

N. 00098/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00387/2022 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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 387 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da Polygon Spa, rappresentata e difesa dall'avvocato Valentino Vulpetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sabotino n. 2/A;

***contro***

Azienda Ospedaliero Universitaria Ospedali Riuniti “Umberto I, G.M. Lancisi, G. Salesi”, rappresentata e difesa dall'avvocato Rosella Ferrara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Althea Italia Spa, rappresentata e difesa dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per l'annullamento***

A - PER QUANTO RIGUARDA IL RICORSO INTRODUTTIVO E I RELATIVI MOTIVI AGGIUNTI:

- della Determina del Direttore Generale n. 461/DG del 16.05.2022, con cui l'Azienda Ospedaliero Universitaria Ospedali Riuniti ha aggiudicato la procedura finalizzata alla stipula di un accordo quadro per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature biomediche gara n. 8154133 (CIG 8756735E4F) ad Althea Italia s.p.a.;
- della Determina del Direttore generale n. 789/DG del 19.07.2021 con cui sono stati ammessi alle successive fasi di gara tutti i concorrenti e in particolare Althea Italia S.p.A.;
- della nota inviata tramite portale in data 17.05.2022 con la quale è stata comunicata l'aggiudicazione in favore di Althea Italia S.p.A.;
- dei verbali di gara tutti, ivi compresi i nn. 1 del 24.06.2021, n. 1 bis del 56.06.2021, n. 2 del 27.07.2021, n. 3 del 13.04.2022, verbale del 10.05.2022, verbali delle sedute riservate della commissione giudicatrice, nella parte cui ammettono al prosieguo della procedura de qua e/o comunque collocano in posizione utile nella graduatoria finale Althea Italia s.p.a.;
- della nota pec del 23.05.2022 con la quale l'A.O. Ospedali Riuniti di Ancona ha parzialmente negato l'accesso all'offerta di Althea Italia S.p.A. richiesto da Polygon con nota del 19.05.2022;
- della nota trasmessa via pec in data 7.06.2022 con la quale l'A.O. Ospedali Riuniti di Ancona ha differito l'accesso ai “provvedimenti, verbali, atti relativi alle verifiche svolte dalla Stazione Appaltante con riguardo alla comprova dei requisiti di partecipazione alla gara e documenti allegati ai suddetti o comunque acquisiti a tal fine essendo Althea stata estratta nel corso della prima seduta pubblica di gara”;

- in subordine, della lex specialis di gara tutta, ivi compresi la Deliberazione n. 547 del 14.05.2021 di indizione della gara de qua, il Bando, il Disciplinare di gara, il Capitolato speciale e i relativi allegati ivi incluso lo schema di contratto di accordo quadro, gli schemi di contratto degli Appalti Specifici AS1, AS2, AS3, AS4, AS5;
- del verbale “supplemento istruttoria ditta Althea Italia S.p.A.” del 9.09.2022;
- della nota di trasmissione del 9.09.2022;

e per la condanna

al risarcimento del danno in forma specifica e in subordine per equivalente di tutti i danni, subiti e subendi, derivanti dall'illegittimità dei provvedimenti impugnati.

**B - PER QUANTO RIGUARDA IL RICORSO INCIDENTALE PRESENTATO DA ALTHEA ITALIA S.P.A.:**

- di tutti i verbali di gara delle sedute pubbliche e riservate del Seggio di gara e/o della Commissione giudicatrice nella parte in cui ammettono Polygon S.p.A. alla procedura finalizzata alla stipula di un accordo quadro per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature biomediche gara n. 8154133 (CIG 8756735E4F), ivi compresi i verbali del Seggio di gara n. 1 del 26.4.2021, 1-bis del 5.06.2021; n. 2 del 27.07.2021, n. 3 del 13.4.2022, e di quelli della Commissione giudicatrice del 6.4.2022 e del 10.05.2022;
- della Determina del Direttore generale n. 789/DG del 19.07.2021 recante ammissione concorrenti e nomina Commissione giudicatrice, nella parte in cui è stata ammessa Polygon alla fase successiva di gara;
- della Determina del Direttore Generale n. 461/DG del 16.05.2022, nella parte in cui Polygon S.p.A. è collocata in graduatoria.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliero Universitaria Ospedali Riuniti "Umberto I, G.M. Lancisi, G. Salesi" e di Althea Italia Spa;

Visto il ricorso incidentale proposto da Althea Italia Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2023 il dott. Gianluca Morri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente Polygon Spa partecipava alla procedura di gara indetta dall'Azienda Ospedaliero Universitaria "Ospedali Riuniti Umberto I, G.M. Lancisi, G. Salesi", finalizzata alla stipula di un accordo quadro per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature biomediche per un periodo di 48 mesi, collocandosi al secondo posto.

Con l'odierna iniziativa giudiziaria mira all'esclusione della prima classificata Althea Italia Spa o, in subordine, all'annullamento dell'intera gara.

La controinteressata ha presentato ricorso incidentale finalizzato all'esclusione della ricorrente principale.

L'Azienda Ospedaliera si è costituita per resistere ai gravami.

Giova ulteriormente premettere che, a seguito della proposizione del ricorso introduttivo del giudizio, l'amministrazione avviava spontaneamente d'ufficio un procedimento di verifica in relazione alle censure con cui si contestava l'ammissione dell'aggiudicataria che invece (secondo la ricorrente) avrebbe dovuto essere esclusa per aver reso una dichiarazione incompleta su circostanze rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), c-bis) e c-ter), del D.Lgs. n. 50/2016. Nel ricorso venivano

dettagliatamente indicate le informazioni rilevanti che invece non erano state fornite o che erano state fornite in maniera vaga e lacunosa.

Il procedimento di verifica si concludeva con la conferma dell'ammissione alla gara oggetto del primo ricorso per motivi aggiunti da parte della ricorrente principale.

Nessuna verifica d'ufficio veniva invece disposta sulle analoghe censure dedotte dalla controinteressata con il ricorso incidentale, anch'esso contenente una serie di dettagliate circostanze taciute o prospettate in modo incompleto ma invece considerate rilevanti (dalla ricorrente incidentale) ex art. 80, comma 5, lett. c), c-bis) e c-ter), del D.Lgs. n. 50/2016 e che avrebbero quindi determinato l'esclusione.

2. Il Collegio ritiene di dover esaminare sia il ricorso principale (integrato da motivi aggiunti) sia quello incidentale poiché rivolti a reciproche esclusioni.

3. Al riguardo va innanzitutto disattesa l'eccezione, dedotta dall'amministrazione resistente, secondo cui il ricorso introduttivo del giudizio e i relativi motivi aggiunti sarebbero divenuti improcedibili essendo stato impugnato solo il verbale del 9/9/2022 (supplemento istruttorio a seguito delle censure dedotte con il ricorso introduttivo) senza essere stato impugnato il precedente verbale del 19/7/2022 di controllo dei requisiti nonché la determina che dichiarava l'efficacia dell'aggiudicazione (anch'essa adottata in data 9/9/2022).

Al riguardo va osservato che, per quanto concerne le specifiche questioni che qui interessano, queste sono state oggetto di riesame spontaneo dell'amministrazione conclusosi con il verbale confermativo del 9/9/2022 degli atti precedenti. Non si intravede quindi per quale ragione la ricorrente avrebbe dovuto impugnare espressamente anche il verbale del 19/7/2022.

Circa l'omessa impugnazione della determina 9/9/2022 che dichiarava (ovvero attestava) l'efficacia dell'aggiudicazione, va osservato che questa, anche ammesso che

fosse necessaria la sua impugnazione considerati gli orientamenti giurisprudenziale al riguardo, essa può considerarsi comunque implicitamente impugnata sia con il primo ricorso per motivi aggiunti (proposto contro il coevo verbale del 9/9/2022) sia con il secondo ricorso per motivi aggiunti proposto dalla ricorrente principale.

4. Va disattesa anche l'eccezione, dedotta dalla ricorrente principale, circa la ritenuta inammissibilità del ricorso incidentale per difetto assoluto di giurisdizione poiché rivolto a sostituire valutazioni soggettive ed arbitrarie della ricorrente a quelle dell'amministrazione.

Anche questa eccezione va disattesa poiché, in ogni caso, vengono dedotti vizi di legittimità analoghi a quelli dedotti dalla ricorrente principale.

5. Le ulteriori eccezioni, che riguardano più specificatamente alcune censure, saranno eventualmente trattate (se necessario), in occasione dell'esame di queste.

6. Risulta opportuno esaminare prioritariamente il primo e il secondo motivo del ricorso introduttivo del giudizio insieme al primo motivo contenuto nel primo ricorso per motivi aggiunti che deducono censure di violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), c-bis) e c-ter), del D.Lgs. n. 50/2016.

Le doglianze vanno condivise nei termini che seguono.

Il Collegio ritiene di dover fare applicazione di quanto già affermato, da questo Tribunale, in caso recente e sostanzialmente analogo (cfr. TAR Marche 20/1/2020 n. 79, confermata da Cons. Stato, Sez. IV, 1/7/2020 n. 4227 a sua volta confermata in sede di revocazione da Cons. Stato, Sez. IV, 9/1/2023 n. 283).

Dagli atti emerge che la controinteressata ha effettivamente omesso di dichiarare circostanze che sarebbero state certamente utili all'amministrazione per valutare, quanto meno, l'integrità e l'affidabilità dell'offerente al fine di disporre una sua eventuale esclusione ex art. 80, comma 5, lett. c), del D.Lgs. n. 50/2016.

Ciò è dimostrato proprio dal complesso supplemento istruttorio che l'Azienda Ospedaliera ha avviato d'ufficio e che avrebbe invece potuto essere evitato (o quanto meno semplificato e accelerato) se le dichiarazioni fossero state subito complete e precise.

A giudizio del Collegio tale circostanza avrebbe dovuto essere ben valutata anche ai sensi delle successive disposizioni di cui alla lett. c-bis), secondo le quali deve essere escluso “l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”.

È certamente vero che tale norma non comporta un automatismo espulsivo come recentemente ribadito anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (cfr. Sent. n. 16/2020), ma ciò non significa che l'omessa o l'imprecisa informazione debba sempre e comunque risultare impunita. Se così fosse la disciplina espulsiva di cui alla ricordata lett. c-bis) resterebbe sostanzialmente priva di effetti (cioè “tamquam non esset”).

Il Collegio non è in grado di stabilire se, attraverso le omissioni in esame, l'operatore economico abbia voluto coscientemente influenzare le decisioni della stazione appaltante sulla sua ammissione alla gara, ma pare comunque evidente che l'omissione abbia influito “sul corretto svolgimento della procedura di selezione” innescando, innanzitutto, un complesso contenzioso e inducendo poi la stazione appaltante ad un corposo supplemento istruttorio che ha indubbiamente allungato il corso della procedura (la stessa stazione appaltante ha ripetutamente evidenziato, nel corso del

giudizio, l'esigenza di una sua celere definizione dovendo addivenire velocemente alla stipula del contratto).

7. Anche il ricorso incidentale si presta ad analoghe considerazioni, con la differenza che, in questo caso, non c'è stato il riesame spontaneo ma che invece avrebbe dovuto esserci, atteso che sono state denunciate circostanze precise e sicuramente rilevanti per le valutazioni ex art. 80, comma 5, lett. c), c-bis) e c-ter), del D.Lgs. n. 50/2016 e che, quanto meno, influiscono "sul corretto svolgimento della procedura di selezione".

Al riguardo è utile ricordare la copiosa giurisprudenza, citata nel ricorso incidentale, che si è occupata di questioni analoghe riguardanti proprio l'impresa in oggetto e, in certi casi, anche della odierna ricorrente incidentale benché, a volte, a parti processuali alternate.

8. La fondatezza delle sopra esaminate censure determina l'esclusione di entrambe le offerenti.

9. Per completezza il Collegio ritiene opportuno trattare sinteticamente anche le ulteriori censure contenute nel ricorso introduttivo del giudizio e dedotte in via subordinata per l'annullamento dell'intera gara.

9.1 Con la prima viene dedotta violazione e falsa applicazione dell'art. 54 del D.Lgs. n. 50/2016 perché l'accordo quadro in oggetto non è finalizzato solo all'eventuale stipula di contratti attuativi ma ci sono alcuni contratti che saranno sicuramente stipulati (AS1, AS2 e AS3). Ciò comporta distorsione della concorrenza perché induce gli offerenti a considerare le prestazioni oggetto dell'accordo quadro come eventuali e sottacendo che, invece, parte delle prestazioni sono certe e immediatamente affidate.



La doglianza va disattesa e al riguardo va osservato che non vi è alcun elemento sottaciuto che ha potuto influire sulla concorrenza poiché, come riconosce la stessa parte ricorrente, la “lex specialis” contiene anche disposizioni dettagliate circa le prestazioni certamente da eseguire.

La ricorrente avrebbe quindi dovuto semmai denunciare circostanze che impedivano ad essa di formulare una offerta seria e consapevole, eventualmente impugnando subito la disciplina di gara.

9.2 Con la seconda e ultima censura dedotta in via subordinata viene denunciata violazione e falsa applicazione dell’art. 106, comma 11, del D.Lgs. n. 50/2016 relativamente alla clausola che contempla l’opzione di proseguimento del contratto per ulteriori 24 mesi dopo la scadenza del contratto iniziale di 4 anni. Ciò si pone in contrasto il divieto di proroga dei contratti che assume carattere eccezionale.

Anche quest’ultima censura va disattesa.

L’opzione in esame rappresenta solo un’eventualità nell’ambito della disciplina dell’accordo quadro che consente, in casi particolari, il superamento del limite quadriennale.

Nel caso in cui la stazione appaltante deciderà di esercitare l’opzione si dovrà quindi valutare se sussisteranno tutti relativi presupposti, compresi quelli che riguardano l’utilizzo del limite massimo di 24 mesi (l’opzione potrebbe infatti essere esercitata anche per un periodo inferiore).

10. L’ulteriore censura contenuta nel secondo e ultimo motivo del primo ricorso per motivi aggiunti, insieme alle censure contenute nel secondo ricorso per motivi aggiunti, possono invece considerarsi assorbite poiché, in parte, anch’esse attinenti alle questioni riconducibili all’applicazione dell’art. 80, comma 5, lett. c), c-bis) e c-ter), del D.Lgs. n. 50/2016.

Può considerarsi assorbita anche l'ulteriore questione della pretesa sopraggiunta causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. f), del D.Lgs. n. 50/2016 (dedotta con il secondo ricorso per motivi aggiunti), poiché il contratto non potrà comunque essere stipulato per le ragioni dette in precedenza.

11. L'esclusione dalla gara della ricorrente principale esclude anche la sua legittimazione ad accedere all'offerta tecnica della controinteressata, peraltro anch'essa esclusa dalla gara, per cui difetterebbe pure interesse al riguardo.

12. Infine il Collegio ritiene di dover definitivamente disattendere l'istanza di oscuramento avanzata dalla ricorrente principale con atto depositato il 30/8/2022. Le esigenze di riservatezza sono state infatti garantite dalla stesura della presente sentenza in forma sintetica (come prescrive l'art. 120, comma 10, del c.p.a.) che ha ommesso di descrivere esattamente le circostanze che potrebbero risultare pregiudizievoli, rinviando quindi agli atti del giudizio che le parti comunque ben conoscono.

13. Le spese di giudizio possono essere compensate considerata la particolarità e per certi versi complessità della vicenda in esame, nonché la soccombenza reciproca tra ricorrente principale e ricorrente incidentale.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie nei limiti di cui in motivazione, il ricorso principale e il ricorso incidentale.

Dichiara improcedibile l'istanza ex art. 116 del c.p.a. proposta dalla ricorrente principale.

Spese compensate.

La presente sentenza sarà eseguita dall'Autorità amministrativa ed è depositata presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere, Estensore

Simona De Mattia, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Gianluca Morri**

**IL PRESIDENTE**  
**Giuseppe Daniele**

IL SEGRETARIO