

Publicato il 08/08/2022

N. 06997/2022REG.PROV.COLL.
N. 07156/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7156 del 2021, proposto dalla Associazione della Croce Rossa Italiana - Comitato di Napoli in proprio e quale mandataria dell'ATI costituenda con -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Lorenzo Lentini e Daniele Marrama, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Daniele Marrama in Napoli, p.za Nicola Amore, n. 6;

contro

l'Azienda Sanitaria Locale - Napoli 1 Centro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Scalfati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

la -OMISSIS- in proprio e quale capogruppo del RTI costituendo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Patrizia Stallone e Francesco Fidanza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Francesco Zaccone in

Roma, via Marianna Dionigi n. 43;

la società -OMISSIS-, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Quinta) n. -OMISSIS-, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di trasporto primario infermi e del servizio trasporto secondario dializzati;

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale Napoli 1 Centro e di -OMISSIS- in proprio e quale Capogruppo del RTI costituendo e di Italy Emergenza Cooperativa Sociale e di *First Aid One* Italia Cooperativa Sociale;

visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2022 il Cons. Antonio Massimo Marra e uditi ai sensi di legge, per le parti gli avvocati, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierna appellante l'Associazione della Croce Rossa Italiana, Comitato di Napoli - in proprio e quale mandataria dell'ATI costituenda con *Bourelly Health Service* s.r.l. e Confraternita di Misericordia di Caivano - (in prosieguo anche solo Croce Rossa) è insorta, con ricorso introduttivo del presente giudizio, avanti al Tribunale Amministrativo per la Campania – sede di Napoli avverso gli atti della procedura aperta di affidamento del “servizio di trasporto primario infermi di n. 12 postazioni *h24* di tipo B e n. 3 postazioni *h 12 di tipo B*”, della durata di 12 mesi, conclusasi con l'aggiudicazione in favore dell'odierna controinteressata, r.t.i. *Heart Life Croce Amica* s.r.l. (mandataria), *Italy Emergenza Cooperativa Sociale* e *First Aid One* Cooperativa Sociale (mandanti)

(di seguito solo Croce Amica).

1.1. Alla gara hanno partecipato, oltre al r.t.i. capeggiato da Croce Rossa, anche il r.t.i. tra *Heart Life* Croce Amica s.r.l., *Italy* Emergenza Cooperativa Sociale e *First Aid One*.

In esito all'esame delle offerte tecniche ed economiche, il r.t.i. composto da Croce Rossa e -OMISSIS-si è classificato al secondo posto (con punti 87,40) alle spalle del r.t.i. capeggiato da Heart Life (con punti 91,90).

1.2. Con determinazione dirigenziale n. -OMISSIS-, l'A.S.L. Napoli 1, ha quindi approvato i verbali di gara ed ha disposto la aggiudicazione in favore del R.T.I. Heart Life.

2. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio, proposto avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Croce Rossa, seconda classificata e odierna appellante principale, ha chiesto l'annullamento di tali esiti di gara e il risarcimento del danno subito, ove possibile mediante subentro nel rapporto contrattuale, articolando plurime censure, tra l'altro, deducendo la carenza dei prescritti requisiti di affidabilità professionale del concorrente aggiudicatario. Croce Rossa chiedeva, nello specifico, l'annullamento degli atti di gara impugnati per allegata carenza dei requisiti di affidabilità professionale del concorrente aggiudicatario, anche sull'asserito presupposto che "la compagine gestoria e societaria della *First Aid One* Italia sarebbe stata coinvolta in un grave procedimento penale per corruzione aggravata dal metodo mafioso con emissione di misure cautelari personali".

2.1. Si è costituita in giudizio la Azienda Napoli 1, per chiedere la reiezione del ricorso, di cui ha eccepito la infondatezza.

Spiegavano intervento ad adiuvandum i soggetti indicati in epigrafe, lavoratori inseriti nell'organizzazione aziendale della ricorrente e asseritamente pregiudicati dall'eventuale subentro di altro soggetto.

2.2. Si è costituita in giudizio r.t.i. *Heart Life*, proponendo ricorso incidentale ed eccependo, in particolare, la inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti in ragione dell'asserita sussistenza di profili di esclusione idonei a

fondare un giudizio di inaffidabilità e la partecipazione alla procedura di Croce Rossa.

2.3. Una volta concluso il procedimento di verifica instaurato, Croce Rossa ha notificato motivi aggiunti contro il provvedimento di “conferma” dell’aggiudicazione, con accessiva richiesta di misura cautelare urgente.

2.4. Con decreto n. 1210 del 2021, l’istanza cautelare monocratica era accolta ai fini del mantenimento della *res adhuc integra* fino alla trattazione collegiale dell’istanza.

2.5. Infine, all’esito del giudizio così incardinato, il Tribunale amministrativo regionale per la Campania (di qui in avanti, per brevità, solo il Tribunale), con la sentenza n. -OMISSIS-, ha dichiarato improcedibile il ricorso principale e respinto i motivi aggiunti di Croce Rossa e ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale di r.t.i. Heart Life.

3. Avverso tale sentenza ha proposto appello principale Croce Rossa, deducendo tre articolati motivi di censura che di seguito saranno esaminati, e ne ha chiesto, previa sospensione dell’esecutività, la riforma, con il conseguente annullamento degli atti impugnati e, ove possibile, l’aggiudicazione della gara.

3.1. Infine nell’udienza del 14 luglio 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

4. L’appello principale di Croce Rossa deve essere respinto.

5. Con il primo articolato motivo, anzitutto, l’odierna appellante principale, Croce Rossa, lamenta che il primo giudice avrebbe erroneamente respinto la censura con cui la stessa Croce Rossa aveva dedotto che in ragione, sia dei gravi procedimenti penali a carico di soggetti collegati al r.t.i. e della non veridicità delle dichiarazioni rese, sia della allegata indisponibilità delle ambulanze proposte in sede di offerta, il r.t.i. controinteressato avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, in applicazione del disposto di cui all’art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, proprio perché la stazione appaltante ha ommesso di valutare la gravità del requisito di affidabilità professionale

5.1. Il primo giudice nel premettere che le questioni erano già state riesaminate dalla stazione appaltante dopo la riassunzione – per interruzione del processo in forza di decreto presidenziale n. -OMISSIS-- ha respinto la censura perché dette circostanze sono state ritenute esorbitanti dall'obbligo dichiarativo e, in ogni caso, la controinteressata Croce Amica aveva adempiuto, sia pure *ex post*, alle contestate dichiarazioni, superando così l'opposto rilievo sulla “prognosi di inaffidabilità della concorrente”; ma questo assunto è contestato da Croce Rossa, la quale assume che, al contrario, la stazione appaltante ha omesso di valutare la rilevanza e gravità del requisito di affidabilità professionale, limitandosi ad esaminare se ricorressero o meno ipotesi di automatica esclusione; così come, la comunicazione su detti fatti del 29 aprile 2022, ben poteva comunque considerarsi tempestiva giacché intervenuta prima del provvedimento di aggiudicazione, e dunque in tempo utile per consentire all'Amministrazione di effettuare le valutazioni di competenza.

5.2. Analogamente, riguardo alle questioni relative alla pendenza di procedimenti penali a carico di soggetti comunque collegati al r.t.i. controinteressato, non vi è stata alcuna omissione informativa secondo il Tribunale, perché la mandante *First Aid One Italia* risulta avere subito avvisato la S.A. con pec del 29 aprile 2022, a fronte di una ordinanza cautelare che ha peraltro riguardato “amministratori di fatto “ e il presidente del CdA della FAOI, che ha mantenuto la carica sino al 6 aprile 2022 in cui si è dimesso.

5.3. Il motivo è privo di fondamento perché, contrariamente a quanto sostenuto dalla appellante, il primo giudice non si è sottratto dall'esercitare la valutazione sulla gravità o meno dei fatti incidenti sull'affidabilità professionale del concorrente, avendo chiarito sulla scorta di un indirizzo giurisprudenziale che la mancata comunicazione alla stazione appaltante della pendenza, di una indagine penale non esitata tuttora in una sentenza neppure di primo grado non concreta l'ipotesi di mendacio (Consiglio di Stato, III n. 2245 del 2020), stante la necessità di interpretare in senso restrittivo le

clausole di esclusione poste dalla legge con conseguente esclusiva prevalenza di una interpretazione che non si discosti dal significato letterale delle espressioni in esse contenute e con preclusione di ogni forma di estensione analogica (cfr. Cons. di Stato, IV, n. 3481/2021).

5.4. La nota 18 giugno 2021, n. 150518 prodotta in atti, come ha ben rilevato il primo giudice, lascia trasparire che tali determinazioni sono state, invece, ritenute da Tribunale idonee ed immuni da vizi.

Per altro verso, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 16/2020) ha, tra l'altro, rimarcato la necessità che l'eventuale omissione documentale debba essere, comunque, vagliata dall'Amministrazione procedente ai fini della valutazione di integrità morale e affidabilità professionale, senza alcun automatismo espulsivo.

5.4. Di qui l'inammissibilità adombrata dal primo giudice, prima ancor che l'infondatezza della censura in esame, che travalica i limiti del sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni discrezionali della stazione appaltante, posto che come recentemente chiarito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. V, sent. 3.6.2021, n. 4248): “che il sindacato che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della “non pretestuosità” della valutazione degli elementi di fatto compiuta (nella specie, la non manifesta abnormità, contraddittorietà o contrarietà a norme imperative di legge nella valutazione degli elementi di fatto) e non può pervenire ad evidenziare una mera “non condivisibilità” della valutazione stessa”.

5.5. E del resto, va qui aggiunto, che le linee guida Anac n. 6 (recanti “Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice”) prevedono che “Il verificarsi delle fattispecie esemplificative individuate nella presenti Linee guida non dà luogo all'esclusione automatica del concorrente, ma comporta l'obbligo della stazione appaltante di procedere

alle valutazioni di competenza in ordine alla rilevanza sostanziale degli specifici comportamenti, da effettuarsi nell'esercizio del potere discrezionale alla stessa riconosciuta, secondo le indicazioni fornite nel presente documento”), non senza richiamare la valenza solo “esemplificativa” e non tassativa dell'elencazione operata delle fattispecie indicate.

5.6. Peraltro dette Linee guida sono state adottate dall'Anac al dichiarato fine di “fornire indicazioni operative e chiarimenti in merito alle fattispecie esemplificative indicate in via generica dal Codice e ai criteri da seguire nelle valutazioni di competenza. Ciò nell'ottica di assicurare l'adozione di comportamenti omogenei da parte delle stazioni appaltanti e garantire certezza agli operatori economici”; tali Linee guida precisano che “Le stazioni appaltanti possono attribuire rilevanza a situazioni non espressamente individuate dalle Linee guida, purché le stesse siano oggettivamente riconducibili alla fattispecie astratta indicata dall'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice e sempre che ne ricorrano i presupposti oggettivi e soggettivi”, evidenziando il carattere “aperto” del novero degli illeciti professionali e dei relativi mezzi di prova.

5.7. L'Amministrazione sanitaria di Napoli ha, per vero, esercitato adeguatamente il potere valutativo sui fatti penali inerenti alla affidabilità professionale del concorrente, esprimendo una valutazione discrezionale, che dà conto di tale esame e delle conclusioni a cui è pervenuta, come comprovato dalla documentazione in atti.

5.8. A conforto di tale conclusione in uno con la contestata omissione informativa, può richiamarsi la nota 18 giugno 2021, prot. n. 150518 in cui, là dove si legge che: *...i fatti fanno riferimento all'Ordinanza del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Pavia, eseguita in data 18 marzo 2021, con la quale è stata disposta l'applicazione della misura cautelare coercitiva degli arresti domiciliari ai danni, tra gli altri, di -OMISSIS-(quest'ultimo non attinto da misure cautelari), definiti "amministratori di fatto" della First Aid One Italia-FAOI.* La medesima Ordinanza ha riguardato anche il sig. Francesco Di Dio, già presidente del Consiglio di

amministrazione e legale rappresentante *pro tempore* della designata mandante *First Aid One Italia* (carica mantenuta sino al 6 aprile 2021, data delle sue dimissioni), sebbene allo stesso non sia stata applicata alcuna misura cautelare.

5.9. Si tratta come detto di una valutazione che viene condotta ai sensi del citato art. 80 co. 5 del Codice dei contratti pubblici e alla luce delle viste linee guida ANAC n.6 recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nella esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice».

5.10. È in proposito stato altresì chiarito che la pendenza di un procedimento penale, ai sensi delle linee guida citate e della giurisprudenza amministrativa recente, non integra un'ipotesi di illecito professionale ai sensi dell'art. 80 comma 5, lett. c) e e-bis del Codice, né v'è un obbligo normativo di dichiarare la sussistenza di c.d. "carichi pendenti" salvo il caso che già non vi sia una condanna di primo grado, ancorché non passata in giudicato”.

5.11. Infondata è anche la contestazione relativa alla mancata disponibilità delle ambulanze, ritenuta idonea, secondo la tesi di Croce Rossa, ad incidere sull'inaffidabilità professionale, non solo perché nel presente affidamento si tratta di un requisito non partecipativo, ma anche perché negli appalti di servizi, l'appaltatore ben può garantire l'esecuzione della prestazione, con qualsiasi bene strumentale, purché rivesta le caratteristiche tecniche indicate nell'offerta di gara, dovendosi escludere che l'eventuale sostituzione di ambulanze, possa configurare un "*aliud pro alio*".

Di qui la reiezione della censura in esame.

6. Con il secondo articolato motivo, ancora, l'odierna appellante principale contesta che erroneamente il primo giudice non ha accolto la censura riguardante la violazione, sotto altro profilo, dell'art. 80 comma 5 lett. c), c bis) e c ter) e comma 6 d.lgs. 50/2016, per avere la mandataria (Heart Life) ommesso di dichiarare, nel DGUE, la grave risoluzione contrattuale, disposta

dalla A.S.L. Roma 4, con delibera n. 610/2019, per analogo servizio di trasporto infermi, a mezzo ambulanze e trasporto sangue.

6.1. Il Tribunale ha respinto il motivo valorizzando la modificazione della risoluzione per inadempimento, in risoluzione bonaria, che avrebbe così superato la rilevanza preclusiva sul requisito di affidabilità ed integrità professionale.

6.2. Croce Rossa contesta anche queste motivazioni perché osserva, in senso contrario, che il carattere consensuale di tale risoluzione non ha rimosso l'accertamento pregiudiziale di inadempimento, in capo all'operatore economico che era tenuto, in ogni caso, a dichiarare tale "fatto" alla stazione appaltante, per consentirne di accertare incidenza e rilevanza sul requisito di affidabilità professionale.

6.3. Anche questo motivo è privo di fondamento perché 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 il legislatore, sebbene 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 come quindi alcun obbligo di essere dichiarata all'atto della partecipazione alle gare di pubblici appalti.

Resta estranea, quindi, tale ipotesi a quelle di omessa dichiarazione.

7. Con il terzo motivo Croce Rossa deduce l'erroneità della sentenza impugnata per avere respinto il quinto ed il sesto motivo del ricorso principale, miranti alla riedizione della gara, che denunciavano situazioni di incompatibilità nella nomina della commissione, in asserito aperto contrasto con l'art. 77, comma 7, del codice degli appalti.

7.1. Il quinto motivo di ricorso, in relazione alla composizione della commissione è stato, dal primo giudice, ritenuto inammissibile prima ancora che infondato oltre che per genericità, sotto l'ulteriore rilievo che le disposizioni riguardanti le incompatibilità sono di stretta applicazione.

Croce Rossa sostiene tuttavia che: *i.* non esiste un onere d'impugnazione immediata della nomina della commissione; *b)* il valore dell'imparzialità dell'azione amministrativa ha valore costituzionale e la sua garanzia prescinde dall'esito della gara.

7.2. Anche questo motivo è infondato.

7.3. La valutazione del primo giudice va ancora una volta immune da censura perché, in effetti, i componenti (dottori Montanari ed Izzo) di cui l'appellante deduce la vista incompatibilità non hanno svolto alcuna funzione che possa integrare una siffatta ipotesi alla luce dell'art. 77 del codice degli appalti.

Sul punto devono condividersi le statuizioni del primo giudice, là dove ha chiarito che: *... la censura sollevata, non riferendosi in particolare ed espressamente a nessuna delle ipotesi di incompatibilità previste dall'art. 77 del codice degli appalti, si appalesa, in quanto tale, generica, osserva il Collegio che la disposizione di cui all'art. 77 del d.lgs. contiene ipotesi di incompatibilità di stretta applicazione* (cfr. Cons. di Stato, V, nn. 7557/2019, 283/2019).

7.4. Infondato è anche l'ultimo profilo di censura del terzo motivo in esame con cui l'appellante critica la sentenza gravata per non avere accolto le contestazioni sulla correttezza della procedura informatica della gara, lamentando in particolare sia la mancata presenza di rappresentanti delle imprese concorrenti nell'esame della documentazione, sia l'apertura dei plichi non in seduta pubblica.

Ma come ha chiarito la consolidata giurisprudenza amministrativa "Nelle procedure che si svolgono in modalità telematica, trova applicazione il principio secondo cui non è necessaria una seduta pubblica per l'apertura delle offerte tecniche (lo stesso vale per le offerte economiche), in quanto la

gestione telematica offre il vantaggio di una maggiore sicurezza quanto alla conservazione dell'integrità degli atti”.

7.5. Ne segue la complessiva infondatezza anche del motivo in esame.

8. In conclusione, per tutte le ragioni esposte, l'appello principale di Croce Rossa deve essere respinto nei suoi tre articolati motivi, sin qui esaminati.

9. La peculiarità, sotto il profilo fattuale, della controversia integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

10. Rimane definitivamente e rispettivamente a carico dell'Associazione della Croce Rossa Italiana il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello principale.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

Pone definitivamente e rispettivamente a carico del r.t.i. Croce rossa il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello

Michele Corradino, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere, Estensore

Antonella De Miro, Consigliere

L'ESTENSORE
Antonio Massimo Marra

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO

