

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: Procedimento amministrativo - Appalti pubblici - Ricorso incidentale - Ricorso principale - Rapporto.

Cons. Stato, Sez. III, 9 febbraio 2021, n. 1221

- in *Guida al Diritto.*, 2021, 8, pag. 106, con nota di Davide Ponte, *Bilanciate le regole processuali interne con quelle dettate dalla Corte europea.*

“[...] il ricorso principale deve essere esaminato per primo, potendo la sua eventuale infondatezza determinare l'improcedibilità del ricorso incidentale. Si dà, in altre termini, priorità al gravame principale e ciò in quanto, mentre l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale non potrebbe in ogni caso comportare l'improcedibilità del ricorso principale, l'eventuale infondatezza del ricorso principale consentirebbe di dichiarare l'improcedibilità del ricorso incidentale, con conseguente economia dei mezzi processuali. Infatti, ove fosse respinto il ricorso principale, con conseguente formazione del giudicato sulla legittimità della aggiudicazione controversa, il controinteressato, vale a dire l'aggiudicatario, avendo reso intangibile la soddisfazione del proprio interesse, non potrebbe nutrire alcun ulteriore interesse all'accoglimento del ricorso incidentale [...]”.

FATTO e DIRITTO

1. - La società Tecnologie Sanitarie S.p.A (in seguito, per brevità, TS) chiede la riforma della sentenza -OMISSIS- del 12.10.2020, con cui il TAR per la Lombardia, sede di Milano, Sez. I, ha accolto il ricorso della controinteressata -OMISSIS- e, per l'effetto, ha annullato la gara indetta da ARIA per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali.

1.1 - Segnatamente vengono impugnate dall'appellante principale, rispetto al lotto n. 3, le statuizioni del giudice di prime cure sugli esiti di tale gara suddivisa in nove lotti e così aggiudicata:

A) lotti 1, 3 e 8 al RTI composto da Tecnologie Sanitarie (di seguito anche TS) mandataria e Hospital Consulting (di seguito anche HC) mandante;

B) lotti 5,7 e 9 al RTI composto invece da HC mandataria con TS mandante;

C) lotto 4 a TS in forma individuale;

D) lotti 2 e 6 al RTI formato da Comed /Zephyro.

1.2 - Il TAR, con la pronuncia qui appellata, ha accolto in parte sia il ricorso principale che quello per motivi aggiunti, proposti da -OMISSIS-, e per l'effetto ha annullato, nei limiti indicati in motivazione, il bando, il disciplinare e il provvedimento di aggiudicazione in relazione al lotto 3; ha accolto anche il ricorso incidentale proposto da TS disponendo l'annullamento del provvedimento

di ammissione di -OMISSIS- al lotto in questione (lotto 3); ha respinto la domanda risarcitoria di -OMISSIS-.

1.3. Segnatamente il TAR, in accoglimento del ricorso di -OMISSIS-, ha disposto la caducazione dell'intera procedura competitiva, dal bando sino all'aggiudicazione, in accoglimento delle censure di -OMISSIS- relativamente a:

- illegittima suddivisione della gara in lotti;
- illegittimità del vincolo di aggiudicazione nella sua configurazione-base prevista in *lex specialis* (che individuava nel numero massimo di quattro le aggiudicazioni conseguibili da uno stesso soggetto);
- elusione del vincolo di aggiudicazione previsto dalla *lex specialis* per come interpretato nei chiarimenti resi dalla stazione appaltante e poi applicato in sede di aggiudicazione, avendo il seggio di gara consentito di sterilizzarne gli effetti nel caso di partecipazione in RTI dei medesimi soggetti con ruoli diversi;
- mancata previsione di una clausola pro - concorrenziale, tesa ad evitare distorsioni in caso di partecipazione di RTI sovrabbondanti, in dipendenza sia del vincolo di aggiudicazione, come interpretato dalla stazione appaltante, sia della peculiare configurazione dei lotti;
- irregolare gestione della intera procedura in quanto contrastante con i principi di concentrazione, continuità e valutazione comparativa delle offerte.

2. - A sostegno del proprio mezzo l'appellante principale deduce, relazione al ricorso principale proposto da -OMISSIS-, che:

- a) la decisione di primo grado sarebbe erronea quanto al mancato rilievo, rispetto alla contestata suddivisione in lotti della gara, della tardività della relativa doglianza e del difetto di legittimazione di -OMISSIS- ad introdurla siccome non rientrante nella categoria soggettiva delle P.M.I;
- b) nel merito, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, le determinazioni della stazione appaltante sulla ripartizione della gara in lotti sarebbero coerenti con la disciplina di settore anche in considerazione del fatto che la gara risulterebbe strutturata in maniera tale da assicurare ampia partecipazione, tenuto conto della concreta modulazione dei requisiti di capacità tecnica ed economico – professionali richiesti;
- c) sarebbe, inoltre, parimenti illegittima la decisione di prime cure di accogliere il ricorso di -OMISSIS- nella parte in cui lamentava l'illegittimità dell'applicazione del vincolo di aggiudicazione. Ed, invero, la pronuncia oggetto di gravame non recherebbe nessuna valutazione delle eccezioni di inammissibilità sollevate in prime cure e, segnatamente, quanto alla mancata impugnativa del disciplinare che, a pag. 38, imponeva a tutti i concorrenti di accettare i chiarimenti

resi dall'Amministrazione, da un lato, e quanto alla dedotta assenza di concreta utilità per -OMISSIS- di contestare l'applicazione che ARIA aveva fatto del vincolo di aggiudicazione. Inoltre, la decisione in argomento non terrebbe conto dell'ampia discrezionalità dell'Amministrazione e della coerenza del suo operato con la disciplina di gara e con quella di settore ex artt. 45 e 51 del codice dei contratti. Il giudice di prime cure sarebbe inoltre andato ultra petita in quanto -OMISSIS- non avrebbe contestato il numero massimo di lotti da aggiudicarsi (4 lotti);

d) le censure di -OMISSIS- non conterrebbero alcuna prova diretta o indiretta di quale sia stato il vantaggio concreto che l'ATI sovrabbondante avrebbe ricevuto dalla sua concreta configurazione e partecipazione di guisa che le censure della controinteressata avrebbero dovuto essere dichiarate inammissibili;

e) nè sussisterebbero i dedotti vizi procedurali dedotti da -OMISSIS- con i motivi aggiunti atteso che gli atti di gara lasciavano libera la commissione sul punto e non potrebbe assegnarsi rilievo dirimente alla circostanza che l'Amministrazione abbia mutato in corso d'opera il proprio metodo valutativo, essendo ciò dipeso dal dichiarato intento di renderlo "più efficace", rimanendo comunque separati ed autonomi i giudizi tra i vari lotti.

Inoltre, l'accoglimento della doglianza (che in sé conduce al rinnovo della sola attività valutativa, fermi i progetti presentati) non avrebbe potuto determinare l'annullamento dell'intera procedura, dovendo anzi essere dichiarata inammissibile per difetto d'interesse a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale.

In relazione al ricorso incidentale formulato da TS l'appellante principale ha dedotto:

f) l'erroneità della sentenza per aver pronunciato sul ricorso principale di -OMISSIS- pur avendo riconosciuto la fondatezza del ricorso incidentale da esso proposto avverso l'ammissione di tale società;

g) l'erroneità della sentenza per omessa pronuncia sull'illegittimità dell'esclusione di -OMISSIS- per violazione dell'art. 80, comma 5, lett. f) bis del d.lgs. n. 50/2016.

In relazione ai motivi aggiunti al ricorso incidentale proposti da TS ha dedotto:

h) l'erroneità della decisione del TAR per aver ritenuto inammissibili tali motivi ed in particolare per aver ritenuto inammissibile l'impugnazione del -OMISSIS- del 4.3.2020 di valutazione della specifica condizione di -OMISSIS- ai fini dell'ammissione alla gara;

i) l'erroneità, sotto diversi profili, della decisione della stazione appaltante relativa all'integrità ed affidabilità di -OMISSIS- e la conseguente illegittimità del predetto verbale.

3. - Si è costituita in giudizio Hospital Consulting s.p.a. che ha concluso per l'accoglimento dell'appello principale.

4. - Si è, altresì, costituita -OMISSIS- che ha chiesto il rigetto dell'appello principale e, al contempo, ha spiegato appello incidentale all'uopo deducendo che:

a) il TAR Milano avrebbe erroneamente ritenuto ammissibile il ricorso incidentale di TS, benché lo stesso fosse ormai irrimediabilmente tardivo, per non aver controparte esperito il rito ex art. 120, comma 2-bis e 6-bis, applicabile *ratione temporis*, avverso il provvedimento di ammissione di -OMISSIS-, il quale era stato adottato, ai sensi dell'art. 29 del Codice dei contratti con delibera del 17.11.2018, per cui era diventato inoppugnabile già in data 18.12.2018;

b) la sentenza appellata sarebbe altresì illegittima nella parte in cui reca l'accoglimento della pretesa violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), avendo erroneamente ritenuto il Giudice di primo grado che le "omissioni dichiarative" riguardassero situazioni rilevanti e suscettibili *ex sé* di integrare i presupposti del grave illecito professionale. Da ciò il TAR avrebbe fatto discendere automaticamente l'esclusione di -OMISSIS-, in accoglimento del ricorso incidentale di parte avversa invadendo in questo modo la sfera di merito riservata alla stazione appaltante;

c) l'erroneità della sentenza del TAR emergerebbe con chiarezza ove si consideri che il Giudice di primo grado ha dichiarato inammissibili i motivi aggiunti proposti avverso il provvedimento con il quale è stata valutata la specifica condizione di -OMISSIS- ritenendo che non sussistessero i presupposti per disporre la sua esclusione dalla gara; il TAR si è sostituito all'apprezzamento discrezionale riservato alla stazione appaltante, ritenendo "rilevanti quali indici di grave illecito professionale" vicende professionali che – a detta della stessa amministrazione che le ha valutate – non lo erano;

d) la sentenza sarebbe inoltre viziata per difetto di motivazione e contraddittorietà anche nella parte in cui il TAR ha ritenuto che le vicende professionali in questione rientrassero nel perimetro degli obblighi dichiarativi e costituissero "omissione di informazioni dovute", rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), senza tuttavia motivare in alcun modo in ordine alle ragioni dell'asserita rilevanza, limitandosi ad una mera elencazione di cinque episodi non iscritti nel Casellario informatico dell'ANAC, la risoluzione del contratto con -OMISSIS- poi revocata in autotutela e trasformata in risoluzione consensuale, risoluzione disposta dall'-OMISSIS-, poi revocata in autotutela e trasformata in risoluzione consensuale, l'esclusione disposta dall'-OMISSIS- ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) senza che ciò avesse comportato l'annotazione nel casellario ANAC ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-ter (c.d. divieto di valenza "a strascico" delle esclusioni), una misura di custodia cautelare emessa nei confronti di un precedente amministratore di -OMISSIS- per un'indagine penale rispetto alla quale -OMISSIS- era del tutto estranea, un'altra risoluzione per

inadempimento disposta dall'-OMISSIS-, poi revocata e trasformata in decadenza dall'aggiudicazione;

e) il TAR, in modo apodittico ed inconferente, avrebbe ritenuto infondati ulteriori motivi di doglianza limitandosi ad affermare che si trattava “.. di censure che non trovano concreto riscontro nella documentazione in atti”. Da qui la riproposizione con il mezzo incidentale dei seguenti rilievi:

- sarebbe illegittima la statuizione di nomina della Commissione giudicatrice disposta con la determina n. -OMISSIS-, poiché la semplice circostanza che i membri sorteggiati dal seggio di gara siano stati attinti da un elenco formato dalla DG Welfare non sarebbe sufficiente a ritenere assolto l'obbligo di previa determinazione delle regole di competenza e trasparenza nella nomina dei commissari;

- il presidente della commissione non possedeva la qualifica dirigenziale, come invece necessario per legge, svolgendo il ruolo di “collaboratore tecnico professionale ingegnere”. Di contro, ai sensi dell'articolo 216 del d. lgs. 50/2016, occorrerebbe dare continuità alla previsione normativa di cui all'articolo 84 del d. lgs 163/2006;

- risulterebbe violato il principio di segretezza e inviolabilità dell'offerta economica, in quanto quest'ultima era stata aperta prima della chiusura della fase di valutazione tecnica, come comprovato dai nove messaggi PEC pervenuti all'indirizzo della società prima delle ore 12.00 del 12.06.2019.

In via subordinata -OMISSIS- chiede la tutela risarcitoria.

5. - Le parti hanno depositato memorie e replicato a quelle avverse. Segnatamente, -OMISSIS- ha, in via aggiuntiva, eccepito l'inammissibilità, o comunque di improcedibilità, degli appelli avversari relativi alle sentenze sui lotti di gara nn. 2, 5, 6, 7 e 9; tanto a cagione della mancata impugnazione della determinazione Aria -OMISSIS- del 6.10.2020 con cui la stazione appaltante, lungi dal porre in essere un'attività meramente esecutiva di “presa d'atto” delle sentenze del TAR, all'esito di autonoma istruttoria, si sarebbe determinata nel senso di annullare in autotutela tutti gli atti dei suddetti lotti a partire dal bando. Ha anche esteso tale doglianza ai rimanenti lotti 1, 3, 4 e 8 sostenendo che tale delibera sarebbe stata applicabile agli atti di gara, comuni a tutti i lotti.

5.1 - All'udienza del 3.12.2020 fissata per la delibazione dell'istanza cautelare, avanzata dall'appellante principale, di sospensione dell'esecutività della sentenza appellata le parti concordemente hanno chiesto l'abbinamento al merito.

5.2. - All'udienza del 4.2.2021 gli appelli sono stati trattenuti in decisione.

6. - L'appello principale è fondato nei sensi di seguito indicati, mentre quello incidentale spiegato da -OMISSIS- va accolto nei soli limiti concernenti il capo relativo all'ammissione del suddetto operatore alla gara.

6.1 - Vale, anzitutto, premettere che il giudice di prime cure ha fatto buon governo dei principi che regolano l'ordine di trattazione dei ricorsi, principale ed incidentale, proposti in prime cure dalle parti qui costituite.

Segnatamente, l'ordito del TAR recepisce in maniera corretta la più recente giurisprudenza comunitaria secondo cui l'art. 1 paragrafo 1 terzo comma e paragrafo 3 della direttiva 89/665 osta alla dichiarazione di irricevibilità del ricorso principale sulla base di norme o prassi giurisprudenziali interne disciplinanti il trattamento di ricorsi reciprocamente escludenti.

L'ordine di trattazione del ricorso incidentale escludente e del ricorso principale ha, a lungo, impegnato i giudici nazionali e la stessa Corte Europea di Giustizia, che si è da ultimo pronunciata con la sentenza del 5 settembre 2019 C- 333/18 del 9 settembre 2019 nella quale ha rilevato che «L'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi».

Ha osservato, infatti, la Corte che, quando a seguito di una procedura ad evidenza pubblica, due offerenti presentano ricorso intesi alla reciproca esclusione, ciascuno di essi ha interesse ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto: da un lato, infatti, l'esclusione di un offerente può far sì che l'altro ottenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura; d'altro lato, in caso di esclusione di tutti i concorrenti ed avvio di una nuova procedura ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e quindi ottenere indirettamente l'appalto.

Pertanto - prosegue la Corte - la regola "secondo cui gli interessi perseguiti nell'ambito di ricorsi intesi alla reciproca esclusione sono considerati in linea di principio equivalenti, si traduce, per i

giudici investiti di tali ricorsi, nell'obbligo di non dichiarare irricevibile il ricorso per esclusione principale in applicazione delle norme procedurali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale proposto da un altro offerente" soggiungendo che "il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, come pure il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi nonché la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, non sono rilevanti".

Né tale regola patisce qui eccezione in applicazione del disposto di cui all'art. 2 bis comma 3 della Dir. 89/665 CEE a mente del quale "Gli offerenti sono considerati interessati se non sono già stati definitivamente esclusi. L'esclusione è definitiva se è stata comunicata agli offerenti interessati e se è stata ritenuta legittima da un organo di ricorso indipendente o se non può più essere oggetto di una procedura di ricorso". E', infatti, evidente che, avuto riguardo al caso in esame, non è configurabile una "definitiva esclusione" (cfr. Cons. St., Sez. III, 29 maggio 2020, n. 3401). La stessa Corte di giustizia (sentenza del 5 settembre 2019 C- 333/18 del 9 settembre 2019) ha precisato che "La sentenza del 21 dicembre 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15, EU:C:2016:988), menzionata dal giudice del rinvio, non costituisce un ostacolo ad un'interpretazione siffatta. Infatti, se è pur vero che, ai punti da 13 a 16, 31 e 36 di detta sentenza, la Corte ha statuito che un offerente la cui offerta era stata esclusa dall'amministrazione aggiudicatrice da una procedura di affidamento di appalto pubblico poteva vedersi rifiutare l'accesso a un ricorso contro la decisione di attribuzione dell'appalto pubblico, occorre rilevare che, nella controversia decisa da quella sentenza, la decisione di esclusione di detto offerente era stata confermata da una decisione che aveva acquistato forza di giudicato prima che il giudice investito del ricorso contro la decisione di affidamento dell'appalto si pronunciasse, sicché il suddetto offerente doveva essere considerato come definitivamente escluso dalla procedura di affidamento dell'appalto pubblico in questione (v., in tal senso, sentenza dell'11 maggio 2017, *Archus e Gama*, C-131/16, EU:C:2017:358, punto 57)".

Ciò comporta il rigetto del primo motivo dell'appello principale di TS.

6.2 - Sempre in via preliminare va, poi, disattesa l'eccezione di inammissibilità, o comunque di improcedibilità, dell'appello principale sollevata da -OMISSIS- ed incentrata sulla mancata impugnazione della determinazione -OMISSIS- del 6.10.2020 con la quale Aria ha annullato gli atti di gara dei lotti 2, 5,6,7 e 9 a partire dal bando.

Va rilevato, innanzitutto, che tale atto non si riferisce al lotto in questione e dunque, tenuto conto del principio di autonomia dei lotti, in base al quale ciascun lotto integra una gara separata (cfr. Cons. Stato sez. V, 12/01/2017, n.52), non può ritenersi applicabile ad esso.

In ogni caso, a prescindere da tali rilievi, ritiene il Collegio che tale deliberato, lungi dal costituire un' autonoma manifestazione di autotutela come erroneamente accreditato da -OMISSIS-, si ponga nel solco della esecuzione della sentenza di primo grado e, dunque, costituisca espressione dell' adempimento cogente al dictum del giudice di guisa che, nella sua implicita valenza condizionata, non si sovrapponga, in via definitiva, agli atti gravati nel presente giudizio. La piana lettura della delibera in argomento non reca, infatti, nel suo preambolo alcun riferimento ulteriore rispetto alla menzione delle sentenze di primo grado che costituiscono, dunque, l' unica ragione che regge la statuizione di annullamento non potendo cogliersi nella determina in esame elementi sintomatici di una volontaria adesione ai principi in essa affermati.

Va, dunque, ribadito il principio generale secondo cui non può essere prospettata alcuna acquiescenza in mancanza di una chiara manifestazione di volontà di segno contrario (così, ex multis, Cons. St., III, 7614/2019). L' acquiescenza alla sentenza di primo grado non può, pertanto, desumersi dall' esecuzione della sentenza stessa che, se non sospesa, è doverosa per l' amministrazione soccombente, a meno che nell' ambito dell' esecuzione così intrapresa quest' ultima dichiararsi in modo espresso di accettare la decisione o comunque tale accettazione sia inequivocabilmente evincibile dal complessivo comportamento tenuto (cfr. Consiglio di Stato, sez. II, 27 aprile 2020, n. 2666). A fronte di quanto appena evidenziato la mancata impugnazione del citato deliberato non elide, dunque, l' interesse dell' appellante principale a coltivare la pretesa azionata in giudizio impingendo il sotteso interesse nell' effetto espansivo esterno della sentenza di riforma in appello previsto dall' art. 336, comma 2, c.p.c.

6.3 - Tanto premesso, e tenuto conto della pluralità dei mezzi esperiti dalle parti in senso incrociato, ritiene il Collegio, in prospettiva metodologica, di dover muovere dalla disamina dei capi della decisione di primo grado concernenti, anzitutto, le questioni sottese, nei limiti del devolutum, al ricorso -OMISSIS- estendendo, solo all' esito, lo scrutinio del mezzo incidentale riferito al capo della decisione appellata nella parte in cui ha accolto il ricorso incidentale.

Si è, infatti, condivisibilmente da ultimo evidenziato in giurisprudenza che il ricorso principale deve essere esaminato per primo, potendo la sua eventuale infondatezza determinare l' improcedibilità del ricorso incidentale. Si dà, in altre termini, priorità al gravame principale e ciò in quanto, mentre l' eventuale fondatezza del ricorso incidentale non potrebbe in ogni caso comportare l' improcedibilità del ricorso principale, l' eventuale infondatezza del ricorso principale consentirebbe di dichiarare l' improcedibilità del ricorso incidentale, con conseguente economia dei mezzi processuali. Infatti, ove fosse respinto il ricorso principale, con conseguente formazione del giudicato sulla legittimità della aggiudicazione controversa, il controinteressato, vale a dire

l'aggiudicatario, avendo reso intangibile la soddisfazione del proprio interesse, non potrebbe nutrire alcun ulteriore interesse all' accoglimento del ricorso incidentale (cfr. da ultimo Cons. St., sez. IV, 10 luglio 2020, n. 4431).

7. - Occorre quindi procedere con lo scrutinio dei motivi di doglianza compendiate nell'appello principale avverso i capi della decisione appellata che hanno accolto, in parte qua, i corrispondenti motivi del ricorso principale proposto in prime cure da -OMISSIS- e che involgono in via diretta la *lex specialis*, segnatamente quanto alla suddivisione della gara in lotti ovvero alla misura ed alle modalità di operatività del vincolo di aggiudicazione.

In particolare, il TAR, dopo aver disatteso le eccezioni di inammissibilità sollevate dall'amministrazione resistente e dalle parti controinteressate, ha disposto la caducazione dell'intera procedura competitiva dal bando sino all'aggiudicazione in accoglimento delle censure di -OMISSIS- relativamente, tra l'altro, a:

- illegittima suddivisione della gara in lotti;
- illegittimità del vincolo di aggiudicazione nella sua configurazione-base prevista in *lex specialis* (che individuava nel numero massimo di quattro le aggiudicazioni conseguibili da uno stesso soggetto);
- elusione del vincolo di aggiudicazione previsto dalla *lex specialis* per come interpretato nei chiarimenti resi dalla stazione appaltante.

7.1 - Tanto premesso, prive di pregio si rivelano, anzitutto, le doglianze con cui l'appellante principale deduce l'erroneità della decisione di primo grado nella parte in cui ha respinto le eccezioni di irricevibilità del ricorso di primo grado ove riferito alle prescrizioni della *lex specialis* siccome tardivamente introdotte.

Sul punto, è sufficiente fare rinvio ai principi più volte affermati in giurisprudenza (Cons. St., A.P., 26 aprile 2018, n.4), anche da questa Sezione e proprio in relazione all'assetto organizzativo della gara quanto alla suddivisione in macro lotti (cfr. CdS, Sez. III, 30 settembre 2020 n. 5746), secondo cui quando le regole della *lex specialis* non impediscono la presentazione dell'offerta (come nel caso in esame) non vi sono margini per l'impugnazione immediata del bando di gara, in quanto non si riscontra un'immediata lesione della sfera giuridica dell'interessato. La partecipazione alla gara stessa, infatti, non impedisce ai concorrenti di dedurre comunque il carattere lesivo delle disposizioni del bando in sede di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione.

In applicazione di tale postulato, e con specifico riferimento alle prescrizioni organizzative qui in contestazione, appare di tutta evidenza come, avuto altresì riguardo alla platea dei partecipanti, la configurazione dei lotti in cui è articolato l'appalto non ha generato alcun effetto preclusivo e non

può, dunque, ricondursi alla categoria delle clausole cd. escludenti, categoria riferibile a qualunque disposizione, contenuta nella *lex specialis* di gara, che, a prescindere dal suo contenuto (e cioè indipendentemente dal fatto che abbia ad oggetto un requisito soggettivo od un adempimento da assolvere contestualmente alla presentazione della domanda di partecipazione) e della fase di concreta operatività, sia tale da precludere la partecipazione dell'impresa interessata conseguentemente a contestarla, o comunque da giustificare una prognosi, avente carattere di ragionevole certezza, di esito infausto della sua eventuale partecipazione (cfr. in termini, rispetto ad una fattispecie analoga Cons. St., sez. V, 22 novembre 2019 n. 7978).

E lo stesso è a dirsi rispetto alle previsioni della legge di gara recanti la disciplina del vincolo di aggiudicazione, avendo, peraltro, questa Sezione evidenziato, pronunciandosi sul contenzioso insorto in relazione alla gara qui in rilievo a seguito della fase di ammissione, che la dedotta questione “attiene alla fase dell'aggiudicazione, dettando un criterio regolatore in base al quale ciascun operatore non potrà rendersi aggiudicatario di più di quattro lotti: pertanto, l'eventuale violazione della citata disposizione potrà essere dedotta (non mediante la speciale impugnativa ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a., ma) in sede di contestazione del provvedimento di aggiudicazione, ove (ritenuto) confliggente con la citata disposizione» (Cons. St., III, 16.04.2019, n. 2493).

7.2 - Né parimenti può una sanzione di inammissibilità nei confronti dell'appellata -OMISSIS- giustificarsi in ragione di una presunta acquiescenza maturata a seguito e per effetto della sua partecipazione alla gara, costituendo, anzi, tale partecipazione una premessa necessaria per radicare la sua legittimazione ed interesse ad impugnare (cfr. Cons. St., A.P., 26 aprile 2018, n. 4).

7.3 - Vanno, viceversa, accolte, con le precisazioni di seguito esposte, le ulteriori osservazioni censoree sviluppate dall'appellante rispetto alla statuizione del TAR recante l'annullamento dell'intera disciplina di gara per effetto della impropria suddivisione della stessa in nove macro lotti.

7.4 - Deve, al riguardo, precisarsi che non è condivisibile il costrutto giuridico dell'appellante nella parte in cui fa discendere l'inammissibilità, in parte qua, del ricorso proposto da -OMISSIS- in via diretta ed automatica da un difetto di legittimazione – non rilevato dal TAR - a veicolare la specifica questione qui in rilievo per il solo fatto che il suddetto operatore, uno dei principali players nel mercato di riferimento, non rientra nel novero delle PMI, categoria espressamente richiamata nel disposto di cui all'articolo 51, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, referente normativo in *subiecta materia*, che prescrive, com'è noto, la divisione in lotti al fine di favorire l'accesso alle gare delle piccole e medie imprese.

Questa Sezione ha già di recente evidenziato che se, da un lato, tale qualificazione soggettiva, di PMI, indubbiamente costituisce un fattore di legittimazione a sé stante, nemmeno può inferirsi da tale speciale precetto, con inaccettabile pretesa di automaticità, che esso esaurisca l'ambito di rilevanza dei principi di concorrenza rispetto al tema qui in rilievo quasi a voler cioè ritenere che gli indici soggettivi di dimensione dell'impresa, nei termini suindicati, costituiscano l'unica misura, rigida e cogente, della rilevanza di possibili fattori distorsivi della concorrenza e del principio di non discriminazione.

Si è, invero, ritenuto di riconoscere, in via di principio, la possibilità di far valere, anche al di fuori del perimetro soggettivo delle PMI, doglianze avverso un assetto organizzativo della gara che comprometta in concreto il principio di concorrenza tra più operatori, costituendo tale principio un valore di carattere generale intangibile che, per come enunciato all'articolo 30 del d. lgs 50 del 2016, permea l'intera disciplina dei contratti pubblici e di cui l'articolo 51 comma 1, del medesimo testo normativo costituisce solo un precipitato tecnico applicativo, come tale non idoneo a consumarne l'ambito di efficacia.

7.5 - A tali fini, il singolo operatore deve però comprovare, in concreto, l'incidenza lesiva che l'avversata misura organizzativa ha determinato nella propria sfera giuridica rendendo obiettivamente percepibile la compressione che questa ha, in via di tesi, subito rispetto alle possibilità di un'utile e proficua partecipazione alla competizione (cfr. CdS, Sez. III, 30 settembre 2020 n. 5746).

Al di fuori di eventuali e specifici effetti distorsivi, il grande operatore economico che perde la gara ha, infatti, interesse a che la commessa non venga assegnata, sì da avere un'altra chance di gara in cui meglio e più efficacemente competere. Tale interesse strumentale non è però quello che la giurisprudenza riconosce, e che il legislatore mostra di voler tutelare nel caso di specie, poiché esso, espresso in termini così generali, è privo di ogni aggancio con il "bene della vita" dell'aggiudicazione, essendo del tutto indimostrato, e anzi paradossale, che la riedizione della gara con apertura ad una platea di operatori più piccoli possa incrementare o comunque rinnovare le chance di aggiudicazione di un soggetto che piccolo non è (cfr. CdS, Sez. III, 14 dicembre 2020, n. 7962).

7.6 - E' sotto tale profilo, dunque, che il gravame merita accoglimento, non risultando comprovata un'effettiva incidenza lesiva dell'assetto organizzativo compendiato nel bando di gara nella sfera giuridica di -OMISSIS-, uno dei principali players nel mercato qui in rilievo.

Tanto, infatti, non è avvenuto nel presente giudizio non essendo allegate né comprovate condizioni tali da far ritenere integrate, per effetto delle modalità di confezionamento della gara in nove lotti, le

condizioni di mercato sostanzialmente chiuso sia perché la fornitura in argomento si riferisce solo alle strutture sanitarie ed ospedaliere pubbliche e, comunque, non ne determina la saturazione sia in considerazione della modulazione dei requisiti di partecipazione alla gara essendo richiesto, ai fini della capacità economico finanziaria, un fatturato pari al 25% della base d'asta di ciascun lotto conseguito nell'ultimo triennio 2014-2016 e, per la capacità tecnico-professionale, l'esecuzione nel medesimo turno di tempo di contratti analoghi per un importo complessivo pari al solo 15% della base d'asta, senza considerare la possibilità di partecipare in RTI, l'inasprimento dei requisiti nel caso di partecipazione a più lotti, la previsione di un vincolo di aggiudicazione.

Ne discende che, contrariamente a quanto dedotto dall'appellata -OMISSIS- ed alla stregua delle allegazioni da questi svolte, le opzioni organizzative privilegiate dalla stazione appaltante non hanno interferito con le aspettative di contendibilità del mercato da parte del suddetto operatore, non riconducibile alla categoria delle PMI e finanche potenzialmente avvantaggiato dalla previsione di lotti di una certa consistenza.

Il divisato assetto organizzativo non ha, infatti, arrecato nocumento alla ricorrente in primo grado che ha potuto legittimamente partecipare alla gara di guisa che alcuna barriera di ingresso può qui ritenersi concretamente configurabile (cfr. CdS, Sez. III, 14 dicembre 2020, n. 7962; 14 ottobre 2020, n. 6209; 7 luglio 2020, n. 4361; 30 settembre 2020 n. 5746; 7 maggio 2020 n. 2881)

7.7 - Una volta esclusa la suddetta evenienza, e cioè quella di concrete ed obiettivamente apprezzabili ricadute penalizzanti nella sfera giuridica di -OMISSIS-, la definizione degli ambiti territoriali, il riferimento alle strutture ospedaliere ed ambulatoriali riferibili a ciascun lotto ed il relativo valore, contenuto tra i 32.034.500,00 ed i 10.970.094,00, involge profili di opportunità delle scelte compiute dall'Amministrazione afferendo al merito delle valutazioni che resta, invece, insindacabile sul piano giurisdizionale.

In conclusione, l'assetto organizzativo della competizione deve ritenersi immune dalle doglianze veicolate in prime cure da -OMISSIS- e impropriamente valorizzate dal TAR con la decisione qui appellata che va, pertanto, in parte qua, riformata.

7.8 - Né il suddetto approdo decisorio può essere rivisto in ragione di una lettura combinata con le ulteriori e concorrenti doglianze riferite ad ulteriori aspetti della disciplina di gara, di guisa che la loro reciproca implicazione nell'ambito di una necessaria visione di insieme concluderebbe il denunciato effetto distorsivo dei principi di concorrenza.

Tale ricostruzione, per quanto suggestiva ed abilmente prospettata dalla difesa di -OMISSIS-, non può essere condivisa dal momento che le prescrizioni evocate dall'appellata proiettano la loro efficacia in modo diacronico su distinte fasi della procedura di guisa che, anche in ossequio al

principio di conservazione, la dedotta illegittimità non può essere impropriamente valorizzata in modo cumulativo ed indifferenziato dalla prospettiva fuorviante del risultato finale della concentrazione dell'aggiudicazione in capo ad un singolo operatore occorrendo, viceversa, validare la fondatezza del costrutto riscontrando comunque in concreto l'incidenza del prospettato collegamento delle prescrizioni ad attrarre nell'orbita dell'illecito anche clausole che, conformi al modello legale di riferimento, si rivelino singulatim legittime.

7.9 - E, invero, come già sopra anticipato, deve evidenziarsi, in linea con quanto peraltro ritenuto dallo stesso giudice di prime cure, che gli eventuali vizi che involgono il vincolo di aggiudicazione attengono alla fase di fase dell'aggiudicazione di guisa che non è dato comprendere come le eventuali distorsioni applicative che afferiscono a tale fase – e che vanno confermate in concreto - possano irrimediabilmente condizionare anche le regole di base sulle modalità di organizzazione della gara e la composizione dei lotti al punto da rendere necessario, nonostante l'eventuale invalidazione (in via di mera tesi) delle prescrizioni illegittime riferite al vincolo di aggiudicazione e dunque la correzione, in parte qua, della procedura selettiva, l'annullamento dell'intera disciplina di gara.

E lo stesso è a dirsi rispetto all'ulteriore doglianza riferita alla dimensione dei raggruppamenti iperqualificati, potendo tale opzione correlarsi attraverso la divisione dei ruoli – mandante e mandatario – all'intenzione di aggirare l'operatività del vincolo di aggiudicazione, ma che assume una valenza neutra rispetto alle condizioni di partecipazione alla gara riferite alla suddivisione della stessa in nove lotti.

8. - Occorre ora spostare l'attenzione sull'ulteriore tema controverso del vincolo di aggiudicazione previsto dalla disciplina di gara che, al punto 5.2, prescriveva quanto segue: “ciascun operatore economico, nel rispetto della forma di partecipazione con cui concorre alla procedura, non potrà risultare aggiudicatario per più di 4 lotti della procedura stessa e l'ordine dei lotti per i quali potrà risultare aggiudicatario sarà definito sulla base del valore decrescente stimato per ciascuno dei lotti della procedura. Si precisa che la numerazione dei lotti della procedura rispetta l'ordine decrescente del valore complessivo stimato dei lotti stessi”. La suddetta clausola risulta, poi, fatta oggetto di chiarimenti (cfr. risposta al quesito n. 17, punto 1, nonché ai quesiti n. 10 punto 5 e n. 7 punto 1) con cui si è precisato che costituiscono tre operatori economici distinti “un'impresa singola, esemplificativamente “ditta A”, un RTI con impresa “A” mandataria ed impresa “B” mandante, ed un RTI con impresa “A” mandante ed impresa “B” mandataria”.

8.1 - Orbene, il TAR, in accoglimento del ricorso proposto da -OMISSIS-, ha censurato la disciplina di gara sotto due profili: ha, anzitutto, ritenuto che la possibilità di concentrare quattro

lotti in capo allo stesso soggetto sia irragionevole e contrasti di per sé con la finalità sottesa alla possibilità di introdurre un vincolo di aggiudicazione.

In tal senso ha positivamente recepito le deduzioni di -OMISSIS- nella parte in cui evidenziava che, solitamente, la prassi era di correlare il vincolo di aggiudicazione ad un massimo di due lotti.

Di poi, e sotto distinto profilo, ha censurato la sostanziale elusione del vincolo di aggiudicazione previsto dalla *lex specialis* per come interpretato nei chiarimenti resi dalla stazione appaltante e poi applicato in sede di aggiudicazione, avendo Aria consentito di sterilizzarne gli effetti nel caso di partecipazione dei medesimi operatori in RTI con ruoli diversi.

E, invero, approfittando della suddetta declinazione delle regole di gara, Tecnologie Sanitarie spa e Hospital Consulting s.p.a. hanno potuto utilmente partecipare alla gara riunite in due RTI, scambiandosi i ruoli di mandataria e mandante, aggiudicandosi, nelle diverse forme di composizione, 6 lotti (n. 1, 3, 5, 7, 8 e 9), mentre TS, come impresa individuale, ha conseguito il lotto 4.

8.2 - Va, anzitutto, condiviso l'appello principale rispetto alla statuizione del TAR che impinge nell'incongruo numero di lotti cui si correla il vincolo di aggiudicazione.

La piana lettura della disciplina in argomento, compendiata nell'articolo 51 del D.Lgs. 18/04/2016, n. 50, evidenzia come in *subiecta materia* il legislatore non abbia inteso imporre soluzioni cogenti e definite nel loro contenuto precettivo riconoscendo alla stazione appaltante possibilità di scelta nell'ambito di un'ampia discrezionalità, ponendo come criteri di orientamento quello del favor per le piccole e medie imprese nell'ambito dell'esigenza di fondo di valorizzazione della libera concorrenza.

In tal modo, sarà compito della singola Amministrazione individuare la formula di sintesi che valga come bilanciamento complessivo degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento alla stregua dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, con la conseguenza che le determinazioni in concreto adottate si prestano ad essere sindacate in sede giurisdizionale solo sotto i profili della ragionevolezza e della proporzionalità (cfr. CdS, III Sezione, n. 2881 del 7.5.2020).

8.3 - Orbene, nella detta prospettiva si rivelano del tutto apodittiche le argomentazioni censoree svolte in prime cure da -OMISSIS-, e condivise dal TAR, la quale si doleva della violazione della richiamata disciplina normativa per il solo fatto che la *lex specialis* consentiva l'aggiudicabilità ad un medesimo operatore di quattro lotti, facendo derivare tale conclusione, con inaccettabile pretesa di automaticità, direttamente da tale valore numerico, in presunta difformità da una prassi di segno contrario che limiterebbe a due i lotti aggiudicabili, l'irragionevolezza della scelta operata dalla

stazione appaltante. E', infatti, di tutta evidenza che il suddetto parametro di riferimento non ha alcun appiglio giuridico nel dato normativo sopra trascritto.

Di contro, sul punto non può che prendersi abbrivio, in ossequio a consolidata giurisprudenza di questa Sezione, dal principio secondo cui la previsione del cd "vincolo di aggiudicazione" costituisce una mera facoltà per la stazione appaltante, dal cui mancato esercizio non può automaticamente desumersi la violazione delle norme sulla concorrenza (cfr. da ultimo Cons. Stato Sez. III, 14 dicembre 2020, n. 7962) di guisa che, in caso di positivo esercizio di tale facoltà, i margini di sindacato si riducono ulteriormente occorrendo dimostrare la totale inadeguatezza della clausola per come confezionata al raggiungimento dello scopo cui è funzionale.

Anche sul punto, pertanto, la decisione di prime cure va riformata.

8.4 - L'ulteriore statuizione contenuta nella sentenza appellata e relativa alla distorta applicazione del vincolo di aggiudicazione valorizza il fatto che l'impropria valenza assegnata al vicendevole scambio di posizioni tra TS ed HC all'interno del RTI ha condotto alla sostanziale vanificazione del vincolo di aggiudicazione con l'effetto di consentire al medesimo centro di interessi, rappresentato dai suddetti operatori, di conseguire ben 7 lotti su 9 (6 lotti in composizione associata ed 1 in formazione singola da TC).

Sul punto, e su un piano generale, il Collegio condivide i principi di recente affermati da questa Sezione (cfr. Cons. St., Sez. III, 18 gennaio 2021 n. 505 e 518) in una vicenda del tutto analoga ove si è evidenziato che lo scambio di ruoli tra operatori economici, costituendo un mero schermo giuridico che non corrisponde ad una effettiva alterità dell'operatore economico aggiudicatario, non può fare velo all'applicazione del vincolo di aggiudicazione risultandone altrimenti frustrata in radice la sua efficacia pro - concorrenziale.

Né ad un diverso approdo potrebbe condurre l'espressa adesione manifestata da ciascun operatore alla disciplina di gara nella parte in cui imponeva a tutti i concorrenti di accettare i chiarimenti resi dall'Amministrazione, non potendo ciò impedire all'impresa medesima di lamentare, a posteriori, l'applicazione legge di gara formalmente accettata (Consiglio di Stato sez. IV, 12/02/2014, n.674).

8.5 - Deve al contempo rilevarsi che l'enunciazione del suindicato principio non giova, comunque, ad -OMISSIS- nella specifica vicenda in esame dal momento che il contestato meccanismo applicativo del vincolo di aggiudicazione ha avuto un'incidenza neutra nella competizione relativa all'assegnazione del lotto qui in rilievo.

Ed, infatti, alla stregua della legge di gara, ciascun operatore economico, nel rispetto della forma di partecipazione con cui concorre alla procedura non può risultare aggiudicatario per più di 4 lotti della procedura stessa e l'ordine dei lotti per i quali può risultare aggiudicatario va definito sulla

base del valore decrescente stimato per ciascuno dei lotti della procedura, laddove la stessa numerazione dei lotti della procedura rispetta l'ordine decrescente del valore complessivo stimato dei lotti stessi.

Orbene, -OMISSIS- non ha qui fornito la prova dell'interesse a coltivare la censura in argomento quanto cioè alla concreta possibilità di aggiudicarsi, una volta eliminate le denunciate distorsioni applicative, il lotto in argomento in virtù dell'operatività del vincolo di aggiudicazione e della posizione in graduatoria conseguita.

Di contro, l'appellante principale ha sul punto dedotto con argomentazioni, non contestate da -OMISSIS-, l'impossibilità di conseguimento di un tale risultato.

L'appello merita, pertanto, in parte qua, accoglimento.

9. - Merita riforma la decisione di prime cure anche nella parte in cui ha ritenuto di valorizzare la mancata previsione di una clausola concorrenziale idonea a limitare la partecipazione di RTI sovrabbondanti, avendo TS ed HC dato vita, partecipandovi con ruoli invertiti di mandataria e mandante, a due RTI sovrabbondanti, perché composti da due operatori dotati ciascuno in modo autonomo dei requisiti necessari per partecipare alla procedura, sicché la costituzione dei raggruppamenti non era necessaria ai fini del raggiungimento dei requisiti di partecipazione.

9.1 - Il giudice di prime cure ha, invero, censurato l'incidenza significativa di tale omissione ove combinata con il vincolo di aggiudicazione previsto dall'art. 5.2 del disciplinare in ragione dell'applicazione fattane dalla stazione appaltante e con la suddivisione della gara in soli 9 lotti, di ingente valore e di esteso ambito geografico, cui corrisponderebbe la conseguente previsione di rilevanti requisiti di partecipazione, al punto da favorire la concentrazione degli affidamenti in capo a pochi operatori di grandi dimensioni, come in concreto avvenuto.

9.2 - Deve, in apice, rilevarsi che, come riconosciuto dallo stesso giudice di primo grado, un siffatto raggruppamento non è vietato in via generale dall'ordinamento, anche in considerazione del favor del diritto europeo alla partecipazione alle gare ad evidenza pubblica anche dei soggetti riuniti, quale che sia la forma giuridica di tale aggregazione.

Occorre, poi, soggiungere che non vi è concreta evidenza di meccanismi distorsivi che abbiano effettivamente impattato, alterandole, sulle condizioni di competitività e, dunque, sulla contendibilità dell'appalto, dovendo qui richiamarsi le considerazioni sopra svolte in ordine alla suddivisione dei lotti della gara qui e dei requisiti prescritti dalla lex specialis per parteciparvi di guisa che, in parte qua, la statuizione del TAR manca di un concreto ancoraggio alle risultanze di causa.

10. - Merita, inoltre, accoglimento l'appello principale nella parte in cui attrae nel fuoco della contestazione il capo della decisione di prime cure che ha recepito le censure mosse da -OMISSIS- avverso l'intera gestione procedurale della valutazione delle offerte tecniche siccome svoltasi in violazione dei principi di concentrazione, di continuità e di valutazione comparativa delle offerte.

10.1 - E' pur vero che la Commissione giudicatrice, in un primo momento, ha valutato il parametro "Personale messo a disposizione nella commessa" delle offerte Comed- Zephyro rispetto a tutti i lotti cui partecipava tale operatore seguendo il criterio di procedere "con la lettura in parallelo tra i vari lotti della procedura a cui partecipa uno specifico operatore economico", quindi ha proseguito con l'esame delle medesime offerte di Comed-Zephyro rispetto ai restanti criteri di valutazione (cfr. verbali in atti), introducendo però, in una successiva seduta (dell'11.1.2019), l'analisi, per tutti gli operatori economici e per tutti i lotti, dei parametri lineari e di quelli on/off, per poi abbandonare il metodo della valutazione del singolo concorrente rispetto a tutti i criteri di valutazione e procedere con l'analisi, per i vari operatori, dello stesso parametro, procedendo sempre "in parallelo" per tutti i lotti.

E proprio muovendo dai suddetti arresti procedimentali il TAR ha stigmatizzato la gestione di tale fase, ritenendola tutt'altro che lineare e coerente, e rilevato la violazione delle esigenze di trasparenza e di concentrazione, atteso che si è passati da una valutazione di tipo orizzontale ad una verticale, con ingiustificato incremento dei tempi della procedura e con alterazione della prescritta valutazione comparativa delle offerte.

10.2 - Com'è noto, i lavori della Commissione devono ispirarsi ai principio di concentrazione e continuità e, pertanto, la valutazione delle offerte tecniche ed economiche deve avvenire senza soluzione di continuità, al fine di scongiurare possibili influenze esterne ed assicurare l'assoluta indipendenza di giudizio dell'organo incaricato della valutazione stessa oltre che la sostanziale comparazione delle offerte.

Tali principi – come peraltro riconosciuto dallo stesso giudice di prime cure – hanno una valenza solo tendenziale essendo ben possibile che patiscano deroghe in presenza di ragioni oggettive quali quelle esemplificativamente rappresentate dalla complessità delle operazioni di valutazione delle offerte, dal numero delle offerte in gara, dall'indisponibilità dei membri della commissione, dalla correlata necessità di nominare sostituti che giustificano il ritardo anche in relazione al preminente interesse alla effettuazione di scelte ponderate.

Orbene, avuto riguardo al caso in esame, pur in mancanza di un'esplicitazione delle ragioni che hanno portato ad una definizione dei tempi di valutazione delle offerte in un torno di tempo protrattasi dal 12 dicembre 2018 al 7 giugno 2019, deve ritenersi che la divisata tempistica non

riflette in sé quei profili di abnormità apoditticamente denunciati dal TAR ove rapportati all'obiettiva complessità della procedura di gara qui in rilievo, fatta palese dalla sua peculiare rilevanza in relazione tanto all'oggetto che al valore economico.

Inoltre, le pur iniziali incertezze sulla scelta del metodo più appropriato per un proficuo svolgimento dei lavori non possono condurre, con inaccettabile pretesa di automaticità, all'invalidazione dell'operato della Commissione senza che emergano indizi concreti sull'effettiva, pregiudizievole incidenza di tali iniziali esitazioni sulla correttezza ed affidabilità dei giudizi tecnici rassegnati.

Non risulta, invero, allegata a sostegno di tale assunto nessuna prova, da ritenersi viceversa necessaria (cfr. Cons. St., Sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4903, 1 settembre 2014, n. 4449; Sez. V, 30 giugno 2017, n.3188), sulla pregiudizievole incidenza che l'asserita dilatazione dei tempi di gara abbia generato sui risultati ovvero sulla integrità delle offerte.

La rilevanza della loro violazione postula, invero, la indicazione concreta di elementi indizianti sul fatto che lo svolgersi della gara in numerose sedute abbia ingenerato anomalie, irregolarità o violazioni della par condicio da parte della commissione giudicatrice, elementi di cui non è stato fornito alcun significativo elemento probatorio nel caso in esame.

Del pari non vi è ragione per dubitare che le singole valutazioni si riferiscano separatamente ai singoli lotti.

Le norme dell'evidenza pubblica non sono poste formalisticamente a presidio di un pericolo astratto, ma del concreto e regolare svolgimento delle operazioni di gara, che possono essere contestate e annullate solo laddove il ricorrente offra almeno un principio di prova dal quale si desuma in via indiziaria che l'operato della Commissione giudicatrice o abbia violato direttamente la legge o sia affetto da eccesso di potere in una delle sue figure sintomatiche (cfr. Cons. St., Sez. III, 19 gennaio 2021 n. 574; 23 dicembre 2020, n. 8295).

Non sussistono, in definitiva, elementi che suffraghino la tesi di una valutazione cumulativa ed indistinta delle offerte per tutti i lotti qui in rilievo ovvero di una compressione della valutazione comparativa quale conseguenza, per effetto dei tempi e delle modalità di conduzione dei lavori, della dispersione nel corso del complessivo arco temporale degli elementi informativi riferibili ai singoli operatori ed alle singole offerte riferite al singolo lotto.

Ne discende che anche sotto tale profilo l'appello principale va accolto.

11. - In definitiva, l'appello principale va accolto rispetto alle statuizioni della sentenza appellata recanti l'affermazione della illegittimità:

- della suddivisione dei lotti come disposta dal disciplinare di gara;

- del vincolo di aggiudicazione;
- della mancata previsione di una clausola concorrenziale, tesa ad evitare distorsioni in caso di partecipazione di RTI sovrabbondanti, in dipendenza sia del vincolo di aggiudicazione, come interpretato dalla stazione appaltante, sia della peculiare configurazione dei lotti;
- del procedimento di valutazione delle offerte tecniche.

11.1 - Le ulteriori doglianze proposte con il secondo motivo e con i motivi aggiunti al ricorso incidentale proposti da TS – che attengono a profili relativi alla partecipazione di -OMISSIS- alla gara -, vanno esaminati unitamente all'appello incidentale proposto da quest'ultima.

12 - Passando all'esame dell'appello incidentale proposto da -OMISSIS- ritiene il Collegio che non abbiano pregio le doglianze disattese dal TAR e qui riproposte in ordine alla nomina della Commissione e all'apertura delle offerte economiche in seduta riservata.

La statuizione reiettiva del giudice di prime cure va confermata con le seguenti ulteriori precisazioni.

12.1 - Com'è noto, la disciplina introdotta dall'art. 77 d.lvo n. 50/2016, referente normativo in materia, è incentrata sul ruolo fondamentale attribuito all'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, istituito presso l'ANAC ai sensi dell'art. 78, nell'ambito del quale deve (recte, dovrà) procedersi alla scelta degli “esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto” (cfr. comma 1) secondo la speciale procedura disegnata dall'art. 77, comma 3, d.lvo cit. (e che vede, appunto, il ruolo attivo dell'ANAC nella selezione dei medesimi).

Nelle more della adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'art. 78, ai sensi dell'art. 216, comma 12, d.lvo n. 50/2016, “la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante”.

Giova ulteriormente rammentare che, ai sensi dell'art. 1, comma 1, d.l. n. 32/2019, conv. in l. n. 55/2019, “Al fine di rilanciare gli investimenti pubblici e di facilitare l'apertura dei cantieri per la realizzazione delle opere pubbliche, per le procedure per le quali i bandi o gli avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, per le procedure in relazione alle quali, alla data di entrata in vigore del presente decreto, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte, nelle more della riforma complessiva del settore e comunque nel rispetto dei princìpi e delle norme sancite dall'Unione europea, in particolare delle

direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, fino al 31 dicembre 2021, non trovano applicazione, a titolo sperimentale, le seguenti norme del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50: (...);c) articolo 77, comma 3, quanto all'obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) di cui all'articolo 78, fermo restando l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante”; il termine del 31 dicembre 2020 è stato poi prorogato al 31 dicembre 2021 dall’art. 8, comma 7, lett. a) d.l. n. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020).

Come già evidenziato di recente da questa Sezione, il combinato disposto delle norme suindicate dà vita, per la fase transitoria, ad un sistema regolatorio concluso ed autosufficiente anche in forza della previsione abrogativa generale di cui all’art. 217 d.lvo n. 50/2016 a mente del quale “fermo restando quanto previsto dall’articolo 216, a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente codice, sono o restano abrogati, in particolare: (...) e) il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”.

Non è, dunque, possibile, a differenza di quanto sostenuto da -OMISSIS-, dare continuità al disposto del previgente art. 84 d.lvo n. 163/2006 nella parte in cui prevedeva che “La commissione è presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali, nominato dall'organo competente”.

12.2 - Né hanno pregio le ulteriori censure che impingono nell’asserita designazione dei commissari in assenza delle regole di trasparenza e competenza prescritte dall’art. 216, comma 12 del Codice.

Sul punto è, infatti, agevole osservare che il disciplinare ha previsto che “ARCA procederà, quindi, ai sensi dell’art. 77, comma 12, D.lgs. 50/2016 al sorteggio in seduta pubblica, per la nomina della commissione giudicatrice, la quale sempre in una successiva seduta pubblica procederà alla apertura (sblocco) e visione delle Offerte Tecniche dei concorrenti ammessi a tale fase. Luogo e data del predetto sorteggio verranno comunicati almeno 5 giorni prima ai singoli Operatori Economici tramite il canale “Comunicazioni della Procedura”.... La Commissione di gara sarà composta da n. 5 esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali. Data la natura complessa dell’appalto, si precisa sin d’ora che i

Commissari saranno scelti sulla base delle specifiche competenze nell'ambito di gestione del servizio dell'appalto".

Sono, dunque, individuati, quantomeno nei rispettivi tratti essenziali, sia il procedimento (in punto di trasparenza) sia il requisito di esperienza e competenza.

12.3 - Parimenti, non hanno pregio le doglianze che impingono nella violazione del principio di segretezza e inviolabilità dell'offerta economica per aver Aria ricevuto via PEC tramite sistema telematico prima dell'apertura delle offerte economiche una comunicazione del tenore: "La sua offerta è stata accettata".

L'equivocità della formula in argomento non consente di accreditare la tesi sostenuta nell'appello incidentale né a smentire quanto affermato da ARIA "le comunicazioni (...) non descrivono l'apertura delle offerte economiche, bensì, la chiusura delle offerte tecniche e, quindi l'accettazione dell'offerta tecnica" e non certo di quelle economiche.

E ciò vieppiù in considerazione del fatto che l'apertura delle offerte economiche è effettivamente avvenuta in data 12.06.2019 in seduta pubblica - alla presenza dei delegati delle imprese concorrenti.

13. - Meritano, infine, accoglimento le doglianze compendiate nell'appello incidentale di -OMISSIS- e che involgono il capo della decisione appellata che ha statuito sulla illegittimità dell'ammissione alla gara del suddetto operatore.

A tal riguardo deve rilevarsi che l'accoglimento dell'appello principale e la conseguente riforma della decisione di primo grado nella parte in cui aveva accolto il ricorso di -OMISSIS- comporterebbe l'improcedibilità del ricorso incidentale proposto in prime cure avverso l'ammissione alla gara del suddetto operatore non potendo questa interferire con la conservazione, da parte dell'appellante, del bene della vita (id est aggiudicazione).

Ciò nondimeno, il Collegio per completezza – e tenuto altresì conto della necessità di chiarezza che comunque sottende ogni questione legata alla sussistenza di cause di esclusione di cui all'articolo 80 comma 5 del d. lgs. 50/2016 – ritiene opportuno procedere ad un esame anche nel merito della relativa questione.

13.1 - Il giudice di prime cure, come anticipato nella narrativa in fatto, ha infatti accolto il ricorso incidentale di TS avverso l'ammissione alla gara di -OMISSIS- registrando la violazione degli obblighi dichiarativi di cui all'articolo 80 comma 5 lettera c) del d. lgs. 50/2016, nella versione applicabile *ratione temporis* in relazione ad episodi compiutamente individuati e ritenuti idonei a pregiudicare l'affidabilità professionale del suddetto operatore e rimarcando come 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 fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità.

13.2 - Nella detta prospettiva ha, dunque, evidenziato come l'Amministrazione deve essere costantemente informata dal concorrente di ogni vicenda che attenga alla sussistenza o alla permanenza dei requisiti di partecipazione, in relazione a tutte le fasi della gara stessa.

Di poi, ha ritenuto che la violazione non può ritenersi superata per effetto dell'esame a posteriori effettuato dall'amministrazione, con il verbale del 4 marzo 2020, dopo la presentazione del ricorso e dopo la decisione cautelare con la quale è stata sospesa l'ammissione di -OMISSIS-.

13.3 - Con il mezzo qui in rilievo -OMISSIS- contesta il suddetto approdo decisorio sotto diversi profili, opponendo, anzitutto, che il TAR Milano avrebbe erroneamente ritenuto ammissibile il ricorso incidentale di TS, benché lo stesso fosse ormai irrimediabilmente tardivo, per non aver controparte esperito il rito ex art. 120, comma 2-bis e 6-bis, applicabile ratione temporis, avverso il provvedimento di ammissione di -OMISSIS-, il quale era stato adottato, ai sensi dell'art. 29 del Codice dei contratti con delibera del 17.11.2018, per cui era diventato inoppugnabile già in data 18.12.2018.

Deduce, inoltre, che la sentenza del TAR Milano sarebbe altresì errata nella parte in cui reca l'accoglimento della pretesa violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), avendo ritenuto il Giudice di primo grado che le "omissioni dichiarative" riguardassero situazioni asseritamente rilevanti e suscettibili ex sé di integrare i presupposti del grave illecito professionale. Da ciò il TAR avrebbe fatto discendere automaticamente l'esclusione di -OMISSIS-, in accoglimento del ricorso incidentale di parte avversa, invadendo in questo modo la sfera di merito riservata alla stazione appaltante.

L'erroneità della sentenza del TAR Milano emergerebbe con chiarezza ove si consideri che il Giudice di primo grado, sostituendosi all'apprezzamento discrezionale riservato alla stazione appaltante, ha ritenuto "rilevanti quali indici di grave illecito professionale" vicende professionali che – a detta della stessa amministrazione che le ha poi valutate – non lo erano.

13.4 - Vale sul punto preliminarmente evidenziare che il tema controverso, quanto alla tipologia classificatoria degli illeciti professionali ed alle conseguenze che discendono dalla loro omessa o non corretta rappresentazione, ha trovato recente composizione nella decisione resa da questo Consesso in forma plenaria (cfr. Cons. St., Ad. Plen, 28 agosto 2020 n. 16) nella quale si sono tracciate le coordinate ermeneutiche che governano l'applicazione della misure espulsive

contemplate dall'articolo 80 comma 5 lettera c) del codice dei contratti, anche in comparazione con le previsioni di cui alla lettera f-bis), nei termini di seguito esposti:

- la falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione, è riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera c) [ora c-bis)] dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;
- in conseguenza di ciò la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della medesima disposizione, senza alcun automatismo espulsivo;
- alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico;
- la lettera f-bis) dell'art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici ha carattere residuale e si applica in tutte le ipotesi di falso non rientranti in quelle previste dalla lettera c) [ora c-bis)] della medesima disposizione.

Nella suindicata declinazione la disciplina di settore si rivela coerente con la causa di esclusione "facoltativa" prevista a livello sovranazionale, consistente nella commissione di «gravi illeciti professionali» tali da mettere in dubbio l'integrità dell'operatore economico e da dimostrare con «mezzi adeguati», ai sensi dell'art. 57, par. 4, lett. c), della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014.

13.5 - Orbene, in applicazione principio della ragione più liquida, è possibile prescindere dalle questioni sulla ricevibilità del ricorso incidentale proposto in prime cure e della data di emersione degli obblighi dichiarativi e dei connessi limiti di durata rispetto allo sviluppo della procedura di gara, temi rispetto ai quali si registrano posizioni divergenti finanche all'interno di questa stessa Sezione, dal momento che il ricorso incidentale, come ora si dirà, era ed è infondato per le ragioni di seguito indicate, con la conseguente irrilevanza delle dette questioni.

E tanto per l'assorbente ragione che la stazione appaltante ha esaminato le circostanze che sarebbero state omesse nelle dichiarazioni e, in ossequio, peraltro, all'indirizzo successivamente condiviso dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio nella sentenza n. 16 del 28 agosto 2020 la quale ha negato che l'omissione dichiarativa abbia una efficacia escludente automatica, ne ha tratto,

come ora si dirà, la convinzione che simili circostanze non inficiassero, sul piano sostanziale, l'affidabilità dell'operatore economico.

Non può, dunque, essere condivisa la statuizione del giudice di prime cure nella parte in cui ha ritenuto che le valutazioni svolte dalla stazione appaltante non potessero sanare le omissioni in contestazione.

Né peraltro può dubitarsi della pienezza di tali valutazioni siccome precedute dall'acquisizione di documentati chiarimenti da parte di -OMISSIS- e dalla disamina complessiva di tali elementi che, peraltro, ingloba anche la stessa originaria omissione dichiarativa, profili confluiti in un giudizio di complessiva non incidenza sull'integrità ed affidabilità di -OMISSIS- svolto alla stregua di una ricognizione della cornice giuridica di riferimento e dello stadio di accertamento e dell'entità degli episodi in questione.

Il suddetto arresto valutativo non riflette vizi di manifesta illogicità ed irragionevolezza e, come tale, non può essere qui sovvertito.

Il giudizio sull'affidabilità dell'operatore economico è, infatti, espressione di ampia discrezionalità da parte della p.a. Ne consegue che il sindacato che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale giudizio deve essere mantenuto sul piano della "non pretestuosità" della valutazione degli elementi di fatto compiuta e non può pervenire ad evidenziare una mera "non condivisibilità" della valutazione stessa" (cfr. Cons. St., Sez. III, 18 gennaio 2021, n. 505 e 518; Consiglio di Stato, sez. IV – sentenza 8 ottobre 2020 n. 5967;).

14. - Conclusivamente, l'appello incidentale va accolto nei soli limiti relativi al capo della decisione appellata recante l'affermazione della illegittimità dell'ammissione di -OMISSIS- alla procedura di gara; i profili di doglianza dedotti in relazione a tale ammissione nell'appello principale vanno invece respinti per le ragioni in precedenza espresse.

15. - Le spese, in ragione della complessità delle questioni scrutinate, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe così provvede:

- a) accoglie l'appello principale nei termini indicati in motivazione e, per l'effetto, riforma la decisione appellata;
- b) accoglie l'appello incidentale proposto da -OMISSIS- nei limiti indicati in parte motiva e, per l'effetto, nei limiti suddetti riforma la decisione appellata;
- c) compensa le spese di giudizio.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la società -OMISSIS-.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio, tenutasi da remoto, del giorno 4 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Garofoli, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere