Pubblicato il 22/07/2021
N. 05516/2021REG.PROV.COLL.
N. 03142/2021 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 3142 del 2021, proposto da Sterimed S.r.l. in proprio e quale mandataria del Rti con Eco-Lan S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Andrea Mangione, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti;
contro
Azienda Sanitaria Locale Napoli 1 Centro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Tiziana Servillo, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso il suo studio in Napoli, via del Parco Margherita 49;
nei confronti
Rti Demax Depositi e Trasporti S.p.A. e in proprio non costituita in giudizio;
Adapta S.p.A. in proprio e quale mandataria del costituendo Rti con Demax Depositi e Trasporti S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati Francesco Scacchi e Elio Leonetti, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Elio Leonetti in Roma, via XXIV Maggio n. 43;
per la riforma
della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sede di Napoli, sez. V, n. 1795/2021, resa tra le parti, pubblicata il 17 marzo 2021 e non notificata, con cui era respinto il ricorso proposto da Sterimed per l'annullamento della determina dirigenziale dell'ASL Napoli 1 Centro n. 2415 dell'1 ottobre 2020, della comunicazione di aggiudicazione resa in data 7 ottobre 2020, degli atti di nomina/rettifica della Commissione di gara e, nei limiti d'interesse, di tutti i verbali delle sedute pubbliche e riservate della stessa, della *lex specialis* per quanto di ragione e di ogni atto presupposto, consequenziale o comunque connesso, nonché per la declatoria d'inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato tra l'intimata Amministrazione e l'RTI Adpata spa – Depositi e Trasporti Spa, e per la condanna del medesimo Ente al risarcimento del danno in forma specifica mediante subentro del RTI guidato da Sterimed srl nel rapporto negoziale scaturente dal predetto contratto o, in subordine, mediante rinnovazione della procedura di gara;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'art. 6, comma 1, lett. e) del d.l. 1 aprile 2021 n. 44, con il quale è stato prorogato il regime per lo svolgimento delle udienze da remoto fino alla data del 31 luglio 2021;
Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale Napoli 1 Centro e di Adapta S.p.A. in proprio e quale mandataria del costituendo Rti con Demax Depositi e Trasporti S.p.A.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza con modalità da remoto del giorno 15 luglio 2021 il Cons. Solveig Cogliani e uditi per le parti gli Avvocati Andrea Mangione, Tiziana Servillo, Francesco Scacchi e Elio Leonetti;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO
I – La presente controversia riguarda la procedura aperta per l'affidamento del servizio di conduzione e manutenzione della centrale di sterilizzazione presso l'Ospedale del Mare dell'Asl Napoli 1 Centro, nonché del servizio di noleggio, ricondizionamento, manutenzione e sterilizzazione dei ferri chirurgici, indetta con bando dell'1 febbraio 2017 dall'Asl Napoli 1 Centro.
La durata del servizio era fissata in sessanta mesi, prorogabili per altri ventiquattro.
Il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla selezione partecipavano cinque raggruppamenti: 1) RTI Sterimed srl - Eco-Lan srl; 2) RTI Adapta spa - Demax Depositi e Trasporti spa; 3) RTI American Laundry Ospedaliera spa - Servizi Italia spa - Servizi Ospedalieri spa - SAF srl; 4) RTI Steris spa – Svas Biosana spa – Farma Logistica srl; 5) RTI Steritalia spa – Servizi Sanitari Integrati srl.
La valutazione dell'elemento qualità si concludeva con la redazione di una griglia parametrica, nella quale l'ATI Adapta figura con p. 80 e il RTI Sterimed con p. 79,32.
La graduatoria provvisoria vedeva la controinteressata in testa con p. 100, seguita dall'ATI Sterimed con p. 93,48, staccata di p. 6,52.
A seguito della verifica dell'anomalia, con determina dirigenziale n. 2415 dell'1 ottobre 2020, pubblicata il giorno seguente e notificata il 7 ottobre 2020, era disposta l'aggiudicazione.
Avverso il provvedimento di aggiudicazione l'attuale appellante ha proposto ricorso, che è stato respinto.
In questa sede, l'appellante deduce - in diverso ordine rispetto al primo grado - i motivi di censura nei confronti della sentenza di primo grado, che sono di seguito indicati.
1) *Error in iudicando* sul primo motivo del terzo ricorso per motivi aggiunti: "Violazione e falsa applicazione della lex specialis: artt. 10 e 16 del capitolato. Violazione e falsa applicazione dell'art. 105 del d.lgs. n. 50/16. Contraddittorietà e perplessità dell'offerta tecnica del RTI Adapta. Eccesso di potere per sviamento e manifesta irragionevolezza".
L'art. 10 del capitolato di gara dispone che "il concorrente deve indicare all'atto dell'offerta le parti del servizio/fornitura che intende subappaltare o concedere in cottimo … in mancanza di tali indicazioni, il subappalto è vietato"; mentre il successivo art. 16.1 lett. m) richiede all'operatore di dichiarare "quali prestazioni intende, ai sensi dell'art. 105 del Codice, eventualmente subappaltare … NB: in mancanza di tale dichiarazione il subappalto non sarà autorizzato".
A fronte di tale previsione la controinteressata avrebbe manifestato l'inequivoca volontà negoziale di "NON subappaltare parte del contratto a soggetti terzi", depennando l'alinea "m" del modulo di partecipazione A/1, e, tuttavia, l'offerta tecnica avversaria demanderebbe a soggetti terzi l'esecuzione di una quota estremamente significativa delle prestazioni contrattuali, in asserita contraddizione con la dichiarazione resa. In particolare, con riferimento al servizio di manutenzione apparecchiature di cui agli artt. 4 e 5 del capitolato, gestito attraverso un contratto di manutenzione full risk con società specializzata (come evincibile dalla relazione tecnica); al servizio di convalida attrezzature di cui agli artt. 4, 5, 6 e 13 del capitolato, integralmente affidato alla società Steritek spa, che rilascia anche rapporti e certificati di taratura (all. V della relazione tecnica); al servizio di manutenzione container e strumentario chirurgico di cui agli artt. 4, 6 e 7 del capitolato, espletato attraverso società specializzate, incaricate di ogni riparazione e manutenzione di natura non rutinaria (pag. 64 relazione tecnica e Allegato VI); ai controlli sul prodotto e sull'ambiente di cui all'art. 6 del capitolato, affidati anch'essi alla Steritek spa, la quale a sua volta demanda le analisi a laboratori esterni certificati (ciò in asserito divieto di subappalto a cascata ex art. 105 comma 19 d.lgs. n. 50/16) (All. V – punti 8.6.1 e 8.7, pag. 11).
Errata sarebbe la prospettazione del giudice di primo grado, secondo cui le esternalizzazioni riguarderebbero servizi accessori necessariamente demandati a operatori qualificati, di valore inferiore alle soglie di cui all'art. 105 comma 2 d.lgs. n. 50/16, pertanto qualificabili come meri sub-contratti, per i quali sarebbe previsto il solo onere comunicativo nella fase esecutiva del rapporto contrattuale.
Afferma, di contro, l'appellante che i servizi di manutenzione/convalida Centrale e di manutenzione strumentario chirurgico figurano nella stessa intestazione della gara d'appalto; sono qualificati come "componenti fondamentali" dell'affidamento ai sensi della lett. A), punti 3 e 4, e lett. C), punto 2, dell'art. 4 del Capitolato, rubricato "Oggetto dell'appalto"; vengono puntualmente disciplinati nei successivi artt. 5, 6, 7 e 13 del Capitolato, ove si attesta tra l'altro come beneficiaria delle prestazioni sia l'Amministrazione e non già l'aggiudicatario; sono annoverati tra le "prestazioni principali" ai sensi dell'art. 1 del Disciplinare - tabella descrittiva di pag. 3, che invece qualifica esclusivamente come secondari i servizi di noleggio ferri chirurgici e logistica (doc. n. 3).
Allo stesso modo, il carattere di accessorietà non si riscontrerebbe neppure nei controlli sul prodotto e l'ambiente, dal momento che l'art. 6 del Capitolato li disciplina quali sua parte integrante, e non alla stregua di prestazioni collaterali e prive di autonomia.
Si tratterebbe di sub-affidamenti necessari in quanto destinati a soggetti specializzati. In questo senso, si confermerebbe la tesi dell'appellante secondo cui l'aggiudicataria non sarebbe in grado autonomamente assolvere alle prestazioni pur essenziali previste dalla legge di gara.
2) *Error in iudicando* sulla seconda censura del ricorso introduttivo, integrata dal secondo motivo dell'atto per motivi aggiunti del 3 dicembre 2020: "Violazione e falsa applicazione della lex specialis: art. 6 del

capitolato e art. 6 dello schema di contratto. Eccesso di potere per carenza istruttoria e difetto di motivazione. Irragionevolezza manifestata", con cui Sterimed aveva censurato, sotto diversi aspetti e in prospettiva escludente, il sottodimensionamento del contingente di manodopera che il convenuto RTI aveva indicato nell'offerta.
Il Tribunale respingeva le cesure, ritenendole inammissibili alla luce del principio di tassatività della causa di esclusione. Inoltre, in assenza di indicazioni sul numero minimo di operatori da impiegare, evidenziava che l'affidamento mira a concentrare il servizio di sterilizzazione nella Centrale ubicata presso l'Ospedale del Mare, con dismissione delle altre Sub-Centrali ospitate nei dodici presidi ospedalieri distribuiti sul territorio: P.O. San Giovanni Bosco; P.O. Santa Maria di Loreto; P.O. S.S. Ascalesi; P.O. San Paolo; P.O. Pellegrini; P.O. San Gennaro; P.O. Incurabili; P.O. G. Capilupi; P.S. Intermedio; P.I. Elena D'Aosta; P.I. Loreto Crispi; P.I. C.SP Vittorio Emanuele.
Tale assunto – a dire dell'appellante – sarebbe smentito in quanto il progetto tecnico dell'aggiudicataria manterrebbe in attività tutte le predette Sub-Centrali (doc. n. 25). Nel dettaglio, il RTI aggiudicatario si sarebbe obbligato a garantire la manutenzione e convalida delle tre Sub- Centrali ubicate presso i PP.OO. San Paolo, San Giovanni Bosco e Capilupi, nonché la gestione delle apparecchiature lavastrumenti e autoclavi in ciascuna delle altre nove, onde ivi consentire un rapido servizio di sterilizzazione interno.
Ciò posto, l'organigramma stilato sarebbe insufficiente, riservando alle Sub-Centrali appena n. 2 operatori full time i quali. Né risulterebbero elementi nei giustificativi. Ancora, il progetto tecnico della controinteressata impiegherebbe 8 autisti secondo tempi che non sarebbero – a dire dell'appellante – plausibili.
Non ammissibile sarebbe la correzione con la previsione di n. 4 unità part-time, anziché le n. 2 full-time in organigramma e comunque insufficiente.
Il progetto Adapta non chiarirebbe quali e quante risorse siano preposte alla logistica interna, sebbene l'art. 8 del capitolato ponesse a carico dell'assuntore plurimi prelievi e consegne dei dispositivi trattati, presso i reparti dei 12 plessi ospedalieri fruitori del servizio di sterilizzazione.
Né tale lacuna sarebbe adeguatamente colmata dall'indicazione degli autisti come da memoria Adapta del 9 gennaio 2021.
Ugualmente sottovalutato sarebbe il personale dedicato alla Centrale di Sterilizzazione presso l'Ospedale del Mare, costituito da solo 20 unità a tempo pieno, di cui 4 con profilo di Responsabile Centrale e 16 di Operatore Centrale. Invero, pur in assenza di specifiche tecniche in ordine al quantitativo minimo di manodopera da impiegare, anderebbe considerato che Adapta ha garantito l'operatività della Centrale di Sterilizzazione H24; mentre l'art. 2 del capitolato stima gli interventi annui in "interventi chirurgici n. 24.500; interventi in Day Surgery n. 13.000; interventi ambulatoriali n. 8.500";
Al riguardo, riporta il confronto con la recente procedura distinta da CIG n. 8435497855, indetta dall'Azienda USL di Bologna con determina n. 2006 del 22 settembre 2020, per la gestione della sterilizzazione dei dispositivi medici e strumentario chirurgico presso il policlinico S. Orsola – Malpighi.
3) *Error in iudicando* sulla terza censura del ricorso introduttivo, integrata dal secondo motivo del ricorso per motivi aggiunti del 3 dicembre 2020: "Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/16. Eccesso di potere per carenza istruttoria, difetto di motivazione e irragionevolezza manifesta. Grave sottostima dei costi della manodopera. Insostenibilità dell'offerta".
Sterimed contestava la riduzione dei prezzi praticata dalla controinteressata, la quale ha proposto un ribasso di quasi il 40% sulla base d'asta.
Deduce che i giustificativi redatti dall'ATI Adapta ometterebbero una serie di costi pur previsti dal progetto tecnico: - in particolare i costi per gli operatori presso i PP.OO. di Capilupi e San Giovanni Bosco.
Second l'appellante questi operatori avrebbero un costo annuo di € 167.410,88, mentre erroneamente il giudice di primo grado avrebbe ricondotto il costo predetto alla voce "4 Operatori Centrali Esterne part time" dei giustificativi.
Tali figure non avrebbero alcuna attinenza con gli operatori delle Centrali Esterne, ivi impegnati nella manutenzione/convalida apparecchiature e/o sterilizzazione. Sicché sarebbe evidente l'omessa quotazione delle prime funzioni nei giustificativi sull'anomalia dell'offerta, che nella voce inerente agli Operatori Centrali Esterne, si riferiscono alle seconde.
In ogni caso anche nella prospettiva della controinteressata, si avrebbe una sottostima di € 41.852,72, pari al costo annuo di adeguamento di 2 regimi part time in full time.
Ancora, la controinteressata prevedeva, quale elemento qualificante la propria offerta, l'impiego di 4 operatori già formati e immediatamente disponibili per sopperire alle impreviste carenze d'organico, tuttavia, senza computarne il costo, pari – asseritamente - a complessivi € 168.466,32.

Inoltre, il progetto Adapta prevede la presenza di n. 2 operatori nel turno notturno dal lunedì al venerdì, tuttavia, senza prevede alcuna maggiorazione per il lavoro notturno.
Avrebbe errato il giudice di primo grado nel ritenere non dovuta la maggiorazione, perché compensata da Adapta attraverso l'istituto reperibilità.
Ancora, per la gestione della Centrale di Sterilizzazione, l'aggiudicataria computerebbe solo 16 operatori dei 17 necessari.
Con riferimento al cronoprogramma degli autisti, assume l'appellante la mancata quotazione dell'autista munito di patente ADR.
Ancora la controinteressata non avrebbe quotato i seguenti costi:
- squadra di Specialist a supporto dell'organizzazione, attiva nelle fasi di avviamento dei servizi e in tutte quelle successive sino a loro completa messa a regime, composta da n. 1 Responsabile di avvio servizio (Capo centrale con esperienza pluriennale nella conduzione di Centrali di sterilizzazione), n. 1 Capo turno (con esperienza pluriennale nella gestione di gruppi di addetti) e n. 1 Addetto alla sterilizzazione (con esperienza pluriennale nel servizio di sterilizzazione strumentario);
- figura del Product Specialist, onerato dell'analisi dei set chirurgici e dello strumentario in essere ai fini della sua migliore ottimizzazione;
- personale incaricato della redazione del piano di qualità del servizio, chiamato a redigere un fascicolo tecnico finalizzato all'ottenimento della certificazione Uni En Iso 9001 e Uni En Iso 13485;
- operatori della Centrale in Pomezia da attivarsi in caso di emergenza;
- personale amministrativo.
Erroneamente la sentenza avrebbe ritenuto che si tratterebbe di personale impiegato in maniera trasversale nella commessa, per il quale la giurisprudenza non imporrebbe la specifica deduzione ai sensi dell'art. 95 comma 10 del d.lgs. n. 50/16.
Di contro, ritiene l'appellante che le esigenze di verifica dei trattamenti minimi salariali avverrebbero per tutta la manodopera comunque coinvolta nell'appalto.
Da quanto dedotto, deriverebbero disavanzi ben superiori all'utile di commessa, stimato in appena € 189.584,19 annui; superando quanto ritenuto dalla decisione di primo grado in ordine alla ragionevolezza del giudizio di congruità.
4) *Error in iudicando* sul secondo motivo del terzo ricorso per motivi aggiunti: "Violazione e falsa applicazione della lex specialis: artt. 3, 16 e 18 del disciplinare. Violazione di legge: combinato disposto art. 97 comma 5 lett. c) e 95 comma 10 del d.lgs. n. 50/16. Incongruità degli oneri aziendali di sicurezza aziendale. Eccesso di potere per carenza istruttoria, difetto di motivazione e irragionevolezza manifesta".
Sterimed censurava la parzialità degli oneri di sicurezza aziendale stimati in complessivi € 20.933,00, in ragione dell'omesso computo nel costo della manodopera di figure lavorative pur previste nel progetto tecnico; su tutti gli operatori dedicati ai PP.OO. di Capilupi e San Giovanni Bosco e/o le risorse Jolly, come prima esposto.
Ne discenderebbe che l'ATI Adapta avrebbe dovuto essere esclusa dalla competizione, stante l'intangibilità degli oneri *de quibus*, sancita dal combinato disposto dagli art. 97 comma 5 lett. c e 95 comma 10 del codice
5) *Error in iudicando* sul quarto motivo del ricorso introduttivo: "violazione e falsa applicazione sotto altro profilo dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/16. Eccesso di potere per carenza istruttoria, difetto di motivazione e irragionevolezza manifesta", con riguardo al dedotto deficit motivazionale e istruttorio che inficia gli esiti del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, di cui al verbale del 5 agosto 2020.
Avrebbe errato il giudice di prime cure nel ritenere corretta la valutazione complessiva anche in relazione all'esperienza dell'aggiudicataria.
La relazione giustificativa sarebbe – al contrario – caratterizzata da opacità. A ciò contribuirebbe l'aver inglobato attività eterogenee nelle voci "costi di gestione" e "altri costi".
In definitiva, l'aggiudicataria avrebbe contravvenuto all'obbligo di ragguagliare la stazione appaltante su gran parte dei principali oneri che ha dichiarato di sostenere nell'adempimento delle obbligazioni assunte e/o che è tenuta ad assolvere in base alla *lex specialis*.
Sicché, a fronte di giustificazioni superficiali o addirittura carenti su voci di costo assolutamente rilevanti ai fini dell'esecuzione dell'appalto, il giudizio positivo espresso dall'Asl nel verbale del 5 agosto 2020 sarebbe apodittico e viziato da eccesso di potere per difetto di motivazione e d'istruttoria.
Dunque, la sentenza sarebbe erronea, non ricorrendo a priori gli estremi per un rinvio *per relationem* alle giustificazioni dell'ATI, in assenza delle dovute integrazioni ed esplicitazioni da parte della stessa su impulso della S.A., che invece sarebbe illegittimamente mancato.

6) *Error in iudicando* sul settimo motivo del ricorso introduttivo, integrato dalla quarta censura dell'atto per motivi aggiunti del 3 dicembre 2020: "Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/16 e dell'art. 21 del disciplinare. Eccesso di potere per macroscopico difetto d'istruttoria, irragionevolezza manifesta, erronea rappresentazione in fatto, palese disparità di trattamento.
Sterimed aveva censurato la valutazione delle offerte tecniche da parte della Commissione di gara, protrattasi per dieci sedute riservate dal 17 settembre 2018 al 17 marzo 2020 e terminata con la redazione di una griglia parametrica riepilogativa delle relative operazioni ed esiti, allegata all'ultimo verbale.
In particolare, si deduceva che il predetto Organo aveva travalicato i limiti del corretto esercizio del potere tecnico-discrezionale, incorrendo in eccesso di potere per grave illogicità e contraddittorietà, nella misura in cui, nel procedere alla disamina dei sub-criteri F.1), E.2), C5), C1) ed E1), delineati dall'art. 21 del disciplinare, penalizzava la posizione dell'ATI guidata da Sterimed, la cui offerta sarebbe stata di fatto parificata a quella aggiudicataria, sebbene asseritamente migliore sotto plurimi aspetti.
Con riguardo al sub-criterio F.1), recante "descrizione dei sistemi di supporto alle attività: sistema di prenotazioni dei kit, sistema di comunicazione, sistema di monitoraggio del servizio", attributivo di p. 3, mancherebbe il giudizio del primo commissario all'offerta dell'ATI Sterimed. A conferma del pregiudizio, l'appellante rappresenta che, ove il coefficiente assente fosse stato "buono – 0.8" (in analogia alle altre valutazioni), quest'ultima avrebbe conseguito 3 punti, classificandosi al primo posto nella graduatoria tecnica con p. 79, che a seguito della riparametrazione sarebbero divenuti p. 80 (in luogo di p. 79,32 attribuiti).
Con riferimento al sub-criterio E.2), recante "mezzi di trasposto, personale impiegato per il trasporto, attrezzature, tipologie dei contenitori e altre attrezzature utilizzate per il ritiro dello sporco e del materiale sterilizzato, metodiche impiegate per la pulizia e manutenzione", attributivo di p. 6, per il quale la Commissione ha riconosciuto il medesimo giudizio "buono" a entrambe le offerte prime classificate, sarebbe erroneo in quanto dal raffronto tra i progetti tecnici in gara emerge come Adapta abbia impegnato nel servizio di logistica esterna n. 6 automezzi e n. 8 operatori, a fronte di n. 10 automezzi e n. 20 operatori utilizzati dal RTI Sterimed.
Lo stesso varrebbe per il sub-criterio C.5), recante "Numero degli operatori messi a disposizione per lo svolgimento del servizio comprensivo delle sostituzioni per ferie e malattie, criteri di avvicendamento e di turnazione del personale operativo e gestionale, ore di attività, organigramma e livelli di responsabilità", attributivo di p. n. 2.
E infatti, anche in questo caso la Commissione ha riservato il coefficiente "ottimo" a entrambe le offerte prime in graduatoria, sebbene l'organico dedicato da Sterimed allo svolgimento del servizio di gestione della Centrale di sterilizzazione consti di n. 56 figure professionali specializzate, a dispetto delle 26 (parimenti qualificate) indicate da Adapta.
Ancora, con riferimento al criterio C.1), recante "organizzazione oraria della centrale di sterilizzazione, tempogrammi di produzione suddivisi per singola fase di lavorazione in relazione ai tempi massimi indicati in capitolato e modalità di espletamento del servizio e modalità di gestione in caso di emergenza e urgenza", attributivo di p. 6, non si spiegherebbe il medesimo giudizio "ottimo" riservato alle proposte di che trattasi.
La programmazione oraria prevista da Adapta per il servizio di sterilizzazione non assicurerebbe l'apertura H24 della Centrale, al contrario di Sterimed, che offriva la fruizione del servizio H24 su 365/anno.
Da ultimo, quanto al sub-criterio E1), recante "Andranno descritte le modalità organizzative e gestionali di tutte le attività logistiche interne alle strutture ed esterne su strada. Andranno evidenziate le modalità di gestione dei percorsi, degli orari e dei relativi cronoprogrammi, Adapta riceveva il medesimo giudizio "buono" di Sterimed, sebbene il suo progetto non indicasse le risorse dedicate alla logistica interna.
La sentenza di primo grado non avrebbe colto la portata delle predette censure.
Di seguito l'appellante introduce in via subordinata, motivi d'appello d'interesse strumentale, volti a provocare la rinnovazione della procedura.
7) *Error in iudicando* sull'ottavo motivo del ricorso introduttivo: "Violazione del principio di continuità, concentrazione e trasparenza delle operazioni di gara. Lesione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per sviamento".
La procedura di gara si protratta eccessivamente e così anche la valutazione delle offerte in violazione dei principi di continuità e concentrazione. Non sarebbero indicati il soggetto consegnatario dei plichi, i locali di conservazione, lo stato di loro reperimento e/o concrete cautele adottate.
Aggiunge sospetti sulla condotta dell'originario R.U.P. coinvolto in una inchiesta giudiziaria per presunti reati commessi nell'esercizio delle funzioni.

8) *Error in iudicando* sul nono motivo del ricorso introduttivo: "Violazione e falsa applicazione della lex specialis e in particolare dell'art. 21 del disciplinare. Violazione e falsa applicazione delle Linee guida Anac n. 2. Violazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016. Falsa ed erronea applicazione dei criteri concernenti le modalità di attribuzione dei giudizi e dei punteggi da parte dei commissari. Violazione dei generali principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa, nonché della par condicio competitorum".
Dal quadro parametrico allegato al verbale del 17 marzo 2020 quale sua parte integrante, riepilogativo di tutte le operazioni di valutazione delle offerte tecniche, emergerebbe come i coefficienti previsti dall'art. 21 del disciplinare siano stati espressi da soli n. 3 commissari.
9) *Error in iudicando* nella regolazione delle spese di lite, che in ogni caso no avrebbe tenuto in considerazione la dispendiosità delle difese.
ASL e ADPTA si sono costituite per resistere ed hanno elevato eccezione di inammissibilità.
In particolare ADAPTA ripropone le eccezioni di irrecevibilità per tardività del secondo motivo del ricorso principale, che sarebbe stata introdotta nella memoria del 12 dicembre 2020 e di inammissibilità del settimo motivo del ricorso principale per mancato superamento della prova di resistenza.
Quanto al merito deduce l'infondatezza dei motivi di appello:
- con riguardo al primo, si fonderebbe su errata lettura delle statuizioni della sentenza, non essendo stata discussa la riconducibilità delle prestazioni all'oggetto dell'appalto, quanto piuttosto evidenziata la specificità delle caratteristiche, con carattere di accessorietà rispetto al servizio di gestione della centrale, con esternalizzazione di una minima parte degli interventi di manutenzione, come risulterebbe dalla Relazione tecnica del RTI; né risulterebbero provato il superamento delle soglie di cui all'art. 105 comma 2, d.lgs. n. 50 cit.;
- con riferimento al secondo motivo, le censure ripeterebbero quelle del primo grado senza provare la portata espulsiva; inoltre l'appellante vorrebbe sostituire le proprie valutazioni sull'organizzazione del servizio;
- non troverebbero conferma le censure relative al costo del personale, alla luce di quanto contenuto nella Relazione tecnica e nei giustificativi;
- con riferimento al quarto motivo, sarebbe fondato su un errore interpretativo dell'appellante, oltre ad essere generico;
- con riguardo al quinto motivo, sarebbe carente di specifici vizi relativi alla illogicità della valutazione ed, in ogni caso, non terrebbe in considerazione le caratteristiche tecniche e la specificità aziendale;
- il sesto motivo non supererebbe la prova di resistenza, ed in ogni caso sarebbe irrilevante la comparazione delle offerte svolta dall'appellante;
- inammissibile ed esplorativo sarebbe il settimo gruppo di censure;
- inammissibile anche l'ottavo motivo per mancata prova dell'incidenza della valutazione.
L'Azienda sanitaria locale Napoli 1 centro, con memoria ha eccepito l'inammissibilità dell'appello per violazione dell'art. 101 comma 1 c.p.a., sottolineando le caratteristiche dell'offerta dell'aggiudicataria e la non irragionevolezza della valutazione della Commissione ed anzi l'erroneità degli assunti dell'appellante, nonché la limitata sindacabilità del giudizio di anomalia.
A seguito delle memorie per l'udienza di discussione e di memorie in replica, la causa è stata trattenuta in decisine all'udienza del 15 luglio 2021.
II – Osserva il Collegio che si può prescindere dall'esame delle eccezioni di inammissibilità e irricevibilità, poiché l'appello è infondato nel merito.
III – Con riferimento al primo motivo di appello, è chiaro che il servizio di manutenzione oggetto della procedura è estremamente complesso e teso all'affidamento dell'intero ciclo manutentivo delle attrezzature. L'art. 7 del capitolato non esclude che l'aggiudicatario si possa rivolgere anche a ditte autorizzate. In questo caso il rapporto corre tra l'aggiudicatario e la ditta, senza coinvolgere in nessun caso la stazione committente. Dunque, mentre gli interventi di manutenzione preventiva e ordinaria risultano a carico direttamente del personale specializzato dall'aggiudicataria, attraverso i protocolli indicati nel progetto, diversi sono i rapporti con fornitori ed addetti a manutenzioni specifiche o organismi di certificazione. Si tratta con riferimento ai primi a necessari sub contratti, che nulla hanno a che vedere – come precisato dal primo giudice – con l'istituto del subappalto.
Se il subappalto è il contratto con cui l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di una parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto (art. 105 comma 2), diversi sono i contratti che hanno ad oggetto la quei beni e servizi dei quali l'impresa aggiudicataria necessita per poter, essa sola, eseguire la prestazione oggetto del contratto d'appalto (comma 3) d.lgs. n. 50 del 2016.
Nella specie che occupa, a fronte della gestione della Centrale di manutenzione ad opera dell'appaltatore, come si evince della specifica formazione del personale delle imprese del RTI e dalla Relazione tecnica

(quanto al monitoraggio delle caratteristiche dell'acqua, alla manutenzione dei dispositivi medici degli accessori, alla direzione dei servizi interni ed esterni, alla manutenzione delle attrezzature atte alla manutenzione dei kit) , sono demandati a soggetti esterni unicamente interventi di particolare complessità.
Né risulta provata la soglia di cui all'art. 105 comma 2, d.lgs. n. 50/2016, essendo il costo degli stessi ricompreso, nell'ambito dei giustificativi, in macro voci, come dedotto da parte appellata.
Ancora, per lo più i sub contratti son relativi a fornitura di materiali, da comunicarsi alla stazione appaltante.
Mentre, analiticamente, la parte appellante ha precisato che il controllo sul prodotto e sull'ambiente ed i test microbiologici sono da ricondursi alla voce "analisi di laboratorio2 nell'ambito della macro voce "costi di gestione".
Le censure, pertanto, si appalesano errate in fatto ed in diritto.
Per quanto sin qui esposto, non trova conferma la deduzione in ordine alla consistenza dell'attività affidata ai sub contratti, per altro verso, questi si caratterizzano per importo, natura e parti coinvolte come del tutto distinti dall'istituto del subappalto.
Sin d'ora si può respingere, pertanto, anche il gruppo di censure che, dal primo motivo, fanno discende l'insufficienza nel costo del lavoro.
IV – Per quanto concerne poi il secondo gruppo di censure, vale rilevare che l'assunto di parte appellante muove dall'errata considerazione – precisata anche dalla Stazione appaltante – rilevante anche ai fini dell'infondatezza delle deduzioni relative alla comparazione delle offerte, circa l'asserito sottodimensionamento della manodopera di cui all'offerta dell'aggiudicataria.
Il gruppo di censure è prima ancora inammissibile e poi, infondato, in quanto mira a sostituire le valutazioni dell'appellante al giudizio della Commissione, senza essere idoneo a provarne l'irragionevolezza.
Infatti, come più volte ribadito dall'Amministrazione, l'offerta risultata migliore è stata apprezzata anche in ragione dell'innovatività e della riduzione dell'incidenza della manodopera, attraverso la proposta di un servizio interattivo e all'ottimizzazione delle risorse.
In particolare, l'Amministrazione ha evidenziato che l'offerta dell'aggiudicataria ha previsto la manutenzione e la convalida delle apparecchiature in essere presso i soli tre ospedali 'meglio attrezzati', in modo da utilizzarle come centrali *back up* in caso di emergenza, sì da giustificare l'assegnazione di due operatori di centrali esterne da adibire in regime part time per l'attività di logistica e di emergenza, mentre negli altri plessi la proposta consente di tenere attive una struttura di lava strumenti ed un'autoclave, per la garanzia della sterilizzazione.
L'Amministrazione ha, peraltro, giudicato coerente il numero delle unità operative in relazione al reale fabbisogno giornaliero dei reparti chirurgici (come risulta dallo stesso capitolato all'art. 2 ed è riportato nella memoria dell'Azienda), così come in riferimento agli interventi in DH ed ambulatoriali per il conteggio delle unità sterili necessarie.
In ogni caso si aggiunga che la procedura non richiedeva un minimo di unità lavorative, sicché il motivo non può assumere alcuna portata escludente, come diversamente prospettato da parte appellante.
V – Anche con riferimento al terzo motivo di appello, l'istante sostanzialmente si limita a riproporre le censure già articolare in primo grado, senza evidenziare violazioni della legge di gara previste a pena di esclusione, ma mirando a contraddire la valutazione svolta dall'Amministrazione in termini di congruità dell'offerta e verifica dei giustificativi.
Già il giudice di primo grado ha evidenziato la contraddittorietà dell'impostazione dell'appellante nel dedurre l'esiguità della manodopera e contestualmente l'eccessivo ribasso.
Le censure risultano, peraltro, anche smentite in fatto, come evidenziato da parte appellata e dall'Amministrazione, laddove erroneamente l'appellante non considera che il costo per gli operatori è calcolato sulle 52,2 settimane/annue, comprendenti anche le sostituzioni, mentre correttamente non sono considerati i costi di sostituzione dei sostituti come indicato anche nei giustificativi. L'appellante peraltro, erroneamente equipara la reperibilità con il lavoro notturno, come già evidenziato dal giudice di primo grado.
Con riferimento al numero degli operatori addetti alla centrale, risulta dalla Relazione tecnica del RTI aggiudicatario.
Anche i costi di logistica riportano una prospettazione dell'appellante che non risulta coerente con quanto offerto dall'aggiudicataria.
Così anche con riferimento alla ricomprensione di figure professionali coinvolte occasionalmente.
Risulta, pertanto, completamente falsato il rapporto costo-utilità prospettato da parte appellante, attraverso un non riscontrato aggravamento della prima voce.
VI – Peraltro, la giurisprudenza ha posto in luce che al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere

considerata anomala, poiché anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio significativo, sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità, il *curriculum* derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e aver portato a termine un appalto pubblico (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 27 settembre 2017, n. 4527).
VII – Si può sin qui anticipare con riferimento al motivo sub 3 e in via generale in relazione al quinto motivo di appello che non possono essere condivise le censure relative al giudizio di anomalia svolto dalla Amministrazione.
A riguardo vale richiamare la costante giurisprudenza che ha affermato che la valutazione di congruità dell'offerta anomala consiste in un procedimento il cui esito è rimesso alla discrezionalità tecnica della stazione appaltante.
In tale giudizio, la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente ed in modo parcellizzato sulle singole voci, dal momento che l'obiettivo dell'indagine è l'accertamento dell'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che la compongono (sul punto specificamente l'Adunanza Plenaria n. 36/2012).
Nella specie che occupa, da quanto sin qui evidenziato emerge che le contestazioni di parte appellante non sono in condizione di evidenziare che il giudizio sulla serietà dell'offerta desumibile dalle giustificazioni fornite dalla concorrente sia viziato da macroscopica illogicità o irragionevolezza, erroneità fattuale o difetto di istruttoria, che lo renda sindacabile da parte di questo giudice (come precisato dalla menzionata decisione dell'Adunanza plenaria).
Si ribadisce come, fuori da tale perimetro, è precluso a questo giudice di sovrapporre un proprio giudizio tecnico a quello formulato dall'organo amministrativo.
VIII – L'infondatezza del quarto motivo di appello deriva necessariamente dalla errata rappresentazione dell'offerta aggiudicataria svolta da parte appellante, come sin qui evidenziato, con riguardo alle unità per le sostituzioni, agli operatori 'jolly', al lavoro notturno, agli operatori addetti alle sub centrali - come dettagliatamente indicato nel progetto concorrente – a differenza di quanto sostenuto da parte appellante, e specificato nelle difese dell'amministrazione.
IX – Del tutto inammissibile è il sesto motivo di appello con cui l'istante ripropone un confronto tra la propria offerta e quella dell'aggiudicataria, pretendendo di sostituire la propria valutazione a quella della Commissione, peraltro, come già evidenziato, travisando gli elementi che sono stati apprezzati dalla Amministrazione in termini di innovazione e ottimizzazione delle risorse.
X – Ancora infondato ed inammissibile il settimo motivo di gravame, riproposto in via subordinata, e teso alla rinnovazione della gara, con cui la parte appellante censura la lunghezza della procedura, introducendo dubbi sulla correttezza della procedura medesima, senza alcun elemento, seppur indiziario, posto a supporto delle deduzioni.
Anzi, va precisato che la censura non è accompagnata da alcuna querela della parte, a fronte della dichiarazione di corretta conservazione, contenuta nei verbali di gara che, fanno prova fino a querela di falso.
XI – Infine, in disparte la carenza di un qualsivoglia elemento relativo alla prova di resistenza, con riferimento all'ottavo motivo, si tratta di una contestazione di carattere meramente formale, da ritenersi tuttavia superata dalla verbalizzazione operata e sottoscritta da tutti i commissari.
X – Da tutto quanto sinora ritenuto, deriva l'infondatezza della censura in ordine alla statuizione sulle spese in ragione del valore della controversia e del principio di soccombenza.
XI - In virtù del medesimo principio, la parte appellante deve essere condannata al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, che sono determinate in complessivi euro 5000,00 (cinquemila/00) a favore di ciascuna parte appellata costituita.
P.Q.M.
Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza n. 1795/2021. Condanna la parte appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, che sono determinate in complessivi euro 5000,00 (cinquemila/00) a favore di ciascuna parte appellata costituita.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso nella camera di consiglio da remoto del giorno 15 luglio 2021 con l'intervento dei magistrati:
Massimiliano Noccelli, Presidente FF
Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere
Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore
Ezio Fedullo, Consigliere
Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE
Solveig Cogliani

IL PRESIDENTE
Massimiliano Noccelli

IL SEGRETARIO