

Publicato il 29/01/2018

N. 00122/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00428/2017 REG.RIC.

 logo

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 il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 428 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Air Liquide Sanita' Service Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Brunetti, Maria Buquicchio, con domicilio eletto presso lo studio Stefano Cresta in Torino, via Principi D'Acaja, 47;

contro

Aou Città della Salute e della Scienza di Torino, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Silvia Di Palo, Luigi Bisi, con domicilio eletto presso lo studio Silvia Di Palo in Torino, corso Bramante 88;

nei confronti di

Bioh Filtrazione S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Vincenzo Avolio, Vittoria

Luciano, con domicilio eletto presso lo studio Vincenzo Avolio in Milano, viale Gian Galeazzo N. 16;

per l'annullamento

per l'annullamento

Quanto al ricorso introduttivo:

- della deliberazione del Direttore Generale Azienda Ospedaliero Universitaria Città della Salute e della Scienza di Torino n. 470 del 29 marzo 2017, comunicata con nota prot. 34402 del 3 aprile 2017, di aggiudicazione definitiva della “procedura aperta per l'affidamento del servizio di prevenzione della legionella per un periodo di 24 mesi (...)”;
- dei verbali e provvedimenti della commissione di gara nella parte in cui hanno ritenuto ammissibile l'offerta di Bioh Filtrazione s.r.l. e nella parte in cui hanno attribuito i punteggi tecnici;
- della delibera/determina a contrarre n. 2162/2016 del 20.09.2016, non conosciuta e, ove occorra, del disciplinare di gara nella parte in cui non stabilisce i requisiti soggettivi minimi di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa richiesti per la partecipazione alla gara;
- degli atti e provvedimenti inerenti il subprocedimento di verifica della congruità dell'offerta (non conosciuti) e del giudizio finale di congruità reso sull'offerta di Bioh Filtrazione s.r.l.;
- di ogni altro atto o provvedimento preordinato, conseguente e/o comunque connesso ai predetti provvedimenti, anche ove, eventualmente, allo stato non conosciuti;

nonché ex art. 116 cpa

per l'annullamento del diniego di accesso integrale agli atti di gara e, in particolare, del diniego di accesso alla documentazione tecnica ed

ai giustificativi della congruità dell'offerta presentati da Bioh Filtrazione srl, comunicato alla ricorrente in data 21 aprile 2017 con convocazione per l'accesso parziale per il giorno 26.04.2017 e per l'adozione di ordine di esibizione integrale della documentazione di gara ex art. 53, comma 6, Dlgs 50/2016;

- del contratto, eventualmente sottoscritto dalla AOU Città della Salute e dal soggetto aggiudicatario nelle more della definizione del giudizio, ex art. 122 c.p.a., oltre che per l'eventuale violazione del termine dilatorio di cui all'art. 32, co. 9, d.lgs. n. 50/2016,

e per la condanna

- dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno ingiusto subito dalla ricorrente per effetto degli impugnati provvedimenti, da risarcirsi, in via principale, in forma specifica mediante subentro nel contratto eventualmente medio tempore stipulato, ovvero, solo in subordine, per equivalente mediante il pagamento di una cifra a ristoro dei danni subiti e subendi da quantificarsi in corso di causa anche in via equitativa, unitamente ad interessi e rivalutazione monetaria;

B) quanto ai motivi aggiunti presentati da AIR LIQUIDE SANITA' SERVICE SPA il 6\7\2017 :

- della deliberazione del Direttore Generale Azienda Ospedaliero Universitaria Città della Salute e della Scienza di Torino n. 470 del 29 marzo 2017, comunicata con nota prot. 34402 del 3 aprile 2017, di aggiudicazione definitiva della “procedura aperta per l'affidamento del servizio di prevenzione della legionella per un periodo di 24 mesi (...)”;

- dei verbali e provvedimenti della commissione di gara nella parte in cui hanno ritenuto ammissibile l'offerta di Bioh Filtrazione slr e nella parte in cui hanno attribuito i punteggi tecnici;
- della delibera/determina a contrarre n. 2162/2016 del 20.09.2016, non conosciuta e, ove occorra, del disciplinare di gara nella parte in cui non stabilisce i requisiti soggettivi minimi di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa richiesti per la partecipazione alla gara;
- degli atti e provvedimenti inerenti il subprocedimento di verifica della congruità dell'offerta (non conosciuti) e del giudizio finale di congruità reso sull'offerta di Bioh Filtrazione srl;
- di ogni altro atto o provvedimento preordinato, conseguente e/o comunque connesso ai predetti provvedimenti, anche ove, eventualmente, allo stato non conosciuti;
- del contratto, eventualmente sottoscritto dalla ASL e dai soggetti aggiudicatari definitivi nelle more della definizione del giudizio, ex art. 122 c.p.a., oltre che per l'eventuale violazione del termine dilatorio di cui all'art. 32, co. 9, d.lgs. n. 50/2016, e per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno ingiusto subito dalla ricorrente per effetto degli impugnati provvedimenti, da risarcirsi, in via principale, in forma specifica mediante subentro nel contratto eventualmente medio tempore stipulato, ovvero, solo in subordine, per equivalente mediante il pagamento di una cifra a ristoro dei danni subiti e subendi da quantificarsi in corso di causa anche in via equitativa, unitamente ad interessi e rivalutazione monetaria;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Aou Città della Salute e della Scienza di Torino e di Bioh Filtrazione S.r.l.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2017 la dott.ssa Roberta Ravasio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato il 29 settembre 2016 l'Azienda Ospedaliera Città della Salute di Torino ha indetto una gara per l'affidamento del servizio di prevenzione delle legionella, per un periodo di 24 mesi: il disciplinare di gara prevedeva che il servizio fosse aggiudicato secondo il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di massimo 100 punti, dei quali 60 per l'offerta tecnica e 40 per l'offerta economica.
2. L'art. 60 del Disciplinare fissava i criteri di attribuzione dei punteggi indicando tre parametri:
 - Criterio A – Sistema organizzativo di espletamento dei servizi in appalto max 48 punti così suddivisi: A.1. Organizzazione dedicata all'appalto (etc) max punti 15; Descrizione dettagliata delle attività che il concorrente intende svolgere (etc.) max punti 15; A.3. Architettura, etc. del servizio informatizzato di gestione dell'appalto max 15 punti; A.4. Programma di formazione del personale tecnico della stazione appaltante (etc.) max punti 3.

- Criterio B – Caratteristiche tecniche dei filtri punteggio massimo 8 punti così suddivisi: struttura ergonomia e funzionalità dei filtri proposti 8 punti.

- Criterio C – Proposte migliorative punteggio massimo 4 punti così suddivisi: C1 eventuale maggiore copertura della fascia oraria giornaliera richiesta (7.16) del personale addetto alla gestione dei filtri max punti 2; C2. Eventuale maggiore copertura temporale telefonica per la segnalazione di eventuali problematiche max punti 2.

2.1. Quanto ai requisiti di partecipazione di carattere tecnico/organizzativo ed economico finanziario il disciplinare di gara (pag. 6) precisava che *“per la partecipazione alla presente procedura non è richiesto il possesso di requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all’art. 83, comma 1, lettere b e c del Codice”* precisando anche che *“per la partecipazione alla presente procedura è richiesto esclusivamente il possesso dei requisiti di idoneità professionale previsti dall’art. 83, comma 1, lettera a) e comma 3 del Codice”* ed è quindi richiesta esclusivamente l’iscrizione alla CCIA.”

3. Alla gara hanno partecipato 6 concorrenti, tra cui Bioh Filtrazione s.l.r., che si è poi aggiudicata il servizio, la quale risulta essersi costituita pochi mesi prima della pubblicazione del bando e che secondo la ricorrente costituirebbe un “doppione” della Bioh s.r.l.: infatti il capitale sociale di Bioh Filtrazioni s.r.l. risulta appartenere per l’80% alla Bioh s.r.l., per il 5% ad Alghisi Massimo (che è anche socio al 50% di Bioh srl) e per il 5% a Bongiovanni Calogero (che è anche socio al 50% di Bioh srl) e per il 10% ad Hospital Tecnologie srl. L’amministratore unico di Bioh Filtrazioni s.r.l. è D’agostino Giuseppe, che è anche amministratore unico di Bioh srl.; il Responsabile tecnico (nominato in data 1.08.2016) è Bonaguidi

Andrea, che è stato Responsabile tecnico di Bioh srl fino al 9.08.2016 (data iscrizione in CCIA della cessazione dalla carica). Le due società hanno anche la medesima sede legale in Cinisello Balsamo, via Telemaco Signorini 13.

4. La ricorrente ha dedotto e documentato che Bioh Filtrazione è conferitaria del ramo di azienda di Bioh srl consistente nell'attività di: commercio di filtri terminali e centralizzati; servizio di manutenzione e gestione dei filtri terminali e centralizzati; servizi di analisi delle acque e fluidi in genere; attività di gestione e manutenzione di sistemi idrici idraulici; servizi di bonifica, disinfezione di aria e acqua e realizzazione ex novo e manutenzione dialisi; servizi di manutenzione e gestione impianti idraulici; attività connesse alla prevenzione del rischio biologico prevalentemente ma non esclusivamente nel settore sanitario, etc. e quindi il ramo d'azienda pertinente rispetto alle prestazioni dedotte nel contratto di appalto per cui è causa. Ha inoltre dimostrato che Bioh Filtrazione s.r.l. è destinataria di un provvedimento di risoluzione per grave inadempimento disposto il 24 settembre 2015 dalla Azienda ospedaliera Ca' Granda di Milano.

5. Sulla base di tali elementi la ricorrente ha argomentato che la società Bioh Filtrazione s.r.l. dissimuli la Bioh s.r.l., con la conseguenza che all'atto della presentazione della domanda di partecipazione Bioh Filtrazioni s.r.l. avrebbe dovuto rendere dichiarazioni riferibili anche a Bioh s.r.l., tra le quali anche quella relativa alla testé ricordata risoluzione per grave inadempimento, ciò che la aggiudicataria non ha fatto.

6. La ricorrente si è collocata seconda in graduatoria dopo Bioh Filtrazioni s.r.l., la quale ha offerto un ribasso del 56,4 %, che ha reso l'offerta anomala, essendo il ribasso medio del 31%.

7. Effettuata la verifica di congruità della offerta, la Stazione appaltante ha affidato il servizio a Bioh Filtrazioni s.r.l., con provvedimento comunicato alla ricorrente il 3 aprile 2017: ad essa è stato consentito l'accesso agli atti solo il 26 aprile 2017 e solo a parte della offerta tecnica ed ai giustificativi prodotti dalla aggiudicataria.

8. Con ricorso notificato il 3 maggio 2017 Air Liquid Sanità Service s.r.l. ha impugnato gli atti in epigrafe indicati deducendone la illegittimità per i seguenti motivi:

I) Violazione e falsa applicazione degli artt. 80 D.lgs 50/2016, dell'art. 57 della Dir. 2014/24/UE – Obbligo di esclusione per falsa dichiarazione e per difetto dei requisiti di moralità professionale, eccesso di potere per erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, irragionevolezza, difetto di motivazione ed istruttoria; sviamento: la aggiudicataria non ha dichiarato nel DGUE la risoluzione del contratto disposta nei confronti di Bioh s.r.l., e quindi va esclusa ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c) del Codice, nascondendosi la seconda società dietro la prima; in ogni caso la aggiudicataria, avendo acquistato il ramo d'azienda pochi mesi prima la pubblicazione del bando, avrebbe dovuto dimostrare il possesso dei requisiti di ordine generale anche con riferimento alla società cedente, salvo che non risulti la effettiva discontinuità tra le due gestioni.

II) Violazione e falsa applicazione degli artt. 97 Dlgs 50/2016. – Irragionevolezza ed erronea rappresentazione dei presupposti di fatto del giudizio di congruità dell'offerta di Bioh Filtrazione srl

III) Eccesso di potere per erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, irragionevolezza, difetto di motivazione ed istruttoria. Sviamento: secondo la ricorrente l'importante ribasso offerto dalla aggiudicataria impedirebbe di assicurare ai dipendenti il trattamento indicato dal CCNL di riferimento.

IV) Violazione e falsa applicazione dell' art. 95 Dlgs 50/2016 – Irragionevolezza ed erronea rappresentazione dei presupposti di fatto nell'attribuzione dei punteggi tecnici. Eccesso di potere per erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, irragionevolezza, difetto di motivazione ed istruttoria. Sviamento: l'offerta tecnica della aggiudicataria non è conforme alle specifiche tecniche e quindi avrebbe dovuto essere esclusa in quanto non idonea. L'operato della Commissione, relativamente alla valutazione delle offerte tecniche, appare comunque censurabile per la mancata verbalizzazione della attività, che si è tradotta nella assegnazione alle offerte tecniche della ricorrente e della aggiudicataria, del punteggio massimo (60), suddiviso tra i vari subcriteri in modo identico, ciò che depone per un giudizio stereotipato.

V) In via subordinata, Violazione e falsa applicazione dell' art. 83 Dlgs 50/2016 – Irragionevolezza ed erronea rappresentazione dei presupposti di fatto nell'attribuzione dei punteggi tecnici. Eccesso di potere per erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, irragionevolezza, difetto di motivazione ed istruttoria. Sviamento: nel bando di gara del tutto irragionevolmente non è richiesto alcun requisito di capacità tecnico-organizzativa o economico-finanziaria per la partecipazione alla gara per l'affidamento del servizio sanitario di prevenzione della legionella attraverso la filtrazione sui terminali idrosanitari e l'esecuzione dei servizi connessi occorrenti alla varie

sedi e presidi dell'A.O.U. Città della Salute per un periodo di 24 mesi, rinnovabile per altri 24 mesi. Infatti è solo richiesto il possesso dell'iscrizione alla CCIAA, senza alcuna altra specificazione. Tuttavia la stazione appaltante non può decidere di omettere del tutto di richiedere requisiti di capacità tecnico organizzativa e/o economico finanziaria perché ciò è contrario al principio di efficacia e buon andamento, oltre che al principio di ragionevolezza e proporzionalità.

8.1. La ricorrente ha concluso formulando domanda ex art. 116 c.p.a., insistendo per l'annullamento degli atti impugnati, per la declaratoria di inefficacia del contratto nel frattempo eventualmente stipulato nonché per la condanna della Stazione appaltante al risarcimento del danno, da risarcirsi principalmente accordando il subentro nel contratto o, in subordine, per equivalente.

9. La Azienda Ospedaliera Città della Salute si è costituita in giudizio per resistere al ricorso, deducendo che la verifica della sussistenza di cause di esclusione va effettuata nei confronti dell'operatore economico, e nel caso dai controlli non è emerso nulla (perché l'interdittiva e la grave risoluzione sono state pronunciate nei confronti di altro soggetto e la modulistica non richiedeva di effettuare dichiarazioni relativamente ad altri soggetti); la sentenza della AP 10/2012 si dovrebbe riferire solo agli obblighi dichiarativi che certi soggetti debbono rendere con riferimento ai precedenti penali; in ogni caso la risoluzione contrattuale disposta dalla A.O. Ca' Granda di Milano e la conseguente revoca della aggiudicazione è contestata in giudizio. Sulla idoneità e sulla congruità della offerta economica presentata da Bioh Filtrazioni s.r.l. la Azienda Ospedaliera ha eccepito la genericità delle censure, rilevando inoltre

che la verbalizzazione delle sedute della Commissione risulta necessaria, secondo la giurisprudenza, al fine di consentire la verifica sulla continuità della azione amministrativa, che qui non può essere contestata dal momento che tutte le operazioni si sono svolte in 33 giorni. Sulla impugnazione del bando la Stazione ha preliminarmente eccepito la tardività della censura, che avrebbe dovuto tradursi nella immediata impugnazione del bando, ed ha inoltre ribadito che la individuazione dei requisiti di partecipazione è frutto di attività discrezionale e che comunque nella specie non si tratta di eseguire operazioni complesse.

10. Bioh Filtrazioni s.r.l si è costituita in giudizio eccependo, quanto al primo motivo, che essa in quanto tale non era tenuta a rendere le dichiarazioni relative alla risoluzione contrattuale subita da Bioh s.r.l., rilevando che, comunque, detta risoluzione era stata illegittimamente pronunciata ed era *sub judice*; quanto al secondo e terzo motivo ha eccepito la inammissibilità per genericità e perché la ricorrente non avrebbe superato la prova di resistenza dimostrando che Bioh Filtrazioni s.r.l. avrebbe dovuto riportare un punteggio inferiore. Sulla censura subordinata essa ha infine ribadito la discrezionalità della amministrazione in ordine alla individuazione dei requisiti tecnico-professionali o economico-finanziari ed inoltre la inammissibilità della censura avuto riguardo alla circostanza che la ricorrente non avrebbe dimostrato che la introduzione di requisiti oggettivi specifici le avrebbe consentito di vincere la gara.

11. Con motivi aggiunti depositati il 6 luglio 2017 Air Liquid Sanità Service, premettendo di essere riuscita nel frattempo a prendere visione della offerta tecnica presentata da Bioh Filtrazioni s.r.l., ha formulato ulteriori motivi avverso la valutazione espressa dalla

Commissione in ordine alla offerta medesima, deducendone la illegittimità per violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Dlgs 50/2016 e del Dlgs 66/2003 in tema di orari di lavoro – Violazione e falsa applicazione del DM 4.03.2015, tabelle salariali settore metalmeccanico/industria ; Irragionevolezza ed erronea rappresentazione dei presupposti di fatto del giudizio di congruità dell'offerta di Bioh Filtrazione srl - Eccesso di potere per erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, irragionevolezza, difetto di motivazione ed istruttoria. Sviamento.

11.1. La ricorrente ha sottolineato che un ribasso del 56,4% - a fronte di un ribasso medio pari a poco più del 30% -, non può oggettivamente consentire la remunerazione delle prestazioni lavorative necessarie; nelle giustificazioni presentate il 1.3.17 Bioh Filtrazioni non ha conteggiato il costo di tutto il personale indicato nella Sezione A1 della offerta, che ha pertanto implicitamente modificato. (“Bioh non ha giustificato il costo dei 4 tecnici di back up indicati nell'offerta tecnica, né il costo del responsabile tecnico, né il costo di operatore tecnico amministrativo; né il costo dello specialista di prodotto; né il costo dello specialista scientifico; né il costo dell'addetto al customer service e dell'ulteriore addetto all'after sales service. Ugualmente non è computato ed indicato nei giustificativi il costo dell'ingegnere responsabile della commessa. Al riguardo genericamente si dice che il relativo costo (non indicato) sarebbe assorbito dalla voce spese generali (euro 50.800 annue). Tale ultima affermazione appare alquanto sorprendente, atteso che nell'offerta tecnica all'unico ingegnere dell'organigramma indicato in offerta è affidato il rilevante compito di svolgere funzioni di coordinamento e ruolo di referente della stazione appaltante e di

interlocutore diretto del direttore dell'esecuzione/RUP.'). L'utile esposto nei giustificativi è pari a soli euro 21.772,60 mentre il costo minimo anche di una sola risorsa aggiuntiva a tempo pieno (operaio di 1° livello) rispetto a quelle giustificate è pari ad euro 26.724 (secondo quanto espone la stessa Bioh Filtrazione). Solleva la questione che per assicurare il numero di ore di manodopera richiesta per la esecuzione delle migliorie del contratto (Sezione 1C) la aggiudicataria avrebbe dovuto mettere a disposizione e considerare 11 risorse in più. In ogni caso secondo la ricorrente la aggiudicataria avrebbe giustificato 11708 ore in meno rispetto a quelle indicate nella sua offerta, non terrebbe conto della necessità di effettuare una turnazione per 4 risorse a tempo pieno, dal momento che il contratto richiede la presenza continuativa dalle 7 alle 20. L'offerta della aggiudicataria neppure considererebbe che le prestazioni aggiuntive fanno lievitare il costo del personale. La durata dei filtri non è stata dimostrata e quindi allo stato non è neppure dimostrato il risparmio sul numero complessivo di filtri. Non sarebbero evidenziati i costi del programma di formazione del personale tecnico, del sistema software e di gestione informatizzata, né infine il costo di recupero dei filtri esausti. L'offerta formulata da Bioh Filtrazioni s.r.l. non sarebbe idonea a garantire il rispetto delle tabelle ministeriali .

12. L'Azienda Ospedaliera e la controinteressata hanno resistito anche ai motivi aggiunti.

13. Il ricorso è stato chiamato alla camera di consiglio del 27 settembre 2017, quando il Collegio ha accolto la domanda cautelare di sospensione degli atti impugnati rilevando la possibile fondatezza della censura subordinata.

14. Dopo scambio di memorie il ricorso è infine giunto a discussione ed introitato a decisione alla pubblica udienza del 20 dicembre 2017.

DIRITTO

15. Il Collegio procede preliminarmente alla disamina delle censure formulate in principalità nel ricorso introduttivo del giudizio nonché nel ricorso per motivi aggiunti, le quali, se accolte, potrebbero comportare l'annullamento della aggiudicazione disposta a favore di Bioh Filtrazioni s.r.l., con possibile subentro della ricorrente nella stipula del contratto.

15.1. E' infondata la censura secondo la quale la aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per aver omesso di dichiarare la risoluzione contrattuale riportata da Bioh s.r.l., società che la costituzione di Bioh Filtrazioni s.r.l. dissimulerebbe: la censura deve essere respinta nella misura in cui le due società, entrambe costituite in forma di società a responsabilità limitata e come tali dotate di personalità giuridica autonoma ed autonomia patrimoniale perfetta, debbono considerarsi a tutti gli effetti soggetti distinti tra le quali potrebbe semmai ipotizzarsi una relazione che comporta, da parte di Bioh s.r.l., una attività di direzione, coordinamento e controllo su Bioh Filtrazioni s.r.l... L'esistenza di relazioni di controllo tra due soggetti, tuttavia, assumere rilevanza nell'ambito degli appalti pubblici solo ai fini della causa di esclusione prevista dall'art. 80 comma 5 lett. m), e quindi solo quando i due o più soggetti in ipotesi collegati tra loro abbiano presentato domanda di partecipazione ad una medesima gara. L'esistenza di un rapporto di colleganza, invece, non implica che le cause di esclusione che colpiscano un ente debbano essere dichiarate o abbiano efficacia anche nei confronti dell'ente collegato. La ricorrente avrebbe quindi dovuto fornire una

prova rigorosa della fittizia costituzione della società Bioh Filtrazioni s.r.l. e del fatto che essa a tutti gli effetti dissimula la Bioh s.r.l., al qual fine le circostanze sopra evidenziate costituiscono elementi indiziari, peraltro di significato non univoco: al fine di affermare che una società ne dissimula un'altra, la prova che un terzo può e deve fornire deve piuttosto vertere sull'accordo simulatorio e sull'appartenenza alla società dissimulata del patrimonio, intestato alla società apparente (ivi compresi i crediti ed i debiti derivanti da contratti in corso). Niente di tutto ciò ha fatto la ricorrente.

Peraltro, anche a voler prescindere dalle dianzi esposte considerazioni si deve rilevare che la risoluzione contrattuale disposta dalla A.O. Ca' Granda Niguarda nei confronti di Bioh s.r.l. è stata contestata giudizialmente e pertanto relativamente a tale vicenda non v'era in capo a Bioh Filtrazioni s.r.l., alias Bioh s.r.l., alcun obbligo dichiarativo ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c) D. L.vo 50/2016.

15.2. Relativamente al secondo e terzo dei motivi di ricorso principale, integrati dai motivi aggiunti, rammentato che il giudizio di congruità espresso da una stazione appaltante con riferimento ad una offerta anomala, è espressione di discrezionalità sindacabile solo nei limiti della macroscopica illogicità o del macroscopico travisamento, e rammentato inoltre che tale giudizio investe l'offerta nella sua globalità, sicché in linea di principio la non congruità non può essere desunta da singoli elementi, il Collegio ritiene che nella specie non vi sia spazio per sindacare il giudizio.

15.2.1. In particolare, per quanto riguarda il costo del lavoro la ricorrente ha messo in dubbio l'esattezza del conteggio effettuato dalla aggiudicataria, ma sulla base di argomenti generici e di una

ricostruzione della organizzazione aziendale effettuata unilateralmente dalla ricorrente, sul presupposto che per la esecuzione dell'appalto debba necessariamente essere impiegato a tempo pieno un certo numero di unità, cosa che la aggiudicataria e la Stazione Appaltante contestano, ed ancora sul presupposto che dette unità debbano anche effettuare ore di lavoro straordinario: tali circostanze non sono state però dimostrate in maniera adeguata dalla ricorrente e sono contestate dalla Azienda Ospedaliera e dalla aggiudicataria, che ha anche prodotto in giudizio una relazione tecnica a dimostrazione della attendibilità della propria offerta.

15.2.2. Anche le censure relative alla spesa necessaria per l'installazione dei filtri offerti ed alla durata dei medesimi debbono essere respinte perché generiche ed infondate, avendo Bioh Filtrazioni s.r.l. prodotto documentazione comprovante tale durata dei filtri e venendo in considerazione costi che dipendono largamente dalla organizzazione interna della impresa. I costi del programma di formazione del personale tecnico, del sistema software e di gestione informatizzata, e quelli di recupero dei filtri esausti, che secondo la ricorrente non sarebbero stati evidenziati dalla aggiudicataria, non paiono, in difetto di prova contraria, avere una incidenza tale da rendere l'offerta di per sé inattendibile.

15.3. Con il secondo motivo di ricorso principale la ricorrente ha contestato il punteggio tecnico assegnato dalla Commissione, che sarebbe stereotipato, ed ha inoltre contestato la mancanza di continuità nella attività di verbalizzazione della Commissione.

15.3.1. Sul punto il Collegio ritiene condivisibile quanto sostenuto dalla difesa dalla Azienda Ospedaliera relativamente al fatto che la verbalizzazione delle sedute della Commissione risulta necessaria,

secondo la giurisprudenza, al fine di consentire la verifica sulla continuità della azione amministrativa, che qui non può essere contestata dal momento che tutte le operazioni si sono svolte in 33 giorni. Quanto al fatto che la Commissione ha attribuito ad entrambe le offerte tecniche il punteggio massimo, il Collegio ritiene che la censura sia inammissibile per difetto di interesse perché non dimostra la inidoneità del punteggio specificamente attribuito alla offerta della aggiudicataria e nel contempo pone in discussione, in generale, l'operato della Commissione, sicché alla fine dall'accoglimento della censura ne rimarrebbe travolta anche l'offerta della ricorrente.

16. Vanno conclusivamente respinti tutti i motivi di ricorso principale e aggiunti tendenti a travolgere l'offerta della aggiudicataria.

17. Il Collegio passa quindi ad esaminare la censura formulata dalla ricorrente in via subordinata, la quale ha ad oggetto la clausola del bando, precisamente la Parte IV, la quale prevede che per la partecipazione alla gara "è richiesto esclusivamente il possesso dei requisiti di idoneità professionale previsti dall'art. 83 comma 1 lett. a) e comma 3 del Codice, e cioè in sostanza l'iscrizione alla CCIA: secondo la ricorrente tale clausola è illegittima perché non garantisce la selezione di un operatore che sia effettivamente in grado di eseguire l'appalto.

17.1. La Azienda Ospedaliera e la aggiudicataria hanno eccepito la tardività del gravame, la cui lesività era evidente sin dalla pubblicazione degli atti di gara; nel merito hanno sostenuto che la individuazione dei requisiti tecnico/professionali di partecipazione è espressione di discrezionalità insindacabile.

17.2. Il Collegio non ritiene fondata l'eccezione di tardività poiché l'onere di immediata impugnazione delle clausole della *lex specialis* di gara allo stato attuale della giurisprudenza deve ravvisarsi solo nei confronti delle clausole escludenti ovvero, al limite, di quelle clausole discriminatorie che comportino, per taluno dei partecipanti, un tale vantaggio o svantaggio, da potersi già dare per scontato da subito l'esito sfavorevole della gara per taluni dei concorrenti.

17.2.1. Nel caso di specie non si versa in alcuna delle prospettate situazioni, giacché la clausola in oggetto per certo non preclude la partecipazione alla gara – è anzi il contrario! – né pone alcuno dei concorrenti in posizione di vantaggio o svantaggio.

17.3. Nel merito il Collegio ritiene che la censura sia fondata.

17.3.1. Seppure sia indubitabile che la individuazione dei requisiti tecnico/professionali di partecipazione ad una gara per l'affidamento di un contratto pubblico sia espressione di discrezionalità amministrativa, nondimeno non può non rilevarsi che tale discrezionalità deve essere esercitata in maniera da garantire alla stazione appaltante la selezione di un contraente effettivamente idoneo ad eseguire il contratto e pertanto deve ritenersi in linea di principio non rispondente a canoni di ragionevolezza, di efficienza e di economicità della azione amministrativa il fatto che la partecipazione ad una gara non sia subordinata a requisito alcuno, salvo i requisiti di idoneità professionale.

17.3.2. La verità di tale assunto si staglia sol che si ponga mente al fatto che una simile previsione, consentendo la partecipazione anche alle imprese che non hanno un minimo di attività storica, di fatto apre la strada a possibili applicazioni distorte ed elusive della norme del Codice dei contratti, e segnatamente delle norme che prevedono

le cause di esclusione: la costituzione di nuove imprese protette dal filtro di una autonoma personalità giuridica può infatti costituire il mezzo per eludere taluni divieti di partecipazione, quando essa si verifichi in concomitanza con la pubblicazione di un bando che non richieda alcun requisito tecnico/professionale di partecipazione. Tale elusione non è predicabile con certezza nel caso di specie per la ragione che la costituzione della società Bioh Filtrazioni s.r.l. e la cessione alla medesima del ramo d'azienda da parte di Bioh s.r.l. è anteriore alla determina a contrarre ed alla pubblicazione del bando relativo alla gara per cui è causa. Tuttavia è evidente che la mancanza di requisiti avrebbe potuto indurre la partecipazione di altre società o imprese, costituite ex novo appositamente per partecipare alla gara di che trattasi.

17.3.3. A fronte di tali considerazioni il Collegio ritiene che la scelta di una stazione appaltante di non prevedere alcun tipo di requisito di partecipazione tecnico/professionale o economico/finanziario debba essere motivato in maniera rigorosa e sia ammissibile solo con riferimento a situazioni in cui si possa predicare che l'esperienza pregressa non abbia alcuna rilevanza.

17.3.4. Il Collegio fatica ad immaginare situazioni in cui una esperienza qualsiasi, o quantomeno una determinata capacità economico/finanziaria, sia irrilevante al punto tale da non rendere opportuna la indicazione di requisiti di partecipazione ai sensi dell'art. 83 D. L.vo 50/2016. Certamente non pare ricadere in tale fattispecie la gara oggetto del presente contenzioso, essendo nota l'importanza di un efficiente sistema di condizionamento e la necessità che esso sia mantenuto in perfetto stato di manutenzione ai fini di garantirne l'efficienza, dovendosi sottolineare altresì che le

anomalie di funzionamento di tali impianti, ed in special modo le carenze nella pulizia e nella sostituzione dei filtri, possono essere causa di infezioni fatali.

17.3.5. Il Collegio ritiene pertanto che nel caso di specie la mancata previsione, nel Disciplinare di gara, di requisiti di partecipazione tecnico/professionali e/o economico/finanziari sia del tutto irragionevole e rende la gara illegittima.

18. Il ricorso va quindi accolto sul quinto dei motivi articolati nel ricorso principale, dal quale consegue l'annullamento del Disciplinare di gara, Parte IV, nella parte in cui esso precisa che unico requisito di partecipazione è costituito dalla iscrizione alla C.C.I.A., nonché l'annullamento per invalidità derivata di tutti i successivi atti di gara.

19. La novità della questione ritenuta dirimente giustifica la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il Disciplinare di gara, Parte IV, nella parte in cui esso precisa che unico requisito di partecipazione è costituito dalla iscrizione alla C.C.I.A., nonché, per invalidità derivata, tutti i successivi atti di gara.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Roberta Ravasio, Consigliere, Estensore

Ariberto Sabino Limongelli, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberta Ravasio

IL PRESIDENTE
Domenico Giordano

IL SEGRETARIO