentre in concreto è stata riportata un'unica valutazione finale per ogni sub-criterio.

La censura non è fondata.

Risulta che i commissari abbiano di fatto espresso ciascuno un proprio giudizio secondo quanto emerge dagli allegati ai verbali di gara, mentre la

circostanza che la valutazione formulata sia di contenuto analogo non costituisce violazione della predetta regola prescritta nel Disciplinare di gara secondo cui ogni commissario esprime una valutazione individuale.

Questa Sezione ha ripetutamente affermato il principio secondo cui la regola dell'individualità della valutazione dei commissari di gara non è violata dalla circostanza che essa sia stata uniforme per tutti i commissari, atteso che "la coincidenza di giudizi non costituisce infatti un sicuro sintomo di condizionamento potendo anche astrattamente essere giustificata con la concordanza di valutazioni effettuate nell'ambito di un collegio perfetto, in difetto di disposizioni che prevedano la segretezza del valutazioni espresse dai singoli commissari (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 3994/2017 e Sez. V, n. 1428/2014)" (TAR Campania, sez. I, 16 giugno 2020, n. 2429 e n. 324/2020).

Diversamente le restanti censure articolate tanto con il ricorso introduttivo che con i successivi motivi aggiunti si appuntano sull'attribuzione dei punteggi da parte della commissione di gara alle offerte dei concorrenti relativamente al lotto 1 e sull'ammissione dell'offerta proposta dalla controinteressata Althea, ritenuta priva dei requisiti per la modifica soggettiva medio tempore intervenuta e per la rilevata sussistenza di inadempimenti non dichiarati in fase di partecipazione.

Tali censure sono evidentemente volte a contestare la posizione in graduatoria e postulano pertanto la prova che una diversa attribuzione del punteggio avrebbe determinato l'aggiudicazione in favore della ricorrente che, tuttavia, non è stata fornita.

Peraltro, dalla graduatoria delle imprese per tutti i lotti risultante dal verbale n. 8 della Commissione di gara del 12 marzo 2019 modificata con verbale n. 9 del 5 aprile 2019, risulta che l'odierna ricorrente HC si è posizionata quarta per i lotti 1, 2, 3 e 5 e terza per il lotto 4.

Pur tenuto conto dell'esclusione di Althea per effetto dei ricorsi proposti da altri candidati che ne hanno contestato la sussistenza dei requisiti, l'odierna

ricorrente si troverebbe comunque in posizione non utile all'aggiudicazione per la presenza di altri concorrenti meglio graduati.

In tale situazione, parte ricorrente, sulla base degli orientamenti giurisprudenziali riportati, avrebbe dovuto fornire la prova ("di resistenza") che l'eventuale accoglimento del proprio gravame le avrebbe consentito di sopravanzarli e di conseguire una posizione utile al conseguimento del bene della vita ambito ovvero all'aggiudicazione.

Ne consegue la reiezione del ricorso e dei motivi aggiunti proposti da HC in quanto in parte inammissibili e in parte infondati.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge, in quanto in parte inammissibili e in parte infondati nel merito.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore delle altre parti costituite nella misura di euro duemila (2.000/00) ciascuna oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2020 tenuta da remoto ai sensi dell'art. 84, comma 6, del D.L. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla L. n. 27/2020, mediante l'utilizzo del software Microsoft Teams, individuato nelle indicazioni impartite dal Segretario Generale della G.A. e dal Servizio per l'Informatica della G.A., con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Gianluca Di Vita, Consigliere

Domenico De Falco, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Domenico De Falco

Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO