

N. 11092/2016 REG.PROV.COLL.

N. 05813/2016 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5813 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Hospital Service s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giuliano Di Pardo C.F. DPRGLN68B11F839V, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza del Popolo, 18

contro

Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Fratto C.F. FRTGPP63P03H501M, Egidio Mammone C.F. MMMGDE60M13B758S, Vincenzo Gambardella C.F. GMBVCN61B22H501F, con domicilio eletto presso la sede aziendale in Roma, circonvallazione Gianicolense, 87

nei confronti di

- Servizi Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale capogruppo mandataria del r.t.i. con Adapta Processi Industriali per l'Igiene e la Sterilizzazione s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Ermes Coffrini, Marcello

Coffrini e Massimo Colarizi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, viale Bruno Buozzi, 87;

- Adapta Processi Industriali per l'Igiene e la Sterilizzazione s.p.a., in persona del legale rapp.te p.t., n.c.

per l'annullamento

- del bando di gara per l'affidamento del “Servizio di noleggio e lavaggio della biancheria e di tutti gli effetti tessili (lenzuola, coperte, materassi, guanciali, vestiario e divise del personale etc.) nonché fornitura di T.N.T. non sterile e di teleria e capi sterili per camera operatoria necessari a soddisfare le esigenze residenziali/alberghiere e le attività sanitarie dell'azienda ospedaliera S. Camillo-Forlanini”;

- del provvedimento di approvazione degli atti di gara, nonché dei verbali di gara con gli allegati, del disciplinare di gara, del capitolato speciale con gli allegati, dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante, dell'avviso di modifica e sostituzione del capitolato, della proroga del termine per la presentazione delle offerte, dello schema di contratto;

- della nota prot. n. 8239 del 9 marzo 2016 di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva;

- del provvedimento n. 269 del 9 marzo 2016 di aggiudicazione definitiva;

- della nota prot. n. 8728 del 14 aprile 2016 di diniego di accesso all'offerta tecnica;

- della nota prot. n. 7653 del 4 aprile 2016 di rigetto dell'istanza di riesame;

- del provvedimento di nomina della Commissione, delibera n. 1152 del 21 ottobre 2016;

- dell'attività e dei provvedimenti afferenti la valutazione dei requisiti di ordine generale, tecnico/professionale ed economici, nonché della congruità dell'offerta;

- dell'eventuale contratto di appalto ove stipulato;

nonché

per la declaratoria del diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione della gara e l'inerente contratto di appalto, nonché per l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per la condanna dell'ente alle correlate obbligazioni;
in subordine, per il riesame da parte della Commissione della sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza ovvero per la trasmissione degli atti di gara all'Autorità Garante della Concorrenza per effettuare tale valutazione;
sempre in subordine, per l'annullamento dell'intera procedura, con riedizione della gara e ordine alla stessa amministrazione di assicurare l'erogazione del servizio avviando una procedura negoziata tra le imprese partecipanti per individuare la migliore offerta qualità/prezzo;
nonché per il risarcimento dei danni in forma specifica e, in subordine, per equivalente.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini e della Servizi Italia s.p.a. in proprio e nella qualità;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 ottobre 2016 il dott. Alfredo Storto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato all'Azienda Ospedaliera S. Camillo-Forlanini il 9-13 maggio 2016, a Servizi Italia s.p.a. il 9-12 maggio 2016, al r.t.i. tra Servizi Italia s.p.a. e Adapta Processi Industriali per l'Igiene e la Sterilizzazione s.p.a. il 9-12 maggio 2016 e ad Adapta Processi Industriali per l'Igiene e la Sterilizzazione s.p.a. il 9-16 maggio 2016

e depositato il successivo 13 maggio, la Hospital Service s.r.l. impugna, relativamente al lotto 1, gli atti della procedura aperta da aggiudicare con il criterio dell'art. 83 d.lgs. n. 163/2006, indetta dall'A.O. S. Camillo-Forlanini per il servizio meglio indicato in epigrafe.

In particolare, il lotto 1, avente base d'asta di € 16.500.000,00, era stato definitivamente aggiudicato al r.t.i. tra Servizi Italia e Adapta, nel mentre l'odierna ricorrente si era classificata al secondo posto.

Quest'ultima, che aveva già lamentato nel corso della gara la mancata esclusione del controinteressato e il successivo parziale diniego di accesso documentale, avanza istanza istruttoria e lamenta nel merito:

- 1) la violazione e la falsa applicazione del d.lgs. 163/2006, del d.P.R. n. 207/2010, della l. n. 298/1974, del Reg. CE 1071/2009, del d.P.C.m. 8 gennaio 2015, delle regole e dei principi in tema di qualificazione per l'ammissione e la partecipazione a gare pubbliche, della normativa di gara, della *par condicio*, nonché il difetto di istruttoria, lo sviamento di potere e il difetto di motivazione, in quanto il servizio di lavanolo messo a gara sarebbe stato configurato unitariamente dalla normativa di gara, senza distinguere tra prestazione principale e secondaria, cosicché l'ammissione del r.t.i. controinteressato, avente carattere verticale, sarebbe illegittima avendo Adapta assunto attività non svolte anche dalla capogruppo Servizi Italia, qualificandole di fatto come secondarie;
- 2) la violazione e la falsa applicazione del d.lgs. 163/2006, del d.P.R. n. 207/2010, della *lex specialis* di gara, difetto di istruttoria, sviamento di potere, difetto di motivazione in quanto la Commissione, nella seduta dell'11 gennaio 2016, aveva attribuito punteggi grandemente diversi, discrezionali e non proporzionali con particolare riguardo ai criteri quantitativi stabiliti dal bando;
- 3) la violazione e la falsa applicazione del d.lgs. 163/2006, del d.P.R. n. 207/2010, della normativa di gara, della l. 55/1990, della *par condicio*, del d.P.C.m. 11 maggio

1991, n. 187, del principio di pubblicità, di imparzialità e di buon andamento della p.a. di cui all'art. 97 Cost., difetto di istruttoria, sviamento di potere, difetto di motivazione, in quanto il r.t.i. controinteressato avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per violazione del divieto di intestazione fiduciaria *ex art. 38, comma 1, lett. d)*, d.lgs. n. 163/2006, posto che l'8,7% delle azioni di Servizi Italia s.p.a., corrispondente alla quota di controllo di cui all'art. 2359 c.c., è detenuto dalla società di diritto americano Kabouter Managment LLC che non è una società fiduciaria autorizzata ai sensi della l. n. 1966/1939;

4) la violazione e la falsa applicazione del d.lgs. 163/2006, del d.P.R. n. 207/2010, della normativa di gara, della l. 287/1990, delle Dir. 18/04 e 24/14 e Tufei, travisamento dei fatti, violazione del principio di trasparenza e *par condicio*, dello Statuto p.m.i., del principio di concorrenza e parità di accesso alle gare pubbliche, difetto di istruttoria e di motivazione, sviamento di potere, in quanto il r.t.i. controinteressato sarebbe sovrabbondante, posto che avrebbero potuto concorrere singolarmente entrambe le aziende che vi avevano dato vita, gestori uscenti del servizio, cosicché la loro partecipazione alla gara in r.t.i. avrebbe avuto un effetto distorsivo della concorrenza comprovato dalla dominanza che tali aziende hanno nel settore del lavanolo;

5) la violazione e la falsa applicazione degli artt. 86, 87, 88 e 89 del d.lgs. 163/2006, del d.lgs. 81/2008, della normativa di gara, del principio di parità, trasparenza dell'azione amministrativa, nonché carenza di istruttoria, erroneità e/o difetto dei presupposti, carenza di motivazione, in quanto, avendo il r.t.i. Servizi Italia un punteggio superiore ai 4/5 di quello previsto dalla normativa di gara sia per la componente qualitativa sia per quella economica dell'offerta, la Stazione appaltante avrebbe dovuto verificarne la congruenza *ex artt. 86 ss. d.lgs. n. 163/2006*, mentre dagli atti di gara non emerge che tale verifica sia stata effettuata;

in via subordinata, ai fini dell'annullamento della gara,

- 6) la violazione e la falsa applicazione dell'art. 15, comma 3, d.l. 95/2012, della l. 296/2006, delle ll.rr. 14/2008, 4/2006, 8/2006, 17/2009, sviamento di potere, difetto di istruttoria e di motivazione, in quanto la procedura di gara si sarebbe svolta in mancanza di idonea autorizzazione da parte della Regione Lazio;
- 7) la violazione e la falsa applicazione degli artt. 2 e 27 del d.lgs. 163/2006, dell'art. 120, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010, del principio di pubblicità, di parità di trattamento, del giusto procedimento, di trasparenza e di imparzialità, in quanto l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche è avvenuta in seduta riservata anziché pubblica;
- 8) la violazione e la falsa applicazione del d.lgs. 163/2006, del d.P.R. n. 207/2010, della *lex specialis*, sviamento di potere, difetto di motivazione, per l'irregolare composizione della Commissione che ha svolto le operazioni di gara del 12 novembre 2015, diversa da quella designata dalla Stazione appaltante, per la sostituzione del Presidente, dott.ssa Gagliano, con la dott.ssa Anna Salducci, priva dei requisiti di esperienza e competenza e neppure indicata supplente nel provvedimento di nomina della Commissione;
- 9) la violazione e la falsa applicazione del d.lgs. 163/2006, del d.P.R. n. 207/2010, della Direttiva CE2004/18, dei principi di trasparenza, efficienza, buona amministrazione, *par condicio*, eccesso e sviamento di potere, in quanto la legittimità dell'intera procedura sarebbe inficiata a causa della duplicazione degli aspetti qualitativi assunti come criteri e sub criteri di valutazione;
- 10) la violazione e la falsa applicazione degli artt. 42 e 83 c.c.p. per illegittima commistione tra criteri afferenti alla valutazione dell'offerta e criteri relativi a requisiti soggettivi di ammissione, dell'art. 44 c.c.p. e dell'art. 50 della Direttiva CEE 2004/18/C, manifesta incoerenza;
- 11) la violazione e la falsa applicazione della *lex specialis*, della lettera di invito, del codice degli appalti, del d.P.R. 207/2010, dei principi di trasparenza, pubblicità, *par*

condicio, incompetenza, difetto di motivazione e di istruttoria, a causa dell'omessa indicazione della metodologia prescelta dalla Stazione appaltante per l'attribuzione dei punteggi da parte dei commissari;

12) la violazione e la falsa applicazione del codice degli appalti, della normativa comunitaria, della *lex specialis*, del principio di imparzialità ed efficienza della p.a., di parità di trattamento, difetto di istruttoria, illogicità, ingiustizia grave e manifesta, in quanto l'intera gara è inficiata dall'asimmetria informativa determinata dalla carenza del dato essenziale costituito dal consumo storico di biancheria.

La ricorrente ha dunque chiesto, in via principale, l'annullamento degli atti gravati e l'aggiudicazione in suo favore, in subordine, previo annullamento dell'aggiudicazione, di riesaminare l'esistenza dell'intesa restrittiva della concorrenza ovvero l'annullamento della procedura con conseguente risarcimento del danno, in forma specifica o per equivalente, vittoria di spese e refusione del contributo unificato.

Si è difesa l'Azienda Ospedaliera S. Camillo-Forlanini eccependo, *in limine*, la tardività del ricorso posto che, a fronte dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva con deliberazione n. 269 del 9 marzo 2016, il ricorso sarebbe stato notificato soltanto il 13 maggio 2016; ha comunque concluso per l'inammissibilità ovvero per l'infondatezza dell'impugnativa.

Analoghe conclusioni ha preso Servizi Italia s.p.a., costituitasi in proprio e quale capogruppo mandataria del r.t.i. con Adapta.

Con atto di motivi aggiunti la Hospital Service s.r.l., avuto contezza dell'offerta tecnica del r.t.i. controinteressato, ha quindi riproposto le censure già formulate col ricorso introduttivo ed ha articolato le seguenti:

1) la violazione e la falsa applicazione del d.lgs. 163/2006, del d.P.R. n. 207/2010, dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, parità di trattamento, giusto procedimento, per non avere il r.t.i. controinteressato sottoscritto l'offerta tecnica;

2) la violazione e la falsa applicazione del d.lgs. 163/2006, del d.P.R. n. 207/2010, della *lex specialis*, sviamento di potere, difetto di istruttoria e di motivazione, in quanto la Commissione giudicatrice non avrebbe aperto le confezioni contenenti i prodotti in TNT e in TTR presentati dal r.t.i., valutandoli così “a scatola chiusa” e, comunque, alla luce del consentito accesso documentale, per la conferma dell’illegittimità della valutazione e dei punteggi attribuiti con riguardo a vari sub criteri;

in via subordinata, ai fini dell’annullamento della gara,

3) la violazione e la falsa applicazione del d.lgs. 163/2006, del d.P.R. n. 207/2010, della l. 241/1990, dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, parità di trattamento, giusto procedimento, in quanto, a seguito dell’accesso documentale, è emerso che la Commissione non soltanto non ha aperto l’offerta tecnica in seduta pubblica, ma non ha neppure vidimato la documentazione (progetto e schede tecniche) prodotte dal r.t.i.

L’Azienda Ospedaliera S. Camillo-Forlanini ha ribadito l’eccezione di irricevibilità del ricorso, precisando che la ricorrente avrebbe preso parte con un proprio procuratore già alla seduta di gara del 17 febbraio 2016 nella quale era stata comunicata l’aggiudicazione provvisoria (come resterebbe dimostrato dalla prima richiesta di accesso del 22 febbraio 2016), nel mentre il provvedimento di aggiudicazione definitiva, in data 9 marzo 2016, era stato conosciuto già al momento della sua approvazione, visto che il 10 marzo 2016 era stato pubblicato all’Albo pretorio e inserito sul sito web aziendale.

Nel merito, al pari della parte controinteressata, ha ribadito le proprie conclusioni reiettive.

All’esito della odierna udienza la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. L’impugnativa spiegata col ricorso introduttivo è tempestiva.

Per un verso, infatti, la pubblicazione della delibera di aggiudicazione mediante affissione all'albo pretorio (cfr. C.d.S., 18 ottobre 2013, n. 5070) ovvero sul sito web (v. Tar Sardegna, 12 maggio 2011, n. 478) della stazione appaltante non è idonea a determinare la decorrenza del termine d'impugnazione.

Per altro verso, «ai fini dell'impugnazione degli atti di gara, la presenza di un delegato di un'impresa concorrente alle operazioni di gara di apertura delle offerte tecniche e di quelle economiche, nonché di aggiudicazione provvisoria, non determina per la suddetta impresa il *dies a quo* per la proposizione del ricorso, atteso che solo l'aggiudicazione definitiva produce, nei confronti dei partecipanti alla gara diversi dall'aggiudicatario, un effetto lesivo (consistente nella privazione definitiva, salvo interventi in autotutela della stazione appaltante od altre vicende comunque non prevedibili né controllabili, del "bene della vita" rappresentato dall'aggiudicazione della gara); sì che solo dalla piena conoscenza della aggiudicazione definitiva (in quanto unico atto conclusivo della procedura selettiva, in relazione al quale sorge un onere di tempestiva impugnazione da parte dei concorrenti non aggiudicatari) e di tutti gli elementi di cui al comma 2, lett. c), dell'art. 79, d.lgs. n. 163/2006 decorrono i termini per l'impugnazione di quegli atti che hanno portato alla aggiudicazione provvisoria (avente in ogni caso natura di mero atto endoprocedimentale, la cui autonoma impugnazione costituisce una mera facoltà)» (cfr. C.d.S. 2015, n. 25).

Segnatamente, nel caso di specie, l'odierna ricorrente – la quale ha dedotto, incontestata, che il provvedimento di aggiudicazione definitiva le è stato comunicato l'8 aprile 2016 – ha spedito il ricorso per la notifica lunedì 9 maggio 2016 e, quindi, l'ultimo giorno utile tenuto conto, per gli effetti dell'art. 52, comma 3, c.p.a., che l'8 maggio 2016 era domenica.

2. Venendo alle censure articolate col ricorso introduttivo, va respinta la prima tenuto conto che il bando di gara, da un lato, non distingueva tra prestazioni principali e secondarie, configurando quella di lavanolo come una prestazione

unitaria e complessa e, dall'altra, considerava *tout court* ammissibile la partecipazione alla gara delle associazioni temporanee di impresa ai sensi dell'art. 37 del d.lgs. n. 163/2006 (v. pagg. 52 e 54 del capitolato speciale, nella quale ultima è chiesta addirittura ai rappresentanti delle imprese raggruppate una dichiarazione «attestante le parti del servizio che saranno eseguite dalle singole imprese, che sarà vincolante per il raggruppamento in caso di aggiudicazione»), senza distinguere tra raggruppamenti verticali e orizzontali; ne discende che l'indicazione partita del soggetto raggruppato in relazione alle singole prestazioni comprese nel Lotto 1 effettuata nell'offerta del controinteressato, che non ha invece dichiarato in ordine alla natura verticale ovvero orizzontale del raggruppamento, non assume la valenza di una riqualificazione delle prestazioni, ovvero di una non consentita scomposizione del contenuto della prestazione volta a distinguere fra prestazioni principali e secondarie, ma piuttosto quella di una indicazione che corrisponde, nell'equivalenza della capacità tecnica di entrambe le aziende raggruppate (come messo in evidenza in un successivo motivo proprio dalla ricorrente), ad una puntuale prescrizione della legge di gara nonché alla generale previsione dell'art. 37, comma 4, d.lgs. n. 163/2006 a prescindere da distinzioni legate alla natura morfologica del raggruppamento verticale od orizzontale, alla tipologia delle prestazioni principali o secondarie, scorporabili o unitarie, o al dato cronologico del momento della costituzione dell'associazione, costituita o costituenda.

2.1. Va invece dichiarato inammissibile il secondo articolato motivo di ricorso, che risulta generico laddove censura la valutazione delle offerte tecniche svolta dalla Commissione, in particolare con riguardo ai sottocriteri previsti dalla legge di gara, senza offrire al Giudicante alcun riferimento puntuale ed asseverato sia con riguardo ai punteggi non attribuiti sia con riguardo alla rilevanza delle censure, partitamente e complessivamente, in termini di capovolgimento dell'esito di gara (c.d. prova di

resistenza) anche alla luce dell'ampia forbice che divide i punteggi in comparazione (80 punti alla ricorrente e 91,45 punti al r.t.i. controinteressato).

2.2. Neppure può essere accolto il terzo motivo di ricorso, tenuto conto che la ricorrente non prova né la natura fiduciaria della società estera che detiene l'8.690% del pacchetto azionario della Servizi Italia s.p.a. né la ricorrenza degli affermati presupposti di cui all'art. 2359 c.c., cosicché non può dirsi violato l'art. 38, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 163/2006.

2.3. Quanto alla lamentata sovrabbondanza del raggruppamento (quarto motivo di ricorso), questa Sezione ha già avuto modo di rilevare (sent. 26 aprile 2016, n. 4741), che, «se è vero che l'ordinamento in generale, e la regola della specifica gara, non vietano la cosiddetta ATI sovrabbondante, vale a dire il raggruppamento di più soggetti individualmente già in possesso dei requisiti per partecipare alla selezione (...), è anche vero che l'uso di strumenti consentiti in via generale non è di per sé neutro, ben potendo esserne apprezzato il concreto esito, anche e soprattutto alla luce del principio della tutela della concorrenza (così Cd.S. sent. 4 novembre 2014, n. 5423)». Pertanto «ai fini della verifica di una condotta anticoncorrenziale, è necessario, da un lato, che venga in rilievo non una isolata condotta, ma la portata anticoncorrenziale di una serie di atti rivelatori, anche, in tesi, in sé legittimi dei quali si faccia tuttavia un uso strumentale, non coerente con il fine per il quale sono attribuiti i relativi poteri e che si deve concretizzare nella restrizione della concorrenza per la partecipazione alla gara. Inoltre, è necessario che di tali comportamenti si faccia una disamina puntuale e concreta che sia in grado di connotare con tratto di concretezza e di incisività la condotta anticoncorrenziale del raggruppamento nel caso di specie».

Tanto premesso, la ricorrente ha desunto la violazione dell'art. 8 del disciplinare di gara («sono altresì esclusi dalla gara i concorrenti coinvolti in situazioni oggettive lesive della *par condicio* tra i concorrenti»), quantomeno sotto il profilo della mancata

attivazione della Commissione per verificare l'allegato *vulnus*, dal fatto che le società consorziate siano i gestori uscenti del servizio e, pertanto, avrebbero scelto la forma associata per salvaguardare i rispettivi livelli di fatturato, dal mancato impiego delle economie di scala commisurate al r.t.i. e dalla posizione di assoluta dominanza dalle stesse rivestita nel mercato del lavanolo, che sarebbe da queste controllato nella misura del 40%.

Il complesso di tali elementi ad avviso del Collegio non vale tuttavia ad integrare un reticolo comportamentale convergente verso una manifesta finalità anticoncorrenziale, considerata anche l'assenza di anomalie rivelatrici nel dato economico dell'offerta ovvero nell'assetto organizzativo del r.t.i., risultando inoltre alcune delle affermazioni della ricorrente (in ordine alla finalità unica di salvaguardare i livelli di fatturato e al mancato impiego di adeguate economie di scala) ipotetiche ovvero generiche.

Il motivo non può dunque essere accolto.

2.4. Non è accoglibile neppure il quinto motivo di ricorso tenuto conto, in linea generale, che «le problematiche relative alla motivazione della anomalia della offerta si pongono in termini notevolmente diversi a seconda del grado e del tipo di anomalia che abbia dato luogo alla verifica dell'offerta» e che, in particolare, «qualora si proceda (...) alla verifica a norma dell'art. 86, co. 3, del codice dei contratti, recante l'ipotesi in cui l'offerta migliore ha riportato un punteggio non inferiore ai quattro quinti del massimo tanto per l'aspetto tecnico quanto per l'aspetto economico, non occorre una motivazione particolarmente approfondita, non potendosi neppure parlare di offerta sospetta di anomalia, bensì solo di verifica effettuata per scelta discrezionale dell'Amministrazione; e, com'è noto e come già accennato, il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta si connota per poteri, che, poiché inerenti la verifica dell'anomalia delle offerte, attengono alla sfera propria di discrezionalità tecnica della stazione appaltante, sicché il giudice amministrativo può

sindacare le valutazioni compiute dalla p.a. sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità dell'istruttoria, ma non può operare autonomamente siffatta verifica, pena l'invasione di quella sfera tipica» (così, *ex multis*, C.d.S. 9 luglio 2014, n. 3492).

Ciò posto, nella specie, come considerato dall'Azienda resistente, risulta dal provvedimento di aggiudicazione definitiva (n. 269 del 9 marzo 2016) che «sono state esperite con esito positivo le verifiche sul possesso dei requisiti di ordine generale e della capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, rese in sede di gara dalle ditte aggiudicatarie».

3. Prima di eventualmente esaminare le censure articolate in via subordinata col ricorso introduttivo con finalità demolitoria dell'intera gara, occorre prendere in considerazione quelle articolate coi motivi aggiunti e volte, invece, ad ottenere in via principale la mera esclusione del controinteressato r.t.i. dalla gara.

3.1. Segnatamente col primo dei motivi aggiunti (spediti per la notifica il 25 luglio 2016) la ricorrente, che ha versato in giudizio i relativi atti acquisiti a seguito di accesso documentale del 28 giugno 2016, censura la mancata sottoscrizione dell'offerta tecnica e, in particolare, degli allegati ai capitoli 2, 3, 4 e 6 contenenti l'elencazione degli articoli offerti con la descrizione, mediante schede tecniche, delle caratteristiche di questi e il processo di sterilizzazione impiegato da controparte.

Si sono difese l'amministrazione e la parte controinteressata, deducendo che la sottoscrizione, da apporre peraltro sull'ultima pagina, era prevista dal bando soltanto per l'offerta economica e non anche per quella tecnica e che tale carenza rivestirebbe comunque carattere inessenziale e sarebbe sanabile mediante il soccorso istruttorio. La censura è fondata.

Osserva in proposito il Collegio che, nel caso di specie, a fronte della produzione documentale della ricorrente, non v'è stata contestazione in ordine alla mancata sottoscrizione dei documenti in questione i quali, alla stregua di quanto disposto

dall'art. 35 del capitolato speciale (pagg. 55 ss.), integrano nei suoi elementi essenziali l'offerta tecnica, costituita da una relazione tecnica da inserire nella "busta n. 2" che, tra le altre cose, deve evidenziare «tipologia e caratteristiche degli articoli proposti». Ha in proposito chiarito la giurisprudenza che «la sottoscrizione dell'offerta, prescritta ai sensi dell'art. 74 d.lgs. n. 163 del 2006, si configura come lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione contenuta nel documento, serve a renderne nota la paternità ed a vincolare l'autore alla manifestazione di volontà in esso contenuta. Essa assolve la funzione di assicurare provenienza, serietà, affidabilità e insostituibilità dell'offerta e costituisce elemento essenziale per la sua ammissibilità, sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale, potendosi solo ad essa riconnettere gli effetti dell'offerta come dichiarazione di volontà volta alla costituzione di un rapporto giuridico. La sua mancanza inficia, pertanto, la validità e la ricevibilità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta senza che sia necessaria, ai fini dell'esclusione, una espressa previsione della legge di gara (Cons. St. Sez. V, 7.11.2008, n. 5547). Non può ritenersi equivalente alla sottoscrizione dell'offerta l'apposizione della controfirma sui lembi sigillati della busta che la contiene» (così C.d.S. 25 gennaio 2011, n. 528).

Inoltre, l'art. 46 comma 1-*bis* del d.lgs. n. 163/2006, relativo all'incertezza sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, va letto nel senso che può essere sanzionata con l'esclusione dalla gara l'offerta che presenti un margine di incertezza significativo, sia per il contenuto intrinseco della stessa, sia in relazione all'oggetto dell'appalto: analogamente, sono da ritenere essenziali quegli elementi dell'offerta atti ad incidere in maniera significativa sul contenuto della stessa, tanto che la loro mancanza renda l'offerta non soddisfacente rispetto alle richieste della stazione appaltante. Pertanto, va escluso il concorrente il quale abbia ommesso la sottoscrizione dell'offerta tecnica – la quale non è negozialmente imputabile ad alcuno – mentre la mancata esplicita previsione di tale carenza tra le cause di esclusione è irrilevante

"trattandosi di mancanza di un elemento essenziale dell'offerta che anche nell'attuale assetto normativo disegnato dall'attuale art. 46, comma 1-bis, del Codice appalti, in cui è stato codificato il principio di tassatività delle cause di esclusione, rileva quale causa di estromissione del concorrente dalla gara d'appalto (in questi termini Consiglio di Stato, 21 giugno 2012 n. 3669 e 8 agosto 2013, n. 727).

In conclusione, la mancata sottoscrizione dell'offerta tecnica, che costituisce uno dei documenti integranti la domanda di partecipazione alla gara, non può essere considerata, in via di principio, un'irregolarità solo formale sanabile nel corso del procedimento, atteso che essa fa venire meno la certezza della provenienza e della piena assunzione di responsabilità in ordine ai contenuti della dichiarazione nel suo complesso posto che la sottoscrizione di un documento è lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione anteposta contenuta nello stesso, consentendo così non solo di risalire alla paternità dell'atto, ma anche di rendere l'atto vincolante verso i terzi destinatari della manifestazione di volontà (*ibidem*).

Da tanto discende che il r.t.i. aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara e, quanto all'odierno processo (non risultando che si sia proceduto alla stipula del relativo contratto), che va accolta la domanda di annullamento dell'aggiudicazione del lotto 1, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti che l'amministrazione dovrà adottare in esecuzione della presente sentenza.

4. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, accoglie i motivi aggiunti e per l'effetto annulla l'aggiudicazione impugnata. Condanna l'amministrazione e la parte controinteressata, in solido tra loro, a rifondere alla ricorrente le spese processuali, che liquida in complessivi € 20.000,00 (ventimila), nonché a rimborsare il contributo unificato.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 ottobre 2016 con
l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Sapone, Presidente

Alfredo Storto, Consigliere, Estensore

Massimo Santini, Consigliere

L'ESTENSORE
Alfredo Storto

IL PRESIDENTE
Giuseppe Sapone

IL SEGRETARIO