



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 9161 del 2017, proposto da Molnlycke Health Care S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Rosaria Russo Valentini, Andrea Grappelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Maria Rosaria Russo Valentini in Roma, piazza Grazioli, n. 5;

contro

Paul Hartmann S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianni Maria Saracco, Laura Formentin, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso la Segreteria della Terza Sezione del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

Mediberg S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Pier Giorgio Coppa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso la Segreteria della Terza Sezione del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

nei confronti

Azienda Socio Sanitaria Territoriale (ASST) “Papa Giovanni XXIII” di Bergamo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Zoppolato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via del Mascherino, n. 72;

Azienda Socio Sanitaria Territoriale (ASST) di Mantova, Azienda Socio Sanitaria Territoriale (ASST) Bergamo Ovest, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lombardia, Sezione staccata di Brescia, n. 1388/2017, resa tra le parti, concernente l’affidamento della fornitura dei dispositivi medici sterili monouso;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Paul Hartmann S.p.A e di Mediberg S.r.l. e dell’Azienda Socio Sanitaria Territoriale (Asst) Papa Giovanni XXIII di Bergamo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 aprile 2018 il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati Maria Rosaria Russo Valentini, Andrea Grappelli, Pier Giorgio Coppa, Gianni Maria Saracco e Maurizio Zoppolato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con deliberazione del Direttore Generale 28/5/2015 n. 884, l’ASST di Bergamo “Papa Giovanni XXIII” (di seguito: ASST) ha indetto una gara “aperta” in forma aggregata (da esperirsi mediante utilizzo della piattaforma telematica regionale SinTel e da aggiudicarsi all’offerta economicamente più vantaggiosa) per l'affidamento della fornitura di dispositivi medici sterili monouso contenuti in pacchi procedurali per sala operatoria, da destinare alle ex Aziende Ospedaliere “Papa Giovanni XXIII” di Bergamo, “Carlo Poma” di Mantova e di Treviglio.

La durata dell’appalto era prevista in 72 mesi, con una base d’asta pari a € 15.030.000 (+ IVA 22%), di cui € 10.020.000 per i 6 anni iniziali e € 5.010.000 relativi all’eventuale rinnovo triennale.

Hanno partecipato alla procedura selettiva il RTI Paul Hartmann-Mediberg, la Mölnlycke Health Care (di seguito: Mölnlycke) e il RTI Servizi Italia-Medline.

Al termine della gara, la società Mölnlycke Health Care si è collocata al primo posto della graduatoria con 95,96 punti (di cui 60 per l'offerta tecnica e 35,96 per quella economica) seguita dal RTI Paul Hartmann-Mediberg con punti 86,15 (rispettivamente 46,15 e 40). La proposta dell'aggiudicataria provvisoria è stata sottoposta a verifica dell'anomalia e, in esito al sub-procedimento, è stata ritenuta congrua.

Con deliberazione 22/6/2017 n. 1160, il Direttore generale di ASST ha aggiudicato in via definitiva l'appalto a Mölnlycke.

2. - Tale provvedimento è stato impugnato (unitamente agli atti di gara) dal raggruppamento Paul Hartmann-Mediberg dinanzi al TAR per la Lombardia, Sezione staccata di Brescia.

Nel giudizio di primo grado la società Mölnlycke si è costituita in giudizio proponendo ricorso incidentale.

Si è costituita anche la stazione appaltante ASST di Bergamo, chiedendo il rigetto del ricorso principale.

3. - Con sentenza n. 1388 del 28 novembre 2017, il TAR ha respinto il ricorso incidentale ed ha accolto il ricorso principale, disponendo l'annullamento degli atti con esso impugnati.

In data 4 gennaio 2018 la stazione appaltante ha stipulato il contratto con il RTI Paul Hartmann- Mediberg.

4. - Avverso tale decisione la società Mölnlycke ha proposto appello chiedendone la riforma.

Si è costituita in giudizio la ASST "Papa Giovanni XXIII" di Bergamo chiedendo l'accoglimento dell'appello.

Si è costituito in giudizio anche il RTI Paul Hartmann-Mediberg che ha invece concluso per il rigetto dell'impugnativa.

5. - Con ordinanza n. 119 del 2018 la domanda cautelare è stata respinta.

In prossimità dell'udienza di discussione le parti hanno depositato scritti difensivi a sostegno delle rispettive tesi.

6. - All'udienza pubblica del 12 aprile 2018 l'appello è stato trattenuto in decisione.

7. - L'appello è infondato e va, dunque, respinto.

7.1 – Prima di esaminare le doglianze proposte con l'atto di appello, è opportuno ricostruire l'intera vicenda.

Con il secondo motivo del ricorso di primo grado, il RTI Hartmann-Mediberg ha dedotto la censura di violazione dell'art. 38 comma 1 lett. f) del D. Lgs. 163/2006 e all'art. 75 del DPR 445/2000, eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, inosservanza del principio di trasparenza e della *par condicio* tra i concorrenti, rilevando che:

- nella propria istanza di partecipazione, Mölnlycke aveva formulato una dichiarazione non veritiera, attestando *“di non aver commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante e di non aver commesso errore grave nell'esercizio della propria attività professionale (art. 38, comma 1, lett. f) del Codice)”*;

- secondo la giurisprudenza di appello e di primo grado, da tale disposizione discende l'obbligo di esclusione dalla gara pubblica dell'impresa che non ha dichiarato di essere stata destinataria, in passato, di un provvedimento di risoluzione contrattuale adottato nei suoi confronti da altra pubblica amministrazione;

- ogni apprezzamento in proposito è riservato, infatti, alla stazione appaltante, per cui il partecipante non può autonomamente e preventivamente formulare un giudizio di irrilevanza ed omettere di segnalare i propri precedenti negativi, in violazione del principio di leale collaborazione;

- la società Mölnlycke ha subito una risoluzione contrattuale per grave inadempimento ad opera dell'Azienda Ospedaliera Città della Salute e della Scienza di Torino (cfr. nota 22/4/2013 prot. 45431 – doc. 28 in atti) segnalando che: *“con la presente, a seguito della nota prot. 5283 del 15.01.2013, e dei risultati delle prove tecniche effettuate presso il laboratorio certificato “Centro Cot” di Busto Arsizio (VA), che sono risultati nuovamente nettamente inferiori a quanto dichiarato nelle schede tecniche, si ribadisce che, visti gli esiti di tali prove, e come già preannunciato, si procederà alla risoluzione del contratto”*;

- si è trattato di una risoluzione in danno per inadempimento contrattuale (peraltro reiterato), cui è seguito anche l'incameramento della cauzione provvisoria, mentre un ulteriore episodio si era già verificato nel 2012;

- la controinteressata si è resa responsabile di distinti errori professionali che hanno dato luogo (rispettivamente) alla sospensione di una fornitura e alla risoluzione di un'altra, e che non sono stati dichiarati nel corso della selezione nonostante l'evidenza e la pertinenza ai fini dell'appalto, avente lo stesso oggetto (ossia, la fornitura di prodotti sterili monouso in TNT);
- sotto altro profilo, dall'omessa dichiarazione della precedente risoluzione contrattuale scaturisce la falsità dell'attestazione resa in proposito dalla Società controinteressata, che ne legittima *ex sé* l'esclusione senza possibilità di attivare il "soccorso istruttorio", trattandosi dell'ipotesi di una dichiarazione esistente, ma scientemente difforme dalla realtà.

7.2 - Nel giudizio di primo grado la società Mölnlycke ha replicato che:

- i provvedimenti evocati dalla ricorrente (su sospensione e risoluzione) si riferiscono alla stessa fornitura e alla medesima vicenda, ossia la fornitura di camici sterili chirurgici aggiudicata a Mölnlycke con determinazione del 26/6/2012, per una tipologia di prodotto estraneo alla gara di cui si discorre;
- si sono presentati problemi riguardo all'impermeabilità dei prodotti, e l'Azienda Ospedaliera Città della Salute e della Scienza di Torino ha dapprima disposto la sospensione della fornitura e, successivamente, la risoluzione contrattuale (determinazione in data 16/4/2013 n. 1262);
- nell'ambito della medesima gara, Mölnlycke si era aggiudicata altri 6 lotti, la cui fornitura è avvenuta regolarmente e senza alcuna contestazione da parte della stazione appaltante, per cui è stata disposta la proroga dei relativi contratti;
- quanto al lotto 29, Mölnlycke ha pienamente collaborato con l'Azienda Sanitaria per l'esecuzione delle prove sui camici contestati, accollandosi le relative spese, e ha comunque impugnato in sede giudiziale i provvedimenti in questione;
- il contenzioso è stato definito con una transazione e, nell'accordo, l'Azienda Ospedaliera Universitaria Città della Salute e della Scienza si è, fra l'altro, espressamente impegnata "*... a non considerare, ai fini dell'ammissione di Mölnlycke ad una futura gara, quale ostacolo ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 (con particolare riferimento al contenuto integrale della lettera f – 1° comma) la risoluzione intervenuta ...*" (doc. 3);
- la stessa stazione appaltante ha escluso l'imputabilità a Mölnlycke di comportamenti rilevanti *ex art. 38*, e con nota in data 17/2/2014 n. 16054, ha pure

richiesto all'Osservatorio Regionale dei Contratti Pubblici la cancellazione dell'eventuale annotazione nel Casellario Informatico della notizia relativa alla risoluzione contrattuale in questione (doc. 4);

- la società Mölnlycke è stata poi ammessa a successive gare bandite dalla stessa AOU di Torino, divenendo anche aggiudicataria di forniture;

Sulla base di questi elementi, la difesa della aggiudicataria ha desunto l'irrilevanza dell'omessa dichiarazione di tale risoluzione contrattuale, ritenendola non idonea a giustificare la sua estromissione dalla gara, rilevando che, comunque, tale omissione avrebbe potuto essere sanata facendo ricorso al soccorso istruttorio, tenuto anche conto che, nella fattispecie, ricorrevano gli estremi dell'errore scusabile.

8. - Con la sentenza di primo grado, il TAR – dopo aver richiamato la norma dell'art. 38, comma 1, lett. f) dell'abrogato codice, di cui al D.Lgs. n. 163/06 (applicabile, *ratione temporis*, alla procedura di gara in contestazione), alla luce del costante orientamento della giurisprudenza amministrativa - ha ritenuto fondata la doglianza in questione, ed ha disposto l'annullamento dell'aggiudicazione della gara in favore della società Mölnlycke.

In estrema sintesi, il TAR:

ha ritenuto che – conformemente a quanto ritenuto dalla giurisprudenza amministrativa - la società fosse in ogni caso tenuta a dichiarare la pregressa risoluzione contrattuale, demandando alla stazione appaltante la sua valutazione ai fini dell'ammissione alla gara;

ha escluso la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio, tenuto conto della sostanziale non veridicità della dichiarazione, e ha negato la riconoscibilità dell'errore scusabile.

8.1 - In merito alle difese svolte dalla società Mölnlycke, la sentenza impugnata ha rilevato che:

- *“Le peculiarità in fatto che hanno contornato la vicenda risolutiva afferiscono alla relazione tra controinteressata e Azienda Sanitaria di Torino (sviluppatasi dopo lo scioglimento del contratto): il dato che rileva è l'oggettività del fatto storico, ossia l'avvenuta risoluzione (mai posta nel nulla da un provvedimento giurisdizionale o di autotutela) per questioni attinenti a una fornitura di camici sterili chirurgici. L'evoluzione della vicenda verso un accordo transattivo non*

escludeva l'obbligo di provvedere alla dichiarazione nell'odierna gara, indetta da una diversa stazione appaltante, poiché il giudizio "non gravità" è fuoriuscito dalla sfera di disponibilità dell'Azienda Sanitaria di Torino per trasferirsi in capo all'ASST odierna resistente".

- "Il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento rende palese che l'omessa dichiarazione, da parte del concorrente, di una delle situazioni potenzialmente ostative alla sua partecipazione alla gara, previste dall'art. 38 lett. f), del D. Lgs. 163/2006, non integra una lacuna emendabile in sede di soccorso istruttorio, ma la carenza ab origine di una dichiarazione obbligatoria la quale, in applicazione dell'art. 46 del D. Lgs. 163/2006, conduce all'esclusione del concorrente stesso".

- "Non può infine essere invocato l'errore scusabile, dato che la cogenza della disposizione era chiara e non suscettibile di alimentare dubbi interpretativi, come ampiamente illustrato".

9. - Nel ricorso in appello la società Mölnlycke ha dedotto, con il primo motivo di impugnazione, l'errore di fatto e l'erronea valutazione dei presupposti posti a base della decisione.

Ha sottolineato, infatti, che:

- l'iniziale provvedimento di risoluzione in danno, la "nota prot. 45431 inviata alla ditta oggi aggiudicataria in data 22 aprile 2013", è stata espressamente autoannullata dalla AOU di Torino con la successiva nota prot. n. 6869 del 22 gennaio 2014 (doc. n. 30) e con la nota prot. n. 16054 del 13 febbraio 2014 (doc. n. 31);

- contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente in primo grado, non si è trattato di due errori, ma di uno solo (la questione del cambio di etichettatura dei camici è stato chiarito e superato senza seguiti);

- effettivamente, si era verificato che i medici dell'AOU di Torino avevano segnalato che alcuni camici chirurgici non presentavano le promesse caratteristiche di impermeabilità;

- la stazione appaltante aveva disposto accertamenti tecnici e la prima verifica di corrispondenza (effettuata su 5 camici) aveva dato esito di non corrispondenza;

- la stazione appaltante aveva chiesto, con nota del 13 gennaio 2013, l'invio di altri 10 camici per ulteriori verifiche, riservandosi di adottare provvedimenti;

- la società aveva inviato i camici, ed in data 22 marzo 2013, l'AOU di Torino, senza rendere noti gli esiti dei successivi controlli, aveva comunicato la volontà di procedere alla risoluzione del contratto e all'incameramento della cauzione;
- la società aveva avviato un'indagine interna, demandando ulteriori accertamenti su ulteriori camici allo stesso laboratorio che aveva eseguito le analisi per conto dell'AOU di Torino, accertando che il problema derivava da una partita difettosa, e isolata, di materia prima fornita dal produttore che aveva coinvolto alcuni lotti, tra cui quello fornito all'AOU di Torino;
- la società aveva rappresentato tale circostanza (corredata da idonea documentazione probatoria) all'AOU di Torino con nota del 27 marzo 2013, ma la stazione appaltante senza esaminarla, aveva comunicato, con nota del 22 aprile 2013 prot. n. 48952, di aver già disposto la risoluzione del rapporto in danno;
- la risoluzione contrattuale era stata impugnata dinanzi al Tribunale di Torino rilevando la mancanza della gravità dell'inadempimento; l'Azienda Ospedaliera si era costituita in giudizio proponendo domanda riconvenzionale;
- il contenzioso si era chiuso con una transazione: la stazione appaltante aveva autoannullato la propria decisione di risoluzione in danno con le note sopra richiamate del 22 gennaio e del 13 febbraio 2014;
- la sentenza sarebbe erronea per aver considerato come "fatto" rilevante la risoluzione contrattuale, omettendo di considerare anche i successivi provvedimenti della stessa stazione appaltante di annullamento in autotutela della risoluzione in danno.

9.1 - In merito alla ricostruzione del "fatto", la difesa del RTI Paul Hartmann-Mediberg ha sottolineato (cfr. pag. 7 della memoria di costituzione) che gran parte della documentazione riportata per estratto nell'atto di appello non era stata dedotta in primo grado, con conseguente inammissibilità ai sensi dell'art. 104, comma 2, c.p.a.

Ha aggiunto che, comunque, tale ricostruzione – fondata sulla indicata documentazione inammissibile – non sarebbe comunque in grado di smentire quanto rilevato dal TAR, sulla base dei documenti n. 27 e 28, relativi al fatto storico della intervenuta risoluzione in danno del contratto e della successiva transazione operata dalle parti.

10. - La tesi dell'appellata è pienamente condivisibile.

10.1 - Costituiscono fatti incontrovertibili le seguenti circostanze:

- uno dei tipi di camice forniti all'AOU di Torino non presentavano, oggettivamente, le “promesse caratteristiche di impermeabilità” e di idrorepellenza (come risulta dal provvedimento di sospensione dell'AOU di Torino e dalla delibera del direttore generale dell'Azienda Ospedaliera n. 1262 del 16 aprile 2013 di risoluzione del contratto);
- pertanto, si era creata una situazione di pericolo per la sicurezza e l'incolumità degli operatori “*che si sono bagnati venendo a contatto con sangue, disinfettanti*” (art. 28 fascicolo di primo grado), tanto da far prevedere in sede transattiva l'obbligo della società Molnlycke di “tenere indenne l'Azienda da eventuali richieste danni conseguenti alle segnalazioni del 03.10.12, 19.10.12 e 05.12.12.”, ossia quelle in cui gli operatori sanitari avevano riportato contaminazioni a causa dei camici forniti dalla società, non rispettosi delle caratteristiche previste;
- la verifica su 5 campioni del prodotto effettuata nel dicembre 2012 aveva accertato la non corrispondenza del prodotto;
- anche gli ulteriori test sui prodotti avevano confermato la difformità dalle caratteristiche richieste (cfr. nota del 22 marzo 2013), tanto da indurre la stazione appaltante a risolvere il contratto.

Tali elementi dimostrano in modo chiaro che la fornitura dei camici non era conforme alle caratteristiche tecniche previste nel contratto (tanto da non garantire l'idrorepellenza e l'impermeabilità dei camici operatori, con i conseguenti rischi sanitari per gli operatori che li indossavano e non assicurando la sterilità del campo operatorio), e che pertanto – integrando un'ipotesi di inadempimento grave – la stazione appaltante aveva ritenuto di dover risolvere il contratto.

10.2 - Tutta l'ulteriore ricostruzione operata nell'atto di appello mira a dimostrare l'incolumità della società, addossando al fornitore del materiale la difettosità del prodotto: tale prospettazione (anche a prescindere dagli aspetti di inammissibilità sollevati dalla difesa del RTI appellato, che pure sussistono) non è comunque in grado di far venire meno il presupposto di fatto costituito dall'avvenuta risoluzione del contratto per inadempimento.

A seguito dell'instaurarsi del contenzioso, le parti hanno deciso di chiudere la controversia con un atto transattivo, il cui preciso contenuto e significato sarà

oggetto di successiva disamina. Ma è pacifico, in ogni caso, che, anche dopo la transazione, il fatto storico della risoluzione contrattuale per inadempimento, disposta dalla stazione appaltante, non è venuta meno, né sono stati eliminati gli effetti giuridici di tale atto sul rapporto contrattuale in corso di svolgimento. Non si è, infatti, ricostituito il vincolo contrattuale tra le parti, e la società Molnlycke non ha ripreso l'esecuzione della fornitura.

La transazione ha solo impedito l'accertamento giudiziale circa la legittimità o meno della risoluzione contrattuale, sicché si è definitivamente "consolidato" il 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, a sua volta, integra, quindi, il presupposto del grave errore nell'esecuzione della prestazione, rilevante ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f) del D.Lgs. n. 163/06.

Gli aspetti relativi al riparto di responsabilità nella fornitura di un prodotto difettoso riguardano il solo rapporto interno tra l'aggiudicataria ed il suo fornitore della materia prima, ma non fanno venir meno il fatto storico dell'inadempimento contrattuale della società appellante nei confronti della stazione appaltante.

L'appaltatore, infatti, con la stipulazione del contratto assume l'obbligo di fornire un prodotto conforme alle specifiche tecniche richieste: se, per cause imputabili a terzi, fornisce, invece, una prestazione che presenta gravi vizi (come nel caso di specie), ne risponde comunque nei confronti del committente, potendo poi rivalersi nei confronti del proprio fornitore qualora ne ricorrano i presupposti.

Non a caso, infatti, anche in sede di transazione, la società appellante:

si è assunta la responsabilità per eventuali danni prodotti dalla fornitura difettosa, tenendo indenne l'Azienda Ospedaliera Universitaria;

si è assunta l'obbligo del pagamento delle spese per le analisi dei camici;

si è obbligata a comunicare l'eventuale azione promossa nei confronti del fornitore.

In pratica, si è assunta la responsabilità dell'inadempimento contrattuale che ha comportato la risoluzione del contratto.

11. - Quanto alla transazione, non può accogliersi la tesi dell'appellante – dedotta con il secondo motivo di appello – secondo cui essa costituirebbe un

provvedimento di autotutela, diretto ad eliminare, in radice, gli effetti del precedente atto di risoluzione contrattuale.

Innanzitutto, occorre rilevare che la transazione è intervenuta nella fase esecutiva del contratto, nella quale l'Amministrazione agisce come un qualunque soggetto privato e, non esercita, dunque, il potere autoritativo di autotutela.

La transazione, inoltre, non può qualificarsi come atto autoritativo, trattandosi di un contratto bilaterale con il quale “le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro” (art. 1965 c.c.).

Né può ritenersi che tale atto possa costituire un accordo sostitutivo di provvedimento, ai sensi dell'art. 11 della L. 241/90, tenuto conto della propria natura di atto negoziale, assunto *iure privatorum*, nella fase esecutiva del contratto.

Non può, quindi, condividersi la tesi dell'appellante, secondo cui la transazione avrebbe annullato la risoluzione in danno disposta dall'AOU di Torino; tale risoluzione sarebbe venuta meno “erga omnes” e, dunque, non vi sarebbe stato alcun obbligo di farne menzione nella dichiarazione di partecipazione alla gara.

11.1 - La transazione stipulata dall'Azienda Ospedaliera di Torino rileva tra le sole parti che l'hanno stipulata.

In sede di transazione, le parti si fanno reciproche concessioni, al fine di chiudere il contenzioso: ciascuna di esse rinuncia a qualche pretesa pur di concludere la controversia.

L'Azienda Ospedaliera Universitaria ha assunto l'obbligo di non considerare la risoluzione come ostacolo, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f), per la partecipazione a future gare da essa indette; ha poi comunicato all'ANAC il tenore della transazione chiedendo la cancellazione dell'annotazione (in realtà mai avvenuta).

Tale valutazione, però, è meramente soggettiva e non comporta automaticamente la sua estensione a terzi.

La sentenza di primo grado, quindi, contrariamente a quanto dedotto in appello, ha correttamente valutato la transazione, rilevando che “*L'evoluzione della vicenda verso un accordo transattivo non escludeva l'obbligo di provvedere alla dichiarazione nell'odierna gara, indetta da una diversa stazione appaltante,*

poiché il giudizio [di] “non gravità” è fuoriuscito dalla sfera di disponibilità dell’Azienda Sanitaria di Torino per trasferirsi in capo all’ASST odierna resistente”.

12. - Con il terzo motivo di appello l’appellante ha dedotto l’erroneità della sentenza per aver ritenuto sussistente l’obbligo di dichiarazione in relazione alla specifica fattispecie, mancando – a suo dire - il presupposto costituito dall’errore grave.

Ha rilevato, infatti, l’insussistenza del principio dell’onnicomprendività della dichiarazione sostenendo che i concorrenti non sarebbero tenuti a dichiarare qualunque inadempimento contrattuale, ma solo quello connotato da gravità, circostanza non ravvisabile nel caso di specie, tenuto conto della vicende successive alla risoluzione contrattuale (ritenuta ininfluyente dall’AOU di Torino che ha successivamente affidato alla stessa società ulteriori contratti di fornitura e ha chiesto all’ANAC di non disporre l’annotazione nel Casellario informatico).

Non potrebbe ritenersi, infatti, che ad ogni risoluzione corrisponda un’ipotesi di errore grave, violandosi altrimenti il principio di massima partecipazione alle gare pubbliche.

12.1 - La tesi dell’appellante non può essere condivisa alla luce della costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato e dei principi espressi al § 11.1.

L’art. 38, co. 1, lett. f), D.Lgs. n. 163/2006 impone l’esclusione dei partecipanti alle procedure di evidenza pubblica a carico delle ditte "che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell’esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell’esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante".

La più recente giurisprudenza impone ai concorrenti di “dichiarare ai sensi dell’art. 38, comma 1, lett. f), del D.Lgs. n. 163 del 2006 la sussistenza di pregresse risoluzioni contrattuali anche a prescindere dalla stazione appaltante, “la stessa” presso la quale si svolge il procedimento di scelta del contraente, "o altra", posto che ciò "attiene ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono agli appalti e ai rapporti con la stazione stessa, né si rilevano validi motivi per non effettuare tale dichiarazione, posto che spetta

comunque all'amministrazione la valutazione dell'errore grave che può essere accertato con qualunque mezzo di prova" (così, ad es., Cons. Stato, Sez. V, 5 maggio 2014 n. 2289; Sez. III, 7 giugno 2013 n. 3123; Cons. Stato Sez. V, Sent., 11/12/2014, n. 6105)

La funzione della disposizione in esame è quella di garantire la possibilità per l'Amministrazione di scegliere l'aggiudicataria tra le ditte concorrenti che forniscono le maggiori garanzie di affidabilità e correttezza. È allora ragionevole che il legislatore imponga - si ribadisce, a pena di esclusione e con divieto di stipulazione del contratto d'appalto - quantomeno di dichiarare alla stazione appaltante l'avvenuta risoluzione per grave inadempienza di precedenti rapporti contrattuali con altri enti pubblici, così da consentirle di svolgere le opportune verifiche" (cfr. Cons. Stato Sez. III 5/5/2014 n. 2289; cfr., inoltre, Cons. St., Sez. V, n. 5763/2014; Sez. V, 21.11.2014, n. 5763).

La mancanza di tipizzazione, da parte dell'ordinamento, delle fattispecie a tale fine rilevanti, non comporta che i concorrenti dispongano di un filtro valutativo circa gli episodi di "errore grave" da far emergere in gara, e quindi di una loro facoltà di scelta dei fatti da denunciare (cfr. precedenti professionali negativi, e quindi ogni episodio di risoluzione o rescissione contrattuale anche non giudiziale, quand'anche transatto), sussistendo al contrario l'obbligo di onnicomprensività della dichiarazione in vista dell'apprezzamento di spettanza esclusiva della stazione appaltante (Cons. Stato, Sez. V, 16/2/2017, n. 712);

La gravità dell'evento, infatti, è ponderata dalla stazione appaltante, sicché l'operatore economico è tenuto a dichiarare lo stesso ed a rimettersi alla valutazione della stazione appaltante. Ne consegue che la mancata esternazione di un evento, anche se poi ritenuto non grave, comporta di norma, l'esclusione dalla gara specifica (cfr. Cons. Stato n. 4051/2017).

L'omissione di tale dichiarazione non consente, infatti, all'amministrazione di poter svolgere correttamente e completamente la valutazione di affidabilità professionale dell'impresa e fa assumere alla domanda di partecipazione, resa in sede di gara, la natura di dichiarazione non già incompleta, ma non veritiera e pertanto non sanabile con il soccorso istruttorio di cui all'art. 46 del d.lgs. 163/06 (Cons. Stato, Sez. V n. 27/9/2017 n. 4527; 4227/2017; 3652/2017; Sez. III n. 2167/2017).

Per completezza espositiva, è opportuno aggiungere che, secondo la giurisprudenza, anche gli inadempimenti che abbiano dato origine ad una conclusione transattiva del contenzioso avviato dalle parti possono essere apprezzabili al fine di valutare l'affidabilità professionale dell'appaltatore (Cons. Stato, Sez. V n. 3288/2017; 5290/2017, 2928/2015, 5973/2014).

Va ribadito, inoltre, che la valutazione dell'AOU di Torino non si estendeva in via automatica alle altre stazioni appaltanti, sicché l'appellante era tenuta a rendere edotta la stazione appaltante della pregressa risoluzione contrattuale intercorsa con l'Azienda Ospedaliera di Torino, al fine di consentirle di valutarla ai fini del giudizio di affidabilità professionale.

La doglianza va, quindi, respinta.

13. - Con il quarto motivo di appello, l'appellante ha inoltre rilevato che tale dichiarazione, anche qualora fosse stata effettivamente resa, non avrebbe avuto alcuna incidenza concreta sull'esito dell'affidamento, tenuto conto delle valutazioni rese dall'ASST in giudizio, secondo cui non ricorreva il requisito della gravità.

La sentenza sarebbe viziata per eccesso di potere giurisdizionale, in quanto l'esclusione dalla gara sarebbe frutto di una valutazione discrezionale dell'Amministrazione: il giudice non potrebbe sostituirsi all'Amministrazione, pervenendo a conclusioni opposte.

13.1 - La doglianza non può trovare accoglimento, atteso che l'annullamento dell'ammissione dell'aggiudicataria è stato pronunciato dal TAR non perché – sostituendosi all'ASST di Bergamo – il giudice abbia valutato l'inaffidabilità della società appellante, in quanto destinataria di un provvedimento di risoluzione contrattuale per inadempimento, bensì perché la società – pur essendo consapevole di tale fatto storico – è venuta meno agli obblighi di informazione e di trasparenza connaturali alla partecipazione ad una gara di appalto, rendendo una dichiarazione nella quale ha ommesso di rendere edotta la stazione appaltante di tale precedente, non consentendole di svolgere le necessarie valutazioni in ordine alla sua affidabilità professionale nell'esecuzione del contratto del contratto di fornitura.

L'aver attestato l'inesistenza di fatti riconducibili all'ipotesi di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) del vecchio codice degli appalti, laddove, invece, sussistono

circostanze astrattamente ascrivibili a tale ambito applicativo, costituisce, infatti, un'autonoma causa di esclusione del concorrente dalla gara, in presenza di un obbligo di denuncia di tutti i precedenti professionali dai quali la stazione appaltante possa discrezionalmente desumere l'inaffidabilità del concorrente (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 16 febbraio 2017, n. 712).

Assume, infatti, rilievo il disposto dell'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000, come correttamente ricordato dal primo giudice (§ 8.7).

La giurisprudenza ha precisato che la dichiarazione mendace porta all'esclusione dalla gara in base all'art. 75, d.P.R. n. 445 del 2000, nonché dell'art. 45, Direttiva 2004/18/UE, la quale, al paragrafo 2, espressamente statuisce che va escluso il concorrente «che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste a norma della presente sezione o che non abbia fornito dette informazioni».

13.2 - La circostanza che si tratti di dichiarazione non veritiera (e non di omessa dichiarazione) osta al soccorso istruttorio, come emerge con chiarezza dall'art. 38, comma 2-bis, d.lgs. n. 163 del 2006, atteso che il soccorso istruttorio è utilizzabile solo in caso di mancanza, incompletezza o irregolarità delle dichiarazioni e non già a fronte di dichiarazioni non veritiere (cfr., Cons. Stato, V, 16 febbraio 2017, n. 712).

Correttamente, nel paragrafo 8.9 della sentenza, il primo giudice ha negato il ricorso al soccorso istruttorio, richiamando il costante orientamento della giurisprudenza (cfr. tra le tante, Cons. Stato n. 4527/2017, in precedenza richiamata), secondo cui non rileva la gravità dell'errore commesso: non si può soppesare la rilevanza e la qualità di un fatto che era onere del concorrente rappresentare e che è stato invece espressamente celato. Una dichiarazione non veridica è di per sé causa di esclusione.

La censura va, quindi, respinta.

14.- Non possono trovare accoglimento neppure le doglianze di violazione dei principi di razionalità e di proporzionalità, proposte con il quinto motivo.

Non ricorrono, infatti, i presupposti della scusabilità dell'errore, tenuto conto dei principi consolidati della giurisprudenza in tema di obblighi di informazione: la fattispecie ex art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006 vuole garantire la possibilità dell'Amministrazione di effettuare valutazioni e soppesare la rilevanza

del fatto storico dell'inadempimento. La tematica, infatti, esprime gli immanenti principi di lealtà e affidabilità e professionale dell'aspirante contraente che presiedono in genere ai contratti e in specifico modo – per ragioni inerenti alle finalità pubbliche dell'appalto e dunque a tutela di economia e qualità della realizzazione - alla formazione dei contratti pubblici e agli inerenti rapporti con la stazione appaltante.

Il concorrente è tenuto a segnalare tutti i fatti della propria vita professionale potenzialmente rilevanti per il giudizio della stazione appaltante in ordine alla sua affidabilità quale futuro contraente, a prescindere da considerazioni su fondatezza, gravità e pertinenza di tali episodi.

La valutazione di tali fatti compete alla singola stazione appaltante e, quindi, il concorrente non può omettere la dichiarazione prendendo in considerazione la scelta operata da una diversa stazione appaltante (Cons. Stato, sez. V, 11/12/2017, n. 5811).

14.1 - Alla luce dei principi espressi dalla giurisprudenza amministrativa in precedenza richiamata, e delle considerazioni svolte in merito alla esclusiva rilevanza interna al rapporto contrattuale con la precedente stazione appaltante, l'avvenuta transazione stipulata con l'AOU di Torino non costituisce elemento idoneo a fondare il giudizio di scusabilità dell'errore nel quale è incorsa la società appellante nel rendere la dichiarazione.

15. - Infine, tenuto conto dei principi espressi nella motivazione, deve ritenersi irrilevante - ai fini del decidere - la questione pregiudiziale di compatibilità con l'ordinamento eurounitario dedotta dall'ASST "Papa Giovanni XXIII" di Bergamo (cfr. pag. 12, 13 della memoria difensiva).

Sono pienamente condivisibili, infatti, le deduzioni svolte al riguardo dal RTI Paul Hartmann-Mediberg nella memoria di replica (cfr. §2), atteso che l'esclusione è stata disposta per la sola violazione degli obblighi dichiarativi e di trasparenza degli operatori economici, che trovano specifico fondamento nella normativa comunitaria (cfr. "considerando" 2 della direttiva 2004/18/CEE e "considerando" 1 della direttiva 2014/24/UE) che non prevede casi di esonero dall'obbligo di trasparenza.

Ne consegue l'irrilevanza della questione pregiudiziale dedotta.

16. – In conclusione, per i suesposti motivi, l'appello va respinto e, per l'effetto va confermata la sentenza di primo grado che ha accolto il ricorso di primo grado disponendo l'annullamento degli atti con esso impugnati.

17. – Quanto alle spese del doppio grado di giudizio, tenuto conto della complessità delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado che ha accolto il ricorso di primo grado disponendo l'annullamento degli atti con esso impugnati.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Giorgio Calderoni, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefania Santoleri

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO