

APPALTI: Contratti della P.A. - Gara - Aggiudicazione - Revoca in autotutela - Per inadempimenti dell'aggiudicatario - Nel caso di consegna del servizio in via di urgenza - Controversie in materia - Giurisdizione del G.A. - Sussiste - Ragioni.

Tar Veneto, Sez. III, 22 dicembre 2022, n. 1939

“[...] La revoca dell'aggiudicazione per inadempimenti dell'aggiudicatario nell'esecuzione del servizio consegnato in via d'urgenza, in quanto giustificata dall'inaffidabilità dimostrata dall'operatore in limine executionis attiene ancora alla fase della procedura di affidamento, e non a quella dell'esecuzione del contratto – e ciò vale a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a. [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ulss 3 Serenissima e di Mst Group S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2022 il dott. Paolo Nasini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con deliberazione n. 714 del 7.5.2021, l'Ulss 3 ha indetto incanto pubblico mediante procedura aperta per l'appalto del “... Servizio di gestione dell'emergenza sanitaria presso il Punto di primo intervento (PPI) del Lido di Venezia ...” da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito della gara, divenuta aggiudicataria l'odierna ricorrente all'interno del RTI “AMAME Società Cooperativa Sociale – La Vela Cooperativa Sociale – SEF SRLS”, la Stazione Appaltante ha d'altronde, escluso il suddetto RTI, con revoca dell'aggiudicazione, avendo riscontrato, dal - OMISSIS- dell'-OMISSIS- di -OMISSIS-, una -OMISSIS- risalente all'anno -OMISSIS-.

Ne è seguita l'impugnazione dell'esclusione da parte del RTI, e il relativo giudizio si è concluso con sentenza del Consiglio di Stato che ha annullato l'esclusione e la revoca dell'aggiudicazione.

Ricevuta una comunicazione di avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione per - OMISSIS- della mandataria AMAME e della mandante SEF, la società odierna ricorrente ha proposto di procedere con assetto ridotto alla sola sua partecipazione.

L'Ulss 3, con provvedimento n. 1670 del 30 settembre 2022, ha revocato in via di autotutela, con effetto immediato, le deliberazioni del Direttore Generale: n. 1044 del 16 giugno 2022 limitatamente alla parte del dispositivo che aggiudicava il servizio al costituendo RTI tra AMAME Società Cooperativa Sociale (mandataria), SEF Srls (mandante) e La Vela Società Cooperativa (mandante); n. 1190 del 6 luglio 2022 limitatamente alla parte del dispositivo che confermava la sospensione dell'esecuzione del contratto in via d'urgenza disposta con deliberazione n. 1044 del 16 giugno 2022; n. 1548 del 7 settembre 2022, fatto salvo quanto altro previsto nel deliberato dei sopradetti atti.

La P.A. ha altresì disposto l'incameramento della cauzione definitiva e la segnalazione a - OMISSIS-, riservandosi ogni azione per eventuali danni conseguenti.

A fondamento di tale determinazione l'Ulss 3 ha valorizzato i seguenti elementi, in sintesi:

– con deliberazione n. 1044 del 16 giugno 2022 era stato aggiudicato al suddetto RTI costituendo il servizio di gestione dell'emergenza sanitaria presso il punto di primo intervento (PPI) del Lido di Venezia (CIG n. 8746668AC), per il periodo di 24 mesi, eventualmente rinnovabile per ulteriori 12 mesi, prevedendo l'esecuzione del contratto in via d'urgenza, con decorrenza dal 1 luglio 2022;

– con nota in data 17 giugno 2022, l'RTI ha comunicato tramite pec di voler procedere al riassetto del

raggruppamento mediante cessione delle quote delle mandatarie Società Cooperativa AMAME e SEF SRLS alla La Vela Società Cooperativa (d'ora in poi La Vela), cui hanno fatto seguito un procedimento istruttorio, la delibera n. 1190 del 6 luglio 2022, con la quale è stata confermata la sospensione dell'esecuzione del contratto in via d'urgenza, disposta con deliberazione n. 1044/2022, e, infine, la nota prot. n. 142528 del 5 agosto 2022, con la quale la P.a. ha richiesto alla ricorrente di trasmettere, ai fini dell'eventuale aggiudicazione, la conferma che i professionisti che sarebbero stati utilizzati per l'appalto fossero quelli i cui curricula erano stati presentati nella busta tecnica prodotta in gara e valutati dalla commissione tecnica, così come per le attrezzature medicali che dovevano essere fornite come richiesto dal capitolato tecnico;

– in data 22 agosto 2022 La Vela ha dichiarato di confermare “i professionisti comunicati in sede di gara con disponibilità dal 1° ottobre 2022” e che le attrezzature medicali fornite sono quelle presentate in sede di gara in tempi compatibili con le disponibilità dei fornitori”;

– con deliberazione n. 1548 del 7 settembre 2022 l'Ulss 3 ha preso atto della modifica del RTI, aggiudicando il servizio in oggetto a La Vela, con avvio del servizio a far data dal 1 ottobre 2022, cui è seguita comunicazione recante richiesta della documentazione propedeutica all'avvio, tra cui

l'elenco completo dei medici che avrebbero svolto il servizio, da far pervenire entro 10 giorni dal ricevimento della pec;

– a seguito di sollecito con nota prot. n. 166666 del 20 settembre 2022 relativamente alla predetta documentazione (in particolare i turni per il mese di ottobre con i nominativi del professionista assegnato a ciascun turno), La Vela, con nota del 21 settembre 2022, ha trasmesso l'elenco dei medici che avrebbero dovuto svolgere il servizio con i relativi curricula;

– dall'esame dei curricula era emerso che l'elenco dei medici trasmesso differiva da quello presentato

in fase di gara e confermato da La Vela con la predetta nota del 22 agosto 2022 per sei nominativi sugli otto indicati nell'offerta, e due dei professionisti indicati non erano in possesso dei requisiti richiesti dal capitolato di gara;

– con nota del 27 settembre 2022 (ns. prot. n. 170678 /2022) erano stati trasmessi i turni per il mese di ottobre nonché nuovo elenco di professionisti, non tutti accompagnati dal relativo curriculum, uno dei quali privo della specialità posseduta;

– da ciò sarebbe derivata la modifica del progetto originario, differente da quello in base al quale era stata disposta l'aggiudicazione del servizio di gestione dell'emergenza sanitaria presso il punto di primo intervento del Lido di Venezia avvenuta con il combinato disposto delle deliberazioni n. 1044 del 16 giugno 2022, n. 1190 del 6 luglio 2022 e n. 1548 del 7 settembre 2022;

– ne deriverebbe, altresì, un rischio, non accettabile, per l'Azienda, e soprattutto per i pazienti, che prestazioni sanitarie del tipo di quelle di cui trattasi, possano essere svolte da sanitari privi dei requisiti

necessari per lo svolgimento di tali servizi;

– conseguentemente, con nota prot. n. 171293 del 27 settembre 2022, l'Ulss 3 ha comunicato all'odierna ricorrente l'avvio del procedimento di revoca in via di autotutela dell'aggiudicazione disposta con le deliberazioni sopra ricordate per la modifica dell'offerta originaria e per la indicazione di medici diversi da quelli confermati con nota del 22 agosto 2022, per la carenza dei requisiti per almeno due dei medici indicati e per il ritardo negli adempimenti richiesti;

– le osservazioni presentate da La Vela non sarebbero accoglibili in quanto la facoltà dell'aggiudicataria di modificare i medici indicati in gara, comunque sottoposta alla necessaria verifica da parte della S.A., non può tradursi nella radicale modifica dell'offerta originaria in violazione del principio di immodificabilità dell'offerta, e ciò indipendentemente dalla previsione o meno di un espresso divieto in tale senso contenuto negli atti di gara, il ché vale anche per l'incremento del numero dei medici rispetto alla proposta originaria; il riferimento alla necessità di

riorganizzazione del RTI sarebbe infondato perché la stessa La Vela, con nota in data 22 agosto, aveva espressamente confermato l'originario elenco dei medici; l'affermazione secondo la quale tutti i medici indicati sarebbero in possesso della necessaria qualificazione, inoltre, non risultava dimostrata;

– il mutamento dell'offerta tecnica presentata dalla cooperativa, la mancanza dei prescritti requisiti di alcuni dei professionisti proposti e il comportamento dell'operatore economico comporta un mutamento di fatto della situazione, non prevedibile per la stazione appaltante al momento dell'adozione del provvedimento e come tale giustificabile la revoca ex art. 21 *quinquies*, l. n. 241 del 1990;

– inoltre, nel nuovo elenco presentato dall'aggiudicataria, due professionisti indicati risultano privi della necessaria qualificazione prescritta dal capitolato e, quindi, l'offerta, oltre a essere stata modificata, risulta anche priva dei requisiti tecnici prescritti dall'art. 3 del capitolato;

– inoltre, i complessivi comportamenti dell'operatore economico aggiudicatario, come sopra riportati, contrastano con i doveri di leale collaborazione, correttezza e buona fede a cui questi è tenuto e quindi determinano una valutazione di inaffidabilità circa il corretto svolgimento delle prestazioni contrattuali, anche in relazione alla rilevanza del servizio di pubblica utilità oggetto dell'affidamento, che non può essere sospeso o interrotto.

Avverso i provvedimenti e gli atti indicati in epigrafe, quindi, la società ricorrente ha proposto impugnazione, chiedendone l'annullamento sulla scorta dei seguenti motivi:

1. il provvedimento sarebbe illegittimo in quanto, da un lato, l'elenco dei medici, richiesto dall'Amministrazione con nota del 9.9.2022 è stato inviato il 20 settembre, con un solo giorno di ritardo rispetto a quanto indicato dalla P.a., nessuna norma della *lex specialis* imponendo un termine stringente o perentorio per trasmettere l'elenco dei medici o le turnazioni, e comunque non potendo un solo giorno di ritardo compromettere l'esecuzione del servizio; per quanto riguarda i turni, il fatto che la ricorrente avesse inviato i nuovi turni il giorno 27 settembre 2022 sarebbe conseguenza dei rilievi della P.a. in ordine ai medici privi dei requisiti, come individuati dalla ricorrente nell'elenco e nei turni inviati in data 20 settembre 2022; in ogni caso, la P.a. ha potuto verificare i profili e i turni inviati, prima del previsto inizio del servizio (1 ottobre 2022), e non ha mai contestato le turnazioni per il mese di ottobre 2022; per contro la società odierna controinteressata aggiudicataria del servizio, a seguito della revoca, aveva potuto iniziare l'esecuzione dello stesso il 1 ottobre 2022 senza che sia possibile comprendere quando la P.a. abbia richiesto e poi acquisito le turnazioni, tanto più che la revoca è stata comunicata il 30 settembre 2022, con conseguente disparità di trattamento rispetto a La Vela; sotto altro profilo, poi, non si sarebbe verificata alcuna

“modifica” dell’offerta tecnica in primo luogo in quanto la ricorrente, che in sede di gara aveva indicato 8 medici, con l’elenco aggiornato del 20 settembre 2022 aveva fornito 15 medici ovvero 13 considerando i due medici ritenuti dalla P.a. privi dei requisiti di idoneità (peraltro, non meglio specificati), sì che la ricorrente avrebbe garantito la presenza di 7 o comunque 5 medici in più di quanto originariamente offerto; comunque, a seguito della contestazione del 27.9.2022, La Vela aveva riformato l’elenco dei medici eliminando i due “contestati” (sostituendoli) e aveva programmato i turni senza i due medici in contestazione; non sussisteva, poi, un divieto di sostituire i medici indicati in gara né esisteva una espressa previsione in tale senso nella *lex specialis*, la Commissione essendo tenuta a valutare le “professionalità” offerte e non il “professionista persona fisica”, quindi il numero di “professionisti” e non il “nominativo” degli stessi; la delibera non spiegherebbe esattamente in cosa differiscono i curricula presentati in gara rispetto a quelli aggiornati; la S.A. comunque non potrebbe sindacare le scelte aziendali della ricorrente, che potrebbe liberamente modificare le proprie maestranze addette al servizio e non era obbligata necessariamente ad utilizzare le stesse indicate in gara, dovendo solo garantire le medesime “professionalità” e non le medesime “persone fisiche”; le modifiche all’elenco dei medici si sarebbe reso necessario per il lasso di tempo trascorso tra la presentazione della domanda di partecipazione (2021) e l’effettivo inizio del servizio (1 ottobre 2022), tenuto conto anche del fatto che l’originario organigramma del servizio era stato sviluppato sulla presenza di tre aziende (AMAME – Vela – SEF) e dopo il riassetto alcuni medici legati alle altre due cooperative nel mese di settembre avevano comunicato il rifiuto di prestare il servizio appaltato dalla Ulss 3; la S.A., poi, non si sarebbe comportata correttamente, atteso che, in primo luogo, il 30 settembre 2022 il medico responsabile del servizio ed un consulente della impresa si erano recati presso gli uffici dell’Ulss e non erano stati ricevuti dal RUP; in secondo luogo, avrebbe tenuto un atteggiamento diverso con la ditta successivamente aggiudicataria, determinando una disparità di trattamento a danno di La Vela, tenuto conto di tutto quanto accaduto a seguito dell’originaria aggiudicazione dell’appalto; in ogni caso, la S.a. avrebbe dovuto chiarire che solo con i medesimi medici si sarebbe potuto procedere ad eseguire i servizi, invitando La Vela ad eseguire il servizio solo con i medici/elenco medici indicato in gara;

2. sarebbe altresì illegittima l’escussione della polizza definitiva, al più potendo essere giustificata quella provvisoria (ma comunque illegittima, in via derivata, essendo asseritamente illegittima la presupposta revoca sopra censurata);

3. illegittimamente la P.a. avrebbe omissso di ostendere la documentazione richiesta, ex art. 22, l. n. 241 del 1990.

Parte ricorrente, quindi, ha chiesto, nel caso la pretesa ad eseguire l'appalto controverso non possa essere accolta, il risarcimento del danno per equivalente, in termini sia di danno emergente sia di lucro cessante, compreso il c.d. danno curriculare e/o per perdita di chance; in ogni caso, ha chiesto che venga dichiarato inefficace il contratto stipulato *inter partes* se e in quanto intervenuto.

Si sono costituiti in giudizio l'Ulss. 3 e la controinteressata Mst Group S.r.l., contestando l'ammissibilità e fondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

Le parti hanno depositato memorie difensive.

All'esito dell'udienza del 14 dicembre 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare: in ordine all'improcedibilità del secondo motivo di ricorso e alla cessata materia del contendere sul terzo motivo di impugnazione.

Con riferimento al secondo motivo di ricorso, in ordine all'escussione della polizza definitiva, la parte resistente ha riconosciuto, in primo luogo, di essere incorsa in un errore materiale, facendo riferimento all'escussione della polizza definitiva anziché provvisoria, e, comunque, la P.a. ha revocato il provvedimento citato, come dato atto dalla stessa società ricorrente, con conseguente cessazione della materia del contendere *in parte qua*.

Parimenti, per quanto concerne il terzo motivo di ricorso e la richiesta di accesso agli atti ad esso correlata, dagli atti risulta cessata la materia del contendere avendo la ricorrente dato atto di aver ottenuto la documentazione richiesta.

2. In ordine al primo motivo di ricorso.

2.1. In via preliminare.

La controinteressata Mst Group srl ha, in primo luogo, eccepito che non sarebbe identificabile né nel ricorso, né nella procura, il nome del legale rappresentante *pro tempore* della società ricorrente; inoltre, difetterebbe la procura *ad litem* in quanto sarebbe generica anche quella posta a margine della stampa della prima pagina del ricorso.

Al riguardo, va rilevato, in primo luogo, che la procura *ad litem* risulta correttamente posta a margine del ricorso, facendo chiaro riferimento al contenzioso in esame.

In secondo luogo, va rammentato che l'illeggibilità della firma del conferente la procura alla lite, apposta in calce o a margine dell'atto con il quale sta in giudizio una società esattamente indicata con la sua denominazione, è irrilevante solo quando il nome del sottoscrittore risulti dal testo della procura stessa o dalla certificazione d'autografia resa dal difensore, ovvero dal testo di quell'atto, ovvero quando detto nome sia con certezza desumibile dall'indicazione di una specifica funzione o carica, che ne renda identificabile il titolare per il tramite dei documenti di causa o delle risultanze

del registro delle imprese: in assenza di tali condizioni e in difetto di menzione di alcuna funzione o carica specifica, allegandosi, come nel caso in esame, genericamente la qualità di legale rappresentante della società ricorrente, si determina una nullità relativa, che la controparte può opporre con la prima difesa, a norma dell'art. 157 c.p.c. (Cass. civ., sez. II, 30 maggio 2022, n. 17401).

D'altronde, parte controinteressata non ha eccepito il suddetto vizio nella prima difesa – ovvero nella memoria di costituzione depositata il 4 novembre 2022 – ma solo nella successiva memoria ex art. 73 c.p.a. depositata il 28 novembre 2022.

Pertanto, l'eccezione in questione deve essere respinta.

La società controinteressata, poi, ha eccepito il difetto di giurisdizione del G.A. in favore del G.O. Al riguardo, è costante l'insegnamento secondo il quale «rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo ogni controversia relativa all'impugnazione dell'aggiudicazione della gara e degli atti del relativo procedimento antecedenti alla stipula del contratto di appalto, mentre, nella giurisdizione del giudice ordinario, i giudizi relativi alla successiva 'fase contrattuale', concernente l'esecuzione del rapporto (*ex multis* Cass. SS.UU. 3/5/-OMISSIS-, n. 10705; Cass. 21/5/2019 n. 13660)» (Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2022, n. 171).

Le vicende che precedono la stipulazione del contratto appartengono ancora alla fase pubblicistica e legittimano, in presenza dei presupposti, l'attivazione dei poteri di autotutela, fatti salvi dall'art. 32, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 (Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 2019, n. 5354).

La revoca dell'aggiudicazione per inadempimenti dell'aggiudicatario nell'esecuzione del servizio consegnato in via d'urgenza, in quanto giustificata dall'inaffidabilità dimostrata dall'operatore *in limine executionis* attiene ancora alla fase della procedura di affidamento, e non a quella dell'esecuzione del contratto – e ciò vale a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a. (Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2019, n. 6251).

L'eccezione di difetto di giurisdizione, pertanto, deve essere respinta.

2.2. Nel merito.

2.2.1. Per quanto concerne il primo motivo di impugnazione, è bene soffermarsi anzitutto sulla struttura motivazionale del provvedimento impugnato.

Come si può intendere dalla parte in fatto che precede e dalla lettura per esteso del provvedimento di revoca impugnato, la ragione principale e prevalente della revoca dell'aggiudicazione è specificamente individuata dall'Amministrazione nell'aver la società ricorrente modificato, “a ridosso” della data di inizio del servizio oggetto di appalto, la composizione dei medici originariamente indicata in sede di gara, per un numero di sei medici su otto, fornendo, peraltro con

un giorno di ritardo rispetto al termine stabilito dalla P.a. medesima, nominativi di nuovi medici due dei quali privi dei requisiti ritenuti necessari dalla S.A.

In tal modo, la società ricorrente avrebbe illegittimamente modificato l'offerta mettendo a rischio la qualità del servizio offerto.

La motivazione del provvedimento impugnato, poi, reca un'ulteriore argomentazione, di più ampio respiro, che involge una valutazione negativa del complessivo comportamento tenuto dalla società ricorrente che avrebbe indotto la P.a. a ritenere la compagine ricorrente "inaffidabile": si tratta, però, nell'assetto motivazionale prospettato dalla P.a., di un argomento "rafforzativo" della ragione principale di revoca sopra ricordata.

2.2.2. È pacifico che la società ricorrente abbia, il 20 settembre 2022, quindi una decina di giorni prima della data indicata per l'inizio del servizio oggetto di appalto, e con un giorno di ritardo rispetto al termine assegnato dalla P.a., fornito un elenco di medici, che avrebbero dovuto eseguire il servizio, in numero maggiore e con nominativi diversi – in numero di sei su otto – rispetto a quelli indicati in sede di gara.

Il Collegio ritiene che alla questione in esame non possa essere data una soluzione in astratto univoca, poiché per comprendere se si viene a determinare una effettiva modifica dell'offerta idonea a giustificare la revoca dell'aggiudicazione è necessario analizzare come in concreto sia stata declinata la disciplina del singolo appalto, in relazione, quindi, alle previsioni del bando di gara e del capitolato speciale.

Nel caso di specie è vero che, come sottolineato dall'Amministrazione resistente e dalla società controinteressata, il numero e i curricula dei medici sono stati individuati negli atti di gara come un elemento rilevante ai fini della stessa valutazione dell'offerta tecnica e, quindi, in ultima analisi, dell'aggiudicazione dell'appalto; d'altronde, in nessuno degli atti di gara emerge in modo espresso un divieto di modifica, successivamente alla conclusione della procedura di affidamento, della compagine dei medici indicati in sede di offerta.

Al contrario, l'art. 3 del Capitolato speciale di gara, prevede che «l'individuazione del professionista che adempirà la prestazione oggetto del contratto per l'eventuale sostituzione, in caso di impedimento o assenza del titolare, sarà concordata tra la ditta aggiudicataria e il Responsabile dell'Unità Operativa SUEM».

La previsione, quindi, dimostra come la stessa P.a., nel modellare il contenuto contrattuale dell'appalto in esame abbia tenuto conto della possibile, per non dire probabile, eventualità della sostituzione degli operatori forniti.

Del resto, che debba essere data all'impresa fornitrice del servizio la possibilità di modificare la compagine dei medici pur indicata in offerta e rilevante ai fini della valutazione della medesima e dell'aggiudicazione dell'appalto, è necessità logicamente evidente, poiché può accadere che, in via ipotetica, anche tutto il personale messo a disposizione, per le ragioni più disparate, venga a subire un impedimento, parziale o totale, temporaneo o definitivo, che impone e al contempo giustifica il diritto/dovere in capo al fornitore del servizio di superare l'impasse esecutiva conseguente.

In mancanza di una specifica previsione negli atti di gara che vieti, anche solo parzialmente, la modifica della compagine degli operatori professionali, non può escludersi che l'impresa fornitrice del servizio possa e debba – per garantire l'esecuzione dell'appalto, e, quindi, l'adempimento delle obbligazioni a suo carico – presentare dei nominativi di medici in sostituzione – anche globale – di quelli indicati in sede di offerta.

Non si tratta, d'altronde, come vorrebbe far intendere parte ricorrente, di una libera o assolutamente discrezionale facoltà dell'impresa fornitrice del servizio, in primo luogo perché, come indicato – ancorché in modo sintetico e non particolarmente approfondito – dall'art. 3 del capitolato speciale sopra ricordato, la “sostituzione” deve trovare l'accordo della P.a.: anche in tal caso si tratta di una soluzione logicamente inevitabile, poiché nell'ambito di quello che è pur sempre un rapporto contrattuale, le modifiche, specie se vengono ad incidere in modo rilevante sull'oggetto del regolamento negoziale e sull'esecuzione delle prestazioni poste a carico dell'impresa fornitrice del servizio, devono essere concordate tra le parti, salvo che sussistano previsioni negoziali specifiche – nel caso di specie assenti – che consentano uno *jus variandi* unilaterale.

Ovviamente, il comportamento della P.a. e dell'impresa fornitrice del servizio, nel caso di proposta “sostituzione” degli operatori, deve essere conformato al rispetto reciproco del principio di correttezza e buona fede, sì che se, da un lato, il debitore non deve mettere ingiustificatamente in difficoltà il creditore e deve adempiere correttamente ai propri obblighi, il creditore (nel caso di specie la P.a.) deve fare quanto possibile per consentire al debitore di eseguire correttamente la prestazione, purché ciò non comporti uno sforzo eccessivo a carico del creditore medesimo.

Sotto altro profilo, nell'orientare il proprio giudizio, ai fini dell'espressione del “consenso”, la P.a. deve tener conto, da un lato, dell'interesse pubblico al corretto e qualitativamente adeguato adempimento da parte dell'impresa fornitrice del servizio delle obbligazioni sulla stessa gravante, con particolare riguardo alla prestazione o alle prestazioni principali oggetto di appalto; dall'altro lato, della necessità di tutelare la concorrenza e la *par condicio* tra i contraenti in gara, in quanto la sostituzione dei medici, pur ammissibile, non deve condurre ad una surrettizia modifica *in*

pejus dell'offerta tecnica, sulla scorta della quale l'impresa ha potuto ottenere un punteggio idoneo a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto.

In questo senso, quindi, per contemperare adeguatamente gli interessi in gioco, il criterio interpretativo e applicativo che la P.a. deve seguire – come del resto richiamato negli atti dalla stessa Amministrazione resistente – è quello dell'equivalenza: la P.a., cioè, nel determinarsi in ordine al consenso da prestare alla modifica/sostituzione degli operatori, deve esaminare i curricula degli stessi e, quindi, accertare l'effettiva fungibilità tra quelli sostituendi e sostituiti, valutando la corrispondenza ed equivalenza, sotto il profilo curriculare, tra i primi e i secondi, sì che di fatto venga ad essere consentita una mera sostituzione “nominativa”, ma non “professionale”.

Ovviamente, poi, il rispetto del principio di correttezza e buona fede da parte dei contraenti deve essere valutato tenendo conto del complesso dei comportamenti che vengono a caratterizzare la specifica fattispecie di volta in volta in esame.

Nel caso di specie, occorre rammentare che in conseguenza di una revoca giudicata illegittima non solo dall'intestato Tar, ma anche dal Consiglio di Stato, la possibilità per l'odierna ricorrente – più correttamente dell'originario RTI – di stipulare il contratto e avviare il servizio è stata posticipata di ben un anno.

A questo dato, certamente imputabile alla P.a. resistente, va, d'altronde, associato il problema, inerente la sfera soggettiva della ricorrente – ancorché più propriamente concernente le società facenti parte del costituendo RTI aggiudicatario – legato alla necessità di procedere alla rideterminazione dell'assetto “soggettivo” dell'impresa fornitrice del servizio, che ha portato La Vela a proporsi in via autonoma quale soggetto esecutore dell'appalto.

Questa combinazione di fattori, che impedisce di imputare ragionevolmente il ritardo ad una sola delle due parti e, quindi, di valorizzare un possibile univoco profilo di non correttezza nei reciproci rapporti precontrattuali, ha condotto, in modo sostanzialmente condiviso, all'individuazione della data del 1 ottobre 2022 per l'effettivo inizio dell'esecuzione da parte di Vela.

D'altronde, il tempo trascorso, a stessa detta dell'Amministrazione resistente, giustificava e giustifica la possibile necessità di una modifica nominativa dei medici originariamente indicati in sede di gara.

È vero che la società ricorrente nell'agosto del 2022 ha confermato i nominativi indicati in sede di gara e solo un mese più tardi ne ha modificato sei su otto; ma è anche vero che l'elenco contenente i diversi nominativi è pervenuto alla P.a. in data 20 settembre 2022, ovvero una decina di giorni prima dell'inizio concordato del servizio, tanto che – a stessa detta della P.a. – quest'ultima ha proceduto all'esame dei nominativi medesimi, così dimostrando che era non era estremamente

difficoltoso per la P.a. procedere a quel giudizio di equivalenza cui si è fatto riferimento più sopra, nonostante sia stato superato di un giorno il termine indicato dalla P.a. per la comunicazione dell'elenco dei medici e dei turni.

D'altronde, la P.a. resistente non ha proceduto al giudizio comparativo richiesto e necessario anche solo per negare il consenso alla sostituzione, né, comunque, ha adeguatamente motivato sul punto: in altre parole, l'affermazione secondo la quale parte ricorrente avrebbe "modificato l'offerta" è priva di un'adeguata giustificazione e motivazione alla base, perché, per poter giungere ad una tale determinazione, avrebbe dovuto porre in essere quel giudizio di equivalenza sopra detto accertando l'effettiva non corrispondenza dei curricula dei medici sostituendi con quelli dei medici sostituiti.

Quanto precede, peraltro, tenuto conto del fatto che, pacificamente, la società ricorrente, nell'elenco del 20 settembre 2022 ha indicato un numero di medici superiore agli otto indicati in gara.

Questo consente di passare all'esame della questione relativa alla presenza nell'elenco presentato da parte ricorrente di tre medici ritenuti dalla P.a. "privi dei requisiti".

A tal proposito, premesso che nel provvedimento di revoca non è esplicitata la ragione per la quale questi tre medici sarebbero stati privi dei requisiti, pare fondata la considerazione di parte ricorrente laddove valorizza il fatto che, come detto, erano stati proposti ben 15 nominativi di medici contro gli otto originari, sì che, comunque, la P.a. avrebbe potuto e dovuto effettuare il giudizio di equivalenza predetto in riferimento agli altri medici indicati, fermo restando altresì, che da quanto emerso in atti, la società ricorrente ha tentato di superare il rilievo sollevato dalla P.a. espungendo dall'elenco i medici contestati o comunque offrendosi di farlo (fermo restando che in ordine ad uno dei tre medici in questione la P.a. non ha specificato il nominativo preciso).

Quindi, anche sotto questo profilo, la motivazione addotta dalla P.a. non risulta essere corretta.

Con riferimento, infine, all'ulteriore argomentazione "rafforzativa" utilizzata dalla P.a. a fondamento della revoca, e finalizzata a valorizzare il complessivo comportamento tenuto dalla società ricorrente in quanto denotante l'inaffidabilità della stessa alla corretta esecuzione dell'appalto, alla luce di quanto precede, la valutazione sintetica operata della P.a. appare manifestamente non corretta e inidonea a fondare, in via autonoma, la revoca impugnata.

Infatti, come detto, il ritardo nell'esecuzione dell'appalto da parte della società ricorrente è stato conseguenza di un concorso di fattori tra i quali considerevole rilievo ha giocato il provvedimento illegittimo della P.a. resistente, laddove l'unico comportamento oggettivamente poco diligente e attento ascrivibile a carico della società ricorrente parrebbe essere solo quello relativo alla contraddittoria indicazione in agosto dei medesimi medici indicati in gara rispetto all'elenco con i

nominativi modificato inviato il 20 settembre 2022, circostanza che, però pare essere palesemente non sufficiente a poter giustificare un giudizio di inaffidabilità.

2.2.3. In ragione di quanto precede, quindi, il primo motivo di impugnazione deve essere accolto.

3. Pertanto, il ricorso deve essere in parte accolto, con annullamento del provvedimento di revoca impugnato, dovendo la P.a. resistente riesaminare l'elenco dei medici – così come successivamente rideterminato dalla società ricorrente all'esito dell'espunzione ed eventuale sostituzione dei nominativi ritenuti dalla P.a. non in possesso dei requisiti di idoneità – per effettuare il giudizio di equivalenza nel senso sopra precisato, motivando in ordine allo stesso in relazione a ciascun medico e, quindi, procedendo alle determinazioni consequenziali in ragione dell'esito del giudizio comparativo.

In parte, poi, come detto, deve essere dichiarata cessata la materia del contendere.

Le spese di lite, attesa la complessità e particolarità della controversia, devono essere integralmente compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte dichiara cessata la materia del contendere e, in parte, nei limiti e per le ragioni indicate in parte motiva, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento di revoca impugnato, disponendo che la P.a. resistente provveda in conformità a quanto indicato in motivazione;

spese di lite compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Mara Bertagnolli, Consigliere

Paolo Nasini, Primo Referendario, Estensore

IL SEGRETARIO