



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 Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1710 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da Filipendo Consorzio di Cooperative Sociali Società Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Stefano La Marca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda di Servizi alla persona "Golgi-Redaelli", in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giangiaco Ruggeri e Ivan Martin Mollichella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Consorzio Blu Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Enrico Giuseppe Vallania, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del Bando di gara, del Disciplinare di Gara, del Capitolato Speciale d'Appalto e dei relativi allegati e chiarimenti, indetti dall'Azienda di Servizi alla Persona "Golgi – Redaelli" e riferiti alla procedura di gara avente ad oggetto l'affidamento del "Servizio di Gestione del Servizio Sanitario-Assistenziale e di Reparti di Degenza R.S.A. degli Istituti Geriatrici "P. Redaelli" di Milano (CIG: 79530421E1) e Vimodrone (CIG: 79530545BC5)", pubblicati all'Albo Pretorio dell'Azienda di Servizi alla Persona "Golgi – Redaelli", sul sito dell'ANAC e su SIMOG dal 28.6.2019;
- del Bando di gara, del Disciplinare di Gara, del Capitolato Speciale d'Appalto e dei relativi allegati e chiarimenti, indetti dall'Azienda di Servizi alla Persona "Golgi – Redaelli" e riferiti alla procedura di gara avente ad oggetto l'affidamento del "Servizio di Gestione del Servizio

Sanitario-Assistenziale e di Reparti di Degenza R.S.A. degli Istituti Geriatrici “P. Redaelli” di Milano (CIG: 79530421E1) e Vimodrone (CIG: 79530545BC5)” con specifico riferimento alla parte in cui prevedono un importo posto a base di gara insufficiente a coprire i costi imposti dalla stessa *lex specialis* e dalla stazione appaltante, così sostanzialmente precludendo la partecipazione della ricorrente e violando le regole della libera concorrenza;

- del Bando di gara, del Disciplinare di Gara, del Capitolato Speciale d'Appalto e dei relativi allegati e chiarimenti, indetti dall'Azienda di Servizi alla Persona “Golgi – Redaelli” e riferiti alla procedura di gara avente ad oggetto l'affidamento del “*Servizio di Gestione del Servizio Sanitario-Assistenziale e di Reparti di Degenza R.S.A. degli Istituti Geriatrici “P. Redaelli” di Milano (CIG: 79530421E1) e Vimodrone (CIG: 79530545BC5)”* per indeterminatezza delle molteplici prestazioni richieste, così sostanzialmente precludendo la partecipazione della ricorrente e violando le regole della libera concorrenza;

- del Bando di gara, del Disciplinare di Gara, del Capitolato Speciale d'Appalto e dei relativi allegati e chiarimenti, indetti dall'Azienda di Servizi alla Persona “Golgi – Redaelli” e riferiti alla procedura di gara avente ad oggetto l'affidamento del “*Servizio di Gestione del Servizio Sanitario-Assistenziale e di Reparti di Degenza R.S.A. degli Istituti Geriatrici “P. Redaelli” di Milano (CIG: 79530421E1) e Vimodrone (CIG: 79530545BC5)”* con specifico riferimento alla parte in cui subordinano la definitiva aggiudicazione al positivo decorso dei primi sei mesi di prova, nonché alla parte in cui si abilita la S.A. “*insindacabilmente ed arbitrariamente*” ad interrompere il rapporto con l'aggiudicatario, così sostanzialmente precludendo la partecipazione della ricorrente e violando le regole della libera concorrenza;

- della determina del Direttore Generale dell'Azienda di Servizi alla Persona “Golgi – Redaelli” n. 89 del 27.6.2019, con la quale è stata indetta la gara per l'affidamento della gestione del servizio sanitario – assistenziale di reparti RSA presso le seguenti sedi di lavoro e sono stati approvati gli atti costituenti la *lex specialis*: - Istituto “P. Redaelli” – Via Bartolomeo d'Alviano, 78 – Milano; - Istituto “P. Redaelli” – Via Giacomo Leopardi, 3 – Vimodrone (MI);

- di tutti i chiarimenti pubblicati dalla Stazione Appaltante, se ed in quanto lesivi;

- di ogni altro atto presupposto e/o connesso e conseguente, nonché di tutti gli eventuali atti e verbali della procedura di gara, ivi compreso l'eventuale provvedimento di aggiudicazione che dovesse medio tempore sopraggiungere, sin da ora da intendersi impugnati per illegittimità derivata dai vizi in questa sede denunciati.

e per la declaratoria

di inefficacia del contratto, ove stipulato, ai sensi e per gli effetti di cui agli articoli 121 e 122 cod. proc. amm.;

e per la condanna

all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio dalla ricorrente, consistente nella rinnovazione della procedura di gara di cui trattasi, previa declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 5\12\2019 :

- della determina del Direttore Generale dell'Azienda di Servizi alla Persona "Golgi – Redaelli" n. 164 del 6.11.2019 avente ad oggetto "*parziale rettifica della Determinazione del Direttore Generale n. 160 del 5 novembre 2019 relativa all'aggiudicazione, alla Ditta Consorzio BLU Società Cooperativa Sociale, del servizio di gestione del servizio sanitario-assistenziale e di Reparti di degenza R.S.A. degli Istituti Geriatrici "P. Redaelli" di Milano (CIG: 79530421E1) e Vimodrone (CIG: 79530545BC5), per la durata di 36 mesi, ripetibili fino a massimo 36 mesi, oltre a eventuali ulteriori 6 mesi di proroga*", mai comunicata in violazione dell'art. 76 comma 5 lett. a) del d.lgs. 50/16 e di cui si è avuta conoscenza in virtù della pubblicazione all'Albo Pretorio dell'Azienda di Servizi alla Persona "Golgi – Redaelli";

- della determina del Direttore Generale dell'Azienda di Servizi alla Persona "Golgi – Redaelli" n. 160 del 5.11.2019 avente ad oggetto "*aggiudicazione, alla Ditta Consorzio BLU Società Cooperativa Sociale, del servizio di gestione del servizio sanitario-assistenziale e di Reparti di degenza R.S.A. degli Istituti Geriatrici "P. Redaelli" di Milano (CIG: 79530421E1) e Vimodrone (CIG: 79530545BC5), per la durata di 36 mesi, ripetibili fino a massimo 36 mesi, oltre a eventuali ulteriori 6 mesi di proroga*", mai comunicata in violazione dell'art. 76 comma 5 lett. a) del d.lgs. 50/16 e di cui si è avuta conoscenza in virtù della pubblicazione all'Albo Pretorio dell'Azienda di Servizi alla Persona "Golgi – Redaelli";

- della comunicazione di gara espletata – avviso volontario per la trasparenza del 6.11.19, pubblicato all'Albo Pretorio dell'Azienda di Servizi alla Persona "Golgi – Redaelli";

- della determina del Direttore Generale dell'Azienda di Servizi alla Persona "Golgi – Redaelli" n. 150 del 14.10.2019 avente ad oggetto "*Costituzione della Commissione giudicatrice per la procedura aperta di aggiudicazione del servizio di gestione del servizio sanitario-assistenziale e di Reparti di degenza R.S.A. degli Istituti Geriatrici "P. Redaelli" di Milano (CIG: 79530421E1) e Vimodrone (CIG: 79530545BC5), per la durata di 36 mesi, ripetibili fino a massimo 36 mesi, oltre a eventuali ulteriori 6 mesi di proroga*" di cui si è avuta conoscenza in virtù della pubblicazione all'Albo Pretorio dell'Azienda di Servizi alla Persona "Golgi – Redaelli;

- del verbale RUP n. 1 del 1.8.19 di "*apertura in seduta pubblica delle buste telematiche A documentazione amministrativa*", di cui si ignora l'esatto contenuto e del quale si è avuto conoscenza in virtù della pubblicazione all'Albo Pretorio dell'Azienda di Servizi alla Persona "Golgi – Redaelli dell'Elenco verbali di gara ex art. 29 comma 1 del D. Lgs. 50/16 del 16.10.19;

- del verbale RUP n. 2 del 29.8.19 di "*verifica documentazione amministrativa*" in seduta riservata, di cui si ignora l'esatto contenuto e del quale si è avuto conoscenza in virtù della pubblicazione all'Albo Pretorio dell'Azienda di Servizi alla Persona "Golgi – Redaelli dell'Elenco verbali di gara ex art. 29 comma 1 del D. Lgs. 50/16 del 16.10.19;

- del verbale RUP n. 3 del 10.10.19 di "*verifica degli esiti del soccorso istruttorio/richiesta di chiarimenti – accertamento del possesso dei requisiti generali e speciali – ammissione / esclusione concorrenti*", di cui si ignora l'esatto contenuto e del quale si è avuto conoscenza in

virtù della pubblicazione all'Albo Pretorio dell'Azienda di Servizi alla Persona "Golgi – Redaelli" dell'Elenco verbali di gara ex art. 29 comma 1 del D. Lgs. 50/16 del 16.10.19;

- del verbale della commissione giudicatrice n. 4 del 22.10.19 di "*apertura in seduta pubblica delle buste telematiche B offerta tecnica*", di cui si ignora l'esatto contenuto e del quale si è avuto conoscenza in virtù della pubblicazione all'Albo Pretorio dell'Azienda di Servizi alla Persona "Golgi – Redaelli" dell'Elenco verbali di gara ex art. 29 comma 1 del D. Lgs. 50/16 del 6.11.19;

- del verbale della commissione giudicatrice n. 5 del 29.10.19 di "*valutazione offerta tecnica*" in seduta riservata, di cui si ignora l'esatto contenuto e del quale si è avuto conoscenza in virtù della pubblicazione all'Albo Pretorio dell'Azienda di Servizi alla Persona "Golgi – Redaelli" dell'Elenco verbali di gara ex art. 29 comma 1 del D. Lgs. 50/16 del 6.11.19;

- del verbale della commissione giudicatrice n. 6 del 4.11.19 di apertura in seduta pubblica delle buste telematiche C "*offerta economica*", di cui si ignora l'esatto contenuto e del quale si è avuto conoscenza in virtù della pubblicazione all'Albo Pretorio dell'Azienda di Servizi alla Persona "Golgi – Redaelli" dell'Elenco verbali di gara ex art. 29 comma 1 del D. Lgs. 50/16 del 6.11.19;

- della determina dirigenziale n. 267 del 15.10.19 a firma del RUP dott.ssa Cristina Callerio avente ad oggetto "*procedura aperta di aggiudicazione del servizio di gestione del servizio sanitario-assistenziale e di Reparti di degenza R.S.A. degli Istituti Geriatrici "P. Redaelli" di Milano (CIG: 79530421E1) e Vimodrone (CIG: 79530545BC5), per la durata di 36 mesi, ripetibili fino a massimo 36 mesi, oltre a eventuali ulteriori 6 mesi di proroga. Ammissione / esclusione degli operatori economici alla fase di apertura dell'offerta tecnica*" di cui si è avuta conoscenza in virtù della pubblicazione all'Albo Pretorio dell'Azienda di Servizi alla Persona "Golgi – Redaelli";

- se ed in quanto esistenti del verbale di verifica della congruità dell'offerta e quello di verifica del costo della manodopera;

- di ogni altro atto presupposto e/o connesso e conseguente, ancorché non conosciuto e sin d'ora da intendersi impugnato per illegittimità propria e derivata.

e per la declaratoria

di inefficacia del contratto, ove stipulato, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a.,

e per la condanna

all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio dalla ricorrente, consistente nella rinnovazione della procedura di gara di cui trattasi, previa declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda di Servizi alla persona "Golgi-Redaelli" e del Consorzio Blu Società Cooperativa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 gennaio 2020 Rocco Vampa e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il gravame in epigrafe la ricorrente società esponeva quanto appresso:

- con determina del direttore generale dell'Azienda di servizi alla persona "Golgi – Redaelli", n. 89 del 27.6.19, veniva indetta la gara avente ad oggetto l'affidamento della Gestione del Servizio Sanitario-Assistenziale e di Reparti di Degenza R.S.A. degli Istituti Geriatrici "P. Redaelli" di Milano e di Vimodrone per la durata di 36 mesi, *"ripetibili fino a massimo 36 mesi oltre a eventuali 6 mesi di proroga"*;

- la procedura, suddivisa in due lotti (per un totale di 197 posti letto nell'istituto di Milano, lotto 1, e 135 posti letto nell'istituto di Vimodrone, lotto 2), era connotata da un importo a base d'asta pari complessivamente a €. 39.382.568,98, di cui €. 582.008,41 quali *"oneri della sicurezza da rischio interferenza non ribassabili"*;

- la *lex specialis*, in particolare, fissava quale importo massimo annuale del servizio, posto a base di gara, le seguenti somme: € 3.459.393,00 per il lotto 1, pari a complessivi €. 22.486.054,50 per tutta l'eventuale durata dell'appalto (di cui €. 20.237.449,05 di costi stimati per la sola manodopera); €. 2.509.924,00 per il lotto 2, pari a complessivi €. 16.314.506,00 per tutta l'eventuale durata dell'appalto (di cui €. 14.683.055,40 di costi stimati per la sola manodopera);

- il suddetto importo posto a base di gara sarebbe stato determinato *"in maniera del tutto oscura ed in patente difetto di istruttoria per entrambi i lotti"*, e sarebbe insufficiente *"rispetto all'entità dei costi fissi imposti dalla stessa lex specialis"*, ciò che avrebbe reso *"impossibile la presentazione di un'offerta seria ed economicamente sostenibile"*.

1.1. Avverso le disposizioni della legge speciale di gara, indi, insorgeva la società ricorrente, a mezzi di gravame essenzialmente deducendo:

- sottostima, illogicità ed irragionevolezza dell'importo previsto a base d'asta - violazione e/o falsa applicazione degli artt. 23, 30, 35 e 97 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 57 della direttiva 2014/24/UE - violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1, 3 e 12 della l. 241/90 - violazione e falsa applicazione dei prezzi di riferimento ANAC - violazione della delibera ANAC n. 842 del 27.7.17 - violazione dei principi della libera concorrenza e di buon andamento dell'azione amministrativa - difetto di istruttoria - sviamento - travisamento - irragionevolezza; e, invero, l'importo posto a base di gara sarebbe insufficiente a coprire i costi imposti dalla stessa *lex specialis* e dalla stazione appaltante, così sostanzialmente precludendo la partecipazione; l'operato della stazione appaltante sarebbe, altresì, afflitto dalla mancanza di una adeguata istruttoria, come emerge dalla *"drastica sottostima degli oneri necessari per i servizi 'secondari' richiesti dall'art. 7, 11 e 16 del c.s.a."* (in particolare, manutenzione e sostituzione dei beni concessi in uso, fornitura di farmaci, logistica dei degenti, trasporto sanitario, esami e visite,

servizio di lavanolo, acquisto materiali di consumo, formazione, spese generali); e, invero, a fronte dell'importo posto a base d'asta, detratti gli importi indicati dall'art. 3 del disciplinare a titolo di costi per la manodopera, il valore delle prestazioni "secondarie" dedotte in capitolato sarebbe quantificabile "in appena €. 3.880.056,05 per 78 mesi", nel mentre ne occorrerebbero, invece, "almeno €. 9.150.970,75" (tabelle pagg. 11 e 12, ricorso); ulteriore "sottovalutazione" caratterizzerebbe, altresì, il "costo necessario alla remunerazione del personale da impiegare nell'esecuzione del servizio" (tabelle, pagg. 15 e ss.);

- eccesso di potere per irragionevolezza ed indeterminatezza della *lex specialis* - impossibilità di definire seriamente l'offerta; si censura, altresì, la indeterminatezza degli obblighi "da assumere" ovvero delle molteplici prestazioni richieste, così sostanzialmente precludendo la partecipazione; in particolare per quanto attiene alla manutenzione dei beni concessi in uso e di proprietà della stazione appaltante, ovvero alla loro sostituzione per vetustà (con i beni acquistati che "rimarranno in capo alla proprietà della s.a."), non specificando l'Azienda resistente il grado di vetustà di tali beni; anche per quanto attiene al trasporto sanitario degenti la stazione appaltante non avrebbe fornito i dati "storici" relativi alla "media di km" percorsi nel 2018, sì impedire alla impresa potenzialmente interessata alla gara di prevedere e stimare i costi di tali elementi del servizio;

- illegittimità dell'art. 2 del csa rubricato "durata del contratto e utilizzo della graduatoria" – violazione e falsa applicazione degli artt. 32, 95 comma 12 e 109 del d.lgs. 50/16 - violazione e falsa applicazione degli artt. 1229 e 1355 del cod. civ. – violazione e falsa applicazione degli artt. 24, 28 e 97 Cost. - arbitrarietà – ingiustizia manifesta – illogicità – eccesso di potere – sviamento; le previsioni di gara sarebbero, altresì, illegittime nella parte in cui subordinano la definitiva aggiudicazione al positivo decorso di un periodo di prova di sei mesi di prova, durante i quali l'Azienda si è riservata la facoltà, "a suo insindacabile giudizio" di "recedere dal contratto mediante preavviso di 10 (dieci) giorni".

1.2. Si costituiva la Azienda intimata che instava per la irricevibilità, inammissibilità e, comunque, per la reiezione del gravame, perché infondato.

1.3. La procedura concorsuale, di poi, si concludeva con l'aggiudicazione della commessa in favore del consorzio controinteressato.

1.4. Anche gli atti terminali della gara venivano impugnati dalla società ricorrente con atto recante i motivi aggiunti, che in appresso si sintetizzano:

- illegittimità derivata a cagione dei medesimi vizi che affliggono le prescrizioni che governano la gara;

- inesistenza dei presupposti per l'affidamento in via d'urgenza (art. 32 d.lgs. 50/16), con la illegittimità del contegno della intimata azienda vieppiù censurabile a cagione della omessa comunicazione della aggiudicazione;

- violazione e/o omessa applicazione artt. 95 e 97 d.lgs. 50/16 – difetto di istruttoria e dei presupposti – irrazionalità, illogicità, incongruenza e ingiustizia manifesta, stante la mancata

verifica di anomalia della offerta, resa necessitata nella fattispecie avendo l'aggiudicatario ottenuto più dei 4/5 del punteggio massimo); in ogni caso censurabile sarebbe anche la omessa verifica del rispetto dei minimi salariali *ex artt.* 95, comma 10 e art. 97, comma 5, lett. d), d.lgs. 50/16;

- violazione art. 216 del codice dei contratti e art. 3 l. 241/90 – violazione art. 77 del codice - violazione dei principi del giusto procedimento, del buon andamento della p.a., di imparzialità terzietà e trasparenza, della *par condicio* dei concorrenti, di non discriminazione e di concorrenza effettiva - eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità e incongruenza – sviamento, stante la illegittima composizione della commissione giudicatrice in ragione: i) della mancata predeterminazione di criteri di trasparenza e competenza e la carenza di motivazione dell'atto di nomina; ii) della causa di incompatibilità che vizierebbe la nomina di uno dei componenti, in quanto “*membro istruttore per redazione degli atti tecnici finalizzati all'indizione della procedura*” (cfr., verbali del 12 e 17 giugno 2019);

- violazione artt. 4, 72, 73 e 216 d.lgs. 50/16 – violazione art. 1 l. 241/90 – violazione obbligo di pubblicazione sulla GURI – violazione dei principi del giusto procedimento, del buon andamento della p.a., di imparzialità terzietà e trasparenza e di concorrenza effettiva, stante la mancata pubblicazione del bando “*sulla GURI e sulla GUCE*” pur essendo la gara “sopra soglia” (per un valore di oltre 39 milioni di euro).

1.5. Si costituiva il consorzio controinteressato, aggiudicatario della gara, instando per la reiezione del gravame, nel mentre la resistente Azienda rimarcava la inammissibilità dei nuovi motivi proposti avverso l'atto di aggiudicazione, *id est* avverso l'atto conclusivo di una procedura a cui la ricorrente non ha partecipato; di qui la carenza di una posizione differenziata e qualificata legittimante la deduzione di vizi propri dell'atto di aggiudicazione (al di là di quelli che lo affliggerebbero in via derivata).

1.6. Con ordinanza del 20 dicembre 2019 questo TAR concedeva la invocata tutela interinale:

- inibendo alla stazione appaltante la eventuale stipulazione del contratto con il consorzio aggiudicatario sino alla discussione fissata per la udienza pubblica del 15 gennaio 2020, allo scopo di consentire la trattazione di merito *re adhuc integra*;

- facendo salva, naturalmente, “*ove la Amministrazione accerti e comprovi la sussistenza delle condiciones puntualmente enumerate all'art. 32, comma 8, del d.lgs. 50/16*” la possibilità di “*disporre l'avvio d'urgenza della esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per cui è causa*”.

1.7. Con determinazione dirigenziale resa in pari data la Azienda resistente, repute esistenti le condizioni normativamente contemplate, disponeva l'avvio dell'esecuzione in via d'urgenza delle prestazioni oggetto del contratto a far data dal 1° gennaio 2020.

1.8. Illustrate le rispettive posizioni con memorie e atti di replica, la causa, al fine, veniva introitata per la decisione all'esito della pubblica udienza del 15 gennaio 2020.

2. Il ricorso introduttivo e l'atto recante motivi aggiunti vanno accolti sulla scorta di due *rationes decidendi* –in relazione al primo e al terzo motivo- ciascuna delle quali solitariamente basta a fondare la determinazione caducatoria degli atti di gara e del consequenziale provvedimento di aggiudicazione al consorzio controinteressato.

Vanno, all'uopo e preliminarmente, scrutinate le eccezioni di irricevibilità e di inammissibilità formulate dalla Azienda resistente, al fine di disvelarne la evanescenza.

2.1. E, invero, quanto alla nullità della notificazione del gravame notificato a mezzo del servizio postale, in quanto privo della sottoscrizione analogica da parte del difensore, valga il rilevare quanto appresso.

2.1.1. La eccezione è *inammissibile*, prima ancora che infondata, per carenza di interesse, non essendo stata rappresentata alcuna lesione di natura sostanziale alle prerogative difensive della resistente riveniente dalla asserita irregolarità dell'atto notificato a mezzo posta, non mai essendo stata posta in dubbio peraltro:

- la firma digitale apposta sul file recante il ricorso "*nativo digitale*";
- la conformità della copia analogica, oggetto della notificazione a mezzo del servizio postale, all'originale del ricorso in formato digitale oggetto del deposito, mercè l'inserimento nel sistema del processo amministrativo telematico; conformità che è stata appositamente attestata dal procuratore della ricorrente in calce alla copia notificata in formato cartaceo;
- la *giuridica imputabilità*, indi, della copia notificata in formato cartaceo alla società ricorrente, trattandosi indubitabilmente di copia conforme (giusta la apposita attestazione) di un atto sottoscritto digitalmente e in tal guisa depositato nel sistema.

2.1.2. Di talchè, acclarata la sottoscrizione dell'originale del ricorso, che è ciò che rileva ai fini degli artt. 40, comma 1, lett. g), e 44, comma 1, lett. a), c.p.a., ogni asserita irregolarità relativa alla copia notificata –nella fattispecie, peraltro, inesistente, siccome si illustrerà *infra*- è suscettibile di rientrare nello spettro della "*irrilevanza giuridica*", non residuando dubbi sul raggiungimento dello scopo tipico, in omaggio al canone giuspubblicistico della strumentalità delle forme (artt. 156, comma 3, c.p.c.).

2.1.3. E, invero, la notificazione è funzionale portare il gravame –esperito da un determinato soggetto e sottoscritto da un difensore munito di apposito mandato- nella sfera di conoscibilità della Autorità, al fine di consentirle il consapevole esercizio del diritto di difesa (artt. 24 Cost., 6 CEDU, 47 Carta UE).

Ora, nel caso di specie, la Azienda intimata si è regolarmente costituita in giudizio e ha potuto, indi, dispiegare *plena causae cognitio* le proprie guarentigie difensive, pel tramite di articolati scritti.

2.1.4. Di qui financo la carenza di interesse alla proposizione della eccezione, mancando financo la allegazione di un eventuale *vulnus* al diritto di difesa, rilevante ai fini del presente giudizio.

2.1.5. Ne discende la inammissibilità della eccezione che, in ogni caso, è destituita di fondamento atteso che:

- l'art 136, comma 2-bis, c.p.a. dispone che *“tutti gli atti e i provvedimenti del giudice, dei suoi ausiliari, del personale degli uffici giudiziari e delle parti sono sottoscritti con firma digitale”*, nel mentre l'art. 9 (Atti delle parti e degli ausiliari del giudice), comma 1, D.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40 (Regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico) prescrive che *“il ricorso introduttivo, le memorie, il ricorso incidentale, i motivi aggiunti e qualsiasi altro atto del processo (...) sono redatti in formato di documento informatico sottoscritto con firma digitale conforme ai requisiti di cui all'articolo 24 del CAD”*;

- il ricorso, al pari degli altri atti del processo, deve avere la forma risultante da un'estrazione di formato digitale pdf nativo, sottoscritto dal legale con firma digitale PAdES;

- nella fattispecie, *nulla quaestio* sulla redazione dell'originale del ricorso nelle forme contemplate dalla legge e, dunque, sulla esistenza di un ricorso ritualmente sottoscritto e portato *quodammodo* nella sfera di conoscenza della Autorità, pel tramite della estrazione di copia analogica la cui conformità all'originale è stata attestata dal medesimo difensore, *id est* dal soggetto da cui quell'originale e quella sottoscrizione in ultima analisi promanano.

Ne discende la evanescenza, sotto ogni aspetto, della eccezione.

2.2. La ritualità della notificazione effettuata a mezzo del servizio postale assume, all'evidenza, portata assorbente della eccezione, pure formulata dalla resistente, relativamente alla tardività della ulteriore notificazione del gravame effettuata a mezzo PEC.

2.2.1. La tempestività e la ritualità della primigenia notificazione del gravame priva di rilevanza ogni considerazione relativa alla tardività della successiva notificazione.

2.2.2. E ciò non senza obnubilare che anche tale notificazione –in disparte il profilo della tardività, reso irrilevante dalla prima notificazione avvenuta a mezzo posta- è stata ritualmente eseguita dalla ricorrente, in quanto effettuata a mezzo posta elettronica certificata e diretto all'indirizzo:

- tratto dall'indice PA, in assenza di altro indirizzo PEC della Azienda inserito nell'elenco pubblico tenuto dal Ministero della Giustizia;

- indicato peraltro nello stesso bando di gara e sul sito *web* della Amministrazione.

2.2.3. Come già affermato da questo TAR (TAR Lombardia, I, 8 agosto 2019, n. 1868) la notificazione a mezzo posta elettronica certificata effettuata all'indirizzo tratto dall'elenco presso l'Indice PA *“è pienamente valida ed efficace; l'Indice PA è, infatti, un pubblico elenco e in via generale è utilizzabile ancora per le notificazioni alle P.A., soprattutto se l'amministrazione pubblica destinataria della notificazione telematica è rimasta inadempiente all'obbligo di comunicare altro e diverso indirizzo PEC da inserire nell'elenco pubblico tenuto dal Ministero della Giustizia”* (CdS, III, 27 febbraio 2019, n. 1379; Id., V, 12 dicembre 2018, n. 7026).

2.2.4. E' evidente alla luce dei generali canoni di *autoresponsabilità* e di *legittimo affidamento* che nessuna conseguenza perniciosa può aver a soffrire il notificante –men che meno in punto di lesione e/o compressione delle indefettibili guarentigie difensive presidiate dai principi supremi

dell'ordinamento, nazionale e sopranazionale (art. 6 CEDU; art. 47 Carta di Nizza; artt. 24 e 113 Cost.)- a cagione del colpevole contegno inadempiente della Amministrazione che, mancando di comunicare l'indirizzo PEC da inserire nel ReGIndE, in concreto svuota di significanza e di effettività il precetto che impone l'utilizzo di quell'elenco per le notifiche in via telematica (TAR Lombardia, I, 1868/19, cit.).

2.2.5. Di guisa che - rilevato che “*l'Indice PA è un pubblico elenco in via generale e, come tale, utilizzabile ancora per le notificazioni alle P.A.*” (CdS, III, 70216/18), e che la stessa Amministrazione ha pacificamente reso noto alle imprese concorrenti, nelle prescrizioni che governano la procedura di gara, e a tutti consociati, anche sul proprio sito *web*, l'indirizzo pec cui effettuare le comunicazioni e le notificazioni – *nulla quaestio*:

- sulla piena validità del procedimento notificatorio seguito dal ricorrente, in quanto indirizzato proprio all'unico indirizzo che la stessa Amministrazione ha reso noto;
- sulla rituale evocazione in giudizio dell'Autorità anche in tale forma elettronica, oltre che con la tempestiva notificazione avvenuta a mezzo del servizio postale, siccome sopra esposto.

2.3. Anche la eccezione di inammissibilità per carenza di interesse e/o difetto di legittimazione ad agire non è fondata.

2.3.1. E, invero, costituisce dato inveterato del diritto vivente quello in forza del quale le prescrizioni della legge di gara che assumo carattere escludente, *id est* che precludano *radicitus* la partecipazione alla gara ovvero che rendano manifestamente inutile o eccessivamente onerosa la partecipazione, oppure che introducano elementi di ingiustificato squilibrio nel sinallagma contrattuale destinato a connotare l'instaurando rapporto con l'Amministrazione aggiudicatrice (solo da ultimo, CdS, a.p. 4/18):

- comprimono *illico et immediate* la sfera giuridica del potenziale partecipante alla gara, in quanto gli impediscono, *de iure aut de facto*, di partecipare e, indi, di pienamente dispiegare le proprie legittime facoltà pretensive nella procedura volta alla aggiudicazione della commessa pubblica;
- ledono, in tal guisa, in modo diretto ed immediato il bene della vita costituito dalla *chance* di aggiudicazione dell'appalto;
- valgono, indi, a determinare la insorgenza in capo all'impresa - già titolare di un interesse differenziato e qualificato in quanto operante nel settore oggetto della procedura - anche dell'interesse a ricorrere;
- presuppongono ontologicamente la insorgenza di un onere di immediata impugnazione, al di là ed a prescindere dall'*iter* procedurale della gara, giacchè è proprio la disciplina che conforma tale *iter* a costituire la fonte della asserita lesione, in quanto ostativa ad una utile partecipazione.

2.3.2. Ora, assumono carattere escludente, *id est* immediatamente lesivo nei sensi dianzi precisati, anche le clausole della legge di gara che (CdS., Sez. III, 1331/2019) “*prevedono un importo a base di gara insufficiente alla copertura dei costi (cfr. C.G.A.R.S., 20 dicembre 2016, n. 474, con ulteriori richiami), poiché questo si traduce in un fattore ostativo alla partecipazione e mina in radice la serietà delle offerte di gara e dell'intero procedimento contrattuale*” –ciò che costituisce

l'oggetto del primo motivo di ricorso – “*nonché, più in generale, quelle che stabiliscono condizioni negoziali che rendono il rapporto eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente*”; trattasi, nella fattispecie, delle previsioni di gara oggetto di censura con il terzo mezzo, in quanto asseritamente foriere di uno squilibrio contrattuale tale da rendere oggettivamente non “conveniente” la partecipazione di un avveduto e diligente operatore professionale.

2.4. Il ricorso, oltre che ammissibile, è fondato con riferimento sia al primo che al terzo mezzo.

3. Quanto al primo motivo, valga il rilevare quanto appresso.

3.1. Dalle allegazioni di parte ricorrente, supportate dalle relazioni tecniche versate in atti, emergono le seguenti circostanze, non mai oggetto di *puntuale contestazione* da parte della stazione appaltante:

i) “sottostima” degli oneri funzionali a garantire l’espletamento dei cc.dd. “servizi secondari” contemplati agli artt. 7, 11 e 16 del capitolato speciale; detraendo, invero, dall’importo totale posto a base di gara per i due lotti il valore stimato dei costi di manodopera (art. 3, disciplinare), si otterrebbe un costo di espletamento delle “*prestazioni secondarie*” (pari a € 2.248.605,45 per il lotto 1 e a € 1.631.450,60) affatto incongruo ed insufficiente rispetto alla effettiva entità degli esborsi all’uopo necessari (cfr., le tabelle riportate alle pagg. 7-12 dell’atto introduttivo e nella relazione tecnica *sub* doc. 7 della produzione di parte ricorrente, relativamente ai costi di lavanolo, manutenzione delle attrezzature biomedicali, letti antidecubito, arredi sanitari, fornitura di medicinali, protesi, ausili, pannoloni, nutrizione enterale, logistica dei degenti, formazione e spese generali); in particolare, già il solo servizio di lavanolo, tenuto conto dei prezzi di riferimento di cui alla delibera Anac del 27 luglio 2017, determinerebbe un costo complessivo per i due lotti, tenuto conto dei posti letto complessivi, pari a € 5.119.639,20, *ex se* esorbitante rispetto a quello “stimato” nel disciplinare; l’aggiunta degli ulteriori esborsi contribuirebbe a vieppiù dilatare il “gap” con il prezzo posto a base d’asta, rendendolo inattendibile;

ii) parimenti incongruo sarebbe, peraltro, il costo stimato per la remunerazione del personale da impiegare nel servizio, che non tiene conto di contributi Inps, premi Inail e imposte Irap, di guisa da essere sensibilmente inferiore (€ 3.113.453,70 per il lotto 1; € 2.258.931,60 per il lotto 2) rispetto a quello effettivo (€ 3.820.959,20 per il lotto 1; € 2.380.971,23 per il lotto 2), siccome desumibile dalle tabelle di cui alle pagg. 14-24, atto introduttivo e alla relazione tecnica versata in atti da parte ricorrente (doc. 8).

2.5. Ora, quanto al punto *sub i*) (costi per “servizi secondari”):

- per quanto attiene al servizio di lavanolo; la azienda resistente si è limitata ad asserire di non far parte del servizio sanitario nazionale, con la correlata inapplicabilità *ratione materiae* dei prezzi di riferimento siccome indicati nella citata delibera Anac n. 842/17, contenenti in ogni caso “*costi standard con valore puramente indicativo*”; sul punto, valga il rilevare che –in disparte la *quaestio* sulla riconducibilità della azienda resistente nell’alveo degli “enti del SSN”- indubitabile appare la valenza *quodammodo* indicativa dei prezzi siccome foggiate nella citata delibera Anac,

così che la quantificazione (seguendo tali valori) dei costi necessari per il servizio costituisce elemento che, già di per sé, e *pur tenendo in cale* la valenza “non vincolante” di detti prezzi, è inequivocabilmente sintomatico della inattendibilità dei valori economici posti a base d’asta (largamente insufficienti a “coprire” il servizio *de quo*); palesemente smentita *per tabulas*, di poi, è l’affermazione della azienda resistente per cui i costi del lavanolo sarebbero posti a carico degli utenti, stante l’inequivoco tenore letterale di cui all’art. 7 del capitolato, penultimo capoverso, ed i chiarimenti 21 e 80, per cui restano a carico dell’appaltatore la fornitura di biancheria piana e divise e relativi costi di lavanderia, estesa alla biancheria diversa necessaria per l’espletamento del servizio (ad esempio: cuscini, materassi, coperte di lana, pettorine, cinghie, coprimerassi *et similia*); sul punto, chiara è anche la indicazione riveniente dal verbale del 17 giugno 2019 (doc. 10, azienda resistente) ove è testualmente dato leggere: “*servizio di lavanolo e lavaggio indumenti: a carico dell’aggiudicatario*”; anche la osservazione, per vero genericamente formulata dalla stazione appaltante, circa la applicabilità, al più, della tabella 6 allegata alla delibera Anac (invece che della tabella 1), con prezzi riferiti al singolo “capo” piuttosto che al servizio generale, non appare conducente, siccome dedotto da parte ricorrente alle pagg. 15-17 della memoria conclusionale, con calcoli rimasti tutt’affatto privi di contestazione; pure le affermazioni della controinteressata –relativamente ai risparmi di spesa asseritamente rivenienti da rapporti e “*accordi commerciali particolarmente convenienti*” - sono genericamente formulate e in ogni caso confliggenti con i dati che risultano dalla applicazione dei più volte citati costi *standard* di cui alla delibera 842/17, nel mentre il documento contabile prodotto in giudizio (relativo alle spese per la biancheria piana, con 2 lenzuola, federa, traversa, viso spugna, telo spugna e bidet spugna), non vale a coprire anche gli ulteriori servizi richiesti alla aggiudicataria;

- di contro, la censura relativa alla voce di costo per la “*manutenzione delle attrezzature e degli arredi*” appare solo genericamente formulata, tenendo altresì conto del di per sé dirimente rilievo per cui la società ricorrente non ha neanche proceduto ad effettuare un sopralluogo dei reparti oggetto di appalto;
- quanto ai costi per medicinali, protesi, alimentazione enterale, congrui si appalesano gli oneri stimati nella offerta della aggiudicataria, con un ragionevole ribasso rispetto ai valori dei consuntivi forniti dalla stazione appaltante (cfr., doc. 8. produzione controinteressata);
- anche le censure relative ai costi di trasporto e alla formazione sono genericamente formulate, non avendo peraltro la ricorrente neanche provveduto ad effettuare sopralluoghi, puntualmente contrastate dalla aggiudicataria (pagg. 12-15 memoria di replica) e, in ogni caso, non idonee ad incidere –*ex se* considerate, tenuto conto della loro limitata incidenza- sulla congruità del prezzo posto a base d’asta.

2.6. Per quanto attiene al punto *sub ii*) (costi del personale).

2.6.1. La ricorrente ha allegato, con il supporto di una apposita relazione tecnica, la esistenza di costi sensibilmente superiori (rispetto a quelli presupposti dalla *lex specialis*) per quanto concerne il lotto 1 (oltre 700.000 euro) e, in ogni caso, più elevati (oltre 100.000 euro) per il lotto 2.

2.6.2. A fronte di tali puntuali censure, corroborate da apposita perizia, la stazione appaltante si è limitata, sostanzialmente, ad affermare che l'allegato 2 del capitolato speciale (recante la tabella del personale attualmente impiegato) e sulla cui base sono stati effettuati i conteggi della ricorrente, cristallizzerebbe la situazione esistente al momento (con la forza lavoro impiegata dal gestore uscente), nulla vietando che altri partecipanti (società cooperative, Onlus, imprese commerciali) possano diversamente orientare le proprie scelte, rimanendo liberi di organizzare la *“forza lavoro come meglio credono”*, con l'utilizzo *“sia di personale dipendente che di lavoratori autonomi”*, e utilizzando come base di calcolo il CCNL delle cooperative sociali, tenuto altresì conto che anche queste ultime possono impiegare *“soci lavoratori liberi professionisti”*.

2.6.3. In tal guisa la resistente azienda:

- non ha contestato i conteggi effettuati dalla ricorrente, ciò che assume particolare significanza, a' sensi dell'art. 64 c.p.a., trattandosi di elementi rientranti nella sfera di signoria della Amministrazione, in capo alla quale gravava, anche in ossequio al principio di vicinanza della prova, l'onere di una puntuale replica (TAR Lombardia, 4 dicembre 2018, n. 2732);
- ha, parimenti, riconosciuto che la organizzazione della forza lavoro in conformità di quanto indicato nell'allegato 2 *–id est*, in conformità dell'*agere* e della organizzazione del gestore uscente- determina un incremento del costo del personale, rispetto ai valori di poi *–e contraddittoriamente-* indicati nel disciplinare;
- ha riconosciuto, in definitiva, che il prezzo posto a base d'asta è oggettivamente, ed ingiustificatamente, lesivo delle legittime prerogative di una impresa che intenda operare per tramite di personale dipendente, *nei modi e nelle forme* adoperate dal gestore uscente;
- ha confermato, indi, che una siffatta determinazione del prezzo è idonea a ledere *in nuce* il libero giuoco concorrenziale tra le imprese aspiranti alla commessa, escludendo in radice la possibilità di partecipazione per quelle imprese la cui forza lavoro è organizzata privilegiando il rapporto di subordinazione, in conformità peraltro dello stesso modello indicato nel disciplinare;
- ha riconosciuto la patente discrepanza tra i costi per la remunerazione del personale, siccome attualmente determinabili seguendo la tabella dalla stessa stazione appaltante posta a disposizione dei partecipanti alla gara, e quelli poscia indicati, in guisa perciò immotivata e contraddittoria, all'art. 3 del disciplinare.

2.6.4. Valga il rammentare che l'art. 23, comma 16, del d.lgs. 50/16 testualmente prevede che *“per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione”*.

E' ben vero, come puntualmente rilevato dalla controinteressata, che le tabelle ministeriali, pur mutate dai contratti collettivi, calcolano il costo dell'ora di lavoro utilizzando parametri medi suscettibili di aumentare, in concreto, tale costo (es. ragioni di astensione dal lavoro): esse recano valori non coincidenti con quelli dei contratti collettivi e rispetto ai quali la concreta organizzazione del lavoro dell'impresa potrebbe giustificare uno scostamento in difetto; di talchè, l'orientamento prevalente ritiene possibile *giustificare* lo scostamento del costo del lavoro indicato in offerta rispetto a quello risultante dalle tabelle ministeriali, qualora, però, si dimostri il rispetto dei minimi salariali previsti dai contratti collettivi (TAR Lombardia, I, 13 maggio 2019, n. 1067; TAR Campania, IV, 15 aprile 2019, n. 2136).

2.6.5. E, tuttavia, nel caso che ci occupa, la *patente discrasia* tra i (minori) costi della manodopera siccome indicati e stimati nel disciplinare e quelli rivenienti dalle citate tabelle sulla base dei valori risultanti dal CCNL di riferimento (cfr., i dati di cui alle pagg. 19-22 della memoria conclusionale di parte ricorrente), è rimasta priva di giustificazioni:

- *ex ante*, per quel che qui rileva, ad opera della stazione appaltante, all'uopo non potendo rilevare le generiche indicazioni emerse dagli incontri di cui ai verbali 8-11 della produzione della resistente azienda (ovvero dalla tabella di cui al doc. 12), all'evidenza inidonei ad integrare il *minimum* richiesto dall'art. 23, comma 15, del d.lgs. 50/16, a mente del quale, "*per quanto attiene agli appalti di servizi*", spetta alla Amministrazione la elaborazione di un progetto contenente, tra l'altro, una "*relazione tecnico-illustrativa*", il "*calcolo degli importi per l'acquisizione dei servizi*", il "*prospetto economico degli oneri complessivi necessari per l'acquisizione dei servizi*";

- anche *ex post*, *id est* nella concreta modulazione della offerta economica, da parte del consorzio di poi risultato aggiudicatario, rimanendo di ardua spiegazione il loro sensibile scostamento rispetto al costo medio orario riveniente dalle citate tabelle ministeriali (anche ipotizzando la assenza di ore non lavorate per legittime ragioni: malattie, infortuni, maternità; cfr., i dati indicati alla pag. 10 della memoria conclusionale della aggiudicataria, dati in ogni caso riferiti a statistiche asseritamente afferenti esclusivamente ad essa aggiudicataria); anche gli oneri per la rivalutazione del TFR, indennità di turno, scatti di anzianità e le sostituzioni dei lavoratori appaiono stimati per difetto, senza un solido supporto giustificativo.

2.7. In definitiva, è la valutazione complessiva delle circostanze tutte sopra riportate - relativamente agli "*oneri necessari per i servizi secondari*" e ai costi del personale - effettuata in guisa *non atomistica o parcellizzata*, a persuadere della inattendibilità ed incongruità dell'importo posto a base di gara, comechè preclusivo *in nuce* della possibilità di formulare una offerta seria, attendibile ed economicamente sostenibile.

2.8. E ciò tenuto, altresì, conto dei pur pregnanti rilievi in appresso, che pur valgono *ad colorandam* a supportare le esposte conclusioni, per cui:

- *ex ante*, lo stesso "*marginale teorico di utile*" stimato dalla stazione appaltante, pari al 2%, si appalesa assai esiguo, tenuto conto della natura, del valore e della durata della commessa *de qua agitur* nonché della circostanza che, trattandosi di valori stimati e posti a fondamento di una

procedura concorsuale, essi sono *naturaliter* oggetto di ribasso da parte delle imprese partecipanti;

- *ex post*, lo stesso utile “dichiarato” dal consorzio aggiudicatario, pari ad € 23.225,37 (0,66%) per il lotto 1 e € 15.204,77 per il lotto 2 (0,60%) è *ictu oculi* - secondo l’*id quod plerumque accidit* in appalti della specie di quello che ci occupa e tenendo altresì conto di quanto sopra esposto – *non verosimile* e, indi, rivelatore della complessiva *inattendibilità* della offerta e, ancor prima ovviamente e per quel che qui solo rileva, *dello stesso importo posto a base di gara*.

2.8.1. E’ ben vero, infatti, che nel contesto della valutazione di congruità del prezzo d’asta –ancor prima che della offerta che, necessariamente, “sconta” i vizi che eventualmente affliggono detto importo- può reputarsi *non ostativa*, cioè non preclusiva già *in abstracto* della possibilità per gli aspiranti partecipanti di formulare una offerta seria ed affidabile, la esiguità dell’utile “stimato”, purché esso non risulti del tutto azzerato, atteso che non può essere fissata a priori una quota rigida di utile al di sotto della quale l’offerta dovrebbe considerarsi per definizione incongrua e, dunque, insostenibile per un operatore professionalmente avveduto che impronti il proprio *agere* ai canoni di diligenza normativamente esigibili (art. 1176, comma 2, c.c.).

2.8.2. E, tuttavia, è indubbio che nella fattispecie in esame è giustappunto la esiguità del margine di utile già *in abstracto* riconosciuto dalla stazione appaltante, unitamente alla congerie di elementi deponenti per una sottovalutazione dei costi per servizi secondari e personale, a definitivamente convincere della complessiva *inattendibilità* dell’importo indicato nella *lex specialis*.

2.9. Non senza significato, peraltro e siccome puntualmente rilevato dalla parte ricorrente, è altresì la circostanza (cfr., delibera d.g. del 28 giugno 2019) che nel secondo semestre del 2019 il servizio *de quo* (pur privo di rilevanti aspetti che invece connotano quello posto a base della gara che ci occupa) è stato affidato “*in prosecuzione*” al gestore uscente per un importo di € 2.711.457,00 per il lotto 1 e di € 1.730.850,00 per il lotto 2.

Anche la patente esorbitanza di tali valori –riferiti ad un periodo semestrale- rispetto all’importo annuo posto a base della gara *de qua agitur*, milita a favore delle suesposte osservazioni, viepiù *confirmando* la fondatezza del primo mezzo di gravame, ciò che è *ex se* sufficiente a determinare l’annullamento degli atti impugnati.

3. Anche il terzo mezzo è fondato.

3.1. L’art. 4 del disciplinare dispone che “*La durata dell’appalto (escluse le eventuali opzioni) è di 36 mesi decorrenti dalla data di aggiudicazione*” (4.1.) e che “*La stazione appaltante si riserva la facoltà di ripetere il contratto, alle medesime condizioni, per una durata massima pari a 36 mesi (...) la durata del contratto in corso di esecuzione potrà essere modificata per un periodo di tempo massimo di sei mesi*” (4.2.).

3.2. Tali prescrizioni sono, di poi, reiterate all’art. 2 del capitolato speciale, rubricato giustappunto “*durata del contratto e utilizzo della graduatoria*”, ove tuttavia è dato testualmente leggere che “*I primi 6 (sei) mesi di servizio –comunque computati nella durata contrattuale- costituiscono*

periodo di prova (...) durante il periodo di prova l'azienda può, a suo insindacabile giudizio, recedere dal contratto mediante preavviso di 10 (dieci) giorni".

3.3. Tale ultima previsione, attribuendo alla stazione appaltante la insindacabile facoltà di interrompere, *ad libitum* ed *ex abrupto*, il rapporto contrattuale legittimamente costituito con l'impresa aggiudicataria:

- non vale ad integrare, contrariamente a quanto opinato dal consorzio ricorrente, la fattispecie contemplata all'art.1355 c.c., che sanziona con la nullità la sola condizione meramente potestativa sospensiva (“*È nulla (...) l'assunzione di un obbligo subordinata a una condizione sospensiva*”) e non anche quella risolutiva (tra le tante, Cass., II, 20 aprile 2018, n. 9879; Id., id. 17859/03; Cass. 3439/01, 15.9.99 n. 9840, 25.1.92 n. 812);

- è costitutiva di un diritto potestativo in capo alla azienda resistente funzionale allo scioglimento del rapporto contrattuale –e, dunque, alla cessazione degli effetti negoziali *inter partes*- il cui esercizio è pertanto rimesso alla mera volontà (“*si volam*”) di essa azienda, risolvendosi in una facoltà di recesso nei primi sei mesi senza limiti nell’*“an”*;

- non è colpita, indi e in via generale, dalla *sanctio nullitatis* di cui è menzione all'art. 1355 c.c., trattandosi di una *condizione risolutiva*, comportante il venir meno degli effetti del negozio, ritenuta generalmente ammissibile, purchè l'esercizio del potere di interrompere il rapporto avvenga sempre e comunque nel rispetto dei principi generali di buona fede e correttezza, che devono informare la condotta dei soggetti avvinati da un rapporto giuridico; la giurisprudenza da tempo riconosce la vigenza, nel sistema giuridico, di un principio generale di divieto di abuso del diritto, volto a sanzionare situazioni in cui il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti (Cass., I, 12 ottobre 2018, n. 25606; Cass., 7 maggio 2013, n. 10568; TAR Lombardia, I, 14 giugno 2019, n. 1376; TAR Lombardia, I, 19 novembre 2018, n. 2603; TAR Campania, III, 10 gennaio 2018, n. 154; Cass., 18/09/2009, n. 20106); il dovere di buona fede e correttezza, di cui agli artt. 1175, 1337, 1366 e 1375 del c.c., alla luce del parametro di solidarietà, sancito dall'art. 2 della Costituzione e dalla Carta di Nizza, si pone non più solo come criterio per valutare la condotta delle parti nell'ambito dei rapporti obbligatori, ma anche come canone per individuare un limite alle richieste e ai poteri dei titolari di diritti, anche sul piano della loro tutela processuale (TAR Lombardia, I, 19 novembre 2018, n. 2603).

3.4. D'altra parte non può non rimarcarsi che:

- in tema di appalti pubblici, lo *ius poenitendi* della stazione appaltante è espressamente contemplato e conformato dall'art. 109 del d.lgs. 50/16, che si iscrive nella previsione generale di cui all'art. 21-*sexies* l. 241/90, in forza della quale è possibile “*il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione...nei casi previsti dalla legge o dal contratto*”, secondo una regola di *tipicità* delle ipotesi di recesso analoga a quella di cui agli articoli 1372 e 1373 c.c.;

- la facoltà di recedere *in qualunque tempo* dai contratti pubblici, per vero, già cristallizzata all'art. 134 del previgente d.lgs. 163/06, è da tempo immemorabile riconosciuta all'Amministrazione, tenuto conto già del disposto di cui all'art. 345 l. 1865, n. 2248, all. F, per cui “È facoltativo all'Amministrazione di risolvere in qualunque tempo il contratto, mediante il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importare delle opere non eseguite”;

- le richiamate previsioni normative, immancabilmente succedutesi negli anni –pur inscrivendosi fisiologicamente nelle ordinarie categorie civilistiche, integrando una ipotesi di *diritto legale di recesso*- riflettono all'evidenza la *voluntas legis* di assegnare rilevanza alle sopravvenute valutazioni di *opportunità* (Cass., 391/11) per definizione rientranti nella sfera di *merito* della azione amministrativa, attribuendo un potere di scioglimento unilaterale del rapporto previo “*pagamento di un prezzo*”; *pretium* costituito, in particolare, dal valore dei “*lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguite*”, nonché dal valore “*dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavoro o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture*”, con una previsione che differisce leggermente dal disposto generale dell'art. 1671 c.c. in tema di appalto privato;

- benchè veicolato in forme privatistiche - in ossequio peraltro al principio generale ora codificato all'art. 1, comma 1-bis l. 241/90, per cui “*La pubblica amministrazione nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*” – l'interesse pubblico di cui l'Amministrazione è indefettibilmente titolare permea anche tale forma di recesso, con il corollario –non vertendosi in tema di revoca *ex art. 21-quinquies* l. 241/90, ma di scioglimento di un vincolo negoziale per definizione paritetico- “*di non dover assicurare il contraddittorio procedimentale né esternare compiutamente le motivazioni della scelta, essendo ciò bilanciato dal maggiore onere economico che ne consegue*” (rispetto al “mero” indennizzo dovuto per il caso di revoca di atti amministrativi *ex art. 21-quinquies*: CdS, a.p., 20 giugno 2014, n. 14).

3.5. Di talchè, la censurata disposizione contenuta all'art. 2 del capitolato speciale, benchè in sé legittima in relazione alla esistenza del diritto di recesso, si appalesa *ictu oculi* contrastante con la previsione di cui all'art. 109 del d.lgs. 50/216 (riproduttivo, come detto, di principi normativi inveterati *in subiecta materia*) per quanto attiene al *quomodo* ed al *quantum debeatur, id est al pretium* dello *ius poenitendi*, prevedendo che:

- all'aggiudicatario, *recte* al contraente, “*spetta il solo corrispettivo delle prestazioni già eseguite*”;

- è “*escluso ogni altro rimborso o indennizzo a qualsiasi titolo e ogni ragione o pretesa di qualsiasi genere*”.

3.5.1. E' evidente che una previsione di tal fatta:

- stravolge il divisamento degli interessi su cui riposa la regola legislativa attributiva del diritto di recesso;

- *sbilancia* inammissibilmente il rapporto contrattuale in favore della Amministrazione, al cui potere insindacabile di interruzione del rapporto non corrisponde la -ancorchè forfettaria- determinazione del *quantum* da corrispondere per il ristoro delle legittime prerogative contrattuali vantate dalla appaltatrice;

- assume carattere *abusivo*, comechè complessivamente integrante una condizione negoziale idonea a rendere il (futuro, agognato ed eventualmente instaurando) rapporto contrattuale *eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente* (CdS, V, 21 novembre 2011 n. 6135; CdS, III, 23 gennaio 2015 n. 293), ovvero comunque impositiva di obblighi *contra ius* ovvero di situazione di soggezione e di *patti contra legem* (CdS, II, 19 febbraio 2003, n. 2222);

- frustra, indi, la libera esplicazione della autonomia imprenditoriale dell'operatore economico, impedendogli di aspirare, mediante la partecipazione al concorso, alla aggiudicazione della pubblica commessa (CdS, a.p., 4/18).

3.5.2. E' evidente che la doglianza di parte ricorrente -pur erroneamente calibrata sull'art. 1355 c.c.- si basa indubitabilmente sul sostrato fattuale costituito dalla assenza di un adeguata "*valutazione economica*" del diritto di recesso che, proprio perché esercitabile *ad libitum* e senza qualsivoglia forma di ristoro per la controparte (pagg. 29-31, ricorso):

- renderebbe il contratto oggetto della gara eccessivamente oneroso ed aleatorio, essendo "*inattuabile prestabilire a monte un'offerta pluriennale su cui poter 'spalmare' i relativi costi e programmazione economica*";

- toglierebbe "*al concorrente ogni certezza in merito alla durata delle relative prestazioni e, conseguentemente, della loro effettiva remunerazione*".

3.5.3. Remunerazione, di contro, che per certo sarebbe garantita in presenza di una clausola rispettosa del dettato normativo di cui all'art. 109 d.lgs. 50/16.

3.6. Ne discende:

- l'accoglimento del ricorso introduttivo e dell'atto recante motivi aggiunti, con riferimento al primo e al terzo mezzo;

- il consequenziale assorbimento dei restanti motivi e, in particolare, dei motivi aggiunti volti a far valere vizi propri dell'atto di aggiudicazione, trattandosi di censure che, in ogni caso, non sarebbero *ex se* sfuggite ad un giudizio di inammissibilità per difetto di *legitimitatio ad causam*.

4. Non si rinvergono ragioni, infine, per deflettere dalla regola generale in forza della quale le spese di lite seguono la soccombenza, nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sull'atto recante motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie, con riferimento al primo e al terzo mezzo nei sensi di cui in parte motiva e, per l'effetto, annulla gli impugnati provvedimenti.

Condanna le parti resistenti - cui spetta, altresì e in via solidale tra loro, procedere al rimborso del contributo unificato nella misura effettivamente versata dalla ricorrente - al pagamento delle spese

di lite, che liquida complessivamente in € 8.000,00, oltre accessori come per legge, a carico dell'Azienda di servizi alla persona "Golgi – Redaelli", ed in € 6.000,00, oltre accessori come per legge, a carico del Consorzio controinteressato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2020 con l'intervento dei signori magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Fabrizio Fornataro, Consigliere

Rocco Vampa, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Rocco Vampa

IL PRESIDENTE

Domenico Giordano

IL SEGRETARIO