

Pubblicato il 13/08/2019

N. 00688/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00214/2019 REG.RIC.



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 Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 214 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Policlinico di Monza S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Dal Piaz, Francesco Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Liguria, in persona del Presidente pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Pietro Piciocchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Regione Liguria - Stazione Unica Appaltante Regionale (Suar),
Regione Liguria - Direzione Centrale Organizzazione - Settore Affari Generali non costituiti in giudizio;

Asl2 Savonese, in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Pipicelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Pacciani, Ada Esposito, Lorenzo Gentiloni Silveri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Daniela Anselmi in Genova, via Corsica, 19/10;

Ospedale San Giuseppe - Presidio Ospedaliero di Savona, Ospedale S. Maria della Misericordia - Presidio Ospedaliero di Albenga / Pietra Ligure non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione cautelare,

– di tutti gli atti, provvedimenti, documenti e verbali, per quanto di interesse ed in parte qua, anche se non conosciuti, relativi alla “GARA EUROPEA A PROCEDURA APERTA PER L’AFFIDAMENTO IN REGIME DI CONCESSIONE DELLA GESTIONE DEI PRESIDII OSPEDALIERI Ospedale S. Charles - Bordighera, Ospedale S. Maria della Misericordia – Albenga, Ospedale S. Giuseppe - Cairo Montenotte” ed in particolare al “Lotto 2 Ospedale S. Maria della Misericordia - Albenga, Ospedale S. Giuseppe - Cairo Montenotte CIG 739284832A (codice NUTS ITC3)” ivi espressamente inclusi a titolo meramente riepilogativo e non esaustivo:

– Decreto dirigenziale n. 793 del 21.02.2019 comunicato a mezzo nota prot. n. 58392 in data 22.02.2019, recante l'aggiudicazione del

Lotto n. 2 in favore dell'ISTITUTO ORTOPEDICO GALEAZZI S.p.A.;

– Verbale di gara n. 15 in data 21.02.2019 recante conclusione del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta e proposta di aggiudicazione del Lotto n. 2 in favore dell'ISTITUTO ORTOPEDICO GALEAZZI S.p.A.;

– tutte le note ed i provvedimenti adottati dalla Regione Liguria in ordine alle reiterate istanze di accesso agli atti formulate dalla ricorrente POLICLINICO DI MONZA S.p.A. e recanti diniego e/o accesso parziale e/o oscurato alla documentazione di gara ed all'offerta aggiudicataria del Lotto n. 2, in particolare: prot. n. 80476 in data 12.03.2019, prot. n. 83200 in data 14.03.2019, prot. n. 83222 in data 14.03.2019, prot. n. 88160 in data 20.03.2019 e prot. n. 88883 in data 20.03.2019;

– di tutti gli atti, provvedimenti, documenti e verbali presupposti, connessi e/o consequenziali, ivi richiamati ed anche se non conosciuti, ivi compresi, ove occorra e per quanto di interesse in parte qua, gli atti di indizione della procedura, i verbali delle operazioni di gara, le determinazioni di approvazione dei verbali di gara (o gli atti di approvazione comunque denominati), i verbali relativi alla verifica dei requisiti, gli atti ed i provvedimenti relativi alla verifica di anomalia dell'offerta e le giustificazioni fornite, le determinazioni e gli atti di aggiudicazione comunque denominati, la comunicazione di aggiudicazione, nonché di tutti gli allegati ai medesimi;

– ove occorra e per quanto di interesse, della lex specialis della gara e di tutti gli atti, gli elaborati ed i documenti costituenti la medesima ove pregiudizievoli; nonché, ove necessario,

per l'annullamento e/o la dichiarazione di inefficacia, previa sospensione, del contratto di affidamento de quo, ove medio tempore stipulato e per la dichiarazione di subentro della POLICLINICO DI MONZA S.p.A. nel medesimo contratto; nonché, inoltre, per l'accertamento e la condanna al risarcimento dei danni patiti e patienti dalla POLICLINICO DI MONZA S.p.A. in conseguenza dei provvedimenti impugnati e comunque ad essi connessi, da quantificarsi, eventualmente in via equitativa, anche in corso di causa, nonché in via subordinata, ove necessario per l'annullamento integrale, e conseguente rinnovo, della procedura di gara in parte qua, e per ogni consequenziale provvedimento di legge con espressa istanza istruttoria e di accesso agli atti.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Liguria e di Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.A. e di Asl2 Savonese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 luglio 2019 il dott. Luca Morbelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 22 marzo 2019 e depositato in data 29 marzo 2019 il Policlinico di Monza S.p.A. ha impugnato gli atti in epigrafe con cui, previo espletamento della verifica di anomalia dell'offerta, è stata aggiudicata alla controinteressata Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.A. la gara europea a procedura aperta per l'affidamento in regime di concessione della gestione dei presidi

ospedalieri Ospedale S. Charles - Bordighera, Ospedale S. Maria della Misericordia

- Albenga, Ospedale S. Giuseppe - Cairo Montenotte”, lotto n. 2 relativo ai presidi ospedalieri di Ospedale S. Maria della Misericordia
- Albenga, Ospedale S. Giuseppe - Cairo Montenotte, contraddistinta dal CIG 739284832°.

La gara ha visto prima classificata la controinteressata con 87,177 punti contro i 83,39 conseguiti dalla ricorrente.

Espletata positivamente la verifica di anomalia dell’offerta (verbale 21 febbraio 2019), la gara è stata aggiudicata alla controinteressata con decreto dirigenziale n. 793 del 21.02.2019, comunicato alla ricorrente a mezzo nota prot. n. 58392 del 22.02.2019.

E’ seguita una complessa fase di accesso agli atti che si è conclusa, soltanto a seguito della proposizione del ricorso giurisdizionale, con l’ostensione completa dell’offerta dell’aggiudicataria. Il ricorso, pertanto, è stato proposto senza l’integrale conoscenza da parte della ricorrente degli atti di gara.

Il ricorso principale è stato affidato ad unico articolato motivo con cui è stata dedotta la violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara, violazione e falsa applicazione D.Lgs. n. 50/2016 e ss. mm. ii. anche in relazione alla normativa eurocomunitaria in materia di appalti pubblici, violazione e falsa applicazione delle Linee Guida ANAC ed atti attuativi, violazione e falsa applicazione L. n. 241/1990, violazione e falsa applicazione D.P.R. n. 445/2000, violazione e falsa applicazione artt. 3, 24 e 97 Cost., eccesso di potere sotto il profilo della violazione di legge, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, erronea valutazione dei presupposti di fatto e di

diritto, illogicità, perplessità, disparità di trattamento, irragionevolezza, travisamento, ingiustizia grave e manifesta.

Il motivo è stato articolato in tre distinte censure.

Con la prima è stata censurata la mancata ostensione integrale dell'offerta della aggiudicataria; con la seconda è stato censurato lo svolgimento della verifica di anomalia dell'offerta ad opera del solo RUP senza l'ausilio della commissione, come invece imposto dalla *lex specialis* di gara; con la terza è stata lamentata la carenza dell'offerta relativamente al personale di infermeria e l'insostenibilità del margine operativo del 3% indicato dall'aggiudicataria.

Si sono costituite in giudizio l'ASL n.2 Savonese e la aggiudicataria.

L'aggiudicataria ha proposto, con atto notificato in data 11 aprile 2019 e depositato in data 15 aprile 2019, ricorso incidentale con cui ha impugnato la previsione di cui all'art. 22 del disciplinare di gara, ove interpretato nel senso di ritenere obbligatorio il supporto della commissione rispetto alle valutazioni di anomalia dell'offerta da compiersi da parte del RUP.

Si è costituita in giudizio la Regione Liguria.

Avvenuta l'ostensione integrale dell'offerta dell'aggiudicataria, la ricorrente, con atto notificato in data 10 maggio 2019 e depositato in data 15 maggio 2019, ha proposto motivi aggiunti. In particolare la ricorrente ha dedotto con unico articolato motivo: violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara, dei relativi allegati e della normativa ivi richiamata, violazione e falsa applicazione D.Lgs. n. 50/2016 e ss. mm. ii. anche in relazione alla normativa eurocomunitaria in materia di appalti pubblici, violazione e falsa applicazione delle Linee Guida ANAC ed atti attuativi, violazione e falsa applicazione L. n. 241/1990, violazione e falsa applicazione

D.P.R. n. 445/2000, violazione e falsa applicazione artt. 3, 24 e 97 Cost., eccesso di potere sotto il profilo della violazione di legge, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto, illogicità, perplessità, disparità di trattamento, irragionevolezza, travisamento, ingiustizia grave e manifesta.

Il motivo risulta articolato in una pluralità di censure.

Con una prima censura, rubricata A. II, la ricorrente propone la violazione dell'art. 22 del disciplinare di gara, essendo stata la valutazione dell'anomalia dell'offerta svolta soltanto dal RUP e non già da quest'ultimo con il supporto della Commissione di gara.

Con una seconda censura, rubricata A.III.1, la ricorrente lamenta che il RUP non abbia svolto una apposita istruttoria finalizzata ad accertare la attendibilità della quantificazione degli introiti consistenti in ricavi da ricoveri extraregionali (previsti in € 28, 1 milioni), ricavi da ambulatori extraregionali ed extrabudget (previsti in € 13,8 milioni), altri ricavi sanitari (previsti in € 39, 9 milioni), questi ultimi derivanti dall'attivazione di ulteriori dieci posti letto e dall'attivazione di percorsi agevolati per pazienti solventi. In particolare il presupposto da cui muoverebbero le previsioni della aggiudicataria consistente nel potenziamento dell'attività assistenziale cardiologica diagnostica ed interventistica confliggerebbe con il divieto di svolgimento di attività cardiologica in regime di ricovero nell'ambito di unità operative di medicina generale. Da altro punto di vista l'attivazione degli ulteriori posti letto sarebbe subordinata ad una richiesta futura ed incerta della Regione, da altro punto di vista l'attivazione degli ulteriori posti letto confliggerebbe con la prevista saturazione pari all'86,7 % della capacità di ricovero. Analoghe

considerazioni varrebbero per il potenziamento della chirurgia plastica ricostruttiva che dovrebbe attrarre pazienti provenienti dalle regioni limitrofe.

Con la terza censura, rubricata A.III, 2, la ricorrente sostiene che l'offerta subordinata ad una così consistente messe di eventi futuri ed incerti incorrerebbe nel divieto dell'offerta condizionata.

Con la quarta censura, rubricata A.III. 3, la ricorrente lamenta la violazione della previsione dell'art. 17 del disciplinare di gara il quale nel disciplinare il contenuto della busta C della offerta prescrive che all'offerta dovrà essere allegata una relazione che tra l'altro "evidenzi la tenuta economica della proposta tecnica organizzativa di gestione".

Con la quinta censura, rubricata A. III.4, la ricorrente lamenta la violazione delle FAQ presidi ospedalieri n. 5 e 29 che prescrivono come gli eventuali mutamenti dei contenuti dell'accreditamento abbiano un valore neutro sulla valutazione dell'offerta. Ciò in quanto la sostenibilità dell'offerta è subordinata proprio ai mutamenti della struttura dell'accreditamento.

Con la sesta censura, rubricata A IV, la ricorrente sostiene che la aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per violazione degli standard minimi relativamente al personale sanitario e alla presenza delle nurses nei reparti di anestesia.

La ricorrente ha concluso per l'accoglimento dell'impugnativa l'annullamento degli atti impugnati l'eventuale declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato, e il risarcimento del danno.

All'udienza del 10 luglio 2019 il ricorso è passato in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è rivolto avverso l'aggiudicazione alla controinteressata del lotto n. 2, relativo ai presidi ospedalieri di Ospedale S. Maria della Misericordia – Albenga, Ospedale S. Giuseppe - Cairo Montenotte, della gara europea a procedura aperta per l'affidamento in regime di concessione della gestione dei presidi ospedalieri Ospedale S. Charles - Bordighera, Ospedale S. Maria della Misericordia – Albenga, Ospedale S. Giuseppe - Cairo Montenotte”.

Il ricorso è fondato.

Il primo motivo, che configura come obbligatorio il supporto della Commissione all'attività valutativa dell'anomalia dell'offerta del RUP, è fondato.

La lex specialis di gara, art. 22 del disciplinare di gara (doc n. 1 prod. ricorrente 10 aprile 2019) ha previsto, infatti, che: “Al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 97, comma 3, del Codice e in ogni altro caso in cui, in base a elementi specifici, l'offerta appaia anormalmente bassa, il RUP, con il supporto della Commissione, valuta la congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità delle offerte che appaiono anormalmente basse (comma 1)”. L'art. 22 del disciplinare ha ulteriormente confermato il ruolo della Commissione nella valutazione di anomalia dell'offerta precisando che: “Il RUP, con il supporto della Commissione, esamina in seduta riservata le spiegazioni fornite dall'offerente e, ove non le ritenga sufficienti ad escludere l'anomalia, chiede per iscritto la presentazione, per iscritto, di ulteriori chiarimenti, assegnando un termine di n. giorni 5 dal ricevimento dell'offerta” (comma 4).

L'ultimo comma poi precisa: “Il RUP esclude, ai sensi dell'art. 97, commi 5 e 6 del Codice, le offerte che, in base all'esame degli

elementi forniti con le spiegazioni risultino, nel complesso, inaffidabili”.

Il tenore della *lex specialis* è chiaro nell'imporre che la valutazione di anomalia dell'offerta sia svolta obbligatoriamente dal RUP con il supporto della Commissione.

A tal riguardo oltre al dato costituito dal tenore letterale dei commi primo e quarto depone in tal senso la previsione secondo la quale, come prescritto dal comma quarto, l'esame della giustificazioni avvenga in seduta riservata, con ciò rendendo palese la presenza contemporanea del RUP e della Commissione, non avendo altrimenti senso esprimersi in termini di seduta relativamente ad un organo monocratico.

Depone, inoltre, nel senso invocato dal ricorrente la previsione che l'esclusione sia prerogativa propria del RUP, con il che a contrario, deve ritenersi la competenza concorrente all'esame delle giustificazioni della Commissione e del RUP.

La controinteressata, tuttavia, ha spiegato ricorso incidentale avverso la disposizione di cui all'art. 22 del disciplinare di gara ove interpretata nel senso di richiedere obbligatoriamente l'intervento della Commissione, lamentandone l'illegittimità per violazione e falsa applicazione degli artt. 31, 77 e 97 del d.lgs. 50/2016, oltre che delle linee guida ANAC n. 3/2016 come modificate con deliberazione del Consiglio n. 1096 del 26 ottobre 2016, e per violazione e falsa applicazione del principio di economicità e non aggravio del procedimento.

Si sostiene che le norme di cui agli artt. 31, 77 e 97 d.lgs. 50/16 escluderebbero la competenza della Commissione in merito alla

valutazione di anomalia dell'offerta che conseguentemente ricadrebbe nella competenza residuale del RUP.

La tesi è priva di fondamento.

L'art. 77 comma 1, d.lgs. 50/16 stabilisce: "Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto".

Orbene tale norma nel prevedere che sia la commissione a valutare l'offerta induce a ritenere che anche la valutazione di anomalia dell'offerta sia di competenza della Commissione posto che anche la valutazione di anomalia si sostanzia in una valutazione dell'offerta e che nessuno meglio della Commissione, che conosce l'offerta per averla valutata, può operare la verifica di anomalia della stessa.

L'art. 97 d.lgs. 50/16 stabilisce una generica competenza della stazione appaltante in ordine alla verifica di anomalia dell'offerta. A tal riguardo occorre rilevare come sia il RUP sia la Commissione siano, nella normalità dei casi, organi della stazione appaltante

L'art. 97, tuttavia, contiene degli indizi tali da fare ritenere che la scelta in ordine alla competenza sulla verifica di anomalia dell'offerta sia in ultima analisi rimessa alla stessa stazione appaltante in sede di redazione della lex specialis di gara.

Deve, infatti, rilevarsi come ai commi 2 e 2- bis dell'art. 97 d.lgs. 50/16 sia prevista la competenza alternativa della Commissione o del RUP nella predisposizione dei criteri per la determinazione della soglia di anomalia.

Ne consegue che la disciplina di fonte primaria non opera una scelta a favore di un organo o di un altro.

La scelta deve, pertanto, essere rimessa alla stazione appaltante, la sola che conoscendo le peculiarità della singola competizione, in termini di valore economico, complessità fattuale, esigenze di rapidità ecc., può consapevolmente decidere a quale organo fare svolgere la verifica di anomalia.

Nella specie la *lex specialis* ha stabilito la regola del concorso di RUP e Commissione nella valutazione di anomalia dell'offerta.

Tale previsione non appare illogica o irrazionale ed anzi appare giustificata dalla complessità e dal valore della competizione.

Né può essere utilmente invocato il principio di speditezza o non aggravio del procedimento amministrativo posto che le esigenze di valutazione ponderata, attenta e competente dell'anomalia dell'offerta devono ritenersi prevalenti sull'esigenza di celerità che, non altrimenti specificata, si risolve in una mera petizione di principio.

La valutazione di anomalia dovrà, pertanto, essere ripetuta secondo le modalità di cui si darà conto di seguito.

Il Collegio ritiene di esaminare anche il merito del ricorso al fine di fornire orientamenti alla futura attività di verifica di anomalia dell'offerta da compiersi congiuntamente in apposita seduta secondo le previsioni dell'art. 22 del disciplinare di gara da parte del RUP con il supporto della Commissione.

A tal riguardo una premessa metodologica si impone al fine di evitare malintesi in ordine alla portata della verifica di anomalia dell'offerta nella gara de qua.

Si è, infatti, sostenuto, in particolare da parte della controinteressata, che, nelle fattispecie di partenariato pubblico privato, la verifica di anomalia dell'offerta dovrebbe essere circoscritta alla coerenza del piano economico finanziario proposto.

Simile tesi è infondata, in generale, dovendo essere svolta, specie nelle concessioni - dove l'introito atteso dalla gestione del bene o del servizio appare fondamentale per l'equilibrio economico finanziario del rapporto - una penetrante indagine in ordine alla attendibilità e coerenza delle previsioni fornite, indagine che non può pretermettere l'esame dei dati sulla cui base le previsioni di redditività sono state formulate.

Simile tesi, inoltre, è infondata nello specifico caso portato all'attenzione del Collegio, atteso che la *lex specialis* di gara ha richiesto, in sede di valutazione di anomalia dell'offerta, una valutazione della "congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità delle offerte" (art. 22, comma 1, del disciplinare di gara).

L'enfasi posta dalla *lex specialis* di gara non appare frutto del caso ma di una meditata e condivisibile scelta di verificare la fondatezza delle giustificazioni e dei dati sulle quali le stesse si fondano per evitare che una concessione dall'oggetto così delicato, quale la gestione di presidi ospedalieri, possa essere compromessa successivamente per erronee valutazioni in ordine alla redditività e alla capacità di generare flussi di cassa.

Alla luce di tali precisazioni si procede allo scrutinio degli ulteriori motivi di ricorso.

Con la censura rubricata A.III.1 parte ricorrente lamenta il difetto di istruttoria in cui sarebbe incorso il RUP non chiedendo ulteriori chiarimenti in ordine alla attendibilità delle stime che l'aggiudicataria

specie per quanto riguarda gli introiti attesi ha posto a fondamento del proprio piano economico finanziario e conseguentemente delle proprie giustificazioni.

Parte ricorrente lamenta anche che gli introiti attesi deriverebbero da una serie di modifiche nell'accreditamento, modifiche che non sarebbero ammissibili ovvero sarebbero talmente future ed eventuali da non potere essere invocate a fondamento delle giustificazioni di anomalia dell'offerta.

Il motivo è fondato in parte.

Lo scrutinio del motivo impone l'esame delle giustificazioni fornite dell'aggiudicataria.

L'aggiudicataria ha preventivato costi che per la durata della concessione ammontano a €. 370.750, 00.

Sul fronte delle entrate l'aggiudicataria ha preso avvio dai dati esistenti attualmente ed indicati agli artt. 2, 3 e 4 del capitolato.

In particolare: budget annuo attività ambulatoriali pazienti liguri: € 8.790.668,00 per Albenga e € 4.215.852, 00 per Cairo Montenotte, Budget annuo ricovero pazienti liguri € 12.812.294, 00 per Albenga e € 4.873.903,00 per Cairo Montenotte, funzione pronto soccorso € 978.433,00 per Albenga e € 344.414, 00 per Cairo Montenotte, funzione terapia intensiva 1,563.000, 00 per Albenga, funzione ospedale disagiato € 1.000.000.

Poiché il budget non comprende le somme corrisposte da assistiti provenienti da fuori regione e il capitolato prevede un limite percentuale massimo del 25% per i compensi erogati da pazienti extra Liguria l'aggiudicataria ha computato tale 25% quale introito proveniente dal budget.

Tale operazione, come poi si dirà, non appare corretta, altro essendo il limite massimo stabilito dal capitolato altra essendo la ragionevole previsione di conseguire tali introiti.

La somma di tali introiti, comunque, ammonta, per la durata della concessione, a € 353.939.

A fronte di tali introiti i costi sono stati stimati, come si è detto, in € 370.750 (tabella n. 4 giustificativi Galeazzi doc. n. 8 prod. 15 aprile 2019).

Orbene, per garantire la copertura dei costi e la remuneratività della gestione, la aggiudicataria ha ipotizzato ulteriori voci di entrata per € 41.267 a loro volta articolati in altri ricavi sanitari ipotizzati per € 39898 e altri ricavi non sanitari per € 1368. Tali ultimi deriverebbero dalla gestione del bar e del parcheggio del presidio di Albenga.

Per quanto, invece, riguarda i ricavi sanitari l'aggiudicataria ha affermato per le stime sui ricavi è stato ipotizzato un business model che ripensa il modello attuale dei presidi e mira a sfruttare al meglio le opportunità date dall'assetto programmato per Albenga e Cairo in particolare: - aumento della complessità della casistica dell'attività in convenzione SSR con il fine di alzare il valore del DRG medio; - aumento dell'attrattività di pazienti extra Regione, in particolare dal Basso Piemonte, investendo sui settori della riabilitazione e della chirurgia generale ed ortopedica; - specializzazione dell'area medica, in particolare in ambito cardiologico (uno dei punti di eccellenza del concorrente) oggi oggetto di mobilità passiva a livello regionale; - investimenti in ammodernamento tecnologie, in particolare su area radiologica, con potenziamento delle tecnologie pesanti (TC e RM): destinata a soddisfare le esigenze per i pazienti interni (evitando

trasferimenti verso altri ospedali) e ampliando l'offerta di servizi per i pazienti esterni (completamento dell'offerta e aumento attrattività prestazioni); - sviluppo di linee su prestazioni extra LEA per attrarre il privato solvente" (giustificazioni Galeazzi pag. 9).

Orbene la ricorrente ha contestato la legittimità di tali proposizioni sostenendo che le stesse richiederebbero una modifica dell'accreditamento quando non sarebbero vietate dalla legge (prestazioni di attività chirurgica in regime di ricovero in unità operativa di medicina generale).

Tale prospettiva censoria non persuade.

Per quanto riguarda l'impossibilità di svolgere attività chirurgica è sufficiente rilevare come la ricorrente adduca a sostegno del divieto una delibera della Regione Piemonte pacificamente inapplicabile alla realtà ligure.

Per quanto, invece, attiene alla possibilità che venga modificato l'accreditamento o comunque venga modificato l'attuale assetto organizzativo la censura non coglie nel segno, pacifica essendo, nel contesto di una concessione, la libertà del concessionario di promuovere tutte le modifiche necessarie alla produttività del bene o del servizio che non siano vietate dalla legge dalla disciplina del rapporto. Ciò è tanto più vero nel caso di specie dove la concessione ha per oggetto presidi ospedalieri che devono passare da una situazione attuale di passività economica ad una futura di attività, mutamento che non può avvenire lasciando inalterato l'attuale assetto.

Né ciò viola in alcun modo la par condicio essendo stato ciascun concorrente in grado di formulare un'offerta tenendo conto delle

modifiche che avrebbe potuto apportare alla struttura dei presidi stessi.

La censura, tuttavia, coglie nel segno laddove il RUP non ha richiesto, come previsto dalla *lex specialis* di gara, ulteriori chiarimenti in ordine alla fondatezza, plausibilità e, in definitiva, attendibilità del business model proposto dall'aggiudicataria.

Le giustificazioni, infatti, si sono risolte in una petizione di principio in ordine all'efficacia in termini di redditività di talune modifiche della struttura operativa dei presidi senza che tali previsioni siano state accompagnate da alcun elemento oggettivo a supporto.

La previsione di un afflusso di pazienti extraregione nella misura del 25% ad esempio non è stata corroborata da alcun dato, quali ad esempio dati sulla mobilità extraregionale verso le strutture del gruppo San Donato in altri contesti, sull'attuale mobilità extraregionale e così via, tale da fare ritenere che la previsioni di conseguire ricavi da pazienti extraregionali per un ammontare pari al 25% del budget sia frutto di una ponderata e attendibile valutazione.

Lo stesso discorso vale per gli altri ricavi sanitari.

In disparte la necessità di operare consistenti investimenti il cui onere non è stato quantificato, l'aggiudicataria non fornisce alcun dato che possa essere oggetto di vaglio da parte della stazione appaltante sui presumibili effetti che tali modificazioni migliorative potranno avere sulla redditività dei presidi.

L'assenza totale di qualsiasi dato oggettivo sul quale fondare il giudizio di congruità dell'offerta emerge in maniera evidente dal verbale di esame delle giustificazioni in cui non si fa riferimento ad alcun dato su cui fondare le previsioni della aggiudicataria. Il RUP ha, sostanzialmente, accettato le giustificazioni senza chiedersi se i

dati esposti nelle tabelle fossero, o meno, supportati da elementi tali da farne ritenere l'attendibilità.

Nessuno dubita che l'aggiudicataria, come più volte rimarcato, sia il maggior gruppo sanitario privato italiano e tra i maggiori in Europa e, tuttavia, la solida reputazione non è di per sé sola sufficiente ad superare una verifica di anomalia dell'offerta. Opinare diversamente significa svuotare di contenuto il procedimento di anomalia dell'offerta ogni qualvolta l'offerta provenga da un soggetto leader nel mercato di riferimento.

Le ulteriori doglianze dedotte appaiono infondate.

L'offerta della aggiudicataria non è condizionata al verificarsi di alcun elemento futuro e incerto; è un'offerta attuale che presuppone modificazioni della struttura operativa dei presidi. Si tratta di un'ipotesi completamente diversa da quella dell'offerta condizionata. Del pari infondata è la censura di violazione della previsione dell'art. 17 del disciplinare di gara il quale nello stabilire il contenuto della busta C della offerta prescrive che all'offerta dovrà essere allegata una relazione che tra l'altro "evidenzi la tenuta economica della proposta tecnica organizzativa di gestione".

La relazione è stata prodotta e allegata con conseguente infondatezza della censura.

Diverso profilo, infatti, rispetto a quello dedotto in ricorso, è quello della verifica di anomalia dell'offerta che riguarda l'attendibilità dei dati sulla base dei quali la relazione prima e le giustificazioni poi hanno dimostrato la congruità dell'offerta.

Infondata è la censura con cui la ricorrente lamenta la violazione delle FAQ presidi ospedalieri n. 5 e 29 che prescrivono come gli eventuali mutamenti dei contenuti dell'accreditamento abbiano un

valore neutro sulla valutazione dell'offerta. Ciò in quanto la sostenibilità dell'offerta è subordinata proprio ai mutamenti della struttura dell'accreditamento.

I mutamenti dell'accreditamento non sono stati considerati in sede di valutazione dell'offerta per l'attribuzione del punteggio. La circostanza che tali mutamenti possano essere necessari per giustificare i valori esposti in offerta non costituisce violazione della loro neutralità.

Anche l'ultima censura, con cui la ricorrente sostiene che la aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per violazione degli standard minimi relativamente al personale sanitario e alla presenza delle nurses nei reparti di anestesia, non è fondata.

L'aggiudicataria ha promesso di assumere l'intero personale presente nei presidi con conseguente idoneità numerica dello stesso in relazione alle attività proprie della concessione.

In conclusione il decreto 21.02.2019 n. 793 recante l'aggiudicazione e il verbale di verifica di anomalia dell'offerta 21 febbraio 2019 dovranno essere annullati.

Il RUP assistito dalla Commissione dovrà rinnovare la valutazione di anomalia dell'offerta e, ferme restando le giustificazioni già fornite dall'aggiudicataria, dovranno essere richiesti, ai sensi dell'art. 22, comma 4, del disciplinare di gara, ulteriori chiarimenti che dovranno riguardare i dati a partire dai quali l'aggiudicataria ha formulato le proprie previsioni trasfuse nei conteggi dei giustificativi.

La valutazione di tali dati dovrà essere svolta dal RUP e dalla Commissione e solo ad esito di tale valutazione potrà essere deliberata l'eventuale anomalia o meno dell'offerta.

La domanda risarcitoria deve essere respinta non essendovi certezza del danno subito dal momento che, allo stato, è ignoto l'esito della nuova valutazione di anomalia dell'offerta che seguirà all'odierno annullamento.

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso e sugli accessivi motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione.

Respinge la domanda risarcitoria.

Condanna le resistenti, in solido tra loro, al pagamento, in favore della ricorrente delle spese di giudizio che si liquidano in complessivi € 5000, 00 (cinquemila/00) oltre IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Pupilella, Presidente

Luca Morbelli, Consigliere, Estensore

Angelo Vitali, Consigliere

L'ESTENSORE
Luca Morbelli

IL PRESIDENTE
Roberto Pupilella

IL SEGRETARIO