

Pubblicato il 28/04/2021

**N. 00275/2021 REG.PROV.COLL.**  
**N. 00624/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 624 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Nippon Gases Pharma s.r.l. e Gas Tecnici Foligno s.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Mario Zoppellari, Marco Mariani e Gabriele Grande, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luciano Ghirga in Perugia, piazza Piccinino, 10;

*contro*

Umbria Salute e Servizi s.c.a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Daniele Spinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Perugia, piazza B. Michelotti n. 1;

Regione Umbria, Azienda Unità Sanitaria Locale Umbria 1, Azienda Unità

Sanitaria Locale Umbria 2, Azienda Ospedaliera di Perugia, Azienda Ospedaliera di Terni non costituiti in giudizio;

*nei confronti*

Vivisol s.r.l. e Medicaire Centro s.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Larga, 23;

*per l'annullamento*

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della Determinazione dell'Amministratore Unico di Umbria Salute e Servizi s.c. a r.l. del 27 ottobre 2020, portante l'aggiudicazione a favore del costituendo R.T.I. tra Vivisol s.r.l. e Medicaire Centro s.r.l. “dell'Appalto specifico nell'ambito del Sistema Dinamico di Acquisizione della Pubblica Amministrazione (SDAPA) per la fornitura del Servizio di Ossigenoterapia domiciliare per le esigenze delle Aziende Sanitarie USL Umbria 1 e USL Umbria 2 della Regione Umbria”, unitamente al documento istruttorio ad essa allegato;
- della Determinazione dell'Amministratore Unico di Umbria Salute s.c. a r.l. (ora Umbria Salute e Servizi s.c. a r.l.) del 7 maggio 2019, portante l'ammissione al prosieguo delle operazioni concorsuali del costituendo R.T.I. tra Vivisol s.r.l. e Medicaire Centro s.r.l., all'esito dell'esame della documentazione amministrativa da questo prodotta in gara;
- di tutti i verbali di gara e segnatamente: (i) dei verbali delle sedute di gara del 16.4.2019 e 23.4.2019, non cognitivi, nel corso delle quali è stata verificata la documentazione amministrativa presentata dalle ditte concorrenti; (ii) dei verbali delle sedute riservate della Commissione giudicatrice del 10.9.2019; del 22.10.2019; del 19.11.2019; del 10.12.2019 e del 4.2.2020, nel corso delle quali è stata condotta la valutazione tecnico - qualitativa delle offerte presentate in gara dalle ditte concorrenti; (iii) del verbale della seduta pubblica del 26.2.2020, nel

corso della quale la Commissione giudicatrice ha comunicato ai concorrenti l'esito dell'attività di valutazione delle offerte tecniche ed i punteggi da esse conseguiti; (iv) del verbale della seduta pubblica del 10.3.2020, nel corso della quale la Commissione giudicatrice ha confermato il proprio operato valutativo ed ha aperto le offerte economiche dei concorrenti; (v) del verbale della seduta riservata del 18.6.2020, al termine della quale la Commissione giudicatrice ha predisposto la graduatoria finale di gara; (vi) del verbale della seduta riservata del 13.10.2020, nel corso della quale l'offerta formulata dal costituendo R.T.I. tra Vivisol s.r.l. e Medicaire Centro s.r.l. è stata sottoposta alla verifica ex art. 97, comma 5, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016;

- del Capitolato Tecnico generato dal Sistema, sia nella parte in cui ha individuato tra i criteri di valutazione di tipo tabellare, quelli relativi a “Confezioni AIC e Medical Device [numerosità assortimento] - max 10 punti”; “Materiale di consumo [numerosità assortimento] - max 8 punti” e “numero automezzi dedicati totali - max 8 punti”; sia nella parte in cui ha definito la modalità di attribuzione del punteggio per i criteri di tipo tabellare costituiti dai “tempi di intervento chiamate non in urgenza - max 8 punti” e dai “tempi di intervento chiamate in urgenza - max 8 punti”;

- di ogni altro atto e provvedimento presupposto, conseguente o ad essi connesso, anche non cognito;

e condanna delle Amministrazioni intimete al risarcimento del danno patito dalle società ricorrenti.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati dai ricorrenti in data 5 febbraio 2021, per annullamento dei medesimi atti e provvedimenti già gravato con il ricorso introduttivo e condanna delle Amministrazioni intimete al risarcimento del danno patito dalle società ricorrenti.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Umbria Salute e Servizi s.c.a r.l., di Vivisol s.r.l. e di Medicaire Centro s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore all'udienza pubblica del giorno 30 marzo 2021 - tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 25, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 (conv., con modificazioni, l. 18 dicembre 2020, n. 176) come modificato dall'art. 1, comma 17, del d.l. n. 183 del 2020 - la dott.ssa Daniela Carrarelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

Nell'ambito del Sistema Dinamico di Acquisizione della Pubblica Amministrazione (SDAPA) istituito da Consip s.p.a. per l'ossigenoterapia domiciliare, Umbria Salute s.c. a r.l., con apposita lettera di invito, ha indetto una procedura di gara, articolata in un unico lotto, per la conclusione di un appalto specifico avente ad oggetto l'affidamento del "*Servizio di Ossigenoterapia domiciliare per le esigenze della USL Umbria 1 e USL Umbria 2*", per un importo quinquennale stimato pari a € 16.401.122,00 oltre IVA.

Il criterio di aggiudicazione prescelto è stato quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, d.lgs. n. 50 del 2016, con l'attribuzione di un massimo di 70 punti per l'elemento di valutazione qualitativo e di 30 punti per quello economico (art. 11.1 del Capitolato d'oneri, all'art. 4.3 dell'Allegato 1B al Capitolato Tecnico). L'elemento di valutazione qualitativo è stato articolato in due distinte tipologie di criteri: da un lato, quelli di tipo tabellare, per i quali è stata prevista l'attribuzione di massimo 56 punti; dall'altro, quelli di tipo discrezionale, ai quali è stata riservata l'attribuzione di 14 punti.

Hanno formulato una offerta tre concorrenti: il costituendo RTI tra Rivoira Pharma s.r.l. (ora Nippon Gases Pharma s.r.l.) e Gas Tecnici Foligno s.r.l. (nel

prosieguo, RTI Rivoira); il costituendo RTI tra Vivisol s.r.l. e Medicaire Centro s.r.l. (nel prosieguo, RTI Vivisol) e da ultimo Vitalaire Italia s.p.a.

Esaurite le operazioni di verifica della documentazione amministrativa ed ammessi al prosieguo delle operazioni concorsuali tutti i concorrenti, con Determinazione dell'Amministratore unico della Stazione appaltante del 7 maggio 2019, la Commissione giudicatrice ha dato corso all'esame ed alla valutazione delle loro offerte tecniche nelle sedute riservate del 10 settembre, 22 ottobre, 19 novembre 2019 e 10 dicembre 2019, nonché, da ultimo, del 4 febbraio 2020.

Nel corso della successiva seduta pubblica del 10 marzo 2020, la Commissione giudicatrice, data lettura dei punteggi tecnici complessivi attribuiti alle ditte concorrenti, ha aperto le offerte economiche, rinviando alla successiva seduta riservata del 18 giugno 2020, per la predisposizione della graduatoria finale di gara.

Al termine di tale seduta, il Presidente della Commissione giudicatrice ha demandato al RUP la trasmissione del documento di riepilogo di tutti i punteggi attribuiti nel corso delle operazioni concorsuali a Consip s.p.a. *“per la conseguente presa d'atto della graduatoria finale di merito di gara e per la eventuale anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016”*.

Evidenzia la parte ricorrente che nel corso della seduta riservata del 13 ottobre 2020, il RUP, coadiuvato dalla Commissione giudicatrice, ha sottoposto l'offerta del RTI Vivisol alla sola verifica ex art. 97, comma 5, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016, in merito alla congruità della sola voce di costo riferita al personale dichiarata in sede di offerta ex art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, ma non anche alla vera e propria verifica di anomalia dell'offerta ex art. 97, comma 1, 3 e 4, d.lgs. n. 50 del 2016, pur sussistendone le condizioni richieste dalla legge. In contemporanea ai summenzionati accertamenti, il RUP ha avviato anche le verifiche sul possesso dei requisiti dichiarati in gara dal RTI Vivisol, acquisendo

tra l'altro i “*certificati del casellario giudiziale integrale*” di tutti i soggetti di cui all'art. 80, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, sia di Vivisol s.r.l., sia di Medicaire Centro s.r.l. Con successiva Determinazione dell'Amministratore unico della Stazione appaltante del 27 ottobre 2020, comunicata a mezzo pec al RTI Rivoira in data 29 ottobre 2020, Umbria Salute e Servizi s.c. a r.l., approvato l'operato degli organi della procedura concorsuale *de qua*, ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto specifico per il quale è causa a favore del costituendo R.T.I. tra Vivisol s.r.l. e Medicaire Centro s.r.l.

2. La Nippon Gases Pharma s.r.l., già Rivoira Pharma s.r.l., e la Gas Tecnici Foligno s.r.l., partecipanti all'RTI secondo classificato, hanno agito per l'annullamento degli atti in epigrafe e per l'accertamento dell'obbligo della Stazione appaltante di aggiudicare all'RTI ricorrente il servizio *de quo*; in via subordinata la parte ricorrente ha chiesto l'annullamento degli atti di gara con l'accertamento dell'obbligo conformativo della Stazione appaltante alla rinnovazione della procedura concorsuale e, in ulteriore subordine, la condanna al risarcimento del danno. Nel ricorso sono articolati motivi di censura per:

I. violazione di legge per violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) e c bis), d.lgs. n. 50 del 2016; violazione di legge per violazione dei principi generali in materia concorsuale, come enunciati dall'art. 30, d.lgs. n. 50 del 2016, ed in particolare di quelli di economicità, di efficacia, di correttezza, di libera concorrenza, di non discriminazione e di trasparenza; violazione di legge per violazione dell'art. 97 Cost. e del principio del giusto procedimento; eccesso di potere per falso presupposto di fatto; travisamento dei fatti; difetto di istruttoria, illogicità ed irragionevolezza; ingiustizia manifesta; sviamento di potere;

II. violazione di legge per violazione della *lex specialis* e, segnatamente, del combinato disposto dell'art. 11.1 del Capitolato d'onori, del Capitolato tecnico generato dal Sistema e dell'art. 4.1 dell'Allegato al Capitolato tecnico; violazione di legge per violazione dell'art. 95, d.lgs. n. 50 del 2016.; violazione di legge per

violazione dei principi generali in materia concorsuale, come enunciati dall'art. 30, d.lgs. n. 50 del 2016, ed in particolare di quelli di economicità, di efficacia, di correttezza, di libera concorrenza, di non discriminazione e di trasparenza; violazione di legge per violazione dell'art. 97 Cost. e del principio del giusto procedimento; eccesso di potere per falso presupposto di fatto; travisamento dei fatti; difetto di istruttoria; illogicità ed irragionevolezza; ingiustizia manifesta; sviamento di potere;

III. violazione di legge per violazione della *lex specialis* e, segnatamente, dell'art. 11.7 del Capitolato d'onori, rubricato "anomalia"; violazione di legge per violazione dell'art. 97, comma 1, 3 e 4, d.lgs. n. 50 del 2016; violazione di legge per violazione dei principi generali in materia concorsuale, come enunciati dall'art. 30, d.lgs. n. 50 del 2016, ed in particolare di quelli di economicità, di efficacia, di correttezza, di libera concorrenza, di non discriminazione e di trasparenza; violazione di legge per violazione dell'art. 97 Cost. e del principio del giusto procedimento; eccesso di potere per falso presupposto di fatto e diritto; illogicità ed irragionevolezza, ingiustizia manifesta, sviamento di potere;

IV. in via subordinata, violazione di legge per violazione dell'art. 95, d.lgs. n. 50 del 2016; violazione di legge per violazione dei principi generali in materia concorsuale, come sanciti dall'art. 30, comma 1 e 2, d.lgs. n. 50 del 2016 e segnatamente di quelli di economicità, efficacia, correttezza, trasparenza, par condicio dei concorrenti e *favor participationis*; violazione di legge per violazione dell'art. 97 Cost. e del principio del giusto procedimento, eccesso di potere per falso presupposto di fatto, travisamento dei fatti; difetto di istruttoria; illogicità ed irragionevolezza; ingiustizia manifesta; sviamento di potere.

La parte ricorrente ha, altresì, formulato istanza ex art. 63, d.lgs. n. 104 del 2010 mirante all'acquisizione della documentazione negata dalla Stazione appaltante in sede di accesso agli atti e, segnatamente, delle giustificazioni della voce di costo relativa al personale trasmessa dal Raggruppamento Vivisol s.p.a. alla Stazione

appaltante in data 2 ottobre 2020, unitamente ai certificati del casellario giudiziale dei sigg.ri Moscatelli e Colombo, che ricoprono le cariche, rispettivamente, di Presidente del C.d.A. e di Consigliere Delegato di Medicaire Centro s.r.l. nella loro versione integrale e priva di oscuramenti, con espressa riserva di formulare ulteriori motivi aggiunti all'esito dell'acquisizione di tale ulteriore documentazione.

3. Si sono costituite in giudizio le controinteressate Vivisol s.r.l. e Medicaire Centro s.r.l. chiedendo il rigetto del ricorso ed argomentando nel merito circa l'infondatezza delle singole censure. Quanto al primo motivo, è stato evidenziato come entrambe le Società hanno puntualmente dichiarato la sussistenza a loro carico del provvedimento sanzionatorio emesso dall'AGCM nel 2016 - provvedimento non idoneo *ex se* a configurare una causa di esclusione ai sensi dell'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016 - e dalle stesse tempestivamente impugnato avanti al TAR Lazio - Roma, con ricorso accolti, rispettivamente, con le sentenze n. 4476/2018 e 4473/2018 e 4483/2018; pertanto, nessuna omissione può essere ascritta alle predette Società. Peraltro, in relazione al provvedimento dell'ACGM risalente al 21 dicembre 2016 sarebbe interamente decorso il periodo di rilevanza triennale di cui all'art. 57 della direttiva 2014/24/UE ed entrambe le Società controinteressate hanno tempestivamente assunto plurime ed idonee misure di *self cleaning*; entrambe le Società hanno, inoltre, tempestivamente aggiornato Consip cui, come noto, compete la gestione del Sistema Dinamico di Acquisizione della Pubblica Amministrazione (cd. SDAPA) nell'ambito del quale si è svolta la procedura di cui si discute e Consip.

La difesa controinteressata ha eccepito l'inammissibilità, oltre che l'infondatezza, del secondo motivo di ricorso, laddove controparte pretenderebbe di sostituirsi forzatamente alla stazione appaltante, contestando tanto il punteggio tabellare (II.a) quanto il punteggio discrezionale (II.b) attribuito all'offerta delle odierne controinteressate, sulla scorta di un'interpretazione parziale e strumentale della

*lex specialis* che introdurrebbe surrettiziamente un'inaccettabile disparità di trattamento, senza, inoltre, fornire la necessaria "prova di resistenza". Quanto al terzo motivo di censura, le controinteressate hanno argomentato circa l'infondatezza, affermando che da una attenta lettura tanto della medesima Determina quanto degli atti e verbali di gara - in particolare del verbale di seduta riservata del 13 ottobre 2020 - emergerebbe la corretta attivazione e il diligente esperimento da parte della stazione appaltante del sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'odierna controinteressata, la quale ha poi puntualmente fornito i giustificativi richiesti, ritenuti esaustivi dal seggio di gara. Infine, la parte controinteressata ha evidenziato la tardività e l'infondatezza delle censure svolte in via gradata nel quarto motivo di ricorso avverso la legge di gara.

4. Si è costituita in giudizio Umbria Salute e Servizi s.c.a r.l., argomentando nel merito circa l'inammissibilità/infondatezza dei primi tre motivi di ricorso. Quanto al primo motivo, l'Amministrazione - evidenziato che l'RTI ricorrente si trova nella medesima situazione contestata all'aggiudicatario - ha sottolineato che la fattispecie che qui assume rilievo (ovvero operatore economico sanzionato dall'AGCM per condotta *antitrust*) non costituisce ipotesi di esclusione automatica *ex lege* dalla partecipazione alle gare pubbliche, bensì elemento che è stato comunque valutato dalla Stazione appaltante ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016 a prescindere dalla definitività. Quanto al secondo motivo di ricorso, stante la discrezionalità che caratterizza la valutazione delle offerte tecniche e l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione valutatrice, la difesa resistente ha eccepito l'inammissibilità di censure che impingono nel merito di valutazioni per loro natura opinabili e sollecitano il g.a. ad esercitare un sindacato sostitutorio. Quanto alle censure di cui al terzo motivo di ricorso, l'Amministrazione ha sottolineato che l'attività di verifica è stata comunque effettuata, come risulta dal verbale del 13 ottobre 2020, dal quale

emerge che, seppure la verifica si è appuntata specialmente sui costi della manodopera, la stessa ha riguardato tutte le voci di costo che compongono l'offerta economica. L'Amministrazione resistente ha, altresì, eccepito l'inammissibilità del quarto motivo, per mancata notifica a Consip, e la tardività dello stesso, oltre ad evidenziarne l'infondatezza.

5. A seguito della trattazione camerale, con ordinanza n. 174 del 2020 il Collegio ha respinto l'istanza cautelare *«attesa, in particolare, la mancanza di un pregiudizio grave e irreparabile in capo al ricorrente, stante la durata quinquennale della fornitura in questione e la piena ristorabilità in forma specifica e generica della posizione azionata in sede di giudizio di merito e considerata, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, la prevalenza dell'esigenza di garantire continuità al servizio che riveste particolare importanza nell'attuale situazione di pandemia da Covid 19»*, accogliendo in parte le istanze istruttorie di parte ricorrente, disattese le avverse eccezioni, *«limitatamente alle giustificazioni della voce di costo relativa al personale trasmessa dal Raggruppamento Vivisol s.p.a. alla Stazione appaltante in data 2 ottobre 2020, considerato che la ricorrente contesta, tra l'altro, il sub procedimento di verifica dell'anomalia nell'ambito del quale è stata valutata la congruità di tale voce di costo ..[avendo di contro] la parte controinteressata ha affermato che il dato relativo al costo orario del personale rientrerebbe nella definizione del solo genericamente nel know how del R.T.I. aggiudicatario, senza tuttavia fornire la motivata e comprovata dichiarazione richiesta dall'art. 53, comma 5, lett. a) d.lgs. n. 50 del 2016 ai fini dell'esclusione dell'accesso»*.

6. L'Amministrazione, in ottemperanza all'ordinanza istruttoria, ha depositato in giudizio, la propria nota *“di richiesta documenti per verifica ex art. 97, comma 5, lettera d), d.lgs. n. 50/2016”* e le *“Giustificazioni trasmesse dal costituendo RTI Vivisol-Medicair ed acquisite da Umbria Salute e Servizi al prot. n. 0003893 del 02/10/2020”*.

7. La parte ricorrente ha depositato motivi aggiunti per l'annullamento dei medesimi atti e provvedimenti gravati con il ricorso introduttivo per i seguenti ulteriori motivi, alla luce dei documenti depositati dall'Amministrazione resistente:

v. violazione di legge per violazione dell'art. 97, d.lgs. n. 50 del 2016; violazione di legge per violazione dei principi generali in materia concorsuale, come enunciati dall'art. 30, d. lgs. n. 50 del 2016, ed in particolare dei principi di efficacia, correttezza, ragionevolezza, non discriminazione, libera concorrenza; violazione di legge per violazione dell'art. 97 Cost. e del principio del giusto procedimento ad esso sotteso; eccesso di potere per difetto di istruttoria; insufficiente motivazione; ingiustizia manifesta, sviamento di potere; in quanto la Stazione appaltante ha ommesso ogni valutazione sulla congruità dell'offerta per le voci diverse dal costo della manodopera;

vi. violazione di legge per violazione dell'art. 97, d.lgs. n. 50 del 2016; violazione di legge per violazione del C.C.N.L. Chimico Farmaceutico; violazione di legge per violazione dei principi generali in materia concorsuale, come enunciati dall'art. 30, d.lgs. n. 50 del 2016, ed in particolare dei principi di efficacia, di correttezza, di ragionevolezza, di non discriminazione, di libera concorrenza; violazione di legge per violazione dell'art. 97 Cost. e del principio del giusto procedimento ad esso sotteso; eccesso di potere per carenza di istruttoria; illogica ed irragionevole motivazione; falsità del presupposto; travisamento dei fatti; ingiustizia manifesta; sviamento di potere.

8. Le parti hanno depositato memorie e repliche in vista della trattazione in udienza pubblica.

8.1. In particolare, la parte controinteressata ha ribadito le difese già espresse ed argomentato diffusamente con riferimento alle censure relative alla verifica dell'anomalia dell'offerta, come specificate con atto per motivi aggiunti. Al riguardo, le controinteressate hanno eccepito l'inammissibilità e comunque l'infondatezza delle pretese avversarie, atteso il diligente e completo esperimento da parte della stazione appaltante del sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta del RTI aggiudicatario, tanto in relazione alla singola voce dei costi della manodopera quanto nel suo complesso, definitivamente e correttamente

considerata congrua e attendibile, come emerge dal verbale della seduta riservata del 13 ottobre 2020.

8.2. Analoghe difese sono state svolte dalla Stazione appaltante.

9. All'udienza pubblica del 30 marzo 2021, uditi per le parti i difensori, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. La controversia attiene all'affidamento da parte di Umbria Salute s.c. a r.l. (ora Umbria Salute e Servizi s.c.a r.l.) *“dell’Appalto specifico nell’ambito del Sistema Dinamico di Acquisizione della Pubblica Amministrazione (SDAPA) per la fornitura del Servizio di Ossigenoterapia domiciliare per le esigenze delle Aziende Sanitarie USL Umbria 1 e USL Umbria 2 della Regione Umbria”*, per la durata di 5 anni ed un importo stimato complessivo pari a € 16.401.122, oltre IVA.

Le partecipanti all'RTI secondo classificato hanno impugnato il provvedimento con il quale la Stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione della citata procedura in favore del costituendo RTI tra Vivisol s.r.l. e Medicair Centro s.r.l., affidandosi a quattro distinti motivi di doglianza.

2. Si presenta infondato il primo motivo di ricorso, con il quale la parte ricorrente si duole della mancata esclusione del raggruppamento aggiudicatario e della correlata illegittimità del provvedimento di aggiudicazione impugnato, per violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) e c bis), d.lgs. n. 50 del 2016. Le censure di parte ricorrente attengono alla mancata dichiarazione da parte società partecipanti all'R.T.I. aggiudicatario della circostanza che, nelle more della gara, il Consiglio di Stato è intervenuto (sentenze nn. 8586, 8587 e 8588 del 2019) ad annullare altrettanti pronunciamenti di primo grado (sentenze T.A.R. Lazio nn. 4473, 4476 e 4483 del 2018) che avevano annullato il provvedimento sanzionatorio emesso a loro carico dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) del 21 dicembre 2016, n. 26316, concernente l'accertamento

di condotte riconducibili ad un'intesa in violazione dell'art. 101 TFUE, condotte anticoncorrenziali a danno dell'ASL Milano 1 e dell'ASUR Marche.

Giova, in primo luogo, evidenziare che quella di cui si controverte è riconducibile alle ipotesi in cui la Stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, senza alcun automatismo espulsivo; difatti, come chiarito dall'Adunanza plenaria *«l'elemento comune alle fattispecie dell'omissione dichiarativa ora esaminata con quella relativa alle informazioni false o fuorvianti suscettibili di incidere sulle decisioni dell'amministrazione concernenti l'ammissione, la selezione o l'aggiudicazione, è dato dal fatto che in nessuna di queste fattispecie si ha l'automatismo espulsivo proprio del falso dichiarativo di cui alla lettera f-bis). Infatti, tanto "il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione", quanto "l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione»" sono considerati dalla lettera c) quali "gravi illeciti professionali" in grado di incidere sull' "integrità o affidabilità" dell'operatore economico. E' pertanto indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante, come per tutte le altre ipotesi previste dalla medesima lettera c) [ed ora articolate nelle lettere c-bis), c-ter) e c-quater), per effetto delle modifiche da ultimo introdotte dalla legge decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 - Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici; convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55]» (C.d.S., AP, 28 agosto 2020, n. 16).*

Ciò posto - in disparte ogni considerazione sulla "definitività" del provvedimento sanzionatorio in questione - emerge dagli atti di causa che le due imprese facenti parte dell'RTI aggiudicatario hanno dichiarato tutti i fatti e le circostanze potenzialmente rilevanti, in quanto idonee ad influenzarne le decisioni della Stazione appaltante sull'esclusione e, quindi, anche in ordine all'eventuale esistenza dei "gravi illeciti professionali" di cui alla lett. c), comma 5, art. 80 Codice appalti. In tal modo la Stazione appaltante è stata posta in

condizione di operare le valutazioni di competenza in ordine all'integrità ed affidabilità, anche con riferimento alle misure di *self cleaning* individuate.

Giova rammentare l'orientamento giurisprudenziale per il quale «*la Stazione appaltante, che non ritenga la pregressa vicenda professionale dichiarata dal concorrente incisiva della sua moralità professionale, non è tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione risultare anche implicita o per facta concludentia, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa, mentre è il provvedimento di esclusione, fondato sulla valutazione di gravità tale da elidere l'affidabilità del concorrente, che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale; in sintesi, la stazione appaltante deve motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni, se su di esse non vi è, in gara, contestazione (Cons. Stato, V, 5 maggio 2020, n. 2850; VI, 18 luglio 2016, n. 3198; C.G.A.R.S., 23 gennaio 2015, n. 53; Cons. Stato, VI, 21 maggio 2014, n. 2622; III, 24 dicembre 2013, n. 6236; V, 30 giugno 2011, n. 3924; III, 11 marzo 2011, n. 1583; VI, 24 giugno 2010, n. 4019) ... che tale regola sia destinata a subire eccezione nel caso in cui la pregressa vicenda professionale dichiarata dal concorrente presenti una gravidanza tale che la stazione appaltante non possa esimersi da rendere esplicite le ragioni per le quali abbia comunque apprezzato l'impresa come affidabile» (C.d.S., sez. V, 19 febbraio 2021, n. 1500).*

Nel caso in esame, l'onere dichiarativo di cui al citato art. 80, comma 5, deve ritenersi attinente al provvedimento dell'AGCM in sé, indipendentemente dell'esito dei relativi ricorsi giurisdizionali; in questa ottica i presupposti fattuali sui quali la Stazione appaltante ha formato il proprio convincimento sono rimasti inalterati, risultando irrilevante l'eventuale mancata considerazione dell'intervenuta sentenza del Consiglio di Stato in data successiva all'ammissione. Oltre a ciò, emerge dagli atti di causa che le stesse imprese hanno entrambe provveduto ad aggiornare Consip, alla quale compete la gestione dello SDAPA, nell'ambito del quale si è svolta la procedura di cui si discute e nell'ambito della

quale avvenivano le comunicazioni in corso di procedura (cfr. art. 13 Capitolato d'oneri).

3. Con il secondo motivo di ricorso è lamentata l'illegittimità dell'operato della Commissione giudicatrice, che avrebbe erroneamente attribuito i punteggi prestabiliti dalla lex specialis per taluni criteri di valutazione di tipo tabellare ed altri di natura discrezionale.

Il motivo si presenta inammissibile per quanto di seguito esposto.

Va preliminarmente osservato che le censure in discorso pongono un problema di compatibilità rispetto al limite del sindacato consentito al Collegio, rispetto a valutazioni tecnico-discrezionali, notoriamente sottratte al sindacato di legittimità del Giudice amministrativo, fatta salva la rilevabilità di evidenti illogicità, giudizi irragionevoli o errori fattuali dei quali si può subito anticipare che non vi è prova nella specie.

Secondo il prevalente e consolidato orientamento della giurisprudenza, *«il sindacato del G.A. sulle valutazioni amministrative caratterizzate da discrezionalità tecnica deve restare, necessariamente, "debole" ed essere circoscritto ai soli casi di manifesta e macroscopica erroneità, irragionevolezza o arbitrarietà, ovvero di motivazione fondata su palese e manifesto travisamento dei fatti (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2012, n. 36; Consiglio di Stato, sez. V, 2 marzo 2018 n. 1294; Cons. Stato, Sez. V, 13 settembre 2016, n. 3855; Cons. Stato, Sez. V, 25 giugno 2014, n. 3223; Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 246). L'unica deroga ai rilevanti limiti posti all'attività giurisdizionale (v. Consiglio di Stato, III, 25 novembre 2016, n. 4990) è rappresentata dalle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza delle valutazioni compiute dalla stazione appaltante, in sede di valutazione dell'offerta tecnica (o verifica di anomalia), laddove siano sintomatiche di un uso della discrezionalità tecnica distorto e contrario ai principi di efficacia, economicità e buon andamento, in presenza del quale, soltanto, è consentito l'intervento caducatorio dell'autorità giurisdizionale»* (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 3 dicembre 2018, n. 11691). Difatti, *«le valutazioni delle offerte tecniche da parte delle commissioni di gara sono*

*espressione di discrezionalità tecnica e come tali sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti ovvero ancora salvo che non vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione» (C.d.S., sez. V, 20 ottobre 2020, n. 6335).*

Alla luce di tali consolidati principi pretori, non possono trovare accoglimento le censure mosse dalla parte ricorrente circa l'attribuzione dei punteggi "premiali" (per un massimo di 14 punti) che la legge di gara rimetteva ad una valutazione di tipo discrezionale della Commissione secondo quanto specificato all'art. 4.1. dell'allegato IB al Capitolato tecnico.

Dalla lettura della legge di gara, non censurata sul punto, appare evidente l'ampia discrezionalità delle valutazioni rimesse alla Commissione nell'attribuzione di tale punteggio. Le relative valutazioni non appaiono sindacabili in questa sede, in quanto non manifestamente illogiche o contraddittorie, risultando le censure poste dalla parte ricorrente frutto di altrettanto opinabili apprezzamenti discrezionali.

Ne consegue l'inammissibilità per carenza di interesse dell'intero motivo, in quanto le censure mosse avverso l'attribuzione del punteggio c.d. "tabellare" non risultano *ex se* idonee al superamento della c.d. "prova di resistenza", in quanto non consentirebbero all'RTI ricorrente di superare il divario di 4,8 punti nel punteggio tabellare e 7,05 punti nel punteggio tecnico totale punti rispetto al primo classificato (*ex plurimis*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 10 luglio 2020, n. 7932; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 4 febbraio 2019, n. 611).

4. Meritevole di accoglimento risulta, invece, nei termini di seguito esposti, il terzo motivo di ricorso, che deve essere esaminato congiuntamente alle connesse censure introdotte con i motivi aggiunti.

Con tale mezzo si lamenta l'illegittimità dell'operato della Stazione appaltante, la quale ha disposto l'aggiudicazione definitiva dell'appalto specifico per il quale è

causa a favore dell'RTI Vivisol, senza sottoporre l'offerta di quest'ultimo alla verifica di anomalia prescritta sia dall'art. 11.7 del Capitolato d'onori, sia dall'art. 97, comma 1 e 3, d.lgs. n. 50 del 2016, limitandosi, piuttosto, alla verifica di congruità del solo costo del lavoro ex art. 97, comma 5, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016.

Ai sensi del citato art. 97, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, quando, come nel caso in esame, il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ed il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a tre, *«la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara. ... Si applica l'ultimo periodo del comma 6»*.

In presenza di offerte che risultino aver superato i quattro quinti del punteggio massimo previsto dal bando per i criteri qualitativi e quantitativi, la Stazione appaltante è, quindi, tenuta ad effettuare il giudizio di anomalia, mentre la scelta se procedere al giudizio è rimessa alla discrezionalità della stessa qualora elementi specifici inducano a ritenere che l'offerta non sia congrua, seria e sostenibile. La disciplina dell'art. 97, comma 3, Codice dei contratti pubblici è, del resto, espressamente richiamata dal Capitolato d'Onori, al punto 11.7 rubricato "anomalia", recante la disciplina dettagliata del sub procedimento di verifica dell'anomalia affidato al RUP coadiuvato, se ritenuto necessario, dalla Commissione.

Sempre obbligatoria prima di procedere all'aggiudicazione, si presenta, invece, ai sensi dell'art. 95, comma 10, d.lgs. 50 del 2016, la verifica di quanto previsto dall'art. 97, comma 5, lett. d), ossia che il costo del personale non sia inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'art. 23, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016.

Nel caso in esame la legge di gara prevedeva l'attribuzione per il punteggio tecnico di massimo 70 punti, di cui 56 attribuiti in base a "criteri di valutazione tabellari" e 14 "criteri di valutazione discrezionali" (collocandosi la soglia dei quattro quinti a 56 punti), mentre per il punteggio economico potevano essere attribuiti al massimo 30 punti (con conseguente soglia dei quattro quinti a 24 punti). Secondo quanto emerge dalla determinazione di aggiudicazione del 27 ottobre 2020, l'RTI aggiudicatario ha ottenuto, un punteggio tecnico pari a 63,91 (50,66 +13,25) e un punteggio economico pari a 24,75; entrambi tali valori risultano superiori ai quattro quinti del punteggio massimo.

Dai dati forniti, non appare contestabile che, ai sensi del citato art. 97, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, l'offerta dovesse essere sottoposta a verifica dell'anomalia. Va rilevato che anche l'offerta dell'RTI odierno ricorrente si presenta anomale, avendo ottenuto, rispettivamente, 56,86 e 24,66 punti.

Sempre nella citata determinazione dell'Amministratore unico del 27 ottobre 2020 si legge (pag. 5): «*CHE nessuna offerta è risultata anormalmente bassa e pertanto non si è reso necessario avviare il sub procedimento di anomalia delle offerte di cui all'art. 97 del Codice, come risulta dalla schermata della piattaforma SDAPA (All.D)*».

La tabella contenuta nel citato allegato D - costituente un allegato al documento istruttorio - segnala sì l'assenza di offerte anomale, ma in base a punteggi non corrispondenti a quelli riportati dai tre concorrenti così come risultanti dalla delibera di aggiudicazione e dai verbali di gara.

La Stazione appaltante ha attribuito la discrepanza tra i punteggi a problemi tecnici - connessi a criticità della griglia di valutazione inserita sulla piattaforma Consip SDAPA - non avendo, tuttavia, fornito alcuna prova che a seguito del "riallineamento" dei punteggi stessi sia stata nuovamente effettuata la verifica di cui all'art. 97, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016 al fine di avviare lo specifico sub procedimento previsto dal Codice dei contratti pubblici e dalla stessa legge di gara.

Dalla lettura del gravato provvedimento di aggiudicazione emerge ancora (successiva pag. 6): «*CHE in esito alle operazioni di gara il RUP, con Pec prot.0003674, del 17/09/2020, ha inoltrato al costituendo RTI Vivisol s.r.l. / Medicaire Centro s.r.l. la richiesta di verifica della congruità dell'offerta relativamente ai costi della manodopera, ai sensi del comma 10 dell'art. 95 del d.lgs. n.50/2016, assegnando giorni 15 dal ricevimento della comunicazione per l'inoltro delle giustificazioni*».

Pertanto, risulta evidente che la Stazione appaltante, ben consapevole della distinzione tra le due verifiche, ha ritenuto - probabilmente indotta in errore dalle risultanze dell'allegato D - di dover attivare solo quella prevista dall'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016.

Né può convenirsi con la difesa resistente laddove, anche alla luce del verbale della seduta riservata del 13 ottobre 2020, afferma che l'Amministrazione avrebbe comunque “nella sostanza” effettuato la necessaria verifica dell'anomalia dell'offerta.

Il verbale del 13 ottobre 2020 reca espressamente l'intestazione “*Seduta riservata per la verifica ex art. 97, comma 5, lettera d) del d.lgs. n. 50/2016*”. Nonostante lo stesso contenga una digressione sui principi affermatasi in giurisprudenza con generale riferimento alla verifica della congruità dell'offerta e l'affermazione che “*nessuno degli elementi che compongono l'offerta è rimasto privo di una completa, ragionevole ed esaustiva giustificazione*”, appare evidente che l'esame del RUP, con la collaborazione della Commissione giudicatrice, sia stato circoscritto all'analisi di congruità dell'offerta relativamente ai costi della manodopera. Nonostante il sicuro rilievo in termini di incidenza di tali costi, la suddetta verifica ha di fatto ommesso ogni valutazione su voci di costo costituenti oltre il 55% del prezzo offerto, secondo la tabella fornita dalla stessa aggiudicataria. La parte ricorrente ha, al riguardo, evidenziato criticità circa la sostenibilità dell'offerta, con particolare riguardo al costo dei materiali di consumo, anche in considerazione del fatto che l'RTI aggiudicatario, in sede di progetto tecnico (pag. 3), ha

garantito la fornitura di un «*volume minimo annuo di materiale di consumo monouso in quantità doppia rispetto alle richieste minime da capitolato*» per ciascuno dei 1.656 pazienti beneficiari del servizio oggetto di affidamento.

Né può diversamente opinarsi alla luce della documentazione versata in atti dall'Amministrazione a seguito dell'ordinanza n. 174 del 2020 e sulla base della quale sono stati formulati i motivi aggiunti.

La nota trasmessa a mezzo pec dal RUP, prot. 0003674 del 17 settembre 2020, espressamente circoscriveva la verifica, ai sensi dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, ai costi della manodopera, al fine del rispetto di quanto previsto all'art. 97, comma 5, lettera d), d.lgs. n. 50 del 2016.

Né può ritenersi che la verifica effettuata dalla Stazione appaltante sia stata di fatto ampliata alla luce della tabella inserita dall'RTI aggiudicatario nelle proprie giustificazioni, contenente l'elencazione delle voci che compongono l'offerta con le relative percentuali di incidenza e dell'utile lordo. In tal modo si avallerebbe una situazione nella quale è di fatto l'operatore economico ad indirizzare il sub procedimento di verifica dell'anomalia, mettendo in luce solo taluni aspetti, in assenza di una valutazione a monte da parte del RUP - eventualmente coadiuvato dalla Commissione - sui profili ritenuti critici e bisognosi di essere ulteriormente indagati. Ciò trova indiretta conferma nelle difese della stessa parte controinteressata, laddove - a fronte delle contestazioni di parte con riferimento alla mancata produzione di giustificazione dei costi dei dispositivi medici e del materiale di consumo - evidenzia che «*non sussiste alcun obbligo (normativo né della lex specialis) di deposito di giustificativi in sede di anomalia, salvo che non venga richiesto dalla stazione appaltante. E nella specie, come visto, l'Amministrazione aggiudicatrice ha correttamente ritenuto di non dover richiedere ulteriori chiarimenti/spiegazioni al RTI Vivisol, nemmeno in ordine alle voci dei dispositivi medici e materiale di consumo evidenzia che non avrebbe potuto fornire giustificativi riguardanti criticità nemmeno evidenziate dalla Stazione appaltante*» (pag. 15 memoria del 12 marzo 2021).

4.1. Da quanto esposto consegue la necessità di annullamento della gravata aggiudicazione, con conseguente obbligo per la Stazione appaltante di piena attivazione del sub procedimento di verifica della congruità dell'offerta ai sensi dell'art. 97, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016.

Rientrando nell'oggetto della verifica da esperire ai sensi dell'art. 97, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016 anche il "*rispett[ ] [de]gli obblighi di cui all'articolo 105*", ne discende, altresì, l'impossibilità per il Collegio di pronunciarsi sulle relative censure sollevate dalla parte ricorrente.

Il giudice amministrativo, infatti, può sindacare le valutazioni compiute dalla stazione appaltante sotto il profilo della logicità, della ragionevolezza e dell'adeguatezza dell'istruttoria, ma non ha titolo a procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, costituendo ciò un'inammissibile invasione della sfera propria dell'amministrazione (C.d.S., sez. V, 28 ottobre 2019, n. 7391).

5. Stante l'accoglimento di cui al paragrafo precedente, non deve essere esaminato il quarto motivo del ricorso introduttivo, in quanto proposto in via gradata.

6. Per quanto esposto, il ricorso introduttivo deve essere dichiarato in parte inammissibile ed in parte accolto, unitamente ai motivi aggiunti, ai sensi di cui in motivazione.

Devono conseguentemente essere annullati gli atti oggetto di impugnazione, con obbligo per la Stazione appaltante di esperire, entro il termine di giorni 30 o il diverso termine previsto dai regolamenti alla stessa applicabili, la verifica della congruità dell'offerta dell'RTI controinteressato ai sensi dell'art. 97, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, procedendo poi nella rinnovazione del procedimento a partire da detta fase, con le ulteriori determinazioni del caso.

La necessità che la Stazione appaltante svolga le sue valutazioni in punto di sostenibilità dell'offerta della prima graduata, non consente al Collegio di

pronunciarsi né sulla domanda ex artt. 121, 122, e 124, comma 1, cod. proc. amm., né sulle istanze risarcitorie per equivalente proposte dalla ricorrente, le quali presuppongono il completamento della procedura di aggiudicazione e la conseguente stipula del contratto.

Si ravvisano giusti motivi per la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti:

- a) dichiara in parte inammissibile il ricorso introduttivo;
- b) accoglie in parte il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti, ai sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 30 marzo 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto previsto dalle disposizioni citate in epigrafe, con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Enrico Mattei, Consigliere

Daniela Carrarelli, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Daniela Carrarelli**

**IL PRESIDENTE**  
**Raffaele Potenza**

IL SEGRETARIO

