

Publicato il 22/12/2020

N. 08236/2020REG.PROV.COLL.
N. 05876/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5876 del 2020, proposto da Althea Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

ESTAR - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Iaria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;

H.C. Hospital Consulting s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Enea Baronti, Antonio Bivona e Marianna Capizzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Tecnologie Sanitarie s.p.a. e Regione Toscana, non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza) n. 00819/2020, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ESTAR - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale e di H.C. Hospital Consulting s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2020 il Cons. Ezio Fedullo e dato atto che gli Avvocati Enea Baronti, Marianna Capizzi e Antonio Bivona hanno presentato istanza di passaggio in decisione senza discussione, mentre l'Avvocato Saverio Sticchi Damiani ha presentato note di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Premessa di fatto.

Con la sentenza appellata, il T.A.R. Toscana ha accolto il ricorso proposto da H.C. Hospital Consulting s.p.a. avverso la determinazione di ESTAR – Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale - n. 1613 del 19 novembre 2019, nella parte in cui dispone l'aggiudicazione del lotto 1 della “Procedura aperta per la stipula di una convenzione inerente i servizi integrati di gestione e manutenzione di apparecchi biomedici (SIGMAB) in uso presso le Aziende Sanitarie della Regione Toscana”, suddivisa in complessivi tre lotti, in favore della controinteressata Alhea Italia s.p.a..

Premesso che per il lotto 1, cui specificamente inerisce la presente controversia, hanno presentato offerta solamente i due menzionati operatori (il primo in R.T.I. con Tecnologie Sanitarie s.p.a.), e che la caducazione del provvedimento di aggiudicazione a favore di Alhea Italia s.p.a. è derivata dalle carenze dichiarative imputabili all'impresa suindicata, oltre che dalla carenza istruttoria e

motivazionale del provvedimento di aggiudicazione impugnato in ordine alle penali ed alle risoluzioni contrattuali dichiarate nel DGUE da essa presentato, la parte appellante, originaria aggiudicataria, formula plurime censure - alle quali aderisce la stazione appaltante e si oppone, invece, l'originaria ricorrente - al fine di ottenere l'annullamento/riforma della sentenza appellata.

2. Il motivo di appello avente ad oggetto la sentenza di primo grado complessivamente considerata.

Con il primo motivo di appello, la parte appellante deduce che il T.A.R. ha travalicato i limiti posti alla sua giurisdizione, invadendo sfere valutative riservate all'Amministrazione.

Il motivo, per sé considerato e con indistinto riferimento al complessivo corredo motivazionale della sentenza appellata, non è meritevole di accoglimento, avendo il T.A.R. fatto discendere l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione da vizi – attinenti al ritenuto mancato assolvimento da parte della aggiudicataria dei suoi obblighi dichiarativi ed alla adeguatezza istruttoria e motivazionale del provvedimento suindicato – che non manifestano alcuna forma di travalicamento dei limiti propri del sindacato di legittimità, né alcuna interferenza nelle valutazioni discrezionali oggetto di riserva a favore della P.A..

3. I motivi di appello aventi ad oggetto le statuizioni escludenti della sentenza appellata.

Gli ulteriori motivi di appello attingono invece la sentenza appellata nella parte in cui ha accolto la censura della originaria ricorrente intesa a lamentare, agli effetti escludenti, “l'omessa dichiarazione, da parte della controinteressata, in ordine a penali irrogate ad Althea o direttamente o tramite Elettro Bio Medicale s.p.a., confluita in Althea con atto di fusione del 4.4.2018”.

Il T.A.R., premesso in proposito che trattasi delle “penali applicate dall'ASL Salerno in relazione al contratto per la gestione e manutenzione di tecnologie (per ritardi nella riparazione di un guasto: allegato n. 26 al ricorso)”, delle “penali applicate da Estar in relazione al contratto per la manutenzione di

apparecchiature elettromedicali (stanti alcune inadempienze definite non gravi: allegato n. 27)”, delle “penali applicate in data 11.2.2019 dall’ASST di Lodi in riferimento al contratto di gestione e manutenzione di apparecchiature elettromedicali e ad alta tecnologia per generali e continuate inadempienze (allegato n. 28)” ed infine delle “penali applicate da Estar il 21.5.2019 in riferimento al contratto di *global service* per ritardo nella riparazione di guasti (allegato n. 29)”, ha rilevato, in punto di diritto, che “trattasi di fattispecie configuranti illeciti professionali e quindi sottoposti a obbligo di dichiarazione ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. f bis, del d.lgs. n. 50/2016, il quale costituisce una norma di chiusura, che impone agli operatori economici di portare la stazione appaltante a conoscenza dei fatti rilevanti incidenti sull’affidabilità professionale dell’operatore economico. In particolare, le inadempienze che hanno dato luogo alle suddette penali rilevano ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c e c ter, del d.lgs. n. 50/2016, quali possibili gravi illeciti professionali o significative o persistenti carenze nell’esecuzione di un precedente contratto che hanno determinato l’applicazione di sanzioni. La sanzione espulsiva, in tali casi, si deve riconnettere non già all’illecito professionale in quanto tale, ma all’aver l’operatore taciuto una circostanza astrattamente idonea ad integrare la causa di esclusione di cui all’art. 80 co. 5, lett. c) e c ter), la cui valutazione in termini di gravità è sottratta all’operatore economico ed è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante (TAR Veneto, II, 4.2.2020, n. 126). Inoltre, le linee guida dell’Anac n. 6, aggiornate al 2017 (pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale del 7.11.2017 e vigenti a decorrere dal 22.11.2017, e quindi già prima dell’indizione della gara in argomento), impongono ai partecipanti alla procedura selettiva di dichiarare “tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio la loro integrità o affidabilità” (art. 4.3.) e attribuiscono rilevanza anche alle cause ostative non inserite nel casellario informatico (art. 4.2, ultimo paragrafo); in particolare, l’art. 2.2.1.1 impone alla stazione appaltante di valutare non solo la

pregressa risoluzione anticipata del contratto, ma anche l'applicazione di penali. Non depone in senso contrario il fatto che alcune penali siano state irrogate nei confronti di società che si è poi fusa per incorporazione con Althea e in data successiva alla scadenza del termine di presentazione delle offerte. Invero, la fusione per incorporazione di una società in un'altra è un evento da cui consegue non già l'estinzione della società incorporata, bensì l'integrazione reciproca delle società partecipanti all'operazione; trattasi di vicenda meramente evolutiva del medesimo soggetto, che conserva la propria identità pur in un nuovo assetto organizzativo. Infatti, la società incorporante o risultante dalla fusione, se non è, in base a tale ricostruzione, un successore universale, tuttavia nemmeno è un soggetto altro e diverso, ma semmai un soggetto composito in cui proseguono la loro esistenza le società partecipanti all'operazione societaria. Ne consegue che la società incorporante risponde anche dei requisiti per conto dell'incorporata (TAR Lazio, Roma, II, 17.7.2018, n. 8011). Sotto altro profilo, occorre considerare che, secondo l'art. 80, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016, "le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5".

Deve premettersi, prima di procedere alla disamina dei relativi motivi di appello, che non assume rilievo la riferibilità soggettiva delle penali all'impresa incorporata, piuttosto che alla concorrente Althea, atteso che, da un lato, (come si è visto) trattasi di questione sulla quale il giudice di primo grado si è espressamente pronunciato, dall'altro lato, essa esula dai motivi di appello (ed è toccata solo nelle memorie difensive depositate dalla appellante e dalla stazione appaltante, insuscettibili tuttavia di integrare il *thema decidendum* del giudizio di appello).

Sempre in via preliminare, va chiarito che la *ratio decidendi*, *in parte qua*, della sentenza appellata si fonda sulla rilevazione dell'omissione dichiarativa addebitata all'impresa aggiudicataria, con riferimento alle penali sopra elencate, sul presupposto che “le inadempienze che hanno dato luogo alle suddette penali rilevano ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c e c ter, del d.lgs. n. 50/2016, quali possibili gravi illeciti professionali o significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto”: i presupposti applicativi della sanzione escludente sono stati quindi individuati dal T.A.R. non già nella sussistenza di un “illecito professionale in quanto tale”, ma nell’“avere l'operatore taciuto una circostanza astrattamente idonea ad integrare la causa di esclusione di cui all'art. 80 co. 5, lett. c) e c ter), la cui valutazione in termini di gravità è sottratta all'operatore economico ed è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante”.

Al fine di corroborare le conclusioni raggiunte, il giudice toscano ha richiamato “le linee guida dell'Anac n. 6, aggiornate al 2017 (pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale del 7.11.2017 e vigenti a decorrere dal 22.11.2017, e quindi già prima dell'indizione della gara in argomento)”, laddove “impongono ai partecipanti alla procedura selettiva di dichiarare “tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio la loro integrità o affidabilità” (art. 4.3.) e attribuiscono rilevanza anche alle cause ostative non inserite nel casellario informatico (art. 4.2, ultimo paragrafo); in particolare, l'art. 2.2.1.1 impone alla stazione appaltante di valutare non solo la pregressa risoluzione anticipata del contratto, ma anche l'applicazione di penali”.

Tanto premesso, allega in primo luogo la parte appellante che le penali *de quibus* non sarebbero suscettibili di integrare “gravi inadempimenti” nell'esecuzione del contratto, con la conseguenza che non assumevano attitudine escludente.

Il motivo non può essere accolto, atteso che il T.A.R. ha fatto discendere l'accoglimento *in parte qua* del ricorso dalla violazione di un obbligo strumentale

imputabile all'impresa concorrente, senza pregiudicare la diversa (e successiva) questione attinente alla qualificabilità dei fatti all'origine della applicazione delle penali come "gravi inadempimenti" (*recte*, con maggiore fedeltà al testo normativo, "significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione").

Lamenta ancora la parte appellante che il giudice fiorentino è incorso nel vizio di ultra-petizione, laddove ha affermato che le penali in questione sono "sottoposte a obbligo di dichiarazione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis), del d.lgs. n. 50/2016, il quale costituisce una norma di chiusura, che impone agli operatori economici di portare la stazione appaltante a conoscenza dei fatti rilevanti incidenti sull'affidabilità professionale dell'operatore economico": deduce in particolare la parte appellante che la società ricorrente non aveva contestato la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis), ma solo l'asserita violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), c-bis) c-ter), e che le due fattispecie di patologia dichiarativa, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, sono autonomamente congegnate e sanzionate dal legislatore (la prima, integrante una ipotesi di falsità dichiarativa, *recta via* con l'esclusione dell'impresa mendace, la seconda, di carattere meramente omissivo o reticente, previa valutazione di incidenza della stessa sull'affidabilità professionale dell'impresa).

Neanche tale doglianza è meritevole di accoglimento.

Deve preliminarmente osservarsi, in senso contrario alla prospettazione della parte appellante, che a rilevare, al fine di perimetrare l'ambito cognitorio riservato al giudicante secondo il fondamentale principio in base al quale *index secundum alligata ed probata iudicare debet*, è la pretesa della originaria ricorrente di ottenere una statuizione del giudice adito affermativa dell'obbligo della stazione appaltate di escludere l'impresa controinteressata, sulla scorta dell'omissione dichiarativa avente ad oggetto le penali, appartenendo all'ambito decisorio di pertinenza del giudicante, invece, l'individuazione del parametro normativo da

cui enucleare il dovere dichiarativo e la eventuale sanzionabilità della sua violazione con la misura espulsiva.

In ogni caso, a prescindere dal fatto che il giudice di primo grado ha richiamato, al fine di suffragare l'accoglimento della censura, anche il parametro normativo espressamente indicato dalla originaria ricorrente (ovvero l'art. 80, comma 5, lett. c) e c-ter) d.lvo n. 50/2016), deve osservarsi che la *ratio decidendi* della sentenza appellata non è incentrata, come si evince dai surriportati passaggi motivazionali della stessa, sulla rilevazione di un falso dichiarativo (cui, secondo le deduzioni della parte appellante, si riferisce la lett. f bis), ma di una mera lacuna informativa imputabile all'impresa aggiudicataria.

Consegue dai rilievi che precedono che il nucleo motivazionale della sentenza appellata non attiene alla qualificazione della dichiarazione omissiva (secondo l'alternativa "dichiarazione falsa – dichiarazione meramente omissiva"), ma alla riconducibilità (anche) alla mera omissione dichiarativa della sanzione escludente, espressamente invocata dalla originaria ricorrente: questione che il T.A.R. ha ritenuto, per le ragioni esposte, di risolvere in senso affermativo.

La parte appellante contesta tuttavia, anche se in una parte più avanzata dell'appello (che tuttavia è opportuno, per ragioni di ordine espositivo, affrontare *hic et nunc*), anche l'adesione del giudice di primo grado alla tesi interpretativa più rigorosa (che, appunto, connetteva l'esclusione alla mera omissione dichiarativa) (cfr. pag. 15 dell'appello).

Il motivo, alla luce delle recenti acquisizioni giurisprudenziali (cfr. Adunanza Plenaria, n. 16 del 28 agosto 2020), è meritevole di accoglimento, essendosi chiarito che:

- "la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi

prevista dalla lettera c) [ora c-bis]) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;

- in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo;

- alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico”.

Non può condividersi, a questo riguardo, la tesi della originaria ricorrente, sostenuta con la memoria del 5 dicembre 2020, secondo cui non sarebbe ravvisabile nella specie l'esigenza cui, secondo le conclusioni dell'Adunanza Plenaria, sarebbe funzionale la valutazione della stazione appaltante in ordine all'incidenza dell'omissione dichiarativa sull'affidabilità del concorrente, essendo stato tale giudizio operato a monte dall'Amministrazione, ovvero allorché ha previsto in capo ai concorrenti, ed a pena di esclusione, l'obbligo di dichiarare le penali eventualmente riportate.

Deve infatti evidenziarsi, da un lato, che la parte appellata non indica in quale punto della *lex specialis* sarebbe individuabile la previsione della sanzione escludente conseguente alla mancata osservanza del ridetto obbligo dichiarativo, dall'altro lato, ed in ogni caso, che anche laddove essa fosse ravvisabile, siffatta eventuale previsione sarebbe devitalizzata dal disposto dell'art. 83, comma 8, d.lvo n. 50/2016, nella parte in cui prevede che “i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”: non senza precisare che alla individuazione (tassativa) delle “prescrizioni a pena di esclusione” ricavabili dal codice non può

non concorrere, anche in negativo, la corrente interpretazione giurisprudenziale delle stesse, la cui più attuale e meditata espressione, come si è detto, trova espressione nella citata sentenza dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato.

Vale solo la pena di osservare, prima di concludere sul punto, che l'affrancamento delle mere omissioni dichiarative dalla automatica applicazione della sanzione escludente, derivante dalla citata più recente giurisprudenza nomofilattica, amplia gli spazi dispositivi delle stazioni appaltanti in ordine alla perimetrazione degli obblighi dichiarativi dei concorrenti, non più vincolati (come sarebbe se l'omissione si accompagnasse alla necessaria conseguenza espulsiva), entro i ristretti limiti sanciti dall'art. 83, comma 8, d.lvo n. 50/2016.

Lamenta ancora la parte appellante che il giudice toscano sarebbe incorso in eccesso di potere giurisdizionale, laddove avrebbe autonomamente valutato la rilevanza delle penali quali illeciti professionali e quali fatti idonei ad incidere sull'affidabilità dell'aggiudicataria, mentre, a tutto voler concedere, avrebbe dovuto rimetterne la valutazione alla stazione appaltante, non potendo far discendere l'automatica esclusione di Althea per effetto della mera omissione dichiarativa.

Il motivo non è meritevole di accoglimento.

Il T.A.R., come si è detto, non ha proceduto ad alcuna autonoma qualificazione dei fatti originanti l'applicazione delle penali, essendosi limitato a ricondurli ad altrettante fattispecie generatrici di un obbligo dichiarativo a carico dell'impresa concorrente, al fine di consentire l'esercizio del potere valutativo della stazione appaltante in ordine alla loro effettiva rilevanza escludente, in quanto suscettibili di incidere in senso negativo sulla sua affidabilità professionale.

4. I motivi di appello aventi ad oggetto la sentenza appellata nella parte in cui ha affermato la sussistenza di obblighi dichiarativi aventi ad oggetto le penali.

Esame contestuale dei motivi riproposti dalla parte appellata intesi a far derivare dall'omessa dichiarazione delle penali la carenza istruttoria e motivazionale del provvedimento di aggiudicazione impugnato in primo grado.

Vengono adesso all'esame della Sezione i motivi di appello volti a sostenere, in radice, l'insussistenza di obblighi dichiarativi aventi ad oggetto le penali.

Va sul punto precisato che, pur dopo l'accoglimento del motivo di appello inteso a contestare la rilevanza escludente della mera omissione dichiarativa avente ad oggetto le penali, la parte appellante conserva interesse all'accoglimento dei motivi in questione: ciò perché, con il primo dei motivi del ricorso introduttivo riproposti in appello, da esaminare contestualmente per evidenti ragioni di connessione, l'originaria ricorrente, ed odierna appellata, deduce la sussistenza (comunque) dell'obbligo della stazione appaltante, nella specie non compiutamente assolto, di motivare in ordine a tutte le circostanze oggetto di obblighi informativi disattesi dall'impresa aggiudicataria.

Ebbene, deduce la parte appellante che il T.A.R. ha erroneamente ritenuto sussistente un generico ed illimitato obbligo di comunicare le penali, indipendentemente dalla rilevanza e dall'incidenza delle stesse sul valore contrattuale, sulla base di una errata lettura delle Linee Guida Anac n. 6/versione 2017 e del disciplinare di gara, che a quelle rinvia, senza considerare che le penali alle quali la controparte faceva riferimento non erano né rilevanti, né significative né comparabili, sul piano della gravità, ai provvedimenti di risoluzione per inadempimento e alle gravi carenze nell'esecuzione di un contratto, cui fa testuale riferimento l'art. 80, comma 5, lett. c-ter).

Aggiunge la parte appellante che la stessa ANAC, al fine di individuare un parametro in base al quale stabilire quando le penali potessero considerarsi rilevanti, ha fatto riferimento, al paragrafo 4.1. delle Linee Guida n. 6, ai "provvedimenti di applicazione delle penali di importo superiore, singolarmente o cumulativamente con riferimento al medesimo contratto, all'1% dell'importo

del contratto”, solo per tali provvedimenti avendo essa previsto l’obbligo della stazione appaltante di fornire comunicazione ad ANAC ai sensi dell’art. 213, comma 10, del Codice, ai fini dell’annotazione della penale nell’elenco delle c.d. “notizie utili”, laddove, nel caso di specie, nessuna delle citate penali (né altre) sono state annotate nel Casellario ANAC e non rilevano quindi quale “notizia utile” che l’operatore economico era tenuto a dichiarare.

Ebbene, mentre i surriportati motivi di appello, come si vedrà, non sono meritevoli di accoglimento, lo sono, di riflesso, i motivi riproposti dall’originaria ricorrente, come innanzi sintetizzati.

Deve premettersi che l’art. 80, comma 5, lett. c-ter) d.lvo n. 50/2016 incentra la fattispecie escludente sull’ipotesi che “l’operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa”.

Trattasi, all’evidenza, di una fattispecie escludente ad applicazione non automatica (né, per tale ragione, i relativi presupposti applicativi sono acclarabili autonomamente dal giudice), in quanto presupponente lo svolgimento di apposite valutazioni della stazione appaltante, estese anche “al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa”: ne discende che non è il mero accertamento del provvedimento sanzionatorio *aliunde* adottato (sotto forma di risoluzione per inadempimento, condanna risarcitoria o altra “sanzione comparabile”) a far scattare la sanzione espulsiva, in quanto, sebbene lo stesso sia astrattamente atto a veicolare “significative o persistenti carenze nell’esecuzione di un precedente contratto”, queste sono a loro volta autonomamente valutabili dall’Amministrazione ai fini dell’esercizio del potere escludente dalla specifica gara.

Ad analoghe conclusione deve pervenirsi con riguardo alla fattispecie escludente di cui alla lett. c), concernente l'ipotesi che "la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità": anche tale clausola, infatti, affida testualmente all'Amministrazione il compito di verificare la commissione da parte dell'operatore economico di un "grave illecito professionale", all'uopo avvalendosi di "mezzi adeguati".

Deve inoltre rilevarsi che la ricostruzione dell'obbligo dichiarativo, al fine di verificare la completezza/parzialità del suo assolvimento, non può che rispecchiare la fattispecie sostanziale, in virtù del rapporto di simmetria ravvisabile tra fattispecie escludente sostanziale e fattispecie dichiarativa strumentale: sì che l'obbligo dichiarativo può sorgere solo quando la misura sanzionatoria sia rivelatrice, in potenza, di "significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto" o della commissione di un "grave illecito professionale".

Ebbene, può concordarsi con la parte appellante - al fine di stabilire se ed in quali casi la penale debba costituire oggetto di dichiarazione da parte del concorrente che l'abbia subita - nel senso che l'applicazione di una penale non costituisce da sola indizio del fatto che l'inadempienza all'origine della stessa è espressiva di una "significativa o persistente carenza" nell'esecuzione di un precedente contratto, non possedendo - per la natura dell'atto irrogativo e per la pregnanza degli elementi costitutivi della relativa fattispecie applicativa - la valenza sintomatica della "risoluzione per inadempimento" o della "condanna al risarcimento del danno".

Solo a titolo esemplificativo, basti osservare che, anche quando promana dall'Amministrazione (e non gode quindi delle garanzie proprie della pronuncia giurisdizionale), la decisione risolutoria scaturisce dal contraddittorio con l'appaltatore (art. 103, comma 3, d.lvo n. 50/2016), atta a conferire alla stessa un

peculiare grado di attendibilità, mentre, dal punto di vista dei presupposti legittimanti, essa richiede l'accertamento di un "grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da comprometterne (*sic!*) la buona riuscita delle prestazioni", che non ricorre necessariamente nell'ipotesi delle penali (le quali, anzi, assolvono normalmente alla funzione di sanzionare le fattispecie di inadempimento di carattere "residuale", che cioè, rispetto a quelle giustificative della risoluzione, si collocano ad un livello di "gravità" inferiore).

In tale ottica si iscrivono le già citate Linee Guida ANAC n. 6/2017, laddove (punto 4.1) prevedono che "le stazioni appaltanti sono tenute a comunicare tempestivamente all'Autorità, ai fini dell'iscrizione nel Casellario Informatico di cui all'art. 213, comma 10, del codice: (...) c. i provvedimenti di applicazione delle penali di importo superiore, singolarmente o cumulativamente con riferimento al medesimo contratto, all'1% dell'importo del contratto": invero, sebbene il provvedimento non abbia immediata rilevanza ai fini della delimitazione degli obblighi dichiarativi dei partecipanti alla gara (tenuto conto della sua finalità di disciplinare – anche dal punto di vista del materiale informativo destinato a confluirci – il funzionamento del Casellario), esso risponde utilmente all'esigenza di fissare i requisiti necessari al fine di attribuire alle penali la valenza di strumento di emersione dei comportamenti rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) e c-ter) d.lvo n. 50/2016 (facendo sorgere, in capo al concorrente, un corrispondente obbligo dichiarativo).

A non diverse conclusioni, al fine di perimetrare i casi di obbligatoria dichiarazione delle penali, deve pervenirsi sulla scorta dell'analisi della *lex specialis* della gara *de qua*.

Deve premettersi che il disciplinare di gara, al punto 4.2.A), reca le seguenti testuali previsioni, da cui può evincersi la sussistenza in capo alle concorrenti di un obbligo dichiarativo esteso, in taluni casi, anche alle penali:

“Le dichiarazioni sull’assenza dei motivi di esclusione di cui all’art. 80 D.Lgs. 50/2016, sul possesso dei criteri di selezione di cui ai punti III.1.1, III.1.2 e III.1.3 del bando di gara (se previsti) dovranno essere rese ... attraverso il DGUE, disponibile nella documentazione di gara ...

N.B.: ... l’operatore economico dovrà dichiarare tutti i provvedimenti utili per le valutazioni circa i requisiti di moralità professionale ed affidabilità intesa come capacità tecnico professionale nello svolgimento dell’attività oggetto dell’affidamento come previsto dalle linee guida ANAC n. 6/2017 (Delibera 1293/2016 e Delibera 1008/2017).

A titolo esemplificativo e non esaustivo dovranno essere dichiarati: ...

- significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto che abbiano comportato ... altre sanzioni quali l’applicazione di penali ...”.

Anche la clausola citata, invero, nel ricomprendere entro il perimetro degli obblighi dichiarativi del concorrente gli atti applicativi di penali, vi riconduce (solo) quelle che raggiungano, per importo, la soglia di rilevanza fissata dalle citate Linee Guida ANAC, in quanto presuntivamente indicativa di una certa “gravità” del sottostante inadempimento.

Può quindi affermarsi, sulla scorta dei rilievi che precedono, che se, in linea generale, le pertinenti disposizioni di legge non consentono, da sole, di imputare al concorrente un obbligo dichiarativo avente ad oggetto le penali, a diversa conclusione deve pervenirsi in presenza di particolari circostanze caratterizzanti (come, appunto, l’importo delle penali, che è onere della parte ricorrente allegare) e/o di specifiche disposizioni della *lex specialis*.

Deve solo aggiungersi che nel tracciato solco interpretativo si colloca la pregressa giurisprudenza del Consiglio di Stato, sebbene al fine di negare (ciò che, ormai, è stato sancito in via generale dall’Adunanza Plenaria, per tutte le omissioni dichiarative) rilievo escludente alla mera mancata dichiarazione delle penali, in mancanza di ulteriori elementi qualificanti, come ad esempio l’importo

della sanzione (si veda, in tal senso, la sentenza della Sez. V, n. 2794 del 30 aprile 2019: “va ricordato che questa Sezione con la sentenza n. 1346 del 2018 ha rilevato che la mancata dichiarazione della irrogazione di penali contrattuali non integra di per sé la violazione dei doveri professionali e non costituisce prova di grave negligenza, così definita dal legislatore dapprima con l’art. 38, comma 1, lett. f), del d. lgs. n. 163 del 2006, e rinnovato dall’art. 80 comma 5 lett. c) e c-ter), poiché l’applicazione di penali contrattuali non può ritenersi sintomo inconfutabile di errore grave nell’esercizio dell’attività professionale o comunque "grave negligenza"; ciò tanto più quando, come nel caso di specie, il provvedimento di esclusione menzioni l’applicazione delle penali senza specificarne l’ammontare minimo ed indicando quale presupposto asserite "manchevolezze" (...) senza alcuna effettiva motivazione al riguardo anche con riferimento alla loro eventuale gravità”. (...) In definitiva, indipendentemente dalla contestazione giudiziale dell’applicazione delle penali contrattuali, queste ultime da sole non offrono alcun elemento per considerare che l’inadempimento o il ritardo nell’adempimento, cui esse si ricollegano, costituisca errore grave nell’esercizio dell’attività professionale”).

Fatte tali premesse di carattere sistematico, possono più agevolmente cogliersi le ragioni per le quali non sono accoglibili le censure, innanzi riassunte, della parte appellante.

In primo luogo, non è esatto che il T.A.R. abbia ritenuto sussistente un “generico ed illimitato obbligo di comunicare le penali, indipendentemente dalla rilevanza e dall’incidenza delle stesse sul valore contrattuale”: basti osservare che il giudice di primo grado ha espressamente richiamato, ai fini della individuazione dell’obbligo dichiarativo delle penali, le linee guida dell’Anac n. 6 aggiornate al 2017, così come (almeno implicitamente) la relativa soglia di rilevanza.

Nemmeno condivisibile è l’atto di appello laddove afferma che le penali non sono significative né comparabili, sul piano della gravità, ai provvedimenti di

risoluzione per inadempimento e alle gravi carenze nell'esecuzione di un contratto, cui fa testuale riferimento l'art. 80, comma 5, lett. c-ter): deve sul punto richiamarsi quanto innanzi affermato, in ordine ai casi in cui anche le penali ricadono entro il perimetro degli obblighi dichiarativi dei concorrenti.

Peraltro, il fatto che la stessa impresa aggiudicataria abbia dichiarato alcune delle penali riportate rafforza la tesi della non sostenibilità di un esonero globale dai suoi obblighi dichiarativi con riferimento a tale tipologia sanzionatoria.

Quanto invece alla deduzione di parte appellante, incentrata sul richiamato limite di rilevanza delle penali fissato dalle Linee Guida n. 6 dell'ANAC ("provvedimenti di applicazione delle penali di importo superiore, singolarmente o cumulativamente con riferimento al medesimo contratto, all'1% dell'importo del contratto"), sulla stessa si dirà puntualmente in sede di esame dei motivi di appello concernenti le singole penali (non dichiarate dalla aggiudicataria).

Nemmeno può accogliersi la tesi di parte appellante secondo cui nessuna delle penali *de quibus* è annotata nel Casellario ANAC e non rileva quindi quale "notizia utile" che l'operatore economico era tenuto a dichiarare: deve in proposito rilevarsi che la giurisprudenza attribuisce rilievo all'iscrizione nel Casellario dell'ANAC limitatamente all'omessa dichiarazione dell'esclusione da una precedente gara d'appalto ("eventuali esclusioni da precedenti procedure di gara, per quanto siano state accertate dal giudice amministrativo, assumono pertanto rilevanza solo se e fino a quando risultino iscritte nel Casellario, per gli effetti e con le modalità previste nell'art. 80, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016, qualora l'ANAC ritenga che emerga il dolo o la colpa grave dell'impresa interessata, in considerazione dell'importanza e della gravità dei fatti": cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 6490 del 27 settembre 2019).

Procedendo adesso ad applicare le illustrate coordinate interpretative alle singole penali di cui il T.A.R. ha statuito l'indebitamente omessa dichiarazione da parte dell'aggiudicataria, ed iniziando dalla penale comminata dalla ASL Salerno nel

contratto avente ad oggetto i servizi integrati di gestione e manutenzione delle tecnologie della ASL, imputabile ad EMB (poi fusa con Althea) che eseguiva il servizio in RTI con HC, deduce la parte appellante che tale penale non ha determinato alcuna interruzione del rapporto contrattuale ed anzi era stata superata qualsivoglia contestazione tra le parti, essendo intervenuto il completo ristoro del disservizio causato dal protrarsi del fermo macchina di due apparecchiature in uso presso la ASL Salerno, causato da ritardi nelle forniture dalla casa madre.

La deduzione non può essere accolta.

In primo luogo, va osservato che l'originaria ricorrente ha assolto al suo onere di allegazione, nei termini innanzi delineati, avendo fatto riferimento all'importo della penale de qua (€ 200.000,00), eccedente il suindicato limite di rilevanza in rapporto all'importo contrattuale, come fissato anche dalla *lex specialis*.

Inoltre, il fatto che la penale non abbia determinato alcuna interruzione del rapporto contrattuale non depone necessariamente nel senso che essa non si sia accompagnata ad alcuna significativa carenza esecutiva della prestazione contrattuale, mentre il ristoro cui ha provveduto l'impresa colpita dalla penale non è idonea a rimuovere il pregresso inadempimento (ma semmai ad eliminarne *ex post* le conseguenze).

Del resto, come si evince dal verbale del 9 aprile 2018 (all. n. 9 della memoria di primo grado di Althea del 20 gennaio 2020), il disservizio contestato è stato causato dal ritardo col quale l'impresa esecutrice del servizio ha attivato l'intervento riparatore della casa madre sulle apparecchiature malfunzionanti.

La parte appellante deduce quindi, con riguardo all'omessa dichiarazione delle penali comminate da ESTAR in relazione al contratto per il "servizio di attività manutentive su apparecchiature elettromedicali di proprietà delle Aziende Sanitarie dell'Area Vasta Nord Ovest Toscana", per conto di AOU Pisana, che si

trattava di fatti già noti alla stazione appaltante, che non richiedevano quindi alcuna ulteriore dichiarazione sostitutiva.

Aggiunge la parte appellante che in ogni caso le citate penali non raggiungevano la soglia di rilevanza prevista dalle Linee Guida ANAC (l'1%): esse, infatti, non venivano irrogate nel corso dell'esecuzione di un unico contratto, ma in relazione ai molteplici contratti, sottoscritti per effetto delle proroghe contrattuali, nelle quali erano ricomprese non solo le prestazioni rese nei confronti dell'AOU Pisana, alle quali faceva riferimento HC in primo grado, ma anche presso le ASL Livorno 6, ASL 1 Massa, ASL 12 Massa, ASL 12 Viareggio, ASL 5 Pisa e ASL 2 Lucca.

Osserva altresì che le penali comminate da ESTAR per conto di AOU Pisana sono tutte relative ad "inadempienze non gravi", rispetto al capitolato/offerta, come d'altra parte dimostrato dal fatto che i contratti sono stati oggetto di ripetute proroghe.

Tale motivo è, ad avviso della Sezione, meritevole di accoglimento.

In primo luogo, deve osservarsi che non può addursi, a causa giustificativa dell'omissione dichiarativa, il fatto che la circostanza da dichiarare sia nota alla stazione appaltante, laddove, come nella specie, essa inerisca ad una vicenda contrattuale diversa da quella oggetto del procedimento di gara in corso di svolgimento: elementari principi di efficienza amministrativa e di lealtà impongono infatti alle imprese concorrenti di dichiarare i fatti rilevanti ai fini della partecipazione alla gara, non potendo addossarsi alla stazione appaltante specifici oneri istruttori, intesi a verificare se, nei rapporti eventualmente intrattenuti dalla stessa con ciascuna delle concorrenti, si siano realizzati eventi suscettibili di valutazione ai fini della loro ammissione allo specifico procedimento selettivo.

Nondimeno, se da un lato l'importo della penale è finanche inferiore alla soglia di rilevanza fissata dalle suindicate Linee Guida ANAC, dall'altro lato la stessa

originaria ricorrente (che ha dichiarato la penale *de qua* in quanto parte del RTI affidatario) la qualifica, nella sua dichiarazione (il cui stralcio è riprodotto nel ricorso introduttivo) come relativa ad “inadempienze non gravi”.

Deve quindi escludersi la sussistenza di un obbligo dichiarativo avente ad oggetto la suddetta penale (e la conseguente carenza istruttoria e motivazionale sul punto del provvedimento di aggiudicazione impugnato, che non l’ha esaminata ai fini della valutazione della affidabilità professionale del concorrente).

Prosegue la parte appellante censurando la sentenza appellata nella parte in cui ha affermato la sussistenza di un obbligo dichiarativo concernente le penali comminate dall’ASST di Lodi con determinazione prot. n. 3891 dell’11 febbraio 2019.

Deduce la parte appellante che essa, in primo grado, ne aveva evidenziato l’irrilevanza in quanto si trattava di penali non ancora definitive, non accettate e oggetto di contestazione tra la società e la ASST di Lodi.

Aggiunge in appello la parte appellante che la non significatività di queste penali, in ordine alle quali nessuna considerazione ha speso il T.A.R., è comprovata dal fatto che l’ATI Althea/TS prosegue nell’esecuzione del servizio, per cui sarebbe del tutto escluso che tali penali siano equiparabili a “inadempienze gravi”.

Precisato ancora una volta che il motivo rileva nella misura in cui contesta la sussistenza di un obbligo dichiarativo avente ad oggetto la suddetta penale, esso, anche in tali limiti, non è meritevole di accoglimento.

In primo luogo, non rileva che trattasi di penali “non accettate” e “contestate”, essendo la loro irrogazione sufficiente a generare, in capo alla concorrente, un obbligo dichiarativo, ferme le valutazioni della stazione appaltante in ordine alla loro rilevanza.

Deve inoltre ribadirsi che la circostanza per la quale Althea ha proseguito nell’esecuzione del servizio, nonostante l’irrogazione delle penali, non costituisce

indice univoco della loro “non significatività”, ai fini dell’assolvimento del relativo obbligo dichiarativo, influenzando sulle valutazioni rimesse al riguardo alla stazione appaltante elementi estranei al profilo della eventuale gravità dell’inadempimento (come l’opportunità di non interrompere il servizio ovvero il comportamento riparatore posto in essere dall’impresa, atto a garantire che gli inadempimenti all’origine della penale non avranno più a verificarsi).

Va inoltre evidenziato che l’originaria ricorrente ha richiamato, a dimostrazione della “significatività” delle penali in discorso, la determinazione dell’ASST Lodi prot. n. 3891 dell’11 febbraio 2019, dalla quale si evince l’irrogazione di plurime penali per l’importo complessivo di € 266.600,00 applicate ad Althea, dandosi atto che “quanto sin qui evidenziato rappresenta una situazione di perdurante e generale inadempienza dell’impresa mandante rispetto alle prestazioni ad essa attribuite ... trattandosi di atteggiamento di inosservanza degli obblighi contrattuali perpetrato con continuità dall’impresa mandante ...”.

Infine, quanto alle ulteriori penali, rispettivamente di € 124.000,00 ed € 102.919,74 (per complessivi € 226.919,74) applicate ad Althea da ESTAR per i mesi novembre 2018 e dicembre 2018, cui fa riferimento l’originaria ricorrente, deduce la parte appellante che il T.A.R. ha omesso di valutarle, aggiungendo che “trattasi anche in questo caso di penali già note alla stazione appaltante e che dunque non richiedevano alcun ulteriore obbligo dichiarativo: esse d’altra parte erano irrilevanti, non avendo comportato alcuna interruzione dei rapporti contrattuali”.

Il motivo non può essere accolto.

In primo luogo, il T.A.R. non ha “omesso” di valutare le suddette penali, ma vi ha fatto espresso riferimento quale fatto generatore di un corrispondente obbligo dichiarativo in capo alla impresa aggiudicataria (laddove ha richiamato “le “penali applicate da Estar il 21.5.2019 in riferimento al contratto di global service per ritardo nella riparazione di guasti (allegato n. 29)”.

In secondo luogo, deve ribadirsi che non rileva, al fine di escludere un corrispondente obbligo dichiarativo, né il fatto che inerissero ad un rapporto con la medesima ESTAR, né che il rapporto sia proseguito nonostante la loro irrogazione.

Irrilevante invece, in quanto rappresentato solo con successiva memoria difensiva, è il fatto che tali penali sarebbero state comminate da ESTAR in data successiva alla presentazione della domanda di partecipazione, per cui non avrebbero potuto trovare spazio nel DGUE, né in sede di dichiarazione integrativa.

In conclusione, l'accoglimento parziale dell'appello, nella parte in cui contesta la sussistenza di un obbligo dichiarativo avente ad oggetto le penali, comporta che, per la parte non accolta, deve accogliersi il motivo riproposto dalla parte appellata, inteso a lamentare la carenza istruttoria e motivazionale del provvedimento di aggiudicazione impugnato in primo grado (e quello presupposto di ammissione della aggiudicataria alla gara), che non si è espresso sulle conseguenze derivanti dalle penali non dichiarate sull'affidabilità professionale dell'impresa reticente.

5. Gli ulteriori motivi riproposti dalla parte appellata, intesi a conseguire l'esclusione dell'impresa aggiudicataria.

L'accoglimento dell'appello, relativamente ai motivi intesi a censurare la sentenza appellata nella parte in cui ha fatto discendere l'esclusione dell'aggiudicataria dalla riscontrata violazione dei suoi obblighi dichiarativi, impone di esaminare gli altri motivi formulati in primo grado dalla originaria ricorrente e non esaminati (perché dichiaratamente assorbiti) dal T.A.R., riproposti dalla originaria ricorrente con la memoria del 25 agosto 2020.

Con essi, la parte resistente all'appello deduce che Althea non aveva affatto indicato nell'offerta tutti i costi della manodopera, in violazione dell'art. 95, comma 10, d.lvo n. 50/2016, ai sensi del quale “nell'offerta economica

l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera”), in tal modo precludendo all'Ente la verifica imposta dall'ultima parte del citato art. 95, comma 10, secondo cui “le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)”.

Allega in particolare che nei giustificativi del 12 settembre 2019 l'aggiudicataria giustifica il costo del lavoro indicato in sede di offerta economica, pari ad € 2.787.430,14, ma che il medesimo documento consente di appurare l'esistenza di una ulteriore percentuale di costi della manodopera allocati fuori dal titolo di pertinenza - ed esattamente all'interno della voce “spese generali” - e destinati ad incrementare *ab externo* il costo del personale esposto in offerta economica ai sensi dell'art. 95, comma 10, d.lvo n. 50/2016.

Essa richiama a tal fine il seguente passaggio delle giustificazioni:

“I costi per il personale, diverso da quello specificamente dedicato ai servizi presso le Amministrazioni contraenti, ovvero per il personale previsto per il supporto tecnico per eventuali interventi specialistici, per il personale impiegato nelle strutture centrali per le attività di acquisto beni e servizi, per il personale per la gestione contabile/amministrativa degli aspetti contrattuali di appalto ed attività similari, sono compresi invece nelle spese generali di impresa illustrate alla successiva Sezione B.”

Da tali rilievi la parte appellante fa discendere la sussistenza di una autonoma ed ulteriore causa escludente nei confronti dell'impresa aggiudicataria.

Il motivo non può essere accolto.

Deve infatti osservarsi che la parte appellante non formula alcuna specifica censura al fine di dimostrare che i costi inerenti al personale suindicato inerissero al costo per la manodopera, cui si riferisce la disposizione invocata, piuttosto che alla autonoma voce giustificativa dell'offerta economica, relativa alle spese generali.

Deve anzi osservarsi che l'inquadramento del costo del suddetto personale entro tale ultima voce, operato dall'impresa aggiudicataria, trova plausibile fondamento nel fatto che le prestazioni ad esso deputate non concernono in via diretta, esclusiva e costante il servizio oggetto di gara, con la conseguenza che tale costo non assume rilievo determinante al fine di verificare che l'offerta sia rispettosa dei minimi salariali retributivi, cui fa riferimento il richiamato art. 97, comma 5, lett. d) d.lvo cit., alla cui verifica è preordinata l'obbligatoria indicazione, nel contesto dell'offerta economica, del costo della manodopera.

Ne discende che non riveste carattere pertinente, ai fini della presente controversia, la copiosa giurisprudenza citata dalla parte appellata, laddove afferma la rilevanza escludente della violazione del suindicato onere dichiarativo, mentre lo è, ma in senso favorevole alla parte appellante, quella (citata con la memoria del 5 dicembre 2020) secondo cui "l'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in offerta – e la correlativa verifica della loro congruità imposta alla stazione appaltante – risponde all'esigenza di tutela del lavoro sotto il profilo della giusta retribuzione (art. 36 Cost., cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 ottobre 2020, n. 6306; V, 22 giugno 2020, n. 3972; V, 10 febbraio 2020, n. 1008); serve ad evitare, infatti, manovre speculative sulla retribuzione dei dipendenti finalizzate a rendere l'offerta in gara maggiormente competitiva rispetto alle altre.

Tale essendo la *ratio* della citata prescrizione, è gioco forza riconoscere che l'esigenza di tutela è avvertita solo e proprio per quei dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell'offerta per la specifica commessa; non è così, invece, per le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente (nella vicenda de qua il dietista), ovvero lo fanno in maniera trasversale a vari contratti (il direttore del servizio), il cui costo non si presta ad

essere rimodulato in relazione all'offerta da presentare per il singolo appalto" (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V. n. 6786/2020).

Né potrebbe pervenirsi a diverse conclusioni sulla scorta delle deduzioni formulate dalla originaria ricorrente con la memoria del 5 dicembre 2020, laddove fa leva sul documento "B2. – Relazione sul personale impiegato nel servizio" dell'offerta tecnica avversaria, nella parte in cui evidenzia che il personale di supporto previsto in offerta è "dedicato in via permanente ed esclusiva al servizio" e si precisa: "ALTRE ATTIVITÀ E SERVIZI DI SUPPORTO: La stima dei carichi di lavoro viene svolta alla luce dell'analisi di dettaglio di tutte le specifiche attività richieste e proposte in termini di numerosità e tempi medi di svolgimento".

Invero, a prescindere dal fatto che l'offerta tecnica dell'impresa aggiudicataria (di cui farebbe parte il suddetto documento B2) non è stata prodotta agli atti del giudizio (né, del resto, potrebbe esserlo in quello di appello, tenuto conto del suo carattere innovativo rispetto al materiale documentale versato in primo grado), deve osservarsi che non è provato che delle "altre attività e servizi di supporto", considerate dalla concorrente "ai fini del dimensionamento del personale tecnico dedicato in via permanente ed esclusiva al Servizio", faccia parte "il personale previsto per il supporto tecnico per eventuali interventi specialistici" (ovvero il personale che, tra le figure indicate nel ricorso introduttivo, presenta maggiore assonanza con quelle richiamate nella predetta memoria difensiva).

6. I motivi di appello aventi ad oggetto le statuizioni rinnovatorie contenute nella sentenza appellata, sulla scorta della mancata compiuta dichiarazione da parte della aggiudicataria delle vicende risolutorie/decadenziali che l'hanno interessata.

Proseguendo nell'esame delle censure formulate dalla parte appellante, vengono in rilievo quelle concernenti la statuizione rinnovatoria (dell'istruttoria e delle valutazioni svolte dalla stazione appaltante) recata dalla sentenza appellata, lamenta la parte appellante che il T.A.R., sconfinando nel merito delle valutazioni

riservate all'Amministrazione e senza ravvisare profili di manifesta erroneità o irragionevolezza nelle valutazioni operate da quest'ultima, ha invece ritenuto che le singole vicende professionali dichiarate da Althea fossero idonee a configurare una causa di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) e c-ter): in tal modo, il giudice di primo grado non avrebbe considerato che l'onere motivazionale rafforzato è previsto nel solo caso in cui la stazione appaltante pervenga ad un provvedimento espulsivo, oltre ad esaminare in modo analitico e non globale le singole vicende professionali che Althea aveva comunicato ad ESTAR, ricavandone una presunta rilevanza dei singoli fatti e tralasciando del tutto il giudizio complessivo di affidabilità.

La parte appellante richiama inoltre le pronunce del Consiglio di Stato con le quali, in una fattispecie asseritamente identica occorsa tra le stesse parti ed in cui sarebbero venute in rilievo le stesse vicende contrattuali che hanno interessato Althea, riformando sul punto la sentenza di primo grado, è stato statuito quanto segue: "... errata è infine la sentenza impugnata laddove, accogliendo il quarto motivo dell'originario ricorso proposto da Hospital Consulting Spa, ha censurato l'operato dell'Azienda nella parte in cui non avrebbe dato corso ... alla verifica dei requisiti di partecipazione previsti dall'art. 80 del D.lgs. n. 50 del 2016, in riferimento ad Althea Italia Spa, al cui carico sussisterebbero numerose risoluzioni contrattuali da parte di diverse stazioni appaltanti. Bene ha rilevato l'Azienda che le segnalazioni rilevabili dal Casellario informatico non fossero tali da comportare il divieto, per Althea Italia Spa, di sottoscrivere un contratto con le pubbliche amministrazioni, avendo infatti la stessa Azienda preso atto delle risultanze del Casellario informatico (doc. 1 allegato alla memoria di Althea Italia Spa) dalle quali non risultava nulla a suo carico, perché si trattava di risoluzioni o in parte annullate e revocate in autotutela dalle stesse stazioni appaltanti o impugnate dalla stessa Althea Italia Spa e quindi, per essere ancora *sub iudice*, non definitive ai sensi e per gli effetti dell'art. 80 del D.lgs. n. 50 del 2016. Di qui

l'erroneità della sentenza impugnata, anche in parte qua, nella parte in cui ha accolto pure il terzo motivo dell'originario ricorso, senza considerare adeguatamente che, allo stato, Althea Italia Spa era pienamente dotata dei requisiti richiesti dall'art. 80 del D.lgs. n. 50 del 2016 o, comunque, che l'Azienda, a fronte di risoluzioni annullate, revocate o contestate, non ne aveva irragionevolmente ritenuto l'affidabilità sul piano professionale nell'adempimento delle future obbligazioni" (cfr. sentenze della Sez. III n. 2686 del 26 aprile 2019 e n. 2687 del 26 aprile 2019).

Il motivo è infondato.

Il T.A.R., con particolare riguardo alle risoluzioni disposte nei confronti della aggiudicataria Althea dall'A.O. San Giovanni Addolorata e dall'A.O. Papa Giovanni XXIII di Bergamo, così come a quella disposta dall'A.O. Papardo di Messina nei confronti di Elettronica Bio Medicale il 30 maggio 2017, prima della sua fusione con Althea, ha posto in evidenza, ai fini caducatori del provvedimento impugnato, per un verso, la mancata compiuta dichiarazione delle suddette vicende contrattuali da parte di Althea, per l'altro, la carenza istruttoria del provvedimento di aggiudicazione, adottato senza aver "nemmeno ha disposto l'acquisizione delle due transazioni ai fini della valutazione delle inadempienze contrattuali che avevano condotto alla risoluzione contrattuale disposta dall'amministrazione prima e alla risoluzione transattiva poi".

E' quindi evidente che le ragioni poste dal T.A.R. a fondamento della sentenza appellata non impingono nel merito delle valutazioni riservate della P.A., né integrano un giudizio – analitico o complessivo che sia – di inaffidabilità dell'impresa aggiudicataria, essendosi il giudice di primo grado limitato a porre in rilievo la carenza istruttoria e motivazionale inficiante, *in parte qua*, i provvedimenti impugnati in primo grado.

Ugualmente non decisive, ai fini della presente controversia, appaiono le suindicate sentenze di questa Sezione.

In primo luogo, infatti, la parte appellante non dimostra – né tale circostanza è univocamente evincibile dalle sentenze menzionate e da quelle corrispondenti di primo grado – che le vicende risolutorie che venivano in rilievo coincidono con quelle di cui si controverte nel presente giudizio.

Inoltre, le sentenze della Sezione pongono in evidenza che “si trattava di risoluzioni o in parte annullate e revocate in autotutela dalle stesse stazioni appaltanti o impugnate dalla stessa Althea Italia s.p.a. e quindi, per essere ancora *sub iudice*, non definitive ai sensi e per gli effetti dell’art. 80 del d. lgs. n. 50 del 2016”: profilo, quest’ultimo, che il T.A.R., con la sentenza appellata ed in virtù del regime normativo applicabile *ratione temporis*, ha ritenuto irrilevante, “in quanto il riferimento legislativo (contenuto nella precedente versione dell’art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016) alla risoluzione “non contestata in giudizio” è stato abrogato dal d.l. n. 135 del 14.12.2018 (vigente al momento della riapprovazione della *lex specialis* di gara). Nel vigente testo normativo è quindi rilevante la risoluzione per inadempimento o atto equiparabile, a prescindere dalla pendenza o meno di contestazione giudiziale in ordine alla stessa”.

Peraltro, il T.A.R. ha illustrato le ragioni per le quali le risoluzioni contrattuali, pur se “convertite” in risoluzioni consensuali, conserverebbero la loro rilevanza ai fini dell’esercizio dei poteri valutativi spettanti alla stazione appaltante, evidenziando che “la transazione stipulata a seguito della risoluzione contrattuale disposta dalla stazione appaltante per grave inadempimento impedisce l’accertamento giudiziale circa la legittimità o meno della risoluzione stessa, ma determina definitivamente il consolidamento del fatto storico costituito dalla risoluzione per inadempimento disposta dalla stazione appaltante, che richiede, ai sensi dell’art. 1455 c.c., l’importanza e quindi la gravità dell’inadempimento. Tale circostanza (risoluzione contrattuale composta mediante transazione), integra comunque il presupposto di cui all’art. 80, comma 5 lett. C ter, del d.lgs. n. 50/2016”.

Deduce quindi la parte appellante che il T.A.R. ha accolto la censura con la quale la ricorrente lamentava che ESTAR non aveva escluso Althea in quanto destinataria di due risoluzioni disposte dall'AO San Giovanni Addolorata e dall'AO Papa Giovanni XXIII di Bergamo, poi revocate dalla stazione appaltante e trasformate in risoluzioni consensuali, sostenendo che il giudice di primo grado avrebbe “del tutto travisato il contenuto della censura, avendo esaminato le vicende professionali in questione come se le stesse non fossero state dichiarate”, laddove le stesse erano state compiutamente rappresentate dalla controinteressata e valutate dalla stazione appaltante.

Il motivo è parzialmente meritevole di accoglimento.

Quanto all'aspetto di ordine dichiarativo, infatti, dalla dichiarazione allegata al DGUE presentato dalla parte appellante si evince una adeguata ricostruzione della vicenda risolutiva concernente il contratto con la AO San Giovanni Addolorata di Roma, come si evince dai passaggi di seguito riportati:

“Althea Italia Spa è stata destinataria della Deliberazione n. 988/C del 30 ottobre 2018 dell'Azienda Ospedaliera San Giovanni Addolorata di Roma, recante la risoluzione per grave inadempimento del contratto stipulato per la “gestione e la manutenzione preventiva e correttiva, fornitura e sostituzione dei materiali connessi, verifiche di sicurezza, controlli funzionali e servizi accessori di gestione del parco delle apparecchiature elettromedicali”;

La risoluzione è contestata dinanzi al Tribunale Civile di Roma – Sez. specializzata imprese, con RG n. 73647/2018, a seguito di atto di citazione notificato il 9 novembre 2018, con cui è stato chiesto al Tribunale adito di: (i) accertare e dichiarare l'illegittimità oltre che l'infondatezza della deliberazione n. 988/DG del 30.10.2018 dell'Azienda Ospedaliera S. Giovanni Addolorata di Roma e, per l'effetto, dichiararne l'inesistenza, la nullità e/o l'inefficacia e/o disporre l'annullamento, così come di ogni altro atto prodromico, presupposto, connesso e/o conseguente; (ii) accertare e dichiarare l'intervenuta risoluzione del

contratto di appalto per grave inadempimento dell'Azienda Ospedaliera S. Giovanni Addolorata; (iii) condannare l'Azienda Ospedaliera S. Giovanni Addolorata al risarcimento di tutti i danni patrimoniali e non patrimoniale cagionati ad Althea Italia Spa, oltre rivalutazione ed interessi.

Secondo quanto riportato nell'atto di citazione:

- la risoluzione è intervenuta a seguito di un procedimento del tutto illegittimo e violativo delle disposizioni contrattuali del CSA;
- la predetta risoluzione, comminata a soli cinque mesi dalla scadenza contrattuale, è intervenuta per l'asserito superamento della soglia del 10% dell'importo delle penali comminate all'appaltatrice, penali puntualmente contestate e del tutto illegittime;
- le criticità contestate ad Althea sono da imputarsi al comportamento non collaborativo della stazione appaltante;
- l'Azienda Ospedaliera S. Giovanni Addolorata non ha provveduto al pagamento dei corrispettivi di appalto per un importo rilevante, in assenza di qualsivoglia giustificazione, configurandosi tale comportamento quale grave inadempimento rispetto alle obbligazioni assunte con la sottoscrizione del contratto di appalto.

La predetta Delibera di risoluzione è stata revocata in autotutela con deliberazione del Commissario Straordinario dell'Azienda Ospedaliera S. Giovanni Addolorata n. 77CS del 04 marzo 2019, a seguito di accordo transattivo tra le parti, con il quale si è dato atto che il "contratto è risolto consensualmente, con reciproca rinuncia alle rispettive pretese di vederlo risolto per grave inadempimento altrui".

Il predetto provvedimento di risoluzione è, dunque, ad oggi inesistente nel mondo giuridico, sicché non potrebbe neppure astrattamente ritenersi indice di un grave illecito professionale".

Né il fatto che l'impresa dichiarante abbia ritenuto la suddetta vicenda come irrilevante, agli effetti dell'art. 80, comma 5, lett. c-ter d.lvo n. 50/2016, può essere considerato indice del carattere non esauriente della citata dichiarazione, essendo del tutto naturale che la parte dichiarante corredi la componente rappresentativa della sua dichiarazione con considerazioni di carattere valutativo, di pertinenza a rigore della stazione appaltante, al fine di orientare in senso a sé favorevole le valutazioni in ordine alla sua affidabilità professionale.

Ad analoghe conclusioni deve pervenirsi con riferimento alla risoluzione disposta dall'AO Papa Giovanni XXIII di Bergamo, in ordine alla quale l'impresa appellante dichiarava esaurientemente, ad integrazione del DGUE, che:

- "Althea Italia è stata destinataria della Delibera dell'Azienda Ospedaliera ASST Papa Giovanni XXIII Bergamo n. 1310 del 19.07.2018, di "risoluzione immediata per grave inadempimento del contratto stipulato con Althea Italia S.p.A., ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 21 e 31 del capitolato speciale d'appalto, con conseguente escussione della cauzione definitiva e inoltre delle segnalazioni prescritte dal codice degli appalti, ferma restando la responsabilità dell'operatore per tutti i maggiori danni patiti e patienti dall'ASST".

Tuttavia, la predetta Delibera è stata revocata in autotutela con deliberazione del Direttore Generale dell'ASST Papa Giovanni XXIII di Bergamo n. 2373 del 21.12.2018, a seguito di accordo transattivo tra le parti, con il quale si è dato atto che il "contratto è risolto consensualmente, con reciproca rinuncia alle rispettive pretese di vederlo risolto per grave inadempimento altrui".

Il predetto provvedimento di risoluzione è, dunque, ad oggi inesistente nel mondo giuridico, sicché non potrebbe neppure astrattamente ritenersi indice di un grave illecito professionale".

Sotto l'aspetto esaminato, inteso ad evidenziare presunte carenze dichiarative imputabili all'impresa aggiudicataria, quindi, l'appello è meritevole di accoglimento.

Quanto invece al profilo valutativo, cui afferisce la statuizione di carenza motivazionale ed istruttoria recata dalla sentenza appellata, è condivisibile, in linea di principio, l'assunto secondo cui la motivazione del provvedimento di ammissione può essere ricavata *per relationem* alla citata dichiarazione sostitutiva, integrativa del DGUE: tuttavia, nessuna compiuta censura è stata formulata dalla parte appellante con riferimento alla carenza istruttoria che il T.A.R. ha ritenuto inficiare il provvedimento suindicato, con particolare riferimento alla omessa acquisizione dell'atto transattivo, ai fini del compiuto esercizio del potere valutativo spettante alla stazione appaltante.

Sotto tale profilo, quindi, l'appello deve essere respinto.

Con specifico riferimento alla risoluzione disposta da AO Papardo con delibera del 30 maggio 2017, deduce invece la parte appellante che il T.A.R., ancora una volta, ha trattato la stessa come se fosse stata consumata un'omissione dichiarativa, laddove Althea aveva dichiarato in ordine alla stessa, in sede di partecipazione alla gara, quanto segue:

- Elettronica Biomedicale S.r.l., fusa per incorporazione ad Althea Italia S.p.A. il 21.06.2018 con effetti dal 1/07/2018, è stata destinataria della Delibera n. 470 del 30.05.2017 e notificata il 6.06.2017 del Direttore dell'Azienda Ospedaliera Papardo di Messina recante la risoluzione del contratto servizio di gestione e manutenzione di tipo "Full Risk" delle apparecchiature biomedicali, sottoscritto con l' R.T.I. Elettronica Bio Medicale s.r.l. (Mandataria), Conmed Engineering Scarl (mandante) e Meditech s.r.l. (mandante), per l'asserito superamento del 10% delle penali del canone annuale.

Tale risoluzione contrattuale è stata contestata giudizialmente dinanzi al Tribunale Civile di Palermo (RG n. 1295/2017), dinanzi al quale è stato chiesto di: i) accertare e dichiarare la nullità/annullamento/illegittimità delle penali illegittimamente e ingiustificatamente addebitate e per l'effetto la caducazione e/o disapplicazione della delibera di risoluzione del contratto notificata il

06.06.2017; i) in subordine, considerato che le prestazioni principali sono state eseguite e che l'importo delle penali è manifestamente eccessivo, la sensibile riduzione - anche ex officio- delle penali impugnate con ogni conseguente effetto sulla 'tenuta' della delibera di risoluzione in punto di (mancato) superamento della soglia del 10%; iii) in ogni caso, la condanna dell'ente sanitario al pagamento della propria quota di corrispettivi e al risarcimento dei danni subiti e subendi.

Secondo quanto riportato nell'atto di citazione, infatti, la delibera di risoluzione è illegittima/invalida:

- sul piano procedurale, poiché, in patente violazione della sequenza procedimentale dettata dal contratto vigente inter partes (art. 11) e dalle norme di settore (art. 136 d.lgs. 163/2006), le penali sono state addebitate improvvisamente, tutte in un solo giorno e con grandissimo ritardo rispetto ai singoli episodi, mai contestati prima di detta data;
- nel merito, in quanto le penali sono pure ingiustificate per assoluta insussistenza dei presupposti su cui le stesse si fondano. E ciò sia in via generale sia riguardo alla loro misura, palesemente eccessiva se si considera che tutte le obbligazioni facenti capo al RTI, tanto quelle principali quanto quelle accessorie, sono state sempre regolarmente adempiute e non vi è mai stata interruzione dei servizi prestati dall'ente sanitario;
- l'ente sanitario non provveduto al pagamento di fatture per un totale di € 773.173,72, il cui saldo è stato sollecitato da Elettronica Biomedicale con propria diffida del 15.07.2017, immediatamente antecedente alla Delibera di risoluzione contrattuale disposta dall'Azienda Ospedaliera Papardo di Messina in data 30.07.2017.

La risoluzione non presenta quindi i presupposti del grave illecito professionale, in quanto contestata giudizialmente e, ad ogni buon conto, infondata nel merito,

sicché non può essere considerata tale da porre in dubbio l'affidabilità della Ditta".

La parte appellante quindi, evidenziato che, con la citata dichiarazione sostitutiva, essa aveva reso edotta la stazione appaltante di tutti i passaggi procedurali e processuali della vicenda, per cui sarebbe del tutto inconferente quanto rilevato dal T.A.R., secondo il quale la contestazione in giudizio non priverebbe il fatto della sua idoneità a costituire un indice di grave illecito professionale, deduce che ESTAR ha valutato la risoluzione, contestata in giudizio, e ha ritenuto la stessa non rilevante.

Il motivo di appello non può essere accolto, avendo il T.A.R. espressamente evidenziato, sul punto, che "irrilevanti sono le contestazioni giudiziali dell'atto di risoluzione, in quanto il riferimento legislativo (contenuto nella precedente versione dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016) alla risoluzione "non contestata in giudizio" è stato abrogato dal d.l. n. 135 del 14.12.2018 (vigente al momento della riapprovazione della *lex specialis* di gara). Nel vigente testo normativo è quindi rilevante la risoluzione per inadempimento o atto equiparabile, a prescindere dalla pendenza o meno di contestazione giudiziale in ordine alla stessa".

Permane quindi, anche da questo punto di vista, la carenza motivazionale inficiante il provvedimento impugnato, in ordine all'incidenza della vicenda sull'affidabilità professionale dell'impresa dichiarante, non incisa dalle deduzioni di parte appellante.

Questa deduce quindi, con riferimento al provvedimento di decadenza dell'aggiudicazione emesso dall'AO Cannizzaro di Catania nei confronti di Elettronica Bio Medica (EBM), poi fusasi in Althea, ed al provvedimento di risoluzione pronunciato dall'AO San Carlo di Potenza, poi riqualificato in sede giurisdizionale come "revoca dell'aggiudicazione", che il T.A.R. ha ritenuto che tali fatti non sarebbero stati valutati da parte di ESTAR, senza tuttavia fornire

alcuna idonea motivazione a comprova di tale omessa o errata valutazione, avendo anche in questo caso il T.A.R. esaminato la censura come se avesse ad oggetto l'omessa dichiarazione delle due vicende professionali in questione.

Espone la parte appellante che le due vicende professionali sono state invece rese note e vagliate da parte di ESTAR, che non ha ravvisato, coerentemente con il tenore delle vicende professionali in questione ed alla luce di un complessivo giudizio di affidabilità sull'operatore economico, alcun presupposto per disporre l'esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) e c-ter) d.lvo n. 50/2016.

In ordine a tale censura, deve premettersi che il T.A.R. ha posto a fondamento della pronuncia di accoglimento *in parte qua* del gravame (non il mancato assolvimento da parte dell'impresa aggiudicataria dei suoi obblighi dichiarativo, ma) la mancata compiuta valutazione delle relative vicende da parte della stazione appaltante, per gli effetti di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-ter d.lvo n. 50/2016.

Deve infatti osservarsi che, con la dichiarazione integrativa del DGUE, Althea dichiarava quanto segue:

- Elettronica Biomedicale S.r.l., fusa per incorporazione ad Althea Italia S.p.A. il 21.06.2018 con effetti dal 1/07/2018, è stata destinataria della Delibera n. 855 del 18 aprile 2016 del Direttore Generale che ha disposto la decadenza della società EBM Srl dall'aggiudicazione del "Servizio triennale di gestione e manutenzione full risk delle apparecchiature elettromedicali" dell'Azienda Ospedaliera Cannizzaro di Catania in ragione della mancata consegna dei contratti stipulati con le aziende produttrici delle apparecchiature e/o con quelle da essi autorizzate, ai sensi dell'art. 25.12 del CSA, entro i termini espressamente stabiliti dalla *lex specialis*.

Avverso tale provvedimento Elettronica Bio Medicale ha proposto formale ricorso innanzi al TAR Catania (R.G. 797/2016) chiedendo, previa discussione dell'istanza cautelare, l'annullamento del provvedimento di revoca

dell'aggiudicazione. Il TAR Catania con Ordinanza n. 398/2016 negava l'istanza cautelare.

La Delibera n. 855 del 18 aprile 2016 attiene solo ed esclusivamente ad una decadenza dall'aggiudicazione in quanto Elettronica Bio Medicale non aveva sottoscritto alcun contratto di appalto con l'Azienda Ospedaliera Cannizzaro, pertanto, detto provvedimento non presenta i presupposti del grave illecito professionale sicché non può essere considerato tale da porre in dubbio l'affidabilità della Ditta.

In relazione alla decadenza dall'aggiudicazione disposta dall'AO San Carlo di Potenza, Althea dichiarava invece che:

- Althea Italia S.p.A.2 è stata destinataria della Delibera del Commissario con poteri di Direttore Generale 2018/00854 del 16.07.2018 dell'Azienda Ospedaliera San Carlo di Potenza, con cui è stato risolto il contratto con la società TBS Imaging Spa del 7.01.2018 (fusa per incorporazione ad Althea Italia S.p.A. il 21.06.2018 con effetti dal 1/07/2018) avente ad oggetto il servizio di manutenzione full risk di tutte le apparecchiature del sistema di Risonanza Magnetica Nucleare.

Tale risoluzione contrattuale è stata, tuttavia, revocata in autotutela dall'Amministrazione, a seguito del giudizio instaurato dinanzi al TAR Potenza (RG n. 358/2018), conclusosi con sentenza n. 765 del 16 novembre 2018, con la quale il TAR adito ha riconosciuto la propria giurisdizione "poiché, nella specie, non è stato stipulato il contratto di appalto tra l'Azienda Ospedaliera San Carlo di Potenza e la TBS Imaging S.p.A. e l'impugnata Del. n. 854 del 16.7.2018 assume la configurazione di un provvedimento di annullamento della precedente aggiudicazione di cui alla Del. n. 463 del 24.4.2018".

L'Azienda Ospedaliera San Carlo di Potenza, con propria deliberazione n. 2018/01484 del 28.12.2018 ha preso atto della predetta sentenza resa dal TAR Potenza e ha quindi disposto la revoca dell'aggiudicazione in favore della TBS

Consulting, in luogo della risoluzione contrattuale, che non è dunque più esistente nel mondo giuridico.

Tale vicenda non presenta dunque i presupposti del grave illecito professionale, atteso che l'art. 80, comma 5, lett. c) tipizza quale mezzo di prova del grave illecito professionale “le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione”, limitando la rilevanza degli episodi della vita professionale dell'operatore economico a quelli relativi alla fase esecutiva e non anche alle vicende professionali relative alla fase antecedente la stipula di un contratto”.

Il T.A.R. ha nondimeno ritenuto che le vicende suindicate dovessero essere vagliate dall'Amministrazione, agli effetti dell'art. 80, comma 5, lett. c-ter d.lvo n. 50/2016, evidenziando, quanto alla prima, che “la conseguenza di tale inadempienza è stata la decadenza dall'aggiudicazione (con escussione della cauzione) disposta dall'A.O. Cannizzaro di Catania, e non la risoluzione, trattandosi di sanzione comparabile con la risoluzione *ex* art. 80, comma 5, lett. C ter, del d.lgs. n. 50/2016”, e quanto alla seconda che “la decadenza dall'aggiudicazione disposta dall'A.O. San Carlo di Potenza nei confronti della società TBS, fusa con Althea in data 4.4.2018 (decadenza evidenziata con il sesto motivo di ricorso), la quale, unitamente alle altre inadempienze contrattuali in cui è incorsa la controinteressata, rileva ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. C, del d.lgs. n. 50/2016”.

Le appena riportate statuizioni non sono state specificamente contestate dalla parte appellante, né potrebbe farsi leva sul carattere etero-integrativo della dichiarazione sostitutiva rispetto al provvedimento di ammissione, ai fini della motivazione di quest'ultimo, non contenendo essa alcun elemento utile ai fini della valutazione di affidabilità dell'operatore, ma limitandosi ad affermare l'irrilevanza delle vicende (l'una perché consistente nella decadenza dall'aggiudicazione e l'altra perché inerente ad una fase antecedente

all'esecuzione del contratto) che il T.A.R., con i rilievi innanzi riportati, ha ritenuto di non condividere: resta quindi indimostrato quanto sostenuto dalla parte appellante, nel senso che le descritte vicende sarebbero state “vagliate” dalla stazione appaltante.

7. I motivi di appello aventi ad oggetto la statuizione rinnovatoria recata dalla sentenza appellata, con riferimento alle vicende dichiarate dalla aggiudicataria ma non compiutamente vagliate dalla stazione appaltante.

Infine, deduce la parte appellante che la sentenza appellata è meritevole di riforma nella parte in cui ha accolto il preteso difetto di istruttoria in cui sarebbe incorsa la stazione appaltante per non aver richiesto né ulteriori delucidazioni, né integrazioni documentali con riferimento ai precedenti professionali da essa dichiarati: deduce per contro che le dichiarazioni da essa rese erano complete ed esaustive, per cui ESTAR aveva già ottenuto tutte le informazioni necessarie per una completa valutazione dell'affidabilità dell'operatore economico.

La censura si rivolge in particolare avverso il seguente paragrafo della sentenza appellata: “7. Parimenti fondata è l'ottava doglianza, in quanto la commissione di gara non ha compiuto un'adeguata attività istruttoria a fronte delle numerose penali e risoluzioni contrattuali, riportate dalla controinteressata, dichiarate dalla stessa nel documento allegato al DGUE”.

Lamenta la parte appellante che anche a tale riguardo il T.A.R. ha invaso la sfera discrezionale dell'Amministrazione, laddove ha ritenuto obbligatorio un onere di acquisizione documentale che sarebbe invece rimesso alla libera determinazione della stazione appaltante.

Il motivo è infondato.

Deve premettersi che, con l'allegato al DGUE, l'impresa aggiudicataria dichiarava quanto segue:

“Althea Italia S.p.a. è stata destinataria di penali, che si indicano di seguito:

ASST LARIANA importo penale € 248.000,00

Azienda Sanitaria Locale BR-brindisi € 11.100,00

Azienda Sanitaria Locale BR-brindisi € 14.700,00

Policlinico Ca' Granda Milano € 199.920,00”.

Indicava altresì gli estremi delle delibere irrogative della sanzione ed aggiungeva che:

“nessuna delle citate penali appare tuttavia riconducibile alla nozione di “sanzione comparabile”, alla quale fa riferimento l’art. 57, par. 4, della dir. 2014/24/UE e che è oggi recepita anche dal novellato art. 80, comma 5, lett. c-ter), al fine di indicare la soglia di rilevanza delle altre sanzioni.

Le penali indicate ricevute da Althea Italia non hanno dato origine a provvedimenti comparabili alle risoluzioni contrattuali né appaiono indicative di significative o persistenti carenze nelle esecuzioni contrattuali. Althea Italia gestisce infatti oltre 450 contratti per un fatturato complessivo di circa € 245.000.000,00 su base annua, sicché le citate penali applicate nell’ambito dei contratti in corso di esecuzione, per un valore del tutto marginale rispetto a quello complessivo delle commesse, non presentano i presupposti del grave illecito professionale ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c) del D.lgs. 50/2016”.

Va altresì evidenziato che l’originaria ricorrente lamentava essenzialmente che la stazione appaltante non aveva acquisito i provvedimenti applicativi delle penali né gli importi contrattuali.

Il T.A.R. ha al riguardo rilevato che “la commissione di gara non ha compiuto un’adeguata attività istruttoria a fronte delle numerose penali e risoluzioni contrattuali, riportate dalla controinteressata, dichiarate dalla stessa nel documento allegato al DGUE”, ritenendo che “trattasi infatti di pregresse condotte contrattuali che possono dare adito a dubbi sull’affidabilità professionale della controinteressata, talché il giudizio di non gravità o irrilevanza non emerge in maniera implicita o per fatti concludenti e richiede quindi un’approfondita istruttoria ed una puntuale e argomentata motivazione”.

Ebbene, in primo luogo, la rilevazione dei vizi istruttori e motivazionali non impinge nel merito delle scelte amministrative, come sostiene la parte appellante, ponendo piuttosto in rilievo profili propri del sindacato di legittimità, inerente alla compiutezza istruttoria e motivazionale del provvedimento scrutinato.

In secondo luogo, la parte appellante si limita ed evidenziare che, mediante il DGUE (e la dichiarazione ad esso allegata), essa ha fornito alla stazione appaltante tutti gli elementi necessari ai fini delle sue valutazioni, laddove la sentenza appellata pone in rilievo essenzialmente la carenza motivazionale del provvedimento impugnato: profilo in ordine al quale la parte appellante non formula specifiche censure.

Inoltre, i rilievi in precedenza formulati, in ordine alla rilevanza delle penali (dichiarate dalla stessa aggiudicataria), avrebbero imposto alla stazione appaltante di acquisire almeno gli elementi informativi la cui mancata assunzione è stata lamentata dalla ricorrente.

8. Conclusioni sulla portata della sentenza di appello.

In conclusione, l'appello è parzialmente meritevole di accoglimento, ovvero limitatamente alla statuizione recata dalla sentenza appellata che ha fatto discendere l'esclusione della appellante dalla violazione degli obblighi dichiarativi ad essa facenti capo.

La medesima sentenza deve invece essere confermata per il resto, con le integrazioni motivazionali (anche quanto al parziale accoglimento dei motivi del ricorso introduttivo riproposti in appello dalla parte appellata) che precedono, relativamente al dispositivo rinnovatorio da essa recato, ovvero ai fini della rinnovazione dell'esercizio del potere della stazione appaltante di ammissione alla gara dell'impresa aggiudicataria, emendandone la precedente manifestazione dai vizi istruttori e motivazionali dianzi illustrati.

La complessità dell'oggetto della controversia giustifica la compensazione delle spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, nei sensi precisati in motivazione.

Spese dei due gradi di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio, svolta in modalità telematica, del giorno 17 dicembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Garofoli, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Ezio Fedullo

IL PRESIDENTE

Roberto Garofoli

IL SEGRETARIO