

# **Il rito super accelerato per la impugnazione delle ammissioni ed esclusioni dalla procedura di gara trova applicazione se all'atto della sua entrata in vigore era ancora pendente il termine di impugnazione**

*di Linda Giovanna Vacchiano, Claudio Maria Lamberti*

*Data di pubblicazione: 4-6-2020*

1. L'art. 120, comma 2 bis e 6 bis, del D.lgs. n. 104/2010 in materia di impugnazione diretta delle ammissioni ed esclusioni dalla procedura di gara è applicabile a tutte le fattispecie nelle quali, al momento della sua entrata in vigore, era ancora pendente il termine di impugnazione. Una volta spirato tale termine, il vizio relativo all'ammissione ed all'esclusione non può più esser fatto valere in quanto il decorso del tempo ha determinato un effetto preclusivo per il consolidarsi delle situazioni giuridiche soggettive.

## **Guida alla lettura**

### **1. Il rito super accelerato in materia di appalti pubblici. Genesi ed evoluzione.**

Con l'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti (D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50), alla luce delle novità introdotte con riferimento alle tempistiche delle procedure ad evidenza pubblica, all'art. 204 è stato inserito uno strumento di tutela per i partecipanti alla gara, i quali sono, dunque, in grado di far valere le proprie istanze in merito alle ammissioni ed esclusioni in via immediata, senza dover attendere necessariamente la conclusione della gara e, dunque, il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

La finalità di tale meccanismo, introdotto dalla normativa nazionale in recepimento ed adeguamento alla normativa comunitaria di cui alle direttive UE n. 23/24/25 del 2014, in attuazione dei principi di giusto processo e processo effettivo di cui agli artt. 6 e 13 CEDU, è ovviamente di carattere deflativo nonché finalizzato a garantire maggior tutela nei confronti delle posizioni giuridiche soggettive dei partecipanti che, in quanto posizioni "deboli" nel procedimento di scelta del contraente, per far valere i propri diritti, non devono più attendere l'esito della procedura, ma possono intervenire nel corso della stessa, scongiurando la possibilità di subire danni potenzialmente irreparabili provocati dall'aggiudicazione definitiva.

L'art. 120 del D.lgs. n. 104/2010, testualmente dispone al comma 2 bis che *"il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016 n. 11. L'omessa*

*impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dai successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività".* L'operatore economico che avesse intenzione di impugnare la propria esclusione ovvero l'altrui ammissione, disposta all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, dunque, lo deve fare mediante l'attivazione di tale procedura, pena la decadenza dal proprio diritto (ed è questo l'unico evidente limite imposto dalla legge allo strumento di tutela conferito al partecipante). Se è pur vero che nella fase di ammissione/esclusione non si sia ancora costituita una qualche utilità finale identificabile con l'aggiudicazione della gara, tuttavia, emergono differenti interessi propri di ciascun concorrente, distinti rispetto all'interesse generale alla correttezza e trasparenza della procedura di gara, che giustificano la necessità di uno strumento affinché vengano in tale fase direttamente tutelati, pena l'eventuale inutilità di far valere gli stessi nella fase conclusiva della procedura. La normativa *de quo* introduce, per tale motivo, una tutela che può qualificarsi come anticipatoria per questi interessi, che evitano sicure ed inutili regressioni procedimentali e processuali.

E' da sottolineare però sul punto che secondo l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale poi rivelatosi prevalente, la conseguenza immediata dell'attivazione di tale azione si tradurrebbe in un aggravamento, oltre che in una sovrapposizione, di procedure per la tutela delle posizioni giuridiche soggettive di ciascun partecipante che si rivelerebbe, peraltro, inefficace. In mancanza di un effetto sospensivo della procedura di gara a corredo della proposizione del ricorso avverso le ammissioni/esclusioni, infatti, se in corso di causa sopravviene il provvedimento di aggiudicazione, questo dovrà per forza trovare autonoma impugnazione (anche mediante lo strumento dei motivi aggiunti), pena la inutilità dell'azione promossa avverso l'esclusione/ammissione (v., *ex multis*, TAR Campania, sez. IV, 5852/2016 che, in relazione al rito super-accelerato parla di presunzione di lesione contrastante con la dimensione sostanzialistica dell'interesse legittimo; TAR Puglia, sez. III, 1262/2016).

Per tali motivazioni, dunque, il legislatore ha provveduto con il c.d. Decreto Sblocca Cantieri (D.L. n. 32/2019) a stralciare il c.d. rito super accelerato dall'ordinamento giuridico. Cessa, di conseguenza, l'onere per i concorrenti di ogni procedura di affidamento di impugnare entro il termine breve di trenta giorni le ammissioni e le esclusioni; si ritorna al precedente iter della impugnazione a conclusione della procedura di gara, con tutto quello che tale meccanismo comporta in termini di inefficienza difensiva ed inflazione della giustizia. La norma ha disposto, infatti, a partire dal 19 aprile 2019, l'abrogazione dei commi 2 bis e 6 bis dell'art. 120 del D.lgs. n. 104/2010 che, di fatto, impone ai partecipanti di dover attendere l'aggiudicazione per poter valutare l'utilità del contenzioso, anche in vista del punteggio ottenuto in gara, con tutto ciò che in termini di vantaggio/svantaggio ne conseguirà da questo nuovo ritorno al passato.

## **2. Ambito di applicazione e diritto intertemporale.**

A seguito dell'abrogazione del rito super-accelerato a partire dall'entrata in vigore del Decreto Sblocca Cantieri, come sopra meglio evidenziato, si pone ad oggi il problema del c.d. diritto

intertemporale e dell'ambito di applicazione della norma di cui all'art. 120, comma 2 bis e 6 bis, del c.p.a..

L'art. 1 comma 23, del D.L. n. 32/2019 prevede, in proposito, che *“le disposizioni di cui al comma 22 [di abrogazione del rito] si applicano ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”*. Il problema che si pone concerne il significato da attribuire alla espressione *“inizio del processo”*. Sussiste, in merito, un contrasto di orientamenti che discende peraltro anche dalla differente individuazione del momento in cui sorge la pendenza della lite nel giudizio amministrativo.

Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, l'inizio del processo è da ricollegarsi alla data di notifica del ricorso, e non già al deposito dello stesso. La notifica è l'atto mediante il quale si instaura il contraddittorio tra le parti e pende la lite. Il legislatore, mediante tale dizione ha voluto individuare come riferimento temporale, non già la pubblicazione del bando di gara o la spedizione dell'invito (come nel caso della individuazione dell'ultrattività del D.lgs. n. 163/2006 e del D.P.R. n. 207/2010 a fronte della vigenza del D.lgs. n. 50/2016), ma piuttosto l'inizio del processo che, nell'ottica di chi agisce in giudizio, è da identificarsi con la notifica del ricorso introduttivo (lo stesso meccanismo si riscontra con riferimento alla regola dello *stand still* processuale ex art. 32, comma 11, del D.lgs. n. 50/2016). A partire, dunque, dal 19 aprile 2019, tutti i ricorsi notificati dopo tale data non prevedono l'attivazione del rito super accelerato per impugnare i provvedimenti di ammissione ed esclusione (v., ex multis, TAR Calabria - Reggio Calabria, 13.05.2019 n. 324).<sup>14</sup>

Mentre secondo l'orientamento surrichiamato la notifica sarebbe sufficiente ai fini della instaurazione del contraddittorio e della litispendenza, secondo altra parte della dottrina e della giurisprudenza, invece, la sola notifica, non seguita da tempestivo deposito del ricorso, è inidonea a determinare la litispendenza. Nel processo amministrativo, infatti, i due momenti della notificazione e del deposito del ricorso hanno caratteristiche e finalità differenti: il primo rivela soltanto la volontà del ricorrente ad agire in giudizio ed è il preliminare atto dell'introduzione del processo; il secondo (ovvero il deposito) concretamente realizza la presa di contatto tra il ricorrente e l'organo giudicante che deve pronunciarsi sul processo, ed in quanto tale postula la partecipazione delle controparti al giudizio. La fase della notifica, dunque, è soltanto una fase prodromica all'instaurazione del processo ed alla pendenza della lite, che si configura soltanto all'atto del deposito del ricorso introduttivo.

Ed è proprio nel solco di tale orientamento che si inserisce la pronuncia del TAR Campania, Napoli n. 890/2020 in materia di ultrattività dell'art. 120 c.p.a.

La vicenda oggetto della pronuncia dei giudici campani riguarda una procedura di gara indetta dall'Azienda Sanitaria Locale Napoli 1 Centro per l'affidamento del servizio di pulizia e santificazione occorrente alla stessa Azienda ed all'Ospedale del Mare per la durata di sei anni, suddivisa in due lotti, il primo dei quali di valore pari ad € 150.228.731,95 e l'altro di € 78.892.104,92. All'esito della procedura di gara, entrambi i lotti venivano aggiudicati alla medesima società. La RTI partecipante e qualificatasi al terzo posto presentava ricorso contestando la mancata esclusione dell'aggiudicataria dalla gara per carenza dei requisiti di cui all'art. 80 e 83 del D.lgs. n. 50/2016. Nel costituirsi in giudizio l'aggiudicataria eccepiva,

tra l'altro, l'inammissibilità del ricorso in quanto il d.l. Sblocca Cantieri sarebbe entrato in vigore successivamente alla proposizione dell'azione, non rilevando nel caso di specie l'abrogazione del rito super accelerato che il ricorrente avrebbe dovuto attivare per far valere doglianze ormai da ritenersi tardive.

Il TAR, definitivamente pronunciandosi sulla censura sopra menzionata, ha dichiarato la fondatezza dell'eccezione di tardività della domanda giudiziale avverso l'ammissione dell'aggiudicataria, sollevata dal RTI e dall'Amministrazione resistente. Secondo i giudici amministrativi la norma di abrogazione del rito super accelerato (D.L. n. 32/2019, art. 1, comma 23) va interpretata, secondo ragionevolezza, in coerenza con i principi generali, ed in particolar modo in coerenza con il principio di inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi, posto a presidio della certezza del diritto ed a tutela della stabilità delle situazioni giuridiche soggettive. Secondo tale principio, gli effetti degli atti amministrativi si consolidano se gli atti non sono tempestivamente contestati nel termine di decadenza previsto per legge. Tale principio deve trovare, poi, un suo coordinamento con il principio di irretroattività dello *jus superveniens*, posto a tutela dell'affidamento dei consociati nella stabilità dei rapporti giuridici regolati dalla disciplina vigente al momento della loro costituzione. Alla stregua di tali principi, dunque, il TAR afferma che *“la norma sopravvenuta [relativa all'abrogazione del rito speciale] è applicabile alle fattispecie nelle quali, al momento della sua entrata in vigore, era ancora pendente il termine di impugnazione; viceversa, si determina un effetto preclusivo laddove sia ormai scaduto il termine di decadenza, cosicché il consolidarsi degli atti di ammissione non consente di recuperare il termine di impugnativa (ovvero far valere successivamente avverso l'aggiudicazione eventuali vizi degli atti di ammissione), iniziato a decorrere e definitivamente spirato sotto il vigore della norma processuale a quel momento vigente”*. Nel caso di specie, il ricorso è stato notificato in data 19 aprile 2019, allorché il termine dei trenta giorni decorrente dalla pubblicazione dell'ammissione ai sensi dell'art. 29, applicabile in virtù del principio del *tempus regit actum*, era ampiamente scaduto, ed in quanto tale è da ritenersi tardivo.

La interpretazione sposata dai giudici di prime cure trova conforto nella giurisprudenza eurounitaria che, mediante la pronuncia della Corte di Giustizia UE del 14 febbraio 2019 n. C54/18, ha chiarito che la normativa in materia di disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative concernenti l'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici debba essere interpretata nel senso che non osta ad una normativa nazionale che prevede l'attivazione di rimedi giurisdizionali avverso provvedimenti di ammissione od esclusione dalla partecipazione alla procedura di affidamento degli appalti pubblici i quali, legittimamente, vanno proposti, a pena di decadenza, entro un termine di trenta giorni a decorrere dalla loro comunicazione agli interessati, a condizione che i provvedimenti in tal modo comunicati siano accompagnati dalla estrinsecazione dei motivi pertinenti, tali da garantire che gli interessati vengano o possano venire a conoscenza dell'eventuale causa di illegittimità.

A partire dalla sotto riportata sentenza, dunque, ne deriva la nascita di un orientamento interpretativo che, ferma restando la presa d'atto dell'abrogazione della normativa del rito super speciale e fermo restando quanto disposto dalla disciplina transitoria, la quale impone la disapplicazione della norma a far data dalla sua entrata in vigore, privilegia la imprescindibilità

e la irretrattabilità del *principio del tempus regit actum*. Resta, dunque, sullo sfondo la questione circa la regolare formazione del contraddittorio e la pendenza della lite che tanto aveva interessato la giurisprudenza precedente, ponendosi invece l'attenzione sulla concreta possibilità per le parti di far valere il rimedio abrogato nelle more della procedura di gara e che, comunque, avrebbe dovuto essere attivato dai concorrenti che avessero voluto far valere le eccezioni prescritte dalla legge in merito ad ammissioni ed esclusioni. La procedura di gara, dunque, risulta soggetta, anche dal punto di vista processuale, alla disciplina vigente al momento della sua indizione, e ciò trova coerenza e conferma nella disciplina sostanziale di settore.

<sup>14</sup> Il TAR Calabria, in proposito, dispone che *"in virtù di un canone interpretativo ispirato a fondamentali esigenze di effettività della tutela giurisdizionale ma anche di ordine logico-sistematico, per processi "iniziati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto" debbano intendersi, nell'ottica di chi agisce in giudizio ovvero di chi lo ha "iniziato", quelli in cui il ricorso introduttivo venga notificato (e non depositato) dopo il 19 aprile 2019 in quanto: a) a prescindere dal momento in cui nel processo amministrativo si determina la litispendenza (notificazione del ricorso o il suo deposito), rilevano, ai limitati fini della norma transitoria e nell'ambito della disciplina speciale del rito appalti, gli effetti sostanziali e processuali scaturenti dalla notifica del ricorso introduttivo quali: - la definitività della scelta del rito, la cui disciplina è, al momento della notifica del ricorso, nota al ricorrente che non può trovarsi incolpevolmente esposto a irrimediabili conseguenze pregiudizievoli sull'immediatezza dell'accesso alla tutela giurisdizionale (id est, inammissibilità del ricorso, nel caso ad esempio, di impugnazione dell'altrui ammissione) solo per effetto dell'entrata in vigore (in forza di un decreto legge non ancora convertito) di nuove disposizioni processuali intervenute tra la notifica e il deposito dell'atto introduttivo e modificative del regime legittimamente osservato - in conformità al tradizionale canone del tempus regit actum - quando il processo ha avuto "inizio" con la vocatio in ius della parte intimata. In questo senso, si deve ammettere che la notifica del ricorso, in quanto atto iniziale perfezionatosi in epoca antecedente alla novella e regolato dalla norma in vigore al tempo del suo compimento, possa ultrattivamente propagare i suoi effetti oltre il termine della sua efficacia, condizionando il successivo sviluppo del processo. Diversamente intendendo la disposizione transitoria, e cioè associando all'atto della notifica effetti processuali ed extraprocessuali che esso non aveva in base alla legge del tempo in cui è stato posto in essere, si finirebbe per giustificare un'applicazione retroattiva della nuova normativa processuale a partire dalla data di notifica del ricorso che la lettera stessa della legge transitoria ("... processi iniziati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto") sembra così ragionevolmente escludere; - la fissazione ope legis dell'udienza in camera di consiglio per l'eventuale trattazione della domanda cautelare nei termini dimezzati ex art. 119 c.p.a. decorrenti dalla data di notifica del ricorso (art. 55, comma 5, c.p.a.); b) a corredo delle argomentazioni che precedono, non si può trascurare che, da un punto di vista generale, in materia di appalti pubblici il momento della notifica del ricorso introduttivo, più che quello del suo deposito, risponde espressamente ad irrinunciabili esigenze di certezza sostanziale e speditezza procedimentale. Si pensi, ad esempio, alla regola dello stand still "processuale": ai sensi dell'art. 32, comma 11, del D.lgs. n. 50/16 è dal momento della notifica del ricorso che scatta il divieto per la stazione appaltante di stipulare il contratto di*

*appalto in pendenza di un ricorso giurisdizionale proposto avverso l'aggiudicazione definitiva ("Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni") con inevitabili ripercussioni sulle posizioni sostanziali delle parti in conflitto" (TAR Calabria n. 324/2019).*

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1674 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da -OMISSIS-in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con le imprese Gruppo - OMISSIS-., rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Gentile, Luca Tozzi, Gianluca Mignacca ed Adriano Cavina, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luca Tozzi in Napoli, alla via Toledo n. 323, indirizzo digitale: avv.gentile@pec.it;

***contro***

ASL Napoli 1 Centro, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Ceceri ed Antonio Nardone, coi quali è elettivamente domiciliata in Napoli, alla via Riviera di Chiaia n. 207, indirizzi di posta elettronica certificata:

antonionardone@avvocatinapoli.legalmail.it giuseppe.ceceri@avvocatismcv.it;

***e nei confronti***

-OMISSIS-., in persona del Presidente e legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaele Ferola e Bianca Luisa Napolitano, presso lo studio dei quali è elettivamente domiciliata in Napoli, piazza della Repubblica n. 2, indirizzo digitale: raffaele.ferola@cnfpec.it; -OMISSIS-in persona del Presidente e legale rappresentante pro

tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Scalia, con domicilio digitale francescoscalia@legalmail.it;

-OMISSIS- -OMISSIS-, -OMISSIS- -OMISSIS--OMISSIS-, non costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 1718 del 2019, proposto da -OMISSIS-in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo -OMISSIS-, nonché dal Consorzio stesso, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio eletto in Napoli, al Viale Gramsci n. 16, presso lo studio del prof. avv. Orazio Abbamonte, indirizzo pec: avvocatolorenzolentini@pec.it;

***contro***

ASL Napoli 1 Centro, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Ceceri ed Antonio Nardone, coi quali è elettivamente domiciliata in Napoli, alla via Riviera di Chiaia n. 207, indirizzi di posta elettronica certificata:

antonionardone@avvocatinapoli.legalmail.it giuseppe.ceceri@avvocatismcv.it;

***e nei confronti***

-OMISSIS-., in persona del Presidente e legale rappresentante pro tempore,

rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaele Ferola e Bianca Luisa Napolitano, presso lo studio dei quali è elettivamente domiciliata in Napoli, piazza della Repubblica n. 2, indirizzo digitale: raffaele.ferola@cnfpec.it;

sul ricorso numero di registro generale 1719 del 2019, proposto da -OMISSIS-in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo -OMISSIS-, nonché dal Consorzio stesso, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio eletto in Napoli, al Viale Gramsci n. 16, presso lo studio del prof. avv. Orazio Abbamonte, indirizzo pec: avvocatolorenzolentini@pec.it;

***contro***

ASL Napoli 1 Centro, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Ceceri ed Antonio Nardone, coi quali è elettivamente domiciliata in Napoli, alla via Riviera di Chiaia n. 207, indirizzi di posta elettronica certificata:

antonionardone@avvocatinapoli.legalmail.it giuseppe.ceceri@avvocatismcv.it;

***e nei confronti***

-OMISSIS-., in persona del Presidente e legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaele Ferola e Bianca Luisa Napolitano, presso lo studio dei quali è elettivamente domiciliata in Napoli, piazza della Repubblica n. 2, indirizzo digitale:

raffaele.ferola@cnfpec.it;

sul ricorso numero di registro generale 2163 del 2019, proposto da -OMISSIS-in persona del Presidente e legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Scalia, con domicilio digitale francescoscalia@legalmail.it;

***contro***

ASL Napoli 1 Centro, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Ceceri ed Antonio Nardone, coi quali è elettivamente domiciliata in Napoli, alla via Riviera di Chiaia n. 207, indirizzi di posta elettronica certificata: antonionardone@avvocatinapoli.legalmail.it giuseppe.ceceri@avvocatismcv.it;

***e nei confronti***

-OMISSIS-., in persona del Presidente e legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaele Ferola e Bianca Luisa Napolitano, presso lo studio dei quali è elettivamente domiciliata in Napoli, piazza della Repubblica n. 2, indirizzo digitale raffaele.ferola@cnfpec.it; -OMISSIS-in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo -OMISSIS-, nonché dal Consorzio stesso, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio eletto in Napoli, al Viale Gramsci n. 16, presso lo studio del prof. avv. Orazio Abbamonte, indirizzo pec: avvocatolorenzolentini@pec.it;

***l) quanto al ricorso n. 1674 del 2019,***

A) per l'annullamento:

- del provvedimento, impugnato con l'atto introduttivo, che determina le ammissioni e le esclusioni ai sensi dell'art. 29 D. Lgs. n. 50/2016, relativo alla "Procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione occorrente alla ASL Napoli 1 Centro e all'Ospedale del Mare. Lotto 1 CIG 75654273DC - Lotto 2 CIG 7565449603", privo di protocollo e d'indicazione della data di adozione e di pubblicazione;
- di tutti i verbali di gara, con particolare riferimento a quelli relativi all'esame della documentazione amministrativa presentata dalla -OMISSIS-. e alla conseguente decisione di ammettere la stessa all'esame dell'offerta tecnica ed economica;
- per quanto occorrer possa, dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante in relazione al requisito di capacità economico-finanziaria afferente al c.d. fatturato specifico;
  
- dei seguenti ulteriori atti gravati con motivi aggiunti presentati il 15.5.2019: determina dirigenziale della U.O.C. Acquisizione Beni e Servizi dell'ASL NA 1 Centro n. 118 del 24.4.2019 con cui è stata disposta l'aggiudicazione di entrambi i lotti sopra indicati alla -OMISSIS-.; disposizioni di servizio n. 518 del 15.10.2018, recante atto di nomina della commissione giudicatrice, e n. 598 del 15.12.2018, recante riduzione del numero dei componenti dello stesso organo; bando di gara, disciplinare, capitolato tecnico e determina

d'indizione; tutti i verbali di gara, con particolare riferimento a quelli recanti le valutazioni delle offerte tecniche e l'attribuzione dei relativi punteggi;

- degli stessi atti della procedura di gara, oggetto dei secondi motivi aggiunti presentati il 30.8.2019;

B) per la declaratoria d'inefficacia del contratto, ove medio tempore stipulato, e per la condanna della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 30 del c.p.a., al risarcimento in forma specifica;

C) per l'annullamento e/o comunque la declaratoria d'illegittimità del diniego espresso dall'ASL Napoli 1, con nota prot. 0044962 del 17.5.2019, sull'istanza di ostensione agli atti della suindicata procedura di gara presentata dalla ricorrente il 26.4.2019, ex art. 116, comma 2, c.p.a.;

II.1) quanto al ricorso n. 1718 del 2019,

A) per l'annullamento:

- del provvedimento, di estremi sconosciuti, che ha disposto l'ammissione della -OMISSIS- alla gara per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione delle strutture della A.S.L. Napoli 1 Centro – Lotto 1;

- ove e per quanto occorra, dell'elenco degli operatori economici ammessi alla suddetta procedura di gara;

- ove occorra, dei verbali di gara coi quali si è disposta l'ammissione della -OMISSIS- e si è proceduto alla valutazione della offerta tecnica ed economica;

- dei seguenti ulteriori atti gravati con motivi aggiunti presentati il 6.5.2019: a) della determina dirigenziale dell'UOC dell'A.S.L. Napoli 1 n. 118 del 24.4.2019, con la quale si è disposta l'approvazione dei verbali di gara e l'aggiudicazione definitiva del servizio di pulizia e sanificazione delle strutture della A.S.L. Napoli 1 Centro – Lotto 1 in favore della -OMISSIS-s.p.a.; b) ove occorra, della nota del RUP prot. n. 37602 del 2.5.2019 di comunicazione della determina sub a); c) di tutti gli atti di gara, ivi compresi, l'atto di ammissione della -OMISSIS-s.p.a. alla gara, di valutazione dell'offerta tecnica ed economica e di verifica della anomalia; d) ove e per quanto occorra, dell'elenco degli operatori economici ammessi alla procedura di gara, pubblicato in data 13.11.2018; e) ove occorra, dei verbali di gara con i quali si è disposta la ammissione della -OMISSIS-. e si è proceduto alla valutazione della offerta tecnica ed economica, nonché del verbale del 3.4.2019, con il quale si è accertata la presunta congruità della offerta aggiudicataria;

- degli stessi atti della procedura, oggetto dei secondi motivi aggiunti presentati il 3.6.2019;

B) per l'annullamento, ai sensi dell'art. 116 c.p.a., del silenzio - rigetto sulla istanza di accesso documentale in data 12.03.2019 per la gara in oggetto e per l'accertamento del diritto delle ricorrenti, in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett. a) n. 6) c.p.a., alla ostensione integrale degli atti di gara, ivi comprese, le dichiarazioni rese dalla -OMISSIS-, in sede di procedura comparativa, l'offerta tecnica, l'offerta economica e le giustifiche;

C) nonché per l'accertamento del diritto delle Società ricorrenti, in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133 lett. d) n. 1) c.p.a., alla aggiudicazione dell'appalto controverso;

II.2 quanto al ricorso incidentale presentato da -OMISSIS- il 3.6.2019:

A) per l'annullamento dell'ammissione in gara di -OMISSIS- e dei relativi verbali;

III.1) quanto al ricorso n. 1719 del 2019,

A) per l'annullamento:

- del provvedimento, di estremi sconosciuti, che ha disposto l'ammissione della -OMISSIS- alla gara per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione delle strutture della A.S.L. Napoli 1 e dell'Ospedale del Mare – Lotto 2;

- ove e per quanto occorra, dell'elenco degli operatori economici ammessi alla suddetta procedura di gara;

- ove occorra, dei verbali di gara coi quali si è disposta l'ammissione della - OMISSIS- e si è proceduto alla valutazione della offerta tecnica ed economica;

- dei seguenti ulteriori atti gravati con motivi aggiunti presentati il 6.5.2019: a) della determina dirigenziale dell'UOC dell'A.S.L. Napoli 1 n. 118 del 24.4.2019, con la quale si è disposta l'approvazione dei verbali di gara e l'aggiudicazione definitiva del servizio di pulizia e sanificazione delle strutture della A.S.L. Napoli 1 Centro – Lotto 1 in favore della -OMISSIS-s.p.a.; b) ove occorra, della nota del RUP prot. n. 37602 del 2.5.2019 di comunicazione della determina sub a); c) di tutti gli atti di gara, ivi compresi, l'atto di ammissione della -OMISSIS-s.p.a. alla gara, di valutazione dell'offerta tecnica ed economica e di verifica della anomalia; d) ove e per quanto occorra, dell'elenco degli operatori economici ammessi alla procedura di gara, pubblicato in data 13.11.2018; e) ove occorra, dei verbali di gara con i quali si è disposta la ammissione della -OMISSIS-. e si è proceduto alla valutazione della offerta tecnica ed economica, nonché del verbale del 3.4.2019, con il quale si è accertata la presunta congruità della offerta aggiudicataria;

- degli stessi atti della procedura, oggetto dei secondi motivi aggiunti presentati il 3.6.2019;

B) per l'annullamento, ai sensi dell'art. 116 c.p.a., del silenzio - rigetto sulla istanza di accesso documentale in data 12.03.2019 per la gara in oggetto e per l'accertamento del diritto delle ricorrenti, in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett. a) n. 6) c.p.a., alla ostensione integrale degli atti di gara, ivi comprese, le dichiarazioni rese dalla - OMISSIS-, in sede di procedura comparativa, l'offerta tecnica, l'offerta economica e le giustifiche;

C) nonché per l'accertamento del diritto delle Società ricorrenti, in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133 lett. d) n. 1) c.p.a., alla aggiudicazione dell'appalto controverso;

III.2 quanto al ricorso incidentale presentato da -OMISSIS- il 3.6.2019:

A) per l'annullamento dell'ammissione in gara di -OMISSIS- e dei relativi verbali;

IV. quanto al ricorso n. 2163 del 2019,

A) per l'annullamento:

- della determina dirigenziale della U.O.C. Acquisizione Beni e Servizi della ASL Napoli 1 Centro n. 118 del 24.04.2019, citata nella comunicazione ex art. 32, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016 del 02.05.2018;

- del provvedimento che determina le ammissioni e le esclusioni, di cui non sarebbe mai stato dato avviso alla ricorrente ai sensi dell'art. 29, comma 1, D. Lgs. n. 50/2016;

- delle decisioni della Commissione giudicatrice di cui a tutti i verbali di gara relativi al lotto n. 1;
  - delle decisioni del Seggio di gara, in particolare, di cui ai verbali n. 374 del 13.12.2018, n. 378 del 18.12.2018 e n. 397 del 14.01.2019 di ammissione delle controinteressate al soccorso istruttorio;
  - della risposta resa dalla S.A. al quesito in ordine ai servizi similari ai fini della dimostrazione del requisito della capacità economica e finanziaria e, per quanto di ragione, del bando e del disciplinare di gara nella parte in cui assimilano il servizio in gara a semplici servizi di pulizia;
  - della decisione in ordine alla verifica dell'anomalia – se effettuata – dell'offerta della -OMISSIS-S.r.l.;
- B) per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato; C) e per la condanna della ASL Napoli 1 Centro, ai sensi dell'art. 30 c.p.a., a risarcire la ricorrente in forma specifica e, quindi, a riformulare la graduatoria sulla base dei motivi del ricorso e ad aggiudicare alla ricorrente la gara per il lotto n. 1.

Visti i ricorsi, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione dell'ASL Napoli 1 Centro, quale amministrazione resistente, e di -OMISSIS-, quale controinteressata, in tutti e quattro i giudizi specificati in epigrafe;

Visti i ricorsi incidentali proposti da -OMISSIS- nei giudizi R.G. nn. 1718- 1719/2019;

Visto l'atto di costituzione di -OMISSIS- nella causa R.G. n.1674/2019; Visto l'atto di costituzione di -OMISSIS-S.r.l. nella causa R.G. n. 2163/2019;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2020 il dott. Pierluigi Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## **FATTO**

1. Con bando di gara pubblicato in GUUE il 27 luglio 2018, l'Azienda Sanitaria Locale Napoli 1 Centro (di seguito anche solo "ASL") ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione occorrente alla stessa Azienda e all'Ospedale del Mare per la durata di sei anni, suddivisa in due lotti, di cui il n. 1 del valore di € 150.228.731,95 (comprensivo dell'importo per l'eventuale rinnovo per altri due anni) ed il n. 2 del valore di € 78.892.104,92.

In esito alle operazioni di gara, per quanto d'interesse ai fini della presente decisione, -OMISSIS- (d'ora innanzi anche solo -OMISSIS-) si classificava al primo posto in entrambi i lotti (rispettivamente, con punti 96,07 e 96,40), il R.T.I. tra -OMISSIS-S.r.l. e -OMISSIS-) si graduava in seconda posizione in entrambi i lotti (rispettivamente, con punti 86,15 e 85,71), -OMISSIS-(di seguito anche solo -OMISSIS-) si collocava al terzo posto nel lotto 1 (con punti 82,70) mentre il costituendo R.T.I. con mandataria -OMISSIS-) e mandanti le imprese Gruppo -OMISSIS- si posizionava al decimo posto nel lotto 1 (con punti 76,99) ed al quindicesimo posto nel lotto 2 (con punti 76,26).

2. Procedendo secondo l'ordine cronologico di presentazione, dunque a partire dal ricorso R.G. n. 1674/2019, con l'atto introduttivo del giudizio, notificato il 19 aprile 2019 e depositato il

23 seguente, il R.T.I. facente capo ad -OMISSIS- ha contestato la mancata esclusione dalla gara della - OMISSIS-, sulla base di sei motivi di diritto, così formulati:

1-3) violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, D. Lgs. n. 50/2016; violazione dei principi di trasparenza informativa richiesti ai concorrenti a gare pubbliche; violazione dell'art. 97 Cost. e dei principi di buon andamento e celerità dell'azione amministrativa; difetto di istruttoria, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 della L. n. 241/1990; mancanza di motivazione:

- per l'omessa dichiarazione circa le gravi vicende che avrebbero coinvolto la società in relazione all'appalto di servizi di pulizia in favore dell'A.O.R.N. A. Cardarelli di Napoli;

- per non aver dichiarato di essere stata coinvolta nella inchiesta sulla gara "Consip FM 4";

- quest'ultima vicenda integrerebbe "grave illecito professionale", ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/2016, per cui si configurerebbe anche il vizio di omessa motivazione al riguardo da parte della stazione appaltante;

4) violazione del bando (art. III.2) e del disciplinare di gara (art. 7, par. 7.2 lettera c); violazione dell'art. 83 del D. Lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per difetto di motivazione, difetto d'istruttoria, ingiustizia manifesta e sviamento; violazione della par condicio competitorum; violazione dell'art. 97 Cost. – per difetto del requisito consistente in un fatturato per servizi simili di attività di pulizia riferito agli ultimi 3 (tre) esercizi finanziari pari ad almeno € 13.618.000,00, IVA esclusa, per il lotto 1, e pari ad almeno € 7.129.000,00, IVA esclusa, per il lotto 2;

5-6) violazione e falsa applicazione art. 80 d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per irragionevolezza e difetto di istruttoria; violazione dell'art. 97 Cost. e dei principi di buon andamento e celerità dell'azione amministrativa – ove si assume che la controinteressata andava esclusa anche perché:

- non avrebbe reso la dichiarazione circa l'insussistenza dei motivi di esclusione nei confronti di -OMISSIS-, socio di maggioranza (con oltre il 97% delle azioni) della società (-OMISSIS-) che controlla il concorrente (-

OMISSIS-);

- avrebbe omesso di dichiarare l'avvio, nei propri confronti, di un procedimento antitrust volto ad accertare la sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, in violazione dell'art. 101 TFUE, come da provvedimento AGCM del marzo 2017.

2.1. Nel costituirsi in resistenza, -OMISSIS- ha rappresentato in primo luogo che, con determina n. 118 del 24 aprile 2019, la S.A. ha approvato l'aggiudicazione definitiva in suo favore di entrambi i lotti.

La stessa ha poi rilevato l'inammissibilità del ricorso, ai sensi dell'art. 1, commi 4 e 5, D.L. 32/2019, c.d. decreto sblocca cantieri, pubblicato in data 18.4.2019 ed entrato in vigore il giorno successivo, che ha, tra l'altro, soppresso il rito super accelerato, abrogando (comma 4) le disposizioni di cui ai commi 2 bis e 6 bis dell'art. 120 D. Lgs. 104/2010, precisando in via transitoria (comma 5) che "le disposizioni di cui al comma 4 si applicano ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto" (come nella specie, ove il ricorso di

-OMISSIS-è stato notificato in data 19.4.2019, alle ore 19,45 e depositato in data 23.4.2019). La controinteressata ha eccepito, comunque, la tardività dell'impugnazione dell'ammissione, ai sensi dell'art.120, comma 2 bis, D. Lgs. 104/2010, all'epoca vigente, tenuto conto della comunicazione inviata ai concorrenti, con nota datata 16.1.2019, della conclusione della fase di esame della documentazione amministrativa e dell'elenco dei concorrenti ammessi, portati a conoscenza peraltro anche nella seduta di gara del 18.1.2019 (cfr. verbale n. 1).

2.2. Ha resistito in giudizio l'intimata ASL Napoli 1 Centro, la quale ha anch'essa eccepito l'inammissibilità dell'azione per carenza di interesse a seguito dell'entrata in vigore del D.L. n. 32/2019, alla quale conseguirebbe che non sarebbe più possibile l'immediata impugnazione dei provvedimenti

di ammissione ad una gara pubblica. L'Amministrazione ha inoltre eccepito la tardività della domanda giudiziale in quanto:

- l'elenco delle società ammesse ed escluse è stato pubblicato in data 4 marzo 2019 sul proprio profilo internet, ex art. 29, comma 1, D. Lgs. n. 50/2016;

- la ricorrente avrebbe avuto piena conoscenza dell'esito della fase di verifica della documentazione amministrativa e, quindi, dell'elenco delle ditte ammesse fin dalla seduta di gara del 14 gennaio 2019 (esito ribadito anche nella seduta del 18 gennaio 2019), come da verbali.

2.3. Con ordinanza n. 718 del 9 maggio 2019, questa Sezione:

- ha dato atto della rinuncia all'istanza cautelare formulata dall'avv. Luca Tozzi alla camera di consiglio del 7 maggio 2019, come da verbale, in vista della preannunciata proposizione di motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione definitiva della gara di appalto;

- ha respinto la domanda istruttoria in relazione alla sussistenza di dubbi circa l'ammissibilità del ricorso introduttivo.

2.4. Con motivi aggiunti depositati il 15 maggio 2019 -OMISSIS-ha esteso la domanda di annullamento alla suindicata determina dirigenziale n. 118 del 24.4.2019, con cui è stata disposta l'aggiudicazione di entrambi i lotti alla -OMISSIS-., alle disposizioni di servizio n. 518 del 15.10.2018 e n. 598 del 15.12.2018, recanti nomina della commissione giudicatrice e successiva riduzione del numero dei componenti dello stesso organo, nonché agli altri atti specificati in epigrafe, sulla base delle seguenti censure:

1) violazione del combinato disposto degli artt. 77 e 216 D. Lgs. n. 50/2016, alla luce delle regole e dei principi desumibili dall'art. 84 del D. Lgs. n. 163/2006; violazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990; eccesso di potere per difetto d'istruttoria e travisamento; sviamento dalla causa tipica; violazione del principio di buon andamento e imparzialità dell'azione

amministrativa (art. 97 Cost.); violazione dell'art. 32 della Costituzione e dell'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (nella parte in cui sanciscono il diritto fondamentale alla salute, inteso non solo come diritto alle cure, ma ancor prima come prevenzione) – ove si lamenta che la composizione della commissione, originariamente formata da cinque componenti (come da D.D. n. 518/2018), di cui due interni all'amministrazione aggiudicatrice con specifiche competenze tecniche nell'ambito della materia dell'igiene sanitaria, e tre esterni, privi invece delle necessarie competenze nella suddetta materia, sarebbe stata illogicamente ridotta ai soli tre componenti esterni, per non meglio precisate esigenze "di celerità e

speditezza” (cfr. D.D. n. 598/2018), senza adeguata motivazione, senza un’attività istruttoria sulle presunte “carenze in organico”, a supporto della scelta di ricorrere all’esterno e senza aver “preventivamente individuato” le regole oggettive “di competenza e trasparenza”, tenuto peraltro conto che nella composizione finale neanche il presidente è un interno e non è presente neppure un esperto “nello specifico settore cui si riferisce l’oggetto del contratto” (la cui peculiarità, in relazione al rischio infettivo ed alla necessita di assicurare la stretta osservanza di protocolli sanitari è esplicitata nella allegato parere a firma del dott. -OMISSIS-, Presidente dell’ANMDO);

2) illegittimità dei criteri di valutazione per eccessiva genericità e per difetto di motivazione: violazione dell’art. 95 del D. Lgs. n. 50/2016 e dell’art. 67 della direttiva UE 24/2014; violazione dei principi di proporzionalità, trasparenza, imparzialità e ragionevolezza dell’azione amministrativa; eccesso di potere e difetto d’istruttoria; violazione delle Linee guida ANAC n. 2; violazione dei pesi stabiliti dal bando di gara (70/30) per l’offerta tecnica e per quella economica;

3) in via subordinata, illegittimità del provvedimento di aggiudicazione, per mancata esclusione della -OMISSIS- sulla base motivi già fatti valere col ricorso introduttivo.

2.5. Con atto depositato in data 24.5.2019 si è costituita in giudizio - OMISSIS-OMISSIS- ha depositato documenti (30.5.2019) e memoria (31.5.2019) con cui ha replicato anche alle nuove doglianze attoree, concludendo per il rigetto del gravame.

2.7. L’ASL Napoli 1 Centro ha prodotto memoria (31.5.2019) con cui ha anch’essa controdedotto in ordine ai motivi aggiunti, rilevandone l’inammissibilità, la tardività e, comunque, anche l’infondatezza nel merito. 2.8. In pari data (31.5.2019), a seguito di diniego di accesso, -OMISSIS- ha depositato istanza di esibizione di documenti, ex art. 116, comma 2, c.p.a., e successivamente (14.6.2019) memoria difensiva, alla quale ha ribattuto l’aggiudicataria.

2.9. Con ordinanza n. 992 depositata il 20.6.2019, in esito alla camera di consiglio del 18.6.2019, questa Sezione Quinta:

- ha accolto la richiesta di parte ricorrente di differimento dell’istanza cautelare alla camera di consiglio del 10.9.2019, sussistendo peraltro l’accordo in tal senso con le altre parti;

- ha accolto la domanda di accesso incidentale ex art. 116, comma 2, c.p.a. e, per l’effetto, ha annullato la nota del 17.5.2019, nella parte recante il diniego di ostensione di parte della documentazione, ordinando all’ASL Napoli 1 Centro di esibire, entro il termine di quindici giorni decorrente dalla comunicazione dell’ordinanza, copia di tutti gli atti di gara richiesti da -OMISSIS- con la domanda presentata il 26.4.2019 (ossia: - documentazione amministrativa presentata da tutte le concorrenti, in relazione ad entrambi i lotti della procedura in oggetto; - eventuali richieste di chiarimenti/integrazioni ovvero di soccorso istruttorio formulate nei confronti di tutte le concorrenti e i relativi riscontri da parte di queste ultime; - verbali di gara (e relativi allegati) concernenti tutte le sedute, pubbliche e riservate, tenutesi nel corso della procedura in oggetto, nessuno escluso (quanto meno in relazione alla fase di ammissione alla gara delle concorrenti a seguito di esame della documentazione amministrativa); - ogni altro provvedimento/comunicazione (anche interno) adottato [...] in relazione alla fase di ammissione alla gara in oggetto in relazione alla documentazione amministrativa presentata

dalle concorrenti; - deliberazione di indizione della procedura di gara (determina a contrarre); - deliberazione di nomina della commissione di gara e curricula dei commissari di gara; - atti e documenti concernenti la progettazione del servizio ex art. 23 del d.lgs. n. 50/2016”;

- nell’occasione il Collegio ha “Ritenuto che la domanda di accesso incidentale ex art. 116, comma 2, c.p.a. si palesa fondata alla stregua di quanto disposto dall’art. 53, comma 6, del codice dei contratti pubblici, in relazione al comma 5, lettera a), dello stesso articolo, in quanto la documentazione richiesta ai fini della difesa in giudizio degli interessi della società ricorrente è prevalente sulla esigenza di protezione dei segreti tecnici e commerciali dell’aggiudicataria e delle altre concorrenti, peraltro solo genericamente opposti (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, sentenza 7 maggio 2019, n. 2449; sez. V, ordinanza 9 maggio 2019, n. 723)”, ed ha pertanto ordinato all’ASL Napoli 1 Centro di esibire, entro il termine di quindici giorni decorrente dalla comunicazione dell’ordinanza, copia di tutti gli atti di gara richiesti con la summenzionata domanda del 26.4.2019.

2.10. Eseguito l’accesso alle offerte tecniche, la ricorrente ha depositato, in data 30 agosto 2019, una seconda serie di motivi aggiunti, coi quali ha sostanzialmente ribadito, anche alla luce della documentazione acquisita, le censure già prospettate in precedenza.

2.11. Le parti resistenti hanno ulteriormente ribadito la legittimità dell’azione amministrativa in contestazione con scritti difensivi predisposti in vista della camera di consiglio del 10 settembre 2019, nella quale, su richiesta concorde di tutte le parti, la causa è stata cancellata dal ruolo delle istanze cautelari, risultando già fissata l’udienza di discussione del merito al 14 gennaio 2020.

2.12. La domanda cautelare, riproposta dalla parte ricorrente con memoria depositata in data 8 novembre 2019, sul presupposto della stipula dei contratti di appalto in data 28 ottobre 2019, è stata accolta con ordinanza n. -OMISSIS- ai soli fini del differimento delle eventuali operazioni di passaggio di cantiere in esito alla definizione del giudizio nel merito.

2.13. Le parti hanno allegato ulteriori documenti e memorie con le quali, oltre ad insistere nelle rispettive richieste e replicare alle argomentazioni avversarie, hanno aggiunto quanto segue.

In particolare, -OMISSIS-:

- pur condividendo le censure di parte ricorrente relative all’aggiudicazione della gara, tuttavia ha eccepito l’improcedibilità del ricorso in parte qua, per carenza di interesse della ricorrente, in quanto classificatasi in graduatoria, rispettivamente, ultima per il lotto n. 1 e penultima per il lotto n. 2.

- ha rilevato l’inammissibilità delle doglianze concernenti la nomina e la composizione della commissione giudicatrice, sia in quanto avrebbero dovuto essere fatte valere mediante l’impugnazione tempestiva del relativo atto di nomina (nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione) e non – come accaduto nel caso di specie – al momento della contestazione dell’aggiudicazione, sia in quanto generiche e non supportate da idonei elementi dimostrativi dell’incidenza che le dedotte illegittimità avrebbero avuto sull’esito della gara; le censure sarebbero inammissibili anche sotto il profilo relativo all’omessa specificazione dei caratteri dell’offerta tecnica che non avrebbero potuto essere valutati dai commissari e della loro incidenza sull’affidamento del servizio, ai fini di un esito diverso della procedura (cd. prova di resistenza);

Il -OMISSIS-, con memoria notificata e depositata il 27 dicembre 2019, ha rilevato che i

contratti stipulati in data 28 ottobre 2019, oltre che inefficaci ai sensi dell'art. 122 c.p.a., sarebbero anche nulli per violazione di norme imperative, in quanto:

- stipulati in violazione dei più basilari principi di trasparenza e dell'obbligo di aderire alla convenzione Consip (ex art. 1, comma 1, D.L. 06/07/2012, n. 95 e dell'art. 5 del disciplinare di gara), poiché, trattandosi di una "gara ponte" per assicurare il servizio di pulizia sanitaria occorrente all'Azienda nel tempo strettamente necessario alla definizione della procedura per la stipula della convenzione Consip, la lex specialis prevedeva la risoluzione del contratto al sopraggiungere di analoghi affidamenti da parte di - OMISSIS- S.p.A. e/o di Consip. La clausola risolutiva apposta ai contratti, all'art. 4, subordinerebbe invece l'interruzione del rapporto al solo sopraggiungere della convenzione della centrale di committenza regionale senza tener conto della procedura in corso per l'imminente scelta dell'esecutore della convenzione Consip (dalla quale sarebbe stata esclusa la -OMISSIS- con provvedimento impugnato dalla stessa con ricorso R.G. n. 4667 del 2018, integrato con motivi aggiunti, respinto dal T.A.R. Lazio, Sezione II, con sentenza 12 febbraio 2019, n.1863, appellata con ricorso n. 4073/2019 R.G. pendente al Consiglio di Stato);

- sottoscritto da soggetto privo di poteri per impegnare l'ente verso terzi (i.e.: il -OMISSIS-, con la dichiarata qualifica di "Direttore F.F."), non essendovi peraltro traccia di un eventuale atto di delega.

3. Con due ricorsi di analogo contenuto n. 1718 e n. 1719 del 2019, riferiti rispettivamente al primo ed al secondo lotto, -OMISSIS- ha anch'essa contestato l'ammissione alla procedura di -OMISSIS- sulla base di cinque motivi di diritto così articolati in rubrica:

1-4) VIOLAZIONE DI LEGGE (ARTT. 1 E 3 L. 241/90 – ART. 80 D.LGS. 50/2016) - VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO – ECCESSO DI POTERE (ERRORE DI FATTO - DIFETTO DEL PRESUPPOSTO, DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA – TRAVISAMENTO);

5) VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 22 L. 241/90 – ART. 29 E 53 D.LGS. 50/2016) - VIOLAZIONE DEL DIRITTO DI DIFESA E DEL GIUSTO PROCEDIMENTO – ECCESSO DI POTERE (ERRORE DI FATTO - DIFETTO DEL PRESUPPOSTO, DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA – TRAVISAMENTO).

3.1. Anche in tali cause si è costituita la controinteressata -OMISSIS-, depositando documenti e memorie difensive con le quali ha formulato eccezioni preliminari e difese di merito di analogo tenore a quelle introdotte nel primo giudizio.

3.2. Il R.T.I. ricorrente, con motivi aggiunti notificati il 3 maggio 2019 e depositati il 6 maggio seguente, ha esteso l'impugnazione della determina dirigenziale n. 118 del 24.4.2019 di aggiudicazione della gara, nella quale si è classificato al secondo posto per entrambi i lotti.

3.3. Ha resistito in giudizio l'intimata A.S.L. Napoli 1.

3.4. Con ricorsi incidentali depositati il 3 giugno 2019, di analogo tenore, l'aggiudicataria ha a sua volta criticato la mancata estromissione dalla procedura della seconda graduata, per entrambi i lotti, sulla base di due motivi, così articolati:

1) VIOLAZIONE DELL'ART. 23. CO. 16 D. LGS. 50/2016 E DELL'ART. 3 E ALL. A10

## DISCIPLINARE DI GARA. ECCESSO DI

POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE IN ORDINE ALLA RADICALE INAMMISSIBILITÀ DELL'OFFERTA -OMISSIS-

2) VIOLAZIONE DELL'ART. 83 D. LGS. 50/2016. VIOLAZIONE DEL BANDO DI GARA, PUNTO III.2 E DEL DISCIPLINARE, ART. 7.2 LETT. C. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA, FALSO PRESUPPOSTO.

3.5. Con atti depositati in data 3 giugno 2019 la ricorrente principale ha proposto ulteriori motivi aggiunti avverso l'atto di aggiudicazione, chiedendone l'annullamento anche per le altre ragioni ivi compendiate.

3.6. La trattazione della domanda cautelare è stata più volte differita, come da verbali delle camere di consiglio del 7 maggio 2019, del 4 giugno 2019 e del 18 giugno 2019. Alla camera di consiglio del 10 settembre 2019, su richiesta congiunta delle parti, la causa è stata cancellata dal ruolo delle istanze cautelari in vista di una sollecita fissazione dell'udienza di discussione del merito.

La domanda incidentale ex art. 55 e 119 c.p.a., riproposta con memoria depositata in data 8 novembre 2019, sul presupposto della stipula dei contratti di appalto in data 28 ottobre 2019, è stata infine accolta con ordinanza n. 1855 del 20 novembre 2019 ai soli fini del differimento delle eventuali operazioni di passaggio di cantiere in esito alla definizione del giudizio nel merito.

3.7. Le parti hanno allegato ulteriori documenti e memorie con le quali hanno replicato alle argomentazioni avversarie ed insistito nelle rispettive richieste.

4. Col quarto ricorso individuato in epigrafe col n. 2163/2019 di R.G., - OMISSIS- ha contestato l'esito della gara riferito al solo lotto n. 1, nella quale si è classificata in terza posizione con punti 82,70, dietro -OMISSIS- e -OMISSIS-, deducendo le seguenti censure a sostegno della richiesta di annullamento di tutti gli atti della procedura sopra elencati.

Quanto all'ammissione di -OMISSIS-:

1-2) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 80, COMMA 5, LETT. F-BIS, D.LGS. N. 50/2016. VIOLAZIONE DELL'ART. 6 E DELLA PARTE III DEL DISCIPLINARE DI GARA. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI LEALTÀ, DI AFFIDABILITÀ CONTRATTUALE E PROFESSIONALE, DI TRASPARENZA INFORMATIVA. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA;

3) VIOLAZIONE DELL'ART. 75 D.P.R. N. 445/2000;

4) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 80, COMMA 5, LETT. C). ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI MOTIVAZIONE, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, ILLOGICITÀ MANIFESTA;

5) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 83, D.LGS. N. 50/2016. VIOLAZIONE DEL PUNTO III.2. DEL BANDO E DELL'ART. 7, PAR. 72, LETTERA C) DEL DISCIPLINARE DI GARA. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI MOTIVAZIONE, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, ILLOGICITÀ MANIFESTA, VIOLAZIONE DELLA PAR CONDICIO.

Quanto a -OMISSIS-:

6) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 D.LGS. N. 50/2016. ECCESSO DI

POTERE PER ILLOGICITÀ MANIFESTA, VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ, ERRONEITÀ DEL PRESUPPOSTO, DIFETTO DI ISTRUTTORIA. 4.1. Anche in tale causa -OMISSIS- e l'ASL hanno difeso la legittimità della gara con argomentazioni non dissimili da quelle già sviluppate nei paralleli giudizi.

4.2. Si è costituita nello stesso giudizio anche -OMISSIS-, rilevando l'inammissibilità, per genericità, della censura formulata nei propri confronti, sostenendone comunque l'infondatezza pure nel merito.

4.3. Alla camera di consiglio del 18 giugno 2019 le parti hanno chiesto il differimento della trattazione dell'istanza cautelare. All'udienza camerale del 10 settembre 2019, su richiesta congiunta delle parti, la causa è stata cancellata dal ruolo delle domande cautelari in vista di una sollecita fissazione dell'udienza di discussione del merito. Alla stessa udienza l'avv. Scalia ha dichiarato, come da verbale, che l'Amministrazione ha ottemperato alla richiesta di ostensione dei documenti e che pertanto la parte non ha più interesse alla trattazione della domanda di accesso incidentale ex art. 116, comma 2, c.p.a.

4.4. In vista dell'udienza di discussione, le parti hanno allegato ulteriori documenti e memorie con le quali hanno replicato alle argomentazioni avversarie ed insistito nelle rispettive richieste.

5. All'udienza pubblica del 14 gennaio 2019 – uditi gli avvocati Gentile e Brinn (per delega dell'avv. Tozzi) per -OMISSIS- Lentini per -OMISSIS-, Scalia per -OMISSIS-, Ceceri per l'ASL, Ferola e Napolitano per -OMISSIS-, come da verbale, ove sono state riportate anche le dichiarazioni resa dai difensori su alcuni punti controversi – le quattro cause sono state trattenute in decisione.

## DIRITTO

6. Preliminarmente va disposta la riunione dei quattro ricorsi in epigrafe, ai sensi dell'art. 70 del c.p.a., sussistendo evidenti ragioni di connessione oggettiva e soggettiva.

7. Prendendo le mosse dal primo ricorso numero di registro generale 1674 del 2019, si palesa fondata l'eccezione di tardività della domanda giudiziale avverso l'ammissione di -OMISSIS-, sollevata sia da quest'ultima che dall'Amministrazione resistente, ai sensi dell'art.120, comma 2 bis, D. Lgs. 104/2010, all'epoca vigente.

7.1. Occorre infatti considerare che il provvedimento relativo alle ammissioni ed alle esclusioni è stato pubblicato sul portale dell'A.S.L. Napoli 1 Centro, ai sensi dell'art. 29 D. Lgs. n. 50/2016, in data 4 marzo 2019 (alle ore 12,50, come attestato dal direttore f.f. dell'U.O.C. Acquisizione beni e servizi con atto prot. 0038442/u del 3 maggio 2019, versato in giudizio). La circostanza non è peraltro contestata atteso che anche nell'istanza di accesso alla documentazione di gara, datata 8 marzo 2019 ed inoltrata via pec l'11 marzo seguente, -OMISSIS- dà atto dell'avvenuta pubblicazione dell'elenco dei concorrenti ammessi e di quelli esclusi. Peraltro, la ricorrente ha avuto piena conoscenza dell'esito della fase di verifica della documentazione amministrativa e, quindi, dell'elenco delle ditte ammesse, fin dalla seduta di gara del 14 gennaio 2019, alla quale ha partecipato un proprio rappresentante (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III quater, 3 dicembre 2018, n. 11689), il cui esito è stato comunicato ai concorrenti con nota del 16 gennaio 2019 e ribadito nella seduta del 18 gennaio 2019, come da verbali prodotti in giudizio.

L'atto introduttivo del giudizio è stato notificato solo il 19 aprile 2019, allorquando il termine di trenta giorni decorrente dalla pubblicazione dell'ammissione sul profilo internet della stazione

appaltante era ampiamente scaduto, ed è pertanto tardivo, ai sensi del citato articolo 120, comma 2 bis, del codice di rito, applicabile *ratione temporis* (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sezione III, 7 marzo 2019, n. 1574; Sezione V, 3 aprile 2018, n. 2079).

7.2. Ad avviso del Collegio non vale replicare in contrario che il c.d. rito super accelerato è stato abrogato per effetto dell'art. 1, comma 4, del D.L. n. 32/2019, e che ai sensi del successivo comma 5 "Le disposizioni di cui al comma 4 si applicano ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto" (ossia il 19 aprile 2019).

Il Collegio reputa che la norma appena evocata debba essere interpretata, secondo ragionevolezza, in coerenza coi principi generali.

Viene in rilievo, innanzitutto, il principio di inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi – posto a presidio della certezza del diritto, che assume speciale rilievo nei rapporti di diritto pubblico a tutela della stabilità delle situazioni giuridiche soggettive – secondo cui gli effetti prodotti si consolidano se gli atti non sono tempestivamente contestati nel termine di decadenza.

Lo stesso va coordinato col principio di irretroattività dello *jus superveniens*, posto a tutela dell'affidamento dei consociati nella stabilità dei rapporti giuridici fondato sulla disciplina vigente al momento della loro costituzione.

Alla stregua dei principi appena evocati, appare preferibile l'interpretazione secondo la quale la norma sopravvenuta è applicabile alle fattispecie nelle quali, al momento della sua entrata in vigore, era ancora pendente il termine d'impugnazione; viceversa, si determina un effetto preclusivo laddove sia ormai scaduto il termine di decadenza, cosicché il consolidarsi degli atti di ammissione non consente di recuperare il termine di impugnativa (ovvero di far valere successivamente avverso l'aggiudicazione eventuali vizi degli atti di ammissione), iniziato a decorrere e definitivamente spirato sotto il vigore della normativa processuale a quel momento vigente, come avvenuto nel caso di specie.

Peraltro, la compatibilità con il diritto euro-unitario della norma processuale richiamata è stata confermata dalla Corte di Giustizia U.E. con la recente ordinanza del 14 febbraio 2019 (causa C-54/18) su domanda pregiudiziale di interpretazione del diritto europeo in merito alle condizioni che debbono sussistere per ritenere legittima la previsione del termine di 30 giorni, prescritto a pena di decadenza, per l'impugnativa dei provvedimenti di esclusione o di ammissione ad una gara di appalto. Nell'occasione, la Corte ha chiarito che la direttiva 89/665/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 e, in particolare, i suoi articoli 1 e 2 quater, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi, che prevede che i ricorsi avverso i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione o esclusione dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici debbano essere proposti, a pena di decadenza, entro un termine di 30 giorni a decorrere dalla loro comunicazione agli interessati,

a condizione che i provvedimenti in tal modo comunicati siano accompagnati dalla estrinsecazione dei motivi pertinenti, tale da garantire che gli interessati vengano o possano venire a conoscenza della eventuale causa di illegittimità.

7.3. Neppure vale replicare, per superare la tardività della domanda iniziale, che -OMISSIS- ha trasmesso un'istanza di accesso via pec in data 11 marzo 2019, non potendo quest'ultima consentire il differimento del termine di impugnazione del provvedimento pubblicato con modalità telematiche (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, Sezione IV, 21 marzo 2016, n.1135; Sezione V, 31 ottobre 2018, n. 6187), considerato peraltro che l'ammissione alle fasi successive della procedura della società -OMISSIS- è stata motivata – a differenza degli atti di esclusione dalla gara, ove è anche individuata la carenza documentale non superata dal soccorso istruttorio o la mancanza di uno specifico requisito di partecipazione – dal rilievo secondo cui la documentazione atta a dimostrare il possesso dei requisiti generali e speciali è conforme a quanto richiesto dalla lex specialis, già contenuto nel verbale n. 7 riferito alla seduta del 14 gennaio 2019, ove si dà atto anche dell'assolvimento dell'adempimento oggetto del soccorso istruttorio. Nel caso di specie, pertanto, la ricorrente ha avuto la possibilità di conoscere le ragioni dell'ammissione della società controinteressata sin dalla suindicata seduta, alla quale, come si è anticipato, era presente anche un suo rappresentante, e comunque dal momento della pubblicazione del suddetto, motivato provvedimento di ammissione, ed avrebbe pertanto dovuto impugnare il provvedimento entro il termine decadenziale, ferma restando la facoltà di proporre motivi aggiunti in esito all'ostensione della intera documentazione di gara.

7.4. La domanda di annullamento azionata con l'atto introduttivo del ricorso numero di registro generale 1674 del 2019 va pertanto dichiarata irricevibile.

8. Procedendo allo scrutinio dei motivi aggiunti, riferiti allo stesso giudizio, vanno dichiarate inammissibili le censure con le quali -OMISSIS- lamenta la mancata estromissione dalla gara di -OMISSIS-, in quanto l'impugnazione non tempestiva del provvedimento di ammissione, sopra rilevata, preclude la contestazione, per illegittimità derivata, di tutti i successivi atti di gara, compresa l'aggiudicazione alla società controinteressata che avrebbe illegittimamente partecipato alla gara, in applicazione del già richiamato art. 120, c. 2 bis, c.p.a..

8.1. Nel merito, col primo, articolato motivo si denuncia, sotto i diversi profili già sopra evidenziati (al capo 2.4, al quale può farsi integralmente rinvio in omaggio al principio di sinteticità degli atti, ai sensi dell'art. 3, comma 2, c.p.a.), l'illegittima composizione della commissione di gara.

8.2. Giova precisare schematicamente, in punto di fatto, le vicende salienti del segmento procedimentale in discussione:

- con disposizione di servizio n. 518 del 15.10.2018, la Direzione generale dell'ASL Napoli 1 Centro ha nominato la commissione giudicatrice, originariamente formata da cinque componenti, dei quali due interni all'amministrazione aggiudicatrice (dottori -OMISSIS-, e tre esterni (il Presidente, arch. -OMISSIS-, Commissario di Governo per il terremoto d'Ischia, e i componenti avvocati M. -OMISSIS-, coordinatore della stessa struttura commissariale, e -OMISSIS- con nota del 23.11.2018, la stessa Direzione aziendale ha comunicato alle ditte partecipanti che "a seguito di provvedimenti cautelari adottati dalle Autorità competenti, il

Responsabile Unico del Procedimento Dott.ssa L. D. V. si trova nella materiale impossibilità di assolvere ai compiti propri della funzione assegnatale ed ha rinviato a data da destinarsi l'inizio delle operazioni di gara [...]”;

- con disposizione di servizio n. 598 del 15.12.2018, sulla base della nota da ultimo citata, “ Considerato che necessita provvedere, ai sensi dell’art. 216, comma 2, D. Lgs. 50/2016, ad una riduzione da n. 5 (cinque) a n. 3 (tre) del numero dei componenti della Commissione di gara, ai fini della speditezza e celerità della stessa [...]”, la Direzione generale dell’ASL stabiliva che l’organo collegiale fosse formato soltanto dai già menzionati, residui membri esterni.

8.3. In sintesi, la ricorrente deduce l’illegittimità della composizione della commissione giudicatrice sotto i seguenti profili:

- la scelta dei componenti sarebbe priva di motivazione;
- la stessa non sarebbe stata preceduta dall’individuazione di regole

oggettive “di competenza e trasparenza”;

- la nomina sarebbe stata effettuata senza alcuna verifica istruttoria volta ad appurare la carenza in organico di professionalità adeguate, ex art. 84, c. 8, D. Lgs. n. 163 del 2006 (applicabile sino all’entrata in vigore dell’albo dei commissari Anac ex art. 78 del D. Lgs. n. 50 del 2016);

- l’ASL avrebbe illogicamente mancato di considerare che i tre componenti esterni sarebbero privi delle necessarie, specifiche competenze tecniche ed esperienze nell’ambito della materia dell’igiene sanitaria ospedaliera;

- la modifica dell’originaria composizione dell’organo sarebbe priva di adeguata motivazione anche in relazione alle non meglio precisate esigenze “di celerità e speditezza”.

8.4. Le parti resistenti hanno rilevato l’inammissibilità delle doglianze concernenti la composizione della commissione giudicatrice sotto diversi aspetti.

In primo luogo, hanno eccepito che le censure avrebbero dovuto essere fatte valere mediante l’impugnazione tempestiva del relativo atto di nomina (nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione) e non – come accaduto nel caso di specie – al momento della contestazione dell’aggiudicazione.

In secondo luogo, hanno obiettato che i motivi sarebbero generici e non supportati da idonei elementi dimostrativi dell’incidenza che le dedotte illegittimità avrebbero avuto sull’esito della gara, con specifico riferimento agli aspetti dell’offerta tecnica non correttamente valutati (cd. prova di resistenza), tenuto peraltro conto che il RTI -OMISSIS-si è posizionato al decimo posto nel lotto 1 (con punti 76,99) ed al quindicesimo posto nel lotto 2 (con punti 76,26).

8.5. Ad avviso del Collegio le censure formulate dalla parte ricorrente sono pienamente ammissibili.

Quanto al primo profilo, è pacifico in giurisprudenza che il provvedimento di nomina della commissione rappresenta un atto endoprocedimentale della gara, che non produce effetti definitivi per gli operatori economici, per cui non è ravvisabile un onere di immediata impugnazione dello stesso, in quanto la lesione ed il relativo interesse ad agire si concretizzano solo con l’aggiudicazione ad altro concorrente (cfr., tra le tante, T.A.R. Lazio, Roma, Sezione III ter, 2 dicembre 2019, n. 13767; Consiglio di Stato, Sezione V, 4 gennaio 2019, n. 107).

Circa il secondo profilo, è sufficiente osservare che, secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, dal quale non si ravvisano ragioni per discostarsi, la prova di resistenza non deve essere offerta da colui che deduca, come nel caso di specie, vizi diretti ad ottenere l'annullamento e la successiva rinnovazione della procedura, rispetto ai quali, peraltro, nemmeno rileva la posizione assunta in graduatoria (cfr. Consiglio di Stato, Sezione III, 3 luglio 2018, n. 4054; 16 aprile 2018, n. 2258; 2 marzo 2018, n. 1312).

8.6. Nel merito il motivo si palesa fondato nei termini delle considerazioni che seguono. Osserva il Collegio che la scelta di modificare la composizione della commissione giudicatrice – riducendone il numero da cinque a tre, questi ultimi tutti esterni all'Amministrazione aggiudicatrice, privando così l'organo collegiale dei membri interni in precedenza individuati (ossia il Direttore del Servizio Igiene Salute Pubblica ed il Dirigente medico del Dipartimento Assistenza), certamente dotati di esperienza e competenza specialistica nella materia dell'igiene sanitaria ospedaliera – risulta del tutto immotivata e comunque illogica.

Invero, non si comprende in qual modo il richiamo alla vicenda penale in cui è restato coinvolto il R.U.P. giustifichi non solo la sostituzione di quest'ultima figura ma anche l'espunzione dall'organo di valutazione degli altri due componenti interni rispetto ai quali non è stata evidenziata alcuna controindicazione. Parimenti, oltre a non essere altrimenti esplicitate le esigenze "di celerità e speditezza" che avrebbero giustificato la modifica dell'iniziale conformazione della commissione, non è intelligibile come le stesse possano essere soddisfatte attraverso il mero restringimento del numero dei membri.

Il risultato del non chiaro intervento operato dall'Amministrazione è stato quello di menomare irrazionalmente l'organo di valutazione delle due professionalità in precedenza reputate necessarie per assicurarne una competenza adeguata all'oggetto dell'appalto.

Come è noto, l'art. 77, comma 1, del D. Lgs. n. 50 del 2016, nel delineare i requisiti e le competenze che debbono possedere i commissari di gara, stabilisce che nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, da aggiudicarsi con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da "esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto".

Il requisito dello "specifico settore" è interpretato in modo costante nel senso che la competenza ed esperienza richieste ai commissari debba essere riferita ad aree tematiche omogenee e non anche alle singole e specifiche attività oggetto dell'appalto (cfr., ex plurimis, Consiglio di Stato, Sezione V, 18 luglio 2019, n. 5058 e 1 ottobre 2018, n. 5603).

È, quindi, principio consolidato che il requisito in questione deve essere inteso in modo coerente con la poliedricità delle competenze spesso richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, in quanto, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, il codice degli appalti "non richiede una perfetta corrispondenza tra la competenza dei membri della commissione, anche cumulativamente considerata, ed i diversi ambiti materiali che concorrono alla integrazione del complessivo oggetto del contratto. Ciò anche sul presupposto, del resto, che all'esperienza nel "settore" primario, cui si riferisce l'oggetto del contratto, si accompagna

una analoga esperienza nei settori "secondari", che con quell'oggetto interferiscono o si intersecano" (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, Sezione III, 24 aprile 2019, n. 2638). In tale prospettiva è pacifico che "La presenza, pertanto, di componenti portatori di diverse esperienze professionali, sia di natura gestionale ed amministrativa sia di natura tecnica, risponde, in un rapporto di complementarità, alle esigenze valutative imposte dall'oggetto della gara d'appalto" (cfr. Consiglio di Stato, Sezione VI, 10 giugno 2013, n. 3203) e che la legittima composizione della commissione presuppone la prevalente, seppure non esclusiva, presenza di membri esperti del settore oggetto dell'appalto (cfr., ex plurimis, Consiglio di Stato, Sezione V, 18 giugno 2018, n. 3721), per cui il requisito della competenza dell'organo collegiale può ritenersi concretamente soddisfatta allorché due dei suoi tre componenti siano portatori di una specifica competenza nel settore in cui il singolo appalto si riferisce ed il terzo membro vanta comunque una competenza tecnica generale in materia di pubbliche gare (cfr. Consiglio di Stato, Sezione III, 6 novembre 2019, n. 7595).

Invero, come illustrato nell'allegato parere pro-veritate a firma del dott. - OMISSIS-, Presidente dell'Associazione Nazionale dei Medici delle Direzioni Ospedaliere (ANMDO), la materia dell'igiene sanitaria ospedaliera è connotata, rispetto alla generica attività di pulizie civili ed industriali, da proprie peculiarità, in relazione alla prevenzione del rischio infettivo, statisticamente individuato tra le complicità più frequenti correlate all'assistenza sanitaria (cd. ICA), che implica la stretta osservanza di specifici protocolli sanitari volti ad impedire la diffusione di microrganismi dannosi per la salute dei pazienti, del personale medico ed infermieristico e degli altri operatori e frequentatori delle strutture del SSN (cfr., in particolare, le disposizioni contenute nella L. 8 marzo 2017, n. 24). E' evidente, infatti, che gli interventi di pulizia e sanificazione degli ambienti e delle attrezzature, descritti negli artt. 3 e ss. del capitolato tecnico, con le cadenze indicate nelle schede tecniche prestazionali allegate, sono utili per ridurre la cd. contaminazione di superficie e così a prevenire la trasmissione di agenti patogeni, attraverso l'utilizzo di specifiche metodiche da parte "di personale altamente specializzato" e la fornitura di prodotti idonei e materiale igienico diversificati per le cinque diverse aree omogenee classificate dal documento in base al livello di complessità ed all'intensità del rischio infettivo (in misura crescente dalle "aree esterne" e a "basso rischio" fino a quelle ad "altissimo rischio", quali le sale operatorie e la cd. area pulita).

Va aggiunto che l'oggetto dell'appalto comprende anche interventi straordinari (art. 4), come in caso di contaminazione accidentale con materiale organico, ove sono richieste operazioni appropriate proprio al fine di evitare "il trasferimento di microrganismi agli operatori addetti al servizio di pulizia, ad altri pazienti o all'ambiente" (pagina 19 del capitolato, sub art. 5.2).

Nello stesso documento è previsto (art. 5.3) che "L'impresa per partecipare alla gara deve indicare i prodotti che saranno utilizzati nell'esecuzione dell'appalto e allegare le relative schede tecniche e di sicurezza" e che tutti i prodotti chimici impiegati per la pulizia e disinfezione devono essere rispondenti alle vigenti norme nazionali e comunitarie (biodegradabilità, dosaggi, assenza di tossicità e di corrosione, avvertenze di eventuale pericolosità) e devono essere tra quelli compresi nel "Prontuario aziendale dei disinfettanti"; inoltre, l'impresa aggiudicataria deve rispettare "le specifiche tecniche e le clausole contrattuali di cui ai criteri ambientali minimi (CAM) del D.M. 24 maggio 2012 del Ministero dell'Ambiente della Tutela del Territorio e del Mare, recante "Criteri ambientali minimi per l'affidamento del

servizio di pulizia e per la fornitura di prodotti per l'igiene", e del D.M. 18 ottobre 2016 del Ministero dell'Ambiente della Tutela del Territorio e del Mare, recante "Criteri ambientali minimi per l'affidamento del servizio di sanificazione per le strutture sanitarie e per la fornitura di prodotti detergenti".

Ciò posto, nel caso di specie è pacifico che, per effetto della richiamata disposizione di servizio n. 598 del 15.12.2018, tra i componenti della commissione giudicatrice non solo non è restato più neanche un medico ma nessuno dei tre membri residui è dotato di specifiche conoscenze nel servizio di pulizia e sanificazione di ambienti ospedalieri. Infatti, il presidente (-OMISSIS-), come si evince dal curriculum vitae, è laureato in architettura e, quale Commissario di Governo per il terremoto d'Ischia, pur avendo una competenza tecnica generale in materia di pubbliche gare, non ne ha nello specifico settore oggetto dell'appalto. Analogamente, l'avvocato M. -OMISSIS-, laureata in giurisprudenza, è funzionario regionale della Direzione generale difesa del suolo ed ecosistema nonché coordinatore della stessa struttura commissariale, per cui, pur avendo una formazione giuridica ed una esperienza generale in tema di procedure di affidamento di appalti pubblici, non vanta alcuna particolare esperienza nella materia de qua. Infine, il terzo componente, avvocato -OMISSIS- società in house che opera nel settore dei rifiuti, al quale non è di certo assimilabile il servizio di pulizia, sanificazione e igienizzazione di strutture sanitarie comprensive degli ambienti ospedalieri.

8.7. Le considerazioni che precedono consentono di per sé di accogliere il primo motivo aggiunto, restando assorbiti gli ulteriori profili di censura non esaminati, ivi compresi quelli dedotti coi secondi motivi aggiunti.

8.8. La caducazione della nomina della commissione di gara nella sua composizione finale comporta il travolgimento, per illegittimità derivata, di tutti gli atti successivi della procedura di gara posti a valle, adottati sul presupposto della stessa, fino all'affidamento del servizio disposto con determina dirigenziale dell'UOC dell'A.S.L. Napoli 1 n. 118 del 24.4.2019, recante aggiudicazione di entrambi i lotti alla società -OMISSIS-, che va pertanto anch'essa annullata (cfr. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 7 maggio 2013, n. 13; Consiglio di Stato, Sez. III, 7 novembre 2018, n. 6299; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 23 aprile 2019, n. 2248).

9. Ad avviso del Collegio, valutati gli elementi di cui all'art. 122 del c.p.a., va dichiarata l'inefficacia dei contratti di appalto stipulati in data 28 ottobre 2019.

Alla stregua della norma richiamata, l'inefficacia del contratto non è una conseguenza automatica dell'annullamento dell'affidamento, ma costituisce oggetto di una specifica pronuncia giurisdizionale (cfr. Consiglio di Stato, Sezione III, 1 aprile 2016, n. 1308 e 17 ottobre 2017, n. 4797). Al riguardo, il menzionato art. 122 dispone: "1. Fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta".

In tale cornice normativa, occorre infatti considerare che, per effetto della pronuncia cautelare

della Sezione (ordinanza n. 1855 del 20 novembre 2019), con cui è stato disposto il “differimento delle eventuali operazioni di passaggio di cantiere in esito alla definizione del giudizio nel merito”, l’esecuzione dei contratti non è neppure iniziata.

Come già rilevato nella summenzionata ordinanza n. 1855/2019, va poi apprezzata l’“esigenza di evitare pregiudizievoli soluzioni di continuità nell’esecuzione del servizio, attraverso plurimi avvicendamenti”, “rafforzata anche dall’approssimarsi dell’udienza (fissata il 28 novembre 2019) innanzi al Consiglio di Stato, in relazione all’appello (r.g. n. 4073/2019) avverso la sentenza pronunciata dal T.A.R. Lazio circa la collegata procedura di affidamento del medesimo servizio mediante convenzione CONSIP” (dalla quale è stata esclusa la -OMISSIS- con provvedimento impugnato dalla stessa con ricorso R.G. n. 4667 del 2018, integrato con motivi aggiunti, respinto dal T.A.R. Lazio, Sezione II, con sentenza 12 febbraio 2019, n.1863, appellata col citato ricorso n. 4073/2019). Invero, la procedura oggetto del presente giudizio nasce come “gara ponte” per assicurare il servizio di pulizia sanitaria occorrente all’A.S.L. nel tempo strettamente necessario alla definizione della procedura per la stipula della convenzione Consip (in ragione dell’obbligo, cui è soggetta la stessa Azienda, di approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali o, in mancanza di queste ultime, dalla centrale nazionale, ai sensi dell’art. 1, comma 449 della L. 27/12/2006, n. 296, come successivamente integrato e modificato). In linea con l’evocata normativa, il disciplinare di gara (all’ultimo capoverso del punto 4.2., a pagina 10) stabilisce che “La stazione appaltante provvederà alla risoluzione del contratto in caso in cui intervengono successivi analoghi affidamenti da parte di -OMISSIS- SpA in seguito a gare centralizzate o in caso di convenzioni Consip SpA, senza che l’appaltatore avrà nulla a pretendere fatto salvo il pagamento delle prestazioni già erogate”.

9.1. Quanto alla decorrenza, considerato che i contratti non hanno prodotto effetti, l’inefficacia va dichiarata ab origine ossia dalla stipula degli stessi.

10. Il -OMISSIS-, con memoria notificata e depositata il 27 dicembre 2019, ha rilevato che i contratti stipulati in data 28 ottobre 2019, oltre che inefficaci ai sensi dell’art. 122 c.p.a., sarebbero pure nulli per violazione di norme imperative, in quanto:

- stipulati in violazione del principio di trasparenza e dell’obbligo di aderire alla convenzione Consip (ex art. 1, comma 1, D.L. 06/07/2012, n. 95 e dell’art. 5 del disciplinare di gara), in quanto, mentre la *lex specialis* prevedeva la risoluzione del contratto al sopraggiungere di analoghi affidamenti da parte di -OMISSIS- S.p.A. (centrale di committenza regionale) o di Consip, invece la clausola risolutiva apposta ai contratti (art. 4) subordinerebbe l’interruzione del rapporto al solo sopraggiungere della convenzione della centrale di committenza regionale, senza tener conto della procedura in corso per l’imminente scelta dell’esecutore della convenzione della centrale di committenza nazionale;

- sottoscritto da soggetto privo di poteri per impegnare l’ente verso terzi (id est il dott. E. -OMISSIS-, con la dichiarata qualifica di “Direttore F.F.”), non essendovi peraltro traccia di un eventuale atto di delega.

10.1. Ad avviso del Collegio, come eccepito dalle parti resistenti, la suddetta domanda di nullità fuoriesce dalla giurisdizione del giudice amministrativo e resta devoluta al giudice ordinario in base all’ordinario criterio di riparto del “*petitum sostanziale*” correlato alla concreta “*causa petendi*” dedotta in giudizio ossia all’intrinseca natura della posizione fatta valere.

Va rammentato al riguardo che l'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, D. Lgs. n. 104/2010 attribuisce alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo le controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture svolte da soggetti tenuti al rispetto dei procedimenti ad evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative. Tanto premesso, va osservato che, in via generale, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite afferma costantemente che rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie aventi ad oggetto gli atti della serie negoziale successiva alla stipulazione del contratto, cioè non solo quelle che attengono al suo adempimento e quindi concernenti l'interpretazione dei diritti e degli obblighi delle parti, ma anche quelle volte ad accertare le condizioni di validità, efficacia, nullità o annullabilità del contratto stesso (ex plurimis, Cassazione, Sez. un., ord. 10 aprile 2017, n. 9149; Id. 31 luglio 2018, n. 20347).

Reputa il Collegio che, nella specie, l'accertamento della nullità del contratto – che discenderebbe da presunti vizi propri, non collegati cioè ad una ragione di illegittimità della procedura gara – inerendo ad un rapporto di diritto comune, implica unicamente il coinvolgimento di posizioni riconducibili a diritti soggettivi, donde la sua attribuzione alla giurisdizione del giudice ordinario.

E, invero, la giurisdizione del giudice ordinario diviene pienamente operativa nella fase aperta dalla stipula del contratto, nella quale si è entrati a seguito della conclusione, con l'aggiudicazione, di quella pubblicistica; in tale fase "i contraenti, P.A. e privato, si trovano in una posizione paritetica e le rispettive situazioni soggettive si connotano del carattere, rispettivamente, di diritti soggettivi ed obblighi giuridici" (cfr., ex multis, Cassazione, Sez. Un., 9 marzo 2018, n. 5788; Id., 3 maggio 2017, n. 10705). 10.2. Ne discende l'inammissibilità della domanda per difetto di giurisdizione di questo Tribunale amministrativo, salva la possibilità di riassumerla avanti il giudice ordinario, ai sensi dell'art. 11, comma 2, c.p.a..

11. Passando alle due cause con numeri di registro generale 1718 e 1719 del 2019, va dichiarata l'irricevibilità dei ricorsi introduttivi, notificati il 24 aprile 2019, coi quali la società -OMISSIS- ha impugnato l'ammissione della società -OMISSIS-, ai sensi dell'art.120, comma 2 bis, D. Lgs. 104/2010, all'epoca vigente, per le stesse ragioni illustrate al capo 7, valevoli anche per la concorrente poi classificatasi al secondo posto in entrambi i lotti.

11.1. Analogamente a quanto disposto per il ricorso di -OMISSIS-(al capo 8.), la declaratoria di tardività investe anche le censure proposte coi primi e secondi motivi aggiunti, avverso l'aggiudicazione definitiva, basate sull'asserita illegittimità della partecipazione della -OMISSIS-.

11.2. La residua doglianza di difetto di motivazione dell'atto di affidamento del servizio (sollevata nell'ambito del primo motivo aggiunto (rubricato al punto 1.5), che configura un vizio autonomo del provvedimento finale, va invece dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse, atteso che l'aggiudicazione è stata già annullata col primo ricorso esaminato (cfr. capo 8.8.), per il vizio travolgente posto a monte concernente la composizione della commissione giudicatrice.

11.3. Le ragioni già sopra enunciate (al capo 9.) circa l'inefficacia dei contratti vanno integralmente ribadite anche in questa sede e consentono di respingere anche la domanda di subentro avanzata da -OMISSIS-.

11.4. L'esito dei ricorsi principali va esteso anche ai ricorsi incidentali, introdotti dall'originaria aggiudicataria avverso la partecipazione di - OMISSIS-, che pertanto si palesano anch'essi tardivi, nella parte in cui (2° motivo) contestano la mancanza del requisito di partecipazione concernente la capacità economica e finanziaria, e comunque improcedibili, per sopravvenuto difetto d'interesse, nella parte in cui (1° motivo) criticano l'attendibilità dell'offerta della ricorrente principale.

12. Infine, può passarsi al ricorso R.G. n. 2163 del 2019, proposto da - OMISSIS-, con riferimento al lotto n. 1, in cui si è classificata al terzo posto, notificato il 27 maggio 2019.

12.1. Va innanzitutto dato atto che, all'udienza camerale del 10 settembre 2019, l'avv. Scalia ha dichiarato, come da verbale, che l'Amministrazione ha ottemperato alla richiesta di ostensione dei documenti e che pertanto la parte non ha più interesse alla trattazione della domanda di accesso incidentale ex art. 116, comma 2, c.p.a.

12.2. Tanto premesso, sulla base delle considerazioni fin qui svolte, la domanda impugnatoria azionata da -OMISSIS- va dichiarata anch'essa irricevibile, nella parte in cui è diretta a mettere tardivamente in discussione l'ammissione di -OMISSIS- per l'asserito difetto dei requisiti di partecipazione, ed improcedibile, per sopravvenuto difetto d'interesse, nella parte in cui assume l'anomalia dell'offerta della seconda graduata.

12.3. Le ragioni già sopra evidenziate circa la sorte del contratto di appalto vanno ulteriormente ribadite e consentono di respingere anche la domanda di subentro avanzata da -OMISSIS-.

13. La particolarità dell'intera, complessa vicenda contenziosa giustifica l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra tutte le parti in causa. 14. Il contributo unificato resta a carico delle parti ricorrenti, fatto salvo solo quello anticipato da -OMISSIS- per i primi motivi aggiunti, che per legge segue la soccombenza. L'ASL Napoli 1 Centro va pertanto condannata alla sua refusione a favore della ricorrente.

15. Ad avviso del Collegio sussistono i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016) a tutela dei diritti o della dignità delle parti interessate, per cui manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle denominazioni delle società e delle generalità di tutte le persone fisiche menzionate nel provvedimento.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, previa riunione, sui quattro ricorsi in

epigrafe, così statuisce:

- quanto al ricorso R.G. n. 1674 del 2019, dichiara irricevibile la domanda di annullamento

proposta da -OMISSIS-con l'atto introduttivo; in parte dichiara inammissibili ed in parte accoglie i motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla la disposizione di servizio n. 598 del 15.12.2018, con cui è stata modificata la composizione della commissione di gara e, per illegittimità derivata, tutti gli atti successivi della procedura di gara adottati sul presupposto della stessa, ivi compresa la determina dirigenziale n. 118 del 24.4.2019, recante l'aggiudicazione definitiva del servizio per i lotti n. 1 e n. 2;

- quanto ai ricorsi R.G. nn. 1718-1719/2019, dichiara irricevibili le domande impugnatrici avanzate da -OMISSIS- con gli atti introduttivi; dichiara in parte irricevibili ed in parte improcedibili i motivi aggiunti ed i ricorsi incidentali proposti nell'ambito degli stessi giudizi, nei sensi di cui in motivazione;

- quanto al ricorso R.G. n. 2163 del 2019, dichiara in parte irricevibile ed in parte improcedibile, nei termini di cui in motivazione, la domanda impugnatoria azionata da -OMISSIS-;

- con riferimento a tutte le cause, dichiara l'inefficacia dei contratti di appalto con decorrenza dalla data della loro stipula (28 ottobre 2019);

- respinge le domande di subentro nel rapporto contrattuale avanzate da -OMISSIS- e da -OMISSIS- nei giudizi rispettivamente proposti;

- dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo la domanda di -OMISSIS- dedotta nella causa R.G. n. 1674/2019, diretta ad ottenere la declaratoria di nullità degli stessi contratti, rientrando la stessa nella sfera di giurisdizione del giudice ordinario, fatti salvi gli effetti discendenti dall'art. 11, comma 2, c.p.a.;

- compensa tra tutte le parti in causa le spese di giudizio;

- condanna l'ASL Napoli 1 Centro alla refusione del solo contributo anticipato da -OMISSIS-per i primi motivi aggiunti, nell'ambito del giudizio R.G. n. 1674/2019, restando lo stesso a carico delle parti ricorrenti negli altri casi;

- manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle denominazioni delle società e delle generalità di tutte le persone fisiche menzionate nel provvedimento, ai sensi dell'articolo 52, commi 1 e 2, del D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016;

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del 14 gennaio 2020.