

Omessa dichiarazione di una precedente risoluzione consensuale: conseguenze alla luce del d.lgs. n. 36/2023

di Adriano Cavina, Donato Caterino

Data di pubblicazione: 2-4-2025

Lo scioglimento contrattuale in discussione non è avvenuto a fronte di un inadempimento contrattuale da parte della LGR, trattandosi infatti di "risoluzione" consensuale, come tale esclusa dagli obblighi dichiarativi in materia di pubblici appalti.

E ciò a maggior ragione tenuto conto del principio di tassatività introdotto per gli illeciti professionali dall'art. 98 comma 3 del D.Lgs. n. 36/2023, che riconduce l'illecito professionale al verificarsi di uno dei seguenti elementi: "c) condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale", prevedendo al comma 6 quali mezzi di prova idonei in relazione al comma 3 "c) quanto alla lettera c), l'intervenuta risoluzione per inadempimento o la condanna al risarcimento del danno o ad altre conseguenze comparabili".

Publicato il 12/12/2024

N. 00939/2024 REG.PROV.COLL.

N. 0923/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 923 del 2024, proposto da
Lartotecnica s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla
procedura CIG A03CFD9C52, rappresentata e difesa dagli avvocati Gaetano Mazzeo,
Giuseppe Sapienza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Unita' Sanitaria Locale di Modena, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Della Fontana, con domicilio digitale come da
PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Lgr Medical Services s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e
difesa dall'avvocato Renato Boccafresca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

Per l'annullamento:

- della decisione n. 1683 del 24/06/2024 emessa dal Servizio Sanitario Regionale Emilia-Romagna, Azienda Unità Sanitaria Locale di Modena, Servizio Unico Acquisti e Logistica, ed avente ad oggetto l'aggiudicazione della procedura aperta telematica, esperita ai sensi dell'art. 71 D. Lgs. 36/2023 "per l'affidamento del servizio triennale di gestione degli ausili protesici per disabili di cui agli elenchi 1-2-3- del d.m. 332/99, al dpcm 12 gennaio 2017 ed allegati, nonché eventuali successive modificazioni, per le Aziende Sanitarie afferenti all'Area Vasta Emilia Nord (Aziende Sanitarie Locali di Parma, Modena, Reggio Emilia e Piacenza) Azienda Capofila AUSL Modena";
- della decisione di indizione n. 2825 del 19/12/2023 con cui l'Azienda USL Modena, in qualità di Azienda Capofila delegata, ha deliberato di affidare il servizio di gestione degli Ausili protesici per disabili di cui agli elenchi 1-2-3- del d.m. 332/99, al d.p.c.m. 12 gennaio 2017 ed allegati, nonché eventuali successive modificazioni, per le Aziende Sanitarie afferenti all'Area Vasta Emilia Nord e relativi atti della procedura;
- della decisione n. 804 del 27/03/2024 come rettificata dalla decisione n. 893 del 08/04/2024 di nomina della commissione giudicatrice preposta all'esame e alla valutazione delle offerte tecniche, non note;
- di tutti i verbali di gara;
- di tutti i chiarimenti formulati nel corso della procedura di gara;
- del Riscontro a nota PG/AUSL/55225/24 del 27/06/2024 a firma del Direttore F.F. Dott. Farina del Servizio Unico Acquisti e Logistica, Azienda Unica Sanitaria Locale di Modena, con cui la stazione appaltante comunicava la rettifica del verbale di aggiudicazione ed il rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela sì come presentata dall'odierna ricorrente in data

27/06/2024;

- del verbale della Commissione Giudicatrice di rettifica di errore materiale con riferimento alla procedura aperta ex art. 71 D.lgs. 36/2023, in quattro lotti, per l'aggiudicazione del servizio di gestione degli ausili protesici per disabili di cui agli elenchi n. 1, 2, 3 del D.M. 332/99 e del Dpcm 12/01/2017 per le aziende sanitarie dell'area Vasta Emilia Nord (doc. 29);
- del contratto eventualmente stipulato con la società LGR, non noto;
- nonché di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso.

Per la declaratoria di inefficacia, anche retroattiva, del contratto qualora stipulato e comunque per l'accertamento del diritto della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione della gara e, per l'effetto, di stipulare il contratto, anche a mezzo di subentro nel contratto eventualmente già concluso.

Per la condanna al risarcimento del danno in forma specifico ovvero, in subordine, per equivalente, nella misura che sarà quantificata e ritenuta di giustizia in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Unita' Sanitaria Locale di Modena e della Lgr Medical Services s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2024 la dott.ssa Jessica Bonetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Lartotecnica s.r.l. ha agito in giudizio chiedendo l'annullamento della decisione n. 1683 del 24.06.2024 emessa dal Servizio Sanitario Regionale Emilia-Romagna, Azienda Unità Sanitaria Locale di Modena, avente ad oggetto l'aggiudicazione della procedura aperta telematica, esperita ai sensi dell'art. 71 D. Lgs. n. 36/2023 *“per l'affidamento del servizio triennale di gestione degli ausili protesici per disabili di cui agli elenchi 1-2-3- del d.m. 332/99, al dpcm 12 gennaio 2017 ed allegati, nonché eventuali successive modificazioni, per le Aziende Sanitarie afferenti all'Area Vasta Emilia Nord (Aziende Sanitarie Locali di Parma, Modena, Reggio Emilia e Piacenza) Azienda Capofila AUSL Modena”*, limitatamente al lotto 1.

In fatto, per quanto di interesse in questa sede, la ricorrente ha allegato che con decisione n. 2825 del 19.12.2023 il Servizio Sanitario Regionale Emilia-Romagna, Azienda Unità Sanitaria Locale di Modena, Servizio Unico Acquisti e Logistica ha indetto una gara a procedura aperta per il servizio triennale di gestione degli ausili protesici per disabili di cui gli elenchi n. 1,2,3 del

D.M. 332/99 ed al D.P.C.M. 12/01/2017 per le Aziende Sanitarie afferenti all'Area Vasta Emilia Nord, e specificatamente per le Aziende Sanitarie Locali di Piacenza, Parma, Reggio Emilia e Modena.

La procedura di gara è stata suddivisa in 4 lotti (Lotto 1: Azienda USL di Piacenza, Lotto 2: Azienda USL di Parma, Lotto 3: Azienda USL di Reggio Emilia, Lotto 4: Azienda USL di Modena), tutti aggiudicati alla LGR Medical Services s.r.l. con la decisione n. 1683 del 24.06.2024, impugnata in questa sede limitatamente al lotto 1, dove la Lartotecnica si è posizionata al secondo posto, con un punteggio complessivo di 84,85 punti, e una differenza di 4,32 punti rispetto all'aggiudicataria, che ha ottenuto invece un punteggio complessivo di 89,17 punti.

Ricevuta la comunicazione dell'esito della gara e presa visione dei punteggi assegnati, la ricorrente ha inviato alla stazione appaltante una richiesta di chiarimenti in ordine ad alcune incongruità asseritamente riscontrate, con contestuale istanza di annullamento in autotutela, che è stata tuttavia respinta.

La Lartotecnica, ritenendo illegittima la decisione della stazione appaltante, ha proposto l'odierno giudizio chiedendo l'annullamento dell'aggiudicazione del lotto 1 in favore della controinteressata, in forza dei seguenti motivi di impugnazione (riportati mantenendo la numerazione contenuta in ricorso, atteso che al punto 1 la ricorrente ha solo argomentato in ordine al proprio interesse ad agire, mentre il punto 3 risulta mancante nel ricorso).

2) *“Violazione e falsa applicazione degli artt. 108 del d.lgs. 36/2023, dell’art. 3 l. 241/90 – violazione del principio del risultato ex art 1 co. 4 d.lgs. 36/2023 – violazione del principio di fiducia ex art. 2 co. 1 d.lgs 36/2023 – violazione della lex specialis di gara (in particolare dell’art. 19.1 del disciplinare di gara)”*.

La ricorrente eccepisce la manifesta irragionevolezza, arbitrarietà, illogicità ed irrazionalità dei giudizi espressi dalla commissione giudicatrice in ordine ai criteri di valutazione n. 1 (layout della struttura, dotazione mezzi ed attrezzature), 2 (layout descrittivo dei centri ausili territoriali) e 3 (subentro) del disciplinare di gara, e sostiene che le valutazioni espresse violano i principi del “risultato” e della “fiducia” di cui al comma 4 dell’art. 1 e al comma 1 dell’art. 2 del D. Lgs. n. 36 del 2023.

In particolare: quanto al criterio n. 1 la ricorrente lamenta l'attribuzione del punteggio di “ottimo” al magazzino offerto dalla controinteressata, a suo dire sprovvisto di planimetria, di descrizione degli spazi e di indicazione dell'indirizzo, e quindi non specificamente individuato al fine di stabilirne la coerenza rispetto al risultato; quanto al criterio n. 2 la Lartotecnica ripropone per il centro ausili territoriale interno al magazzino offerto dalla LGR le stesse censure espresse in relazione al criterio n. 1, e lamenta in ogni caso l'inidoneità al risultato del centro ausili territoriale indicato dalla LGR; quanto al criterio n. 3 la ricorrente eccepisce l'irragionevolezza del punteggio dato dalla commissione alla propria proposta di subentro, in quanto a suo dire la stesa sarebbe perfettamente rispondente agli obiettivi della gara e comunque identica a quella depositata con riferimento al diverso lotto n. 3 dove la Lartotecnica ha invece ottenuto il maggior punteggio di “ottimo”.

4) *“Eccesso di potere per errore e illogicità manifesta per difetto di istruttoria e di motivazione – sviamento – contraddittorietà – genericità ed indeterminatezza con riferimento al criterio di valutazione n. 4: “progetto di svolgimento del servizio””*.

Lamenta la ricorrente l’attribuzione del giudizio di “adeguato” attribuito dalla commissione al proprio progetto tecnico in relazione al criterio di valutazione n. 4 (progetto di svolgimento del servizio) e invece di “ottimo” assegnato alla controinteressata, in quanto a suo dire le due offerte risulterebbero perfettamente sovrapponibili sotto il profilo modale, mentre per le tempistiche connesse al servizio di ritiro e consegna la propria offerta tecnica sarebbe migliore di quella presentata dalla LGR.

5) *“Eccesso di potere per errore e illogicità manifesta per difetto di istruttoria – carenza assoluta di motivazione – sviamento – contraddittorietà – genericità ed indeterminatezza con riferimento al criterio di valutazione n. 5: “descrizione e proposte innovative nella gestione tecnica degli ausili””*.

Lamenta la ricorrente che in relazione al criterio n. 5 (descrizione e proposte innovative nella gestione tecnica degli ausili) la commissione non avrebbe motivato adeguatamente le proprie scelte, errando in ogni caso nell’attribuire al progetto di LGR il punteggio, valutando elementi tecnici irrealistici, nonché l’applicazione “LGR-net, che consente di pianificare/ottimizzare i percorsi”, benché a suo dire estranea rispetto ai parametri individuati dalla *lex specialis* per il criterio valutativo in esame, e comunque considerata anche in relazione al successivo criterio di valutazione n. 7 “criteri ambientali”, con conseguente duplicazione della valutazione.

6) *“Eccesso di potere per errore e illogicità manifesta – carenza assoluta di motivazione – sviamento – contraddittorietà – genericità ed illegittima duplicazione di valutazione di uno stesso elemento tecnico”*.

Ad avviso della ricorrente, come già premesso nel precedente motivo di impugnazione, la commissione avrebbe valutato l’applicazione LGR-net offerta dalla controinteressata con riguardo ad entrambi i criteri di valutazione n. 5 e n. 7, con conseguente illegittima duplicazione del peso alla stessa attribuito.

7) *“Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 95 co. 1 lett. e) e dell’art. 98 co. 3 lett. c) d.lgs. n. 36/2023, violazione del principio di buona fede di cui all’art 5 co. 1 d. lgs. n. 36/2023 e violazione del principio di fiducia di cui all’art 2 co. 1 d. lgs. n. 36/2023 per omessa indicazione da parte di lgr di precedente risoluzione di contratto di fornitura pubblica disposto nei propri confronti e non dichiarato nel dgue - eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione”*.

Contesta la ricorrente la mancata esclusione ex artt. 95 comma 1 lett. e) e 98 co. 3 lett. c) D. Lgs. n. 36/2023 della controinteressata in ragione del fatto che la LGR non ha dichiarato nella propria domanda l’intervenuta risoluzione del contratto stipulato con delibera n. 347 del 10.05.2023 della ASST Brianza, relativa alla gara esperita dalla ASST di Pavia in qualità di capofila per l’aggiudicazione per il periodo 01.06.2023 - 30.05.2029 per un servizio identico rispetto a quello oggetto del presente bando, disposta con delibera n. 992 del 30.11.2023 dove

si legge *“nel corso del periodo di prova previsto negli atti di gara, questa Azienda e la LGR Medical Services s.r.l., per motivate difficoltà oggettive, emerse anche nei tavoli tecnici svolti nel corso di questi mesi, hanno determinato di risolvere consensualmente il rapporto in essere ai sensi dell’art. 1372 c.c.”.*

8) *“Eccesso di potere per errore – travisamento dei fatti – sviamento – difetto di istruttoria e motivazione: la commissione di gara ha espresso un giudizio collegiale senza alcuna valutazione operata singolarmente dai suoi componenti ovvero ha operato un arrotondamento dei punteggi numerici non consentito dal disciplinare di gara”.*

Lamenta la ricorrente che i commissari di gara avrebbero omissis la valutazione individuale delle offerte prevista dall’art. 19.1. del disciplinare di gara, addivenendo direttamente alla decisione collegiale in relazione a ciascuno dei criteri di valutazione e per tutte le offerte tecniche concorrenti.

Sulla base di tali doglianze la ricorrente ha chiesto annullarsi gli atti impugnati.

L’Azienda UsI Modena e la controinteressata si sono costituite in giudizio eccependo preliminarmente l’inammissibilità dell’impugnazione, e contestando comunque la fondatezza delle avverse doglianze.

All’esito del giudizio, ad avviso del Collegio, il ricorso va respinto nel merito, assorbita ogni eccezione preliminare.

Quanto alle censure riguardanti l’asserita irragionevolezza ed arbitrarietà dei punteggi assegnati alle offerte della ricorrente e della controinteressata (motivi sub 2, 4, 5 e 6) va preliminarmente richiamata la giurisprudenza che, con riferimento ai giudizi espressi dalla commissione in sede di gara nelle gare d’appalto, è consolidata nel ritenere che *“la valutazione delle offerte tecniche, effettuata dalla commissione attraverso l’espressione di giudizi e l’attribuzione di punteggi, a fronte dei criteri valutativi previsti dal bando di gara, costituisce apprezzamento connotato da chiara discrezionalità tecnica sì da rendere detta valutazione insindacabile salvo che essa sia affetta da manifesta illogicità”* (vedi Consiglio di Stato, sentenza n. 3857/2024, n. 7931/2023, n. 3696/2020, T.A.R. Emilia-Romagna Bologna, sentenza n. 778 del 2024).

Infatti *“nell’ambito di una gara da aggiudicarsi col criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa è lasciato ampio margine di discrezionalità alla commissione giudicatrice anche quanto alla valutazione delle ragioni che giustificano la soluzione migliorativa proposta e la sua efficienza, nonché quanto alla rispondenza alle esigenze della stazione appaltante”* (vedi Consiglio di Stato, sentenza n. 4019 del 2023; n. 1447 del 2023) *“sicché le censure che impingono il merito di tali valutazioni, [benché] opinabili, sono inammissibili, poiché sollecitano un sindacato sostitutorio, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall’art. 134 del D.Lgs. n. 104/2010, fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica, della palese inattendibilità e dell’evidente insostenibilità del giudizio compiuto”* (vedi Consiglio di Stato sentenza n. 1261 del 2023).

Nel caso in esame, ad avviso del Collegio, con riguardo a nessuna delle censure articolate dalla ricorrente nelle valutazioni operate dalla commissione di gara, risultano ravvisabili i predetti profili di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà.

Invero, con riguardo al criterio n. 1 (layout della struttura, dotazione mezzi ed attrezzature) e alle doglianze inerenti il magazzino indicato dalla controinteressata nella propria offerta, ad avviso della ricorrente non puntualmente descritto e privo della relativa planimetria, va evidenziato che la stazione appaltante col chiarimento PI014538-24 in data 22/1/2024 in atti, ha precisato a tutti i concorrenti che: *“Si conferma che la struttura del magazzino non deve necessariamente essere già a disposizione della ditta offerente, la quale può o proporre una soluzione già individuata, ma non ancora effettivamente disponibile, ovvero una proposta progettuale che dovrà poi corrispondere alla struttura effettiva. Si sottolinea però che la disponibilità di tale struttura coerente con la proposta tecnica, dovrà comunque essere resa effettiva al momento della sottoscrizione del contratto e non potrà rappresentare una motivazione di ritardo nell'avvio del servizio”*.

Quindi, legittimamente la commissione ha ritenuto idonee le indicazioni contenute nell'offerta tecnica della controinteressata (*“il Magazzino Ausili da cui sarà gestito il servizio sarà ubicato entro 10 km dai confini del capoluogo di Provincia”*), potendo l'immobile essere concretamente reperito dopo la stipulazione del contratto, per l'esecuzione del servizio.

Quanto, invece, alle caratteristiche del magazzino la controinteressata ha specificato che *“dall'analisi dei dati offerti nella documentazione di gara, in particolare i dati forniti nell'Allegato B, con i numeri degli ausili che vengono movimentati riteniamo che per una ottimale gestione del servizio sia necessario e più che sufficiente un locale di circa 1.000 m²”*, segnalando diverse opportunità disponibili in zona con quelle caratteristiche, metratura ed ubicazione compresa, sicché la commissione ha legittimamente ritenuto idonea tale indicazione, salvo l'obbligo per la LGR di produrre la relativa planimetria in caso di aggiudicazione della gara.

Quanto al criterio n. 2 (layout descrittivo dei centri ausili territoriali) valgono le stesse considerazioni già esposte con riferimento al criterio n. 1 in ordine all'individuazione, mentre per quanto attiene il giudizio espresso dalla commissione in favore della LGR e contestato dalla ricorrente, ad avviso del Collegio non risultano dimostrati profili di manifesta irragionevolezza, tenuto conto che l'offerta tecnica della controinteressata delinea con precisione il centri ausili territoriale che utilizzerà in caso di aggiudicazione e la commissione ha adeguatamente motivato il giudizio espresso, precisando *“la proposta presentata vede il CAT collocato presso la struttura proposta per il magazzino provinciale, presente all'interno di ogni magazzino provinciale. Le dimensioni (50 mq) risultano adeguate per le funzioni richieste e la struttura descritta risulta idonea per la fruizione della particolare categoria di utenza alla quale è destinata. La collocazione presso il magazzino può permettere di ottimizzare la fase di prova degli ausili facendo eventualmente riferimento al complesso degli altri dispositivi presenti a magazzino”*.

Circa il criterio n. 3 (subentro) di nessun pregio può essere il confronto tra il punteggio attribuito dalla commissione in relazione all'offerta della ricorrente nei lotti 1 (più che adeguato

pari a 7,2 punti) e 3 (ottimo pari a 9 punti), riguardando i lotti realtà territoriali diverse, e non risultando comunque superata la c.d. prova di resistenza in caso di accoglimento della presente censura, tenuto conto che (vedi memoria depositata il 18.11.2024 dalla ricorrente) l'accoglimento di tale motivo comporterebbe un maggior punteggio per la Lartotecnica di soli 1,8 punti, insufficiente a superare il divario tra le due offerte di 4,32 punti.

Con riguardo al criterio di valutazione n. 4 (progetto di svolgimento del servizio) non risulta invece dimostrata ad avviso del Collegio l'asserita equivalenza e perfetta sovrapposibilità degli elementi tecnici offerti da LGR e da Lartotecnica, né emergono elementi che consentano di ritenere palesemente irragionevole il diverso punteggio attribuito dalla commissione alle due offerte, tenuto conto non solo dell'attività di ritiro e consegna, ma più in generale delle modalità di svolgimento del servizio, di gestione del magazzino e dell'organizzazione logistica, tutti complessivamente previsti dalla *lex specialis*.

Infatti con riguardo alla LGR la Commissione ha assegnato il punteggio giudicando il progetto *“ben strutturato con particolare riferimento alle modalità di gestione del magazzino ed ai percorsi dei dispositivi. Anche l'organizzazione logistica dei ritiri e delle consegne risulta ben progettata e coerentemente sviluppata. E' stata dichiarata una garanzia sui pezzi di ricambio migliorativa rispetto al capitolato (18 mesi e 12 mesi per le batterie)”*, mentre circa la ricorrente ha valutato *“il progetto presentato complessivamente adeguato alle necessità delle Aziende per quanto concerne percorsi ed organizzazione logistica dei ritiri e delle consegne. Tuttavia sottolinea che il possibile decentramento delle attività dell'Officina degli Ausili Elettromedicali presso la struttura di Carpi (Mo) - proposta per l'eventuale utilizzo quale magazzino in caso di aggiudicazione dei lotti n. 3 e/o 4 - può rappresentare un elemento di possibile criticità nella gestione del servizio. Inoltre essendo la struttura indicata proposta come riferimento per lo stoccaggio degli ausili di altre due aziende sanitarie partecipanti, ognuna con proprio lotto autonomo, alla presente gara, la Commissione evidenzia la possibile incertezza connessa allo svolgimento di questa funzione nel caso in cui la ditta non dovesse risultare aggiudicataria dei lotti in questione, sottolineando che nel progetto non viene ne' garantito il mantenimento della funzionalità della struttura di Carpi, ne' indicata una eventuale soluzione alternativa. E' stata dichiarata una garanzia sui pezzi di ricambio migliorativa rispetto al capitolato (18 mesi e 12 mesi per le batterie)”*.

Anche in ordine al criterio n. 5 (descrizione e proposte innovative nella gestione tecnica degli ausili) la commissione ha espresso il giudizio sull'offerta tecnica di LGR e Lartotecnica adeguatamente motivando ad avviso del Collegio la propria decisione, avendo infatti valorizzato gli elementi innovativi offerti dalla controinteressata (apposizione di etichetta con QR code che consente di richiamare immediatamente la scheda ausilio; rulli per verificare il funzionamento delle carrozzine elettroniche; proposta di gestire i percorsi di ritiro/consegna a domicilio utilizzando una apposita applicazione denominata "LGR-net", che consente di pianificare/ottimizzare i percorsi), e chiarito le lacune invece dell'offerta della Lartotecnica (*“gli unici elementi rintracciabili sono rappresentati dall'apposizione sul singolo ausilio di un "QR CODE" che permette all'assistito o care giver di accedere tramite apposito link e scaricare manuali d'uso e brevi video di formazione all'uso dell'ausilio stesso. Viene inoltre proposto 23 l'utilizzo di un box per lavaggio degli ausili brevettato da una Azienda partner”*).

Né risulta ravvisabile ad avviso del Collegio la prospettata illegittima duplicazione del punteggio attribuito in relazione all'utilizzo della web-app LGR-net con riguardo ai criteri n. 5 e 7, profilo censurato autonomamente anche nel sesto motivo di impugnazione.

Invero, l'utilizzo dell'applicazione LGR-net è stata inserita dalla controinteressata nel capitolo dell'offerta dedicato alle proposte innovative nella gestione tecnica degli ausili (criterio 5) evidenziando le innovazioni introdotte da tale applicazione circa i servizi di ritiro e consegna domiciliare, mentre nel capitolo dedicato ai criteri ambientali (criterio 7) LGR ne ha valorizzato la funzione per pianificare i percorsi giornalieri dei singoli addetti alle attività esterne, consentendo di ridurre i km percorsi e le derivanti emissioni, profili all'evidenza diversi e quindi legittimamente considerati dalla stazione appaltante con riguardo ad entrambi i criteri in relazione agli aspetti rispettivamente rilevanti, ben potendo gli elementi dell'offerta avere riflessi su una pluralità di subcriteri.

Respinte tutte le censure contenute in ricorso (motivi sub 2, 4, 5, 6) riguardanti la correttezza dei punteggi assegnati dalla commissione alle varie offerte, deve essere affrontata la settima doglianza, con la quale la ricorrente contesta alla stazione appaltante la mancata esclusione ex artt. 95 comma 1 lett. e) e 98 co. 3 lett. c) D. Lgs. n. 36/2023 della LGR per avere essa omesso di dichiarare nella propria domanda l'intervenuta "risoluzione" del contratto disposta con delibera n. 992 del 30.11.2023 della ASST Brianza dove si legge *"nel corso del periodo di prova previsto negli atti di gara, questa Azienda e la LGR Medical Services s.r.l., per motivate difficoltà oggettive, emerse anche nei tavoli tecnici svolti nel corso di questi mesi, hanno determinato di risolvere consensualmente il rapporto in essere ai sensi dell'art. 1372 c.c."*.

Anche tale motivo di impugnazione risulta infondato, atteso che lo scioglimento contrattuale in discussione non è avvenuto a fronte di un inadempimento contrattuale da parte della LGR, trattandosi infatti di "risoluzione" consensuale, come tale esclusa dagli obblighi dichiarativi in materia di pubblici appalti (vedi Consiglio di Stato, sentenza n. 6997 del 2022), a maggior ragione tenuto conto del principio di tassatività introdotto per gli illeciti professionali dall'art. 98 comma 3 del D. Lgs. n. 36/2023, che riconduce l'illecito professionale al verificarsi di uno dei seguenti elementi *"c) condotta dell'operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale"*, prevendo al comma 6 quali mezzi di prova idonei in relazione al comma 3 *"c) quanto alla lettera c), l'intervenuta risoluzione per inadempimento o la condanna al risarcimento del danno o ad altre conseguenze comparabili"*.

Peraltro, nel caso in discussione, la delibera n.992/2023 del Direttore Generale della ASSTT Brianza in realtà consiste in una presa d'atto della decadenza dell'offerta di LGR ex art. 32 comma 8 D. Lgs. n. 50/2016 per *"motivate difficoltà oggettive, emerse anche nei tavoli tecnici svolti nel corso di questi mesi"*, e cioè per l'insostenibilità economico-finanziaria del servizio a fronte del rincaro dei prezzi dovuto alla guerra in Ucraina, senza che sia stato riscontrato e contestato alcun inadempimento da parte dell'aggiudicataria al contratto, ancora non concluso tra le parti.

Infine, priva di pregio è l'ultima censura contenuta in ricorso inerente l'asserita omessa valutazione individuale operata dai singoli commissari prima della votazione collegiale, atteso che il disciplinare di gara non prevedeva l'obbligo di verbalizzare le valutazioni individuali dei singoli commissari, sicché non vi è ragione per derogare dal principio generale secondo cui gli apprezzamenti dei singoli commissari sono destinati ad essere assorbiti nella decisione collegiale finale, che costituisce momento di sintesi della comparazione e composizione dei giudizi individuali (vedi Consiglio di Stato, sentenza n. 10738 del 2023), specie nei settori caratterizzati da alto tecnicismo, dove è naturale che i commissari possano esprimere giudizi analoghi, previo confronto tra loro (vedi Consiglio di Stato sentenza n. 5543 del 2024).

Invero, "in tema di appalti pubblici, la regola dell'individualità della valutazione dei commissari di gara non è violata dalla circostanza che essa sia stata uniforme per tutti i commissari, atteso che la coincidenza di giudizi non costituisce infatti un sicuro sintomo di condizionamento potendo anche astrattamente essere giustificata con la concordanza di valutazioni effettuate nell'ambito di un collegio perfetto, in difetto di disposizioni che prevedano la segretezza delle valutazioni espresse dai singoli commissari" (vedi T.A.R. Campania, 1.9.2020 n. 3713).

Tali principi sono stati recentemente ribaditi anche da questo Tribunale: *"Secondo il consolidato orientamento ermeneutico al quale la Sezione aderisce, infatti, se il metodo di valutazione delle offerte non è il confronto a coppie, allora "gli apprezzamenti dei commissari sono destinati ad essere assorbiti nella decisione collegiale finale, costituente momento di sintesi della comparazione e composizione dei giudizi individuali; mentre la separata enunciazione dei punteggi attribuiti dai singoli commissari assume valore di formalità interna relativa ai lavori della Commissione esaminatrice - i cui giudizi, ai fini della verbalizzazione e della pubblicità esterna, sono sufficientemente documentati con la sola attribuzione del voto complessivo finale" (così, anche recentemente, C.d.S., Sez. V, sentenza n. 265/2024)" (vedi Tar Bologna, sentenza n. 839 del 2024).*

In altri termini, *"nel caso in esame il disciplinare di gara non imponeva alcun obbligo di verbalizzazione dei punteggi attribuiti dai singoli commissari, sicché risulta senz'altro legittimo che i commissari dopo la discussione collegiale abbiano deciso di addivenire ad un unico punteggio. Peraltro, secondo giurisprudenza costante, l'attribuzione di un punteggio da parte dei singoli commissari rappresenta in ogni caso un'attività interna della commissione che, pertanto, non deve necessariamente essere oggetto di verbalizzazione, in quanto ciò che assume valore è il giudizio complessivo conferito dalla commissione quale organo perfetto, tenuto conto che "gli apprezzamenti dei singoli commissari sono destinati ad essere assorbiti nella decisione collegiale finale, costituente momento di sintesi della comparazione e composizione dei giudizi individuali. La separata enunciazione dei punteggi attribuiti dai singoli Commissari è quindi destinata ad assumere valore di formalità interna relativa ai lavori della Commissione esaminatrice - i cui giudizi, ai fini della verbalizzazione e della pubblicità esterna, sono sufficientemente documentati con la sola attribuzione del voto complessivo finale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 21.5.2018, n. 3033; Sez. III 13 ottobre 2017 n. 4772; ed in precedenza Consiglio di Stato, 27 Sezione V, 8 settembre 2015, n. 4209 e sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810, Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza 20 marzo 2018, n. 1765)" (vedi Cons. Stato, sentenza n. 8122 del 2023)" (vedi Tar Bologna, sentenza n. 778 del 2024).*

Pertanto, attesa l'infondatezza di tutte le censure articolate in ricorso, l'impugnazione va respinta nel merito, assorbita ogni eccezione preliminare.

Le spese di lite possono tuttavia essere compensate per la novità e complessità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- rigetta il ricorso;
- compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Ugo Di Benedetto, Presidente

Jessica Bonetto, Consigliere, Estensore

Alessandra Tagliasacchi, Consigliere

Guida alla lettura

La sentenza del TAR Bologna n. 939 del 12 dicembre 2024 **perimetra gli obblighi dichiarativi posti a carico dei concorrenti che partecipano gare pubbliche** relativamente ad eventuali pregresse **risoluzioni consensuali** di un contratto di appalto.

In particolare, i Giudici bolognesi sono stati chiamati a definire se tra le pregresse vicende professionali da dichiarare alla stazione appaltante, in quanto potenzialmente suscettibili di integrare una causa non automatica di esclusione riconducibile al c.d. grave illecito professionale, rientri anche una risoluzione consensuale.

La fattispecie decisa dal TAR prende infatti le mosse dalla censura proposta dal secondo graduato che, *inter alia*, ha denunciato la mancata esclusione per grave illecito professionale dell'aggiudicatario della commessa. Secondo il ricorrente, il primo graduato aveva omesso di dichiarare alla stazione appaltante una pregressa risoluzione consensuale di un contratto di appalto, con la conseguenza che la stazione appaltante lo avrebbe dovuto escludere ai sensi degli artt. 95, comma 1, lett. e) e 98, co. 3, lett. c) del d.lgs. n. 36/2023.

Sul punto, i giudici hanno respinto la doglianza ritenendo che lo scioglimento del precedente contratto di appalto **non era avvenuto a fronte di un inadempimento contrattuale bensì in ragione di una risoluzione consensuale** come tale **“esclusa dagli obblighi dichiarativi in materia di pubblici appalti”** secondo quanto statuito dall’elaborazione pretoria del Consiglio di Stato (sentenza n. 6997/2022).

Secondo il TAR, l’esclusione dalla sfera di operatività degli obblighi dichiarativi posti a carico dei concorrenti assume ancor più rilievo con il d.lgs. n. 36/2023 tenuto conto del **principio di tassatività introdotto per gli illeciti professionali dall’art. 98, comma 3, del d.lgs. n. 36 cit.** il quale, per quanto qui rileva:

- per un verso, circoscrive l’illecito professionale al verificarsi di uno dei seguenti elementi: **“c) condotta dell’operatore economico che abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento oppure la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili, derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale”**
- per altro verso, stabilisce al successivo **comma 6** che **i mezzi di prova idonei a dimostrare la sussistenza di un illecito professionale sono “c) quanto alla lettera c), l’intervenuta risoluzione per inadempimento o la condanna al risarcimento del danno o ad altre conseguenze comparabili”.**

Alla luce di ciò il TAR ha respinto la censura confermando la legittimità dell’operato della stazione appaltante.

La pronuncia in commento, dunque, **esclude dal perimetro degli obblighi dichiarativi** a cui sono assoggettati gli operatori economici in fase di gara la **risoluzione consensuale** del contratto di appalto.

Tale indirizzo si pone in continuità con il precedente arresto del Consiglio di Stato (n. 6997/2022) che, nel vagliare la correttezza della sentenza del giudice di primo grado con cui erano state respinte le doglianze fondate sull’omissione dichiarativa di una precedente risoluzione contrattuale, ne ha confermato la correttezza ritenendo che. **“La risoluzione a cui consegue un accordo bonario non comporta, in linea di principio, il riconoscimento di responsabilità in capo all’operatore economico con il conseguente obbligo dichiarativo dell’evento sottostante in termini di illecito professionale, dovendosi ritenere che, sebbene il legislatore abbia fornito un elenco esemplificativo e non tassativo di vicende rappresentanti un inadempimento grave, in tale elenco non può ragionevolmente annoverarsi anche l’ipotesi di risoluzione bonaria, rappresentando quest’ultima una normale vicenda contrattuale regolata dal codice civile, che non comporta quindi alcun obbligo di essere dichiarata all’atto della partecipazione alle gare di pubblici appalti”.**

Occorre segnalare che, nel caso deciso dal Consiglio di Stato, il giudice di primo grado aveva respinto il motivo proposto dal ricorrente **“valorizzando la modificazione della risoluzione per inadempimento, in risoluzione bonaria, che avrebbe così superato la rilevanza preclusiva sul**

requisito di affidabilità ed integrità professionale”.

Deve segnalarsi, tuttavia, l'esistenza di un **orientamento** (invero maggioritario) formatosi **nella vigenza del previgente codice dei contratti pubblici** (d.lgs. n. 50/2016) il quale, secondo un **approccio sostanzialistico**, non si sofferma sul *nomen iuris* dell'atto alla base dell'interruzione del rapporto contrattuale. Secondo tale posizione, infatti, rientra *“nel perimetro degli obblighi dichiarativi ... anche una precedente risoluzione consensuale intervenuta con altra stazione appaltante in fase di esecuzione di una procedura di gara quante volte la stessa sia dipesa da una condotta astrattamente idonea a far dubitare dell'integrità ed affidabilità dell'operatore economico in vista dell'affidamento dell'appalto”*. E ciò in quanto *“con la formula risoluzione consensuale è possibile riferirsi a vicende del contratto anche molto diverse tra loro; oltre al caso del mutuo dissenso (...) lo scioglimento consensuale da un contratto può essere l'effetto di una transazione in cui le parti ricorrono per comporre i loro dissidi, evitando uno strascico giudiziale della vicenda (...). In quest'ultimo caso, lo scioglimento dal contratto è certo frutto di un accordo – e non invece di un provvedimento unilaterale dell'amministrazione – ma potrebbe essere pur sempre dovuto ad un precedente inadempimento dell'appaltatore; tale inadempimento costituisce pregressa vicenda professionale della quale la stazione appaltante deve essere edotta poiché suscettibile di far dubitare dell'affidabilità ed integrità del concorrente”* (Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2022, n. 4708; in termini: Cons. Stato, sez. IV, 5 settembre 2022, n. 7709).

Di conseguenza secondo tale elaborazione pretoria **rileva il sostanziale fatto storico per il quale si è pervenuti alla risoluzione consensuale e non il *nomen iuris* dell'accordo.**