



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 Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 64 del 2022, integrato da motivi aggiunti,
proposto da

Servizi Ospedalieri S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Enza Maria Accarino e Gaetano Di Giacomo,
con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico
presso lo studio dell'avv. Gaetano Di Giacomo in Salerno, Piazza Flavio Gioia, 3;

contro

ARES - Azienda Regionale della Salute, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Diana, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia;

Azienda Socio Sanitaria Locale n. 5 di Oristano, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Lidia Arru, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Azienda per la Tutela della Salute – ATS Sardegna, ASL 1 Sassari, ASL 2 Gallura,
ASL 3 Nuoro, ASL 4 Ogliastra, ASL 6 Medio Campidano, ASL 7 Sulcis, ASL 8

Cagliari, non costituite in giudizio;

nei confronti

Sterilis Sardegna S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luisa Giua Marassi, Antonello Rossi, Paolo Sansone e Jacopo Fiori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso lo studio dell'avv. Antonello Rossi in Cagliari, via Ada Negri n. 32;

Servizi Italia S.p.A., non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa tutela cautelare:

- per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

a. della determinazione dirigenziale n. 7655 del 23.12.2021 (“mai comunicata né pubblicata sul Portale MePA”, qui recuperata dall'Albo pretorio - sezione determine dirigenziali - Archivio determine del sito *web* ATS”) dell'ATS Sardegna avente ad oggetto “*Procedura aperta per l'affidamento della gestione del servizio di sterilizzazione e fornitura a noleggio di strumentario chirurgico per ATS Sardegna. Aggiudicazione e nomina DEC*”, con cui l'ATS ha approvato tutti gli atti e le operazioni di gara relativi alla procedura in questione, a dire dell'ATS, come risultanti da tutti i verbali pubblicati sul sito *web* aziendale alla sezione bandi e gare ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 39 del d.lgs. n. 50/2016, ed ha quindi disposto l'aggiudicazione della procedura di gara, per la durata contrattuale di 96 mesi, a favore del RTI STERILIS SARDEGNA SRL per l'importo complessivo di € 37.262.160,00 iva esclusa, con previsione, alla scadenza, di opzione di estensione, alle medesime condizioni, per una durata pari a 12 mesi, per un importo complessivo massimo di €4.657.770,00 iva esclusa;

b. “per quanto di ragione”, delle operazioni e degli afferenti verbali delle sedute di gara (anche in forma riservata): sia del seggio di gara (infra specificati: 26.2.2021 e 16.3.2021), nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione della controinteressata per mancanza dei requisiti di partecipazione in uno alla

determinazione dirigenziale n. 1581 del 18.3.2021 di ammissione delle ditte alle fasi successive; sia della commissione giudicatrice (specificati nel ricorso), in cui la commissione avrebbe proceduto, nella prima, allo sblocco a sistema delle offerte tecniche e, nelle successive, all'esame delle offerte tecniche dei concorrenti in gara, nella parte in cui, a dire della ricorrente, senza alcuna motivazione ha sopravvalutato irragionevolmente la offerta della controinteressata e sottovalutato quella dell'interessata;

c. "per quanto di ragione", del bando, del disciplinare e del capitolato speciale, parte generale e parte speciale, con allegati e degli afferenti chiarimenti, nelle parti (specificate nel ricorso) in cui hanno disciplinato le modalità di svolgimento telematico della procedura di gara, di pubblicazione e di comunicazione delle fasi e degli esiti della procedura, regolamentato i requisiti di partecipazione, specificato il contenuto della offerta amministrativa e della offerta tecnica, fissato i criteri e la griglia di valutazione, le modalità ed i criteri di aggiudicazione nonché determinato il contenuto prestazionale dell'appalto, ove interpretabili nel senso di legittimare l'operato della S.A.;

d. in sintesi di tutti gli atti di gara adottati dal seggio di gara e dalla Commissione di gara e consequenziali, ivi inclusi, come detto, l'aggiudicazione alla controinteressata e gli atti di affidamento del servizio e di qualsivoglia atto e/o provvedimento, "ancorché sconosciuto alla ricorrente", con il quale si intende e/o si è inteso procedere al definitivo affidamento all'odierna controinteressata dell'appalto in questione;

e. "per quanto di ragione e ove possa occorrere", della determinazione dirigenziale n. 3419 dell'8.7.2020, con la quale si è provveduto all'indizione della procedura di gara in oggetto ed all'approvazione degli atti della *lex* di gara;

f. "per quanto di ragione e ove possa occorrere ed ove lesiva", della determinazione dirigenziale n. 3639 del 24.6.2021 di nomina della commissione ("non conosciuta");

g. "per quanto di ragione ed ove occorrente", di tutte le comunicazioni pubblicate a

Sistema inerenti la procedura in questione in uno ai chiarimenti siccome pubblicati in relazione alla gara;

h. dell'eventuale contratto sottoscritto;

i. della graduatoria provvisoria e finale;

l. di ogni altro atto connesso presupposto o consequenziale "compresi gli atti interni non conosciuti in uno al silenzio o rifiuto ove avessero a formarsi sulla istanza di accesso rimessa da Servizi Ospedalieri Spa in data 21.01.2022";

e, quindi, per la declaratoria della nullità e/o inefficacia del contratto ove sottoscritto con la controinteressata e del diritto/interesse della ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto ed al subentro nel contratto e/o al risarcimento del danno per equivalente;

e per la condanna dell'Amministrazione a tutte le correlate obbligazioni;

- per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 17.3.2022:

a. della nota del RUP prot. n. PG/2022/0014368 del 18.2.2022, trasmessa via PEC in data 21.2.2022, con cui l'Amministrazione, in risposta all'istanza di accesso agli atti della ricorrente, ha denegato l'accesso alla documentazione siccome richiesta;

b. di ogni altro atto presupposto, consequenziale o connesso "non conosciuto e/o non conoscibile" con cui si è determinato il diniego dell'accesso agli atti; in uno, ove occorra, al silenzio serbato sulla ulteriore istanza trasmessa via PEC dalla ricorrente in data 22.2.2022;

e per l'accertamento e la declaratoria del diritto della ricorrente ad accedere a tutti i documenti amministrativi, atti ed offerta della controinteressata siccome specificati nell'istanza di accesso agli atti, trasmessa all'amministrazione mediante PEC in data 21.1.2022, sollecitata in data 28.1.2022 con reitera;

e per la conseguente condanna della Stazione Appaltante a tutte le correlate obbligazioni;

- per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 20.4.2022:

a. della determinazione dirigenziale n. 7655 del 23.12.2021 dell'ATS Sardegna,

avente ad oggetto *“Procedura aperta per l'affidamento della gestione del servizio di sterilizzazione e fornitura a noleggio di strumentario chirurgico per ATS Sardegna. Aggiudicazione e nomina DEC”*, con cui l'ATS ha approvato tutti gli atti e le operazioni di gara relativi alla *“Procedura aperta per l'affidamento della gestione del servizio di sterilizzazione e fornitura a noleggio di strumentario chirurgico per ATS Sardegna”*, come risultanti da tutti i verbali richiamati e, quindi, disposto l'aggiudicazione della procedura di gara, per la durata contrattuale di 96 mesi, a favore del RTI Sterilis Sardegna S.r.l. capogruppo per l'importo complessivo di € 37.262.160,00 iva esclusa, con previsione, alla scadenza, di opzione di estensione, alle medesime condizioni, per una durata pari a 12 mesi, per un importo complessivo massimo di ulteriori €4.657.770,00 iva esclusa;

b. *“per quanto di ragione”*, delle operazioni e degli afferenti verbali delle sedute di gara (anche in forma riservata) sia del seggio di gara (26.2.2021 e 16.3.2021), nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione della controinteressata, tra l'altro, per mancanza dei requisiti di partecipazione e per nullità/simulazione del contratto di avvalimento in uno alla determinazione dirigenziale n. 1581 del 18/3/2021 di ammissione delle ditte alle fasi successive; sia della commissione giudicatrice (specificati in ricorso), in cui la commissione avrebbe proceduto all'esame delle offerte tecniche dei concorrenti in gara, nella parte in cui, senza alcuna motivazione, ha sopravvalutato irragionevolmente la offerta della controinteressata, peraltro asseritamente incompleta, e sottovalutato quella della ricorrente; nonché dei verbali e degli atti con cui è stata ritenuta non anomala la offerta della controinteressata;

c. *“per quanto di ragione”*, del bando, del disciplinare e del capitolato speciale, parte generale e parte speciale, con allegati, e degli afferenti chiarimenti, nelle parti in cui (meglio specificate in ricorso) hanno disciplinato le modalità ed i criteri di partecipazione (anche in RTI e a mezzo di avvalimento), specificato il contenuto della offerta amministrativa e della offerta tecnica, fissato i criteri e la griglia di valutazione, le modalità ed i criteri di aggiudicazione nonché determinato il

contenuto prestazionale dell'appalto, ove interpretabili nel senso di legittimare l'operato della S.A.;

d. in sintesi di tutti gli atti di gara adottati dal seggio di gara e dalla commissione di gara e consequenziali, ivi inclusi l'aggiudicazione alla controinteressata e gli atti di affidamento del servizio; di qualsivoglia atto e/o provvedimento, "ancorché sconosciuto alla ricorrente", con il quale si intende e/o si è inteso procedere al definitivo affidamento all'odierna controinteressata dell'appalto in questione, compresi gli atti ("non conosciuti") afferenti il procedimento di verifica dei requisiti;

e. "per quanto di ragione e ove possa occorrere", della determinazione dirigenziale n. 3419 dell'8/7/2020, con la quale si è provveduto all'indizione della procedura di gara in oggetto ed all'approvazione degli atti della *lex* di gara;

f. "per quanto di ragione e ove possa occorrere ed ove lesiva", della determinazione dirigenziale n. 3639 del 24/6/2021 di nomina della commissione;

g. "per quanto di ragione ed ove occorrente", di tutte le comunicazioni pubblicate a Sistema inerenti la procedura in questione in uno ai chiarimenti siccome pubblicati in relazione alla gara e, in particolare, il chiarimento del 29.12.2020, sulla asserita distinzione tra prestazione principale e secondaria, ed il chiarimento del 12.2.2021, sul requisito di fatturato specifico, in quanto illegittimamente modificativi e integrativi delle previsioni della *lex* di gara;

h. delle determinazioni inerenti le istanze di accesso agli atti, compresa la nota rimessa in data 17.3.2022, in quanto di riscontro parziale nonché di sostanziale e immotivato rifiuto alla ostensione, peraltro, della offerta tecnica integrale dell'aggiudicataria;

i. del contratto sottoscritto;

l. della graduatoria provvisoria e finale;

m. di ogni altro atto connesso presupposto o consequenziale, compresi gli atti interni non conosciuti;

-- per la declaratoria della nullità e/o inefficacia del contratto ove sottoscritto con la controinteressata e del diritto/interesse della ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto ed al subentro nel contratto e/o al risarcimento del danno per equivalente;

-- e per la condanna dell'Amministrazione a tutte le correlate obbligazioni;

-- nonché per l'annullamento degli atti di cui al ricorso introduttivo e ai primi motivi aggiunti;

- per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 5.10.2022, per l'annullamento:

a. della determinazione dirigenziale n. 7655 del 23.12.2021 dell'ATS Sardegna, avente ad oggetto "*Procedura aperta per l'affidamento della gestione del servizio di sterilizzazione e fornitura a noleggio di strumentario chirurgico per ATS Sardegna. Aggiudicazione e nomina DEC*", con cui l'ATS ha approvato tutti gli atti e le operazioni di gara relativi alla "*Procedura aperta per l'affidamento della gestione del servizio di sterilizzazione e fornitura a noleggio di strumentario chirurgico per ATS Sardegna*", come risultanti da tutti i verbali richiamati e, quindi, disposto l'aggiudicazione della procedura di gara, per la durata contrattuale di 96 mesi, a favore del RTI Sterilis Sardegna S.r.l. capogruppo per l'importo complessivo di € 37.262.160,00 iva esclusa, con previsione, alla scadenza, di opzione di estensione, alle medesime condizioni, per una durata pari a 12 mesi, per un importo complessivo massimo di ulteriori €4.657.770,00 iva esclusa;

b. "per quanto di ragione", delle operazioni e degli afferenti verbali delle sedute di gara (anche in forma riservata) sia del seggio di gara (26.2.2021 e 16.3.2021), nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione della controinteressata per mancanza, tra l'altro, dei requisiti di partecipazione e per nullità/simulazione del contratto di avvalimento in uno alla determinazione dirigenziale n. 1581 del 18/3/2021 di ammissione delle ditte alle fasi successive; sia della commissione giudicatrice (specificati in ricorso), in cui la commissione avrebbe proceduto all'esame delle offerte tecniche dei concorrenti in gara, nella parte in cui, senza peraltro alcuna motivazione, ha sopravvalutato irragionevolmente, a dire della ricorrente, la offerta

- della controinteressata e sottovalutato quella della ricorrente; nonché dei verbali e degli atti con cui è stata ritenuta non anomala la offerta della controinteressata;
- c. “per quanto di ragione”, del bando, del disciplinare e del capitolato speciale, parte generale e parte speciale, con allegati, compreso l’allegato C, e degli afferenti chiarimenti, siccome meglio specificati in ricorso, nella parte in cui hanno disciplinato le modalità e i criteri di partecipazione (anche in RTI ed a mezzo avvalimento), specificato il contenuto della offerta amministrativa e della offerta tecnica; fissato i criteri e la griglia di valutazione, le modalità ed i criteri di aggiudicazione nonché determinato il contenuto prestazionale dell’appalto, ove interpretabili nel senso di legittimare l’operato della S.A.;
- d. in sintesi di tutti gli atti di gara adottati dal seggio di gara e dalla commissione di gara, e quelli consequenziali, ivi inclusi l’aggiudicazione alla controinteressata e gli atti di affidamento del servizio; di qualsivoglia atto e/o provvedimento, “ancorché sconosciuto alla ricorrente”, con il quale si intende e/o si è inteso procedere al definitivo affidamento all’odierna controinteressata dell’appalto in questione, compresi gli atti (“non conosciuti”) afferenti il procedimento di verifica dei requisiti;
- e. “per quanto di ragione e ove possa occorrere”, della determinazione dirigenziale n. 3419 dell’8/7/2020, con la quale si è provveduto all’indizione della procedura di gara in oggetto ed all’approvazione degli atti della *lex* di gara;
- f. “per quanto di ragione e ove possa occorrere ed ove lesiva”, della determinazione dirigenziale n. 3639 del 24/6/2021, di nomina della commissione;
- g. “per quanto di ragione ed ove occorrente”, di tutte le comunicazioni pubblicate a Sistema inerenti la procedura che ci occupa, in uno ai chiarimenti siccome pubblicati in relazione alla gara ed in particolare: il chiarimento del 29.12.2020, sulla asserita distinzione tra prestazione principale e secondaria; il chiarimento del 12.2.2021, sul requisito di fatturato specifico, in quanto, a dire della ricorrente, illegittimamente modificativi e integrativi delle previsioni della *lex* di gara; i

chiarimenti (peraltro) del 24/11/2020, del 16/12/2020, del 7.1.2021, del 28/1/2021 e del 12.2.2021, meglio specificati in ricorso, ove interpretabili in senso difforme da quello fatto valere in ricorso;

h. “per quanto di ragione”, delle determinazioni inerenti l’accesso agli atti già impugnati con i precedenti ricorsi, qui da intendersi per riprodotte e trascritte;

i. della nota Ares prot. n. 53387, rimessa in data 26.7.2022, con cui Ares ha riscontrato parzialmente l’ordinanza del TAR n. 527/2022, rimettendo solo parte (contrariamente a quanto nella stessa dedotto) della offerta tecnica del RTI Sterilis;

l. della nota Ares prot. n. 53387, rimessa in data 26.7.2022, nella parte in cui si configura quale sostanziale ed immotivato rifiuto alla ostensione dell’elenco del personale utilizzato sulla commessa, compreso quello messo a disposizione da Servizi Italia con il contratto di avvalimento, nonché come elusiva/violativa delle regole di legge e di gara e confessoria della mancanza di detto elenco anche in relazione all’avvalimento prestato;

m. “ove possa occorrere ed ove lesivi”, dei documenti prodotti da Ares in data 3.8.2022, in particolare del doc. 3 denominato “calendario sopralluoghi tecnici”, privo di qualsiasi efficacia probatoria e asseritamente confermativo, peraltro, della elusione/violazione delle regole di legge e di gara;

n. della graduatoria provvisoria e finale;

o. del contratto;

p. di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale compresi gli atti interni non conosciuti;

-- per la declaratoria della nullità e/o inefficacia del contratto ove sottoscritto con la controinteressata e del diritto/interesse della ricorrente all’aggiudicazione dell’appalto ed al subentro nel contratto e/o al risarcimento del danno per equivalente;

-- ovvero per l’annullamento della intera procedura di gara;

-- e per la condanna

dell’Amministrazione a tutte le correlate obbligazioni;

-- e per l'annullamento

degli atti di cui al ricorso introduttivo del 31.01.2022, dei primi e secondi motivi aggiunti del 17.3.2022 e del 20.4.2022, qui da intendersi per riprodotti e trascritti.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ARES - Azienda Regionale della Salute, dell'Azienda Socio Sanitaria Locale n. 5 di Oristano e di Sterilis Sardegna S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 febbraio 2023 il dott. Oscar Marongiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'ATS Sardegna ha indetto una "*procedura aperta per l'affidamento della gestione del servizio di sterilizzazione e fornitura a noleggio di strumentario chirurgico per ATS Sardegna*", con aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (70/30). Alla gara hanno partecipato solo due operatori, la società Servizi Ospedalieri S.p.A. (di seguito anche solo Servizi Ospedalieri) e il RTI costituito tra Sterilis Sardegna S.r.l. (capogruppo mandataria, di seguito, anche soltanto RTI Sterilis) e Servizi Italia S.p.A. (mandante); il RTI Sterilis è risultato aggiudicatario con 100 punti (70 per l'offerta tecnica e 30 per quella economica), mentre Servizi Ospedalieri ha ottenuto 81,14 punti (54,07 per l'offerta tecnica e 27,07 per quella economica); l'offerta aggiudicataria è stata poi sottoposta, con esito favorevole, alla valutazione di anomalia.

1.1. Con il ricorso introduttivo Servizi Ospedalieri ha impugnato la determina dirigenziale n. 7655 del 23.12.2021, con cui l'Azienda per la tutela della Salute - ATS Sardegna (ora Azienda regionale della Salute - ARES) - dopo avere approvato tutti gli atti di gara - ha disposto l'aggiudicazione della procedura, per la durata

contrattuale di 96 mesi, a favore del controinteressato RTI Sterilis per l'importo complessivo di €37.262.160,00 iva esclusa, con previsione, alla scadenza dei 96 mesi di durata contrattuale, della facoltà di esercitare l'opzione di estensione, alle medesime condizioni, per una durata pari a 12 mesi, per un importo complessivo massimo di €4.657.770,00 iva esclusa.

1.2. Il ricorso è stato affidato ai seguenti motivi:

1) violazione dei principi di trasparenza, pubblicità nonché di buona fede nell'azione amministrativa (artt. 21, 24 e 97 Cost.; art. 1 della l. n. 241/1990); violazione del giusto procedimento (art. 7 della l. n. 241/1990); violazione della *lex* di gara in tema di pubblicità e comunicazioni; violazione e falsa applicazione dei principi siccome enucleati da A.P. del Consiglio di Stato n. 12/2020; violazione e falsa applicazione degli artt. 29, 72 e 76 del d.lgs. n. 50/2016;

2) violazione e falsa applicazione degli artt. 80, 89 e 68 del d.lgs. n. 50/2016; violazione della *lex* di gara; assenza dei requisiti speciali di partecipazione (artt. 7.2, 7.3 e 8 del disciplinare di gara) in capo al RTI controinteressato; incompletezza non sanabile della offerta amministrativa della controinteressata; eccesso di potere per illogicità manifesta e irragionevolezza; carenza di istruttoria e di motivazione della commissione giudicatrice; sindacato del G.A. in ordine alla discrezionalità tecnica della stazione appaltante nella valutazione delle offerte tecniche; violazione dei principi di imparzialità e di trasparenza dell'azione amministrativa;

3) violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 e della *lex* di gara; eccesso di potere; sviamento per difetto di istruttoria; illogicità manifesta; irragionevolezza; insostenibilità della offerta economica dell'aggiudicataria; violazione dei principi di imparzialità e di trasparenza dell'azione amministrativa.

La ricorrente assume (con quello che tecnicamente non può nemmeno considerarsi il primo motivo, nonostante la numerazione utilizzata, trattandosi di fatto di una premessa con cui non viene in realtà censurato alcun atto) che l'ATS, non comunicandole la determina di aggiudicazione (di cui asserisce di avere avuto conoscenza solo consultando direttamente l'Albo pretorio della Azienda Sanitaria),

in uno agli atti da essa richiamati ed ai quali rinvia *per relationem*, abbia violato i precetti sopra indicati.

Deduce, quindi, che per la formulazione dei profili di censura connessi alla valutazione della offerta amministrativa, tecnica ed economica del RTI aggiudicatario (compendiati nel secondo e nel terzo motivo), è indispensabile la conoscenza della offerta integrale del RTI aggiudicatario (amministrativa, tecnica ed economica, siccome giustificata), per la quale è stata formulata istanza di accesso rimasta priva di riscontro.

La ricorrente formula, inoltre, istanza istruttoria volta ad ottenere l'esibizione di tutti gli atti di gara e della offerta integrale della controinteressata.

1.3. Si è costituita la controinteressata Sterilis Sardegna S.r.l. (di seguito anche solo Sterilis), la quale ha eccepito l'inammissibilità del ricorso (per omessa specificazione dei motivi), oltre a chiederne la reiezione nel merito, opponendosi anche all'istanza istruttoria (in quanto, a suo dire, volta ad accelerare surrettiziamente il termine di 30 giorni di cui dispone l'Amministrazione per riscontrare l'istanza di accesso, presentata solo qualche giorno prima della notifica del ricorso).

1.4. Si è costituita l'ARES per resistere al gravame e all'istanza istruttoria.

1.5. Alla camera di consiglio del giorno 16 febbraio 2022 il Collegio ha rinviato al merito la trattazione della causa con l'accordo delle parti.

1.6. Con ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato la nota indicata in epigrafe, con cui l'Amministrazione ha negato l'accesso alla documentazione richiesta (che avrebbe dovuto includere, come visto: l'offerta prodotta in gara dal RTI aggiudicatario; la delibera di nomina della commissione con i *curricula*; i verbali integrali del seggio di gara e della commissione giudicatrice, contenenti anche le motivazioni della ammissione e della valutazione, ove esistenti; gli atti afferenti la procedura di verifica della anomalia della offerta), chiedendo altresì l'accertamento del suo diritto ad accedere a tutti i documenti oggetto dell'istanza.

La ricorrente lamenta che l'Amministrazione, affermando di rifiutare l'accesso in ragione della volontà contraria dell'aggiudicataria (motivata con riferimento a segreti tecnici e commerciali), avrebbe mantenuto una condotta sostanzialmente reticente e ostantiva.

Con un unico motivo, quindi, deduce le seguenti censure:

- violazione dei principi di trasparenza, pubblicità nonché di buona fede nell'azione amministrativa (artt. 21, 24 e 97 Cost.; artt. 1, 22, 23, 24, 25 della l. n. 241/1990; violazione del giusto procedimento *ex art. 7* della l. n. 241/1990; violazione della *lex* di gara in tema di pubblicità e comunicazioni; violazione e falsa applicazione dei principi siccome enucleati da A.P. del Consiglio di Stato n. 12/2020; violazione e falsa applicazione degli artt. 29, 53, 72 e 76 del d.lgs. n. 50/2016; difetto di motivazione; eccesso di potere per difetto di istruttoria; sviamento; abnormità.

1.7. L'ARES, con memoria di resistenza ai motivi aggiunti, ha evidenziato di avere nelle more consentito alla ricorrente l'accesso alla documentazione integrale di gara presentata dalla controinteressata, al netto delle parti oscurate dell'offerta tecnica in quanto contenenti informazioni costituenti segreti tecnici e commerciali, specificando di avervi acconsentito – seppure parzialmente - disattendendo comunque il diniego totale opposto da Sterilis.

1.8. Anche la controinteressata si è opposta ai motivi aggiunti con memoria, eccependone l'inammissibilità e comunque insistendo per l'infondatezza dell'istanza *ex art. 116 c.p.a.*

1.9. Alla camera di consiglio del giorno 6 aprile 2022 il legale della ricorrente ha chiesto l'abbinamento al merito dell'accesso, espressamente rinunciando alla istanza cautelare. Il Collegio, preso atto della richiesta di parte ricorrente, ha riunito l'accesso al merito e rinviato la trattazione alla pubblica udienza dell'8 giugno 2022.

1.10. Nelle more del giudizio è stato stipulato il contratto tra la stazione appaltante e il RTI aggiudicatario.

1.11. Con un secondo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha poi impugnato gli

atti indicati in epigrafe, censurando in particolare sia l'ammissione del RTI aggiudicatario sia la valutazione dell'offerta tecnica da parte della commissione nonché la valutazione di congruità dell'offerta economica, *“uniche censure elaborabili allo stato”*, a suo dire, *“sulla base di quanto l'Amministrazione ha inteso rilasciare in sede di accesso in data 17.03.2022 (offerta tecnica oscurata; delibera nomina commissione e curricula; offerta economica e atti della valutazione di congruità) ed in data 23.03.2022 (offerta amministrativa dell'RTI Sterilis)”*, instando contestualmente per l'acquisizione in giudizio dell'offerta tecnica integrale dell'aggiudicatario e di tutti gli atti della procedura di verifica dei requisiti.

Lamenta la ricorrente che il RTI Sterilis/Servizi Italia avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per le seguenti ragioni:

- (i) inammissibilità della forma prescelta di RTI misto/verticale per omessa specificazione, nella *lex* di gara, della distinzione tra prestazione principale e secondaria e per commistione inammissibile tra le attività dell'una e dell'altra; illegittimità del chiarimento del RUP del 29.12.2020, che ha scisso il servizio unitario ed essenziale di sterilizzazione e noleggio di strumentario in due categorie, dando alla prima la rilevanza di prestazione principale ed alla seconda di secondaria;
- (ii) mancanza totale dei requisiti di partecipazione in capo alla mandataria Sterilis S.r.l., anche per nullità e/o inefficacia e/o simulazione del contratto di avvalimento stipulato con la mandante Servizi Italia S.p.A.;
- (iii) difetto assoluto di motivazione nella valutazione della offerta tecnica della controinteressata, anche in considerazione del fatto che la stessa non attua i contenuti dell'avvalimento prestato;
- (iv) difetto assoluto di motivazione nella valutazione della offerta economica (asseritamente non giustificata), considerato anche che, da un lato, tale valutazione è stata compiuta dal RUP il quale, per sua stessa ammissione, non sarebbe

competente e, d'altro lato, la offerta economica sarebbe *ictu oculi* incongrua per omessa valorizzazione (tra l'altro) dei costi per il personale, i mezzi e gli impianti prestatati da Servizi Italia, nonché per omessa giustificazione effettiva di detti costi, compreso quello del personale, di cui neppure è allegata la tabella ministeriale di riferimento.

Più nel dettaglio, la ricorrente articola le seguenti censure.

1) Violazione e falsa applicazione di legge (d.P.R. n. 445/2000; artt. 80, 83 e 48 del d.lgs n. 50/2016; Direttiva 2014/24/UE); violazione e falsa applicazione della *lex specialis*; violazione della *par condicio*; eccesso di potere; sviamento; difetto di istruttoria; illogicità; falso presupposto; inammissibilità della forma di RTI scelto dalla controinteressata; illegittimità dell'afferente chiarimento.

Premette la ricorrente che in base alla *lex* di gara (art. 2 del Capitolato speciale) l'appalto ha ad oggetto la “*Gestione del Servizio di Sterilizzazione (ovunque espletato) e la fornitura a noleggio di strumentario chirurgico sterilizzabile per l'ATS Sardegna*”.

Aggiunge la ricorrente che, in base all'art. 2 del Capitolato, l'appaltatore dovrà garantire le seguenti prestazioni:

A) gestione diretta del servizio completo di sterilizzazione dello strumentario chirurgico riutilizzabile, dei dispositivi medico – chirurgici riutilizzabili e degli altri prodotti da sterilizzare necessari per lo svolgimento delle attività sanitarie nei diversi centri di utilizzo;

B) acquisto e successiva fornitura a noleggio *full risk* di tutto lo strumentario chirurgico in funzione del volume di attività chirurgica dell'ATS Sardegna.

Con riferimento al punto A il Capitolato individua le seguenti prestazioni (da evidenziare nella relazione tecnica):

1) valutazione funzionale e produttiva dei locali per la sterilizzazione di pertinenza dell'ATS Sardegna, ai fini della realizzazione di centrali di sub sterilizzazione e magazzino (la relazione tecnica deve contenere sul punto un progetto tecnico dettagliato);

2) valutazione funzionale e produttiva delle apparecchiature e attrezzature per la sterilizzazione di proprietà dell'ATS Sardegna. Proposta di assistenza e manutenzione *full risk*;

3) presa in carico (gestione e manutenzione *full risk*), a seguito delle opportune integrazioni tecnico – funzionali, che dovranno essere descritte in maniera dettagliata nella proposta progettuale, della sub centrale di sterilizzazione presente all'interno del blocco operatorio dell'ospedale "San Francesco" di Nuoro.

Con riferimento al punto B il Capitolato individua le seguenti prestazioni:

1) l'appaltatore dovrà prendere in carico, a titolo definitivo, lo strumentario chirurgico di proprietà di ATS Sardegna che sia in condizioni di idoneità all'uso;

2) la fornitura in noleggio di strumentario chirurgico in sostituzione e/o integrazione di quello esistente, per tutta la durata contrattuale, in misura e foggia tali da assicurare l'esatta composizione dei *kit* per il corretto funzionamento dell'attività operatoria di sala e ambulatoriale;

3) ricondizionamento e manutenzione *full risk* di tutto lo strumentario chirurgico per tutta la durata del contratto. Sul punto il Capitolato individua in €1.500.000,00 il valore presunto dello strumentario chirurgico di proprietà dell'Ente (30% del valore commerciale).

Orbene, secondo la ricorrente il RTI aggiudicatario avrebbe dato luogo ad una commistione (inammissibile) delle prestazioni dell'unitario servizio richiesto, essendo a suo dire emerso, dall'esame dell'offerta amministrativa, che si tratterebbe di un raggruppamento definito "misto", in cui mandataria e mandante si sarebbero suddivise le attività "di modo che quello che fa l'una non fa l'altra".

Esponde, in particolare, la ricorrente che:

- Sterilis dichiara di partecipare quale mandataria del RTI costituito svolgendo le seguenti attività (cui è attribuito il valore del 70%): gestione diretta del servizio completo di sterilizzazione dello strumentario chirurgico riutilizzabile, dei dispositivi medico-chirurgici riutilizzabili e degli altri prodotti da sterilizzare,

comprese le attività in emergenza; manutenzione ordinaria e straordinaria *full risk* dello strumentario chirurgico; presa in carico (gestione e manutenzione *full risk*) delle sub centrali di sterilizzazione e di quella presente all'interno del blocco operatorio dell'Ospedale "San Francesco" di Nuoro; logistica da e verso lo stabilimento di sterilizzazione e i centri di utilizzo; sistema informatizzato per la gestione e tracciabilità del servizio; gestione delle centrali di sub sterilizzazione e magazzino; acquisto delle attrezzature, compresa assistenza e manutenzione *full risk*; addestramento del personale; ogni altra attività accessoria e funzionale necessaria all'esecuzione del servizio; ogni altra attività non espressamente indicata tra le competenze di Servizi Italia;

- Servizi Italia S.p.A. dichiara di partecipare quale mandante del RTI costituito svolgendo le seguenti attività (cui è attribuito il valore del 30%): fornitura a noleggio dello strumentario chirurgico; fornitura materiali di consumo; sanificazione sub-centrali; valutazione funzionale e produttiva dei locali per la sterilizzazione di pertinenza dell'ATS Sardegna; progettazione e realizzazione delle integrazioni tecnico-funzionali dei locali di pertinenza dell'ATS e della sub-centrale presente nel blocco operatorio dell'Ospedale "San Francesco" di Nuoro (esclusa fornitura attrezzature).

La composizione del RTI aggiudicatario, a dire della ricorrente, sarebbe impropriamente definita di tipo misto, non essendo di fatto né di tipo verticale, né di tipo orizzontale: le imprese si sarebbero attribuite (confusionariamente) le componenti delle voci A e B dell'unitario servizio oggetto di appalto, senza neppure un'esatta specificazione delle quote di partecipazione nei singoli sub raggruppamenti.

Il RTI aggiudicatario sarebbe illegittimo perché: (i) così come costituito, sarebbe ambiguo ed inoltre il RTI di tipo misto/verticale non poteva essere costituito; (ii) la mandataria non sarebbe in possesso né della idoneità professionale né del requisito di qualificazione, poiché carente totalmente dell'esperienza nel settore della sterilizzazione e noleggio dello strumentario chirurgico; il contratto di avvalimento

anche “operativo” sottoscritto dalle parti, da un lato, confermerebbe tale circostanza e, dall’altro, non varrebbe ad attribuire la qualificazione e i requisiti mancanti, in quanto meramente “cartolare”; (iii) in sede progettuale neppure sarebbe stata rispettata la forma prescelta e le imprese si sarebbero presentate unitariamente con commistione di attività.

Quanto al profilo *sub* (i), deduce la ricorrente che nella *lex* di gara non è stata prevista la distinzione tra prestazione principale e prestazione secondaria; lo stesso disciplinare, inoltre, definisce come servizio essenziale tanto la sterilizzazione quanto la fornitura a noleggio dello strumentario chirurgico (cfr. art. 7.3), precisando anche che la esperienza che i concorrenti devono dimostrare ha ad oggetto l’espletamento del servizio unitario analogo di sterilizzazione e noleggio.

In quest’ottica, sarebbe illegittimo il chiarimento fornito dal RUP in data 29.12.2020 (secondo cui “*La prestazione principale è rappresentata dal servizio di sterilizzazione e di manutenzione full risk dello strumentario chirurgico; la prestazione secondaria è rappresentata dalla fornitura in noleggio dello strumentario chirurgico*”) e ciò sia perché integrerebbe la *lex* di gara, sia perché avrebbe arbitrariamente scisso una prestazione essenziale (considerata unitariamente sia, come detto, nella previsione del disciplinare concernente il requisito della esecuzione di servizi analoghi, sia nella voce del Capitolato concernente la fornitura a noleggio *full risk*).

Quanto al profilo *sub* (ii), la ricorrente muove dall’assunto secondo cui quel che assume rilevanza, ai fini della corretta costituzione del raggruppamento, è l’aspetto qualitativo del possesso in capo alla mandataria della qualificazione e dell’esecuzione maggioritaria delle lavorazioni di cui alla categoria prevalente.

Sulla base di ciò l’istante lamenta che nel caso in esame il RTI misto/verticale non poteva essere costituito nella forma prescelta e che la mandataria non era in possesso della qualificazione richiesta per il suo ruolo.

Quanto al profilo *sub* (iii), la ricorrente deduce che il RTI controinteressato si

sarebbe presentato come un RTI orizzontale dove tutti fanno tutto, con commistione di attività che impedisce anche una verifica in sede esecutiva sull'effettivo rispetto della forma di RTI prescelta e in violazione, anche, del diverso regime in tema di responsabilità delle imprese del RTI misto/verticale.

Secondo tale prospettazione, nell'Offerta tecnica dell'aggiudicataria l'organizzazione del servizio e tutte le attività correlate, compreso il noleggio dello strumentario (che a dire della ricorrente dovrebbe essere di esclusiva competenza di Servizi Italia in virtù dell'ATI verticale), sarebbero offerte e svolte da Sterilis e Servizi Italia insieme, senza specificare le attività di competenza dell'una o dell'altra (ad ulteriore dimostrazione della inammissibilità della forma di RTI prescelta).

La commistione di attività, soggiunge la ricorrente, sarebbe ancora più grave in quanto:

- nell'ambito delle responsabilità legate all'immissione in commercio di dispositivi medici secondo il Regolamento UE 2017/745 detta responsabilità può ricadere soltanto su un unico soggetto giuridico, ossia chi immette in commercio a proprio nome un DM, che nel caso specifico è Sterilis;
- dal momento che Sterilis ha ottenuto il certificato CE ai sensi della direttiva 93/42/CE solo nel marzo del 2020 e non dispone di pregressi servizi analoghi né di esperienza nel settore (al punto da ricorrere all'avvalimento, per giunta – in tesi – cartolare) sarebbe evidente la carenza del presupposto esperienziale necessario per partecipare ad una gara di questa portata e, soprattutto, per assumere il ruolo di mandataria di un RTI di tipo misto/verticale; ciò, del resto, troverebbe conferma nel fatto che Servizi Italia non si limita a fornire a Sterilis i requisiti di partecipazione ma, di fatto, eseguirebbe tutte le attività oggetto dell'appalto, comprese quelle non rientranti nella sua quota del 30% (di competenza di Sterilis).

2) Violazione e falsa applicazione di legge (d.P.R. n. 445/2000; artt. 80, comma 5, lett. *c-bis*, *f-bis*, 83, 88 e 89 del d.lgs. n. 50/2016; Direttiva 2014/24/UE); violazione e falsa applicazione della *lex specialis*; illegittimità dell'affidente

chiarimento; mancanza del requisito di partecipazione in capo a Sterilis Sardegna S.r.l.; incompletezza dell'offerta amministrativa; eccesso di potere; sviamento; difetto di istruttoria; illogicità; falso presupposto; nullità e/o inefficacia e/o simulazione dell'avvalimento da parte di Servizi Italia; violazione della *par condicio*.

Lamenta la ricorrente che:

- ai fini della assunzione della qualità di mandataria e della partecipazione alla gara Sterilis ha dovuto ricorrere all'avvalimento di tipo (anche) operativo dei requisiti di partecipazione da parte della mandante Servizi Italia;
- tuttavia, la dichiarazione di Sterilis sui fatturati globali dimostrerebbe che: i) la sua esperienza (come comproverebbero i bilanci e le relative note integrative) riguarderebbe la diversa attività di sterilizzazione del TTR (ossia del tessuto tecnico riutilizzabile) e non la sterilizzazione e il noleggio di strumentario chirurgico, per cui Sterilis non avrebbe neanche la idoneità professionale richiesta; ii) la mandataria non avrebbe il requisito in misura maggioritaria, come invece richiesto dalla *lex specialis*;
- mettendo a confronto il DGUE di Sterilis con quello di Servizi Italia emergerebbe che Sterilis, nel tipo di RTI costituito, non possiede il requisito in misura maggioritaria (in disparte la considerazione che la commistione di attività tra “principale e secondaria” renderebbe anche inintelligibile la quota di partecipazione dichiarata);
- la dichiarazione di Sterilis sul fatturato specifico (ai sensi dell'art. 7.2 del Disciplinare) non corrisponderebbe al vero e la mandataria non avrebbe il relativo requisito di partecipazione in quanto:
 - (i) la dichiarazione sarebbe in contraddizione con il DGUE;
 - (ii) il fatturato specifico di € 2.610.000,00 andava calcolato per ciascuna annualità del triennio, come previsto nel disciplinare (art. 7.2 “*fatturato specifico minimo annuo*”); a tale ultimo riguardo, sarebbe inammissibile ed illegittimo, perché

contrario alle previsioni della *lex* di gara, il chiarimento del 12.2.2021 con il quale il RUP ha risposto “si conferma” alla domanda “*L’art. 7.2 Requisiti di capacità economica e finanziaria del Disciplinare di gara (pag. 11) recita: “Fatturato specifico minimo annuo nel settore di attività [...] riferito al triennio (2017/18/19) [...], complessivamente non inferiore a 0,5 volte il valore posto a base d’asta annuale e quindi pari a € 2.610.000,00”. Posto che il fatturato globale di impresa richiesto nel triennio deve essere “non inferiore a 1 volta il valore posto a base d’asta annuale pari a € 5.220.000,00”, si chiede di confermare che l’importo di € 2.610.000,00 è riferito alla somma del fatturato specifico realizzato nel triennio”;*

(iii) Sterilis avrebbe acquisito la certificazione per la messa in commercio di strumentario chirurgico (Certificato CE secondo la Direttiva 93/42/CEE e s.m.i.) solo nel marzo del 2020;

(iv) nella dichiarazione e attestazione sui fatturati l’ATS Sardegna attesta a favore di Sterilis un fatturato per un importo nel triennio di euro 591.000,00;

(v) la dichiarazione in questione sarebbe in contrasto sia con la dichiarazione sui fatturati, sia con i documenti sull’avvalimento con cui Servizi Italia presta entrambi i requisiti (fatturato specifico di euro 2.610.000,00 e capacità tecnico-professionale relativa alla esperienza con contratto di almeno 1.000,000 di euro); e ciò tenuto conto anche del fatto che Sterilis, nella dichiarazione sui fatturati, confonde e unisce inammissibilmente i fatturati a favore di due distinti committenti (Consorzio Colis e ATS Sardegna), sommando i quali perviene, a suo dire, a un fatturato complessivo superiore a euro 2.610.000,00, laddove invece il requisito richiesto dell’esperienza è costituito da un unico contratto (quindi con unico committente) con fatturato di almeno € 1.000.000,00, che la mandataria Sterilis non avrebbe.

La ricorrente lamenta ancora che:

- Sterilis, priva a suo dire dei requisiti richiesti dal Disciplinare, ha partecipato quale mandataria di un (inammissibile) RTI misto/verticale, in cui ha assunto la responsabilità della essenziale attività di sterilizzazione avvalendosi della solidità ed esperienza di Servizi Italia (che, infatti, ha sottoscritto un contratto di

avvalimento ben articolato in cui mette a disposizione mezzi, personale ed il suo stesso impianto di Castellina di Soragna affinché Sterilis abbia la capacità richiesta dalla *lex* di gara);

- l'avvalimento in questione, tuttavia, seppure argutamente costruito, sarebbe meramente cartolare e simulato, quindi nullo ed inefficace, e ciò sia perché non può essere attributivo di idoneità professionale, sia perché non vi sarebbe traccia del costo del personale e dei costi afferenti l'avvalimento, né nella offerta tecnica né in quella economica, sia perché Servizi Italia continuerebbe ad espletare, con il medesimo personale, impianti e mezzi indicati in contratto, un altro appalto presso l'ASST Sette laghi Varese; il contratto sarebbe inoltre nullo anche per mancanza di specificazione del corrispettivo;

- nella Relazione tecnica del RTI aggiudicatario, inoltre, il contratto di avvalimento non troverebbe riscontro e non ci sarebbe traccia del personale fornito da Servizi Italia;

- peraltro, nella offerta economica il RTI neppure fa riferimento al personale e ai costi della messa a disposizione del contratto di avvalimento e ciò proverebbe, da un lato, che l'avvalimento non è effettivo e, dall'altro, che la stessa offerta economica non solo non sarebbe sostenibile ma non sarebbe stata neppure correttamente giustificata;

- per di più, Servizi Italia è aggiudicataria anche della nuova gara indetta dall'ASST Sette Laghi Varese, per il cui espletamento, a dire della ricorrente, utilizzerebbe il personale messo a disposizione di Sterilis in uno a tutta la organizzazione anch'essa vincolata alla commessa dell'ATS Sardegna.

3) Violazione di legge in relazione all'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 ed alle Linee guida Anac n. 2; violazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990; violazione dei principi di parità di trattamento e di obbligo di trasparenza; eccesso di potere per difetto di istruttoria; sviamento; difetto assoluto di motivazione nella valutazione delle offerte tecniche.

La ricorrente lamenta che la griglia di valutazione dell'offerta tecnica prevista dalla *lex specialis (in parte qua impugnata)* non fisserebbe un *range* tra minimo e massimo cui ancorare le preferenze; la *lex* di gara eleverebbe a criteri di valutazione *sic et simpliciter* gli argomenti della relazione tecnica (individuati nel Capitolato) senza imporre alcun (sia pur minimo) obbligo motivazionale.

Dai verbali della commissione non si evincerebbe in alcun modo l'iter logico seguito dalla stessa nel valutare le offerte, ad esito del quale la controinteressata è stata tanto premiata rispetto alla ricorrente, sebbene quest'ultima sia leader nel settore.

Per tale ragione, peraltro, la ricorrente ribadisce la necessità di poter esaminare integralmente la offerta tecnica della controinteressata, al fine di dare attuazione piena al suo diritto di difesa.

In ogni caso, la ricorrente deduce che la commissione avrebbe valutato positivamente la offerta dell'aggiudicataria senza verificare in alcun modo se la messa a disposizione delle risorse di Servizi Italia con il contratto di avvalimento fosse stata effettiva e senza riscontrare la denunciata lacuna.

Al riguardo, osserva la ricorrente che laddove il RTI si è occupato di spiegare le modalità di espletamento del servizio, e di indicare le figure messe a disposizione della commessa, tutto il personale, i mezzi e gli impianti offerti da Servizi Italia non sarebbero stati minimamente indicati.

In altri termini, a fronte della evidente incompletezza e inaffidabilità della offerta tecnica del RTI Sterilis l'istruttoria svolta dalla stazione appaltante sarebbe insufficiente.

4) Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 e della *lex* di gara (art. 22 del disciplinare); eccesso di potere; sviamento; incompetenza; difetto di istruttoria; illogicità manifesta; irragionevolezza; insostenibilità della offerta economica dell'aggiudicataria; violazione dei principi di imparzialità e di trasparenza dell'azione amministrativa.

Deduce la ricorrente che:

- anche la offerta economica del RTI Sterilis/Servizi Italia non menzionerebbe il costo del personale messo a disposizione da Servizi Italia né i costi dell'avvalimento in generale;
- ciononostante, e malgrado l'importante sconto di prezzo applicato, il RUP (che, peraltro, si dichiarava incompetente, tanto da richiedere la nomina di un seggio di gara per la valutazione della offerta amministrativa) ha reputato congrua la offerta senza alcun approfondimento;
- la richiesta di giustificazioni del RUP sarebbe generica e le giustificazioni fornite dal RTI si sostanzierebbero in mere tabelle di quantificazione delle voci di costo, costruite in termini percentuali di previsione di costo piuttosto che in termini di corrispondenza a quanto effettivamente offerto; anche per il personale sarebbe stata prodotta una mera tabella - in cui non si fa alcun cenno al parametro contrattuale e alle ore contrattuali di ciascun lavoratore - alla quale non è neppure allegata la tabella ministeriale di riferimento.

La ricorrente, inoltre, insiste nella richiesta di accesso *ex art. 116 c.p.a.* per ottenere l'acquisizione della offerta tecnica integrale del RTI aggiudicatario e della documentazione relativa al procedimento di verifica dei requisiti.

Servizi Ospedalieri, poi, formula anche istanza di risarcimento del danno, in forma specifica (con aggiudicazione in suo favore e subentro nel contratto) o per equivalente.

1.12. Sia ARES sia Sterilis hanno depositato memorie, insistendo per la reiezione del gravame.

1.13. Alla camera di consiglio del giorno 4 maggio 2022 il Collegio, con l'accordo delle parti, ha rinviato al merito la trattazione della causa.

1.14. In vista dell'udienza di discussione le parti, con memorie e repliche, hanno ulteriormente argomentato a sostegno delle rispettive posizioni.

La ricorrente, nell'occasione, ha ampliato l'istanza di accesso, chiedendo l'ostensione (oltre che dei documenti già richiesti) anche dell'elenco del personale,

con indicazione di nominativi, qualifiche e parametro contrattuale utilizzato dal RTI Sterilis sulla commessa, in quanto:

- la mandante ed ausiliaria Servizi Italia ha dichiarato nell'avvalimento di mettere a disposizione a favore di Sterilis e dell'ATS Sardegna, per la esecuzione dell'appalto, il personale (in uno a tutta la sua organizzazione e quota impianti) afferente la analoga commessa su ASST Sette Laghi Varese, di cui Servizi Italia è attuale aggiudicataria in continuità almeno dal 2017 ad oggi;
- dall'esame dell'elenco del personale potrà emergere la effettiva messa a disposizione dell'oggetto dell'avvalimento;
- dall'esame del documento a confronto con la offerta tecnica integrale si potrà controllare se nell'offerta tecnica vi sia realmente la messa a disposizione del personale e della quota parte di impianto oggetto di avvalimento per tutto il tempo della commessa;
- dall'esame del documento a confronto con la offerta tecnica e con la offerta economica si potrà controllare la voce di costo afferente.

1.15. Alla pubblica udienza del giorno 8 giugno 2022 il Collegio, con ordinanza n. 527/2022, ha accolto l'istanza di accesso *ex art.* 116 c.p.a., ordinando all'Amministrazione di esibire integralmente l'offerta tecnica della controinteressata e la documentazione afferente la verifica dei requisiti di partecipazione, ed ha inoltre disposto incumbenti istruttori a carico dell'Amministrazione, al fine di acquisire anche l'elenco del personale impiegato dal RTI Sterilis Sardegna S.r.l. per la commessa di cui è causa, con l'indicazione dei nominativi, delle qualifiche e del parametro contrattuale utilizzato.

1.16. ARES ha adempiuto parzialmente con deposito documentale in data 3 agosto 2022. Con memoria depositata in pari data, inoltre, l'Amministrazione ha comunicato di non avere nella propria disponibilità l'elenco del personale richiesto (non ancora consegnato dal RTI presumibilmente in ragione delle previsioni capitolari e contrattuali), specificando che:

- l'art. 10, comma 3, del Capitolato speciale d'appalto, nell'ambito delle previsioni

che regolano la fase propriamente esecutiva del servizio affidato, dispone che l'elenco nominativo del personale con qualifica contrattuale, mansione ed estremi dei documenti assicurativi e di lavoro sia fornito alla stazione appaltante dall'aggiudicataria *“preliminarmente all'avvio del servizio”*;

- l'art. 2 del contratto d'appalto, sottoscritto il 4.4.2022, dispone a sua volta che *“l'attivazione del servizio a regime [...] dovrà essere realizzata entro 4 mesi a partire dalla presentazione del progetto definitivo [...]”*, documento che, a sua volta, non è stato ancora predisposto dal RTI.

1.17. Alla pubblica udienza del giorno 14 settembre 2022 il Collegio, su richiesta della parte ricorrente, ha rinviato la discussione della causa per consentire la proposizione di motivi aggiunti.

1.18. Si è costituita in giudizio l'Azienda socio sanitaria locale n. 5 di Oristano, la quale ha eccepito la propria estraneità alla procedura di gara, alla gestione della stessa e alla proclamazione del vincitore, chiedendo dunque che venga dichiarato il proprio difetto di legittimazione passiva e disposta la propria estromissione dal giudizio.

1.19. Con un terzo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente, oltre a confermare le censure di cui al secondo ricorso per motivi aggiunti, deduce i seguenti motivi:

(i) illegittimità ed inefficacia dell'aggiudicazione per omessa verifica dei requisiti speciali economico-finanziari e tecnico-professionali in capo al RTI aggiudicatario; mancanza totale dei requisiti di partecipazione in capo alla mandataria Sterilis; nullità e/o inefficacia e/o simulazione del contratto di avvalimento;

(ii) mancanza totale dei requisiti di partecipazione in capo alla mandataria Sterilis S.r.l. anche per nullità e/o inefficacia e/o simulazione del contratto di avvalimento con Servizi Italia S.p.A., siccome confermata, a dire della ricorrente, dalla nota di ARES del 26.7.2022, contraria a sua volta alle previsioni della *lex* di gara e della offerta di Sterilis;

(iii) illogicità e irragionevolezza dei giudizi e dei punteggi attribuiti dalla

commissione giudicatrice che, di contro, ove improntati a ragionevolezza e *par condicio*, avrebbero dovuto determinare l'aggiudicazione a favore della ricorrente; illegittimità della valutazione della commissione per violazione dell'obbligo di motivazione e di verbalizzazione delle operazioni compiute, siccome desumibili dai principi eurounitari e nazionali che eterointegrano la *lex* di gara;

(iv) difetto assoluto di motivazione nella valutazione della offerta economica (in tesi non giustificata);

(v) illogicità e irragionevolezza dei giudizi e dei punteggi attribuiti dalla commissione anche per illegittimità della stessa impostazione della *lex* di gara.

Preliminarmente Servizi Ospedalieri S.p.A. reitera le censure dedotte con il secondo ricorso per motivi aggiunti, assumendo che le stesse risulterebbero confermate dai contenuti degli atti rilasciati dall'Amministrazione, che comproverebbero: a) la mancata verifica dei requisiti speciali anche con riferimento all'avvalimento; b) la (confessata) mancanza dell'elenco del personale (peraltro specializzato) di Servizi Italia a favore di Sterilis, che a sua volta confermerebbe la mancata messa a disposizione in concreto del requisito prestato con l'avvalimento; c) la redazione del progetto tecnico in termini generici, inidonei a fare emergere in che modo Sterilis, con i mezzi di Servizi Italia, possa eseguire le prestazioni della commessa (a fronte di una sua partecipazione nella misura del 70% in un RTI sostanzialmente verticale).

Più nello specifico, poi, i motivi aggiunti sono affidati alle seguenti censure.

1) Violazione e falsa applicazione di legge (d.P.R. n. 445/ 2000; artt. 80, 83, 85 e 86, 32, 48 e 89 del d.lgs. n. 50/2016; Direttiva 2014/24/UE); violazione e falsa applicazione della *lex specialis*; violazione della *par condicio*; eccesso di potere; sviamento; difetto di istruttoria; illogicità; falso presupposto; illegittimità e inefficacia dell'aggiudicazione per omessa verifica dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali in capo al RTI aggiudicatario; insussistenza dei requisiti in capo a Sterilis; nullità e/o inefficacia e/o simulazione del contratto di avvalimento.

Dai documenti rilasciati dall'Amministrazione emergerebbe che ARES ha verificato solo i requisiti di moralità, senza alcuna verifica sul possesso dei requisiti speciali dichiarati in gara dalle imprese in RTI, e ciò in violazione della normativa suindicata e delle stesse disposizioni del disciplinare.

Secondo tale prospettazione, ARES avrebbe proceduto alla sottoscrizione del contratto e all'avvio della commessa senza la preventiva verifica dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali (tra cui rientra l'avvalimento e i mezzi messi in concreto a disposizione da Servizi Italia). Assume la ricorrente, ancora, che già in tale fase della gara ARES avrebbe dovuto pretendere l'elenco del personale messo a disposizione da Servizi Italia a Sterilis, trattandosi – a dire dell'istante – di requisito di partecipazione (e non di esecuzione). Ciò non sarebbe avvenuto perché Servizi Italia non avrebbe messo effettivamente a disposizione di Sterilis i mezzi e il personale indicati in avvalimento.

2) Violazione e falsa applicazione di legge (d.P.R. n. 445/2000; artt. 80, comma 5, lett. *c-bis* ed *f-bis*, 83, 88 e 89 del d.lgs. n. 50/2016; Direttiva 2014/24/UE); violazione e falsa applicazione della *lex specialis*; illegittimità dell'afferente chiarimento; mancanza del requisito di partecipazione in capo a Sterilis Sardegna S.r.l.; incompletezza dell'offerta amministrativa; eccesso di potere; sviamento; difetto di istruttoria; illogicità; falso presupposto; insussistenza dei requisiti in capo a Sterilis; nullità e/o inefficacia e/o simulazione dell'avvalimento; violazione della *par condicio*.

Dagli atti prodotti in giudizio e dalla nota di ARES del 26.7.2022 (nella quale l'Amministrazione comunica di non avere la disponibilità dell'elenco del personale richiesto dalla ricorrente) risulterebbe confermata la doglianza in ordine al carattere simulato e cartolare dell'avvalimento cui ha fatto ricorso il RTI aggiudicatario.

Il contenuto della nota in questione (secondo cui “*Solo a presentazione del progetto definitivo decorreranno i termini per l'avvio del servizio e per la presentazione dell'elenco del personale impiegato nell'appalto*”) contrasterebbe con il fatto che –

come dichiarato dalla stessa Sterilis – il contratto, già sottoscritto, è in corso di esecuzione.

Inoltre, a dire della ricorrente, ARES avrebbe già dovuto avere l'elenco del personale (anche specializzato) messo a disposizione da parte di Servizi Italia in sede di avvalimento ed afferente al contratto di sterilizzazione su ASST Varese, in quanto la messa a disposizione *de qua* prescinderebbe tanto dal progetto esecutivo, quanto dalla stessa sottoscrizione del contratto, configurandosi come requisito di partecipazione e di qualificazione e non di esecuzione.

Peraltro, non sarebbe pertinente il richiamo, nella nota suindicata, all'art. 2 del contratto stipulato tra ARES e Sterilis (secondo cui "*In considerazione della complessità dell'appalto, l'attivazione del servizio a regime, compresi i tempi per l'installazione di apparecchiature e arredi, dovrà essere realizzata entro 4 mesi a partire dalla presentazione del progetto definitivo*"), in quanto: 1) esso ha riguardo all'aspetto della realizzazione dei lavori, aspetto diverso dall'assunzione del personale della commessa; 2) il termine è abbondantemente decorso; 3) la previsione contrattuale sarebbe contraria alla *lex* di gara e agli impegni assunti in offerta dal RTI, che ha espressamente dichiarato di procedere all'assunzione del personale a partire dal 30° giorno dalla sottoscrizione del contratto (e nel termine massimo di 60).

La stazione appaltante, quindi, avrebbe dovuto essere in possesso dell'elenco non solo del personale di cui all'avvalimento ma anche del personale "assunto".

Ribadisce la ricorrente, poi, che il personale specializzato di Servizi Italia (siccome messo a disposizione in sede di avvalimento), ancor prima di avviare il servizio e le attività di *start up*, avrebbe dovuto essere messo in concreto a disposizione di Sterilis e della stazione appaltante, assumendo lo stesso il rilievo di requisito di partecipazione e qualificazione prima ancora che di esecuzione. La mancata messa a disposizione del personale, in altri termini, comproverebbe la natura simulata dell'avvalimento.

3) Violazione di legge in relazione all'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 e delle Linee

Guida Anac n. 2; violazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990; violazione della Direttiva 2014/24/UE; violazione dei principi di parità di trattamento, trasparenza, economicità, efficienza, imparzialità, proporzionalità; violazione dell'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016; difetto sostanziale di motivazione nella valutazione delle offerte tecniche; eccesso di potere per sviamento; difettosa, insufficiente e sviata istruttoria; perplessità; irragionevolezza e illogicità; violazione dell'obbligo di motivazione e di verbalizzazione.

La ricorrente afferma di essere risultata seconda in graduatoria, con un punteggio qualità, per l'offerta tecnica, di 51,60 (riparametrato 54,07), contro il punteggio di 66,80 (riparametrato 70) di Sterilis, con un discrimine a suo avviso del tutto ingiustificato.

Il giudizio della commissione risiederebbe nella asettica tabella di punteggi da cui dovrebbe desumersi l'iter logico che ha condotto la commissione a premiare il RTI Sterilis.

La commissione, nella sostanza, avrebbe violato l'obbligo di verbalizzazione e motivazione.

In particolare, il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione, nel caso in esame, non costituirebbe una motivazione sufficiente, in quanto l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, non è analitico e articolato, quindi non consentirebbe di delimitare adeguatamente il giudizio della commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo.

La griglia di valutazione non sarebbe autosufficiente, essendo suddivisa in 4 macrocriteri con previsione del solo punteggio massimo, ognuno dei quali è suddiviso a sua volta in subcriteri con previsione del solo punteggio massimo, senza la fissazione di un *range* tra minimo e massimo né di criteri motivazionali cui ancorare le preferenze.

A comprova della illogicità e irragionevolezza del giudizio della commissione, alla

luce dell'esame dell'offerta della controinteressata, la ricorrente lamenta, ancora, che:

- il RTI Sterilis avrebbe violato la regola in ordine alle modalità di redazione della offerta tecnica, riportando lo stesso argomento in più capitoli relativi a criteri diversi, così da essere "premiato" più volte dalla commissione, e ciò in violazione della *par condicio*;

- i capitoli della proposta progettuale di Sterilis non solo non rispetterebbero l'ordine previsto dal disciplinare, ma riporterebbero anche contenuti differenti rispetto alle indicazioni del Capitolato speciale d'appalto e alle planimetrie allegate alla *lex* di gara;

- sarebbero illogici, e violativi della *par condicio*, i giudizi espressi dalla commissione con riguardo a vari subcriteri di valutazione, in relazione ai quali: i) la commissione avrebbe premiato illogicamente Sterilis; ii) la commissione avrebbe apprezzato una proposta di Sterilis basata sulla previsione di utilizzo di locali non messi a disposizione dalla stazione appaltante e su allegazioni contraddittorie e generiche circa i tempi di realizzazione (il che sarebbe confermato dalle lungaggini confessate dalla stessa ARES in sede di *start up*); iii) la diversa valutazione delle offerte già solo sui criteri oggetto di contestazione, alcuni dei quali tabellari, nei termini indicati dalla ricorrente, tenuto conto delle regole di gara, avrebbe comportato un ribaltamento della graduatoria.

4) Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 e della *lex* di gara (art. 22 del disciplinare); eccesso di potere; sviamento; incompetenza; difetto di istruttoria; illogicità manifesta; irragionevolezza; insostenibilità della offerta economica dell'aggiudicataria; violazione dei principi di imparzialità e di trasparenza dell'azione amministrativa.

La ricorrente reitera, anche alla luce della offerta tecnica di Sterilis e della surrichiamata nota di ARES del 26.7.2022, la censura di illegittimità della procedura di verifica dell'anomalia della offerta economica.

Aggiunge la ricorrente che nelle giustificazioni del RTI controinteressato, anche per

il personale, così come per le altre voci di costo, apparirebbe una mera tabella, in cui nessun riferimento è fatto al parametro contrattuale e alle ore contrattuali di ciascun lavoratore, alla quale non è nemmeno allegata la tabella ministeriale di riferimento.

Il RUP non avrebbe fatto alcun approfondimento sulla voce (variabile) del personale, tanto più in assenza di un dato univoco nella offerta tecnica e tanto più che il dato del personale di Servizi Italia (oggetto di avvalimento) non è indicato né in offerta tecnica né in quella economica (da nessuna parte evincendosi le qualifiche, i parametri contrattuali, il costo orario ed il CCNL di riferimento).

Non sarebbe stata nemmeno approfondita la voce investimenti, laddove invece il RUP, a dire della ricorrente, tenuto anche conto della complessità dell'appalto, avrebbe quantomeno dovuto richiedere, nel dettaglio della voce investimenti, un computo metrico dei lavori programmati e i preventivi delle attrezzature e delle forniture previste, oltre ad un computo metrico estimativo (considerato che detti allegati non si rinvengono nella offerta tecnica di Sterilis).

5) Violazione di legge (artt. 95 e 30 del d.lgs. n. 50/2016 e delle Linee Guida Anac n. 2; violazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990; violazione della Direttiva 2014/24/UE); violazione dei principi di parità di trattamento, trasparenza, economicità, efficienza, imparzialità, proporzionalità, ragionevolezza, libera concorrenza, *par condicio*, *favor participationis*, buon andamento della P.A., giusto procedimento; eccesso di potere per sviamento, difetto, insufficiente e sviata istruttoria; perplessità; illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà manifeste; illegittimità della impostazione della *lex* di gara; carenza di motivazione; genericità dei criteri di valutazione.

La ricorrente contesta la stessa impostazione della *lex* di gara nella misura in cui questa ha consentito e/o autorizzato la commissione a premiare immotivatamente Sterilis a suo sfavore.

La *lex* di gara, nel regolamentare i criteri di valutazione della qualità e le modalità

di aggiudicazione sarebbe di fatto generica: difetterebbe infatti di oggettivi criteri motivazionali riferibili ad elementi effettivi e di sub-pesi ponderali; il bando di gara nulla disporrebbe al riguardo; il disciplinare (all'art.

16) eleverebbe a contenuti della relazione tecnica argomenti che corrispondono esattamente ai contenuti del Capitolato speciale d'appalto (che la ricorrente afferma di avere rispettato sin dall'indice).

Il contenuto prestazionale di cui agli articoli del Capitolato che vengono in rilievo (sulla descrizione dei servizi e prodotti offerti) non sarebbe dettagliato ma generico. La genericità dei criteri di valutazione qualitativa delle offerte e l'omessa previsione di concreti coefficienti motivazionali impedirebbero, quindi e di fatto, di poter comprendere il giudizio della commissione. In altri termini, nella *lex* di gara i parametri di valutazione non dettaglierebbero gli elementi in presenza dei quali o in difetto dei quali il giudizio sarebbe variato: il loro contenuto sarebbe talmente vago da divenire generici e non autosufficienti.

Soggiunge la ricorrente che le modalità (illegittime) con cui la commissione ha valutato le proposte progettuali, se direttamente derivanti dall'impostazione complessiva della gara, comporterebbero che questa debba essere dichiarata illegittima, con caducazione della intera procedura selettiva.

Lamenta, infine, Servizi Ospedalieri che:

- solo dalla tabella allegata all'ultimo verbale si evincono i giudizi fondati su unico giudizio e punteggio finale;
- peraltro, poiché il punteggio assegnato è stato dato anche collegialmente, mancherebbe l'indicazione anonima dei giudizi espressi dai singoli commissari, che sono stati privati della loro autonomia e indipendenza (per cui si impugna la *lex* di gara anche sul punto).

La ricorrente chiede anche che venga disposta verifica o CTU tecnica, a conferma della irragionevolezza dei punteggi attribuiti, e prova testimoniale a conferma della circostanza della indisponibilità dei locali indicati da Sterilis nella sua proposta.

Insiste, infine, per la condanna al risarcimento del danno.

1.20. Con memorie ARES e Sterilis hanno insistito per la reiezione del ricorso e dei motivi aggiunti.

1.21. Alla camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2022 il Collegio ha dato atto della rinuncia all'istanza cautelare della ricorrente.

1.22. In vista dell'udienza di discussione le parti hanno ulteriormente argomentato a sostegno delle proprie difese.

1.23. La causa è stata discussa alla pubblica udienza del giorno 15 febbraio 2023 e, riconvocata la camera di consiglio del 22 marzo 2023, è andata in decisione.

2. In via preliminare, va disposta l'estromissione dal giudizio della A.S.L. n. 5 di Oristano, in quanto priva di legittimazione passiva, come da essa stessa eccepito, considerato che non ha preso parte in alcun modo alla procedura di cui è causa e all'adozione dei relativi atti.

3. Ancora in via preliminare, occorre dare atto della sopravvenuta carenza di interesse sul primo ricorso per motivi aggiunti, atteso che tutti i documenti di cui con quel ricorso si lamentava la mancata ostensione sono stati resi disponibili in corso di causa.

Il primo ricorso per motivi aggiunti va pertanto dichiarato improcedibile.

4. Per il resto, e venendo al merito, il ricorso introduttivo, il secondo e il terzo ricorso per motivi aggiunti sono infondati.

Al riguardo, il Collegio osserva quanto segue.

4.1. L'esame delle censure può essere articolata nel modo seguente:

A) censure avverso l'ammissione del RTI aggiudicatario, aventi ad oggetto la forma prescelta di RTI, il possesso dell'idoneità professionale e dei requisiti di partecipazione in capo alla mandataria, la verifica degli stessi e il contratto di avvalimento (parte del secondo motivo del ricorso introduttivo; primo e secondo motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti; primo e secondo motivo del terzo ricorso per motivi aggiunti);

B) censure avverso la valutazione dell'offerta tecnica da parte della commissione e i punteggi attribuiti (parte del secondo motivo del ricorso introduttivo; terzo motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti; terzo motivo del terzo ricorso per motivi aggiunti);

C) censure avverso la valutazione di congruità della offerta economica da parte del RUP (terzo motivo del ricorso introduttivo; quarto motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti; quarto motivo del terzo ricorso per motivi aggiunti);

D) censure avverso l'impostazione della *lex specialis* (quinto motivo del terzo ricorso per motivi aggiunti).

4.2. Principiando dal primo gruppo di censure *sub* A), occorre esaminare separatamente, da una parte, quelle relative alla forma di RTI prescelta dall'aggiudicataria e, dall'altra, quelle concernenti i requisiti di partecipazione in capo alla mandataria Sterilis e il contratto di avvalimento da essa stipulato con la mandante Servizi Italia.

4.2.1. Quanto alla forma di RTI con cui l'aggiudicataria ha scelto di partecipare alla gara, ritiene il Collegio, alla luce della complessiva documentazione di gara, che le imprese Sterilis (come mandataria) e Servizi Italia (come mandante) abbiano partecipato alla gara come RTI orizzontale, potendosi ritenere irrilevante la circostanza – frutto di una probabile svista – che nella domanda di partecipazione sia stata barrata la casella “mista”.

La giurisprudenza in materia ha chiarito che la distinzione tra ATI orizzontale e verticale poggia sul

contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione a una determinata gara: in linea generale, l'ATI orizzontale è caratterizzata dal fatto che le imprese associate (o associande) sono portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni costituenti oggetto dell'appalto (cfr. Cons. Stato, A.P. n. 22/2012; Cons. Stato, Sez. V, n. 5915/2021; id., Sez. III, 24.5.2017, n. 2452; id., 8.10.2018, n. 5765; id., 18.1.2018, n. 310; id., n. 2952/2016).

In altri termini, quanto alla natura del raggruppamento, esso va qualificato come orizzontale proprio in ragione di detta identità di competenze, non rilevando in senso contrario il riparto interno di attività ai sensi del comma quarto.

Conseguentemente, dal punto di vista strutturale, è sufficiente che ciascuna impresa del raggruppamento sia coinvolta nell'esecuzione di una o più delle parti di cui si compone il servizio; dal punto di vista funzionale, la mera scomposizione qualitativa interna del RTI è compatibile con l'istituto del RTI orizzontale e non vale ad identificare un RTI verticale, per il quale occorre, invece, una differente spendita del possesso dei requisiti di qualificazione (Cons. Stato, Sez. III, n. 5195/2021; id., Sez. III, 8 ottobre 2018, n. 5765; id., Sez. V, n. 7922/19).

Nella fattispecie, Sterilis ha dichiarato il possesso in quota maggioritaria di tutti i requisiti di capacità finanziaria e tecnica richiesti dalla *lex specialis* di gara, per l'esecuzione delle totalità delle prestazioni contrattuali dedotte in contratto. Ed anche Servizi Italia ha dichiarato il possesso, in quota adeguata per la partecipazione quale mandante, di tutti i requisiti di capacità finanziaria e tecnica richiesti dalla *lex specialis* di gara, per l'esecuzione delle totalità delle prestazioni contrattuali dedotte in contratto.

In particolare, Sterilis nel DGUE (par. B, pagg. 13-15: cfr. doc. 34 della ricorrente), ha attestato di possedere:

- i) la quota maggioritaria del requisito di fatturato globale richiesto al punto 7.2 del Disciplinare di gara (cfr. DGUE, par. 1.a, pagg. 13 e 14);
- ii) la quota maggioritaria del requisito di fatturato specifico richiesto al punto 7.2 del Disciplinare di gara, in questo caso (anche) mediante avvalimento (cfr. DGUE, par. 2.a, pagg. 13 e 14, pag. 4, *sub* lett. C);
- iii) il requisito di capacità tecnica richiesto al punto 7.3 del Disciplinare di gara (cfr. DGUE, par. c, pag. 15), mediante avvalimento.

Inoltre, nell'atto costitutivo (doc. 31 della ricorrente) il RTI aggiudicatario ha precisato che “*Le imprese assumono nei confronti della stazione appaltante la*

responsabilità solidale per l'esecuzione dei servizi di cui all'appalto, ai sensi della vigente normativa in materia", facendo dunque riferimento alla totalità delle prestazioni contrattuali.

Peraltro, il fatto che Sterilis e Servizi Italia abbiano inteso indicare, sin da subito, le prestazioni che sarebbero state di competenza di una o dell'altra è irrilevante, in quanto, come visto sopra, la mera scomposizione qualitativa interna del RTI è compatibile con l'istituto del RTI orizzontale e non vale ad identificare un RTI verticale, per il quale occorre, invece, una differente spendita del possesso dei requisiti di qualificazione, che tuttavia nella fattispecie non è rinvenibile.

Del resto, il Disciplinare di gara, al par.15.3, richiedeva che i raggruppamenti già costituiti rendessero *"dichiarazione in cui si indica, ai sensi dell'art. 48, comma 4, del Codice, le parti del servizio/fornitura, ovvero la percentuale in caso di servizio/forniture indivisibili, che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati"* (cfr. doc. 3 della ricorrente, pag. 29), sicché la ripartizione dichiarata dalle componenti del RTI, lungi dall'integrare i presupposti per la qualificazione del raggruppamento come "verticale", risulta invece coerente con tale richiesta contenuta nel Disciplinare.

Ciò posto, risulta poi priva di rilievo la portata del chiarimento del RUP del 29.12.2020, con cui la stazione appaltante ha precisato quale prestazione fosse da considerarsi "principale" e quale "secondaria", essendo comunque chiaro, per quanto dianzi esposto, che Sterilis e Servizi Italia hanno partecipato alla gara in RTI orizzontale.

Le censure, pertanto, vanno respinte.

4.2.2. Può dunque passarsi alle censure concernenti l'idoneità professionale, i requisiti di partecipazione in capo alla mandataria Sterilis e la validità del contratto di avvalimento da essa stipulato con la mandante Servizi Italia.

Al riguardo, è opportuno riportare di seguito il contenuto delle disposizioni della *lex specialis* concernenti i requisiti di idoneità, di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica e professionale.

Ed allora, ai sensi dell'art. 7.1 del Disciplinare di gara, rubricato *‘Requisiti di idoneità’*, è richiesta *“l’iscrizione nel registro tenuto dalla Camera di commercio industria, artigianato e agricoltura oppure nel registro delle commissioni provinciali per l’artigianato per attività coerenti con quelle oggetto della presente procedura di gara [...]”*.

Ai sensi dell'art. 7.2. del Disciplinare, rubricato *“Requisiti di capacità economica e finanziaria”*, sono richiesti:

- *“un fatturato globale d’impresa nel triennio (2017/18/19) o nel periodo di attività, se inferiore a 3 anni, al netto di IVA, complessivamente non inferiore a 1 volta il valore posto a base d’asta annuale pari a € 5.220.000,00”*;
- *“un fatturato specifico minimo annuo nel settore di attività oggetto della presente gara, riferito al triennio (2017/18/19) o nel periodo di attività, se inferiore a 3 anni, al netto di IVA, complessivamente non inferiore a 0,5 volte il valore posto a base d’asta annuale e quindi pari a € 2.610.000,00”*.

Ai sensi dell'art. 7.3 del Disciplinare, rubricato *“Requisiti di capacità tecnica e professionale”* è richiesta *“l’esecuzione di servizi analoghi a quello oggetto della gara effettuati negli ultimi tre anni (2017/18/19), maturati presso Strutture del Servizio Sanitario Nazionale e/o convenzionate con il medesimo, dai quali emerga l’esperienza maturata nel settore, di cui almeno uno di importo annuale non inferiore ad € 1.000.000,00 (IVA esclusa); per servizio analogo si intende un servizio che includa*

necessariamente entrambi i servizi: di sterilizzazione e di fornitura a noleggio di strumentario chirurgico”.

Con riferimento ai raggruppamenti, l'art. 7.4. del Disciplinare prevede che *‘il requisito relativo al fatturato globale di cui al precedente punto 7.2 deve essere soddisfatto dal raggruppamento temporaneo nel complesso; detto requisito deve essere posseduto in misura maggioritaria dall’impresa mandataria.*

Il requisito relativo al fatturato specifico minimo annuo di cui al precedente punto

7.2 deve essere soddisfatto dal raggruppamento temporaneo orizzontale nel complesso; detto requisito deve essere posseduto in misura maggioritaria dalla mandataria”.

4.2.2.1. Così tratteggiate le previsioni della *lex specialis*, occorre anzitutto rilevare che Sterilis, contrariamente a quanto dedotto da parte ricorrente, possiede il requisito di idoneità professionale richiesta giacché, come indicato nella parte IV, lett. A, del DGUE è iscritta alla CCIAA di Oristano dal 22.9.2010 con n. iscrizione 01143310959 per attività coerenti con quelle oggetto della procedura di gara. Infatti, come risulta dalla visura (doc. 44, all. A di Servizi Ospedalieri), nell’oggetto sociale di Sterilis rientra *“l’attività di sterilizzazione di ... dispositivi medici; strumenti chirurgici; l’attività di noleggio di ... dispositivi medici; strumenti chirurgici”*.

Sterilis, inoltre, ha depositato documentazione che dimostra il possesso della certificazione per la messa in commercio di strumentario chirurgico fin dal 2011 e non - come dedotto dalla ricorrente - dal marzo 2020 (v. i certificati relativi alle annualità precedenti, *sub* docc. 6-7 di Sterilis).

Con riferimento ai requisiti di capacità tecnica ed economica, Sterilis, in base a quanto riportato nel DGUE (parte IV, lett. B):

- risulta in possesso del requisito relativo al “fatturato globale” nel triennio 2017/2019, in quanto vanta un fatturato che in tale periodo è anche superiore al valore posto a base d’asta annuale (€5.220.000,00);
- risulta in possesso del “fatturato specifico”, poiché vanta un fatturato autonomo, maturato nello svolgimento del servizio di *“Noleggio, fornitura, lavaggio, sterilizzazione, confezionamento in set e manutenzione dello strumentario chirurgico”*, nel triennio rilevante, superiore a €2.610.000,00;

Peraltro, Sterilis risulta in possesso del requisito del “fatturato specifico” anche per essersi avvalsa (v. contratto di avvalimento, *sub* doc. 8 di Sterilis) del fatturato specifico di Servizi Italia sviluppato nel triennio 2017/2019 nello svolgimento del servizio di sterilizzazione e noleggio di strumentario chirurgico per l’ASST Sette

Laghi Varese, per un importo di € 5.329.471,06 nel 2017, di € 5.476.399,77 nel 2018 e di € 6.461.558,56 nel 2019, come riportato nel DGUE.

Con specifico riferimento al requisito del fatturato specifico in parola, poi, non coglie nel segno la doglianza con cui viene contestato il chiarimento del RUP del 12.02.2021, in quanto l'art. 7.2 del Disciplinare (la cui formulazione, a dire il vero, non è perspicua, ma proprio per tale ragione non può che essere intesa secondo il canone del *favor participationis*) richiede che il fatturato *de quo* “*riferito al triennio (2017/18/19)*” debba essere “*complessivamente*”, quindi per l'intero periodo di tre anni, “*non inferiore a 0,5 volte il valore posto a base d'asta annuale e quindi pari a € 2.610.000,00*”.

Anche Servizi Italia, d'altra parte, pur avendo prestato a Sterilis il fatturato maturato nello svolgimento del predetto servizio per l'ASST Sette Laghi Varese nel triennio 2017/2019, possiede comunque anch'essa autonomamente tale requisito, come si ricava dal DGUE (parte IV, lett. B).

Con riguardo alla capacità tecnico-professionale Sterilis risulta in possesso del requisito dei “servizi analoghi” mediante l'avvalimento del medesimo requisito posseduto da Servizi Italia.

La verifica dei requisiti ad opera della commissione trova riscontro nel verbale n. 2 del 16.3.2021 (doc. 6 della ricorrente), nel quale si attesta che “*La disamina della documentazione è stata completata con l'acquisizione della documentazione ai fini del controllo dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 80 del D. Lgs. 50/2016 e dei requisiti economico-finanziari e tecnico professionali richiesti nel Disciplinare di gara. Il controllo del contenuto della documentazione amministrativa presentata si conclude positivamente [...]*”.

Le censure, pertanto, vanno respinte.

4.2.2.2. Quanto alle doglianze mosse nei confronti del contratto di avvalimento stipulato tra Sterilis e Servizi Italia, occorre rilevare anzitutto che non ha alcun rilievo la contestata assenza di “tracce” del costo dell'avvalimento nell'offerta

tecnica e in quella economica, atteso che, come dedotto dalla controinteressata, la prima non deve contenere voci di costo, mentre la seconda non deve necessariamente contenere il dettaglio di ogni singola voce di costo.

Peraltro, nella fattispecie viene in rilievo un avvalimento infra-raggruppamento, dal quale può fisiologicamente discendere che i costi della mandataria vengano compensati con i ricavi della mandante.

Non può dirsi, in ogni caso, che l'avvalimento in questione non preveda un corrispettivo, in quanto, ai sensi dell'art. 6 del contratto, le attività rese dall'ausiliaria saranno remunerate secondo il criterio dell'integrale ripianamento dei costi aziendali sopportati e documentati e fermo, ad ogni buon conto, il compenso di €10.000,00 in cambio della garanzia economica prestata.

Sotto diverso profilo, come dedotto dalla controinteressata, la non perfetta coincidenza tra le terminologie impiegate nel contratto di avvalimento e nell'offerta dipende dal diverso lessico impiegato nell'uno e nell'altro documento: nel contratto di avvalimento, infatti, vengono utilizzate le qualifiche proprie dell'organizzazione interna di Servizi Italia (per es. *“Direttore di Area Centro-Sud”*; *“responsabile commerciale sud/isole”*), mentre la tabella riepilogativa riporta *“la corrispondenza tra le figure previste dal capitolato speciale d'appalto di ATS Sardegna, la norma UNI/TR 11408 e le mansioni previste nell'organizzazione aziendale della STERILIS Sardegna S.r.l per l'espletamento del servizio”* (v. pag. 85 dell'offerta tecnica del RTI Sterilis).

Le doglianze, poi, con cui si deduce che Servizi Italia avrebbe previsto di utilizzare lo stesso personale prestato con il contratto di avvalimento anche in un'altra commessa (ASST Sette Laghi) e che, in concreto, il personale messo a disposizione non verrà utilizzato, poiché tali figure non sarebbero state espressamente individuate in sede di offerta tecnica, attengono in realtà ad aspetti insuscettibili di rilevare *ex ante*, che potranno essere verificati soltanto nel corso della fase esecutiva del rapporto.

In corso d'esecuzione, infatti, ai sensi dell'art. 89, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016,

la stazione appaltante verifica l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa di parte ricorrente, l'elenco del personale da destinare al servizio, nei termini pretesi dall'istante, costituisce un requisito di esecuzione e non di partecipazione e potrà rilevare, eventualmente, in altra sede.

In altri termini, come efficacemente evidenziato dalla controinteressata, l'elenco nominativo del personale da impiegare concretamente nell'espletamento del servizio integra un documento di natura tipicamente contrattuale, che si pone a valle dell'aggiudicazione della gara, funzionale cioè a garantire il regolare, integrale e puntuale espletamento del servizio e che attiene, quindi, all'esatto adempimento delle obbligazioni discendenti dal contratto d'appalto.

Per contro, nell'ambito della procedura di gara, in sede di presentazione dell'offerta, non era richiesta alcuna precisazione in merito al monte ore o ai parametri contrattuali del personale da impiegare.

Le censure, pertanto, vanno respinte.

4.3. Può passarsi a questo punto all'esame del secondo gruppo di censure indicate *supra sub B*) al punto 4.1, dirette a contestare la valutazione dell'offerta tecnica da parte della commissione e i punteggi attribuiti alla stessa.

4.3.1. Al riguardo, occorre considerare che, per giurisprudenza consolidata, in sede di gara pubblica il punteggio numerico, assegnato ai singoli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più

vantaggiosa, è idoneo ad integrare una motivazione sufficiente, purché siano prefissati, con chiarezza e adeguato grado di dettaglio, i criteri di valutazione, prevedendo un punteggio minimo ed uno massimo (*ex multis*, Cons. Stato, n. 6618/2020; T.A.R. Lazio - Roma, n. 705/2021; T.A.R. Lombardia - Milano, n. 1414/2020; T.A.R. Piemonte, n. 343/2020).

Nella fattispecie, il Disciplinare attribuiva all'offerta tecnica un punteggio massimo di 70 punti, suddivisi in tre criteri, a loro volta suddivisi in ulteriori 21 sotto-criteri; questi ultimi possono ritenersi sufficientemente definiti, posto che per ciascuno di essi è individuato l'oggetto di valutazione. Il paragrafo 18.1 del Disciplinare, poi, fissava punteggio minimo e massimo attribuibile a ciascun sub-criterio, in tal modo delimitando adeguatamente lo *spatium agendi* della discrezionalità facente capo alla commissione.

Peraltro, il Disciplinare prevedeva uno specifico metodo di attribuzione del punteggio. L'art. 18.1, infatti, stabiliva, per l'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica, che la commissione avrebbe attribuito, per ciascuno degli elementi qualitativi (voci "A" e "B" dell'offerta), un coefficiente variabile tra 0 e 1, in base a diversi livelli di valutazione, secondo la seguente scala: ottimo = da 0,81 a 1; distinto = da 0,61 a 0,80; buono = da 0,41 a 0,60; discreto = da 0,21 a 0,40; sufficiente = da 0,01 a 0,20; insufficiente = 0.

Inoltre, dal *file* allegato al verbale del 19.11.2021, contenente la valutazione tecnica e la riparametrazione dei punteggi attribuiti ad ogni concorrente (docc. 8 e 8-bis della ricorrente), si evince il giudizio formulato dalla commissione, secondo la scala indicata nel Disciplinare, e la puntuale applicazione del punteggio per ciascuno dei sub-criteri previsti dal Disciplinare, di talché l'espressione del voto non può dirsi oscura e come tale non richiede ulteriore motivazione.

Le censure, pertanto, vanno respinte.

4.3.2. Sotto diverso profilo, non colgono nel segno le censure con cui si lamenta l'irragionevolezza e l'illogicità dei giudizi e dei punteggi attribuiti dalla commissione.

Per giurisprudenza consolidata, nell'ambito di una procedura di gara ad evidenza pubblica, la valutazione delle offerte tecniche rappresenta l'espressione di un'ampia discrezionalità tecnica della stazione appaltante, con conseguente insindacabilità nel merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla commissione, qualora non risultino inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza

manifesta (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, n. 48 del 7.1.2022).

Il sindacato sulla legittimità dei punteggi che la commissione in sede di gara attribuisce all'offerta tecnica, e delle sottostanti valutazioni, si arresta ad una soglia di manifesta illogicità, irrazionalità ed irragionevolezza (cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 395 del 21.1.2022).

Nella fattispecie la ricorrente non fornisce elementi concreti idonei a comprovare che la valutazione operata dalla commissione, i giudizi formulati e i punteggi attribuiti siano frutto di illogicità manifesta o travisamento. Al contrario, i numerosi profili di censura concernenti i vari subcriteri (ben 13) presi in considerazione dalla ricorrente si risolvono nella sostanza in un inammissibile tentativo di sostituire al giudizio della commissione quello dell'interessata.

Peraltro, non hanno pregio nemmeno le doglianze con cui viene contestata la violazione da parte dell'aggiudicataria delle regole sulle modalità di redazione della offerta tecnica e dei capitoli della proposta progettuale.

Risulta *ex actis*, infatti, che Sterilis ha presentato tutte le relazioni richieste dall'art. 16 del Disciplinare (v. doc. 44, all. A, della ricorrente) e che la sua offerta segue i criteri di valutazione indicati alle pagg. 32-34 del Disciplinare (il quale, peraltro, non imponeva ai partecipanti, a pena di esclusione, di seguire un determinato ordine nella formulazione dell'offerta).

Le censure, pertanto, vanno respinte.

4.4. È infondato anche il terzo gruppo di censure, indicate *supra*, sub lett. C al punto 4.1 e dirette contro la valutazione di congruità della offerta economica del RTI Sterilis da parte del RUP.

In primo luogo, quanto all'asserita incompetenza del RUP, è sufficiente osservare, da un lato, che il RUP è il soggetto deputato a svolgere la verifica di congruità dell'offerta (cfr. Linee Guida Anac n. 3/2017) e, dall'altro, che anche l'art. 22 del Disciplinare affida la competenza relativa alle operazioni di verifica di congruità dell'offerta al RUP, con facoltà di farsi affiancare o meno dalla commissione e di

chiedere o meno chiarimenti su parti specifiche dall'offerta.

In secondo luogo, con riguardo all'asserita incompletezza dell'analisi di congruità, occorre muovere dal consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui i giudizi espressi dalla stazione appaltante all'esito della verifica di anomalia dell'offerta sono espressione di un apprezzamento tecnico-discrezionale che in sede giurisdizionale può essere sindacato solo per manifesta erroneità/irragionevolezza, difetto di istruttoria e/o di motivazione, alla luce di un'analisi - non già parcellizzata sulle singole voci di costo, bensì - complessiva e unitaria, tanto che eventuali inesattezze o incompletezze possono rivelarsi concretamente irrilevanti laddove, nel suo complesso, la valutazione si riveli esente da profili di irragionevolezza o incompletezza capaci di mettere in discussione, sotto il profilo sostanziale, la sostenibilità dell'offerta vincitrice (cfr., *ex multis*, T.A.R. Sardegna, Sez. I, 21.12.2020, n. 725, confermata, anche sullo specifico punto, da Consiglio di Stato, Sez. V, 27 gennaio 2022, n. 591).

Ciò posto, nella fattispecie il RUP, una volta appurata la sussistenza dei presupposti di legge per dare avvio alla verifica di anomalia, ha correttamente chiesto all'aggiudicataria di dimostrare per esteso la congruità dell'offerta con riferimento a tutti i profili di cui all'art. 97, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016: a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per prestare i servizi; c) l'originalità dei servizi proposti dall'offerente.

La controinteressata ha dunque risposto con una relazione (doc. 29 della ricorrente), nella quale ha approfondito i vari aspetti sopra indicati al fine di dimostrare la congruità dell'offerta.

La relazione in questione è piuttosto articolata (consta di 13 pagine) e contiene dettagliate informazioni anche sul personale (in particolare a pag. 11), con espresso riferimento al CCNL applicato e con indicazione del numero di operatori (equivalenti) che verranno impiegati nella commessa, livello, qualifica, costo

annuale e costo totale.

Non può dunque dirsi che la valutazione operata dal RUP nell'ambito del giudizio di anomalia sia inficiata da manifesta erroneità/irragionevolezza, difetto di istruttoria e/o di motivazione.

Le censure, pertanto, vanno respinte.

4.5. Quanto alle censure indicate *supra sub* lett. D al punto 4.1, dedotte (con il quinto motivo del terzo ricorso per motivi aggiunti) avverso l'impostazione della *lex specialis* e finalizzate al travolgimento dell'intera gara, si tratta di doglianze tardive e quindi irricevibili, come eccepito dalla controinteressata, poiché la ricorrente era in grado di articolare tali censure quantomeno a far data dalla notifica dei secondi motivi aggiunti (avvenuta il 15.4.2022), senza che a tal fine risultasse necessario – tenuto conto del contenuto delle doglianze proposte – attendere l'ostensione dell'offerta tecnica del RTI Sterilis.

In ogni caso il motivo è anche infondato nel merito, per le ragioni già esposte *supra*, sub 4.3.1, cui si rinvia per brevità.

4.6. In definitiva, previa estromissione dal giudizio della A.S.L. n. 5 di Oristano, va dichiarato improcedibile il primo ricorso per motivi aggiunti e vanno respinti il ricorso introduttivo, il secondo e il terzo ricorso per motivi aggiunti, inclusa la domanda risarcitoria.

4.7. Il complessivo sviluppo della vicenda, anche in sede processuale, e la complessità delle questioni esaminate giustificano l'integrale compensazione delle spese del giudizio tra le parti costituite; nulla sulle spese per le parti non costituite.

P.Q.M.

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

- dispone l'estromissione dal giudizio della A.S.L. n. 5 di Oristano;
- dichiara improcedibile il primo ricorso per motivi aggiunti;

- respinge il ricorso introduttivo, il secondo e il terzo ricorso per motivi aggiunti.

Spese compensate tra le parti costituite.

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

Così deciso in Cagliari nelle camere di consiglio dei giorni 15 febbraio 2023 e 22 marzo 2023, con l'intervento dei magistrati:

Marco Buricelli, Presidente

Tito Aru, Consigliere

Oscar Marongiu, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Oscar Marongiu

IL PRESIDENTE
Marco Buricelli

IL SEGRETARIO