

Publicato il 28/11/2017

N. 01388/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00756/2017 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 la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 756 del 2017, proposto da:

Paul Hartmann Spa, in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con Mediberg Srl, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianni Maria Saracco, Laura Formentin, domiciliata ex art. 25 cpa presso T.A.R. Segreteria in Brescia, Via Carlo Zima, 3;

Mediberg Srl, in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale mandante del costituendo RTI con Paul Hartmann Spa, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianni Pier Giorgio Coppa, Fabrizio Colasurdo, con domicilio *ex lege* presso T.A.R. Segreteria in Brescia, Via Carlo Zima, 3;

contro

Azienda Socio Sanitaria Territoriale (ASST) Papa Giovanni XXIII Bergamo, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Zoppolato, Nives Rasoli, Cristina

Acerboni, domiciliata ex art. 25 cpa presso T.A.R. Segreteria in Brescia, via Carlo Zima, 3;

ASST di Mantova, ASST Bergamo Ovest, non costituitisi in giudizio;

nei confronti di

Molnlycke Health Care Spa, rappresentata e difesa dagli avvocati Giancarlo Turri, Cristina Belvisi, con domicilio *ex lege* presso T.A.R. Segreteria in Brescia, Via Carlo Zima, 3;

per l'annullamento

ricorso introduttivo

- DELLA DELIBERAZIONE DEL DIRETTORE GENERALE DELL'ASST "PAPA GIOVANNI XXIII" 22/6/2017 N. 1160, RECANTE L'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA ALLA CONTROINTERESSATA DELLA GARA D'APPALTO IN FORMA AGGREGATA PER L'AFFIDAMENTO DELLA FORNITURA DI DISPOSITIVI MEDICI STERILI MONOUSO;
- DELLA NOTA DEL DIRETTORE POLITICHE E GESTIONE ACQUISTI DEL 26/6/2017;
- DEI VERBALI DELLA COMMISSIONE DI GARA N. 1 E 2 E DELLA DELIBERAZIONE DEL DIRETTORE GENERALE 16/12/2015 N. 1969, LADDOVE NON HANNO ESCLUSO LA CONTROINTERESSATA DALLA COMPETIZIONE;
- DEI VERBALI DELLA COMMISSIONE IN DATA 16/3/2016, 6/4/2016, 26/4/2016, 16/5/2016, 30/9/2016, 4/10/2016, 12/10/2016, 3/3/2017, 17/3/2017, 30/3/2017, E DEL VERBALE N. 3 DI AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA A MOLNLYCKE HEALTH CARE SRL;
- DELLA NOTA 26/6/2017, DI DINIEGO DELL'ACCESSO ALL'OFFERTA TECNICA DELLA VINCITRICE;

- IN VIA SUBORDINATA, DEL REGOLAMENTO DI GARA, CON RIFERIMENTO ALL'ART. 7 E AL CAPITOLATO SPECIALE, CON RIGUARDO ALL'ART. 5;

e per la declaratoria di inefficacia

- DEL CONTRATTO OVE GIA' STIPULATO, CON CONSEGUENTE SUBENTRO EX ART. 122 CPA.

in via subordinata per il risarcimento dei danni

- PROVOCATI DALL'ILLEGITTIMA AGGIUDICAZIONE DELLA GARA.

gravame incidentale

per l'annullamento

- DEI VERBALI DELLA COMMISSIONE AMMINISTRATIVA N. 1 IN DATA 1/12/2015 E N. 3 IN DATA 19/5/2017;

- DEI VERBALI DELLA COMMISSIONE GIUDICATRICE IN DATA 16/3/2016, 6/4/2016, 26/4/2016, 16/5/2016, 30/9/2016, 4/10/2016, 12/10/2016, 3/3/2017, 17/3/2017 E 30/3/2017, LIMITATAMENTE ALLA PARTE IN CUI NON È STATA DISPOSTA L'ESCLUSIONE DALLA GARA DEL COSTITUENDO RTI PAUL HARTMANN SPA – MEDIBERG SRL.

UNITAMENTE A TUTTI GLI ATTI DI GARA PRESUPPOSTI, CONSEQUENZIALI E CONNESSI.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ASST Papa Giovanni Xxiii Bergamo e di Molnlycke Health Care Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e il ricorso incidentale proposto da Molnlycke Health Care Srl;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2017 il dott.
Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel
verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A. Con deliberazione del Direttore Generale 28/5/2015 n. 884, l'ASST di Bergamo "Papa Giovanni XXIII" (di seguito: ASST) ha indetto una gara "aperta" in forma aggregata (da esperirsi mediante utilizzo della piattaforma telematica regionale SinTel e da aggiudicarsi all'offerta economicamente più vantaggiosa) per l'affidamento della fornitura di dispositivi medici sterili monouso contenuti in pacchi procedurali per sala operatoria, da destinare alle ex Aziende Ospedaliere "Papa Giovanni XXIII" di Bergamo, "Carlo Poma" di Mantova e di Treviglio.

La durata dell'appalto era prevista in 72 mesi, con una base d'asta pari a € 15.030.000 (+ IVA 22%), di cui € 10.020.000 per i 6 anni iniziali e € 5.010.000 relativi all'eventuale rinnovo triennale.

B. Le concorrenti che hanno preso parte alla procedura selettiva sono la ATI Paul Hartmann-Mediberg, la Mölnlycke Health Care (di seguito: Mölnlycke) e l'ATI Servizi Italia-Medline. Riferisce parte ricorrente che, dopo l'ammissione dei partecipanti alle successive fasi del confronto comparativo da parte della Commissione amministrativa:

- nella prima seduta riservata della Commissione tecnica del 16/3/2016 quest'ultima ha deciso, tra l'altro, di <<realizzare una scheda di valutazione "ad hoc" per la valutazione del materiale da parte degli

operatori delle Sale Operatorie in linea con quanto previsto dai “Criteri di valutazione qualitativa”>> e di “dare mandato a Sottocorno [componente] di contattare il referente dell’Ospedale di Treviglio per organizzare l’invio di campionatura”, senza ulteriori puntualizzazioni;

- la Commissione tecnica non ha mai provveduto alla preliminare *“valutazione dei requisiti minimi richiesti”*, alla luce delle statuizioni di cui all’art. 3 del capitolato speciale;

- nel verbale di una successiva seduta della Commissione tenutasi il 12/10/2016, non sono stati individuati i soggetti con i quali i moduli compilati dagli operatori di sala erano stati condivisi, né i successivi destinatari chiamati a valutare i campioni, né si è dato conto dell’esistenza di indicazioni per la compilazione (oltre a quelle scarse e del tutto insufficienti contenute nei moduli stessi);

- nel verbale del 3/3/2017 si è attestata la restituzione dei moduli e la loro trascrizione in un report complessivo, ossia una tabella unica riepilogativa e sintetica del tutto lacunosa;

- un’identica attività è stata compiuta nella successiva seduta del 17/3/2017, con riferimento ai camici chirurgici;

- la Commissione ha valutato direttamente il “Progetto di gestione in service” del materiale fornito, senza fornire dettagli sulle modalità di svolgimento, e siccome *“... tutti i requisiti (elementi) sono superiori al punteggio minimo la commissione ha parametrizzato i punteggi delle “caratteristiche del materiale” valutati come da scheda allegata riportata nel capitolato di gara”*: l’organo straordinario risulta aver preso atto dei punteggi assegnati dai “panel” di medici e operatori e averli “parametrizzati” in base ai 6 coefficienti rappresentativi dei “giudizi” di cui al capitolato, anche se *“ogni componente della Commissione ha*

successivamente fornito la propria valutazione a seguito delle prove in uso eseguite (...) per ciascun elemento (requisito)”.

C. Dopo l'esame delle offerte tecniche da parte della Commissione giudicatrice (si sono svolte complessivamente 10 sedute), in data 19/5/2017 la Commissione amministrativa si è riunita per dare lettura dei punteggi assegnati per l'offerta tecnica e per l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica, con relativa attribuzione dei punteggi complessivi. Al termine, la controinteressata si è piazzata al primo posto con 95,96 punti (di cui 60 per l'offerta tecnica e 35,96 per quella economica) seguita dall'ATI ricorrente con 86,15 (rispettivamente 46,15 e 40). La proposta dell'aggiudicataria provvisoria è stata sottoposta a verifica dell'anomalia e, in esito al sub-procedimento, è stata ritenuta congrua. Con deliberazione 22/6/2017 n. 1160, il Direttore generale di ASST ha aggiudicato in via definitiva l'appalto a Mölnlycke (doc. 19 Azienda).

D. Nelle more, con nota del 30/5/2017, l'ATI esponente ha chiesto l'ostensione dei documenti di gara comprendenti l'offerta tecnica della controinteressata, ma il 26/6/2017 ASST ha disposto il rilascio di pochi elaborati puntualmente indicati, adducendo per i rimanenti l'opposizione di Mölnlycke all'esibizione.

E. Presa cognizione dell'atto di aggiudicazione, con istanza a mezzo pec del 27/6/2017 la ricorrente ha formulato nuovamente istanza di accesso per visionare l'offerta tecnica e i giustificativi dei prezzi presentati dalla ditta controinteressata, ma con nota del 14/7/2017 la ASST ha disposto il rilascio solo rilascio parziale del “Progetto di assistenza post vendita” e delle schede tecniche.

F. Con l'introdotta gravame, ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione, la

ricorrente impugna gli atti di gara in epigrafe, deducendo le seguenti censure in diritto:

SULL'ISTANZA DI ACCESSO ALLA DOCUMENTAZIONE TECNICA

I° MOTIVO = Violazione degli artt. 13 comma 5 lett. a) e 6 del D. Lgs. 163/2006, degli artt. 3 e 23 della L. 241/1990, eccesso di potere per sviamento, carenza di motivazione, illogicità manifesta, disparità di trattamento, in quanto ogni concorrente deve poter conoscere tutti gli atti depositati in sede di gara per difendersi nel giudizio che verte sulla medesima procedura; se il diritto di accesso è contemplato in via generale dalla L. 241/1990, le limitazioni sono eccezionali e le norme che le consentono vanno interpretate in modo restrittivo; di conseguenza, le deroghe a tali eccezioni – contenute nell'art. 13 comma 6 del D. Lgs. 163/2006 – determinando la ri-espansione del diritto si qualificano come “eccezioni all'eccezione” e si pongono nell'alveo della regola generale; nello specifico, difetta una motivazione tecnica o commerciale a giustificazione del diniego, e la controinteressata ha utilizzato formule totalmente generiche e tautologiche per giustificare la sua opposizione;

IN VIA PRINCIPALE, SULL'AGGIUDICAZIONE E SULL'AMMISSIONE ALLA GARA DI MÖLNLYCKE

II° MOTIVO = Violazione dell'art. 38 comma 1 lett. f) del D. Lgs. 163/2006 e all'art. 75 del DPR 445/2000, eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, inosservanza del principio di trasparenza e della *par condicio* tra i concorrenti, dal momento che:

- nella propria istanza di partecipazione (doc. 8), Mölnlycke ha formulato una dichiarazione non veritiera, attestando “*di non aver commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate*”

dalla stazione appaltante e di non aver commesso errore grave nell'esercizio della propria attività professionale (art. 38, comma 1, lett. f) del Codice)";

- il Consiglio di Stato (cfr., per tutte, le sentenze n. 6105/2014, 122/2016, 3288/2017) e la giurisprudenza di primo grado hanno sostenuto che, dalla disposizione appena citata, discende l'obbligo di escludere dalla gara pubblica l'impresa che non ha dichiarato di essere stata destinataria, in passato, di un provvedimento di risoluzione contrattuale adottato nei suoi confronti da altra pubblica amministrazione, e che ogni apprezzamento in proposito è riservato alla stazione appaltante, per cui il partecipante non può autonomamente e preventivamente formulare un giudizio di irrilevanza ed omettere di segnalare i propri precedenti negativi, in violazione del principio di leale collaborazione;
- nella fattispecie, Mölnlycke ha subito una risoluzione contrattuale per grave inadempimento ad opera dell'Azienda Ospedaliera Città della Salute e della Scienza di Torino (cfr. nota 22/4/2013 prot. 45431 – doc. 28 in atti) segnalando che: *“con la presente, a seguito della nota prot. 5283 del 15.01.2013, e dei risultati delle prove tecniche effettuate presso il laboratorio certificato “Centro Cot” di Busto Arsizio (VA), che sono risultati nuovamente nettamente inferiori a quanto dichiarato nelle schede tecniche, si ribadisce che, visti gli esiti di tali prove, e come già preannunciato, si procederà alla risoluzione del contratto”*: si è trattato di una risoluzione in danno per inadempimento contrattuale (peraltro reiterato), cui è seguito anche l'incameramento della cauzione provvisoria, mentre un ulteriore episodio si era già verificato nel 2012 (cfr. determinazione di cui al doc. 29);
- la controinteressata si è resa responsabile di distinti errori professionali che hanno dato luogo (rispettivamente) alla

sospensione di una fornitura e alla risoluzione di un'altra, e che non sono stati dichiarati nel corso della selezione nonostante l'evidenza e la pertinenza ai fini dell'appalto, avente lo stesso oggetto (ossia, la fornitura di prodotti sterili monouso in TNT);

- sotto altro profilo, dall'omessa dichiarazione della precedente risoluzione contrattuale scaturisce la falsità dell'attestazione resa in proposito dalla Società controinteressata, che ne legittima *ex se* l'esclusione senza possibilità di attivare il "soccorso istruttorio", trattandosi dell'ipotesi di una dichiarazione esistente, ma scientemente difforme dalla realtà;

III° MOTIVO = Violazione dell'art. 75 commi 1 e 7 del D. Lgs. 163/2006, dell'art. 38 comma 2-bis del D. Lgs. 163/2006 e dell'art. 75 del DPR 445/2000, eccesso di potere per violazione degli artt. 5.2 lett. h) e 8 del regolamento della selezione, difetto di istruttoria e di motivazione, ingiustizia manifesta, travisamento dei presupposti, lesione del principio di *par condicio*, in quanto:

- i concorrenti dovevano costituire una cauzione provvisoria pari al 2% dell'importo a base di gara, con facoltà di riduzione del 50% nei casi di cui all'art. 75 comma 7 del Codice dei contratti, per effetto del rilascio – da organismi accreditati – della certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000, ai sensi delle norme europee pertinenti;
- Mölnlycke ha presentato una cauzione di ammontare dimezzato, dichiarando il possesso della certificazione di qualità conforme alle norme Europee della serie UNI EN ISO 9000, ma il documento prodotto (all. 10) è intestato alla Mölnlycke Health Care AB con sede in Svezia e non alla ditta concorrente;

- la controparte non poteva beneficiare della riduzione, non essendo “spendibile” un requisito soggettivo della casa madre, e non avendo l’amministrazione accordato il soccorso istruttorio (pur astrattamente ammissibile);
- Mölnlycke ha altresì falsamente attestato il possesso della certificazione di qualità, producendosi le conseguenze di cui all’art. 75 del DPR 445/2000 sulla decadenza dei benefici;

IV° MOTIVO = Violazione degli artt. 1, 2 e 5 del DM Salute 21/12/2009, eccesso di potere per inosservanza dell’art. 4 n. 3 del capitolato speciale, eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, ingiustizia manifesta, travisamento dei presupposti nonché lesione del principio di *par condicio* tra i concorrenti, dal momento che:

- l’oggetto principale dell’appalto investe *set* procedurali (*custom pack*) monouso sterili da utilizzare nell’attività chirurgica, e comprende dispositivi medici classificabili nelle classi Ia e IIa ai sensi della direttiva 93/42/CEE, recepita nell’ordinamento italiano con D. Lgs. 46/1997 (cfr. documento “Specifiche tecniche dei materiali” allegato al capitolato speciale – doc. 7); l’articolo 12 della direttiva e l’art. 12 del D. Lgs. 46/1997 individuano – tra le tipologie di “sistemi e kit completi per campo operatorio” – il *custom pack* quale dispositivo medico a se stante soggetto sia alla Classificazione Nazionale dei Dispositivi medici (CND) ex DM Salute 22/9/2005 e s.m.i., sia all’iscrizione al Repertorio generale dei Dispositivi Medici commercializzati in Italia (RDM), secondo i dettami del DM Salute 21/12/2009;

- i custom pack in classe I offerti da Mölnlycke sono privi dell'iscrizione al RDM, e non possono essere acquisiti dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 5 commi 1 e 3 del DM 21/12/2009;
- la controinteressata – avente sede legale in Italia e qualificandosi essa stessa quale “azienda produttrice” dei *custom pack* in questione – non gode in alcun modo dell'esenzione dall'obbligatorietà di iscrizione al RDM riservata ai “*soggetti [...] che hanno sede legale fuori del territorio italiano*” di cui all'art. 6, comma 1 lett. b) del DM Salute 21/12/2009;

V° MOTIVO = Violazione dell'art. 38 comma 1 lett. c) del D. Lgs. 163/2006, eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, lesione dei principi di trasparenza e *par condicio*, visto che:

- nell'ambito della propria istanza di partecipazione (doc. 8), Mölnlycke ha ommesso di rendere la dichiarazione ex art. 38 del Codice dei contratti sulla situazione soggettiva del sig. Javier Bronte Penalva, che è stato procuratore speciale – dotato di amplissimi poteri di rappresentanza – dal 4/4/2014 fino al 13/3/2015;
- la grave omissione si ripercuote sull'ammissione della concorrente alle fasi successive alla verifica della documentazione amministrativa, e comprova il difetto di istruttoria della stazione appaltante ai sensi di quanto statuito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (cfr. sentenza 16/10/2013 n. 23).

IN VIA SUBORDINATA, CON RIFERIMENTO ALL'AGGIUDICAZIONE DELLA FORNITURA

VI° MOTIVO = Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 42 e 83 del D. Lgs. 163/2006 e dell'art. 283 del DPR 207/2010, inosservanza dell'art. 6 del regolamento di gara, degli artt. 5 e 3, 2° cpv. del

capitolato speciale e degli allegati “Verifica requisiti minimi” e “Criteri di valutazione qualitativa”; eccesso di potere per lesione dei principi di uguaglianza, buona amministrazione e trasparenza, difetto di presupposti e di istruttoria, poiché:

- gli atti di gara affidano alla Commissione tecnica il compito di verificare preliminarmente i requisiti minimi dei prodotti offerti (da soddisfare a pena di esclusione) e di valutare la qualità delle offerte ammesse, ma la prima fase è stata del tutto pretermessa, demandando l'analisi e il giudizio della campionatura (che neppure costituisce una componente dell'offerta tecnica) a operatori sanitari e medici;
- le proposte pervenute dovevano essere esaminate unicamente dalla Commissione, la quale (pur in difetto di qualsivoglia previsione in tal senso nella *lex specialis* e in assenza di motivazione e di regole operative), ha demandato l'attività a un “panel” di soggetti esterni (operatori delle strutture ospedaliere), acquisendone acriticamente le valutazioni;
- nelle gare pubbliche, la giurisprudenza amministrativa permette alla Commissione giudicatrice di avvalersi di esperti per l'esame di profili di particolare specificità tecnica, a condizione che i soggetti esterni non sostituiscano i Commissari nelle attività valutative demandate agli stessi in via esclusiva;
- nello specifico, la Commissione tecnica si è premurata solo di predisporre i moduli destinati a raccogliere i giudizi esterni senza stabilire la metodologia di conservazione dei campioni, le modalità di prova e di valutazione, il sistema di raccolta dei dati, l'identità dei soggetti esterni incaricati;

VII° MOTIVO = Violazione dell'art. 83 del D. Lgs. 163/2006, dell'art. 3 della L. 241/1990 e dei principi generali sulla motivazione del provvedimento amministrativo, erronea applicazione dell'art. 5 (sezione "offerta tecnica") del capitolato speciale, visto che i punteggi assegnati dalla Commissione tecnica (cfr. verbale del 30/3/2017) non sono accompagnati da alcuna indicazione sul livello di performance raggiunto dai prodotti offerti, e non conoscibili le ragioni delle attribuzioni.

IN VIA SUBORDINATA, CON RIFERIMENTO AL DISCIPLINARE E, IN VIA DERIVATA, ALL'AGGIUDICAZIONE

VIII° MOTIVO = Invalidità derivata dall'illegittimità degli artt. 7 e 5 sezione "offerta economica" del capitolato speciale, eccesso di potere per violazione del canone di logicità-congruità e ingiustizia manifesta, dato che:

- la formula per l'attribuzione dei punteggi all'elemento prezzo è del tutto diversa da quelle enunciate dall'allegato P al Codice dei contratti, e il suo utilizzo ha provocato l'indebito appiattimento delle differenze economiche tra le offerte (cfr. sentenza del Consiglio di Stato n. 2739/2017), oltretutto aggravato dalla riparametrazione dei valori dell'offerta tecnica;
- la sostanziale inversione della formula generale dell'allegato P (cd. formula "proporzionale inversa") è descritta in termini critici nella relazione AIR alle Linee Guida ANAC n. 2, poiché altera – in modo non trasparente – la proporzione tra offerta tecnica e proposta economica, e non permette l'utilizzo dell'intero *range* di punteggio assegnato alla seconda, con svuotamento dell'efficacia sostanziale di tale componente;

IX° MOTIVO = Invalidità derivata dall'illegittimità dell'art. 5, sez. "offerta tecnica", del capitolato speciale e dall'allegato "Criteri di valutazione qualitativa", per inosservanza dell'art. 83 del D. Lgs. 163/2006 e dell'art. 283 del DPR 207/2010, eccesso di potere per violazione dei principi di uguaglianza, buona amministrazione e trasparenza, difetto di presupposti e di istruttoria, in quanto:

- numerosi elementi di valutazione hanno natura del tutto generica e indeterminata (per il TNT la "drappeggiabilità/vestibilità", la "rumorosità/colore/odore", la "piegatura prodotto", la "facilità apertura" e "composizione e adeguatezza della predisposizione del kit"; per i camici: la "vestibilità", il "*comfort*" e il "confezionamento"), e per questo sono applicabili solo mediante una valutazione soggettiva del tutto arbitraria;
- la Commissione tecnica non ha utilizzato alcun criterio obiettivo per la valutazione dei predetti elementi, e, in aggiunta, ha illegittimamente fatto applicazione degli ulteriori criteri e sub-criteri introdotti dalla *lex specialis* (ad es. impermeabilità, sfaldamento da asciutto/bagnato, resistenza alla trazione) pur astrattamente suscettibili di un giudizio obiettivo attraverso test di laboratorio conformi alla normativa vigente.

G. Si sono costituite in giudizio l'amministrazione e la controinteressata, chiedendo la reiezione del gravame.

Con ordinanza 11/9/2017 n. 439, questa Sezione ha motivatamente accolto la domanda cautelare, mentre il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 4671 resa dalla sez. III in data 26/10/2017, ha respinto l'appello, confermando il provvedimento interinale di primo grado.

H. Con ricorso incidentale depositato il 4/10/2017 Mölnlycke deduce che la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara

sulla base di 6 concorrenti motivi (che verranno diffusamente illustrati nella parte in diritto).

I. Alla pubblica udienza dell'8/11/2017 il gravame introduttivo e il ricorso incidentale sono stati chiamati per la discussione e trattenuti in decisione.

DIRITTO

0. Il RTI ricorrente censura gli atti (compresa l'aggiudicazione) della procedura selettiva indetta da ASST di Bergamo "Papa Giovanni XXIII" per l'affidamento della fornitura di dispositivi medici sterili monouso contenuti in pacchi procedurali per sala operatoria. Con gravame incidentale, la controinteressata si duole dell'ammissione dell'ATI esponente al confronto competitivo.

0.1 La questione dell'ordine di trattazione dei ricorsi – principale e incidentale – è stata rivisitata da questo T.A.R. (cfr. sentenza Sezione 28/6/2016 n. 884, che non risulta appellata) alla luce del pronunciamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (cfr. Grande Sezione, sentenza 5/4/2016, causa C-689) secondo la quale è irrilevante, ai fini della corretta applicazione dei principi affermati nella sentenza CGUE, sez. X, 4 luglio 2013, C-100/2012 (c.d. sentenza Fastweb), il numero dei partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico, il numero dei concorrenti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti (per un'applicazione, T.A.R. Lazio Roma, sez. II-*bis* – 4/5/2016 n. 5063; si veda anche T.A.R. Campania Salerno, sez. I – 11/5/2016 n. 1159, che risulta appellata).

0.2 Peraltro, è anche opportuno ricordare che la giurisprudenza riconosce un certo "margine di manovra" al giudice nell'ordine di trattazione dei motivi di gravame, a condizione che disponga le

questioni prospettate in modo logico, con priorità del ricorso incidentale solo ove a carattere escludente, in rapporto alla medesima fase procedimentale, ma anche con possibilità di esame prioritario del ricorso principale, per ragioni logiche e di economia processuale, a condizione che siano esaminati entrambi ove caratterizzati da “simmetria escludente” (in termini Consiglio di Stato, sez. V – 10/4/2017 n. 1677 che richiama Consiglio di Stato, sez. VI – 10/2/2015 n. 713; sez. V – 31/8/2016 n. 3752).

0.3 Nella fattispecie, il Collegio opta per anteporre l'esame del gravame incidentale, per il suo carattere escludente.

0.4 Preliminarmente devono essere disattese le eccezioni in rito sollevate dalla parte ricorrente in quanto:

- con riguardo all'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, a causa della mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, all'omessa menzione di quest'ultimo provvedimento nell'atto introduttivo soccorre la chiara e puntuale volontà – manifestata dalla controinteressata – di dolersi di tutti gli atti di gara dai quali è scaturita l'ammissione dell'ATI ricorrente: i plurimi profili dedotti involgono senza dubbio alcuno ogni provvedimento (compresa, dunque, la deliberazione di aggiudicazione definitiva) adottato da ASST nell'ambito della procedura competitiva, nella parte in cui non ha ravvisato sussistere alcun motivo di esclusione a carico delle due esponenti;

- sull'inammissibilità per difetto di legittimazione – in quanto sussisterebbero censure ad effetto escludente anche nel ricorso principale – si può fare rinvio alle considerazioni appena svolte sul rapporto tra gravame principale e incidentale, e in ogni caso rispetto a quest'ultimo Mölnlycke conserva un interesse – anche solo

strumentale – alla riedizione della procedura (ipotesi che si verificherebbe nel caso di accoglimento di entrambi).

1. Con il primo motivo di ricorso incidentale la controinteressata lamenta la violazione dell'art. 97 della Costituzione, dell'art. 3 della L. 241/90, dell'art. 38 comma 1 lett. f) e dell'art. 46 del D. Lgs. 163/2006, dell'art. 8 del regolamento di gara, nonché l'eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, lesione dei principi di buon andamento e imparzialità, poiché:

- le imprese partecipanti alle gare pubbliche devono possedere, a pena di esclusione, i requisiti generali prescritti dall'art. 38 D. Lgs. 163/2006 dal momento della presentazione delle offerte fino all'aggiudicazione, e sono tenute a comunicare eventuali mutamenti della situazione di fatto;

- Paul Hartmann Spa detiene il 100% del capitale sociale di Hartmann Foromed Srl (doc. 16) e le due compagini, pur essendo formalmente distinte, nella sostanza costituiscono un unico centro decisionale: il raffronto delle rispettive visure camerali rivela che la seconda è totalmente controllata dalla ricorrente, che hanno la stessa sede legale, che i componenti dei due Consigli di Amministrazione sono gli stessi e che Hartmann Foromed Srl è produttrice del materiale offerto in gara dall'RTI;

- per questo motivo, le vicende contrattuali di Hartmann Foromed Srl sono certamente rilevanti anche nella valutazione della moralità professionale di Paul Hartmann Spa, e gli errori professionali commessi dalla prima nell'esercizio dell'impresa avrebbero dovuto essere comunicati alla stazione appaltante;

- con deliberazione del Direttore generale dell'ASL di Vercelli n. 899 in data 4/12/2015 è stato risolto, per mancato superamento del

periodo di prova, il contratto per la fornitura in service di materiale TNT (tessuto non tessuto) sterile per sale operatorie concluso con Hartmann Foromed Srl (doc. 19), dato che nel semestre erano stati contestati “... *una serie di importanti inadempimenti relativi ai prodotti consegnati ed alla gestione del servizio e che le controdeduzioni presentate da Hartmann Foromed s.r.l. non sono risultate fondate ...*”; gli incontri intervenuti per esaminare le criticità emerse non hanno modificato la situazione, alla luce di due ulteriori contestazioni e di una richiesta di sostituzione dei camici;

- l'ASST di Bergamo “Papa Giovanni XXIII” avrebbe dovuto prendere cognizione di detto precedente contrattuale negativo, in quanto la comunicazione di avvio del procedimento – sfociata poi nella risoluzione – è stata adottata il 9/10/2015, data anteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte nella gara in esame (20/10/2015), mentre la deliberazione conclusiva dell'ASL di Vercelli reca data anteriore a quella dell'aggiudicazione definitiva della gara odierna, disposta con atto del 22/6/2017;

- in secondo luogo, l'RTI ha omesso di rendere la dichiarazione ex art. 38 comma 1 lett. f) del D. Lgs. 163/2006 con riguardo alla determinazione dirigenziale dell'USL di Pescara n. 114/A.B.S. in data 3/2/2017, avente a oggetto la risoluzione del contratto con Mediberg Srl (doc. 20);

- le suddette risoluzioni, e soprattutto la gravità dell'inadempimento di Hartmann Formed Srl nei rapporti contrattuali con l'ASL di Vercelli rende evidente che l'RTI avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

La doglianza è priva di pregio.

1.1 L'invocato art. 38 comma 1 lett. f) del D. Lgs. 163/2006, nel testo per tempo vigente, statuiva l'esclusione dalle procedure selettive dei soggetti che, *“secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante”*. La disposizione, nel suo chiaro tenore letterale, riferisce il requisito “in negativo” (e la correlata dichiarazione) all'operatore economico che partecipa alla gara, e non menziona gli eventuali soggetti dal medesimo controllati in misura più o meno intensa. A questo proposito, affiora il divieto di estensione *in pejus* – ricavabile dall'art. 46 comma 1-bis del D. Lgs. 163/2006 – di una disposizione che introduce una causa di esclusione, in difetto di un'esplicita previsione della *lex specialis* (cfr. modulo per le dichiarazioni sostitutive, allegato 1 alla lettera d'invito).

1.2 In aggiunta, è decisivo il dato fattuale per cui il provvedimento di risoluzione è stato adottato il 4/12/2015, quando era già abbondantemente spirato il termine ultimo di presentazione delle offerte nella gara in esame (20/10/2015). Né a diversa conclusione si può addivenire in relazione alla comunicazione di avvio del procedimento (risalente al 9/10/2015), che si risolve nella notizia dell'impulso all'iter, suscettibile di condurre ad esiti non preventivabili a priori. Secondo il principio di auto-responsabilità che informa la partecipazione alle pubbliche gare, le imprese concorrenti devono rendere le proprie dichiarazioni sostitutive con diligenza e veridicità (T.A.R. Lazio Roma, sez. III – 20/6/2016 n. 622, confermata in appello da Consiglio di Stato, sez. V – 13/9/2016 n.

3854), e tuttavia il riferimento temporale per gli aspiranti aggiudicatari è pacificamente il termine ultimo per la presentazione delle offerte, preventivamente individuato dalla stazione appaltante (cfr. sentenza di questo T.A.R., sez. II – 11/11/2014 n. 1206). L'accertamento della continuità del possesso dei requisiti, necessario ai fini dell'affidamento della commessa, potrà giustificare l'attivazione di meccanismi di verifica *ex post*, con i quali la stazione appaltante verificherà se sono *medio tempore* emerse sopravvenienze ostative.

1.3 Il predetto ragionamento si estende alla vicenda contestata a Mediberg, la quale ha subito la risoluzione del rapporto nel febbraio 2017, quando erano trascorsi ben 2 anni e 4 mesi dalla scadenza del termine di partecipazione alla presente gara.

2. Con il secondo motivo Mölnlycke deduce la violazione dell'art. 97 della Costituzione, dell'art. 3 della L. 241/90, degli artt. 2, 38, 46 del D. Lgs. 163/2006, dell'art. 8 del regolamento di gara, l'eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, lesione dei principi di buon andamento e imparzialità, correttezza, trasparenza e par condicio, poiché:

- con riguardo alla capogruppo mandataria in sede di gara, l'RTI ha presentato le dichiarazioni riferite unicamente al Presidente del Consiglio di Amministrazione e all'amministratore delegato, mentre nessuna dichiarazione, viceversa, è stata presentata con riferimento al Consigliere d'amministrazione Sig. Rauter Juergen, per cui l'offerta avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara;
- Paul Hartmann Spa è altresì una Società con un unico socio azionista, Paul Hartmann AG, che detiene il 100% del capitale sociale, e la dichiarazione in esame avrebbe dovuto essere resa da

Paul Hartmann Spa anche con riguardo ai soggetti muniti dei poteri di amministrazione e rappresentanza della propria controllante;

- la dichiarazione dei requisiti di moralità professionale è richiesta dall'art. 38, comma 1 lettera c) per le Società di capitali anche con riguardo al “... *socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci...*”, senza nulla specificare sulla natura giuridica del socio: di conseguenza, deve essere compresa sia la persona fisica che quella giuridica in conformità ad un approccio sostanzialistico alla normativa, che attribuisce rilievo ai requisiti di moralità di tutti i soggetti che condizionano la volontà degli operatori che stipulano contratti con la pubblica amministrazione;

- nell'ipotesi (denegata nella memoria di costituzione al ricorso introduttivo) in cui questo T.A.R. ritenesse che l'art. 38 comma 1 lettera c) del D. Lgs. 163/2006, pur nel silenzio della norma, si estenda ai procuratori *ad negotia* (quali amministratori di fatto), l'ammissione alla gara del RTI risulterebbe illegittima, poiché dalla visura camerale di Paul Hartmann Spa si desume che, con atto in data 24/12/2008, è stato nominato procuratore della società il signor Andrea Galizzi, al quale sono attribuiti ampi poteri gestionali e decisionali assimilabili a quelli spettanti agli amministratori, e analoghi poteri sono riconosciuti ai Sigg.ri Sabrina Scolari, Matteo Fontana, Guido Pirotta, Giorgio Giusti, Antonella Bugliesi, Pier Angelo Poli (in carica alla data della presentazione delle offerte) e Carlo D'Angelo (cessato nell'anno antecedente alla data di pubblicazione del bando di gara).

L'articolata prospettazione non merita condivisione.

2.1 Il sig. Rauter è un Consigliere privo di poteri rappresentativi (cfr. visura camerale - doc. 38 ricorrente, pagina 12), a differenza degli

altri consiglieri Sig. Kuehn Michel (Presidente, con poteri descritti a pagina 6) e Renna Giovanni (amministratore delegato, con poteri descritti alle pagine 7-12). Posto che la norma invocata (art. 38 comma 1 lett. c) esige la dichiarazione da parte degli amministratori muniti “del potere di rappresentanza”, non si rinviene in capo al Sig. Rauter il possesso di poteri gestori e di amministrazione attiva suscettibili di impegnare la Società nei confronti delle stazioni appaltanti: è determinante, ai fini della sussistenza del dovere di rendere le dichiarazioni di cui al citato art. 38, il fatto che i soggetti onerati siano singolarmente in grado di impegnare la Società nei confronti di terzi (Consiglio di Stato, sez. III – 2/3/2015 n. 1020). Nella specie, il Consigliere Rauter è privo di specifiche attribuzioni di rappresentanza e amministrazione, spettando ogni competenza al Presidente del Consiglio di amministrazione e all’amministratore delegato. Sul punto, lo schema di dichiarazione (allegato I alla lettera d’invito) individuava espressamente come destinatari dell’obbligo di rassegnare le dichiarazioni gli *“amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico ...”*.

2.2 Sotto altro profilo, è stato dedotto che Paul Hartmann Spa è una società con unico socio azionista, Paul Hartmann AG, che detiene il 100% del capitale sociale. Ebbene, il fac-simile di dichiarazione allegato alla lettera d’invito (punto 21) pone l’obbligo dichiarativo in capo agli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o al direttore tecnico o al socio unico persona fisica, o al socio di maggioranza in caso di Società con meno di quattro soci (se trattasi di Società diversa dalla snc e dalla sas).

Al di del problema interpretativo posto dall’art. 38, in ordine alla necessità o meno della presentazione della relativa dichiarazione

anche da parte del socio unico persona giuridica – noto al Tribunale e sul quale si registrano orientamenti giurisprudenziali di segno opposto (cfr. Consiglio di Stato, sez. V – 30/6/2017 n. 3178) – va osservato che, nel caso di specie, la riferibilità dell’obbligo alla sola persona fisica che fosse “socio unico” era chiaramente stabilita dalla *lex specialis*, che non risulta contestata in parte qua mediante il ricorso in esame: è dunque coerente con la particolare disciplina di gara la condotta della ricorrente, che non ha allegato le dichiarazioni *ex art.* 38 relative alla Società da cui è partecipata al 100% perché non richieste dalle clausole regolanti la competizione. Come ha recentemente rilevato in un caso analogo T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV – 4/5/2017 n. 1017, che risulta appellata “*a fronte dell’inequivoco dato letterale della lex specialis, è del tutto consequenziale ritenere che, anche aderendo all’interpretazione estensiva dell’obbligo in esame, così riferendolo anche al socio unico che sia persona giuridica, resterebbe fermo, nel caso concreto, l’obbligo per la stazione appaltante di esercitare il soccorso istruttorio, consentendo la produzione delle relative dichiarazioni, che non integrano un elemento essenziale dell’offerta, specie considerando che la censura è sviluppata su di un piano meramente formalistico e che Tekra neppure deduce l’esistenza in capo agli amministratori, rappresentanti e procuratori del socio unico di diritto francese la sussistenza di taluna delle cause ostative delineate dall’art. 38 cit.*”. In aggiunta, rileva il Collegio che:

- l’interpretazione meno rigorosa è avallata dalla circostanza che la legge di conversione n. 106/2011 aveva espressamente emendato l’originaria formulazione del D.L. 70/2011, chiarendo il riferimento alla sola “persona fisica” quanto al socio unico;
- come ha messo in evidenza il Consiglio di Stato (sez. III – 2/3/2017 n. 975), le perplessità possono dirsi solo di recente

superate con la decisione del Consiglio di Stato, sez. V – 23/6/2016, n. 2813, che ha valorizzato la circostanza “testuale” della mancanza di specificazioni con riferimento al “socio di maggioranza”, avvalorando la tesi per la quale l’espressione testuale vale tanto per la persona fisica, quanto per la persona giuridica; all’epoca della gara valeva, invece, l’opposta interpretazione di cui alla determinazione AVCP n. 1 del 16/5/2012 che ha circoscritto l’accertamento della sussistenza della causa di esclusione di cui all’art. 38, comma 1, lett. b), *“esclusivamente al socio persona fisica anche nell’ipotesi di società con meno di quattro soci, in coerenza con la ratio sottesa alle scelte del legislatore: diversamente argomentando, risulterebbe del tutto illogico limitare l’accertamento de quo alla sola fisica nel caso di socio unico ed estendere, invece, l’accertamento alle persone giuridiche nel caso di società con due o tre soci, ove il potere del socio di maggioranza, nella compagine sociale, è sicuramente minore rispetto a quello detenuto dal socio unico”* (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. I-quater – 20/3/2017 n. 3677);

- l’orientamento dei giudici d’appello non è comunque pacifico, poiché il Consiglio di Stato, sez. III – 21/7/2017 n. 3619 (nel riformare la sentenza del giudice di prime cure) ha sostenuto che *“la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio afferma che la previsione dell’art. 38, comma 1, lett. c), al riguardo, è rigorosa e tassativa, sicché «non appare in alcun modo equiparabile la posizione del socio unico persona fisica a quella del legale rappresentante di socio unico persona giuridica» (Cons. St., sez. V, 27 agosto 2014, n. 4372)”*, aggiungendo che *“Né la posizione sostanzialistica assunta dal primo giudice, che comporta una sanzione espulsiva non prevista né imposta in alcun modo dalla legge o dal bando, appare suffragata dall’interpretazione e/o dall’applicazione del diritto europolitano, che ha lasciato un ragionevole margine di scelta al legislatore nazionale, come si evince*

chiaramente dall'art. 45 della direttiva 2004/18/CE, nell'estensione dell'obbligo dichiarativo a persone fisiche o giuridiche che esercitino un potere di rappresentanza, decisione o controllo sull'impresa concorrente"; nella stessa lunghezza d'onda si era posto il Consiglio di Stato, sez. V – 21/4/2016 n. 1593;

- la concorrente ha maturato un affidamento tutelabile sulla “non doverosità” della dichiarazione, visto che alla data di svolgimento della procedura l'interpretazione da conferire alla disposizione era orientata nel senso della “non necessità”; in ogni caso, anche volendo tener conto della linea interpretativa più rigorosa – nel tempo sostenuta da una parte della giurisprudenza – dovrebbe ammettersi la possibilità di emendare il vizio mediante il soccorso istruttorio, che non violerebbe il principio della par condicio tra i concorrenti in quanto rivolto ad acclarare l'esistenza di circostanze preesistenti, e a riparare ad una incompletezza o irregolarità (T.A.R. Emilia Romagna Bologna, sez. II – 14/6/2017 n. 447, che risulta appellata; T.A.R. Trieste – 25/7/2017 n. 252).

2.3 La controinteressata ha lamentato l'esistenza di sei procuratori (Sabrina Scolari, Matteo Fontana, Guido Pirotta, Giorgio Giusti, Antonella Bugliesi, Pier Angelo Poli) titolari di poteri e ciononostante non contemplati dalla dichiarazione ex art. 38 comma 1 lett. c). Il Collegio si richiama a quanto statuito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (16/10/2013 n. 23) la quale ha precisato che l'obbligo di rendere la dichiarazione comprende solo quei procuratori speciali *“muniti di poteri decisionali di particolare ampiezza e riferiti ad una pluralità di oggetti così che, per sommatoria, possano configurarsi omologhi, se non di spessore superiore, a quelli che lo statuto assegna agli amministratori”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. V – 24/7/2017 n. 3645);

la stessa pronuncia ha specificato che – stante la non univocità della norma circa la portata dell'obbligo dichiarativo dell'impresa nelle ipotesi in esame – qualora l'onere di rendere la dichiarazione ex art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006 per i detti procuratori non sia contemplato, a pena di esclusione, dalla *lex specialis*, la sanzione espulsiva può essere applicata soltanto laddove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione. Nella fattispecie, l'onere anzidetto non affiorava dalla formulazione del regolamento di gara (cfr. punto 5.2 del medesimo sulla busta telematica relativa alla documentazione amministrativa; allegato I alla lettera d'invito, punto 21) le cui disposizioni (sostanzialmente riprodotte del dettato normativo) non prendevano in considerazione i procuratori speciali, né altro soggetto diverso da quelli indicati dal citato art. 38.

In secondo luogo, dall'esame delle procure depositate dall'ATI ricorrente principale – riferite a ciascun soggetto indicato (docc. 45-52) – non si evincono poteri “equivalenti” al ruolo di amministratore della Società, atteso che le attribuzioni sono pre-individuate per settore di riferimento (es. corrispondenza, contratti, assicurazioni, operazioni finanziarie e rapporti con le banche) e per specifica tipologia di atto (puntualmente enumerato e descritto), così da escludere l'assimilazione alla posizione degli amministratori dotati di rappresentanza. Dall'esame delle procure, come ha messo in evidenza Paul Hartmann, nessuno di loro è dotato di poteri di stipula rispetto a contratti di appalto pubblico o a convenzioni con pubbliche amministrazioni.

3. Con il terzo motivo la controinteressata contesta la violazione dell'art. 97 della Costituzione, dell'art. 3 della L. 241/90, degli artt. 2, 42, 46 del D. Lgs. 163/2006, degli artt. 1 e 8 del regolamento di gara,

l'eccesso di potere per travisamento, illogicità manifesta, difetto di motivazione e di istruttoria, lesione dei principi di buon andamento e imparzialità, correttezza, trasparenza e par condicio, poiché l'ATI non ha trasmesso la campionatura richiesta per la verifica dei requisiti minimi; infatti:

- nella parte finale della scheda allegata al capitolato (predisposta per l'anzidetta verifica – cfr. doc. 22 Mölnlycke) dopo l'asterisco, è scritto: “... *La valutazione verrà fatta sulla base della documentazione tecnica presentata e prevista nelle specifiche tecniche di capitolato nonché su base di specifica campionatura: consegnare numero 1 kit (contenente tutte le tipologie di materiali oggetto di valutazione come da criteri minimi); Per i prodotti sfusi si chiede di inviare almeno una campionatura per la valutazione sopra riportata che esemplifichi le tipologie di prodotti ...*”; la previsione, oggetto di delucidazioni nelle risposte al quesito 1 e introdotta a pena d'esclusione, si collega al disposto di cui all'art. 42 comma 1 lett. l) del D. Lgs. 163/2006, che consente, nei casi di fornitura di prodotti, di prevedere il deposito di campioni quale modalità di prova del requisito di capacità tecnica;

- il verbale del 16/3/2016 acclara che Paul Hartmann Spa non ha prodotto la prescritta campionatura (fascicolo RTI – doc. 16), per cui avrebbe dovuto essere estromessa dalla gara per difetto di un elemento essenziale dell'offerta, senza possibilità di applicare (come viceversa accaduto) il potere di soccorso istruttorio.

La doglianza non è passibile di positivo scrutinio.

3.1 In disparte il fatto che la tempestività della consegna del materiale è controversa, visto che Paul Hartmann e Mediberg affermano di aver espletato l'adempimento previsto dal capitolato (sia per i kit che per il materiale sfuso), il soccorso istruttorio esercitato dalla

Commissione è legittimo perché non sana alcuna originaria lacuna nell'offerta, in quanto per costante giurisprudenza i campioni rivestono una funzione dimostrativa, assumendo lo scopo di consentire l'apprezzamento, dal vivo, dei prodotti presentati (cfr. Consiglio di Stato, sez. III – 11/8/2017 n. 3996; sez. III – 3/7/2017 n. 3246). Secondo l'art. 42 comma 1 lett. l) del D. Lgs. 163/2006, la campionatura non è una componente costitutiva essenziale dell'offerta, essendo destinata a comprovare, con la produzione di capi o prodotti, la capacità tecnica dei concorrenti e la loro effettiva idoneità a soddisfare le esigenze, spesso complesse, delle stazioni appaltanti (Consiglio di Stato, sez. III – 5/5/2017 n. 2076, che ha puntualizzato che *“stante la funzione della campionatura, non comporta irregolarità la circostanza che sia stata attivata su richiesta della Commissione”*). Pertanto, la richiesta di fornire ulteriori campioni non integra un vizio di illegittimità della proposta tecnica formulata.

4. Mölnlycke si duole poi della violazione dell'art. 97 della Costituzione, dell'art. 3 della L. 241/90, degli artt. 2, 42, 83 del D. Lgs. 163/2006, degli artt. 1 e 8 del regolamento di gara, dell'eccesso di potere per travisamento, illogicità manifesta, difetto di motivazione e di istruttoria, lesione dei principi di buon andamento e imparzialità, correttezza, trasparenza e par condicio, poiché (alla luce dell'allegato 3 al verbale del 16/5/2016 – verifica dei requisiti minimi) la Commissione:

- ha espresso con l'indicazione “Sì”, seguito da un punto di domanda, il giudizio in merito al requisito di cui al punto 8 della scheda, e ha esplicitato con la locuzione “Non segnalata” il giudizio relativo al requisito di cui al punto 9;

- ha manifestato con l'indicazione di due punti esclamativi i giudizi relativi ai requisiti di cui ai punti 23, 26 e 28 della scheda, con conseguente omesso accertamento dei medesimi;
- in relazione ai singoli aspetti evidenziati, non risulta minimamente accertata dalla Commissione l'esistenza dei requisiti ai quali gli stessi si riferiscono;
- in aggiunta, l'RTI ha presentato un prodotto privo delle caratteristiche tecniche minime di cui alla scheda predisposta dalla Stazione appaltante (punto 18 sulle compresse/garze, la grammatura esibita è 40 gr., inferiori al minimo stabilito dal capitolato (almeno 50 gr. – 70 gr.);
- al punto 2 della scheda è stabilito: “... *Misure dei DM indicative ma che non si discostano del 15% in eccesso e in difetto valori superiori a tale percentuale saranno a discrezione della commissione valutatrice ...*”; dalla scheda “Protocolli set” (doc. 25) emerge che il “Set 2BT Colpoisterectomia” è composto, fra l'altro, da un “telo ginecologico 200/270x280 con apertura 8x11cm” e l'RTI ha proposto “... Monotelo ginecologico Protect Plus multistrato 250 x 290 con zona di rinforzo superassorbente apertura adesiva 9x12 e gambali integrati ...”: il prodotto si discosta dalle prescrizioni della *lex specialis* per le dimensioni (differenza di misura del 25% in eccesso) e per la forma (il telo previsto dal capitolato ha una forma a T – funzionale per la copertura sterile delle braccia del paziente sul tavolo operatorio – mentre quello dall'RTI è di forma rettangolare).

Il motivo è infondato, in disparte le eccezioni di inammissibilità.

4.1 I segni evidenziati, tracciati dalla Commissione Tecnica negli allegati del verbale, non sono suscettibili di rivelare alcunché al di fuori della loro ambiguità. Peraltro, non assumono alcuna incidenza

sull'affermazione del possesso o meno dei requisiti, i quali sono incontestati nel merito.

4.2 Quanto all'ulteriore profilo, al doc. 24 non appaiono rintracciabili informazioni sulla grammatura delle compresse (garze), malgrado la dettagliata difesa della controinteressata alle pagine 25 e 26 della memoria di replica. In ogni caso, nella descrizione delle "specifiche tecniche dei materiali" allegata al capitolato, sul tessuto non tessuto si afferma che *"Le misure dei dispositivi sono da considerarsi indicative. Saranno accettate offerte di prodotti che si discostano lievemente da quelle indicate (circa il 15% in eccesso e in difetto)"*. Il peso di 40 grammi (-20%) delle garze rientra nel margine di flessibilità stabilito, fermo restando che la stazione appaltante non ha emesso alcun giudizio di inefficacia/inefficienza, né Mölnlycke si è premurata di rappresentare elementi in tal senso.

Sulle dimensioni del telo ginecologico, la lex specialis specifica la misura di "200/270x280" (con una tolleranza del 15%) e il telo proposto dall'ATI è 250x290 cm, per cui da un lato rientra nel range stabilito (tra i 200 e i 270 cm) e dall'altro con 290 cm rispetta il margine di tolleranza (rispetto ai 280 cm.). Sulla forma del telo, non è dimostrato che le alternative alla "T" siano del tutto inaccettabili, né la ricorrente incidentale individua la prescrizione che assume la forma a "T" come l'unica ammissibile, tenuto conto che le alternative sono state ritenute conformi ai requisiti prescritti dalla stazione appaltante.

5. La ricorrente incidentale sostiene ulteriormente la violazione dell'art. 97 della Costituzione, dell'art. 3 della L. 241/90, degli artt. 2, 46, 83 del D. Lgs. 163/2006, degli artt. 1 e 8 del regolamento di gara in relazione alla scheda introduttiva criteri minimi, l'eccesso di potere

per travisamento, illogicità manifesta, difetto di motivazione e di istruttoria, lesione dei principi di buon andamento e imparzialità, correttezza, trasparenza e par condicio, alla luce della parzialità e incompletezza dell'offerta dell'ATI dal momento che:

- le schede tecniche di Paul Hartmann descrivono la composizione dei *set*, ma non indicano, per ogni singolo dispositivo contenuto, il relativo codice di riferimento (doc. 27).

- ai sensi dell'art. 4 punto 4 del Capitolato speciale, i singoli concorrenti avrebbero dovuto presentare apposita "... *Scheda tecnica dettagliata del fabbricante se non presente sul sito del Ministero della salute ed eventuali altre documentazioni certificanti la corrispondenza alle caratteristiche richieste in capitolato ...*" (fascicolo RTI, doc. 7); poiché i *set* oggetto di gara non sono presenti sul sito del Ministero – in quanto personalizzati ad hoc – erano necessarie le schede tecniche dettagliate del fabbricante con riguardo ad ogni singolo dispositivo;

- difetta la specificazione delle performance dei prodotti secondo la normativa europea EN 13795 per ciascun componente dei *set*, ed è insufficiente al riguardo la semplice dichiarazione riportata all'inizio delle schede tecniche "Teli e camici contenuti nel kit sono conformi allo standard EN 13795".

L'assunto non si rivela persuasivo.

5.1 L'ATI ricorrente principale ha evidenziato, senza essere smentita sul punto, come il *set* procedurale non assemblato (il c.d. "*custom pack*") costituisca, alla luce dell'art. 12 della direttiva 93/42/CEE, come recepita nell'ordinamento italiano con il D. Lgs. 46/1997, un dispositivo medico a se stante anche se è formato da più componenti, che va considerato unitariamente senza che le singole parti assumano rilevanza individuale. Anche alla luce di ciò, l'assenza

dei codici di riferimento non può ripercuotersi sulla validità dell'offerta, non avendo impedito che il prodotto fosse perfettamente riconoscibile per caratteristiche e funzione, e non comportando una difformità del prodotto offerto rispetto alle caratteristiche richieste dalla *lex specialis* (cfr. in tal senso Consiglio di Stato, sez. III – 5/5/2017 n. 2076). L'ATI ricorrente ha poi dato conto della presenza, nella documentazione di gara, dei codici di classificazione dei dispositivi medici (CND) e di repertorio presso il ministero della salute (RDM) con riferimento a ciascun custom pack oggetto di offerta (doc. 70 per Paul Hartmann e 61 per Mediberg). L'ATI ha altresì riferito, nella propria memoria, che:

- la documentazione tecnica necessaria risulta già presente presso il Ministero della Salute;
- la normativa in materia di dispositivi medici non contiene in alcuna sua parte una previsione che comporti l'obbligatorietà della redazione di un'ulteriore scheda tecnica del prodotto e dei suoi componenti;
- i prodotti oggetto di offerta risultano debitamente marcati CE e corredati dalla documentazione relativa a tale certificazione (doc. 73 per Paul Hartmann e 67 e 68 per Mediberg), nonché comprensivi delle schede informative predisposte sullo schema della stazione appaltante (doc. 71 per Paul Hartmann e 62 per Mediberg). In conclusione, le prospettazioni avanzate non si rivelano persuasive.

6. Con il sesto motivo, la controinteressata lamenta la violazione dell'art. 97 della Costituzione, dell'art. 3 della L. 241/90, degli artt. 2, 46, 83 del D. Lgs. 163/2006, degli artt. 1 e 8 del regolamento di gara in relazione alla scheda introduttiva criteri minimi, l'eccesso di potere per travisamento, illogicità manifesta, difetto di motivazione e di

istruttoria, lesione dei principi di buon andamento e imparzialità, correttezza, trasparenza e par condicio, poiché:

- nella dichiarazione relativa ai prezzi dei componenti dei *set*, Mediberg non ha indicato i singoli codici di riferimento dei componenti stessi (cfr. confronto documenti 28 e 29);
- siccome il prezzo finale di ogni *set* deriva dalla somma del valore dei singoli componenti, in difetto del codice di riferimento del componente non è possibile ricondurre il singolo prezzo ad un prodotto ben identificato, e la stazione appaltante non è in grado di verificare la conformità dell'elemento offerto rispetto a quello richiesto (ben potendo il singolo concorrente sostituire il componente di un *set* con un altro che sia riconducibile alla stessa descrizione).

La doglianza non è persuasiva.

6.1 Come osservato al precedente paragrafo 5.1, la mancanza dei codici di riferimento non ha impedito la riconoscibilità del prodotto, né lo ha reso difforme dalle specifiche tecniche introdotte dalla stazione appaltante. Peraltro, si è già sottolineato come l'offerta investa il *set* procedurale non assemblato (il c.d. "*custom pack*") e abbia consentito di dettagliare il valore economico dei singoli componenti, senza che fossero rintracciabili ulteriori obblighi cogenti.

In conclusione il gravame incidentale è infondato e deve essere respinto.

7. Passando all'esame del ricorso principale, il Collegio ritiene di affrontare anzitutto il secondo motivo, sul quale già aveva fondato l'accoglimento della domanda cautelare.

8. A proposito della censura (già illustrata al punto F.II dell'esposizione in fatto) la controinteressata ha obiettato che:

- i provvedimenti evocati dalla ricorrente (su sospensione e risoluzione) si riferiscono alla stessa fornitura e alla medesima vicenda, ossia la fornitura di camici sterili chirurgici aggiudicata a Mölnlycke con determinazione del 26/6/2012, per una tipologia di prodotto estraneo alla gara di cui si discorre;
- si sono presentati problemi riguardo all'impermeabilità dei prodotti, e l'Azienda Ospedaliera Città della Salute e della Scienza di Torino ha dapprima disposto la sospensione della fornitura (doc. 29 ricorrenti) e, successivamente, la risoluzione contrattuale (determinazione in data 16/4/2013 n. 1262);
- nell'ambito della medesima gara, Mölnlycke si era aggiudicata altri 6 lotti, la cui fornitura è avvenuta regolarmente e senza alcuna contestazione da parte della stazione appaltante, per cui è stata disposta la proroga dei relativi contratti (doc. 2);
- quanto al lotto 29, Mölnlycke ha pienamente collaborato con l'Azienda Sanitaria per l'esecuzione delle prove sui camici contestati, accollandosi le relative spese, e ha comunque impugnato in sede giudiziale i provvedimenti in questione;
- il contenzioso è stato definito con una transazione, e nell'accordo l'Azienda Ospedaliera Universitaria Città della Salute e della Scienza si è, fra l'altro, espressamente impegnata "*... a non considerare, ai fini dell'ammissione di Mölnlycke ad una futura gara, quale ostacolo ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 (con particolare riferimento al contenuto integrale della lettera f- 1° comma) la risoluzione intervenuta ...*" (doc. 3);
- la stessa stazione appaltante ha escluso l'imputabilità a Mölnlycke di comportamenti rilevanti *ex art. 38*, e con nota in data 17/2/2014 n. 16054 ha pure richiesto all'Osservatorio Regionale dei Contratti Pubblici la cancellazione dell'eventuale annotazione nel Casellario

Informativo della notizia relativa alla risoluzione contrattuale in questione (doc. 4);

- dalla deliberazione 529/2017 emerge chiaramente che in data 23/9/2015 (successivamente, quindi, alle determinazioni su cui le ricorrenti hanno preteso di fondare la censura in esame, ma prima della dichiarazione contestata, che è datata 2/10/2015), Mölnlycke è stata ammessa alla gara indetta dalla stessa Azienda Ospedaliera per la fornitura di “Camici Chirurgici, teli in TNT e accessori sterili per ambiente operatorio” (doc. 5), aggiudicandosi 3 lotti;

- con nota del 25/8/2017, la stessa Azienda Ospedaliera ha trasmesso alla Società il contratto per la sottoscrizione (doc. 6);

- dalla determinazione n. 2731/2016 emerge poi che, in data 24/9/2015, la medesima Azienda ha ammesso Mölnlycke anche alla gara indetta per la fornitura di copristrumenti monouso (doc. 7);

- l'Azienda Ospedaliera Universitaria Città della Salute e della Scienza di Torino, con note del 13/1/2014 e del 29/5/2014 ha aderito a convenzioni relative a gare indette da SCR Piemonte Spa per la fornitura di materiale di medicazione speciale e servizi connessi a favore delle Aziende del Servizio Sanitario della Regione Piemonte in relazione a lotti aggiudicati a Mölnlycke (docc. 8 e 9).

Detto ordine di idee non può essere condiviso.

8.1 L'art. 38, comma 1, lett. f) del D. Lgs. 163/2006 stabilisce che:

“Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti...che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro

attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante”.

8.2 La citata disposizione implica l’obbligo per l’impresa partecipante di dichiarare le situazioni suscettibili di integrare una delle cause di esclusione indicate, allo scopo di permettere alla stazione appaltante la verifica della sua affidabilità per l’esecuzione dei contratti pubblici. La circostanza che la disposizione in questione stabilisca che la stazione appaltante possa accertare “con qualunque mezzo” l’errore commesso, se rimette alla discrezionalità dell’amministrazione il giudizio sulla serietà dell’impresa – attribuendole la facoltà di valutare, in rapporto alle esigenze del contratto che si andrà a stipulare, l’effettiva valenza della negligenza addebitabile – implica per la concorrente l’obbligo di dichiarare gli errori commessi nell’esercizio dell’attività professionale (Consiglio di Stato, sez. V – 17/7/2017 n. 3493). In tale prospettiva, la *ratio* della norma risiede nell’esigenza di assicurare la serietà di chi si propone quale contraente, e il requisito è effettivamente garantito solo se si allarga la platea delle informazioni, includendo anche le evenienze patologiche contestate da altri committenti: sul piano sistematico, è indiscutibile che la violazione di questo dovere di informazione – a prescindere dalla valutazione che possa essere fatta sulla gravità dell’errore professionale o della negligenza – compromette il rapporto fiduciario che, per il principio personalistico che ispira la materia dei contratti pubblici, deve intercorrere tra impresa aggiudicataria e stazione appaltante (Consiglio di Stato, sez. V – 6/9/2017 n. 4228).

8.3 La normativa comunitaria si atteggia nello stesso senso, atteso che l’art. 57 della Direttiva 2014/24/UE, par. 4 lett. c) e g), nel

disciplinare le ipotesi di “gravi illeciti professionali” e di “carenze nell’esecuzione” (analoghi ai concetti di “errore grave” e di “negligenza e malafede” utilizzati dal legislatore interno) specifica che esse devono riguardare un precedente contratto d’appalto pubblico o un contratto di appalto con un Ente aggiudicatore, senza alcuna separazione tra l’ipotesi in cui le stesse si siano verificate nei confronti della medesima o di una diversa stazione appaltante, rispetto a quella nei cui confronti sorge il relativo obbligo dichiarativo.

Ad avviso della già citata sentenza del Consiglio di Stato n. 3493/2017 *“Corollario di tale prospettazione è che anche in relazione alle clausole di esclusione di cui alla lettera f) cit. vige la regola – valevole anche per altre condizioni di cui all’art. 38 – secondo la quale la gravità dell’evento è ponderata dalla stazione appaltante, sicché l’operatore economico è tenuto a dichiarare lo stesso ed a rimettersi alla valutazione della stazione appaltante (detta valutazione – se illogica o immotivata – potrà essere censurata innanzi l’autorità giudiziaria, mentre la mancata esternazione di un evento, anche se poi ritenuto non grave, comporta, di norma, l’esclusione dalla gara specifica e la comunicazione degli atti all’ANAC per l’eventuale provvedimento di sospensione dalle gare sino ad un anno, il tutto ai sensi e per gli effetti del comma 1 ter dell’art. 38 cit.)”*.

8.4 Il Consiglio di Stato (sez. III – 26/10/2017 n. 4950) ha ritenuto falsa la dichiarazione dell’impresa che abbia attestato l’assenza di fatti astrattamente riconducibili all’ipotesi di cui all’art. 38, comma 1 lett. f) del D. Lgs. 163/2006: ove l’impresa asserisca, malgrado un precedente negativo, *“di non aver commesso grave negligenza o malafede nell’esecuzione di prestazioni affidate da questa stazione appaltante e di non aver commesso errore grave nell’esercizio della sua attività professionale”*, una tale

dichiarazione integra non una semplice omissione, ma una falsa attestazione in ordine all'esistenza di un evento (la pregressa risoluzione contrattuale) suscettibile di integrare il grave errore professionale. Ha aggiunto la pronuncia che *<<Come osservato nella pronuncia n. 1412/2016, la mancanza di tipizzazione da parte dell'ordinamento delle fattispecie rilevanti non attribuisce alcun filtro sugli episodi di "errore grave" all'impresa partecipante, la quale è tenuta a portare a conoscenza della stazione appaltante ogni episodio di risoluzione o rescissione contrattuale, spettando alla stazione appaltante la valutazione in relazione al nuovo appalto da affidare>>*. Persino la circostanza che la stazione appaltante sia venuta comunque a conoscenza dell'evento non assume alcun rilievo in ordine alle conseguenze della falsità dichiarativa commessa, e analogamente il fatto che la declaratoria di risoluzione fosse stata contestata in giudizio: essa, indiscutibilmente, esisteva e doveva essere menzionata, spettando all'amministrazione ogni apprezzamento su un eventuale giudizio in corso.

Ad avviso del Consiglio di Stato, sez. V – 27/9/2017 n. 4527 il concorrente *"... è perciò tenuto ad una dichiarazione veritiera e completa, la quale sola può permettere di esprimere un giudizio sull'affidabilità professionale di una partecipante, giudizio che non può che essere di ampia portata discrezionale e quindi sindacabile dal giudice amministrativo nei soli limiti della evidente illogicità o irrazionalità o del determinante errore fattuale. L'omissione di tale dichiarazione non consente infatti all'amministrazione di poter svolgere correttamente e completamente la valutazione di affidabilità professionale dell'impresa e fa assumere alla domanda di partecipazione resa in sede di gara la natura di dichiarazione non già incompleta, ma non veritiera e pertanto non sanabile con il soccorso istruttorio di cui all'art. 46 del d. lgs. n. 163 del 2006; del tutto correttamente il giudice di primo grado ha ritenuto di rinvenire nella*

domanda di partecipazione dell'appellante (e nella omessa dichiarazione in questione) la violazione di quel dovere di buona fede e correttezza nelle trattative rappresentato dagli obblighi dichiarativi che sono imposti a tutti i partecipanti alle gare pubbliche, proprio per la natura strumentale di tale dichiarazione per consentire alla stazione appaltante di conoscere e valutare il valore professionale delle singole ditte che si ritengono meritevoli di affidamento di un lavoro, di un servizio o di una fornitura (Cons. Stato, V, 18 gennaio 2016 n. 122; id., V, 11 dicembre 2014 n. 6105; id., V, 19 agosto 2015 n.3950; id., V, 27 marzo 2015 n. 1619; id., III, 5 maggio 2289)".

8.5 In definitiva, sussiste in capo al concorrente il dovere di dichiarare tutte le vicende pregresse, concernenti fatti risolutivi, errori o altre negligenze, comunque rilevanti ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. f), occorse in precedenti rapporti contrattuali con pubbliche amministrazioni diverse dalla stazione appaltante, giacché tale dichiarazione attiene ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono ai rapporti tra partecipanti e stazione appaltante, senza che a costoro sia consentito scegliere quali delle dette vicende dichiarare sulla base di un soggettivo giudizio di gravità, competendo quest'ultimo soltanto all'amministrazione committente (T.A.R. Sicilia Catania, sez. I – 22/5/2017 n. 1118, che risulta appellata, che ha puntualizzato come *“Una volta appurato che il concorrente ha l'obbligo di dichiarare tutti i precedenti professionali negativi a nulla rileva che gli stessi si siano chiusi con transazione (anche a lui favorevole) o che abbiano dato luogo a una risoluzione consensuale del contratto, posto che tali circostanze potranno al più rilevare nella fase della valutazione di gravità rimessa alla stazione appaltante. Peraltro giova puntualizzare che anche gli inadempimenti che abbiano dato luogo ad una conclusione transattiva della*

vicenda possono essere apprezzati ai fini di valutare l'affidabilità professionale dell'appaltatore (Cons. Stato, Sez. V, 20/6/2011, n. 3671)".

8.6 Anche T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII – 27/9/2017 n. 4532 ha riepilogato gli approdi giurisprudenziali sul tema, articolando i seguenti punti:

- i concorrenti hanno l'obbligo di rendere edotta la stazione appaltante delle vicende pregresse – negligenze ed errori – e dei fatti risolutivi occorsi in precedenti rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni, nel senso che le imprese partecipanti alla gara devono presentare una dichiarazione esauriente, che permetta alla stazione appaltante una valutazione informata sulla loro affidabilità professionale;
- la mancanza di tipizzazione, da parte dell'ordinamento, delle fattispecie a tal fine rilevanti non comporta che i concorrenti dispongano di un filtro valutativo circa gli episodi di "errore grave" da far emergere in gara e quindi di una loro facoltà di scelta dei fatti da denunciare, sussistendo al contrario l'obbligo di onnicomprensività della dichiarazione in vista dell'apprezzamento (dei precedenti professionali negativi) di spettanza esclusiva della stazione appaltante;
- l'aver attestato l'inesistenza di fatti riconducibili all'ipotesi di cui all'art. 38 comma 1 lett. f) del D. Lgs. 163/2006, quando invece sussistono circostanze astrattamente ascrivibili a tale ambito applicativo, è una ragione autonoma di esclusione del concorrente dalla gara, a fronte dell'obbligo di denuncia di tutti i precedenti professionali dai quali la stazione appaltante possa discrezionalmente desumere l'inaffidabilità dell'offerente;

- in un simile caso assume rilievo il disposto dell'art. 75 del DPR 445 del 2000, mentre non può operare il soccorso istruttorio dal momento che non è contestata la mancanza o l'incompletezza della dichiarazione, bensì l'aver reso dichiarazione "non veritiera";
- non è neppure necessario che le pregresse infrazioni siano state oggetto di accertamento giurisdizionale definitivo, dal momento che una simile condizione è richiesta dall'art. 38 comma 1 predetto limitatamente ad altre cause di esclusione, e non con riferimento a quella dell'errore professionale.

8.7 La controinteressata, nella memoria finale, ribadisce la propria posizione, e sostiene che le tre circostanze di fatto intervenute (dichiarazione di irrilevanza della stessa Azienda Ospedaliera torinese, mancato invio e mancata iscrizione al Casellario informatico, affidamenti disposti successivamente dalla stessa a Mölnlycke) determinano l'impossibilità per altra amministrazione di qualificare come "grave" la condotta tenuta nel pregresso rapporto contrattuale, alla luce del giudizio di "non gravità" esplicitamente espresso dall'Azienda Ospedaliera che aveva al tempo pronunciato la risoluzione.

8.8 Il Collegio, alla luce delle riflessioni già diffusamente svolte nei paragrafi precedenti, ritiene di confermare quanto anticipato nella sommarietà della sede cautelare: le peculiarità in fatto che hanno contornato la vicenda risolutiva afferiscono alla relazione tra controinteressata e Azienda Sanitaria di Torino (sviluppatasi dopo lo scioglimento del contratto): il dato che rileva è l'oggettività del fatto storico, ossia l'avvenuta risoluzione (mai posta nel nulla da un provvedimento giurisdizionale o di autotutela) per questioni attinenti a una fornitura di camici sterili chirurgici. L'evoluzione della vicenda

verso un accordo transattivo non escludeva l'obbligo di provvedere alla dichiarazione nell'odierna gara, indetta da una diversa stazione appaltante, poiché il giudizio "non gravità" è fuoriuscito dalla sfera di disponibilità dell'Azienda Sanitaria di Torino per trasferirsi in capo all'ASST odierna resistente.

8.9 Né poteva trovare applicazione il soccorso istruttorio, dato che l'istituto è ammesso per integrare dichiarazioni incomplete, quando si delinea l'omessa rappresentazione di un dato reale, e pertanto un'asserzione non veritiera. Come già osservato in precedenza, nella sentenza del Consiglio di Stato n. 4527/2017 si afferma che *"L'omissione di tale dichiarazione non consente infatti all'amministrazione di poter svolgere correttamente e completamente la valutazione di affidabilità professionale dell'impresa e fa assumere alla domanda di partecipazione resa in sede di gara la natura di dichiarazione non già incompleta, ma non veritiera e pertanto non sanabile con il soccorso istruttorio di cui all'art. 46 del d. lgs. n. 163 del 2006"*. Il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento rende palese che l'omessa dichiarazione, da parte del concorrente, di una delle situazioni potenzialmente ostative alla sua partecipazione alla gara, previste dall'art. 38 lett. f), del D. Lgs. 163/2006, non integra una lacuna emendabile in sede di soccorso istruttorio, ma la carenza *ab origine* di una dichiarazione obbligatoria la quale, in applicazione dell'art. 46 del D. Lgs. 163/2006, conduce all'esclusione del concorrente stesso.

8.10 Non può infine essere invocato l'errore scusabile, dato che la cogenza della disposizione era chiara e non suscettibile di alimentare dubbi interpretativi, come ampiamente illustrato.

In conclusione, il motivo è fondato e merita accoglimento.

9. La fondatezza del profilo potrebbe avere carattere assorbente, e tuttavia per esigenze di completezza saranno sinteticamente affrontate le ulteriori doglianze sollevate in via principale.

9.1 E' opinione del Collegio (già anticipata in sede cautelare) che la partecipante alla gara ben possa avvalersi di una certificazione di qualità della “casa madre”, al fine di ottenere il beneficio della riduzione dell'importo della cauzione. La controinteressata ha puntualizzato la propria configurazione come Società a responsabilità limitata partecipata dall'unico socio Mölnlycke Health Care AB, il quale detiene il 100% del capitale sociale e produce (diversamente da Mölnlycke) i prodotti offerti in gara, come attestato dalla confezione dei prodotti forniti dall'aggiudicataria (cfr. suo doc. 10). In ogni caso, in base al principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche (introdotto dall'art. 46 comma 1 bis del D. Lgs. 163/2006), la presentazione di una cauzione provvisoria d'importo insufficiente, incompleta o deficitaria rispetto a quello richiesto dalla *lex specialis*, non costituisce mai causa di esclusione, ma è sanabile mediante il potere di soccorso istruttorio (cfr. per tutte T.A.R. Toscana, sez. I – 12/6/2017 n. 795).

9.2 Premesso che i *custom pack* in classe I offerti da Mölnlycke appaiono muniti di un sufficiente livello di classificazione, come sottolineato al paragrafo precedente la controinteressata non svolge alcuna attività produttiva e i *set* in classe I dalla stessa offerti sono fabbricati dalla casa madre, con sede in Svezia, con conseguente applicabilità dell'esenzione relativa all'onere di registrazione in esame (come implicitamente ammesso dalla stessa ATI ricorrente). Alla luce di tale situazione di fatto, eventuali erronee indicazioni nei documenti di gara degradano a mera irregolarità non viziante.

9.3 Per le ragioni illustrate al paragrafo 2.3 (in sede di esame del gravame incidentale) anche il motivo afferente all'omessa dichiarazione di Javier Bronte Penalva è privo di fondamento. Da un lato i suoi poteri non appaiono analoghi a quelli degli amministratori, ma soprattutto l'onere di rendere detta dichiarazione anche con riguardo ai procuratori non emergeva dalla formulazione della *lex specialis*, recante il pedissequo rinvio all'art. 38 comma 1 del D. Lgs. 163/2006: non è stata neppure adombrata l'esistenza di precedenti penali a carico del sig. Javier Bronte Penalva, così che dalla pretesa verifica potesse sortire l'effetto preclusivo dell'ammissione alla gara per il difetto del requisito in questione, e in ogni caso dalla dichiarazione prodotta da Mölnlycke (doc. 13), non affiorano pregiudizi a carico di detto procuratore.

10. L'ATI ricorrente non ha interesse all'esame dei motivi proposti in via subordinata né alla decisione sulla domanda di accesso.

11. In conclusione, il gravame introduttivo è fondato e merita accoglimento, e la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla selezione. Il gravame incidentale è infondato e deve essere respinto. Non si fa luogo a pronuncia di inefficacia del contratto, il quale non è stato stipulato come dichiarato da ASST nella memoria conclusionale del 23/10/2017. La pretesa principale dell'ATI ricorrente è soddisfatta con la sua ri-collocazione al primo posto della graduatoria per effetto della presente sentenza, e conseguente stipulazione del contratto di fornitura, sussistendone gli ulteriori presupposti.

12. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe:

- respinge il gravame incidentale;
- accoglie il ricorso principale, e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna l'ASST resistente a corrispondere all'ATI ricorrente la somma di 5.000 € a titolo di compenso per la difesa tecnica, oltre a oneri di legge.

Condanna la controinteressata a corrispondere all'ATI ricorrente la somma di 5.000 € a titolo di compenso per la difesa tecnica, oltre a oneri di legge.

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

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Stefano Tenca

IL PRESIDENTE
Roberto Politi

IL SEGRETARIO