

R.T.I. “sovrabbondante”: libera concorrenza e favor participationis.

di Valeria Vitale

Data di pubblicazione: 22-7-2017

1. Nel nostro ordinamento non esiste una regola o un principio generale che vieti ad un RTI sovrabbondante di partecipare alla gara pubblica.

(1). Conformi: Cons. St., Sez. III, 12 febbraio 2013, n. 842; Cons. St., Sez. V, 8 febbraio 2017, n. 560; Cons. St., Sez. III, 24 maggio 2017, n. 2452.

Guida alla lettura

Con la decisione in commento, il Consiglio di Stato affronta, tra le altre, la questione relativa all'**ammissibilità della partecipazione alla gara di un RTI “sovrabbondante”**, vale a dire di un raggruppamento in cui sono presenti imprese che, già da sole, possiedono i requisiti economici e tecnici richiesti per la partecipazione.

Nel risolvere in senso positivo la problematica in oggetto, il Collegio si pone nel solco di un consolidato orientamento giurisprudenziale, confermato anche dall'**ANAC**, con il **parere del 21 maggio 2014, n. 114**.

Prima di soffermarsi sulle considerazioni effettuate dal Consesso nella pronuncia annotata, appare opportuno mettere in rilievo che i **principi** che entrano in gioco nell'ipotesi di partecipazione alla gara da parte di un RTI “sovrabbondante” sono, da una parte, il **principio di libera concorrenza**, e, dall'altra parte, il **principio del favor participationis** di matrice europea, in base al quale è ammessa la **partecipazione di soggetti riuniti alle gare pubbliche, a prescindere dalla forma giuridica degli stessi**.

Tanto chiarito con riguardo ai principi da considerare al fine di risolvere la questione dell'ammissibilità della partecipazione ad una gara di un RTI sovrabbondante, è possibile dare conto di quanto affermato dai giudici amministrativi nella decisione in commento. Al riguardo, la Sezione ritiene, in accordo con la tesi giurisprudenziale maggioritaria, che **nel nostro ordinamento non esiste “alcuna regola o principio che imponga in assoluto l'esclusione del r.t.i. 'sovrabbondante'”**.

Tanto rilevato in via generale, precisa, tuttavia, il Consesso che, nello specifico caso considerato, la legge di gara imponeva la segnalazione del fenomeno in questione all'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato e, inoltre, come rilevato dal giudice di prime cure, la “sovrabbondanza” del RTI, costituito da due colossi del mercato di riferimento, non ha

comportato la presentazione di un'offerta caratterizzata da un ribasso tale da escludere gli altri concorrenti alla gara; in tal modo, dunque, il RTI "sovrabbondante" non ha dato vita ad effetti distorsivi della concorrenza.

Dalle considerazioni effettuate, è, quindi, possibile desumere che, nel bilanciamento tra principio di libera concorrenza e principio del favor participationis, quest'ultimo arretra soltanto nell'ipotesi in cui nel raggruppamento "sovrabbondante" si possano ravvisare profili anticoncorrenziali.

Dato atto di quanto sancito dal Consiglio di Stato nella decisione oggetto di nota, occorre segnalare, sull'argomento, il già citato parere **ANAC n. 114 del 21 maggio 2014**, con cui l'Autorità si è soffermata sulla legittimità della cosiddetta "**clausola antitrust**", ovvero la clausola con cui si esclude la partecipazione alla gara di raggruppamenti sovrabbondanti.

In proposito, l'Anac ha chiarito, in via preliminare, che non è ammissibile un divieto generale di partecipazione per i raggruppamenti sovrabbondanti (cfr. anche Determinazione Anac n. 4 del 10 ottobre 2012) e si è interrogata, in seconda analisi, sulla legittimità delle clausole che sanciscono il divieto di raggruppamento sovrabbondante. Al riguardo, la giurisprudenza (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 9 aprile 2013, n. 3558) ha affermato che la clausola antitrust, tesa ad escludere a priori la partecipazione di un raggruppamento sovrabbondante, non è ammissibile; si tratterebbe, infatti, di una clausola escludente in contrasto con il principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 46, comma 1-bis, del vecchio Codice dei contratti pubblici.

E' stato ulteriormente chiarito, da parte dell'Anac, che: "è sempre consentita la possibilità di costituire raggruppamenti temporanei, anche sovrabbondanti, e che l'eventuale esclusione può avvenire solo in alcuni casi particolari, cioè qualora ciò sia proporzionato e giustificato in relazione alla tipologia o alla dimensione del mercato di riferimento. In ogni caso, si rammenta che l'esclusione non potrà mai essere automatica e che la stazione appaltante, qualora ravvisi possibili profili anticoncorrenziali nella formazione del raggruppamento, ha l'onere di valutare in concreto la situazione di fatto, richiedendo ai concorrenti le relative giustificazioni, che potranno basarsi non solo su elementi legati ad eventuali stati di necessità, in termini di attuale capacità produttiva, ma su ogni altro fattore rientrante nelle libere scelte imprenditoriali degli operatori economici, come l'opportunità ovvero la convenienza di partecipare in raggruppamento alla luce del valore, della dimensione o della tipologia del servizio richiesto. Nell'ambito della valutazione di tali elementi, la stazione appaltante dovrà, quindi, accertare se la formazione del raggruppamento ha avuto per oggetto o per effetto quello di falsare o restringere la concorrenza, e solo in caso di esito positivo dovrà essere disposta l'esclusione dalla gara".

Occorre, infine, segnalare che sulla questione si è pronunciata anche l'Autorità per la tutela della Concorrenza e del Mercato, affermando che l'ammissibilità di una clausola di esclusione del RTI "sovrabbondante" e la conseguente applicazione della stessa da parte della stazione appaltante si connette con il principio di proporzionalità; in tal senso, l'esclusione del raggruppamento è possibile ove, nell'ipotesi concreta, lo stesso incida negativamente sulla libera concorrenza, in violazione dell'art. 101 TFUE e dell'art. 2 della legge n. 287 del 1990.

In considerazione di ciò, l'Agcm ritiene legittimo inserire nei bandi di gara clausole escludenti la partecipazione di RTI "sovrabbondanti" soltanto in presenza delle seguenti condizioni:

"1) la clausola espliciti le ragioni della possibile esclusione in relazione alle esigenze del caso concreto, quali la natura del servizio e/o l'assetto del mercato di riferimento;

2) la clausola preveda che l'esclusione del RTI non può essere automatica, essendo la stazione appaltante tenuta a dimostrare la sussistenza di rischi concreti e attuali di collusione delle imprese partecipanti alla gara in raggruppamento;

3) la clausola disponga che la valutazione della stazione appaltante, relativa alla sussistenza dei possibili profili anticoncorrenziali nella formazione del raggruppamento, tenga conto delle giustificazioni – in termini di efficienza gestionale e industriale, alla luce del valore, della dimensione o della tipologia del servizio richiesto – che le imprese partecipanti al RTI forniscono al momento della presentazione della domanda o su richiesta della stazione appaltante".

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1805 del 2017, proposto da Hospital Service s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Giuliano Di Pardo, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza del Popolo, n. 18;

contro

Intercent – ER Agenzia Regionale per lo Sviluppo dei Mercati Telematici, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Alessandro Lolli e dall'Avvocato Aristide Police, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Aristide Police in Roma, via di villa Sacchetti, n. 11;

Regione Emilia Romagna, non costituita in giudizio;

Azienda U.S.L. di Bologna, non costituita in giudizio;

Istituto Ortopedico Rizzoli di Bologna, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Servizi Ospedalieri s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di capogruppo dell'a.t.i. con Servizi Italia s.p.a., rappresentata e difesa dall'Avvocato Gaetano Di Giacomo e dall'Avvocato Enza Maria Accarino, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Gaetano Di Giacomo in Roma, via Cicerone, n. 49;
Servizi Italia s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per l'Emilia Romagna, sede di Bologna, sez. II, n. 1012 del 2016, resa tra le parti, concernente la determina n. 118 del 18 maggio 2016, con la quale Intercent – ER Agenzia Regionale di Sviluppo dei Mercati Telematici ha aggiudicato la gara per l'affidamento dei servizi integrati di lavanolo (noleggio e sanificazione) per l'Azienda U.S.L. di Bologna e Bagheria, per un importo totale a base d'asta di € 28.875.954,00, in favore dell'a.t.i. costituito da Servizi Ospedalieri s.p.a. e da Servizi Italia s.p.a., nonché tutti gli atti gara, prodromici e consequenziali

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Servizi Ospedalieri s.p.a. e di Intercent – ER Agenzia Regionale di Sviluppo dei Mercati Telematici;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 giugno 2017 il Consigliere Massimiliano Noccelli e uditi per l'odierna appellante principale, Hospital Service s.r.l., l'Avvocato Giuliano Di Pardo, per Intercent – ER Agenzia Regionale di Sviluppo dei Mercati Telematici l'Avvocato Aristide Police e per la controinteressata Servizi Ospedalieri s.p.a. l'Avvocato Franco Massimo Lanocita su delega dell'Avvocato Enza Maria Accarino e dell'Avvocato Gaetano Di Giacomo;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Intercent – ER Agenzia Regionale per lo Sviluppo dei Mercati Telematici (di qui in avanti, per brevità, Intecent – ER) ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei servizi integrati di lavanolo (noleggio e sanificazione) per l'Azienda U.S.L. di Bologna e l'Istituto Ortopedico Rizzoli di Bologna e Bagheria, per un importo totale a base d'asta parti ad € 28.875.954,00, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa con assegnazione di un punteggio massimo per la qualità pari a 60 e di un punteggio massimo per il prezzo pari a 40.

1.1. Alla procedura hanno preso parte il r.t.i. costituito da Servizi Ospedalieri s.p.a. e Servizi

Italia s.p.a., da un lato, e l'odierna appellante, Hospital Service s.r.l., dall'altro.

All'esito delle operazioni di gara Intercent – ER, con la determina n. 118 del 18 maggio 2016, la gara è stata aggiudicata al r.t.i. costituito da Servizi Ospedalieri s.p.a. e da Servizi Italia s.p.a.

1.2. Avverso tale determina e tutti gli atti presupposti di gara Hospital Service s.r.l. ha proposto ricorso avanti al T.A.R. per l'Emilia Romagna, sede di Bologna, e ne ha chiesto, previa sospensione, l'annullamento con conseguente aggiudicazione della gara in proprio favore o ristoro per equivalente o, in subordine e comunque, per l'annullamento dell'intera procedura di gara.

1.3. Si sono costituiti nel primo grado del giudizio Intercent – ER e Servizi Ospedalieri s.p.a., quale mandatario del r.t.i. aggiudicatario, ed hanno chiesto la reiezione del ricorso proposto da Hospital Service s.r.l.

1.4. La controinteressata Servizi Ospedalieri s.p.a. ha proposto, a sua volta, ricorso incidentale, con il quale ha dedotto che l'offerta presentata da Hospital Service s.r.l. dovesse essere esclusa dalla gara.

1.5. Il T.A.R. per l'Emilia Romagna, sede di Bologna, con la sentenza n. 1012 del 6 dicembre 2016, prescindendo dall'esaminare le eccezioni di irricevibilità e di inammissibilità del ricorso principale sollevate dalla controinteressata, ha respinto sia il ricorso principale proposto da Hospital Service s.r.l. che quello incidentale proposto da Servizi Ospedalieri s.p.a. e ha condannato entrambe a rifondere le spese del giudizio nei confronti dell'Amministrazione, costituitasi in resistenza.

2. Avverso tale sentenza ha proposto appello principale Hospital Service s.r.l. e ne ha chiesto, la riforma, con il conseguente annullamento degli atti impugnati in primo grado, la declaratoria di inefficacia del contratto, *medio tempore* eventualmente stipulato, e l'aggiudicazione della gara in proprio favore o, in subordine, il risarcimento del danno.

2.1. Si è costituita la controinteressata Servizi Ospedalieri s.p.a., che ha a sua volta proposto appello incidentale contro la sentenza sia nella parte in cui non ha esaminato le eccezioni preliminari, sollevate in primo grado, sia nella parte in cui ha respinto il ricorso incidentale escludente.

2.2. Si è costituita anche l'appellata Intecent – ER per chiedere la reiezione sia dell'appello principale che di quello incidentale.

2.3. Nella pubblica udienza del 15 giugno 2017 il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

3. Entrambi gli appelli, principale e incidentale, devono essere respinti.

3.1. Ritiene il Collegio di poter prescindere, attesa la evidente infondatezza di entrambe le

impugnazioni, dalle questioni preliminari di inammissibilità dell'originario ricorso, proposte con l'appello incidentale, questioni dalle quali il primo giudice, a sua volta, ha ritenuto di poter prescindere per la medesima ragione.

4. Con il primo motivo dell'appello principale (pp. 3-7 del ricorso) Hospital Service s.r.l. deduce l'erroneità della sentenza impugnata per aver ritenuto che Alessio Dardi non fosse un amministratore di Servizi Ospedalieri s.p.a., come invece la stessa Servizi Ospedalieri aveva ammesso in sede di gara, non tenuto a rendere la dichiarazione di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, ma un procuratore speciale, ciò che avrebbe dovuto determinare l'esclusione di Servizi Ospedalieri s.p.a., in quanto è risultato a carico di Alessio Dardi un decreto di condanna, emesso dal G.I.P. presso il Tribunale di Bologna per guida in stato di ebbrezza, punito con l'arresto di cinque giorni ed una ammenda pari ad € 600,00.

4.1. Il motivo è destituito di fondamento perché Alessio Dardi in sede di gara non è mai stato indicato da Servizi Ospedalieri s.p.a. come amministratore della società (doc. 6 fasc. Intercent – ER depositato in primo grado), avendo il legale rappresentante di Servizi Ospedalieri s.p.a., Morini, indicato *ad abundantiam* nel modulo predisposto dalla stazione appaltante anche i procuratori speciali (tra cui, appunto, Alessio Dardi) e i responsabili tecnici, né risulta in qualche modo da visure camerali o da procure, depositate agli atti, che egli sia un amministratore della società, sicché, come ha ritenuto il primo giudice, la mancata dichiarazione del decreto penale di condanna da parte di detto procuratore speciale con poteri limitati alla sola gestione del personale, ai sensi dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, non costituisce causa di esclusione dalla gara.

5. Con il secondo motivo (pp. 7-13 del ricorso) dell'appello principale, ancora, Hospital Service s.r.l. lamenta che la Commissione di gara avrebbe illegittimamente consentito l'integrazione dell'offerta tecnica, presentata dal r.t.i. poi risultato aggiudicatario, e assume di avere prodotto in primo grado i verbali di gara, i quali certificherebbero che per numerosi aspetti la Commissione non avrebbe potuto procedere alla valutazione dell'offerta in ragione della sua incompletezza, provvedendovi solo una volta ricevute da Servizi Ospedalieri s.p.a. le necessarie integrazioni.

5.1. Avrebbe perciò errato il primo giudice nel ritenere che non vi sia stata una radicale modificazione ed integrazione dell'offerta in corso di gara, illegittimamente consentita dalla Commissione, e che la sua censura fosse generica per via di un indistinto richiamo ai sottocriteri di valutazione, quando invece risultava evidente, e ben circostanziata, la denuncia di un indebita applicazione del c.d. soccorso istruttorio per consentire una integrazione dell'offerta tecnica, in spregio, peraltro, della *par condicio*, violazione, questa, che avrebbe dovuto indurre almeno il primo giudice, silente sul punto, se non ad escludere Servizi Italia s.p.a. quantomeno a disporre la rinnovazione della gara.

5.2. Anche questo motivo è palesemente destituito di fondamento.

5.3. Correttamente il primo giudice ha ritenuto, anzitutto, la genericità della censura, formulata in modo troppo generico per consentire di apprezzare in cosa, concretamente, si sarebbe sostanziata la presunta integrazione/modificazione dell'offerta consentita dalla Commissione.

5.4. In ogni caso, come Intercent – ER ha convincentemente dimostrato, l'intervento della Commissione era stato diretto ad ottenere chiarimenti in ordine ad alcuni punti dell'offerta tecnica e non già a consentirne una modifica/completamento *ex post* e le risposte della concorrente hanno solo chiarito espressioni o elementi già presenti nell'offerta tecnica quanto, ad esempio, ai sottocriteri 1, 16 e 18, senza che ciò abbia comportato alcuna integrazione o manipolazione dell'offerta o vanificazione delle regole della concorrenza, ove si consideri, peraltro, che la stessa Hospital Service s.r.l., come emerge dalla lettura del verbale n. 9 del 25 febbraio 2016, si è giovata della medesima previsione del disciplinare di gara (art. 4, pag. 21), che consentiva di richiedere chiarimenti in ordine al contenuto dei documenti presentati, senza alterare il contenuto dell'offerta.

6. Con il terzo motivo dell'appello principale (pp. 13-17 del ricorso) Hospital Service s.r.l. censura la sentenza impugnata per non aver adeguatamente compreso, prima ancor che valutato, il motivo inerente alla composizione della Commissione giudicatrice, i cui membri sarebbero stati selezionati, a dire dell'appellante, senza alcuna specifica giustificazione e/o motivazione circa le elevate competenze richieste per l'appalto in questione, di particolare complessità anche tecnologica (anche sul piano informatico), essendo parso sufficiente al T.A.R. per l'Emilia Romagna riconoscere in capo a due commissari su tre la adeguata competenza rispetto al servizio richiesto, quello di lavanolo della biancheria ospedaliera, per il solo fatto di avere il titolo di studio e l'esperienza professionale di infermiere.

6.1. Il motivo va respinto.

6.2. Al riguardo occorre rilevare, infatti, che le due infermiere professionali utilizzatrici del servizio – Irene Petruzzelli e Manila Bettazzoni – erano e sono dotate di tutte le competenze tecnico-professionali adeguate a valutare le offerte presentate in rapporto allo specifico servizio – lavanolo della biancheria ospedaliera – oggetto di gara.

Anche il controllo e il monitoraggio del servizio attraverso strumentazioni informatiche è ampiamente utilizzato dalle Aziende Ospedaliere, sicché il personale infermieristico, che se ne avvale, è capace di apprezzare anche tale aspetto "tecnologico" dell'offerta relativa al servizio di lavanolo, senza dovere aggiungere ad ipotizzare, come a torto pretende l'appellante, un bagaglio di conoscenze ingegneristiche e chimico-biologiche.

6.3. Di qui, con evidenza, l'infondatezza della censura.

7. Con il quarto motivo dell'appello principale (pp. 17-20 del ricorso) Hospital Service s.r.l. lamenta l'erroneità della sentenza impugnata per non avere ritenuto illegittima l'ammissione alla gara di un r.t.i. sovrabbondante, in quanto composto da due "colossi" del settore, Servizi Ospedalieri s.p.a. e Servizi Italia s.p.a., «*prima storici avversarsi nell'acquisizione di commesse pubbliche, oggi paradigmatici alleati*», che deterrebbero una quota rilevante del mercato di riferimento.

7.1. Il motivo è destituito di fondamento.

7.2. Bene ha osservato, al riguardo, il primo giudice che nel nostro ordinamento non esiste

alcuna regola o principio che imponga in assoluto l'esclusione del r.t.i. sovrabbondante (v., sul punto e da ultimo, Cons. St., sez. III, 24 maggio 2017, n. 2452, che ribadisce un principio consolidato nella giurisprudenza di questo Consiglio e ribadito anche dall'ANAC nel parere n. 114 del 21 maggio 2014), mentre è vero che la legge di gara, nel caso di specie, imponeva la segnalazione del fenomeno all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ciò che Intercent – ER ha puntualmente provveduto a fare.

7.3. Del resto, occorre qui aggiungere, ammesso e non concesso che Servizi Ospedalieri s.p.a. e Servizi Italia s.p.a. siano i due più grandi operatori del mercato secondo quanto afferma Hospital Service s.r.l., ciò che la sentenza impugnata ha inteso negare per la mancata prova di tale affermazione, la stessa appellante riconosce che la “sovrabbondanza” del r.t.i. non ha avuto, quale conseguenza, la presentazione di un’offerta avente un ribasso tale da “tagliare fuori” gli altri concorrenti dalla gara, con un effetto concretamente anticoncorrenziale tanto incisivo da costituire conferma e prova che l'alleanza tra Servizi Ospedalieri s.p.a. e Servizi Italia s.p.a., allo stato, abbia lo scopo di saturare il mercato.

7.4. Da ciò consegue la reiezione del motivo in esame.

8. Con il quinto motivo dell'appello principale (pp. 20-24 del ricorso) Hospital Service s.r.l. sostiene che il r.t.i. aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso, per la violazione dell'art. 38, comma 1, lett. d), del d. lgs. n. 163 del 2006, in quanto Servizi Italia s.r.l. avrebbe quale socio azionista, all'8,7% del capitale sociale, Kabouter Management LLCC, società fiduciaria non autorizzata ad operare in Italia.

8.1. Il primo giudice ha disatteso la censura perché ha rilevato che si tratta di un “*Mutual Fund Advisor*” e che essa possiede l'8,6% delle azioni di Servizi Italia s.p.a. a titolo di gestione discrezionale del risparmio, e ciò senza che la ricorrente abbia dimostrato, come sarebbe stato suo onere, che Kabouter Management sia una società fiduciaria non autorizzata (p. 12 della sentenza impugnata).

8.2. La censura dell'appellante principale va respinta.

8.3. Essa non ha infatti dimostrato convincentemente, nemmeno in questa sede, che Kabouter Management LLCC sia una società fiduciaria, con conseguente applicazione del divieto di intestazione fiduciaria, previsto dall'art. 38, comma 1, lett. d), del d. lgs. n. 163 del 2006, risultando per converso, anzi, che essa sia una comune società di investimento che partecipa ad altre società, in cui ritiene che vi siano occasioni di investimenti.

8.4. Su analoga questione, giova solo qui aggiungere, la Sezione si è del resto recentemente già pronunciata, in senso reiettivo della doglianza, del tutto indimostrata quanto alla asserita natura fiduciaria della società americana (v., infatti, Cons. St., sez. III, 24 maggio 2017, n. 3452, in particolare *sub* § 9).

9. Con il sesto motivo dell'appello principale (pp. 24-38 del ricorso), infine, Hospital Service s.r.l. censura la sentenza impugnata per avere erroneamente respinto l'articolato motivo, proposto in primo grado, in ordine alle valutazioni tecniche espresse dalla Commissione,

«delle quali non risulta dimostrata l'irragionevolezza, sicché – secondo il primo giudice – anche le doglianze dedotte con il motivo in esame non possono essere accolte» (p. 13 della sentenza impugnata).

9.1. Assume l'appellante principale che, così argomentando, il T.A.R. per l'Emilia Romagna sarebbe incorso in un evidente difetto di motivazione per avere essa espresso una puntuale disamina dei giudizi dei commissari e avere censurato la sproporzione dei punteggi assegnati e l'illogicità delle valutazioni esternate dalla Commissione.

9.2. Hospital Service s.r.l. ha perciò riproposto le singole censure relative agli specifici sottocriteri (ad esempio, e tra gli altri, la qualità dei materiali, la vestibilità e il confort degli articoli di biancheria confezionata, la funzionalità e la visibilità dei codici colore applicati alle divise, l'estetica dei capi per il personale 118 e per il GAE, l'efficienza delle modalità di svolgimento delle movimentazioni esterne, le caratteristiche del sistema di tracciabilità offerto per la biancheria piana, l'ampliamento delle strutture territoriali gestite tramite distribuzione automatizzata rispetto ai minimi previsti in capitolato tecnico, l'eshaustività del sistema di reporting e KPI implementati, le altre funzionalità, e via dicendo), segnalando, per ciascuno di essi, la sopravvalutazione dell'offerta presentata dal r.t.i. aggiudicatario o, per converso, la sottovalutazione della propria offerta.

9.3. È evidente, tuttavia, l'infondatezza della censura non solo perché essa, nella sua estesa formulazione, non supera la prova di resistenza, essendovi uno scarto di oltre 21 punti tra le due offerte sul piano della valutazione tecnica, ma anche perché la Commissione ha accuratamente esaminato ogni singolo aspetto dell'offerta, in rapporto ai singoli sottocriteri, motivando adeguatamente la propria valutazione, che non appare affetta da macroscopici errori o manifesta irragionevolezza nel proprio apprezzamento tecnico-discrezionale, al quale l'appellante pretenderebbe di sovrapporre e sostituire il proprio in una prospettiva irragionevolmente penalizzante per l'offerta dell'aggiudicataria, risultata essere di miglior qualità sul piano tecnico.

9.4. Anche se si volesse prescindere del resto da tali assorbenti considerazioni, e scendendo nel particolare all'esame dei singoli apodittici rilievi mossi per la valutazione in rapporto ad ogni singolo criterio, chiara appare la parzialità e la unilateralità di detti rilievi come, esemplificativamente, per i sottocriteri 7, 8 e 9, per i capi 118 e del GAE, laddove è evidente, e persino incontestato, che i capi presentati dall'odierna appellante non fossero conformi a quanto richiesto sia per foggia o per tessuto, come la Commissione aveva puntualmente evidenziato, mentre i capi offerti dal r.t.i. aggiudicatario risultassero molto soddisfacenti sul piano dei materiali e delle rifiniture, o per il sottocriterio n. 11, laddove la Commissione ha valorizzato i molteplici sistemi di lettura del *microchip* offerto dal r.t.i. aggiudicatario, mentre l'appellante insiste nell'affermare immotivatamente che la sua offerta consentisse una maggiore tracciabilità anche a fronte del fatto che esso non consentisse di rintracciare i capi smarriti anche al di fuori della struttura sanitaria.

9.5. In generale, con riferimento a tutti i singoli sottocriteri, analogo è il *modus procedendi* dell'appellante, del tutto errato, prima ancora che inammissibile, laddove tace degli elementi positivi premiati dalla Commissione nell'offerta presentata da Servizi

Ospedalieri s.p.a. ed esalta irragionevolmente la propria.

9.6. Si pensi, ancora ad esempio, al sottocriterio n. 15, per il quale la Commissione ha valutato che l'aggiudicatario gestisce un numero elevato di capi in modo automatizzato, mentre l'appellante gestisce solo le giacche a vento, al sottocriterio n. 23, laddove la stessa appellante non contesta il giudizio della Commissione sulla sommarietà e scarsa intellegibilità nell'offerta del *reporting*, non potendo ottenere certo un punteggio superiore sul punto, come a torto essa pretende.

9.7. Non può che seguirne, pertanto, la reiezione del complesso motivo in esame non solo per la sua genericità, ma per la sua infondatezza sia nel metodo che nel merito.

10. Devono essere esaminati, sinteticamente e nel merito, i quattro motivi dell'appello incidentale proposti, a sua volta, da Servizi Ospedalieri s.p.a., prescindendosi, qui, da tutte le questioni sollevate con detto appello in ordine all'ammissibilità dell'originario ricorso proposto in primo grado, già esaminati, come detto, nel merito.

11. Con il primo motivo dell'appello incidentale (pp. 11-15) Servizi Ospedalieri s.p.a. censura la sentenza impugnata per non avere statuito l'esclusione di Hospital Service s.r.l. in ragione della falsa dichiarazione della seconda graduata in ordine al proprio fatturato.

11.1. Il primo giudice ha affermato che la verifica in ordine alla veridicità del fatturato, ai sensi dell'art. 48 del d. lgs. n. 163 del 2006, non doveva essere effettuata perché Hospital Service s.r.l. si era qualificata seconda in graduatoria, con conseguente radicale infondatezza della censura.

11.2. Secondo l'appellante incidentale, invece, la verifica andava comunque effettuata e dalla stessa sarebbe emersa la non veridicità della dichiarazione in ordine al fatturato conseguito da Hospital Service s.r.l. per il contratto quadriennale di lavanolo presso l'A.U.S.L. di Pescara.

11.3. La censura deve essere respinta perché, come ha correttamente statuito il primo giudice, Hospital Service s.r.l., in quanto piccola-media impresa (qualità, questa, incontestata dalla stessa appellante incidentale) seconda graduata, non doveva essere assoggettata alla verifica prevista dall'art. 48, comma 2, del d. lgs. n. 163 del 2006, in virtù di quanto stabilisce l'art. 13, comma 4, della l. n. 180 del 2011, secondo cui «*la pubblica amministrazione e le autorità competenti, nel caso di micro, piccole e medie imprese, chiedono solo all'impresa aggiudicataria la documentazione probatoria dei requisiti di idoneità previsti dal codice di cui al d. lgs. n. 12 aprile 2006, n. 163*», sicché la verifica del requisito, ai sensi dell'art. 48, comma 2, del d. lgs. n. 163 del 2006 non doveva essere svolta nei confronti di Hospital Service s.r.l. quale piccola-media impresa, seconda graduata (v., sul punto, Cons. St., sez. IV, 29 luglio 2016, n. 3433).

12. Con il secondo motivo dell'appello incidentale (pp. 15-21) Hospital Service s.r.l. censura la sentenza impugnata per non avere sancito l'esclusione dell'offerta, presentata da Hospital Service s.r.l., che non sarebbe risultata semplicemente inadeguata, come ha ritenuto la Commissione di gara, ma addirittura e radicalmente incompleta, mancando dall'analisi

dell'allegato 1 e dell'allegato 3 dell'offerta tecnica di Hospital Service s.r.l. tutte le schede tecniche della materasseria, ben 6 schede tecniche della biancheria destinata al personale 118 e GAE nonché i certificati ministeriali di omologazione di reazione al fuoco delle fodere per il guanciaie.

12.1. A fronte di tale incompletezza la Commissione di gara ha dato un punteggio pari a 0 all'offerta di Hospital Service s.r.l., con un giudizio tuttavia illegittimo, secondo l'appellante incidentale, perché la carenza dell'offerta sul punto non la rendeva meramente inadeguata, con l'assegnazione di un punteggio nullo, ma in radice incompleta e, quindi, da escludersi.

12.2. Il motivo va respinto.

12.3. Come ha ritenuto il primo giudice, infatti, la carenza sostanziale della documentazione presentata da Hospital Service s.r.l., ai sensi dell'art. 4 del disciplinare, non doveva determinare l'esclusione dalla gara laddove avesse consentito comunque alla Commissione di valutare i servizi e i prodotti offerti, e nel caso di specie tale valutazione la Commissione è comunque riuscita ad effettuare, per quanto in senso radicalmente negativo per l'offerta di Hospital Service s.r.l. (non adeguato), né l'appellante incidentale è riuscita a dimostrare in modo convincente che le segnalate carenze documentali non potessero mettere la Commissione in condizione, comunque, di valutare l'offerta nel suo complesso in riferimento ai sottocriteri pertinenti.

12.4. Di qui, con evidenza, l'infondatezza anche del secondo motivo dell'appello incidentale in esame.

13. Ancora, con il terzo motivo dell'appello incidentale (pp. 21-30), Servizi Ospedalieri s.p.a. censura la sentenza impugnata per non avere ritenuto illegittimo l'operato della Commissione che, a fronte di molti prodotti offerti da Hospital Service s.r.l. e ritenuti dalla Commissione stessa non conformi, ha violato la legge di gara in quanto questa imponeva di escludere le offerte di prodotti non valutabili, quali sarebbero stati quelli nello specifico offerti perché non conformi a quanto stabilito dal disciplinare, e di attribuire il valore di 0 a prodotti non adeguati.

13.1. Anche questa censura, al pari della precedente, va respinta in quanto la Commissione, nel suo apprezzamento tecnico-discrezionale, ha non irragionevolmente ritenuto che i prodotti, meglio descritti nell'appello incidentale (pp. 22-28), non fossero totalmente differenti rispetto alle previsioni del capitolato, integrando quindi un *aliud pro alio*, ma appunto valutato la campionatura, che ha solo valenza esemplificativa e non costitutiva dell'offerta, non conforme rispetto alla descrizione contenuta nel capitolato, tanto da ritenere nelle schede tecniche assai spesso Hospital Service s.r.l. ha dichiarato che, in caso di aggiudicazione, si sarebbe resa disponibile a realizzare i capi in aderenza a quanto richiesto dal capitolato.

13.2. Di qui l'infondatezza della censura, che per altro verso, al pari di quella precedentemente esaminata, non riesce a dimostrare la macroscopica illogicità od erroneità del giudizio espresso dalla Commissione nel non escludere, ma nel ritenere semplicemente non adeguato quanto offerto da Hospital Service s.r.l., con assegnazione di un punteggio basso o pari a zero.

14. Infine, con il quarto motivo dell'appello incidentale (pp. 30-33 del ricorso), Servizi Ospedalieri s.p.a. censura la sentenza impugnata per non avere comunque determinato l'esclusione di Hospital Service s.r.l. a cagione della manifesta mancanza della sua capacità tecnica, come conseguente e desumibile dalla denunciata incompletezza ed inadeguatezza dell'offerta tecnica, meglio descritta, e sopra esaminata, nel secondo e nel terzo motivo dell'appello incidentale.

14.1. Anche in questo caso il primo giudice, sulla scorta delle ragioni sopra esaminate e da questo Collegio confermate nella loro sostanziale correttezza, ha respinto la censura, in quanto la presunta carenza dell'offerta tecnica, sia sul piano della documentazione che della campionatura, non è parsa alla Commissione, ragionevolmente, tale da determinare l'esclusione dell'offerta o, addirittura, da integrare un giudizio di incapacità tecnica in danno di Hospital Service s.r.l., ma invece tale, come si è veduto *supra* esaminando il sesto motivo dell'appello principale, da penalizzare, sul piano della valutazione tecnica, l'offerta di Hospital Service s.r.l., con l'assegnazione di un punteggio di oltre 20 punti inferiore a quello conseguito dal r.t.i. aggiudicatario, secondo un apprezzamento ragionevole, ben motivato e immune da palesi illogicità e macroscopici errori.

14.2. Dal che, anche per le ragioni sin qui esposte, consegue la reiezione anche dell'ultima censura proposta con l'appello incidentale.

15. In conclusione, per le ragioni sin qui esposte, entrambi gli appelli devono essere respinti, con la conseguente piena conferma della sentenza qui impugnata e, dunque, della legittimità degli atti di gara e, infine, dell'aggiudicazione conseguita dal r.t.i. costituito da Servizi Ospedalieri s.p.a. e da Servizi Italia s.p.a., dovendo quindi respingersi ogni consequenziale ulteriore domanda, annullatoria e/o risarcitoria, formulata, anche in via di subordine, da Hospital Service s.r.l.

16. Le spese del presente grado del giudizio, attesa comunque la particolare complessità, anche tecnica, delle questioni esaminate, possono essere interamente compensate tra tutte le parti, anche nei confronti di Intercent – ER.

16.1. Rimane definitivamente a carico di Hospital Service s.r.l. e di Servizi Ospedalieri s.p.a. il contributo unificato corrisposto per la proposizione delle rispettive impugnazioni.