

Il Consiglio di Stato traccia la distinzione tra le ipotesi di esclusione dalla gara previste dalle lettere c) e f-bis) dell'art. 80, comma 5, D.Lgs. 50/2016

di Elvira Raviele

Data di pubblicazione: 26-8-2018

1. La differenza tra le ipotesi di esclusione dalla gara di cui alle lettere c) e f-bis) dell'art. 80, comma 5, D.Lgs. 50/2016 è sostanziale, atteso che, nell'ipotesi di cui al comma 5, lett. c), la valutazione in ordine alla rilevanza in concreto ai fini dell'esclusione dei comportamenti accertati è rimessa alla stazione appaltante, mentre nel caso del comma 5, lett. f-bis), l'esclusione dalla gara è atto vincolato, discendente direttamente dalla legge, che ha la sua fonte nella mera omissione da parte dell'operatore economico.

2. Fermo restando che, da un punto di vista strutturale, anche l'omessa dichiarazione può concretare un'ipotesi di dichiarazione non veritiera, il discrimen tra le due fattispecie sembra doversi incentrare sull'oggetto della dichiarazione, che assumerà rilievo, ai sensi e per gli effetti di cui alla lettera f-bis), nei soli casi di mancata rappresentazione di circostanze specifiche, facilmente e oggettivamente individuabili e direttamente qualificabili come cause di esclusione a norma della disciplina in commento, ricadendosi altrimenti – alle condizioni previste dalla corrispondente disposizione normativa - nella previsione di cui alla fattispecie prevista al comma 5 lettera c).

Guida alla lettura

Con la pronuncia *de qua* il Consiglio di Stato è intervenuto su una nuova e complessa questione appartenente al variegato mondo dei contratti pubblici, ossia quella concernente **la differenza tra le cause di esclusione previste dall'art. 80, comma 5, lett. c) e lett. f-bis), D.Lgs. 50 del 2016**, la cui *ratio* è quella di garantire l'affidabilità morale e professionale dell'operatore economico che andrà a contrarre con la P.A..

In particolare, la vicenda da cui trae origine la sentenza in commento riguarda la legittimità o meno dell'ammissione di un'ATI alla **procedura aperta per l'affidamento di alcuni lotti** relativi al servizio di ventiloterapia, polisonnografia e fornitura di ausili per la terapia respiratoria occorrenti ad alcune AASSLL della Regione Liguria.

Nell'ambito di tale procedura, infatti, **la società mandante dell'ATI non dichiarava nel proprio DGUE una precedente commessa pubblica** (avente ad oggetto il servizio di assistenza domiciliare respiratoria -ventiloterapia meccanica domiciliare) affidatale, in qualità di mandante di un'altra ATI, dall'ASL di Enna, e non rendeva nota altresì la **risoluzione del**

relativo contratto.

Appare evidente, dunque, l'**astratta configurabilità di una delle ipotesi di esclusione dalla gara richiamate dalle lett. c) e f-bis) dell'art. 80 D.Lgs. 50/2016.**

A tal proposito, infatti, si osserva che la **lett. c)** prevede l'esclusione nei casi in cui *“la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”*.

La **lett. f-bis)**, invece, dispone che l'esclusione è disposta quando l'operatore economico presenti, nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti, documenti o dichiarazioni non veritieri.

Orbene, i Giudici di Palazzo Spada, richiamando un proprio precedente parere (n. 2042 del 14 settembre 2017), hanno affermato che la **differenza tra le due ipotesi è sostanziale**, atteso che, nell'ipotesi di cui al comma 5, lett. c), la valutazione in ordine alla concreta rilevanza ai fini dell'esclusione dei comportamenti accertati è rimessa alla stazione appaltante, mentre nel caso del comma 5, lett. f-bis), l'esclusione dalla gara è atto vincolato, discendente direttamente dalla legge, che ha la sua fonte nella mera omissione da parte dell'operatore economico.

A tal proposito, si afferma che *“fermo restando che, da un punto di vista strutturale, anche l'omessa dichiarazione può concretare un'ipotesi di dichiarazione non veritiera, **il discrimen tra le due fattispecie sembra doversi incentrare sull'oggetto della dichiarazione, che assumerà rilievo, ai sensi e per gli effetti di cui alla lettera f-bis), nei soli casi di mancata rappresentazione di circostanze specifiche, facilmente e oggettivamente individuabili e direttamente qualificabili come cause di esclusione a norma della disciplina in commento, ricadendosi altrimenti – alle condizioni previste dalla corrispondente disposizione normativa - nella previsione di cui alla fattispecie prevista al comma 5 lettera c)**”* (conformemente alle coordinate ermeneutiche tracciate dalle Linee Guida ANAC 4.2 nonché dalla giurisprudenza amministrativa a riguardo, *ex multis* TAR Campania, Sez. IV n. 703 del 2018).

Ciò posto, concludono i giudici di Palazzo Spada, **la fattispecie concreta non sarebbe riconducibile a nessuna delle ipotesi summenzionate: in primis**, non si configurerebbe l'ipotesi di cui al comma 5, lettera f-bis), art. 80 D.Lgs. 50/2016, in ragione del tipo di informazione non riportata nella cumulativa dichiarazione resa dalla società mandante dell'ATI (che si è limitata a barrare la voce “no ” in corrispondenza della risposta alla

domanda contenuta nel DGUE se “L’operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali di cui all’art. 80 comma 5 lett. c) del Codice ” e che si rivela strutturalmente idonea ad integrare gli estremi di un falso cd. ideologico); in secondo luogo, non si configurerebbe nemmeno quella di cui al comma 5, lettera c), art. 80 D.Lgs. 50/2016, nella misura in cui, prima ancora che la stazione appaltante avviasse il procedimento che ha portato alla risoluzione del precedente contratto, la società mandante aveva già posto in essere le premesse dello scioglimento del vincolo di mandato, partecipando alla stazione appaltante le proprie determinazioni.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

A) sul ricorso numero di registro generale 4242 del 2018, proposto da Medicaire Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gabriele Di Paolo, Stefano Soncini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Gabriele Di Paolo in Roma, viale Liegi 35/B;

contro

A.Li.Sa. - Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’avvocato Pietro Piciocchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Asl 1 Imperiese, Asl 2 Savonese, non costituite in giudizio;

Isimed S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’avvocato Paola La Ganga, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ferrero Med S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’avvocato Marco Capello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

B) sul ricorso numero di registro generale 4248 del 2018, proposto da Medicaire Italia S.r.l. in proprio e quale mandataria dell’Ati con Vivisol S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gabriele Di Paolo, Stefano Soncini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’Avv. Gabriele Di Paolo in Roma, viale Liegi 35/B;

contro

A.Li.Sa. - Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Piciocchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Asl 4 Chiavarese, Asl 5 Spezzino non costituite in giudizio;

Isimed S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Paola La Ganga, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ferrero Med S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Capello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

A) quanto al ricorso n. 4242 del 2018:

della sentenza del Tar per la Liguria, sez. I, del 16 aprile 2018, n. 344;

B) quanto al ricorso n. 4248 del 2018:

della sentenza del Tar per la Liguria, sez. I, del 16 aprile 2018, n. 345.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle società Isimed S.r.l. e Ferrero Med S.r.l., nonché di A.Li.Sa. - Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 luglio 2018 il Cons. Umberto Maiello e uditi per le parti gli avvocati Gabriele Di Paolo, Stefano Soncini, Pietro Piciocchi, Marco Capello e Paola La Ganga;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. I procedimenti qui in rilievo hanno tutti ad oggetto la medesima res controversa e, segnatamente, l'ammissione dell'ATI Isimed/FerreroMed alla procedura aperta per l'affidamento dei lotti 2 (ricorso n. 4242.2018) e 3 (ricorso 4248.2018) "del servizio di ventiloterapia, polisonnografia e fornitura di ausili per la terapia respiratoria occorrenti ad AASSLL della Regione Liguria per un periodo di anni tre (con opzione di rinnovo per un

ulteriore biennio), Lotti n. 3", indetta da ELISA.

La gara de qua è stata articolata territorialmente in tre lotti e l'odierna appellante, Medicaïr, ha presentato un'offerta sia per il Lotto 2 (comprendente le AA.SS.LL. n. 1 Imperiese e n. 2 Savonese), il cui valore quinquennale è di € 8.249.880,00, sia per il Lotto 3 (comprendente le AA.SS.LL. n. 4 Chiavarese e n. 5 Spezzino) per un importo di € 5.127480,00, per i quali concorreva anche la costituenda Ati composta da Isimed Srl (mandataria) e Ferrero Med Srl (mandante).

1.1. La Medicaïr contestava l'ammissione della suddetta ATI alla gara de qua rappresentando, tra l'altro, alla stazione appaltante, fin dal 25 gennaio 2018, data della prima seduta della Commissione di gara, che risultava "...in capo alla ditta Isimed una segnalazione all'Anac per rescissione contratto (relativo a servizio di assistenza domiciliare respiratoria) per ASP di Enna, nota ASP di Enna prot. 2017-0045456 del 22/12/2017...", replicando la suddetta segnalazione con successiva istanza recante anche una sollecitazione ad intervenire in autotutela.

Con la comunicazione del 9 febbraio 2018, la Stazione appaltante riferiva di aver "provveduto ad effettuare ulteriori verifiche circa i rilievi emersi nella sopracitata nota. In conseguenza di ciò, si conferma l'ammissione dell'RTI Isimed Srl/FerreroMed Srl così come risulta nel verbale di seduta pubblica del 25/01/2018 di verifica della documentazione amministrativa, già pubblicato sul sito della scrivente stazione appaltante il giorno 25 gennaio 2018 ai sensi dell'art. 29 del D.lgs. 50/2016 e s.m.i."

1.2. Non avendo ottenuto corretto riscontro alle suddette sollecitazioni, la Medicaïr impugnava, in prime cure, innanzi al TAR per la Liguria, con distinti ricorsi, ciascuno per ogni lotto, l'ammissione alla gara de qua dell'Ati Isimed.

I ricorsi venivano, però, respinti con la decisioni qui appellate.

2. Avverso le suddette decisioni, con i mezzi in epigrafe, l'appellante Medicaïr ha articolato i seguenti motivi di gravame:

a) il giudice di prime cure avrebbe erroneamente confermato la sussistenza delle condizioni di ammissibilità alla gara di Isimed nonostante la dedotta violazione dell'art. 80, comma 5 del D.lgs. 50/16. Di contro, già dal dicembre 2017 Isimed era a conoscenza di un provvedimento di risoluzione di un precedente contratto (a lei aggiudicato e in fase di esecuzione) emesso, anche nei suoi confronti, da una Pubblica Amministrazione (ASP Enna). Ciò nondimeno, l'Ati Isimed ometteva di segnalare nel DGUE la subita risoluzione del contratto da parte dell'ASP Enna e, da parte sua, l'Amministrazione intimata non adottava alcuna misura espulsiva, anzi confermava l'ammissione alla gara della detta controinteressata;

b) Isimed, per il triennio di riferimento 2014/2016, non avrebbe adempiuto a comprovare il requisito di partecipazione relativo al fatturato minimo specifico. Analoga carenza andrebbe, altresì, riferita all'impresa mandante FerreroMed;

Sul punto, non sarebbero conferenti i rilievi del giudice di prime cure secondo cui “la posizione della controinteressata è stata asseverata dalla BNL (2.1.2018) e da Chiantibanca coop (22.12.2107);

c) sarebbe, altresì, non conferente il contratto di avvalimento sottoscritto tra l’Ati Isimed e l’Officina Ortopedica Ferrero Srl., non avendo questa la capacità tecnica ed economica per poter prestare integralmente il requisito all’Ati Isimed: gli appalti dichiarati nel DGUE sarebbero, invero, riferibili a forniture non idonee a concretare prestazioni identiche o analoghe. Inoltre, l’avvalimento si sostanzierebbe unicamente in un programma formativo e non di esecuzione materiale del servizio oggetto di gara;

d) la dichiarazione di subappalto, da parte di Isimed e riferita ai servizi di magazzino, logistica, assistenza tecnica ed attività correlate, sarebbe illegittima per la violazione dell’art. 105, comma 6, lett. d), ai sensi del quale il concorrente deve dimostrare l’assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all’art. 80. Ciò in quanto due dei tre subappaltatori indicati, Officina Ortopedica Ferrero Srl e Centro Ability Srl, rientrerebbero, per sovrapposizioni di partecipazioni societarie, in una situazione di controllo di cui all’articolo 2359 del codice civile o comunque in relazione, anche di fatto, con conseguente violazione degli artt. 80 e 105 del D.lgs. 50/16;

e) emergerebbe altresì l’intenzione di aggirare la disciplina sulla limitazione del 30% della quota di lavori subappaltabili ai sensi dell’art. 105, comma 2. Tanto in ragione della incapacità della mandataria e della mandante di eseguire in proprio l’appalto;

f) Isimed, al momento della presentazione della propria offerta, non aveva impugnato il provvedimento di risoluzione del contratto emesso dall’Asp di Enna. Nella denegata ipotesi in cui si volesse ritenere rilevante il ricorso successivamente notificato, il 30 marzo 2018, l’appellante chiede rimettersi alla Corte di giustizia ex art. 267 TFUE la valutazione di compatibilità dell’art. 80, comma 5, lett.c) del D.lgs. 50/16 con l’art. 57, comma 4, della Dir. 2014/24/UE.

Resistono in giudizio A.Li.Sa. – Azienda Ligure Sanitaria Della Regione Liguria, Ferreromed Srl, Isimed Srl, che hanno concluso per il rigetto dell’appello.

3. In via preliminare s’impone la riunione degli appelli in epigrafe siccome pendenti tra le stesse parti, riferiti tutti alla medesima vicenda ed aventi ad oggetto identiche questioni giuridiche, con conseguente configurabilità di un vincolo di connessione oggettiva e soggettiva.

Giova, altresì, aggiungere, sempre in via preliminare, che, in subiecta materia, la sentenza è ordinariamente redatta «in forma semplificata», potendo, quindi, consistere «in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo» (artt. 120 co. 6 e 74 c.p.a.) ed è in stretta aderenza alle suddette coordinate normative che la Sezione procede, di seguito, allo scrutinio della res iudicanda.

4. Tanto premesso, va, anzitutto, disatteso il primo gruppo di doglianze articolate avverso il capo delle coeve sentenze qui appellate con cui il giudice di prime cure ha ritenuto che gli esiti

risolutori della pregressa vicenda contrattuale relativa ad Isimed non ponessero a carico della predetta parte un obbligo di dichiarazione rilevante ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 80 comma 5 sub lettere c) ed f bis) del d. lgs. 50/2016.

4.1. La vicenda qui in rilievo – non dichiarata da Isimed nel proprio DGUE - involge i profili di corretta esecuzione di una precedente commessa pubblica (servizio di assistenza domiciliare respiratoria -ventiloterapia meccanica domiciliare) affidata dall'ASP di Enna in favore di un'ATI, di cui faceva parte anche Isimed srl, nella qualità di mandante, insieme ad altri due operatori (Sico Spa e Som Snc).

Il suddetto contratto veniva risolto con effetto immediato a far data dal 4.12.2017, esito confermato con successiva comunicazione del 22 dicembre 2017 e di cui, con successiva delibera n.106/2018, l'ASP Enna, per il lotto 2, prendeva formalmente atto, riservandosi, invece, ogni determinazione definitiva su altro distinto lotto (lotto 1) all'esito del parere legale del servizio legale interno all'azienda.

Dalla disamina degli atti di causa si evince che:

- la risoluzione è stata effettivamente disposta, con effetto immediato (dal 4.12.2017), prima della presentazione della domanda di partecipazione alla gara di Isimed (la delibera si è limitata a prendere atto di una vicenda giuridica già perfezionatasi) e ciò nondimeno non risulta dichiarata;
- la risoluzione è stata formalmente pronunciata anche nei confronti di Isimed e non solo nei confronti delle altre due ditte, tutte segnalate all'Anac che ha provveduto ad iscriverle nel Casellario (Isimed inclusa);
- alla data di presentazione della domanda di partecipazione la risoluzione non era stata impugnata (lo sarà solo dopo).

4.2. Il codice di contratti, per quanto di più diretto interesse, impone, all'articolo 80 comma 5 lettera c), l'adozione di una misura espulsiva qualora "la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione"

Il successivo comma f bis correla l'applicazione della suddetta sanzione dell'esclusione della gara al fatto de " l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere".

Com'è noto, l'art. 80 co. 5 sopra trascritto si pone a presidio dell'esigenza di verificare l'affidabilità morale e professionale dell'operatore economico che andrà a contrarre con la p.a.

La declinazione applicativa dei suindicati principi regolatori ha trovato chiara esplicitazione nelle linee guida all'uso confezionate dall'ANAC, che, al punto 4.2., precisano, tra l'altro, che "la sussistenza delle cause di esclusione in esame deve essere autocertificata dagli operatori economici mediante utilizzo del DGUE. La dichiarazione sostitutiva ha ad oggetto tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico. È infatti rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla rilevanza in concreto dei comportamenti accertati ai fini dell'esclusione.

Quanto poi alle possibili ricadute si è ulteriormente chiarito in giurisprudenza (cfr. TAR Campania, Sez. IV n. 703 del 2018) che, in alcuni casi, la violazione degli obblighi dichiarativi refluisce nella categoria del cd. illecito professionale di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) che, come noto, annovera, tra le altre, anche la seguente fattispecie "il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento delle procedure di selezione". In siffatta evenienza, l'accertamento del presupposto necessita di una adeguata valutazione e di una congrua motivazione da parte della stazione appaltante.

Al contempo, l'art. 80 cit., alla lettera f-bis), prevede che le stazioni appaltanti escludono "l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere".

Come evidenziato dal CdS, in sede di parere (numero 02042/2017), licenziato a seguito dell'Adunanza del 14 settembre 2017, la differenza tra le due ipotesi è sostanziale, atteso che, nell'ipotesi di cui al comma 5, lett. c), la valutazione in ordine alla rilevanza in concreto ai fini dell'esclusione dei comportamenti accertati è rimessa alla stazione appaltante, mentre nel caso del comma 5, lett. f-bis), l'esclusione dalla gara è atto vincolato, discendente direttamente dalla legge, che ha la sua fonte nella mera omissione da parte dell'operatore economico.

Fermo restando che, da un punto di vista strutturale, anche l'omessa dichiarazione può concretare un'ipotesi di dichiarazione non veritiera, il discrimen tra le due fattispecie sembra doversi incentrare sull'oggetto della dichiarazione, che assumerà rilievo, ai sensi e per gli effetti di cui alla lettera f-bis), nei soli casi di mancata rappresentazione di circostanze specifiche, facilmente e oggettivamente individuabili e direttamente qualificabili come cause di esclusione a norma della disciplina in commento, ricadendosi altrimenti – alle condizioni previste dalla corrispondente disposizione normativa - nella previsione di cui alla fattispecie prevista al comma 5 lettera C).

4.3. Orbene, va, anzitutto, esclusa la sussumibilità della fattispecie qui in esame nell'alveo della previsione normativa descritta alla lettera f bis del comma 5 dell'articolo 80, in ragione del tipo di informazione non riportata nella cumulativa dichiarazione resa dalla Isimed.

Segnatamente, la Isimed Srl ha barrato la voce “no ” in corrispondenza della risposta alla domanda contenuta nel DGUE se “L ’operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali di cui all’art. 80 comma 5 lett. c) del Codice ” e tale annotazione – come di seguito ulteriormente evidenziato – a cagione della sua connotazione anche valutativa del vissuto professionale dell’azienda si rivela strutturalmente idonea ad integrare gli estremi di un falso cd. ideologico.

4.4. Ritiene il Collegio che, contrariamente a quanto dedotto dall’appellante, nemmeno può ritenersi qui predicabile la distinta previsione normativa di cui all’articolo 80 comma 5 lettera c) del Codice.

Ed, invero, in senso ostativo rispetto all’azionata pretesa attorea milita il fatto che la Isimed aveva già formalmente comunicato all’A.S.P. di Enna, con nota P.E.C. del 17 luglio 2017, la propria volontà di recedere dal rapporto contratto con le altre due componenti del R.T.I. aggiudicatario del Lotto 2 in ragione della mancata distribuzione degli utili e dell’omessa rendicontazione, con ciò avvalendosi espressamente della facoltà prevista dall’articolo 48 comma 19 del d. lgs 50/2016 a mente del quale “E’ ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. In ogni caso la modifica soggettiva di cui al primo periodo non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara”.

Segnatamente, prima ancora che la stazione appaltante avviasse il procedimento che ha portato alla risoluzione di cui si tratta la Isimed aveva già posto in essere le premesse dello scioglimento del vincolo di mandato, partecipando alla stazione appaltante le proprie determinazioni.

Ed a riprova di ciò vi è il fatto che, proprio a cagione di tale sopravvenienza, le altre due ditte già componenti l’originario RTI (Sico Spa e Som Snc, con apposito rogito notarile in cui la Isimed Srl è rimasta totalmente estranea) ebbero a costituire una nuova aggregazione per l’esecuzione del contratto de quo, determinando, all’insaputa della stazione appaltante, quella modifica delle condizioni soggettive del contraente che costituisce la ragione fondante su cui riposa la disposta risoluzione.

Di talchè la suddetta dichiarazione di risoluzione, da un lato, è intervenuta su una situazione che vedeva la Isimed già oramai esterna rispetto al rapporto in essere per effetto della dichiarazione di recesso e del subentro nell’esecuzione del contratto di una nuova aggregazione di imprese e, dall’altro, come già anticipato, pur coinvolgendo formalmente la Isimed, risultava incentrata su addebiti rispetto ai quali la Isimed era sostanzialmente estranea.

A fronte di quanto fin qui evidenziato, e per le specifiche ragioni suesposte, vanno, in definitiva, condivise le statuizioni della decisione di prime cure nella parte in cui, relativamente alla documentazione amministrativa prodotta dalla Isimed, ha ritenuto che non si ravvisano elementi per far ritenere che essa fosse tenuta a dichiarare nel DGUE presentato in Liguria le vicende del rapporto siciliano”.

4.5. D'altro canto, occorre soggiungere che, per effetto delle sollecitazioni dell'odierna appellante, la stazione appaltante ha autonomamente provveduto, in regime di autotutela, a valutare la rilevanza della pregressa vicenda contrattuale ai sensi dell'articolo 80 comma 5 lettera C), stimando la vicenda sopra descritta come priva di indici sintomatici di “..gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”.

In tal modo ha trovato compimento, sia pur in sede di riesame, il disegno sotteso al costruito normativo in argomento che sostanzialmente mira a rimettere alle valutazioni della stazione appaltante eventuali distorsioni nell'esecuzione di precedenti commesse pubbliche ovvero nella partecipazione degli operatori alle gare, dovendosi, a tal riguardo, ribadire come, nell'economia della fattispecie normativa in commento (articolo 80 comma 5 lettera c), vanno esclusi rigidi automatismi applicativi.

Ed in linea con il suddetto schema operativo, con nota del 9 febbraio 2018, la stazione appaltante, appositamente compulsata con un'istanza di autotutela, ha avviato una mirata istruttoria sul tema qui in rilievo, confermando, sulla scorta delle controdeduzioni rassegnate da Isimed, gli esiti dello scrutinio già svolto sull'ammissione dell'ATI Isimed – Ferromed alla procedura di gara, comunicando a Medicaire S.r.l. che “a seguito della Vostra nota UG-138/COR/18/TM del 29/01/2018, questa Stazione appaltante ha provveduto ad effettuare ulteriori verifiche circa i rilievi emersi nella sopracitata nota. In conseguenza di ciò, si conferma l'ammissione dell'R.T.I. ISIMED S.R.L./FERREROMED S.R.L. così come risulta nel verbale di seduta pubblica del 25/01/2018 di verifica della documentazione amministrativa, già pubblicato sul sito della scrivente stazione appaltante il giorno 25 gennaio 2018 ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i.”.

Né possono condividersi le ragioni di doglianza qui riproposte dall'appellante incentrate sulla pretesa insufficienza del corredo motivazionale di tale determinazione che può, invece, agevolmente desumersi – vieppiù trattandosi di un'ammissione - dalle risultanze istruttorie cui fa rinvio e di cui la statuizione finale costituisce coerente espressione.

D'altro canto, la sufficienza di tale metodica a veicolare le ragioni su cui riposano le determinazioni in argomento è fatta qui palese dalla stessa compiutezza delle difese articolate dall'odierna appellante sia in prime cure che in grado d'appello.

Le considerazioni fin qui svolte assorbono l'istanza di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE prospettata per l'ipotesi in cui, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.lgs. 50/16, la rilevanza della risoluzione contrattuale dovesse essere ritenuta sussistente nei soli casi in cui non è stata fatta oggetto di impugnazione giudiziale, evenienza qui non in rilievo.

Parimenti, prive di pregio si rivelano i residui motivi di gravame.

5. Segnatamente, non hanno pregio i motivi di impugnazione che ripropongono i rilievi censori già disattesi in prime cure ed afferenti alla mancanza, in capo al RTI controinteressato, dei requisiti di capacità economico finanziaria per mancanza di un fatturato sufficiente.

5.1. Sul punto, non possono che essere condivise le argomentazioni compendiate nella decisione impugnata che ha correttamente rilevato come "...il disciplinare di gara considera un'impresa atta a partecipare alla selezione allorché compri la propria solidità finanziaria con due dichiarazioni di istituti di credito; in tal senso la posizione della controinteressata è stata asseverata dalla BNL (2.1.2018) e da Chiantibanca coop (22.12.2107), dal che l'infondatezza del rilievo".

Ed, invero, quanto affermato nel capo della decisione – che suffraga in ottica sostanziale l'esistenza del requisito in argomento - trova immediato riscontro nella piana lettura del disciplinare di gara secondo cui "L' ammissione alla gara è condizionata, ai sensi dell'art. 83 comma 4 lettera a) D.Lgs. n. 50/2016, alla esistenza nel triennio 2014-2016, rispetto al valore annuale presunto della somma dei lotti per i quali si intende presentare offerta:

- di un fatturato medio annuale globale di impresa pari almeno a 1,5 volte;
- di un fatturato medio annuale specifico, nel "settore oggetto di gara", almeno pari.

Il settore oggetto di gara comprende oltre a forniture/servizi identici a quelli della procedura, anche forniture/servizi analoghi secondo un criterio di proporzionalità e ragionevolezza .

In mancanza e/o insufficienza dei requisiti di fatturato, ai sensi dell'Allegato XVII parte I D.Lgs. n. 50/216, possono essere fornite due idonee dichiarazioni di Istituti bancari che attestino la solidità economica e finanziaria della ditta in data non anteriore a 180 gg. dalla data di scadenza per la presentazione delle offerte....".

5.2. D'altronde, ed in disparte quanto appena evidenziato, di per se stesso assorbente, occorre aggiungere che il costruito giuridico attoreo muove dalla non condivisibile premessa di considerare utili, ai fini in questione, esclusivamente le pregresse forniture di ausili per la terapia respiratoria ricompresi nell'elenco n. 3 del D.M. 332/1999 mentre, nella suddetta prospettiva, non potrebbero essere utilmente considerate quelle di ausili protesici classificati nel distinto elenco n. 3 del D.M. citato.

Viceversa, il richiamato disciplinare valorizzava, ai fini della dimostrazione del prescritto fatturato specifico, non solo i servizi "identici" ma anche quelli "analoghi" secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, di talchè la lettura restrittiva da cui prendono abbrivio le censure in commento mal si concilia con la latitudine assegnata dalla disciplina di gara all'ampio ventaglio delle esperienze negoziali utilizzabili ai fini qui in rilievo.

Come efficacemente opposto dalle parti appellate la giurisprudenza di settore ha evidenziato che la locuzione "servizi analoghi" non s'identifica con "servizi identici".

Segnatamente, questo Consiglio (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 31/05/2018, n. 3267) ha ancora di recente affermato che "Laddove la lex specialis chiedi ai partecipanti di documentare il pregresso svolgimento di "servizi analoghi", la stazione appaltante non è legittimata ad escludere i concorrenti che non abbiano svolto tutte le attività oggetto dell'appalto nè ad assimilare impropriamente il concetto di "servizi analoghi" con quello di

“servizi identici”, atteso che la ratio sottesa alla succitata clausola del bando è il contemperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche, dal momento che la locuzione “servizi analoghi” non s'identifica con “servizi identici”. Tuttavia va valorizzata la contestuale affermazione giurisprudenziale secondo cui occorre ricercare elementi di similitudine tra i servizi presi in considerazione, che possono scaturire solo dal confronto tra le prestazioni oggetto dell'appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti al fine di dimostrare il possesso della capacità economico-finanziaria richiesta dal bando (così Cons. Stato, V, 6 aprile 2017, n. 1608; in termini anche Cons. Stato, V, 28 luglio 2015, n. 3717 e 25 giugno 2014, n. 3220); vale a dire che, pur rilevando l'identità del settore imprenditoriale o professionale, il confronto va fatto in concreto tenendo conto del contenuto intrinseco delle prestazioni (Cons. Stato, V, 12 maggio 2017, n. 2227), nonché della tipologia e dell'entità delle attività eventualmente coincidenti. (così Cons. Stato, Sez. V, 6/4/2017, n. 1608; in termini anche Cons. Stato, Sez. V, 28/7/2015, n. 3717 e 25/6/2014, n. 3220)”.

Nel caso qui in rilievo non può dubitarsi della afferenza dei servizi in comparazione al medesimo settore imprenditoriale o professionale (Cons. Stato, Sez. III, 19/2/2016, n. 695; Sez. IV, 5/3/2015, n. 1122) sussistendo, peraltro, sotto il profilo strutturale (quanto a modalità organizzative e tipologia) apparenti profili di similitudini non smentiti da elementi di segno contrario, non potendo assegnarsi rilievo decisivo al solo fatto che le prestazioni in comparazione differiscono per la diversa classificazione dei prodotti offerti nel nomenclatore ufficiale degli ausili medici (elenco n. 2 o n. 3).

6. Nemmeno possono essere condivise le doglianze che involgono la pretesa mancanza dei requisiti di capacità tecnica e riferite, da un lato, alla contestata validità del contratto di avalimento sottoscritto tra l'Ati Isimed e Officina Ortopedica Ferrero Srl e, dall'altro, al fatto che Officina Ortopedica Ferrero Srl non avrebbe la capacità tecnica ed economica per poter prestare integralmente il requisito all'Ati Isimed.

6.1. Il costrutto giuridico dall'appellante muove, anche per i profili qui in rilievo, dalle medesime premesse già sopra passate in rassegna ed incentrate sulla non utilizzabilità (siccome non analoghi) di parte dei servizi fatturati da Officina Ortopedica Ferrero Srl.

Sul punto, sono state già evidenziate le ragioni di non condivisione, alle quali occorre pertanto fare integrale rinvio.

6.2. Parimenti infondate si rivelano le ulteriori argomentazioni censoree riferite al contratto di avalimento che, nella ricostruzione dell'appellante, si risolverebbe unicamente in un programma formativo e non di esecuzione materiale del servizio oggetto di gara.

Anche sul punto la decisione di primo grado si rivela immune dai motivi di gravame articolati da Medicaire.

Ed, invero, nel mezzo proposto non risulta superato il rilievo contenuto nel divisato decisum circa la mancata deduzione del requisito di gara che si assume violato, atteso che il disciplinare di gara non sembra prevedere requisiti minimali di natura tecnica.

D'altro canto, la riduttiva lettura offerta dall'appellante sembrerebbe smentita ancora una volta dallo stesso contenuto del contratto in argomento fatto palese dalla formulazione letterale delle relative clausole in cui è specificato che l'impresa ausiliaria metterà a disposizione di Isimed, oltre al requisito economico, anche:

- a) "Il proprio know how sulla gestione di servizi analoghi comprensivi di fornitura e noleggi di ausili e apparecchiature mediche. Nonché sull'organizzazione logistico distributiva e l'assistenza tecnico manutentiva [...]";
- b) "garantendo alla Isimed gli stessi competitivi prezzi operati dai fornitori alla Officina Ortopedica Ferrero [...]";
- c) "intervenendo, qualora necessario ai fini del corretto svolgimento dell'appalto, con ogni risorsa economica, finanziaria, di strutture, uomini e mezzi [...]".

Di talchè non può che essere confermata la decisione di primo grado nella parte in cui ha conclusivamente affermato che l'impresa ausiliaria "...va ritenuta idonea a sovvenire la controinteressata nell'espletamento di quanto eventualmente occorrerà per l'adempimento delle obbligazioni che potrebbero derivare dalla gara in atto".

7. Infine, anche i residui motivi di impugnazione, incentrati sull'esistenza di una non consentita situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. tra Isimed e due dei tre subappaltatori indicati, vanno respinti siccome privi di fondamento.

7.1. Sul punto l'appellante si limita a comprovare, piuttosto che una formale situazione di controllo, una parziale sovrapposizione delle relative compagini societarie, senza peraltro fornire conferenti elementi che consentano di ritenere conclamata la riferibilità dei diversi soggetti ad un medesimo centro decisionale.

Ed è proprio in ragione di ciò che il giudice di prime cure ha concluso nel senso che "...la censura espone numerosi dati di fatti circa le scambievoli relazione societarie tra diversi i diversi soggetti coinvolti, ma non trae convincenti conclusioni in tal senso; la censura è pertanto infondata perché generica".

7.2. A tali considerazioni, vale poi soggiungere che l'art. 80 comma 5 lettera m) del D.Lgs. 50/2018, circoscrive l'efficacia preclusiva rinveniente da una situazione di controllo ai soli rapporti tra operatori concorrenti, all'uopo prevedendo che debba essere escluso "l'operatore economico si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale".

E ciò in considerazione del fatto che solo all'esterno dell'aggregazione cui è riferibile la singola offerta si pone l'esigenza di preservare l'effettiva concorrenza tra gli operatori che partecipano alla gara.

Infine, vanno respinte anche le residue deduzioni di Medicaid circa l'intenzione dell'RTI controinteressato di aggirare la limitazione del 30% della quota dei servizi subappaltabili, evenienza questa non adeguatamente dimostrata e, comunque, inconferente nell'attuale stadio della procedura di gara.

Conclusivamente, ribadite le svolte considerazioni, gli appelli vanno respinti.

La novità e complessità delle questioni affrontate giustificano la compensazione, tra le parti, delle spese di giudizio, con la precisazione che restano definitivamente a carico dell'appellante gli oneri sostenuti per il contributo unificato.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, così provvede:

- 1) li respinge;
- 2) compensa tra le parti le spese di giudizio, ad eccezione del contributo unificato che resta definitivamente a carico dell'appellante.

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