



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 32 del 2020, proposto da H.C. Hospital Consulting s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Enea Baronti, Antonio Bivona e Marianna Capizzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Enea Baronti in Firenze, via Maggio n. 30;

contro

Regione Toscana, non costituita in giudizio;
Estar Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Iaria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via de' Rondinelli 2;

nei confronti

Althea Italia s.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determinazione di Estar n. 1613 del 19.11.2019 ed annessa nota di comunicazione prot. 58057 del 22.11.2019 nella parte in cui dispone l'aggiudicazione del Lotto 1 della "Procedura aperta per la stipula di una convenzione inerente i servizi integrati di gestione e manutenzione di apparecchi biomedicali (SIGMAB) in uso presso le Aziende Sanitarie della Regione Toscana" in favore della controinteressata;
- della presupposta determinazione di ammissione in gara n. 595 del 23.4.2019 con relativi verbali allegati;
- del verbale n. 4 del 28.8.2019, recante l'aggiudicazione provvisoria;
- del verbale n. 5 del 5.11.2019 ed annessi pareri di sostegno, nella parte in cui la commissione definiva il sub-procedimento di anomalia dell'offerta avversaria ritenendola adeguata ed esaustiva;
- della determinazione di Estar n. 1817 del 18.12.2019, recante dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione definitiva, limitatamente agli effetti riguardanti il lotto oggetto di gravame;
- ove occorresse, del paragrafo 4.A.2), pagina 13 del Disciplinare, nella parte in cui circoscrive l'obbligo dichiarativo alle sole risoluzioni non contestate in giudizio;
- ove occorra, del contratto, se medio tempore stipulato;

nonché per la condanna

dell'Amministrazione intimata al risarcimento del danno patito in forma specifica tramite l'aggiudicazione della commessa in favore della ricorrente, eventualmente previa declaratoria di inefficacia e/o nullità del Contratto se medio tempore stipulato e rispetto al quale si dichiara di intendere subentrare, e/o al risarcimento per equivalente in maniera parziale (qualora la deducente sia ammessa al subentro nel Contratto d'appalto a servizio già avviato e limitatamente all'importo di quello eseguito da soggetto privo di titolo) o integrale (qualora, per l'avanzato stato del servizio o per qualsiasi altra ragione, non sia più possibile il subentro contrattuale).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Estar Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale e di Althea Italia s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2020 il dott. Gianluca Bellucci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Estar, con determina del 21.12.2017, ha indetto la procedura aperta avente a oggetto una convenzione riguardante i servizi di gestione e manutenzione di apparecchi biomedici, suddivisa in tre lotti. Successivamente Estar ha modificato e sostituito la lex specialis di gara, riapprovata con determinazione del 19.12.2018, cui è seguita la ripubblicazione su GUCE e GURI, con proroga del termine già fissato per la presentazione delle offerte (documento n. 8 depositato in giudizio): il termine, già stabilito nel 2 marzo 2018, è stato prorogato al 25 marzo 2019.

Per il lotto 1 hanno presentato offerta due soli operatori: H.C. Hospital Consulting s.p.a. e Althea Italia s.p.a..

Quest'ultima ha prodotto in sede di gara una dichiarazione integrativa indicante a suo carico 5 pregresse risoluzioni contrattuali (due revocate a seguito di transazione e tre oggetto di giudizio civile pendente), una revoca e un atto di decadenza del provvedimento di aggiudicazione; Althea ha altresì dichiarato di essersi vista applicare, nel 2018, quattro penali in altrettanti appalti.

Nella seduta del 28.8.2019 era stilata la graduatoria provvisoria, in cui si collocava al primo posto Althea, la cui offerta, sottoposta a verifica di anomalia, è stata infine giudicata congrua dalla commissione di gara, come da verbale del 5.11.2019 (documento n. 5).

La gara è stata aggiudicata ad Althea con determina datata 19.11.2019, seguita dalla determina del 18.12.2019, dichiarativa dell'efficacia dell'aggiudicazione definitiva.

La ricorrente è insorta avverso tali determinazioni dolendosi della mancata esclusione della controinteressata, sulla base delle seguenti censure:

A) Violazione dell'art. 80, comma 5 lett. c, c bis, del d.lgs. n. 50/2016.

L'aggiudicataria, specie in relazione alle plurime risoluzioni, ha formulato in modo reticente e omissivo le proprie dichiarazioni sul possesso dei requisiti generali per indurre in errore la stazione appaltante; su tale falsariga si inserisce l'esclusione disposta nei suoi confronti dalla Regione Abruzzo (documento n. 16); le omissioni dichiarative della controinteressata (in relazione a misura cautelare per addebiti penali dell'amministratore delegato, agli inizi del 2018) risultano inoltre sanzionate da ordinanze cautelari del TAR Milano (n. 1302 del 10.10.2019 e n. 1317 e 1319 dell'11.10.2019).

1) Omessa dichiarazione di misura di custodia cautelare per associazione a delinquere finalizzata alla corruzione, turbativa d'asta e violazione del segreto d'ufficio dell'ex amministratore delegato di Althea; violazione dell'art. 80, comma 5, lettere c e c bis, del d.lgs. n. 50/2016; violazione dei principi di clare loqui, buona fede e trasparenza.

Dai documenti prodotti dalla controinteressata si evince che è cessato dalla carica (in data 26.2.2018) il dottor Enrico Labella (amministratore delegato), a cui carico non era dichiarato alcunché. Tuttavia, da notizia apparsa sulla stampa il 20.2.2018 (documenti n. 17 e 18), egli risulta sottoposto agli arresti domiciliari nell'ambito di una indagine sulla sanità trentina: ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c, del d.lgs. n. 50/2016, le ipotesi di illecito professionale non sono tassative, in quanto gli operatori economici sono tenuti a fornire alla stazione appaltante qualsiasi informazione potenzialmente rilevante ai fini del giudizio sull'affidabilità professionale del concorrente (la ricorrente richiama al riguardo le pronunce

cautelari del TAR Milano, n. 1302/2019, 1317/2019 e 1319/2019, riguardanti l'attuale controinteressata).

2) Omessa dichiarazione di penali: violazione dell'art. 80, comma 5, lettere c, c bis e c ter, del d.lgs. n. 50/2016, del paragrafo 4.A.2 del disciplinare di gara, delle linee guida Anac n. 6, versione 2017, del principio di buona fede e degli obblighi informativi.

Il punto 4.2.A del disciplinare stabilisce che "l'operatore economico dovrà dichiarare tutti i provvedimenti utili per le valutazioni circa i requisiti di moralità professionale e affidabilità intesa come capacità tecnico professionale nello svolgimento dell'attività oggetto dell'affidamento, come previsto dalle linee guida Anac n. 6/2017 (delibera n. 1293/2016 e n. 1008/2017). A titolo esemplificativo dovranno essere dichiarate significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto che abbiano comportato...altre sanzioni quali l'applicazione di penali" (documento n. 23); tuttavia la controinteressata ha dichiarato l'inesistenza di illeciti professionali, salvo produrre dichiarazione integrativa di 4 penali, dichiarazione però incompleta, giacché manca l'indicazione di penali ricevute all'interno di un'a.t.i. composta dalla controinteressata o direttamente o tramite Elettronica Bio Medicale s.p.a. (confluita in Althea con atto di fusione del 4.4.2018: documento n. 25).

Parimenti omessa è la dichiarazione circa un secondo gruppo di penali, applicate rispettivamente dall'ASST di Lodi (nell'importo del 10% del canone dovuto, per perdurante e generale inadempienza in ordine alla gestione e manutenzione di apparecchiature elettromedicali e ad alta tecnologia: documento n. 28) e da Estar (penali di euro 226.919, per ritardi nell'esecuzione del contratto di global service: documento n. 29).

Ciò doveva determinare l'esclusione dalla gara, in virtù dell'art. 80, comma 5, lettere c bis e c ter, del d.lgs. n. 50/2016 e del disciplinare di gara, in applicazione delle linee

guida Anac n. 6, versione 2017, che imponeva di dichiarare l'applicazione di penali (documento n. 23, pagina 13).

3) Omessa dichiarazione di gravi illeciti professionali realizzati nello svolgimento della gara: violazione dell'art. 80, comma 5, lettere c e c bis, del d.lgs. n. 50/2016, violazione del paragrafo 4.A.2 del disciplinare (secondo cui devono essere dichiarati gravi illeciti professionali posti in essere nello svolgimento della gara, configuranti comportamenti volti ad alterare illecitamente la par condicio) e delle linee guida Anac n. 6/versione 2017; violazione del principio di buona fede e degli obblighi informativi.

La controinteressata non ha dichiarato l'esclusione dalla gara disposta nei suoi confronti dalla Regione Abruzzo in relazione all'accordo quadro per il telemonitoraggio e la teleassistenza a supporto del servizio di assistenza domiciliare (documento n. 16), esclusione motivata col fatto che Althea non aveva dichiarato pregressi gravi illeciti professionali e definitiva (avendo il TAR Pescara respinto il ricorso con sentenza n. 283 del 25.11.2019).

4) Relativamente alle risoluzioni (dichiarate da Althea) decise dall'A.O. San Giovanni Addolorata di Roma e dall'A.O. Papa Giovanni XXIII di Bergamo (inserite nella dichiarazione integrativa), violazione dell'art. 80, comma 5, lettere c, c bis e c ter, del d.lgs. n. 50/2016, dei principi di buona fede e clare loqui e/o falsa dichiarazione e degli obblighi informativi.

La controinteressata ha addotto l'inesistenza delle risoluzioni contrattuali disposte dall'A.O. San Giovanni Addolorata (risoluzione dipendente dall'applicazione di penali di importo superiore al 10% del valore contrattuale, relativamente ad appalto per manutenzione, fornitura e sostituzione dei materiali, verifiche, controlli e servizi accessori relativi ad apparecchiature elettromedicali dell'azienda ospedaliera) e dall'A.O. Papa Giovanni XXIII di Bergamo (risoluzione dipendente da disservizi e da ritardo o mancato espletamento di prestazioni in relazione ad appalto per gestione

e manutenzione delle apparecchiature, dei dispositivi sanitari e delle attrezzature), stante la revoca avvenuta a seguito di transazione, e le ha qualificate come inidonee a costituire indice di un grave illecito professionale (documenti n. 30, 31, 32 e 33). La mancata produzione della transazione e la dichiarazione di irrilevanza delle risoluzioni sono fuorvianti in quanto suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione (la transazione di per sé non determina la scomparsa giuridica della precedente risoluzione contrattuale).

5) Relativamente alla decadenza (dichiarata da Althea) dall'aggiudicazione disposta dall'A.O. Cannizzaro di Catania in data 16.7.2015: violazione dell'art. 80, comma 5, lettere c, c bis e c ter, del d.lgs. n. 50/2016, dei principi di buona fede e clare loqui e/o falsa dichiarazione e degli obblighi informativi.

Nella propria dichiarazione Althea sostiene che il provvedimento di decadenza (deliberato in assenza di contratto di appalto sottoscritto) non reca i presupposti del grave illecito, ma l'affermazione è erronea, incompleta e fuorviante, in quanto la Corte di Cassazione aveva evidenziato l'inadempimento intervenuto nella fase dell'anticipata esecuzione del contratto: anche un provvedimento in fase prenegoziale può rilevare ai fini del giudizio di inaffidabilità professionale.

6) Relativamente alla risoluzione (dichiarata da Althea in sede di gara) disposta dall'A.O. San Carlo di Potenza e poi convertita in decadenza dell'aggiudicazione del servizio di manutenzione full risk dell'apparecchiatura sistema RMN completa delle apparecchiature accessorie: violazione dell'art. 80, comma 5, lettere c, c bis, del d.lgs. n. 50/2016, dei principi di buona fede e clare loqui e/o falsa dichiarazione e degli obblighi informativi.

La predetta risoluzione era dovuta all'omessa presentazione del protocollo di manutenzione adottato dal fabbricante delle apparecchiature e del certificato attestante la qualificazione dell'offerente a effettuare le previste manutenzioni (documenti n. 34 e 35).

7) Relativamente alla decadenza dell'aggiudicazione disposta dall'A.O. Papardo di Messina del 30.5.2017 (avente a oggetto il servizio di gestione e manutenzione full risk delle apparecchiature biomedicali e dichiarata da Althea senza riferimento alla dimensione economica): violazione dell'art. 80, comma 5, lettere c, c bis e c ter, del d.lgs. n. 50/2016, dei principi di buona fede e clare loqui e dichiarazione reticente; violazione degli obblighi informativi.

La predetta risoluzione discende da gravi inadempienze giustificanti penali per l'importo eccedente il 10% del canone annuale ed è irrilevante il fatto che sia stata contestata giudizialmente, in quanto le inadempienze da essa presupposte ricadono nella previsione dell'art. 80, comma 5 lettera c ter, del d.lgs. n. 50/2016 (che non reca alcun riferimento all'inesistenza di contestazioni in giudizio); pertanto la ricorrente impugna il paragrafo 4.A.2 del disciplinare ove fosse inteso nel senso di circoscrivere l'obbligo dichiarativo alle sole risoluzioni non contestate in giudizio.

8) Quanto all'operato della commissione di gara: violazione dell'art. 80, comma 5, lettera c, del d.lgs. n. 50/2016, del principio di imparzialità dell'Amministrazione; eccesso di potere per irrazionalità, difetto di istruttoria, disparità di trattamento, sviamento.

La commissione di gara, a fronte della dichiarazione della controinteressata circa l'esistenza di 6 risoluzioni, una decadenza dall'aggiudicazione e 4 penali, non ha speso una parola e non ha cercato di comprendere la realtà dei fatti. Althea non poteva essere ammessa alla gara in base alle generiche dichiarazioni prodotte e in assenza di motivazione che chiarisse il perché dell'ammissione di un concorrente nella situazione di Althea.

9) In via subordinata: violazione degli obblighi informativi e doverosità della motivazione da parte della commissione di gara.

Il Consiglio di Stato, sez. III, con sentenza n. 6234 del 18.9.2019 (in una ulteriore fattispecie in cui Althea si era resa protagonista di omesse dichiarazioni), pur

ritenendo ingiustificata l'esclusione alla luce del vecchio testo dell'art. 80, comma 5, lett. c, del d.lgs. n. 50/2016 e alla luce del fatto che le linee guida Anac (nella versione antecedente all'attuale) imponevano di dichiarare solo quanto indicato nel casellario informatico, mentre la *lex specialis* di gara imponeva di dichiarare le sole risoluzioni non contestate in giudizio, ha comunque ritenuto che la stazione appaltante dovesse considerare motivatamente la rilevanza delle pregresse vicende contrattuali; la violazione degli obblighi informativi comporta una particolare valutazione da parte del seggio di gara in ordine ai dettagli delle vicende contrattuali pregresse e a quanto emerso in giudizio.

B) 10) Quanto alla congruità dell'offerta nella parte riferita ai costi della manodopera: violazione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 (omessa esposizione del costo del lavoro in seno all'offerta economica); violazione dei principi di immutabilità dell'offerta e dei suoi elementi essenziali; illegittima modificazione della proposta presentata in gara in fase di verifica dell'anomalia.

Althea, nell'offerta economica, ha quantificato in euro 2.787.430 i costi della manodopera, mentre invece, in sede di giustificazione della congruità dell'offerta, ha aggiunto, includendoli nella voce "spese generali", i costi riguardanti il personale tecnico impiegato eventualmente in interventi specialistici, il personale delle strutture centrali per attività di acquisto di beni e servizi, il personale dedicato alla gestione contabile/amministrativa degli aspetti contrattuali di appalto.

Si sono costituiti in giudizio Estar e Althea Italia s.p.a..

All'udienza del 4 giugno 2020 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. Con la prima censura la ricorrente deduce che l'amministratore delegato della controinteressata, dottor Labella, cessato dalla carica il 26.2.2018, è stato sottoposto agli arresti domiciliari nell'ambito di indagini sulla sanità trentina, e tuttavia la sua

posizione non è stata dichiarata in sede di gara, talché Estar avrebbe dovuto escludere Althea dalla procedura selettiva.

La doglianza non può essere accolta.

Non risulta che il citato amministratore sia stato effettivamente sottoposto a una misura di custodia cautelare; inoltre, la sua lettera di dimissioni nulla dice circa l'esistenza di tale misura, facendo riferimento ad indagini penali che, allo stato attuale, non si sono concluse con una richiesta di rinvio a giudizio.

Pertanto, stante l'incertezza sull'esistenza e sulla consistenza di un illecito professionale riconducibile al suddetto soggetto (illecito allo stato attuale non accertato), nessun onere di dichiarazione incombeva sulla controinteressata.

2. Con il secondo motivo la società istante deduce l'omessa dichiarazione, da parte della controinteressata, in ordine a penali irrogate ad Althea o direttamente o tramite Elettro Bio Medicale s.p.a., confluita in Althea con atto di fusione del 4.4.2018; ad avviso della ricorrente tale omissione avrebbe dovuto comportare l'estromissione dalla gara.

La censura è fondata.

La controinteressata ha omesso di dichiarare le penali applicate dall'ASL Salerno in relazione al contratto per la gestione e manutenzione di tecnologie (per ritardi nella riparazione di un guasto: allegato n. 26 al ricorso), le penali applicate da Estar in relazione al contratto per la manutenzione di apparecchiature elettromedicali (stanti alcune inadempienze definite non gravi: allegato n. 27), le penali applicate in data 11.2.2019 dall'ASST di Lodi in riferimento al contratto di gestione e manutenzione di apparecchiature elettromedicali e ad alta tecnologia per generali e continuate inadempienze (allegato n. 28), le penali applicate da Estar il 21.5.2019 in riferimento al contratto di global service per ritardo nella riparazione di guasti (allegato n. 29).

Trattasi di fattispecie configuranti illeciti professionali e quindi sottoposti a obbligo di dichiarazione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f bis, del d.lgs. n. 50/2016, il quale

costituisce una norma di chiusura, che impone agli operatori economici di portare la stazione appaltante a conoscenza dei fatti rilevanti incidenti sull'affidabilità professionale dell'operatore economico. In particolare, le inadempienze che hanno dato luogo alle suddette penali rilevano ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c e c ter, del d.lgs. n. 50/2016, quali possibili gravi illeciti professionali o significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto che hanno determinato l'applicazione di sanzioni.

La sanzione espulsiva, in tali casi, si deve riconnettere non già all'illecito professionale in quanto tale, ma all'aver l'operatore taciuto una circostanza astrattamente idonea ad integrare la causa di esclusione di cui all'art. 80 co. 5, lett. c) e c ter), la cui valutazione in termini di gravità è sottratta all'operatore economico ed è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante (TAR Veneto, II, 4.2.2020, n. 126).

Inoltre, le linee guida dell'Anac n. 6, aggiornate al 2017 (pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale del 7.11.2017 e vigenti a decorrere dal 22.11.2017, e quindi già prima dell'indizione della gara in argomento), impongono ai partecipanti alla procedura selettiva di dichiarare “tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio la loro integrità o affidabilità” (art. 4.3.) e attribuiscono rilevanza anche alle cause ostative non inserite nel casellario informatico (art. 4.2, ultimo paragrafo); in particolare, l'art. 2.2.1.1 impone alla stazione appaltante di valutare non solo la pregressa risoluzione anticipata del contratto, ma anche l'applicazione di penali.

Non depone in senso contrario il fatto che alcune penali siano state irrogate nei confronti di società che si è poi fusa per incorporazione con Althea e in data successiva alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Invero, la fusione per incorporazione di una società in un'altra è un evento da cui consegue non già l'estinzione della società incorporata, bensì l'integrazione reciproca delle società partecipanti all'operazione; trattasi di vicenda meramente evolutiva del

medesimo soggetto, che conserva la propria identità pur in un nuovo assetto organizzativo. Infatti, la società incorporante o risultante dalla fusione, se non è, in base a tale ricostruzione, un successore universale, tuttavia nemmeno è un soggetto altro e diverso, ma semmai un soggetto composito in cui proseguono la loro esistenza le società partecipanti all'operazione societaria. Ne consegue che la società incorporante risponde anche dei requisiti per conto dell'incorporata (TAR Lazio, Roma, II, 17.7.2018, n. 8011). Sotto altro profilo, occorre considerare che, secondo l'art. 80, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016, “le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5”.

3. Con il terzo motivo l'istante sostiene che varrebbe, quale ulteriore causa di esclusione della controinteressata, la sua omessa dichiarazione dell'esclusione subita in ordine alla gara indetta dalla Regione Abruzzo, esclusione (definitiva) dovuta al fatto che Althea non aveva dichiarato precedenti illeciti professionali.

La doglianza non è condivisibile.

In forza dell'art. 80, comma 5, lett. F ter, del d.lgs. n. 50/2016, l'esclusione patita in altra gara può rilevare solo se inserita nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'Anac, condizione questa non sussistente nel caso in esame.

4. Con la quarta censura l'esponente osserva che la controinteressata aveva subito, per iniziativa dell'A.O. San Giovanni Addolorata e dell'A.O. Papa Giovanni XXIII di Bergamo, la risoluzione rispettivamente del contratto di appalto per manutenzione, fornitura e sostituzione dei materiali, verifiche, controlli e servizi accessori relativi ad apparecchiature elettromedicali e del contratto di appalto per gestione e manutenzione di apparecchiature, dispositivi sanitari e attrezzature; la ricorrente rileva che tali risoluzioni sono state presentate da Althea come irrilevanti in quanto trasformate in risoluzioni consensuali per effetto di transazione e però la

stazione appaltante doveva comunque considerare il fatto storico della risoluzione disposta per gravi inadempienze.

Il mezzo è fondato.

L'amministrazione ha reputato irrilevante il predetto antefatto, e nemmeno ha disposto l'acquisizione delle due transazioni ai fini della valutazione delle inadempienze contrattuali che avevano condotto alla risoluzione contrattuale disposta dall'amministrazione prima e alla risoluzione transattiva poi.

Orbene, la transazione stipulata a seguito della risoluzione contrattuale disposta dalla stazione appaltante per grave inadempimento impedisce l'accertamento giudiziale circa la legittimità o meno della risoluzione stessa, ma determina definitivamente il consolidamento del fatto storico costituito dalla risoluzione per inadempimento disposta dalla stazione appaltante, che richiede, ai sensi dell'art. 1455 c.c., l'importanza e quindi la gravità dell'inadempimento. Tale circostanza (risoluzione contrattuale composta mediante transazione), integra comunque il presupposto di cui all'art. 80, comma 5 lett. C ter, del d.lgs. n. 50/2016.

Pertanto doveva essere dichiarata compiutamente in sede di partecipazione e valutata dalla commissione di gara la duplice risoluzione del contratto per reiterate inadempienze ascritte alla controinteressata, non potendo il concorrente dichiarante omettere di rendere in modo esauriente la dichiarazione facendo riferimento ad una propria valutazione di non gravità della vicenda (Cons. Stato, III, 13 giugno 2018, n. 3628; idem, V, 5.3.2020, n. 1605; TAR Campania, Napoli, IV, 17.6.2019, n. 3342).

5. Alle stesse considerazioni si presta la risoluzione (evidenziata con il settimo motivo di gravame) disposta dall'A.O. Papardo di Messina nei confronti di Elettronica Bio Medica il 30.5.2017, prima della sua fusione con Althea (documento n. 38).

Irrilevanti sono le contestazioni giudiziali dell'atto di risoluzione, in quanto il riferimento legislativo (contenuto nella precedente versione dell'art. 80, comma 5,

del d.lgs. n. 50/2016) alla risoluzione “non contestata in giudizio” è stato abrogato dal d.l. n. 135 del 14.12.2018 (vigente al momento della riapprovazione della lex specialis di gara). Nel vigente testo normativo è quindi rilevante la risoluzione per inadempimento o atto equiparabile, a prescindere dalla pendenza o meno di contestazione giudiziale in ordine alla stessa.

6. Parimenti, in riferimento alla quinta censura, doveva essere vagliata dalla commissione giudicatrice la pregressa inadempienza in cui era incorsa Elettronica Bio Medica prima della fusione con Althea, nella fase dell'anticipata esecuzione del contratto di gestione e manutenzione full risk di apparecchiature elettromedicali, anche se la conseguenza di tale inadempienza è stata la decadenza dall'aggiudicazione (con escussione della cauzione) disposta dall'A.O. Cannizzaro di Catania, e non la risoluzione, trattandosi di sanzione comparabile con la risoluzione ex art. 80, comma 5, lett. C ter, del d.lgs. n. 50/2016. Analoga considerazione vale per la decadenza dall'aggiudicazione disposta dall'A.O. San Carlo di Potenza nei confronti della società TBS, fusa con Althea in data 4.4.2018 (decadenza evidenziata con il sesto motivo di ricorso), la quale, unitamente alle altre inadempienze contrattuali in cui è incorsa la controinteressata, rileva ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. C, del d.lgs. n. 50/2016.

7. Parimenti fondata è l'ottava doglianza, in quanto la commissione di gara non ha compiuto un'adeguata attività istruttoria a fronte delle numerose penali e risoluzioni contrattuali, riportate dalla controinteressata, dichiarate dalla stessa nel documento allegato al DGUE.

Trattasi infatti di pregresse condotte contrattuali che possono dare adito a dubbi sull'affidabilità professionale della controinteressata, talché il giudizio di non gravità o irrilevanza non emerge in maniera implicita o per fatti concludenti e richiede quindi un'approfondita istruttoria ed una puntuale e argomentata motivazione (TAR Lazio, Roma, II quater, 10.12.2019, n. 14122).

8. In conclusione, il ricorso deve essere accolto, restando assorbite le censure non esaminate.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come indicato nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la contestata aggiudicazione.

Condanna Estar e la controinteressata a corrispondere per ciascuno alla ricorrente la somma di euro 3.000 (tremila) oltre accessori di legge, a titolo di spese di giudizio.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2020 tenutasi mediante collegamento da remoto in video conferenza secondo quanto disposto dall'articolo 84, comma 6, del decreto legge 17 marzo 2020 n. 18, con l'intervento dei magistrati:

Saverio Romano, Presidente

Gianluca Bellucci, Consigliere, Estensore

Pierpaolo Grauso, Consigliere

L'ESTENSORE
Gianluca Bellucci

IL PRESIDENTE
Saverio Romano

IL SEGRETARIO