

DETERMINAZIONE DEL DIRETTORE DELLA DIVISIONE SARPULIA

N. SAR/021 del registro delle determinazioni

OGGETTO: Determinazioni in ordine alla esecuzione dell'ordine del Giudice nei giudizi in Consiglio di Stato InnovaPuglia c/ Althea (N.R. N.R. 3270/2021 e N.R. 740/2022). Sentenze n. 7482-2021 del 10/11/2021 e n. 4688/2022 del 9/6/2022. GARA TELEMATICA A PROCEDURA APERTA PER L'AFFIDAMENTO DI SERVIZI INTEGRATI PER LA GESTIONE DI APPARECCHIATURE ELETTROMEDICALI DELLE AZIENDE SANITARIE DELLA REGIONE PUGLIA (N.ro gara 6774255).

Il giorno 16 del mese di febbraio 2023 nella sede degli uffici di InnovaPuglia Spa sita in Valenzano (BA) alla Str. Prov. Casamassima Km 3,

Il Direttore della Divisione SARPULIA

VISTI

- il D.Lgs. n.50/2016 s.m.i. (nel seguito Codice);
- la Direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26/02/2014;
- la Legge 24 Dicembre 2006 n.296 (Finanziaria 2007);
- il D.Lgs. 7 marzo 2005 n.82 e s.m.i.;
- il DPCM 11 luglio 2018;
- la D.G.R. 30 marzo 2020 n.434;
- la D.G.R. 2 agosto 2018 n. 1434;
- la D.G.R. 22 dicembre 2017 n.2259;
- la D.G.R. 21 dicembre 2017 n.2260;
- la D.G.R. 11 ottobre 2016 n.1584;
- la D.G.R. 10 febbraio 2016 n.73;
- la Legge Regionale art.20 n.37/2014 che, ai fini del perseguimento degli obiettivi di cui al comma 1 e in attuazione dell'articolo 9, comma 5, del d.l. 66/2014, convertito, con modificazioni, dalla l. 89/2014, ha designato la società in house InnovaPuglia Spa Soggetto Aggregatore della Regione Puglia, nella sua qualità di centrale di committenza, costituita ai sensi del comma 455 dell'articolo 1 della Legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato), e di centrale di acquisto territoriale;
- la Delibera ANAC n.643 del 22 settembre 2021, che ha confermato l'iscrizione di InnovaPuglia Spa per la Regione Puglia nell'elenco dei Soggetti Aggregatori di cui all'art.9 comma 5 del Decreto-legge n. 66 del 2014, convertito dalla Legge 89/2014;
- i poteri conferiti al Direttore della Divisione SARPULIA Ing. Antonio Scaramuzzi, giusta procura notarile del 13/07/2020 rep 113169 raccolta n 19446 con cui viene nominato e

costituito procuratore della società, per quanto di competenza, in virtù della deliberazione del Consiglio di Amministrazione del 22 giugno 2020 Verb. n. 017.

PREMESSO CHE

- La Regione Puglia, con DGR N. 2256 del 17/12/2015 e n. 73 del 10/02/2016, recanti disposizioni per la razionalizzazione degli acquisti sanitari, ha incaricato InnovaPuglia S.p.A. – in qualità di Soggetto Aggregatore della Regione Puglia, designato con L. R. n. 37 del 01/08/2014, ai sensi dell'art. 9 D.L. 66/2014 convertito con modificazioni dalla L. 89/2014 – di espletare, con il supporto delle ASL indicate quali capofila, le procedure aggregate relative alle categorie di acquisti individuate dal Tavolo dei Soggetti Aggregatori Nazionali, in adempimento al disposto del DL n. 66/2014, tra cui i Servizi integrati per la gestione delle apparecchiature elettromedicali delle Aziende Sanitarie della Regione Puglia;
- A seguito della deliberazione del Direttore generale della ASL BR (capofila per la merceologia in oggetto) n. 139 del 25/01/2017, con cui sono stati trasmessi i documenti preliminari propedeutici all'indizione della gara e giusta Determinazione dell'Amministratore Unico di InnovaPuglia n. 90 del 01/03/2017 è stata indetta una "Consultazione preliminare di mercato" ai sensi dell'art. 66 del D.Lgs. n.50/2016, pubblicata sulla GUUE con avviso n. 84725-2017-IT del 07/03/2017;
- In conseguenza, InnovaPuglia S.p.A. – giusta Determinazione dell'Amministratore unico n. 130 del 16/06/2017 – ha indetto, mediante Bando di gara inviato alla GUUE, una gara comunitaria a procedura aperta telematica, ai sensi dell'art. 60 D.Lgs.n.50/2016, in **n.6 lotti**, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sul miglior rapporto qualità/prezzo (punteggio 70/30) ai sensi dell'art. 95 co. 2 D.Lgs. 50/2016, di importo complessivo a base asta pari a € **57.375.500,00** IVA esclusa, di cui € 27.500,00 IVA esclusa per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso. Con opzione di rinnovo di massimo n. 36 mesi; rinnovo di massimo n. 12 mesi per la c.d. proroga tecnica; servizi a richiesta: 35% dell'importo a base d'asta come specificato nella documentazione di gara fino ad un importo massimo complessivo di € 153.957.591,67 IVA esclusa. Contestualmente veniva nominato Responsabile Unico del procedimento per la celebrazione della gara l'Ing. Antonio Scaramuzzi responsabile del Servizio Gare & Appalti di InnovaPuglia;
- In data 20/06/2017 è stata pubblicata la gara summenzionata con invio alla GUUE, GURI, Bollettino Ufficiale Regione Puglia, (BURP), sito informatico del Ministero delle infrastrutture, sul SIMOG dell'ANAC, sul profilo del committente www.innova.puglia.it, sulla piattaforma EmpPULIA all'indirizzo internet: www.empulia.it, nonché per estratto su 4 quotidiani, di cui 2 a diffusione nazionale e 2 a diffusione locale. Il Bando è stato successivamente rettificato con avviso pubblicato in data 28/08/2017;
- In data 05/10/2017 ore 12.00 è scaduto il termine ultimo per la presentazione delle offerte;
- Con note del Direttore generale di InnovaPuglia in data 09/10/2017 Prot. 171010001-2-3-4, è stato nominato il Seggio di gara per l'esame della documentazione amministrativa delle offerte. Con successiva nota Prot. 180717019 del 17/07/2018 è stato sostituito il Presidente;
- Con atto del Direttore generale di InnovaPuglia in data 17/10/2018 è stato emesso il Provvedimento di ammissione ed esclusione al prosieguo della gara, pubblicato ai sensi dell'art. 29 c.1 D.lgs. 50/2016. Avverso il provvedimento sono stati proposti n. 7 ricorsi innanzi al TAR di cui: n. 2 dichiarati improcedibili, n. 2 rigettati e n. 3 rigettati dal TAR e respinti in appello anche dal Consiglio di Stato, da ultimo con sentenza del 25/9/2019.
- Con lettere del Direttore generale di InnovaPuglia in data 30/07/2018 e completamento con sostituzione di un componente in data 07/02/2019, è stata nominata la Commissione giudicatrice ai sensi dell'art. 77 D.Lgs. 50/2016 e acquisite le dichiarazioni dei componenti della Commissione di inesistenza delle cause di incompatibilità e di astensione e l'insussistenza delle cause ostative alla loro nomina ai sensi del co. 9 del predetto art. 77; i provvedimenti di nomina sono stati pubblicati ai sensi dell'art. 29 c.1 D.lgs. 50/2016.
- La procedura è stata svolta in modalità "gara su delega" ossia, come riportato nel disciplinare, *"... La presente gara viene espletata da InnovaPuglia S.p.A. sino all'aggiudicazione,*

demandando la fase di stipula dei contratti alle singole Aziende Sanitarie ...". Da ciò deriva che InnovaPuglia nella procedura ha il ruolo di "Amministrazione Aggiudicatrice" in favore delle Stazioni appaltanti del SSR che stipulano i rispettivi contratti.

- Relativamente ai contratti, il disciplinare riporta altresì che *"... La fase di stipula dei contratti sarà gestita autonomamente da ciascuna azienda sanitaria, che provvederà a richiedere, divenuta efficace l'aggiudicazione, la documentazione necessaria per la stipula del contratto. Le aziende sanitarie in ogni caso potranno richiedere all'aggiudicatario la presentazione di ulteriore documentazione amministrativa ritenuta necessaria..."*.
- L'aggiudicazione è stata formulata con *Determinazione del Direttore Generale n. 05 del 15/01/2020* a seguito della quale sono state effettuate tutte le operazioni di verifica sugli aggiudicatari del possesso dei requisiti di gara, tra cui quelli generali ex articolo 80 D.Lgs. 50/2016. I controlli, conclusi il 12.3.2020, hanno dato esito negativo, attestando quindi la non sussistenza di alcuna causa di esclusione per le Ditte aggiudicatarie.
- Avverso l'aggiudicazione, sono stati proposti i seguenti ricorsi:

R.G.	Data procura alle liti	Ricorrente/Appellante	Sentenza/esito
TAR 265/2020	28/02/2020	Althea Italia Spa	496/2020 – Accolto
CdS 3763/2020	14/05/2020	Althea Italia Spa/ InnovaPuglia	6433/2020 – accolto appello e confermata l'aggiudicazione (23/10/2020)
CdS 3590/2020	29/05/2020	REVI / InnovaPuglia (riunione giudizi con appello contro Althea Italia)	6433/2020 – accolto appello e confermata l'aggiudicazione (23/10/2020)

- Successivamente, con *Determinazione del Direttore SARPULIA N.SAR-137 del 26/10/2020*, avente ad oggetto la rettifica della citata Determinazione del Direttore Generale n. 05 del 15/01/2020, si è provveduto meramente a rettificare refusi editoriali, atteso che *"... per mero errore materiale, nella tabella di aggiudicazione sono stati indicati gli importi al netto degli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso e inoltre, relativamente al lotto 5, è stato riportato lo stesso punteggio dell'aggiudicatario del lotto 6...."*
- La Ditta Althea, con nota Pec pervenuta il 15/10/2020, inviava a InnovaPuglia una segnalazione in merito a indagini da parte della Procura di Palermo nei confronti di figure apicali della Ditta Tecnologie Sanitarie S.p.A., risultata aggiudicataria dei lotti n. 2 e n. 5 della gara in oggetto, chiedendo al contempo il riesame del possesso dei requisiti da parte della aggiudicataria.
- InnovaPuglia, pur ritenendo che la richiesta di riesame fosse intempestiva e non ammissibile nei confronti dell'Amministrazione aggiudicatrice, essendo conclusa la fase di aggiudicazione di propria competenza, inviava una nota Pec in data 21/10/2020 alla predetta Tecnologie Sanitarie, chiedendo *".. di confermare la permanenza dei requisiti di ordine generale dichiarati in sede di gara, mediante la compilazione e trasmissione dell'allegato modello – già da voi inviatici in sede di comprova – aggiornato alla situazione attuale ..."*.
- Con Pec In data 26/10/2020 Tecnologie Sanitarie rispondeva producendo la modulistica richiesta compilata, corredata da una propria articolata nota con cui esponeva, dettagliatamente, tutte le misure adottate per dissociarsi dai reati contestati alle figure apicali di cui alla segnalazione, l'allontanamento degli stessi, nonché le misure di *self cleaning* adottate per evitare il ripetersi degli episodi nella Società. Quanto prodotto induceva InnovaPuglia a ritenere confermata la permanenza dei requisiti in capo alla aggiudicataria.
- Con nota del Direttore SARPULIA del 03/11/2020 avente ad oggetto *"Trasmissione atti di gara"* inviata ai Direttori generali e Direttori area patrimonio di tutti i soggetti SSR interessati, InnovaPuglia, che aveva già disposto l'aggiudicazione efficace, ma doveva rispettare lo *stand still* processuale, essendo venuto a cessare ogni motivo ostativo ai sensi dell'art. 32 co. 11

D.Lgs. 50/2016, comunicava la possibilità di procedere alla successiva fase di contrattualizzazione a cura delle singole amministrazioni sanitarie contraenti e, allo scopo, rendeva disponibili nell'area riservata del Portale EmpULIA, tutta la documentazione necessaria.

- Nelle more, risulta che i soggetti SSR interessati (ASL BA, Policlinico BA e OO.RR. FG) abbiano proceduto alla stipula dei rispettivi contratti con l'aggiudicataria Tecnologie Sanitarie.
- Con nota Pec del 05/11/2020, InnovaPuglia informava dell'avvio del procedimento di (ri)accertamento dei requisiti anche l'istante Althea, annunciando altresì di notificarla circa gli esiti.
- Avverso il successivo "silenzio" serbato in proposito da InnovaPuglia, Althea presentava ricorso innanzi al TAR Puglia (N.R. 1428/2020) che, con sentenza n. 453/2021 dell'11.3.2021, veniva dichiarato inammissibile.
- Contestualmente, avverso i provvedimenti per la stipula dei relativi contratti, Althea presentava ricorso innanzi al TAR Puglia (N.R. 1437/2020), giudizio attualmente sospeso con ordinanza 833/2021 – con rinuncia alla richiesta di sospensione cautelare – intervenuta alla Camera di Consiglio del 5.5.2021.
- Althea proponeva quindi appello innanzi al Consiglio di Stato (N.R. 3270/2021) per la riforma della predetta sentenza del TAR e questo giudizio si concludeva con la sentenza n. 7482-2021 (del 10/11/2021) che parzialmente accoglie le motivazioni dell'appellante e conseguentemente *"... ordina ad InnovaPuglia di provvedere con atto espresso, entro 30 giorni, alla conclusione del procedimento di verifica dei requisiti ex art. 80, comunque "con salvezza delle determinazioni di merito rimesse alla stazione appaltante in ordine alla valenza escludente dei fatti e/o all'annullamento delle aggiudicazioni"*.

CONSIDERATO CHE

- Nell'appena citata decisione n. 7482/2021 il Consiglio di Stato, in relazione alla nota del 5.11.2020 inviata da InnovaPuglia ad Althea ha ritenuto che il contenuto della stessa non potesse essere derubricato *"a quello di mera 'comunicazione di cortesia di avvenuta ricezione della segnalazione': in realtà il procedimento di secondo grado era già stato inequivocabilmente avviato con la richiesta di chiarimenti formulata da InnovaPuglia a TS in data 21.10.2020, mentre la comunicazione del 5.11.2020 è semplicemente valsa a fornire, retrospettivamente, mera conferma della pendenza del procedimento già in corso"* (pag. 7 della sentenza).
- Da ciò la necessità, secondo il Consiglio di Stato, di portare a conclusione il procedimento di verifica dei requisiti ex art. 80 del D. Lgs. n. 50/2016 alla luce delle segnalazioni del 14.10.2020 e del 29.10.2020 di Althea in relazione a fatti sopravvenuti alla aggiudicazione.
- In particolare, in tali note Althea ha segnalato ad InnovaPuglia che *"da quanto appreso dalle notizie di stampa del 31 maggio u.s., alcune figure apicali dell'operatore economico Tecnologie Sanitarie" erano "state coinvolte in una indagine condotta dalla procura di Palermo che" aveva "assunto nei loro confronti l'applicazione delle misure cautelari personali di natura coercitiva". "Nelle stesse note si evidenziava che dalla lettura del verbale di esclusione di TS da altra gara, indetta dalla stazione unica appaltante (S.U.A.) della Regione Calabria, era emerso che la stessa TS era stata attinta da un procedimento per illecito ex art. 25, comma 2, D. Lgs. n. 231/2001 in relazione agli artt. 110, 319, 319-bis, 32 c.p.; e, poiché i reati in questione (di corruzione aggravata e turbativa d'asta) fondavano su fatti (asseritamente) commessi dai vertici societari nel medesimo arco temporale della gara qui in esame, TS avrebbe dovuto renderne conto anche ad InnovaPuglia, in quanto circostanze rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) e lett. c-bis), del Codice Appalti"* (pag. 3 della decisione).

PREMESSO ALTRESI' CHE

- Al fine di ottemperare all'obbligo, statuito dal Consiglio di Stato, di portare a conclusione il nuovo procedimento di verifica dei requisiti ex art. 80 nei confronti di TS, è stata adottata la

determinazione del Direttore della Divisione SARPULIA n. SAR/183 dell'1.12.2021, con la quale si è ritenuto necessario richiedere alla stessa *“di fornire le necessarie deduzioni attualizzate in ordine agli aspetti evidenziati dallo stesso Consiglio di Stato, con particolare riferimento alla indagine aperta dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo ed alla adozione di misure cautelari nei confronti di amministratori e dirigenti di TS, nonché delle procedure di self cleaning in proposito attivate”*.

- Più in particolare, con la medesima Determinazione n. SAR/183 sono state richieste a TS *“notizie aggiornate in ordine all’attuale pendenza delle indagini in questione, ovvero alla loro eventuale intervenuta conclusione ed alla eventuale emanazione di decisioni giurisdizionali nel frattempo intervenute in relazione alle misure cautelari a suo tempo emesse, anche in considerazione del lungo periodo di tempo intercorso dagli ultimi chiarimenti forniti in proposito da TS in data 26.10.2020”*.
- Inoltre, per quanto attiene le procedure di *self cleaning* attivate da TS, con il medesimo provvedimento sono state richieste a quest’ultima *“anche deduzioni aggiornate in ordine al loro stato di attuazione ed alla loro efficacia nell’ambito del presente procedimento (specie in relazione agli orientamenti giurisprudenziali che ritengono che gli effetti di tali misure si producano solo pro-futuro e non all’interno della gara alla quale si partecipa: cfr., tra le tante, Consiglio di Stato, Sez. V, 9.1.2020 n.158)”*, assegnando a TS il termine di dieci giorni dalla notifica della Determinazione in questione per presentare le proprie osservazioni.
- Con nota del 24.11.2021 inviata da Althea S.p.A. a mezzo Pec in pari data, sono state evidenziate una serie di circostanze ulteriori che avrebbero confermato il mancato possesso dei requisiti *ex art. 80* del Codice appalti in capo a Tecnologie Sanitarie.
- Con nota prot. MI/UG/21/153 dell’1.12.2021 inviata da Polygon/Tecnologie Sanitarie a mezzo Pec in pari data (quindi ancor prima della trasmissione della citata Determina n. SAR/183), Polygon/Tecnologie Sanitarie ha rimesso le proprie deduzioni in ordine alla sua situazione sotto i diversi profili individuati nella citata sentenza del Consiglio di Stato n. 7482/2021, sui quali si sofferma anche la predetta nota del 24.11.2021 di Althea S.p.A., evidenziando l’esistenza di elementi ostativi del tutto simili nella posizione di Althea S.p.A.
- Con ulteriore nota del 9.12.2021 inviata da Althea S.p.A. a mezzo Pec in pari data, è stata trasmessa ad InnovaPuglia copia della sentenza del Consiglio di Stato n. 8160/2021 del 6.12.2021 resa in un giudizio avviato dalla medesima Althea innanzi al T.A.R. Basilicata nei confronti di Tecnologie Sanitarie proprio in relazione al possesso dei requisiti *ex art. 80* del Codice nell’ambito di un appalto a questa affidato dalla Regione Basilicata, nonché sono state evidenziate ulteriori circostanze che confermerebbero il mancato possesso dei requisiti *ex art. 80* in capo a Tecnologie Sanitarie. Sentenza questa poi annullata dallo stesso Consiglio di Stato con sentenza del 08.07.2022, a seguito di ricorso per revocazione promosso da Polygon.
- Con ulteriore nota prot. MI/UG/21 del 10.12.2021 inviata da Polygon/Tecnologie Sanitarie a mezzo Pec in pari data, si è dato riscontro alla richiesta di cui alla citata Determina n. SAR/183 e Polygon/Tecnologie Sanitarie ha rimesso le sue deduzioni definitive in ordine alla sua situazione (controdeducendo a quanto evidenziato da Althea nella propria nota del 24.11.2021) e ribadendo la sussistenza di elementi ostativi del tutto simili nella posizione di Althea S.p.a.
- Il procedimento di verifica dei requisiti *ex art. 80* si è concluso nei confronti di Tecnologie Sanitarie/Polygon con la determinazione del Direttore della Divisione SARPULIA n. SAR/192 del 21.12.2021, con la quale InnovaPuglia ha ritenuto *“di portare a conclusione, nei termini di cui in motivazione, per la parte di propria competenza, il procedimento di verifica dei requisiti ex art 80 del Codice degli Appalti in ordine alla situazione di Polygon/Tecnologie Sanitarie determinatasi successivamente alla aggiudicazione dei lotti in proprio favore”*; *“di ritenere che nella specie possa trovare applicazione l’ipotesi escludente ex art. 80 e l’inefficacia delle misure di self cleaning adottate, per quanto dedotto nella parte motiva del presente provvedimento”*; *“in conseguenza, di trasmettere la presente Determinazione agli Enti del SSR (ASL BA, Policlinico BA e OO.RR. FG) che hanno sottoscritto i relativi contratti con Polygon/Tecnologie Sanitarie, affinché provvedano, sulla base delle proprie valutazioni, alla adozione dei provvedimenti rientranti nella loro sfera di competenza”*.

PREMESSO ULTERIORMENTE CHE

- Avverso la Determina n. 192/2021 Polygon ha proposto ricorso innanzi al T.A.R. Puglia (N.R. 105/2022), che è stato tuttavia respinto dal T.A.R. con sentenza n. 1004 del 9.7.2022;
- Avverso la appena citata decisione Polygon ha poi proposto ricorso innanzi al Consiglio di Stato (N.R. 7330/2022) tutt'ora pendente;
- Nelle more Althea ha proposto innanzi al Consiglio di Stato ricorso per la ottemperanza della sentenza n. 7482/2021 (N.R. 740/2022), giudizio che si è concluso con la sentenza n. 4688 del 9.6.2022 con la quale si è accolto parzialmente lo stesso e per l'effetto si è disposta "*la revoca della Determinazione del Direttore generale di InnovaPuglia n. 05 del 15.1.2020, relativamente alla aggiudicazione a favore di Tecnologie Sanitarie S.p.A. dei lotti n. 2 e 5*".
- Tale ultima decisione è stata gravata da Polygon con ricorso per Cassazione (N.R. 18989/2022) tutt'ora pendente, così come tuttora pendente risulta anche l'ulteriore ricorso per Cassazione proposto da Polygon avverso la citata decisione del Consiglio di Stato n. 7482 del 10.11.2021 (N.R. 2552/2022).
- La medesima decisione è stata gravata in Corte di Cassazione anche da InnovaPuglia ed il relativo giudizio (anch'esso recante il N.R. 18989/022) è tuttora pendente.
- Da ultimo con ricorso N.R. 740/2022 (fissato per la discussione all'udienza del prossimo 23.3.2023) Althea ha richiesto al Consiglio di Stato la nomina di un Commissario ad acta per l'esecuzione delle citate sentenze dello stesso Consiglio di Stato n. 7482/2021 e n. 4688/2022.

RITENUTO CHE

- A seguito della già menzionata decisione del Consiglio di Stato n. 4688/2022, che ha "revocato" l'aggiudicazione dei lotti n. 2 e 5 dell'appalto in questione in favore di Tecnologie Sanitarie/Polygon, occorre procedere alla verifica dei requisiti della Società collocata al secondo posto in graduatoria, che è proprio Althea S.p.a., al fine di valutare la possibilità che la gara in questione possa essere aggiudicata in suo favore.
- Secondo quanto previsto dalla normativa vigente, InnovaPuglia ha pertanto proceduto all'avvio del procedimento di verifica dei requisiti di Althea, in conformità al disciplinare di gara, con particolare riferimento alla valutazione di congruità dell'offerta di Althea ai sensi dell'art. 97 D.Lgs. 50/2016, nonché alla comprova dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale di cui al Disciplinare di gara Par. 2.2.2 e Par. 2.2.3, nonché ai controlli ex art. 80 D.Lgs. 50/2016 sui requisiti di ordine generale e idoneità professionale di cui al Disciplinare di gara Par. 2.2.1.
- La prima delle verifiche appena citate (valutazione di congruità dell'offerta di Althea ai sensi dell'art. 97 D.Lgs. 50/2016) è stata avviata con la nota di InnovaPuglia del 24.6.2022 (recante la richiesta di chiarimenti in ordine alla anomalia dell'offerta) e si è positivamente conclusa in data 12.7.2022, dopo l'acquisizione dei chiarimenti in proposito forniti da Althea con propria comunicazione del 6.7.2022 (Verbale del 12.07.2022, in atti dell'Amm.ne).
- Parimenti, la seconda delle verifiche appena citate (comprova dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale di cui al Disciplinare di gara Par. 2.2.2 e Par. 2.2.3) è stata avviata con la nota di InnovaPuglia del 15.7.2022 (recante la richiesta di comprova dei requisiti dichiarati) e si è positivamente conclusa in data 26.8.2022, dopo l'acquisizione dei chiarimenti in proposito forniti da Althea con propria comunicazione del 27.7.2022 (Verbale del 26.08.2022, in atti dell'Amm.ne).
- Allo stato degli atti resta dunque da portare a termine solo la parte del procedimento relativa ai controlli ex art. 80 D.Lgs. 50/2016 sui requisiti di ordine generale e idoneità professionale di cui al Disciplinare di gara Par. 2.2.1.
- Tale parte del procedimento si è rivelata particolarmente complessa, in special modo a causa dei ritardi con i quali Althea ha trasmesso la documentazione richiesta e della "lacunosità" di tale documentazione, che ha costretto InnovaPuglia a reiterare più volte le richieste di acquisizione documentale.
- Ciò risulta in modo evidente ove si tenga conto dello svolgersi temporale di tale fase del procedimento, racchiusa nel seguente schema:

DATA	EVENTO	NOTE
28/07/2022	AVVIO CONTROLLI REQUISITI GENERALI	Certificati arrivati in diverse date dal 30/8/2022 al 13/12/2022. Certificati Ottemperanza disabili e informazioni antimafia ad oggi ancora non arrivati
14/10/2022	Richiesta integrazione dichiarazioni per erronea identificazione periodo dei cessati	Non dichiarati tutti i soggetti cessati dall'incarico a partire dall'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara (cfr. art. 80 comma 3 del codice) e le eventuali relative fattispecie potenzialmente escludenti di cui all'art. 80 commi 1, 2 e 5 lett. c) del codice.
24/10/2022	Risposta	
10/11/2022	Richiesta chiarimenti in merito all'inchiesta condotta dalla Procura di Palermo	Richiesta provvedimento integrale del GIP del Tribunale di Palermo Dott.ssa Clelia Maltese con cui ha sospeso la misura cautelare ex art. 45, comma 1, D.lgs. 231/2001, consistente nel divieto di contrarre con la pubblica amministrazione per un anno, nell'ambito di un'inchiesta avviata dalla Procura di Palermo.
15/11/2022	Risposta	
18/11/2022	Richiesta Certificato carichi pendenti ulteriori cessati dichiarati	
02/12/2022	Sollecito richiesta certificati casellario giudiziale	Ultimo ricevuto il 13/12/2022
15/12/2022	Richiesta ulteriori chiarimenti in merito alle posizioni dichiarate il 24/10/2022	<ul style="list-style-type: none"> • documentazione aggiornata relativa all'indagine penale su un dipendente; • documentazione aggiornata, relativamente al procedimento penale pendente su due dipendenti; • poteri e funzioni svolte da due dipendenti • modelli organizzativi • misure 231/01 • versamento cauzione disposta dal GIP • valori a base di gara in relazione alle penali ricevute.
22/12/2022	Risposta	

-In particolare, con nota prot. PII18877-17 del 14.10.2022 InnovaPuglia ha richiesto ad Althea, tramite il portale EmPULIA, i seguenti chiarimenti:

Spett.le ALTHEA ITALIA S.p.A.,

con riferimento alle Dichiarazioni fornite attestanti la posizione delle imprese e degli amministratori, rispetto a quanto indicato all'art. 80 del Codice, contrariamente a quanto richiesto con ns. comunicazione prot. PII188689-22 del 15/07/2022, si riscontra che non siano stati dichiarati tutti i soggetti cessati dall'incarico a partire dall'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara (cfr. art. 80 comma 3 del codice) e le eventuali relative fattispecie potenzialmente escludenti di cui all'art. 80 commi 1, 2 e 5 lett. c) del codice.

Si richiama che, fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, è riconducibile

all'ipotesi prevista all'art. 80, comma 5, lett. c ora c-bis del D.lgs. 50/2016.

Vi invitiamo pertanto a fornire l'elenco e le dichiarazioni attestanti la posizione di tutti i soggetti cessati dall'incarico a partire dall'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, rispetto alle cause di esclusione di cui ai commi 1, 2 e 5 lett. c) del codice dei contratti.

-La risposta a tale richiesta è intervenuta da parte di Althea con la nota prot. UGR/22/442/AD/ao del 24.10.2022, con la quale sono state fornite talune chiarificazioni in ordine agli amministratori cessati dalla carica ed a taluni dipendenti, alle vicende societarie della stessa Althea ed alle indagini in corso, in particolare delle Procure di Torino e Palermo, ma nessun riferimento alle penali comminate in precedenti appalti.

-Ciò ha reso necessario formulare, da parte di InnovaPuglia, una ulteriore richiesta di chiarimenti (prot. PI277160-22 del 10.11.2022) in merito all'inchiesta condotta dalla Procura di Palermo, con particolare riferimento al provvedimento del GIP del Tribunale di Palermo Dott.ssa Clelia Maltese di sospensione della misura cautelare ex art. 45, comma 1, D.lgs. 231/2001, consistente nel divieto di contrarre con la pubblica amministrazione per un anno. La relativa risposta di Althea è intervenuta in data 15.11.2022 (prot. PI280671-22).

-In data 18.11.2022 (con nota prot. inpu/AOO_1/PROT/18/11/2022/0006920-6921) InnovaPuglia è stata costretta a richiedere i certificati dei carichi pendenti relativi ai soggetti cessati dalle cariche nelle more man mano indicati da Althea (con particolare riferimento ad =====), nonché a sollecitare successivamente l'emissione di tali certificati con nota prot. inpu_AOO_1_PROT_02_12_2022_0007294 del 02.12.2022.

In relazione alle con riferimento alle Dichiarazioni fornite con le risposte del 24.10.2022 e del 15.11.2022, InnovaPuglia provvedeva a richiedere integrazioni e chiarimenti, con nota, tramite piattaforma, prot. PI314980-22 del 15/12/2022.

“Oggetto: richiesta di integrazioni e chiarimenti a comprova delle dichiarazioni rese ex art. 80 D.Lgs 50/2016 Gara telematica a procedura aperta per l'affidamento di SERVIZI INTEGRATI PER LA GESTIONE DI APPARECCHIATURE ELETTROMEDICALI delle Aziende Sanitarie della Regione Puglia. N.ro Gara 6774255.

Spett. Althea Italia S.p.A., con riferimento alle dichiarazioni da Voi fornite tramite piattaforma EmPULIA in data 24/10/2022, prot. PI261996-22, alla luce dell'orientamento dell'ANAC, al fine di escludere la configurabilità di “illeciti professionali gravi e accertati con provvedimento esecutivo, tali da rendere dubbia l'integrità o affidabilità della Società, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento”, quali cause esclusione ex art 80, comma 5 lett. c- c bis e c-ter, si richiedono le integrazioni e chiarimenti di seguito riepilogati:

1. con riferimento al =====, documentazione aggiornata relativa all'indagine penale che ipotizzava “l'esistenza di un'associazione a delinquere finalizzata alla corruzione, alla turbativa d'asta e alla rivelazione di segreti d'ufficio”, nonché ai giudizi innanzi ai TAR Bari e Firenze, che avrebbero confermato l'irrelevanza della questione ai fini della configurabilità dell'illecito professionale;

2. con riferimento ai ===== e =====, documentazione aggiornata, relativamente al procedimento penale pendente in capo agli stessi, poteri attribuiti agli amministratori, nonché data di notifica dell'avviso di conclusione delle indagini e ipotesi di reato contestata con riferimento al =====;

3. con riferimento ai dipendenti =====, chiarimenti relativi:

- ai poteri ed alle funzioni svolte dai due dipendenti all'interno della Società;*
- ai modelli organizzativi in grado di contrastare il rischio specifico di commissione di nuovi reati, predisposti dalla società dopo i fatti commessi;*
- alle misure adottate ex art. 17 lett. c del D.lgs. 231/01 a titolo di “Riparazione delle conseguenze del reato”;*
- conferma dell'avvenuto versamento della cauzione disposta dal GIP;*

4. con riferimento alle penali ricevute e di seguito riportate, i valori a base di gara, in relazione ai quali le medesime sono state comminate.

Stazione Appaltante

Importo penale

N. Delibera

Data Delibera

ASST Fatebenefratelli SACCO	€ 188.000,00	28	14/01/2020
Estav NO – AOU Pisana	124.000,00		
Estav NO – AOU Pisana	102.919,74		
Asst Lodi	161.346,00	3891	11/02/2019”.

-Alla richiesta dei suddetti ulteriori chiarimenti formulata da InnovaPuglia il 15.12.2022 (con particolare riferimento a documentazione aggiornata relativa all’indagine penale su un dipendente ed al procedimento penale pendente su altri due dipendenti ed ai poteri e funzioni svolte da costoro, ai modelli organizzativi, alle misure 231/01, al versamento della cauzione disposta dal GIP di Palermo ed ai valori a base di gara in relazione alle penali ricevute) Althea ha risposto con propria nota del 22.12.2022 Prot. UGR/22/603/MC/ao, allegando numerosi documenti (tra i quali anche quattro decisioni del TAR Toscana e del Consiglio di Stato).

-A ciò si aggiunga che nelle more di tale procedimento anche la controinteressata Società Polygon (al pari di quanto a suo tempo aveva fatto anche Althea prima dell’adozione della Determina SAR 192/2021) ha provveduto a notificare InnovaPuglia sulla situazione giuridica di Althea, sia mediante apposite comunicazioni (prot. MI/UG/20/182 del 16.12.2020, prot. MI/UG/21/153 dell’1.12.2021, prot. MI/UG/21/158 del 10.12.2021), sia con apposite deduzioni svolte nei motivi delle memorie difensive da essa depositate nel giudizio N.R. 7330/2022 pendente innanzi al Consiglio di Stato.

RITENUTO CHE

- Oggetto del presente procedimento è quello di portare ad esecuzione l’ordine impartito dal Consiglio di Stato con la più volte citata sentenza n. 4688 del 9.6.2022 (di ottemperanza alla precedente decisione n. 7482 del 10.11.2021), consistente nel concludere il procedimento di verifica dell’offerta presentata da Althea (seconda classificata nei lotti in questione) dopo che la decisione n. 4688/2022 ha statuito “*la revoca della Determinazione del Direttore generale di InnovaPuglia n. 05 del 15.1.2020, relativamente alla aggiudicazione a favore di Tecnologie Sanitarie S.p.A. dei lotti n. 2 e 5*”. In particolare, occorre in questa sede verificare la sussistenza dei requisiti ex art. 80 del Codice in capo alla medesima Società, atteso che nel frattempo si sono concluse positivamente sia le verifiche in ordine alla valutazione di congruità dell’offerta di Althea ai sensi dell’art. 97 D.Lgs. 50/2016, sia quelle sulla comprova dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale di cui al Disciplinare di gara Par. 2.2.2 e Par. 2.2.3.

- Sulla scorta delle considerazioni che precedono può quindi procedersi ad esaminare la posizione di Althea in relazione a quanto disposto dall’art. 80 del Codice.

- In proposito, al di là delle (spesso ridondanti) considerazioni giuridiche e di fatto esposte sia da Polygon/Tecnologie Sanitarie che da Althea nelle note e documenti inviati, nonché dalle deduzioni contenute negli scritti difensivi depositati in giudizio dalle due Società, i punti nodali da affrontare sono sostanzialmente due:

A) la sussistenza o meno di motivi impeditivi ex art. 80 in capo ad Althea in relazione agli eventi penalmente rilevanti di cui all’inchiesta giudiziaria della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino, che in data 19.2.2018 ha portato alla misura cautelare degli arresti per l’ex amministratore ===== (ed alla successiva sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 cpp, della quale non si conoscono gli estremi ed il contenuto perché non riportati nella nota di chiarimenti inviata da Althea in data 22.12.2022 prot. UGR/22/603/MC/ao) ed in data 5.10.2022 si è concretata nella notifica dell’avviso di conclusione delle indagini degli ex amministratori =====, nonché in relazione agli eventi penalmente rilevanti di cui all’inchiesta giudiziaria della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo che ha portato alla misura cautelare degli arresti per i dipendenti ===== ed alla emissione di un provvedimento cautelare ex D.Lgs. n. 231/2001 (divieto di contrattare con pubbliche amministrazioni).

B) la rilevanza e l’efficacia, nell’ambito del presente procedimento, delle procedure di *self cleaning* attivate da Althea in relazione agli atti dell’Autorità giudiziaria penale.

Sub A) Per quanto riguarda il primo profilo occorre anzitutto considerare una serie di elementi normativi e giurisprudenziali da applicare al caso di specie.

In proposito è noto che, *“quanto ai fatti oggetto di un procedimento penale, deve riconoscersi alla stazione appaltante la facoltà di escludere un concorrente per ritenuti “gravi illeciti professionali”, a prescindere dalla definitività degli accertamenti compiuti in sede penale”* (ex plurimis T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 10.8.2020, n. 1538) e che *“le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l’operatore economico si trovi, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5, che indicano i motivi di esclusione”* (cfr. T.A.R. Lazio, Sez. II, 30 aprile 2020, n. 4529). All’uopo *“non è necessaria la previa comunicazione di avvio del procedimento volto all’adozione del provvedimento di esclusione da una pubblica gara, adottato in applicazione dell’art. 80, comma 1, del D.lgs. n. 50/16”*, in quanto *“l’esclusione da una gara, disposta in esito al riscontro negativo circa il possesso di un requisito di partecipazione, non postula la previa comunicazione di avvio del procedimento, attenendo ad un segmento necessario di un procedimento della cui pendenza l’interessato è già necessariamente a conoscenza”* (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 15.1.2019, n. 215).

A ciò si aggiunga che *“nelle gare pubbliche il giudizio su gravi illeciti professionali è espressione di ampia discrezionalità da parte dell’Amministrazione, cui il legislatore ha voluto riconoscere un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell’affidabilità dell’appaltatore. Ne consegue che il sindacato che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della “non pretestuosità” della valutazione degli elementi di fatto compiuta (nella specie, la non manifesta abnormalità, contraddittorietà o contrarietà a norme imperative di legge nella valutazione degli elementi di fatto) e non può pervenire ad evidenziare una mera non con divisibilità della valutazione stessa (Consiglio di Stato sez. V, 27 ottobre 2021, n. 7223). Spetta alla stazione appaltante, nell’esercizio di tale ampia discrezionalità, apprezzare autonomamente le pregresse vicende professionali dell’operatore economico, persino se non abbiano dato luogo ad un provvedimento di condanna in sede penale, perché essa sola può fissare il punto di rottura dell’affidamento nel pregresso o futuro contraente”* (Consiglio di Stato, Sez. V, 8.9.2022 n. 7823). Da ciò consegue che *“il sindacato che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della “non pretestuosità” della valutazione degli elementi di fatto compiuta (nella specie, la non manifesta abnormalità, contraddittorietà o contrarietà a norme imperative di legge nella valutazione degli elementi di fatto) e non può pervenire ad evidenziare una mera “non condivisibilità” della valutazione stessa”* (Consiglio di Stato, Sez. V, 27.10.2021 n. 7223).

In tale contesto normativo e giurisprudenziale occorre ora procedere all’analisi della situazione specifica di Althea, così come risultante dalle controdeduzioni e dai documenti da essa presentati, nonché alla luce delle ulteriori considerazioni dedotte da Polygon.

A tal proposito gli elementi da considerare, ai sensi dell’art. 80 del Codice, sono i seguenti:

A-1.- adozione della misura cautelare degli arresti per l’ex amministratore ===== in data 19.2.2018 nell’ambito di un’inchiesta giudiziaria della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino per i reati di “associazione a delinquere finalizzata alla corruzione, alla turbativa d’asta e alla rivelazione di segreti d’ufficio”, nonché emanazione nei confronti del medesimo soggetto di sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 cpp (della quale non si conoscono gli estremi ed il contenuto perché non riportati nella nota di chiarimenti inviata da Althea in data 22.12.2022 prot. UGR/22/603/MC/ao);

A-2.- notifica in data 5.10.2022 dell’avviso di conclusione delle indagini a carico degli ex amministratori ===== nell’ambito di un’inchiesta giudiziaria della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Torino (non è dato conoscere se la medesima nella quale è stato coinvolto l’ex amministratore ===== di cui al punto A-1.- o altra inchiesta, dato che ciò non risulta chiarito nella citata nota inviata da Althea in data 22.12.2022 prot. UGR/22/603/MC/ao) per il reato di cui all’art. 321 c.p. che sanziona “il dare o promettere al pubblico ufficiale o all’incaricato di un pubblico servizio il denaro od altra utilità”;

A-3.- adozione, in data non conosciuta, della misura cautelare degli arresti per i dipendenti di Althea ===== (nella loro qualità, rispettivamente, di Direttore PPP e Business Development e di Business Innovation Commercial Manager di Althea) nell'ambito dell'inchiesta giudiziaria della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo denominata "Sorella Sanità 2", atteso che i due dipendenti di Althea "avrebbero avuto rapporti, per il tramite di un intermediario, =====, con un pubblico ufficiale della ASP di Enna affinché questi acconsentisse alla modificazione della RTI, cui era parte EBM (cessata per fusione per incorporazione in Althea con effetti dal 01.07.2018) che si era aggiudicata il Lotto 1 della procedura per l'affidamento del servizio di Assistenza Domiciliare Respiratoria" (come da citata nota di Althea del 22.12.2022). Nell'ambito della stessa inchiesta alla Società Althea è stato contestato l'illecito di cui all'art. 25, comma 2, del D. Lgs. n. 231/2001;

A-4.- irrogazione nei confronti di Althea, in data 21.10.2022, sempre nell'ambito dell'inchiesta giudiziaria della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, della misura cautelare interdittiva ex D. Lgs. n. 231/2001 del divieto di contrattare con pubbliche amministrazioni;

A-5.- applicazione di penali da parte di diversi Enti presso i quali Althea ha stipulato contratti di appalto a seguito della aggiudicazione delle relative gare (le diverse penali sono quelle citate nelle pagg. 8-10 della nota Althea del 22.12.2022 e già riportate nelle premesse del presente atto);

A-6.- applicazione di diverse risoluzioni contrattuali di appalti aggiudicati ed esclusioni da gare per grave illecito professionale da parte di stazioni appaltanti pubbliche (elencate nelle deduzioni presentate da Polygon in data 16.12.2020 prot. MI/UG/20/182).

In relazione a tali elementi di valutazione Althea controdeduce (nella propria nota del 22.12.2022) nei seguenti termini:

Sub A-1.-) La misura di custodia cautelare nei confronti del ===== veniva comminata "allorquando il medesimo aveva già reso le proprie dimissioni da tutti gli organi di rappresentanza della Società, avendo rinunciato contestualmente "a tutti i poteri speciali e delegati con effetto immediato" in data 24 gennaio 2018. In data 2 febbraio 2018, l'assemblea ordinaria dei soci aveva già preso atto delle intervenute dimissioni del consigliere ===== e contestualmente nominato il nuovo CDA della Società. Tempestivamente, in data 23 febbraio 2018, il ===== veniva anche sospeso dal rapporto di lavoro "a tutela dell'azienda" (...). Le responsabilità penali venivano contestate solo nei confronti dell'ex Amministratore Delegato, il quale secondo l'ipotesi investigativa, avrebbe posto in essere le citate condotte per mero profitto personale, mentre non veniva rilevato alcun coinvolgimento di Althea, né alcuna responsabilità di tipo amministrativo in capo alla stessa". "Giova ricordare che il ===== è cessato dalla carica da oltre quattro anni, per cui la vicenda di rilievo penale che lo riguarda e le sue successive evoluzioni, sono del tutto ininfluenti sulle valutazioni di affidabilità e integrità che valgono ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice". "Ad ogni buon conto (...) si precisa che Althea ha avuto notizia che nei confronti del =====, è stata adottata sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p. A seguito di tale notizia, Althea ha disposto la cessazione del rapporto contrattuale a titolo definitivo del ===== in data 29.04.2022" (pagg. 1-2 della nota Althea del 22.12.2022).

Sub A-2.-) Per quel che riguarda le indagini penali a carico degli ex amministratori ===== si deduce che "da organi di stampa si è appreso che in data 5.10.2022 il =====, cessato dalla carica di amministratore delegato di Althea in data 16.5.2018, è stato raggiunto da un avviso di conclusione delle indagini preliminari, nell'ambito di un'inchiesta della Procura di Torino, per ipotesi di reato di turbativa d'asta. L'odierna Società non è informata dell'evoluzione del procedimento penale, essendo oramai il ===== cessato dalla carica da oltre quattro anni". "Nella medesima inchiesta è stato coinvolto anche un altro ex amministratore di Althea, =====, cessato dall'incarico in data 5.07.2018, che è stato raggiunto in data 05.10.2022 da un avviso di conclusione di indagini preliminari" e nei cui confronti "è contestata l'ipotesi di reato di cui all'art. 321 c.p., che sanziona 'il dare o promettere al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio il denaro od altra utilità'. Per quanto di conoscenza, non vi sono state ulteriori evoluzioni del procedimento penale". "La

vicenda non è comunque causa di esclusione ex art. 80, comma 5, lett. c), in quanto trattasi di fatti relativi a soggetti cessati dalla carica da oltre 4 anni e pertanto non più rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 3, del Codice dei Contratti Pubblici, nonché di fatti che sono privi di qualsivoglia accertamento da parte del giudice penale. Già nella precedente nota di riscontro, peraltro, la scrivente Società aveva dichiarato che ===== è cessato dalla carica di amministratore delegato di Althea in data 16.5.2018 e che ===== è cessato dalle cariche rilevanti ex art. 80, comma 3, di Althea e delle società controllate in data 5.07.2018”.

Sub A-3.-) Con riferimento, invece, alla adozione, in data non conosciuta, della misura cautelare degli arresti per i dipendenti di Althea ===== (nella loro qualità, rispettivamente, di Direttore PPP e Business Development e di Business Innovation Commercial Manager di Althea) nell'ambito dell'inchiesta giudiziaria della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, si deduce che “le persone fisiche coinvolte nell'inchiesta non hanno ruoli di legale rappresentanza e non rientrano tra i soggetti rilevanti ex art. 80, comma 3, del Codice. Non appena ricevuto la notizia dell'inchiesta, i due dipendenti sono stati immediatamente sospesi in data 24.10.2022, in attesa di verificare le decisioni che saranno prese successivamente dall'Autorità competente”. In proposito si precisa che “===== è stato assunto in data 1° febbraio 2018. All'epoca dei fatti rivestiva la qualifica di Direttore Commerciale di Althea Italia S.p.A. A far data dal 2020 non ha più svolto attività commerciale di diretta interfaccia con le pubbliche amministrazioni. A decorrere dall'anno 2022 riveste il ruolo di Direttore PPP & Business Development, svolgendo l'attività di gestione della fase documentale amministrativa delle procedure di partenariato pubblico privato all'interno dell'azienda, dal quale è stato sospeso”, mentre “===== è stato assunto in data 2 agosto 2018. Ha sempre rivestito il ruolo di Business Innovation Commercial Manager, dal quale è stato sospeso, svolgendo l'attività di gestione dei contratti di ventiloterapia attualmente in Sicilia, oltre a piccoli contratti in Lombardia, Lazio e Piemonte”.

Sub A-4.-) Sulla irrogazione nei confronti di Althea, in data 21.10.2022, sempre nell'ambito dell'inchiesta giudiziaria della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, della misura cautelare interdittiva ex D. Lgs. n. 231/2001 del divieto di contrarre con pubbliche amministrazioni si deduce, invece, che “la misura interdittiva del divieto a contrarre per un anno, di cui agli artt. 14 e 9, comma 2, lett. c) del D.lgs. 231/2001, disposta in data 21.10.2022 nell'ambito dell'inchiesta della Procura di Palermo di cui in oggetto, è stata immediatamente sospesa dal medesimo GIP che l'aveva adottata, dott.ssa Clelia Maltese, in data 27.10.2022, a seguito della presentazione di istanza di revoca/sostituzione della misura cautelare ex art. 50 D.lgs. 231/01, ovvero in via gradata, di sospensione ex art. 49 D.lgs. 231/01, previa determinazione di una somma di denaro a titolo di cauzione. La predetta misura è stata poi totalmente revocata in data 5.12.2022, per cui non è più produttiva di effetti”. Inoltre, “non vi è dubbio (...) che il provvedimento di sospensione del provvedimento interdittivo, reso ai sensi dell'art. 49 D.lgs. 231/01, consentisse già fin da subito ad Althea di poter stipulare nuovi contratti e facesse quindi cadere l'ipotesi di applicazione della causa di esclusione ex art. 80, comma 5, lett. f) D.lgs. 50/2016, nonché l'applicabilità della clausola contenuta nel patto di integrità di cui alla lex specialis da voi richiamata” (deduzioni di Althea del 15.12.2022, pag. 3). In particolare, nelle stesse deduzioni (a pag. 5-6) si precisa ulteriormente che lo stesso GIP, in sede di adozione della sospensione provvisoria della misura interdittiva “ha posto in capo alla Società l'onere di adempiere ad alcune condizioni, ai sensi e per gli effetti di cui al combinato disposto dell'art. 49 e 17 del D.lgs. 231/01 quali:

- (i) versamento di una cauzione immediata nell'importo di euro 200.000,00 (pari al valore di 200 quote il cui valore unitario è individuato in euro mille);*
- (ii) impegno al risarcimento del danno cagionato alla P.A., previa interlocuzione con i suoi rappresentanti, per l'individuazione del relativo ammontare, ai sensi dell'art. 17, lett. a) d.lgs. 231/01;*
- (iii) dimostrazione di come i modelli organizzativi adottati successivamente ai fatti di reato commessi dai rappresentanti di Althea S.p.A. abbiano già ovviato al rischio specifico,*

commissione di analoghi reati, onde soddisfare la condizione di cui all'art. 17 lett. t) d.lgs. 231/01; (iv) impegno alle restituzioni di cui all'art. 17, lett. c) d.lgs. 231/01".

"Le già menzionate condizioni sono state tutte ottemperate. Infatti, con provvedimento del 5 dicembre 2022 Althea ha ricevuto la revoca totale del provvedimento di interdizione. Preme evidenziare che nel provvedimento di revoca il GIP ha dato atto dell'adempimento da parte di Althea di tutte le condizioni dettate nell'ordinanza del 27 ottobre 2022 e, segnatamente ha rilevato che:

*- in data 15.11.2022, Althea ha versato a titolo di cauzione la somma di euro 200.000,00, da destinare al fondo unico giustizia a titolo di eventuale profitto conseguito a seguito dell'accertamento delle responsabilità oggi contestate in via cautelare ai dipendenti
=====;*

- in data 3.11.2022 la ASP Enna ha accettato l'offerta risarcitoria formulata da Althea che si è impegnata al risarcimento del danno di immagine per la somma di euro 33.000,00, pertanto, successivamente, in data 23.11.2022 Althea ha sottoscritto una fideiussione assicurativa della durata di cinque anni per gli importi di cui sopra;

- Althea ha adottato un modello organizzativo ex D.Lgs. 231/01 adeguato a prevenire la commissione di reati analoghi a quelli oggetto del presente procedimento;

- in data 23.11.2022, Althea ha altresì versato la somma di euro 50.000,00 da destinare al fondo unico giustizia a titolo di ipotetica promessa e/o dazione sottesa alle condotte contestate ai due dipendenti".

Sul punto si è espressa anche Polygon (pagg. 25-28 memoria C.d.S. del 10.1.2023), secondo la quale *"in data 21.10.2022, Althea è stata colpita da provvedimento della competente autorità giudiziaria penale, che le ha inibito di contrarre con la pubblica amministrazione, incorrendo così nella causa di esclusione obbligatoria di cui all'art. 80 co. 5^a lett. f) del D.lgs. n. 50/2016. In proposito, è appena il caso di evidenziare che il provvedimento del 27.10.2022, con cui il competente GIP ha sospeso la misura interdittiva, non vale sotto alcun profilo a riabilitare la posizione di Althea e, come si dirà, neppure la successiva revoca dell'interdizione disposta con provvedimento del 5.12.2022. Ciò in quanto il provvedimento sospensivo (al pari della successiva revoca), operando ex nunc (ossia dal 27.10.2022), conferma piuttosto e certifica la soluzione di continuità nel possesso dei requisiti da parte di Althea, che dunque le preclude in radice l'affidamento delle commesse pugliesi. Costituisce infatti orientamento consolidato quello per cui i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità (Cons. Stato, Sez. V, 17.4.2020, n. 2443; Cons. Stato, Sez. V, 12.5.2020, n. 2968; Cons. Stato, Sez. III, 21.1.2019, n. 498; Id., Sez. V, 28.12.2017, n. 6135; Id., Sez. V, 31.10.2016, n. 4558; Id., Sez. III, 13.1.2016, n. 76; Id., Ad. Plen., 20.7.2015, n. 8)".* Sempre secondo Polygon *"il provvedimento [di sospensione] (...) è stato assunto dal GIP ai sensi dell'art. 49 del D.lgs. n. 231/2001; nel dettaglio, il GIP ha accolto l'istanza di sospensione secondo il meccanismo commutativo prescritto dall'art. 49 cit. Si legge, infatti, nell'ordinanza in parola che "le considerazioni espone in detta istanza non appaiono sufficienti a fondare un giudizio di insussistenza [del]le condizioni di cui all'art. 6 [del D.lgs. n. 231/2001]", per cui, "lungi dall'accogliere le controdeduzioni di merito di Althea rispetto agli addebiti mossi a carico dei suoi esponenti aziendali, il GIP si è limitato ad ammettere Althea a porre rimedio agli illeciti ai sensi dell'apposita procedura prevista dall'art. 17 del D.lgs. 231/2001, così confermando la responsabilità dell'operatore rispetto agli illeciti commessi dai dipendenti. La sospensione è stata infatti disposta a condizione che Althea depositi cauzione, risarcisca i danni e provveda ad ogni opportuna misura organizzativa volta a prevenire il verificarsi di ulteriori illeciti e dimostrare per tale via la propria integrità".* Ciò confermerebbe *"che - fino al 27.10.2022 - si è verificata un'irrimediabile soluzione di continuità rispetto al requisito di cui all'art. 80 co. 5^a lett. f) del D.lgs. 231/2001, il che comporta de iure l'esclusione di Althea dalla gara, precludendole la stipulazione dei contratti con gli Enti sanitari pugliesi".* "Analoghe considerazioni valgono

peraltro anche con riferimento alla successiva revoca del 5.12.2022. Dal tenore del provvedimento in questione emerge chiaramente che esso, al pari della precedente sospensione, non è affatto fondato su un errore di fatto o di diritto, né tantomeno su un conseguente ravvedimento del Giudice che ha disposto la misura, ma piuttosto sull'adesione di Althea agli addebiti formulati e sulla sua conseguente assunzione di responsabilità rispetto agli stessi”.

Sub A-5.-) Sull'applicazione di penali da parte di Enti presso i quali Althea ha stipulato contratti di appalto a seguito della aggiudicazione delle relative gare si deduce (nelle pagg. 8-10 della nota Althea del 22.12.2022) che *“in ordine all'irrelevanza autonoma delle penali, già dichiarate da Althea nella procedura di gara in oggetto nella Dichiarazione sostitutiva allegata al DGUE, si è già espresso il Consiglio di Stato, con sentenze n. 8636 e 8638 del 22.12.2020, con le quali ha osservato che “l'applicazione di una penale non costituisce da sola indizio del fatto che l'inadempienza all'origine della stessa è espressiva di una “significativa o persistente carenza” nell'esecuzione di un precedente contratto, non possedendo - per la natura dell'atto irrogativo e per la pregnanza degli elementi costitutivi della relativa fattispecie applicativa - la valenza sintomatica della “risoluzione per inadempimento” o della “condanna al risarcimento del danno” . Nello stesso senso si pone la consolidata giurisprudenza, la quale ha reiteratamente affermato che non può essere escluso dalla gara il concorrente che abbia omissso di dichiarare una risoluzione contrattuale subita o una penale contrattuale, ove la stessa non risulti annotata nel Casellario informatico dell'ANAC (TAR Lazio Sez. I-quater, 8.01.2021, n. 244). Le penali non costituiscono, infatti, causa di esclusione “poiché l'applicazione di penali contrattuali non può ritenersi sintomo inconfutabile di errore grave nell'esercizio dell'attività professionale o comunque grave negligenza” (Cons. Stato, Sez. V, 26 giugno 2020, n. 4100)”. Seguono, nelle deduzioni, ampie spiegazioni su ognuna delle singole penali irrogate, per ognuna delle quali si ritiene che “le penali in questione non sono riconducibili alla nozione di “sanzione equiparabile”, alla quale fa riferimento l'art. 57, par. 4, della dir. 2014/24/UE e che è oggi è stata recepita anche dal novellato art. 80, comma 5, lett. c-ter), né risulta indicativa di significative o persistenti carenze”.*

Sub A-6.-) Sulla esistenza di diverse risoluzioni contrattuali di appalti aggiudicati ed esclusioni per grave illecito professionale da parte di stazioni appaltanti pubbliche si sofferma ampiamente Polygon nelle deduzioni presentate in data 16.12.2020 prot. MI/UG/20/182, che le riconduce a:

“a. Deliberazione n. 855 del 18.04.2016 dell'Azienda Ospedaliera Canizzaro di Catania, con la quale è stata disposta la decadenza dell'aggiudicazione in favore della ditta EBM s.r.l. (successivamente incorporata in Althea) del servizio triennale di gestione e manutenzione full risk di apparecchiature elettromedicali;

b. Deliberazione n. 470/2017 del 20.05.2017 dell'Azienda Ospedaliera Papardo di Messina, con cui è stata disposta la risoluzione del contratto stipulato con EBM srl (incorporata in Althea spa) avente ad oggetto il servizio di gestione e manutenzione di tipo full risk delle apparecchiature biomedicali, a causa del “persistente comportamento inadempiente” dell'appaltatrice;

c. Deliberazione n. 854 del 16.07.2018 dell'Azienda Ospedaliera San Carlo di Potenza, con cui è stata disposta la risoluzione del contratto d'appalto avente ad oggetto il servizio di manutenzione di apparecchiature elettromedicali, già affidato alla ditta TBS Imaging s.p.a. (successivamente confluita in Althea) a causa di gravi inadempimenti contrattuali. La legittimità di tale delibera ed il presupposto di colpa di Althea che la ha determinata sono stati accertati dal T.A.R. Basilicata con sentenza n. 765/2018.

d. Deliberazione n. 1310 del 19.07.2018 dell'ASST di Bergamo Papa Giovanni XXIII, con cui è stata disposta la risoluzione contrattuale in danno di Biomedicale s.r.l., successivamente incorporata in Althea spa (già denominata Higea s.p.a.), poi revocata con deliberazione n. 2373 del 21.12.2018 per intervenuta transazione.

e. Deliberazione n. 988 del 30.10.2018 dell'Azienda Ospedaliera San Giovanni Addolorata di Roma, con cui è stata disposta la risoluzione contrattuale per “grave inadempimento” di Althea spa, poi revocata per intervenuta transazione con delibera n. 77 del 4.03.2019;

f. Deliberazione n. 1062 del 21.11.2018 dell'Azienda Ospedaliera Papardo di Messina, con cui è stata disposta la risoluzione contrattuale in danno della Crimo Italia s.r.l. (fusa per

incorporazione con Althea), per “grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali” nella gestione del servizio annuale di ripartizione di strumentario chirurgico ed endoscopico;
g. *Determina n. 512 del 11.12.2018 della AUSL Pescara, con cui Althea spa è stata esclusa dalla gara d'appalto finalizzata alla conclusione di un accordo quadro per l'acquisizione del servizio di assistenza domiciliare integrata per violazione da parte di Althea dell'art. 80, comma 5, lett. c) e f bis) del D.lgs. n. 50/2016. La legittimità di tale determina è stata confermata dal Tar Abruzzo, Pescara con sentenza n. 283/2019, passata in giudicato, con conseguente inoppugnabilità dell'accertamento relativo all'esclusione ed all'inaffidabilità di Althea a causa dei gravi illeciti professionali commessi (...).*

Le suddette vicende, la cui gravità è già rilevante per il loro contenuto di merito che è invero significativo dell'inaffidabilità dell'operatore economico de quo, risultano vieppiù gravi e rilevanti ai fini dell'art. 80 co. 5^a lett.c) del d.lgs. 50/2016 se si considera che Althea ha omesso di dichiararle all'atto e per tutta la durata della partecipazione alla gara de qua”.

Infine, si aggiunge che “recente conferma della rilevata inaffidabilità dell'operatore economico in questione può peraltro rinvenirsi anche nel provvedimento del 15.10.2020 con cui l'INAIL (“Istituto nazionale per gli infortuni sul lavoro”) - con riguardo alla procedura aperta indetta ai sensi dell'art. 60 del Codice dei Contratti pubblici per la conclusione di un accordo quadro per l'affidamento del noleggio a domicilio di apparecchiature elettromedicali per la magnetoterapia e/o per l'emissione di campi elettromagnetici pulsanti (cemp) – ha determinato di escludere Althea Italia s.p.a. in quanto operatore economico affetto da “globale inaffidabilità professionale””.

Su tali aspetti Althea controdeduce diffusamente alle pagg. 3-8 della dichiarazione sostitutiva ex art. 80 del Codice prodotta in data 5.8.2022.

Alla luce di quanto sopra premesso e considerato occorre ora procedere alla verifica della sussistenza dei requisiti ex art. 80 del Codice ai fini della eventuale aggiudicazione dell'appalto dei lotti in esame in favore di Althea Spa.

In proposito deve osservarsi quanto segue.

“La giurisprudenza, oramai da tempo e sulla scorta dell'indirizzo nomofilattico dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 20 luglio 2015, n. 8, ma già l'affermazione era contenuta nella precedente sentenza 7 aprile 2011, n. 4), si è condivisibilmente attestata nel senso di ritenere che, nelle procedure di affidamento di contratti pubblici, i requisiti generali e speciali di partecipazione debbono essere posseduti dai concorrenti non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità. La perdita dei requisiti, ancorché temporanea, impone l'esclusione del concorrente dalla gara (da ultimo, e con riferimento a procedure sottoposte al d.lgs. n. 50/2016, cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2020, n. 2443; id., 17 marzo 2020, n. 1918; id., 19 febbraio 2019, n. 1141). Il principio della continuità nel possesso dei requisiti ha, come corollario, che l'amministrazione procedente è sempre legittimata, ed anzi tenuta, a controllare la permanenza dei requisiti medesimi in capo alle imprese concorrenti. Queste, specularmente, sono onerate di comunicare le eventuali variazioni della propria situazione proprio per consentire all'amministrazione di effettuare le doverose verifiche circa l'affidabilità e serietà degli operatori economici in gara (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 10 febbraio 2015, n. 2231; id., 19 dicembre 2012, n. 6539)”.

“Si deve ritenere che - a garanzia del buon andamento dell'azione amministrativa e in ossequio ai generali principi di buona fede e leale collaborazione – l'onere dei concorrenti di aggiornare le proprie dichiarazioni circa il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara sorga al momento stesso della sopravvenienza di circostanze potenzialmente incidenti sul possesso dei requisiti di partecipazione e, come tali, oggetto di obbligatoria comunicazione alla stazione appaltante. Sul punto, basti osservare che il ritardo nell'apprendere dell'esistenza di una causa sopravvenuta di esclusione può comportare che, nelle more, la stazione appaltante abbia fatto luogo all'aggiudicazione proprio in favore del concorrente colpito dalla sopravvenienza, ovvero alla stipula del contratto, e si trovi perciò costretta a rivalutare la posizione dell'appaltatore, con

le ovvie ricadute in termini di complessiva durata ed efficienza della procedura di scelta del contraente” (T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. III, 28.9.2020 n.1117).

Alla luce di tali pacifici orientamenti giurisprudenziali deve rilevarsi che la concorrente Althea non è in possesso dei requisiti ex art. 80 del Codice.

Essa è infatti incorsa anzitutto nella causa di esclusione obbligatoria di cui all’art. 80 co. 5^a lett. f) del D.lgs. n. 50/2016 (a mente del quale *“Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d’appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: [...] l’operatore economico sia stato soggetto alla sanzione interdittiva di cui all’articolo 9, comma 2, lettera c) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 o ad altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all’articolo 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81”*) in relazione all’ordinanza del GIP presso il Tribunale di Palermo del 21.10.2022 di applicazione nei confronti di Althea della misura cautelare interdittiva ex D. Lgs. n. 231/2001 del divieto di contrarre con le pubbliche amministrazioni per la durata di un anno.

Invero, è noto che *“la sopravvenienza della misura interdittiva “comporta la perdita della continuità dei requisiti di partecipazione in corso di gara, circostanza di per sé costituente un’autonoma causa di esclusione dalla procedura (Cons. Stato, Ad. Plen. 20 luglio 2015, n. 8)”* (Consiglio di Stato, Sez. V, 11.1.2021 n. 386). E ciò perché *“nelle gare di appalto per l’aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all’aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell’esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità”* (cfr. anche, tra le altre, di recente, Cons. Stato, V, 12 maggio 2020, n. 2968)” (Consiglio di Stato, Sez. V, 11.1.2021 n. 386).

Né alcun rilievo possono avere in proposito le considerazioni di Althea relative alla circostanza che la misura interdittiva in questione abbia avuto una durata brevissima, essendo stata dapprima sospesa dallo stesso GIP in data 27.10.2022 e poi da questi revocata in data 5.12.2022, per cui non vi sarebbe *“dubbio (...) che il provvedimento di sospensione del provvedimento interdittivo, reso ai sensi dell’art. 49 D.lgs. 231/01, consentisse già fin da subito ad Althea di poter stipulare nuovi contratti e facesse quindi cadere l’ipotesi di applicazione della causa di esclusione ex art. 80, comma 5, lett. f) D.lgs. 50/2016, nonché l’applicabilità della clausola contenuta nel patto di integrità di cui alla lex specialis da voi richiamata”* (deduzioni di Althea del 15.12.2022, pag. 3). Così invece non è, dato che, comunque, l’intervento della misura interdittiva genera una *“soluzione di continuità”* nel possesso dei requisiti del concorrente (Consiglio di Stato, Sez. V, 11.1.2021 n. 386) che comporta l’automatica esclusione dalla gara.

A ciò, peraltro, si aggiunga, *ad abundantiam*, che, in ogni caso, sia l’ordinanza di sospensione che quella di revoca da parte del GIP non possono che avere efficacia *ex nunc* (e quindi non possono rimuovere gli effetti nel frattempo determinatisi a seguito dell’ordinanza del 21.10.2022) e che, comunque (come correttamente rileva Polygon nelle sue deduzioni (pagg. 25-28 memoria C.d.S. del 10.1.2023) che in questa sede si condividono, *“il provvedimento del 27.10.2022, con cui il competente GIP ha sospeso la misura interdittiva, non vale sotto alcun profilo a riabilitare la posizione di Althea e, come si dirà, neppure la successiva revoca dell’interdizione disposta con provvedimento del 5.12.2022. Ciò in quanto il provvedimento sospensivo (al pari della successiva revoca), operando ex nunc (ossia dal 27.10.2022), conferma piuttosto e certifica la soluzione di continuità nel possesso dei requisiti da parte di Althea, che dunque le preclude in radice l’affidamento delle commesse pugliesi (Cons. Stato, Sez. V, 17.4.2020, n. 2443; Cons. Stato, Sez. V, 12.5.2020, n. 2968; Cons. Stato, Sez. III, 21.1.2019, n. 498; Id., Sez. V, 28.12.2017, n. 6135; Id., Sez. V, 31.10.2016, n. 4558; Id., Sez. III, 13.1.2016, n. 76; Id., Ad. Plen., 20.7.2015, n. 8)”*. Sempre secondo Polygon *“il provvedimento [di sospensione] (...) è stato assunto dal GIP ai sensi dell’art. 49 del D.lgs. n. 231/2001; nel dettaglio, il GIP ha accolto l’istanza di sospensione secondo il meccanismo commutativo prescritto dall’art. 49 cit. Si legge, infatti, nell’ordinanza in parola che “le considerazioni esposte in detta istanza non appaiono sufficienti a fondare un giudizio di insussistenza [del]le condizioni di cui all’art. 6 [del D.lgs. n. 231/2001]”, per cui,*

“lungi dall'accogliere le controdeduzioni di merito di Althea rispetto agli addebiti mossi a carico dei suoi esponenti aziendali, il GIP si è limitato ad ammettere Althea a porre rimedio agli illeciti ai sensi dell'apposita procedura prevista dall'art. 17 del D.lgs. 231/2001, così confermando la responsabilità dell'operatore rispetto agli illeciti commessi dai dipendenti. La sospensione è stata infatti disposta a condizione che Althea depositi cauzione, risarcisca i danni e provveda ad ogni opportuna misura organizzativa volta a prevenire il verificarsi di ulteriori illeciti e dimostrare per tale via la propria integrità”. Ciò conferma “che – fino al 27.10.2022 – si è verificata un'irrimediabile soluzione di continuità rispetto al requisito di cui all'art. 80 co. 5^a lett. f) del D.lgs. 231/2001, il che comporta de iure l'esclusione di Althea dalla gara, precludendole la stipulazione dei contratti con gli Enti sanitari pugliesi”.

In realtà, quanto appena dedotto trova conferma anche nel provvedimento di revoca della misura interdittiva adottato dal GIP il 5.12.2022, atteso che esso, come la precedente ordinanza di sospensione, non appare fondato sul rilievo della riconosciuta esistenza di un errore di fatto o di diritto nel quale sia incorso il GIP, quanto piuttosto ed esclusivamente “sull'adesione di Althea agli addebiti formulati e sulla sua conseguente assunzione di responsabilità rispetto agli stessi”. Ed infatti la stessa Althea riconosce nelle sue deduzioni che “nel provvedimento di revoca il GIP ha dato atto dell'adempimento da parte di Althea di tutte le condizioni dettate nell'ordinanza del 27 ottobre 2022 e, segnatamente ha rilevato che:

- in data 15.11.2022, Althea ha versato a titolo di cauzione la somma di euro 200.000,00, da destinare al fondo unico giustizia a titolo di eventuale profitto conseguito a seguito dell'accertamento delle responsabilità oggi contestate in via cautelare ai dipendenti
=====;

- in data 3.11.2022 la ASP Enna ha accettato l'offerta risarcitoria formulata da Althea che si è impegnata al risarcimento del danno di immagine per la somma di euro 33.000,00, pertanto, successivamente, in data 23.11.2022 Althea ha sottoscritto una fideiussione assicurativa della durata di cinque anni per gli importi di cui sopra;

- Althea ha adottato un modello organizzativo ex D. Lgs. 231/01 adeguato a prevenire la commissione di reati analoghi a quelli oggetto del presente procedimento;

- in data 23.11.2022, Althea ha altresì versato la somma di euro 50.000,00 da destinare al fondo unico giustizia a titolo di ipotetica promessa e/o dazione sottesa alle condotte contestate ai due dipendenti”.

Né, infine, alcuna rilevanza in ordine alla esclusione automatica ex art. 80 comma 5 lett. f) può avere la circostanza (rimarcata da Althea nelle proprie deduzioni del 22.12.2022) che non “emergono nell'inchiesta indizi di gravità tali da coinvolgere direttamente Althea e comprovare un vantaggio che avrebbe ottenuto la società per i fatti contestati ai propri dipendenti. Inoltre, i fatti contestati non hanno riguardato soggetti rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 3, del Codice, come emerge dalle dichiarazioni ex art. 80 rese da Althea, nelle quali non figurano, tra i soggetti cui sono riferite le dichiarazioni, =====, come emerge anche dall'esame della visura storica di Althea”. In proposito è infatti sufficiente rilevare che la misura interdittiva è stata emessa direttamente nei confronti di Althea ed in relazione ad illeciti commessi da suoi dipendenti (=====, rispettivamente Direttore PPP e Business Development e Business Innovation Commercial Manager di Althea).

Oltre a quanto appena dedotto in ordine alla sussistenza di una ipotesi di esclusione automatica ex art. 80 comma 5 lett. f) occorre poi evidenziare che nella specie sussistono anche i presupposti per l'esclusione “discrezionale” della medesima Società ex art. 80 comma 5 lett. c).

In proposito appare sufficiente richiamare quanto in precedenza esposto nei punti da A-1 ad A6 del presente provvedimento per rilevare che già solo nel periodo 2018-2022 (quindi dopo l'indizione della gara in esame, bandita in data 24.7.2017 e dopo la presentazione delle offerte) Althea è risultata

- a) Sottoposta ad indagini penali da parte di ben due Procure (Torino e Palermo) per reati di particolare gravità in materia di gare d'appalto;
- b) Diversi suoi amministratori e dipendenti sono risultati indagati dalle medesime Procure (=====), alcuni dei quali sono stati destinatari di

- provvedimenti di custodia cautelare (=====) e per uno (=====) pare sia già intervenuta l'applicazione della pena ex art. 444 c.p. Le indagini della Procura di Torino risultano concluse come da apposito avviso del 5.10.2022;
- c) La Società Althea è risultata destinataria della misura cautelare interdittiva del divieto a contrarre con le pubbliche amministrazioni per un anno da parte del GIP di Palermo (anche se la stessa misura, come si è detto, è stata successivamente prima sospesa e poi revocata dal giudice);
 - d) Nel medesimo periodo la stessa è stata destinataria della applicazione di numerose penali contrattuali da parte di diversi Enti presso i quali aveva stipulato contratti di appalto a seguito della aggiudicazione delle relative gare;
 - e) Ed è stata altresì destinataria di diverse risoluzioni contrattuali di appalti aggiudicati nonché di esclusioni da gare per grave illecito professionale da parte di stazioni appaltanti pubbliche.

Tali circostanze (ampiamente descritte nel dettaglio in precedenza) considerate nel loro complesso ed in relazione alla loro gravità non possono non deporre per la sussistenza nel caso di specie dei "gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità", ex art. 80, comma 5 lett. c) del Codice.

In proposito è infatti noto che *"ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c ter, d.lgs. n. 50/2016, la Stazione appaltante può disporre l'esclusione del concorrente, a condizione che dia conto di un pregresso episodio di inadempimento che abbia comportato le conseguenze indicate dalla disposizione normativa (ovvero l'adozione di un provvedimento di risoluzione per inadempimento di un contratto d'appalto), che essa reputi grave e sufficientemente ravvicinato nel tempo e dal quale tragga ragioni sintomatiche di inaffidabilità dell'impresa"* (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 13.7.2022 n. 4731).

"E sul punto nemmeno può essere obliato che rispetto a tali valutazioni operano i consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare "il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente" (Cass., SS.UU. civili, sentenza del 17 febbraio 2012, n. 2312), limiti che non escludono in radice, ovviamente, il sindacato della discrezionalità amministrativa, ma che impongono al giudice una valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione (Consiglio di Stato sez. V, 22/02/2021, n. 1542; Cons. Stato V, 6 aprile 2020, n. 2260), dovendo cioè limitarsi ad una verifica estrinseca della non pretestuosità della operata valutazione degli elementi di fatto, senza attingere, per ritenere concretato il vizio di eccesso di potere, la logica intrinseca di vera e propria condivisibilità della valutazione" (Consiglio di Stato, Sez. III, 6.12.2021 n.8159).

Sub B) Quanto all'efficacia e la rilevanza, nell'ambito del presente procedimento, delle misure di c.d. *self cleaning ex post* adottate da Althea deve anzitutto rilevarsi come le stesse, pur se lodevoli e tempestive, siano ininfluenti nella specie, atteso che nel caso in esame si è in presenza di una esclusione ex art. 80, comma 5, lett. f) del Codice che non consente valutazioni o apprezzamenti discrezionali della Stazione Appaltante in proposito.

In ogni caso, anche ove potesse ritenersi astrattamente possibile effettuare una valutazione in tal senso, non ci si potrebbe esimere dal rilevare l'esistenza di un preciso orientamento giurisprudenziale (peraltro confermato da recenti decisioni rese proprio nei confronti del concorrente Polygon/Tecnologie Sanitarie in relazione ad eventi scaturiti da un'inchiesta giudiziaria della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo).

In proposito sono noti gli orientamenti giurisprudenziali degli ultimi anni che ritengono che gli effetti di tali misure si producono solo *pro-futuro* e non all'interno della gara alla quale si partecipa (cfr., tra le tante, Consiglio di Stato, Sez. V, 9.1.2020 n. 158 e, ancor più recentemente, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 5.4.2022 n.3942 e Consiglio di Stato, Sez. III, 10.1.2022 n.164). Ciò comporta che le medesime iniziative dovranno essere adeguatamente valutate nelle gare alle quali Althea abbia successivamente partecipato, ma non possono avere rilievo all'interno della procedura di affidamento nella quale sono state poste in essere.

In particolare, tale orientamento risulta confermato da recenti decisioni rese proprio nei confronti del concorrente Polygon/Tecnologie Sanitarie in relazione all'inchiesta giudiziaria della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo.

Si allude alla decisione del Consiglio di Stato, Sez. III, 6.12.2021 n. 8160 (trasmessa da Althea ad InnovaPuglia con la nota del 9.12.2021), che ha riformato la sentenza del T.A.R. Basilicata n. 255/2021 proprio in relazione alle iniziative di *self cleaning* all'epoca attuate da Polygon/Tecnologie Sanitarie dopo le misure cautelari emesse dalla Procura di Palermo.

Sul punto il T.A.R. aveva ritenuto che *“le misure rimediale di carattere organizzativo adottate da T.S. – consistenti nella rimozione, dopo l'apprensione della notizia di indagini penali, dell'amministratore delegato e del dirigente indagati e nell'adozione di iniziative propedeutiche all'adeguamento del modello di cui al d.lgs. n. 231 del 2001 – [fossero] idonee già allo stato a consentire la formulazione di offerte in pubblici incanti”*.

Senonché, tale conclusione è stata invece riformata dal Consiglio di Stato proprio sulla base della considerazione che *“al riguardo è sufficiente invece far richiamo alla recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (sent. n. 5659 del 2 agosto 2021), che ha avuto modo di chiarire, in analogo vicenda, ... che risponde a logica, prima che alla normativa vigente, che le misure c.d. di self cleaning abbiano effetto pro-futuro, ossia per la partecipazione a gare successive all'adozione delle misure stesse, essendo inimmaginabile un loro effetto retroattivo (in termini, Cons. Stato, Sez. V, 6.4.2020, n. 2260)”* (Cons. Stato, n. 8160/2021, cit.).

RITENUTO ALTRESÌ CHE

Come risulta dal Disciplinare, la gara alla quale il presente procedimento inerisce è stata espletata da InnovaPuglia S.p.A. sino all'aggiudicazione, demandando la fase di stipula dei contratti alle singole Aziende Sanitarie: A.S.L. BRINDISI, A.S.L. TARANTO, A.S.L. BARI, A.S.L. LECCE, A.S.L. BAT (BARLETTA – ANDRIA – TRANI), A.S.L. FOGGIA, POLICLINICO DI BARI, I.R.C.C.S. “S. DE BELLIS”, I.R.C.C.S. “G. PAOLO II”, AZIENDA OSPEDALIERA UNIVERSITARIA OSPEDALI RIUNITI DI FOGGIA.

Tale modalità di operare quale Amministrazione aggiudicatrice da parte della Centrale di committenza/soggetto aggregatore è espressamente prevista all'Art. 37 (Aggregazioni e centralizzazione delle committenze) comma 7 lett. a) del D.Lgs. n. 50/2016.

Pertanto, la gara in parola, svolta dal soggetto aggregatore con modalità “gara su delega”, non ha dato luogo alla stipula di una convenzione/accordo quadro da parte del soggetto aggregatore, bensì ha generato contratti distinti stipulati dai singoli soggetti del SSR. Alla luce di ciò, il Soggetto aggregatore, non avendo stipulato un contratto/convenzione quadro, non ha alcuna legittimazione giuridica nella fase successiva all'aggiudicazione e di esecuzione dei contratti dei singoli Enti SSR, fase questa che, come previsto al par. 4.7 del Disciplinare di gara, deve essere gestita autonomamente da ciascuna Azienda Sanitaria.

In coerenza, il disciplinare riporta che *“Il Responsabile del Procedimento per la presente procedura è il responsabile del Servizio Gare e Appalti di InnovaPuglia Ing. Antonio Scaramuzzi, ferma restando la competenza delle Strutture Sanitarie sopra indicate in ordine alla necessità di nominare il Responsabile del Procedimento, ai sensi e per gli effetti dell'art. 31 D.Lgs.n.50/2016, relativamente alla fase di stipula del contratto ed alla fase di esecuzione contrattuale”*.

Relativamente a questi ultimi, il disciplinare dispone altresì che *“... La fase di stipula dei contratti sarà gestita autonomamente da ciascuna azienda sanitaria, che provvederà a richiedere, divenuta efficace l'aggiudicazione, la documentazione necessaria per la stipula del contratto. Le aziende sanitarie in ogni caso potranno richiedere all'aggiudicatario la presentazione di ulteriore documentazione amministrativa ritenuta necessaria...”*.

Ciò, peraltro, in conformità alla Linea guida n. 3 ANAC, recante «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni» che dispone che *“... in caso di acquisti centralizzati e aggregati, le funzioni di responsabile del procedimento sono svolte dal RUP della stazione appaltante e dal RUP del modulo aggregativo secondo le rispettive competenze, evitando la sovrapposizione di attività”*.

Tutto ciò premesso, visto, considerato e ritenuto, con il presente atto si

DETERMINA

- di portare a conclusione, nei termini di cui in motivazione, per la parte di propria competenza, il procedimento di verifica dei requisiti *ex art 80* del Codice degli Appalti in ordine alla situazione di Althea;
- di ritenere che nella specie possano trovare applicazione le ipotesi escludenti di cui alle lett. f) e c) del comma 5 dell'art. 80 del Codice e comunque l'inefficacia delle misure di *self cleaning* adottate, per quanto dedotto nella parte motiva del presente provvedimento;
- di disporre, pertanto, l'esclusione di Althea S.p.A. dalla gara per i lotti 2 e 5 di cui all'oggetto.
- di trasmettere la presente determinazione ad Althea S.p.A. e di comunicare la stessa a Polygon/Tecnologie Sanitarie.

Il presente provvedimento, redatto in un unico originale e composto da n. 20 fasciate sarà:

- acquisito agli atti dell'Ufficio della Segreteria di Direzione Generale per la raccolta, la pubblicazione e la notifica agli uffici competenti per i successivi adempimenti;
- pubblicato nella sezione "Società-Trasparente" del sito di InnovaPuglia SpA nei termini di legge.

IL DIRETTORE
della DIVISIONE SARPULIA
Ing. Antonio Scaramuzzi