

REGIONE TOSCANA
AZIENDA UNITA' SANITARIA LOCALE TOSCANA CENTRO
Sede Legale Piazza Santa Maria Nuova n. 1 – 50122 Firenze

DETERMINA DEL DIRIGENTE

Numero del provvedimento	719
Data del provvedimento	23-03-2022
Oggetto	Evidenza pubblica
Contenuto	Presenza d'atto delle sentenze del Consiglio di Stato n. 1633 del 05/03/2020 e n. 8043 del 02/12/2021 – Determinazioni.

Dipartimento	DIPARTIMENTO AREA TECNICA
Direttore Dipartimento	LAMI SERGIO
Struttura	SOC APPALTI E SUPPORTO AMMINISTRATIVO
Direttore della Struttura	MARTELLINI MASSIMO
Responsabile del procedimento	MARTELLINI MASSIMO

Conti Economici			
Spesa	Descrizione Conto	Codice Conto	Anno Bilancio
Spesa prevista	Conto Economico	Codice Conto	Anno Bilancio

Allegati Atto		
Allegato	N.Pagine allegato	Oggetto Allegato
Estremi relativi ai principali documenti contenuti nel fascicolo		
Allegato	N° pag.	Oggetto

IL DIRIGENTE

Vista la Legge Regionale n.84 del 28.12.2015 recante il “*Riordino dell’assetto istituzionale e organizzativo del sistema sanitario regionale. Modifiche alla l.r. 40/2005*”;

Vista la delibera n. 1720 del 24.11.2016 di approvazione dello Statuto aziendale e le conseguenti delibere di conferimento degli incarichi dirigenziali delle strutture aziendali;

Richiamata la delibera n.644 del 18.04.2019 relativa al sistema aziendale di deleghe per l’adozione degli atti amministrativi, successivamente integrata dalla delibera 889 del 23.07.2020;

Richiamata la delibera n. 1909 del 09.12.2021 con la quale l’ing. Sergio Lami è stato nominato Direttore del Dipartimento Area Tecnica;

Vista la delibera n. 842 del 07/06/2018 con cui il Dott. Massimo Martellini è stato nominato Direttore della SOC Appalti e supporto amministrativo;

Richiamata la delibera n. 1348 del 26/09/2019 avente per oggetto: “*Modifica delibera n. 644/2019 “Approvazione del sistema aziendale di deleghe (..) e Delibera n. 885/2017 “Criteri generali per la nomina delle Commissioni giudicatrici nell’ambito delle gare d’appalto del Dipartimento Area tecnica e ripartizioni di competenze tra le SOC (..)”. Integrazione deleghe dirigenziali ed individuazione competenze nell’adozione degli atti nell’ambito del Dipartimento Area Tecnica e del Dipartimento SIOR*”;

Richiamata per lo specifico ambito del Dipartimento Area Tecnica, la Delibera del Direttore Generale f.f. nr. 885 del 16/06/2017, così come modificata dalla deliberazione n. 1348 del 26.09.2019 avanti richiamata e dalla deliberazione n. 204 del 24.02.2020, con la quale è stata definita la ripartizione delle competenze tra le SOC afferenti al medesimo Dipartimento, relativamente agli atti da adottare per le procedure di gara e, più in particolare, è stato delegato il Direttore della SOC Appalti e supporto amministrativo alla “*predisposizione di tutta la documentazione amministrativa conseguente e necessaria per l’espletamento delle procedure di gara sulla base dell’atto di programmazione e indizione della procedura adottato dal Direttore Generale su proposta del RUP e del Direttore della SOC tecnica. Il Direttore della SOC Appalti e Supporto Amministrativo è conseguentemente delegato all’adozione di tutti gli atti finalizzati alla esecuzione della procedura di gara e alla stipula del contratto*”;

Visto il Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50, e s.m.i, come novellato dal Decreto Legislativo 19 aprile 2017 n. 56 “*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*”, che ha, tra l’altro, modificato la rubrica del decreto in “*Codice dei contratti pubblici*”;

Ricordato:

1) che con deliberazione del Direttore Generale n. 1286 del 30.10.2017, esecutiva ai sensi di legge, è stata indetta la procedura aperta, ai sensi dell’articolo 60 del D.lgs. n. 50/2016 e s.m., per l’affidamento dei lavori di demolizione selettiva e meccanica degli edifici costituenti l’ex Presidio Ospedaliero “Misericordia e Dolce” di Prato - CUP: E38C15000090007 - CIG: 7338269326;

2) che con determinazione dirigenziale n. 1930 del 20.11.2018 è stata approvata la classifica di gara e disposta l’aggiudicazione non definitiva al costituendo R.T.I. - DAF COSTRUZIONI STRADALI SRL di Milano, mandatario - GARC SPA di Carpi (MO), mandante, - EDIL MOTER SRL di Roma, mandante, risultato primo nella classifica di gara;

3) che con provvedimento n. 90 del 17.01.2019, questa Azienda ha annullato l’aggiudicazione non efficace disposta con determina n. 1930/2018 nei confronti del R.T.I. - DAF COSTRUZIONI STRADALI SRL, GARC SPA, EDIL MOTER SRL, ai sensi dell’articolo 80, comma 5, del D.lgs. 50/2016 e s.m., per l’omessa indicazione di una sentenza penale irrevocabile di condanna da parte di un subappaltatore della terna prevista dall’art. 105, comma 6, dello stesso decreto, disponendo conseguentemente:

- a) l’incameramento della cauzione provvisoria;
- b) la segnalazione all’ANAC per l’applicazione delle norme vigenti in materia di false dichiarazioni;

c) lo scorrimento della classifica di gara a favore del secondo classificato, costituendo R.T.I DEL DEBBIO SPA di Lucca, mandataria, - CICLAT VAL DI CECINA SOC.COOP di Pomarice (PI), mandante, - GRUPPO SEI SRL di Camaiore (LU), mandante;

d) le verifiche dei requisiti generali e speciali, dichiarati in sede di gara dal RTI secondo classificato sopra indicato;

4) che con provvedimento n. 321 del 27.02.2019, immediatamente eseguibile, sono stati disposti:

a) l'esclusione dalla stessa procedura anche del secondo classificato, costituendo R.T.I DEL DEBBIO SPA di Lucca, mandataria, - CICLAT VAL DI CECINA SOC.COOP di Pomarice (PI), mandante, - GRUPPO SEI SRL di Camaiore (LU), mandante, ai sensi del combinato disposto dell'art. 80, comma 5, lett. f-bis e dell'art. 89, comma 1, del D.lgs. 50/2016 e s.m., per l'omessa indicazione di una sentenza penale irrevocabile di condanna da parte dell'impresa ausiliaria della Del Debbio S.p.a.;

b) la segnalazione all'ANAC per l'applicazione delle norme vigenti in materia di false dichiarazioni;

c) lo scorrimento della citata classifica di gara a favore del terzo classificato: il costituendo raggruppamento RAD SERVICE SRL UNIPERSONALE di Gubbio (PG), mandataria, COSMO AMBIENTE SRL, di Noale (VE), mandante, COSMOSCAVI SRL, di Noale, (VE) mandante;

- che con provvedimento n. 529 del 04.04.2019, immediatamente eseguibile, i lavori sono stati aggiudicati in favore del terzo classificato, ai sensi dell'art. 32, commi 5 e 7, del D.Lgs. 50/2016 e s.m.;

Ricordato altresì:

- che avverso i provvedimenti espulsivi sono insorte sia il primo che il secondo classificato della graduatoria originaria con distinti ricorsi innanzi al Tribunale Amministrativo della Toscana;

- che il TAR Toscana ha accolto entrambi i ricorsi:

a) quello proposto dal secondo classificato DEL DEBBIO SPA, mandataria, con Sentenza 955/2019, e

b) quello proposto dal primo classificato RTI DAF SRL di Milano, con Sentenza n. 1044/2019;

- che avverso le Sentenze TAR Toscana avanti citate sono stati proposti n. 3 appelli:

= RG 7212/2019 proposto dal RTI Del DEBBIO avverso la Sentenza n. 1044/2019,

= RG 7225/2019 proposto dal RTI RAD avverso la Sentenza 955/2019

= RG 8227/2019, proposto anch'esso dal RTI RAD avverso la Sentenza n. 1044/2019;

- che il Consiglio di Stato ha deciso in merito ai suddetti appelli con:

- Sentenza n. 1603 del 04/03/2020, relativa alla Sentenza TAR n. 1044/2019, riunendo gli appelli RG 7212 e RG 8227;

- Sentenza non definitiva n. 1633 del 5/03/2020, relativa alla Sentenza TAR 955/2019, appello R.g. 7225;

Considerato che con la Sentenza non definitiva n. 1633/2020, (appello R.G. n. 7225/2019), il Consiglio di Stato, *“pur respingendo i rimanenti motivi addotti da Del Debbio ai sensi dell'art. 101 comma 2 c.p.a.”*, ha disposto - *in relazione alla questione della sua automatica esclusione per fatto dell'ausiliario (VII motivo) – di sollevare, con separata Ordinanza presso la Corte di Giustizia Europea, la questione pregiudiziale di interpretazione del diritto comunitario “per verificare se quest'ultimo osti all'applicazione delle regole nazionali che, nel settore degli appalti pubblici, impongono, nell'ipotesi di dichiarazione mendace dell'impresa ausiliaria, l'esclusione dalla gara dell'operatore economico che di quell'impresa si avvale, senza possibilità di sostituirla – così come previsto dall'art. 89, comma 3 per le altre ipotesi di sussistenza di motivi di esclusione ai sensi dell'art. 80”*;

Dato atto:

- che, nelle more della decisione della CGUE, questa Amministrazione ha dato attuazione alla Sentenza n. 1603 del 04.04.2020 e, con Determina Dirigenziale n. 599 del 09/03/2020:

- ha annullato l'esclusione dalla gara del RTI DAF COSTRUZIONI STRADALI SRL di Milano, mandatario - GARC SPA di Carpi (MO), mandante, - EDIL MOTER SRL di Roma, mandante;

- ha disposto l'attivazione del sub-procedimento di valutazione di verifica dell'affidabilità del RTI DAF;

- che con Determina dirigenziale n. 744 del 25/03/2020 questa Azienda ha concluso positivamente il sub procedimento di verifica dell'affidabilità del RTI DAF ed ha conseguentemente annullato:

- a) la Determina dirigenziale n. 90 del 17/01/2019, con il quale si annullava l'aggiudicazione non efficace al RTI DAF e si disponeva lo scorrimento della graduatoria a favore del secondo classificato RTI Del Debbio;
- b) i successivi provvedimenti n. 321/2019 e n. 529/2019) per illegittimità derivata e consequenziale;
- che con Determina n. 1135 del 18/05/2020 è stata dichiarata efficace l'aggiudicazione della gara dei lavori di demolizione dell'ex presidio ospedaliero Misericordia e Dolce di Prato a favore del RTI DAF;
 - che il Contratto d'appalto è stato sottoscritto in data 20/08/2020;

Considerato che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con sentenza del 03/06/2021, si è pronunciata sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato con Ordinanza del 20/02/2020

a) affermando che *“l'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 4, lettera b), di tale direttiva e alla luce del principio di proporzionalità, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale in forza della quale l'amministrazione aggiudicatrice deve automaticamente escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico qualora un'impresa ausiliaria, sulle cui capacità esso intende fare affidamento, abbia reso una dichiarazione non veritiera quanto all'esistenza di condanne penali passate in giudicato, senza poter imporre o quantomeno permettere, in siffatta ipotesi, a tale offerente di sostituire detto soggetto”;*

b) precisando che *“.. ancor prima di esigere da un offerente la sostituzione di un soggetto sulle cui capacità intende fare affidamento, a motivo del fatto che quest'ultimo si trova in una delle situazioni di cui all'articolo 57, paragrafi 1 e 4, della direttiva 2014/24, l'articolo 63 di tale direttiva presuppone che l'amministrazione aggiudicatrice dia a tale offerente e/o a tale soggetto la possibilità di presentarle le misure correttive che esso ha eventualmente adottato al fine di rimediare all'irregolarità constatata e, di conseguenza, di dimostrare che*

esso può essere nuovamente considerato un soggetto affidabile ... e solo in subordine, e se il soggetto al quale è opposta una causa di esclusione di cui all'articolo 57, paragrafi 1 e 4, della direttiva 2014/24 non ha adottato alcuna misura correttiva, o se quelle che esso ha adottato sono ritenute insufficienti dall'amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima può, o, se il suo diritto nazionale la obbliga, deve imporre all'offerente di procedere alla sostituzione di detto soggetto (par. 36 e 37)”;

Vista la Sentenza n. 8043 del 02/12/2021, con la quale la Suprema Corte, a seguito della Sentenza CGUE del 03/06/2021:

- ha dichiarato fondato ed ha accolto il VII motivo di ricorso dell'R.T.I DEL DEBBIO SPA di Lucca, capogruppo, per i motivi indicati nel pronunciamento della Corte europea, in particolare perché l'art. 89, comma 1, del D.lgs. n. 50/2016 va disapplicato in quanto non conforme alla norma comunitaria alla luce dell'interpretazione data dalla stessa Corte all'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, in combinato disposto con l'articolo 57, paragrafo 4, lettera h) di tale direttiva;

- ha richiamato le seguenti disposizioni operative dettate dalla CGUE :

a) *“.. se il giudice del rinvio confermasse l'affermazione dell'RTI Del Debbio secondo cui la condanna penale del dirigente dell'impresa ausiliaria sulle cui capacità esso aveva inteso fare affidamento non figurava nell'estratto del casellario giudiziale consultabile dai soggetti privati, cosicché la normativa italiana non consentiva all'RTI Del Debbio di venire a conoscenza di tale condanna, non gli si potrebbe addebitare una mancanza di diligenza. Di conseguenza, in tali circostanze, sarebbe contrario al principio di proporzionalità, enunciato all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, impedire la sostituzione del soggetto interessato da una causa di esclusione” (par. 41);*

b) *“.. che, quando si vede obbligata, in forza del suo diritto nazionale, ad imporre ad un offerente la sostituzione di un soggetto sulle cui capacità esso intende fare affidamento, l'amministrazione aggiudicatrice deve assicurarsi, conformemente ai principi di trasparenza e di parità di trattamento enunciati all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, che la sostituzione del soggetto interessato non conduca a una modifica sostanziale dell'offerta di tale offerente” (par. 42)”;*

- ha dato atto che la verifica documentale di cui al punto a) sopra indicato, ha già avuto riscontro, mentre spetta all'amministrazione precedente attuare il punto b) sopra indicato e cioè *“verificare la compatibilità dell'eventuale sostituzione dell'impresa ausiliaria con la preservazione dei contenuti sostanziali dell'offerta”;*

- ha confermato – seppure con diversa motivazione - la declaratoria di illegittimità e l'annullamento degli atti impugnati in primo grado, con conseguente obbligo per l'amministrazione di rideterminarsi conformemente ai criteri di indirizzo operativo innanzi richiamati;

Ritenuto:

- di prendere atto

1) della sentenza non definitiva n. 1633 del 05/03/2020 con la quale il Consiglio di Stato accoglie il ricorso proposto dalla terza classificata avverso la sentenza TAR Toscana n. 955/2019, respingendo i motivi di ricorso adottati dal RTI Del Debbio, accolti dal giudice di primo grado e riproposti dalla parte appellata ai sensi dell'art. 101, comma 2 c.p.a., ad eccezione del VII motivo, relativo all'automatica esclusione del RTI Del Debbio per fatto dell'ausiliario, con riferimento al quale il Collegio ha rimesso la questione pregiudiziale di interpretazione del diritto comunitario alla Corte di Giustizia Europea, con conseguente sospensione del giudizio;

2) della sentenza del Consiglio di Stato n. 8043 del 02/12/2021 con la quale il giudice amministrativo di secondo grado, a seguito della Sentenza della CGUE del 03/06/2021, ha deciso in via definitiva in merito al ricorso n. RG 7225/2019 avente per oggetto la sentenza n. 955/2019 della gara aperta per l'affidamento dei lavori di demolizione selettiva e meccanica degli edifici costituenti l'ex Presidio Ospedaliero "Misericordia e Dolce" di Prato, statuendo che spetta all'amministrazione precedente attivare il procedimento di verifica della compatibilità dell'eventuale sostituzione dell'operatore economico ausiliario del RTI Del Debbio Spa, senza che ciò comporti una modifica sostanziale dell'offerta;

- di riservarsi di dare atto con successivo provvedimento dell'esito della verifica;

- di dare atto altresì che i provvedimenti impugnati in primo grado e dei quali il Consiglio di Stato conferma l'annullamento: Determina n. 321 del 27/02/2019 e Determina n. 529 del 04/04/2019, sono già stati annullati da questa Amministrazione con Determina n.744 del 25/03/2020;

Dato atto che il presente provvedimento non comporta spesa;

Dato atto che il sottoscritto Direttore della SOC Appalti e supporto amministrativo, dott. Massimo Martellini, nel proporre il presente atto attesta la regolarità tecnica ed amministrativa e la legittimità e congruenza dell'atto con le finalità istituzionali di questo Ente, stante anche l'istruttoria effettuata a cura dal sottoscritto che riveste altresì il ruolo di Responsabile del Procedimento;

DETERMINA

Per le motivazioni espresse in narrativa, che qui si intendono integralmente richiamate:

1) di prendere atto della sentenza non definitiva del Consiglio di Stato n. 1633 del 05/03/2020, con la quale l'organo giurisdizionale accoglie l'appello R.G. 7225/2019 proposto dalla terza classificata nella gara aperta per l'affidamento dei lavori di demolizione selettiva e meccanica degli edifici costituenti l'ex Presidio Ospedaliero "Misericordia e Dolce" di Prato, avverso la sentenza TAR Toscana n. 955/2019, respingendo i motivi di ricorso adottati dal RTI Del Debbio, capogruppo, accolti dal giudice di primo grado e riproposti dalla parte appellata ai sensi dell'art. 101, comma 2 c.p.a., ad eccezione del VII motivo, relativo all'automatica esclusione del RTI Del Debbio per fatto dell'ausiliario, con riferimento al quale il Collegio ha rimesso la questione pregiudiziale di interpretazione del diritto comunitario alla Corte di Giustizia Europea, con conseguente sospensione del giudizio;

2) di prendere atto altresì della sentenza del Consiglio di Stato n. 8043 del 02/12/2021, con la quale l'organo giurisdizionale amministrativo di secondo grado, attuando la decisione della Corte Europea del 03/06/2021, si è pronunciato definitivamente in merito al ricorso R.G. 7225/2019 e ha statuito:

a) di accogliere il VII motivo di ricorso assorbito e riproposto dalla parte appellata, RTI DEL Debbio, ai sensi dell'art. 101, comma 2 c.p.a. relativo all'automatica esclusione del RTI Del Debbio per fatto dell'ausiliario, con riferimento al quale, con Sentenza non definitiva n. 1633/2020 era stato disposto il

rinvio della questione pregiudiziale di interpretazione del diritto comunitario alla Corte di Giustizia Europea, con conseguente sospensione del giudizio;

b) la conseguente conferma della declaratoria di illegittimità e di annullamento degli atti impugnati in primo grado;

c) l'obbligo per l'amministrazione di rideterminarsi conformemente ai criteri di indirizzo operativo richiamati nella suddetta Sentenza;

3) di disporre l'attivazione della procedura di verifica dell'eventuale sostituzione dell'impresa ausiliaria della Del Debbio s.p.a., senza che ciò comporti una modifica sostanziale dell'offerta, in attuazione di quanto disposto dalla Suprema Corte con la sentenza 8043/2021;

4) di dare atto che i provvedimenti impugnati in primo grado e dei quali il Consiglio di Stato conferma l'annullamento: Determina n. 321 del 27/02/2019 e Determina n. 529 del 04/04/2019, sono già stati annullati da questa Amministrazione con Determina n.744 del 25/03/2020;

5) di riservarsi di dare atto dell'esito della verifica di cui al precedente punto 3) con successivo provvedimento;

6) di dare atto che il presente provvedimento non comporta spesa;

7) di pubblicare, ai sensi dell'art. 29, comma 1, del D.lgs 50/2016, il presente atto sul sito web della stazione Appaltante, nella sezione "Amministrazione trasparente", sotto sezione "Bandi di gara e contratti", nonché sul sistema informatizzato dell'Osservatorio dei Contratti pubblici della Regione Toscana;

8) di trasmettere la presente determinazione al Collegio Sindacale a norma di quanto previsto dall'art. 42, comma 2, della L. R. Toscana n. 40/2005 e succ. mod. ed integrazioni;

9) di pubblicare sull'albo on-line ai sensi dell'art. 42 comma 2, della Legge Regionale 40/2005 e ss.mm.ii..

IL DIRETTORE
SOC Appalti e supporto amministrativo
Dr. Massimo Martellini