

Pubblicato il 07/01/2020

N. 00017/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00197/2019 REG.RIC.
N. 00207/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 197 del 2019, proposto da
Tecnologie Sanitarie s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Comandè, Calogero Mattina e Valentino
Vulpetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio
fisico eletto presso lo studio Carlo Comandè in Palermo, via Caltanissetta 2/D;

contro

H.C. Hospital Consulting s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Bivona e Marianna Capizzi, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Regione siciliana - Ragioneria centrale Servizio 6 Centrale unica di committenza,
Regione Sicilia - Urega - Ufficio regionale espletamento gare appalti lavori
pubblici Palermo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e
difesi dall'Avvocatura distrettuale, domiciliataria *ex lege* in Palermo, via Villareale
n. 6;

Regione siciliana - Dipartimento regionale infrastrutture mobilità e trasporti, Regione siciliana - Assessorato regionale economia, Regione siciliana - Assessorato regionale infrastrutture e mobilità, Regione Sicilia - Assessorato dell'Economia, Regione Siciliana - Assessorato delle Infrastrutture e della mobilità, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale, domiciliataria *ex lege* in Palermo, via Villareale 6;

nei confronti

Regione Siciliana - Dipartimento regionale bilancio e tesoro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale, domiciliataria *ex lege* in Palermo, via Villareale n. 6;

Regione siciliana – Assessorato infrastrutture e mobilità – Dipartimento regionale tecnico Urega centrale, Regione siciliana – Assessorato infrastrutture e mobilità – Dipartimento regionale tecnico – Urega Palermo, Althea Italia s.p.a., Arnas - Azienda ospedaliera di rilievo nazionale e alta specializzazione Civico-Di Cristina-Benfratelli di Palermo, Azienda ospedaliera “Ospedali Riuniti Villa Sofia-Cervello” di Palermo, Azienda ospedaliera universitaria Policlinico “Paolo Giaccone”, Azienda sanitaria provinciale di Trapani, Azienda sanitaria provinciale di Caltanissetta, Azienda sanitaria provinciale di Enna, Azienda sanitaria provinciale di Ragusa, Azienda sanitaria provinciale di Siracusa, Azienda sanitaria provinciale di Agrigento, Azienda sanitaria provinciale di Catania, Azienda ospedaliera di rilievo nazionale e di alta specializzazione Garibaldi di Catania, Azienda ospedaliera per l'emergenza Cannizzaro - Catania, Azienda sanitaria provinciale di Messina, Irccs Centro neurolesi Bonino Pulejo, Azienda ospedaliera Papardo, Azienda ospedaliera universitaria Policlinico "G. Martino" - Messina, Azienda ospedaliera universitaria "Policlinico - Vittorio Emanuele" - Catania, Azienda ospedaliera Piemonte – Messina non costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 207 del 2019, proposto da

Althea Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato

e difeso dall'avvocato Umberto Ilardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Nino Bullaro in Palermo, via Galileo Galilei, 9;

contro

H.C. Hospital Consulting s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Bivona, Marianna Capizzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Regione Siciliana - Dipartimento regionale bilancio e tesoro, Regione Sicilia-Ass.To economia-Dipart.To bilancio e tesoro-Ragioneria centrale-Servizio 6-Centrale unica committenza, Assessorato infrastrutture mobilità-Dip.To tecnico Ufficio espletamento gare appalto-Servizio provinciale Urega Palermo, Regione siciliana - Dipartimento regionale infrastrutture mobilità e trasporti, Regione siciliana - Assessorato regionale economia, Regione siciliana - Assessorato regionale infrastrutture e mobilità, Regione Sicilia - Assessorato dell'economia, Regione Sicilia - Assessorato delle infrastrutture e della mobilità, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale, domiciliataria ex lege in Palermo, via Villareale n. 6;

nei confronti

Assessorato infrastrutture e mobilità-Dip.To tecnico-Ufficio espletamento gare appalto-Servizio prov.Le Urega centrale, Tecnologie Sanitarie s.p.a., Arnas civico di Cristina Benfratelli, Ospedali riuniti Villa Sofia - Cervello, Azienda ospedaliera universitaria Policlinico Paolo Giaccone di Palermo, Azienda sanitaria n. 9 di Trapani, Azienda sanitaria n. 2 di Caltanissetta, Azienda sanitaria n. 4 di Enna, Azienda sanitaria n. 7 di Ragusa, Azienda sanitaria n. 8 di Siracusa, Azienda sanitaria n. 1 di Agrigento, Azienda sanitaria n. 3 di Catania, Azienda ospedaliera di rilievo nazionale e di alta specializzazione Garibaldi di Catania, Azienda

ospedaliera per l'emergenza Cannizzaro di Catania, Azienda sanitaria provinciale n. 5 di Messina, Irccs - Centro neurolesi Bonino Pulejo, Azienda ospedaliera Papardo di Messina, Azienda ospedaliera Universitaria Policlinico G. Martino di Messina, Azienda ospedaliera Policlinico Vittorio Emanuele di Catania, Azienda ospedaliera Piemonte di Messina non costituiti in giudizio;

per la riforma

quanto al ricorso n. 207 del 2019:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale Per La Sicilia (sezione Prima) n. 79/2019, resa tra le parti,

quanto al ricorso n. 197 del 2019:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale Per La Sicilia (sezione Prima) n. 79/2019, resa tra le parti,

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di H.C. Hospital Consulting s.p.a. e di Regione Siciliana - Dipartimento regionale bilancio e tesoro e di Regione siciliana - Ragioneria centrale Servizio 6 Centrale unica di committenza e di Regione Sicilia - Urega - Ufficio regionale espletamento gare appalti lavori pubblici Palermo e di Regione siciliana - Dipartimento regionale infrastrutture mobilità e trasporti e di Regione siciliana - Assessorato regionale economia e di Regione siciliana - Assessorato regionale infrastrutture e mobilità e di Regione Sicilia - Assessorato dell'economia e di Regione siciliana - Assessorato delle infrastrutture e della mobilità e di H.C. Hospital Consulting s.p.a. e di Regione siciliana - Dipartimento regionale bilancio e tesoro e di Regione Sicilia-Ass.To economia-Dipart.To bilancio e tesoro-Ragioneria centrale-Servizio 6-Centrale unica committenza e di Assessorato infrastrutture mobilità-Dip.To tecnico Ufficio espletamento gare appalto-Servizio provinciale Urega Palermo e di Regione siciliana - Dipartimento regionale infrastrutture mobilità e trasporti e di Regione siciliana - Assessorato regionale economia e di Regione siciliana - Assessorato regionale Infrastrutture e

Mobilita' e di Regione Sicilia - Assessorato dell'Economia e di Regione Sicilia - Assessorato delle infrastrutture e della mobilità;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 dicembre 2019 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati Carlo Comandè, Calogero Mattina, Valentino Vulpetti, Antonio Bivona e Umberto Ilardo, nonchè l'avv. dello Stato Pierfrancesco La Spina;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La controversia riguarda la gara telematica regionale, indetta dalla Centrale unica di committenza della Regione Sicilia (di seguito "CUC"), con decreto n. 2443 del 21 dicembre 2016, per la prestazione dei servizi integrati di gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali per le Aziende Sanitarie ed Ospedaliere della Regione Sicilia, articolata in quattro lotti territoriali, per un importo complessivo quinquennale a base d'asta pari ad euro 202.400.318,17 di cui euro 127.500,00 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso, oltre IVA.

L'appalto è suddiviso in quattro lotti territoriali, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: lotto 1 (Palermo e Trapani), lotto 2 (Caltanissetta, Ragusa, Siracusa e Agrigento), lotto 3 (Catania) e lotto 4 (Messina).

All'esito della procedura concorrenziale sono stati aggiudicati, con decreto DAS n. 254 del 28 febbraio 2018, a Tecnologie Sanitarie s.p.a. (di seguito "TS") entrambi i lotti cui ha partecipato (ossia 1 e 2).

I lotti 3 e 4 sono stati invece aggiudicati ad Althea s.p.a. (di seguito "Althea").

2. HC Hospital Consulting s.p.a. (di seguito "HC"), avendo partecipato alla selezione per i lotti 2 e 4, ha impugnato gli atti di gara davanti al TAR Sicilia-Palermo, articolando tre motivi di censura, tutti riguardanti la composizione della Commissione di gara.

Successivamente, TS ha interposto ricorso incidentale.

All'esito del giudizio il TAR ha pubblicato, in data 14 gennaio 2019, la sentenza n. 79, con la quale, disattese le eccezioni preliminari, sono stati dichiarati infondati i primi due motivi di ricorso e in parte inammissibile la terza censura, che è stata tuttavia accolta nella restante parte, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati. Inoltre, è stato dichiarato improcedibile e infondato il ricorso incidentale proposto da TS.

3. La sentenza di primo grado è stata impugnata da TS (ricorso 197/2019) e Althea (ricorso 207/2019), aggiudicatrici rispettivamente dei lotti 1 e 2 e dei lotti 3 e 4, controinteressate in primo grado.

4. Il CGA ha dapprima disposto istruttoria con ordinanza n. 215/2019 e successivamente, con ordinanza cautelare n. 325 del 2019, ha accolto parzialmente l'istanza cautelare precisando che gli effetti della sentenza di primo grado si intendono limitati ai soli lotti 2° e 4° e che l'annullamento degli atti di gara quanto ai lotti 2° e 4° comporta, quale effetto, la loro rinnovazione a partire dalla nomina di una nuova commissione giudicatrice, con salvezza delle domande e delle offerte già presentate, sulle quali dovrà pronunciarsi la nuova commissione.

5. Nel giudizio d'appello si sono costituite HC, la Regione Sicilia - Assessorato economia – Dipartimento bilancio e tesoro - Ragioneria Generale - Centrale Unica di Committenza, Regione Sicilia - Assessorato delle infrastrutture e della mobilità – UREGA Centrale e Regione Sicilia - Assessorato economia – Dipartimento bilancio e tesoro - Ragioneria Generale - Centrale Unica di Committenza, Regione Sicilia - Assessorato delle infrastrutture e della mobilità – UREGA Palermo, oltre alle due appellanti, TS e Althea, che si sono costituite nell'ambito del giudizio promosso dall'appello proposto dall'altra società.

6. All'udienza pubblica dell'11 dicembre 2019 i ricorsi n. 197/2019 e n. 207/2019 sono trattenuti in decisione.

DIRITTO

7. Preliminarmente va disposta la riunione dei due appelli in epigrafe ai sensi dell'art. 96, comma 1, c.p.a.

8. Si premette che la sentenza del TAR ha dichiarato in parte inammissibile il ricorso introduttivo e per la restante parte lo ha accolto con annullamento, per quanto di ragione, dei provvedimenti impugnati e ha dichiarato improcedibile, oltre che infondato, il ricorso incidentale. In particolare, delle tre doglianze dedotte con il ricorso introduttivo, il giudice di primo grado ne ha accolta una, quella relativa all'incompetenza della commissione di gara, dopo aver dichiarato inammissibile il profilo riguardante gli atti dell'UREGA di iscrizione del dott. Domenico Pontillo nella sottosezione B2.12 dell'albo degli esperti.

8.1. Va anzitutto delimitata la materia del contendere.

Le appellanti TS e Althea, controinteressate e soccombenti parziali in primo grado, hanno chiesto la riforma della sentenza di primo grado nella parte in cui ha accolto il terzo motivo di ricorso.

Le altre due censure dedotte con il ricorso introduttivo di primo grado (entrambe basate sulla violazione dell'art. 77, comma 4 del d. lgs. n. 50 del 2016 in quanto il Presidente rispettivamente avrebbe concorso alla redazione degli atti di gara e avrebbe rivestito la qualifica di RUP del procedimento) sono state rigettate nel merito. I relativi capi di sentenza non sono stati impugnati e sono pertanto passati in giudicato.

TS ha impugnato anche il capo della sentenza che ha deciso sul ricorso incidentale.

8.2. Gli atti d'appello sono parzialmente fondati e vanno accolti nei termini di seguito esposti, che determinano la delimitazione degli effetti caducatori della sentenza in relazione all'atto di nomina della commissione e agli atti di gara successivi riguardanti i soli lotti 2 e 4, mentre per la restante parte vanno dichiarati improcedibili o respinti, confermando la sentenza impugnata.

9. In via pregiudiziale, il Collegio ritiene di dover decidere l'eccezione di difetto di legittimazione passiva dell'UREGA, eccepita dall'Avvocatura dello Stato con memoria di replica.

9.1. Il Collegio ritiene che l'Assessorato regionale infrastrutture e mobilità vada estromesso dal giudizio per difetto di legittimazione passiva, dato che l'UREGA, come più volte affermato da questo Consiglio (v., di recente, la sentenza n. 49 del 2019), è *“una struttura servente delle stazioni appaltanti, sulle quali ricade la responsabilità ultima degli atti adottati (...) l'UREGA dispiega tipicamente attività endoprocedimentale priva di rilevanza esterna, giacché destinata a essere assorbita dal provvedimento di aggiudicazione definitiva di spettanza dell'Amministrazione che ha indetto la procedura”*.

Nel caso specifico la nomina della commissione di gara non è atto imputabile all'Urega, che pertanto difetta di legittimazione passiva.

10. Preliminarmente il Collegio, in accoglimento del motivo di riforma della sentenza impugnata, dedotto da entrambe le appellanti, TS e Althea, delimita la materia del contendere ai soli atti di gara relativi ai lotti 2 e 4, rispetto ai quali HC ha presentato domanda di partecipazione.

10.1. Con la decisione gravata il TAR ha rigettato la relativa eccezione, formulata in primo grado, atteso che gli atti impugnati, afferenti alla nomina della Commissione di gara, afferiscono a tutti e quattro i lotti della procedura.

10.2. TS ha riproposto, quale motivo di appello, l'eccezione di mancanza di interesse dell'appellata HC rispetto ai lotti per i quali non ha presentato l'offerta, cioè i lotti 1 e 3, chiedendo la riforma della sentenza nella parte nella quale l'ha rigettata.

Althea ha censurato la sentenza nella parte nella quale non considera la carenza di legittimazione di HC rispetto ai lotti 1 e 3, carenza già eccepita in primo grado.

10.3. HC ha controdedotto che il decreto di nomina della Commissione di cui al D.A.S. n. 179/2017 non presenta i caratteri dell'atto ad oggetto plurimo, non procedendosi alla separata nomina della medesima Commissione per ciascun lotto (circostanza, questa, che avrebbe consentito di isolarne formalmente i contenuti per riferirli, separatamente, a ciascuno dei quattro lotti, in modo tale che le sorti della

singola previsione riguardante un lotto non si riflettessero sulle altre), ma alla nomina di un unico seggio di gara chiamato a giudicare l'intero servizio.

10.4. Il Collegio ritiene che il motivo di ricorso volto a delimitare gli effetti di annullamento della pronuncia del Tar ai soli lotti 2 e 4, articolato da entrambe le appellanti, seppur evidenziando profili differenti, sia fondato.

Sulla scorta di una consolidata giurisprudenza, richiamata, fra l'altro, nell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2018, la legittimazione a impugnare gli atti di gara è ancorata, salvo le poche eccezioni individuate dalla giurisprudenza, che non ricorrono nella presente controversia, alla partecipazione alla gara.

L'applicazione della suddetta regola al caso controverso richiede di valutare preliminarmente come si concretizza la nozione di partecipazione alla gara in relazione a una procedura selettiva articolata in più lotti. Si tratta, cioè, di verificare se la suddivisione in lotti determina una moltiplicazione delle procedure o se la gara permane unitaria.

In termini generali, e salvo le specificità di ciascun caso concreto, la giurisprudenza amministrativa ha affermato che il bando di una gara suddivisa in lotti costituisce un atto ad oggetto plurimo e determina l'indizione non di un'unica gara, ma di tante gare, per ognuna delle quali vi è un'autonoma procedura, che si conclude con un'aggiudicazione (Cons. St., Sez. III, 15 maggio 2018, n. 2892).

La scelta legislativa di cui all'art. 120, comma 11-*bis*, c.p.a. costituisce il corollario di tale premessa. Se, infatti, non si ponesse un problema di pluralità di atti (o di atti plurimi), neppure dovrebbe porsi la questione del ricorso plurimo, in quanto l'atto sarebbe unico e risponderebbe alla regola generale del processo amministrativo impugnatorio in forza della quale il ricorso deve avere ad oggetto un solo provvedimento e i vizi-motivi si debbono correlare strettamente a questo.

Invece, proprio in considerazione della sussistenza di una pluralità di provvedimenti,

è stato introdotto l'art. 120, comma 11-*bis*, c.p.a., secondo cui l'ammissibilità del ricorso cumulativo degli atti di gara pubblica resta subordinata all'articolazione, nel

gravame, di censure idonee ad inficiare segmenti procedurali comuni (ad esempio il bando, il disciplinare di gara, la composizione della Commissione giudicatrice, la determinazione di criteri di valutazione delle offerte tecniche ecc.) alle differenti e successive fasi di scelta delle imprese affidatarie dei diversi lotti e, quindi, a caducare le pertinenti aggiudicazioni (Cons. St., Sez. III, 3 luglio 2019, n. 4569).

In ragione di quanto argomentato appena sopra il Collegio ritiene che, nel caso di gara a più lotti, le concorrenti partecipino al solo o ai soli lotti per i quali presentano l'offerta.

Posto che il perimetro della partecipazione delinea l'ambito della legittimazione (Ad. Plen. n. 9 del 2014) deve ritenersi inammissibile il ricorso volto a contestare segmenti procedurali non riguardanti i lotti interessati dall'offerta presentata.

Del resto, neppure si comprende di quale interesse potrebbe essere portatore colui che pretende di annullare un atto che nega un bene della vita che costui non manifesta di voler conseguire, non partecipando alla procedura finalizzata a ottenerlo (ordinanza CGA n. 325 del 2019).

Nel caso di specie la ricorrente in primo grado, appellata in secondo, ha presentato domanda di partecipazione solo per i lotti 2 e 4.

Il ricorso di primo grado è, pertanto, inammissibile con riferimento agli atti riguardanti gli ulteriori lotti e la sentenza di primo grado deve essere riformata nella parte in cui rigetta l'eccezione di delimitazione della materia del contendere alle procedure relative ai soli lotti 2 e 4, con conseguente perimetrazione in tal senso degli effetti della pronuncia gravata.

11. Si accoglie, altresì, il motivo di appello teso a delimitare la portata demolitoria della sentenza di primo grado agli atti di gara relativi alla nomina della commissione e agli adempimenti successivi, con i conseguenti riflessi in ordine alla rinnovazione dei medesimi a partire dalla nomina di una nuova commissione giudicatrice (v. Cons. giust. sic., n. 325/2019, ord.).

11.1. Il relativo motivo è stato dedotto da entrambe le appellanti, Althea in via

principale e TS in via subordinata (a tale ultimo riguardo l'intenzione di TS viene rispettata dal Collegio atteso che i restanti motivi di appello sono improcedibili o infondati).

11.2. Il Collegio giudica, innanzitutto, ammissibile il motivo di appello, così rigettando l'eccezione in tal senso dell'appellata HC circa la carenza di interesse all'impugnazione della pronuncia di primo grado *in parte qua* dal momento che il disposto della sentenza impugnata non darebbe luogo a incertezza in merito al fatto che il Tar non ha annullato atti diversi da quello di nomina della Commissione e di quelli successivi. La formulazione ipotetica della censura, stigmatizzata da controparte, discende dall'incertezza, dedotta dalle appellanti, in ordine alla portata della sentenza demolitoria impugnata.

Al riguardo, si evidenzia come nel dispositivo della pronuncia gravata si affermi che si accoglie il ricorso *“con annullamento, per quanto di ragione, dei provvedimenti impugnati”* e che, in motivazione, si legge che *“dalla fondatezza della doglianza discende, in conseguenza, l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento, per quanto di ragione, dei provvedimenti impugnati con l'ulteriore travolgimento delle Convenzioni di affidamento dei Lotti posti in gara”* e che fra i provvedimenti impugnati sono compresi anche gli atti introduttivi della gara. D'altro canto, non si rinvencono passi della motivazione da cui desumere l'annullamento dell'atto di nomina della commissione e degli atti *“a valle”*.

11.3. Tali circostanze rendono, pertanto, ammissibile la censura, che si accoglie.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 7 maggio 2013, n. 13 ha stabilito, infatti, che *“secondo i principi generali, la caducazione della nomina, ove si accerti, come nella specie, essere stata effettuata in violazione delle regole di cui all'art. 84, comma 4 e 10, comporterà in modo caducante il travolgimento per illegittimità derivata di tutti gli atti successivi della procedura di gara fino all'affidamento del servizio ed impone quindi la rinnovazione dell'intero procedimento”*. La giurisprudenza successiva ha applicato in più occasioni il suddetto principio di diritto, evitando di estendere gli effetti dell'invalidità

derivante dalla nomina di una commissione illegittima anche agli atti anteriori e travolgendo piuttosto, per illegittimità derivata, gli atti successivi della procedura di gara fino all'affidamento del servizio (Cons. St., Sez. III, 6 agosto 2018, n. 4830).

12. Accolti i motivi di appello di cui sopra, per la restante parte la sentenza va confermata per le motivazioni di seguito esposte.

13. Preliminarmente il Collegio esamina i motivi di appello che censurano la sentenza impugnata nelle parti in cui decide eccezioni processuali, sollevate in primo grado, quanto all'ammissibilità del ricorso introduttivo.

14. In ragione della radicalità del vizio (Ad. Plen. n. 5 del 2015), si decide innanzitutto il motivo d'appello, sollevato da entrambe le appellanti, controinteressate in primo grado, TS e Althea, di erronea, illogica e contraddittoria motivazione della sentenza appellata, laddove si rigetta l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo per violazione dell'art. 120, comma 11-*bis*, c.p.a.

14.1. La sentenza del TAR afferma che il ricorso cumulativo è ammissibile perché mira a contestare medesimi profili di illegittimità che, in specie, attengono alla composizione dell'unica Commissione aggiudicatrice dell'intera procedura di gara.

14.2. TS deduce l'erroneità della pronuncia posto che essa non considera che l'atto impugnato, cioè il provvedimento di aggiudicazione, è unico. Analogamente deduce Althea, argomentando circa il carattere non unitario della gara suddivisa in lotti e la mancanza del presupposto dello "stesso atto" richiesto dall'art. 120, comma 11-*bis*, c.p.a. ai fini dell'ammissibilità del ricorso cumulativo.

14.3 HC controdeduce ribadendo l'unicità del motivo di illegittimità proposto (incompetenza della commissione di gara) che si riverbera sull'unico provvedimento di aggiudicazione.

14.4. Il motivo è infondato.

L'art. 120, comma 11-*bis*, c.p.a. stabilisce che, nel caso di presentazione di offerte per più lotti, l'impugnazione si propone con ricorso cumulativo alla condizione che

vengano dedotti identici motivi di ricorso avverso lo stesso atto.

L'ammissibilità di un ricorso cumulativo nelle gare d'appalto è quindi soggetta alla sussistenza di tre presupposti: la presentazione di offerte per più lotti, la deduzione di identici motivi di ricorso e l'impugnazione di uno stesso atto.

La prima condizione, la presentazione delle offerte per più lotti, presuppone che sia indetta una gara suddivisa in più lotti e che il ricorrente presenti un'offerta per più di un lotto. La circostanza ricorre nel caso oggetto della presente controversia, atteso che HC, ricorrente in primo grado, ha presentato più offerte in una gara suddivisa in quattro lotti.

Nel ricorso introduttivo essa ha dedotto identici motivi di ricorso, così integrando il secondo presupposto della previsione legislativa richiamata. Il ricorso di HC contiene, infatti, tre censure, tutte relative a profili riguardanti la composizione dell'unica commissione di gara che ha gestito la procedura di evidenza pubblica con riferimento ai vari lotti da affidare.

La terza condizione indicata dall'art. 120, comma 11-*bis* c.p.a. consiste nell'impugnazione del medesimo atto.

Il requisito determina, apparentemente, un'antinomia all'interno della norma in esame, dal momento che la nozione di ricorso cumulativo fa riferimento all'impugnazione di più atti, così potendo risultare inconciliabile con la terza condizione dettata per l'ammissibilità del medesimo, che richiede, appunto, di gravare uno stesso provvedimento.

L'interpretazione della locuzione richiede l'inquadramento della tematica nell'ambito della gara a più lotti. Come illustrato sopra, essa è costituita di norma, e salve le specificità di ciascun caso concreto, non da un'unica gara, ma da tante gare, per ognuna delle quali vi è un'autonoma procedura, che si conclude con un'aggiudicazione (Cons. St., Sez. III, 15 maggio 2018, n. 2892) ed è caratterizzata da atti a oggetto plurimo, o comunque da atti distinti ma della medesima tipologia, cioè afferenti ai medesimi segmenti procedurali (ammissione, valutazione offerte, verifica di anomalia, aggiudicazione, ...). In tale contesto il provvedimento di

nomina della commissione si caratterizza per il fatto di avere un unico contenuto, appunto la nomina dei componenti della commissione. Nondimeno, esso è finalizzato a individuare il seggio (sempre lo stesso) che gestirà ciascuna (e distinta) articolazione procedurale finalizzata all'aggiudicazione per il lotto pertinente. Anche il contenuto di quest'ultimo atto, quindi, si inserisce in procedure distinte.

Del resto, se non si fosse in presenza di una pluralità di atti "gemelli" o di atti plurimi (e non di un unico atto per ciascun segmento di procedura), non si comprenderebbe la ragione della prescrizione della prima condizione, cioè della richiesta del legislatore che colui che impugna con ricorso cumulativo abbia presentato più offerte. Sarebbe sufficiente presentare una sola offerta per impugnare l'(unico) atto di ciascuna fase della sequenza procedimentale.

Appurato che la gara è scandita da atti plurimi o da atti "gemelli" (cioè aventi il medesimo contenuto pur afferendo a lotti diversi), il ricorso cumulativo risponde all'esigenza di consentire con un unico documento introduttivo del processo di impugnare atti plurimi o atti "paralleli" e così deve essere inteso il riferimento allo stesso atto contenuto nel comma 11-*bis*.

In tale contesto riveste un'importanza centrale la seconda condizione di ammissibilità del ricorso cumulativo riguardante le gare d'appalto, cioè la deduzione dei medesimi motivi di ricorso.

La giurisprudenza amministrativa ha già avuto modo di precisare, infatti, che l'art. 120, comma 11-*bis*, c.p.a. ha subordinato l'ammissibilità del ricorso cumulativo degli atti di gara pubblica all'articolazione, nel gravame, "*di censure idonee ad inficiare segmenti procedurali comuni (ad esempio il bando, il disciplinare di gara, la composizione della Commissione giudicatrice, la determinazione di criteri di valutazione delle offerte tecniche ecc.) alle differenti e successive fasi di scelta delle imprese affidatarie dei diversi lotti e, quindi, a caducare le pertinenti aggiudicazioni; in questa situazione, infatti, si verifica una identità di causa*

petendi e una articolazione del petitum che risulta giustificata dalla riferibilità delle diverse domande di annullamento alle medesime ragioni fondanti la pretesa demolitoria che, a sua volta, ne legittima la trattazione congiunta” (Cons. St., Sez. III, 3 luglio 2019, n. 4569). Ne deriva che l’oggetto del ricorso cumulativo, così come sopra identificato, cioè l’atto plurimo o gli atti “paralleli”, devono essere censurati per gli stessi profili.

In ragione di quanto sopra considerato, la ricorrente in primo grado, avendo impugnato l’aggiudicazione e gli atti presupposti, ha presentato un ricorso cumulativo avente i requisiti richiesti dal legislatore, posto che ha censurato il solo provvedimento di nomina con tre motivi di ricorso.

La sussistenza, nel caso di specie, dei requisiti richiesti dal citato comma 11-*bis* impone al Collegio di rigettare la censura, confermando sul punto la sentenza impugnata.

15. Si esamina ora il motivo d’appello che censura il capo di sentenza che ha escluso la portata paralizzante del ricorso incidentale presentato da Tecnologie Sanitarie s.p.a., atteso che la decisione sul suddetto motivo è potenzialmente capace di incidere sull’ordine di trattazione delle questioni controverse. In particolare, se il ricorso incidentale avesse portata escludente, dovrebbe essere esaminato per primo, dal momento che il ricorso principale non ha portata escludente ma è espressione dell’interesse strumentale alla rinnovazione della gara a far tempo dal segmento procedimentale della nomina della commissione.

Si applicherebbero, quindi, le ordinarie regole del processo amministrativo, che richiedono la sussistenza della legittimazione e dell’interesse a ricorrere al fine di considerare ammissibile la domanda di tutela, non risultando conferenti i richiami all’Ad. Plen. 6 del 2018 e alla Corte di Giustizia 5 settembre 2019, causa C-333/2018, che si occupano 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). Nel caso in esame vi sarebbe, in tesi, un solo ricorso escludente, il ricorso incidentale.

15.1. Il TAR, con la sentenza gravata, ha dapprima deciso di dover procedere preliminarmente allo scrutinio del ricorso introduttivo, considerato che “*il ricorso incidentale (con cui si contesta, invero, unicamente il profilo del punteggio attribuito alla ricorrente principale) non ha natura paralizzante rispetto all’interesse primario di parte ricorrente volto sostanzialmente all’annullamento dell’intera gara, per illegittima composizione della Commissione di Gara, e alla sua riedizione*”. Infine ha dichiarato il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata, oltre che improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse (stante l’effetto caducante della intera gara connesso alla sopra riferita illegittima composizione della commissione di gara), infondato nel merito.

15.2. Gli assunti del giudice di primo grado sono, ad avviso di TS, erronei posto che il ricorso incidentale evidenzierebbe il difetto di interesse della ricorrente principale, con conseguente inammissibilità del ricorso principale.

La natura escludente del ricorso incidentale presentato in primo grado, e sul quale si chiede di delibare anche in appello, poggia sulla considerazione in forza della quale l’offerta tecnica della ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché inammissibile sotto un duplice profilo:

- l’inidoneità e la difformità dell’offerta tecnica presentata da HC rispetto alle prescrizioni del capitolato speciale (artt. 2 e 7);
- l’assegnazione all’offerta tecnica di HC di punteggi eccessivi ed indebitamente superiori alla soglia minima richiesta dalla *lex specialis* (art. 5, disciplinare) ai fini dell’ammissione dell’offerta stessa.

15.3. HC ha controdedotto, oltre che in merito all’infondatezza nel merito dei rilievi, che questi attengono alla fase esecutiva, posto che sono rivolti espressamente all’aggiudicataria, e che, specie il vizio riguardante la programmazione dell’attività di controllo, non hanno portata cogente.

15.4. Il Collegio ritiene che il ricorso incidentale non abbia portata escludente e, comunque, che debba essere esaminato dopo l’esame delle censure principali.

Non hanno, infatti, portata paralizzante i vizi dedotti con il ricorso incidentale.

In particolare, l'asserita violazione degli artt. 2 e 7 del capitolato speciale, dedicati rispettivamente a richiedere una programmazione dell'attività di verifica, per quanto possibile, contestuale alla manutenzione preventiva e/o al controllo funzionale, nonché l'allegazione dell'organigramma del personale e l'utilizzo di un perito tecnico industriale avente esperienza almeno triennale nel settore, non riveste portata escludente, non essendovi espressa, nei documenti di gara, una finalità di questo tipo e avendo, specie l'art. 2, una portata cogente molto relativa (*“per quanto possibile”*).

L'altra asserita violazione di portata escludente è da TS individuata in quanto dispone l'art. 5 del disciplinare di gara, che, prevedendo un punteggio massimo assegnabile di 60 punti per la qualità del servizio (c.d. elemento tecnico) e un punteggio massimo assegnabile di 40 punti per il prezzo offerto (c.d. elemento economico) e dopo aver individuato criteri e subcriteri, stabilisce che *“qualora dalla valutazione degli elementi sopra esposti risulti un punteggio globale di qualità inferiore a 40 punti, l'offerta economica non sarà presa in considerazione”* (pag. 9 del disciplinare di gara).

Secondo la ricorrente incidentale la normativa di gara, dunque, pone una soglia di sbarramento relativa al punteggio minimo che le offerte tecniche devono conseguire al fine di consentire l'ammissione del concorrente alla valutazione dell'offerta economica presentata ed al prosieguo di gara.

Dai verbali di gara risulta che l'offerta tecnica presentata da HC nel lotto 2 ha conseguito il punteggio complessivo di 42,90 (verbale n. 18 del 18.12.2017, sub doc. 7), poi riparametrato a 48,75 (verbale n. 18 del 18.12.2017, sub doc. 7).

Tale assegnazione di punteggio troverebbe tuttavia presupposto in valutazioni palesemente errate e contraddittorie, che meriterebbero di essere censurate.

15.5. Il Collegio ritiene che il disciplinare vada interpretato alla luce della formulazione letterale e delle regole di gara.

Tralasciando il fatto che esso individua una regola di quantificazione del punteggio

tecnico che tiene conto di molti elementi, che rendono soltanto relativo il peso delle votazioni sui singoli criteri, esso non prevede alcun effetto di esclusione ricollegato al punteggio tecnico inferiore a 40 punti, dal momento che incide sulla valutazione dell'offerta tecnica, anche in senso molto negativo (*“l'offerta tecnica non sarà presa in considerazione”*), di un'impresa che è stata ammessa.

La regola è, piuttosto, finalizzata a predeterminare la condotta dell'Amministrazione e a evitare che proceda all'aggiudicazione allorché l'offerta tecnica è giudicata non idonea, pur in presenza di un ragguardevole punteggio economico. Essa è espressione di un autovincolo che la stazione appaltante si è posta: qualora dalla valutazione degli elementi dell'offerta tecnica risulti un punteggio globale di qualità inferiore a 40 punti, l'offerta economica non sarà presa in considerazione.

Infine, il Collegio rileva che le suddette valutazioni sono di competenza della commissione, cioè di quella commissione il cui provvedimento di nomina è stato chiesto (e ottenuto in primo grado) di annullare. Esse, pertanto, attengono a vizi di illegittimità che, in quanto afferenti a fasi successive alla scelta del seggio di gara, si presentano come meno radicali rispetto alla censura che mira alla rinnovazione della commissione, oggetto del ricorso principale, che deve essere esaminata prioritariamente.

15.6. Da quanto esposto consegue che il giudice di primo grado ha correttamente posposto l'esame del ricorso incidentale rispetto all'esame del ricorso principale, pervenendo poi a dichiarare il primo improcedibile, oltre che infondato.

16. Venendo ora alla trattazione dei motivi di censura che riguardano specificamente il capo della sentenza con il quale il TAR accoglie il terzo motivo del ricorso introduttivo, il Collegio comincia il relativo esame a partire dalle censure che lamentano l'irricevibilità e l'inammissibilità di quella specifica doglianza.

17. Per radicalità di vizio si valuta preliminarmente il motivo d'appello attraverso il

quale le appellanti censurano l'erronea, illogica e contraddittoria motivazione di rigetto dell'eccezione di improcedibilità e/o inammissibilità del ricorso di HC per omessa immediata impugnazione dell'atto di nomina della commissione di gara.

17.1. Le appellanti, attraverso il presente motivo, hanno lamentato la tardività dell'impugnazione del provvedimento di nomina della commissione.

17.2. Contrariamente a quanto ritengono le appellanti, e conformemente a quanto affermato dal giudice di primo grado, il motivo non può trovare accoglimento.

Nelle gare pubbliche l'atto di nomina della Commissione giudicatrice, al pari degli atti da questa compiuti nel corso del procedimento, non produce di per sé un effetto lesivo immediato, e comunque tale da implicare l'onere dell'immediata impugnazione nel prescritto termine decadenziale.

La nomina dei componenti della Commissione può essere impugnata dal partecipante alla selezione, che la ritenga illegittima, solo nel momento in cui, con l'approvazione delle operazioni concorsuali, si esaurisce il relativo procedimento amministrativo e diviene compiutamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato

Accogliendo le considerazioni dell'appellata, ricorrente parzialmente vittoriosa in primo grado, si riporta l'orientamento del Consiglio di Stato sul punto: *“Non è fondata l'eccezione di inammissibilità per mancata immediata impugnazione poiché, come ribadito, da ultimo, dall'Adunanza Plenaria (n. 8 del 2018) non è possibile affermare che si possa trarre dalla disposizione di cui ai commi 2 bis e 6 bis dell'art. 120 c.p.a. una tensione espressiva di un principio generale secondo cui tutti i vizi del bando dovrebbero essere immediatamente denunciati, ancorché non strutturanti in prescrizioni immediatamente lesive in quanto escludenti”*; tale principio trova ancora più riscontro proprio con riferimento ai vizi di composizione della Commissione, in quanto si può notare come *“nello schema originario del codice dei contratti pubblici, sottoposto al parere del Consiglio di Stato, si prevedeva un'estensione del detto rito, ma limitata unicamente alla composizione della commissione”*, poi, tuttavia, *“ il testo definitivo ha espunto tale indicazione,*

recepando i suggerimenti dell'organo consultivo, incentrate sul vincolo imposto dalla legge di delega, che non contemplava tali ipotesi”.

“Ne discende, pertanto, che l'interesse all'impugnazione degli atti di gara per vizi attinenti alla composizione della Commissione non può che radicarsi ad esito della gara; mentre per lo stesso motivo, non potendo la parte conoscere l'esito della procedura, non può di contro neppure formarsi acquiescenza a riguardo” (Cons. St., sez. III, 15 novembre 2018, n. 6447; in termini Cons. St., sez. III, 7 novembre 2018, n. 6299).

18. E', altresì, infondato il motivo d'appello con il quale si lamenta l'omessa pronuncia sull'eccezione di inammissibilità del terzo motivo di ricorso, dedotta in primo grado, per omessa impugnazione delle specifiche disposizioni della *lex specialis* di gara relative alla nomina della commissione. Con la censura TS evidenzia che la ricorrente in primo grado non ha impugnato l'art. 11 del disciplinare nella parte nella quale riproduce il contenuto dell'art. 8 della l.r. n. 12 del 2011 in punto di scelta dei componenti di gara. Ciò avrebbe reso inammissibile il terzo motivo del ricorso di primo grado.

Il TAR non si è pronunciato in modo esplicito sulla censura, pur avendola, evidentemente, valutata in modo implicito, dal momento che ha accolto il motivo asseritamente inammissibile. La mancata pronuncia espressa del giudice di primo grado non comporta la necessità di riformare la sentenza se la decisione (implicita) si rivela corretta, determinando la sola conseguenza processuale indicata nell'art. 101, comma 2, c.p.a.

Nel merito l'eccezione, sollevata in primo grado e riproposta in appello quale vizio della sentenza, è infondata per due motivi.

Innanzitutto il disciplinare di gara è ricompreso fra gli atti impugnati.

In secondo luogo il terzo motivo del ricorso introduttivo del primo grado di giudizio non mette in discussione il meccanismo delineato dalla l.r. n. 12 del 2011 – che viene richiamato dalla *lex specialis* – ma l'applicazione che ne è stata fatta,

che non ha garantito un idoneo livello di competenza della commissione. Pertanto, un'eventuale impugnazione della *lex specialis* sarebbe stata comunque inammissibile per mancanza d'interesse in quanto, in caso di annullamento della medesima, avrebbe comunque operato l'analogia regola legislativa.

Ne deriva che il motivo di censura sollevato avverso la sentenza di primo grado non può essere accolto in quanto la doglianza dedotta in primo grado era comunque ammissibile nel senso di cui appena sopra.

19. Neppure sono fondati gli ulteriori motivi d'appello che criticano la sentenza impugnata in relazione a eccezioni di inammissibilità del terzo motivo del ricorso introduttivo, poi accolto con la sentenza gravata.

19.1. In estrema sintesi le due appellanti hanno dedotto, seppur articolando diversamente il motivo, che il giudice di primo grado ha omesso di pronunciarsi sull'eccezione di inammissibilità del terzo motivo di ricorso perché il ricorrente non ha dimostrato che la presunta inesperienza dei commissari abbia inciso sulla valutazione delle offerte e ha erroneamente rigettato l'eccezione di mancanza di interesse al ricorso per omesso superamento della prova di resistenza, non avendo prefigurato che l'esito della gara sarebbe stato diverso al punto da derivarne l'aggiudicazione a favore della ricorrente.

19.2. Posto quanto sopra argomentato in ordine al fatto che la mancata pronuncia espressa del Tar su un'eccezione sollevata in quel grado di giudizio non comporta di per sé la necessità di riformare la sentenza se la decisione (implicita) si rivela corretta, nel merito le due eccezioni richiamate non sono meritevoli di essere accolte.

In termini generali il ricorrente, per comprovare il proprio interesse a ricorrere, deve superare la prova di resistenza, raffrontando le caratteristiche della propria offerta con quelle dei concorrenti, e dimostrando che la propria offerta avrebbe meritato un punteggio più alto o una valutazione comparativamente migliore, al punto da poter conseguire l'aggiudicazione.

Tuttavia, la prova di resistenza si articola diversamente a seconda del vizio dedotto.

Qualora esso consista nel criticare la legittimità di alcuni criteri di valutazione o l'applicazione che la Commissione ne abbia fatto, il ricorrente deve dimostrare che, accogliendo l'interpretazione alternativa che propone, avrebbe potuto conseguire l'aggiudicazione.

Qualora, invece, venga censurato un profilo attinente alla complessiva attività dell'organo di gara, quale la composizione della Commissione, è la stessa natura del vizio demolitorio che rende sufficiente una prospettazione come quella effettuata dall'appellante. Nel senso che la prova di resistenza si intende superata se le risultanze della gara non consentono di escludere che l'offerta del ricorrente, attraverso una diversa valutazione operata da una rinnovata Commissione, possa divenire aggiudicataria (in termini Cons. St., sez. III, 7 novembre 2018, n. 6299 e Cons. St., sez. V, 2 marzo 2018, n. 1292).

Neppure il ricorrente deve dimostrare che la presunta inesperienza dei commissari abbia inciso sulla valutazione delle offerte posto che il prerequisite della competenza costituisce un presupposto della legittimità dell'atto di nomina della commissione, la cui violazione determina la rinnovazione della gara a partire appunto da quell'atto, rendendo indifferente l'atteggiarsi degli atti successivi, eventualmente compiuti dalla commissione incompetente.

Nel caso di specie, pertanto, non risultano conferenti le considerazioni della difesa di TS e di Althea, che paragonano i punteggi delle due candidate con la finalità di dimostrare l'impervia possibilità di un rovesciamento del risultato.

19.3. La censura, con riferimento a entrambi i profili dedotti, risulta, pertanto, non meritevole di accoglimento.

20. Superati i profili che lamentano l'irrituale proposizione del terzo motivo del ricorso introduttivo, il Collegio si accinge a esaminare le censure che criticano la decisione di accoglimento parziale del ricorso introduttivo.

21. E', innanzitutto, infondato il motivo d'appello che critica la decisione di accoglimento parziale del ricorso introduttivo per violazione del principio di

corrispondenza fra chiesto e pronunciato, violazione dell'art. 27, comma 1, e dell'41, comma 2, ultrapetita, erronea, illogica e contraddittoria motivazione di accoglimento del terzo motivo di ricorso di HC (pretesa violazione dell'art. 77, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016 per asserita inesperienza del dott. Pontillo) e omessa pronuncia sui profili di inammissibilità della censura sollevata in primo grado.

21.1. Il TAR ha dichiarato “*per detta parte il ricorso e la relativa censura*” inammissibili in assenza della rituale intimazione dell'unico effettivo controinteressato, decidendo di dover scrutinare la restante parte della medesima censura, afferente all'illegittimità della composizione delle Commissione di gara sotto un profilo comunque connesso alla ritenuta assenza di competenza, rispetto all'oggetto della gara, dei componenti della commissione di valutazione. Il giudice di primo grado ha, in particolare, accolto la doglianza, ritenendo che la stazione appaltante non abbia attivato i poteri di verifica in ordine al requisito della competenza dei componenti della commissione, così violando l'art. 77 d.lgs. 50/2016 e l'art. 8 l.r. 12/2011.

21.2. Entrambe le appellanti hanno lamentato, in estrema sintesi, che il TAR dapprima ha dichiarato inammissibile il terzo motivo del ricorso introduttivo del primo grado di giudizio e successivamente ha accolto (contraddicendosi) la stessa censura sulla base di un'argomentazione (la sussistenza di un potere di verifica, da parte della stazione appaltante, circa la competenza dei componenti la commissione) erronea. In particolare TS e Althea hanno dedotto che il motivo dell'accoglimento sia stato rilevato d'ufficio, con conseguente violazione del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato e del principio del contraddittorio, e che, in ogni caso, esso presupponga uno (inesistente) *spatium deliberandi* in capo alla stazione appaltante, che consente a quest'ultima di sindacare il sorteggio effettuato dall'UREGA (motivi n. 1, 1.1 e 1.3 di TS e motivo 2.1 di Althea). Quest'ultima suggestione è stata fatta propria anche dalle parti resistenti, che hanno criticato la sentenza *in parte qua* con memoria e non con

appello incidentale, con conseguente inammissibilità della censura sollevata dalle medesime.

21.3. HC ha criticato la declaratoria del TAR circa l'inammissibilità della censura per mancata notifica al controinteressato nella parte in cui impugna i provvedimenti di iscrizione all'albo.

Innanzitutto, il motivo di censura sollevato dall'appellata, soccombente parziale nel giudizio di primo grado, è inammissibile in quanto richiede di essere dedotto, a fronte di una pronuncia espressa e motivata del giudice di primo grado, con appello incidentale e non con memoria (utilizzabile unicamente per le questioni assorbite o comunque non esaminate ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a.). La declaratoria di inammissibilità è quindi passata in giudicato. Essa attiene specificamente all'impugnazione degli atti di iscrizione del dott. Pontillo nel sottosettore B2.12 dell'albo degli esperti.

La ricorrente in primo grado, appellata in secondo, ha dedotto l'infondatezza del motivo di appello, ritenendo che non si versi in un'ipotesi di ultrapetizione, avendo, la medesima, criticato in primo grado i provvedimenti che hanno determinato la nomina della commissione proprio in quanto priva di esperti di settore.

21.4. Il Collegio ritiene che la censura, nei vari profili nei quali è articolata, non meriti di essere accolta.

Il terzo motivo del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, l'unico accolto, è rubricato "*Violazione art. 77, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per irrazionalità evidente e manifesta e sviamento dell'atto dal fine e dall'interesse pubblico. Violazione canoni costituzionali di buon andamento della Pubblica Amministrazione: - violazione del principio di specifica competenza della Commissione di gara*".

Il motivo è stato articolato da HC richiamando l'art. 77 del d. lgs. n. 50 del 2016, laddove stabilisce che la commissione di gara deve essere composta da esperti, evidenziando come la commissione della gara controversa, riguardante il servizio

di gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali, fosse composta da un geologo e da due avvocati, e criticando, in particolare, la competenza del componente geologo nello specifico settore.

HC ha poi dedotto che il problema (dell'incompetenza dell'esperto tecnico) non si sarebbe posto se l'UREGA avesse designato un soggetto effettivamente dotato di esperienza nella materia.

In tale prospettiva HC ha impugnato i non conosciuti atti di iscrizione del dott. Pontillo alla sottosezione B2.12, dalla quale è stato sorteggiato l'esperto tecnico, argomentando in ordine alle mancanze sul punto dell'UREGA.

Il motivo si conclude con la considerazione che la nomina della commissione e la preventiva scelta del Presidente da parte della Ragioneria generale siciliana unitamente alle attività sulla base delle quali l'UREGA ha sorteggiato e assegnato i componenti esterni del seggio di gara e, prima ancora, iscritto il dott. Pontillo nella sottosezione B2.12 del relativo albo sono illegittime e hanno dato vita a un organo non competente e non rispondente al disposto del citato art. 77, comma 1.

Il Collegio osserva che con la suddetta censura, per come espressamente formulata, è stata dedotta la violazione dell'art. 77, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016 per il fatto che sarebbe stata nominata una commissione priva dell'adeguata esperienza nel settore. Ciò in ragione del fatto che l'unico componente "esperto" nel medesimo sarebbe stato il dott. Pontillo, privo, però, della necessaria competenza tecnica.

Nell'articolare il motivo di ricorso HC lamenta l'inserimento del dott. Pontillo nella sottosezione B2.12, dalla quale è stato sorteggiato. A tal fine impugna i relativi atti. Questa parte della censura è stata dichiarata inammissibile dal giudice di primo grado per mancata notifica al controinteressato.

Il giudice di primo grado ha poi proceduto all'esame della censura per i restanti aspetti, esposti, in particolare, nella parte iniziale e nella parte finale dell'argomentazione, che si riferiscono espressamente alla violazione dell'art. 77, comma 1, d. lgs. n. 50 del 2016 e della regola di competenza della commissione di

gara richiamano gli atti di nomina della commissione, da un lato, e i prodromici atti di sorteggio dell'UREGA, asserendo l'illegittimità di tutti gli atti.

La sentenza impugnata giustifica la propria decisione riferendosi ai prodromici atti dell'UREGA, relativi alla designazione degli esperti, e al successivo provvedimento di nomina della commissione ad opera della stazione appaltante.

Tale distinzione è conforme alla normativa e attiene a segmenti procedurali successivi a quello di iscrizione dell'esperto tecnico nell'albo del sottosectore interessato (il cui motivo è stato dichiarato inammissibile), riguardanti il sorteggio ad opera dell'UREGA e la nomina da parte della stazione appaltante.

La declinazione della regola di competenza della commissione, la cui violazione è stata dedotta nel terzo motivo del ricorso introduttivo del primo grado di giudizio, deve, infatti, tenere conto di quanto disposto dal citato art. 77, comma 1, e, con specifico riferimento alla realtà siciliana, dall'art. 8 della l.r. n. 12 del 2011.

Quest'ultimo articolo risulta applicabile al caso di specie anche in considerazione di quanto disposto dal comma 12 dell'art. 216 del d.lgs. n. 50/2016 – e, prima del correttivo di cui al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, dal comma 12 dell'art. 77 – in combinato disposto con l'articolo 1, comma 1, lett. c), del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, nella legge 14 giugno 2019, n. 55, che individua il regime transitorio - che intesta alla stazione appaltante la nomina della commissione giudicatrice, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante - in vigore fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, di competenza dell'ANAC.

In Sicilia la disciplina che regola la nomina della commissione da parte della stazione appaltante è contenuta nell'art. 8 della l.r. n. 12 del 2011.

Secondo quanto previsto dal suddetto art. 8, la Commissione viene nominata dalla stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto (comma 2) e deve essere composta da un numero dispari di componenti

“esperti nello specifico settore cui si riferisce l’oggetto del contratto, di cui uno esperto in materie giuridiche” (sempre comma 2 art. 8 cit.).

Inoltre ed al fine di assicurare condizioni di massima trasparenza nell'espletamento delle procedure, i commissari diversi dal presidente sono scelti (comma 6) mediante sorteggio pubblico effettuato dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, fra gli esperti iscritti all'albo di cui al comma 7.

Il citato articolo 8, pertanto, suddivide il subprocedimento di nomina della commissione di gara in due parti, una intestata all'UREGA, preordinata alla scelta dei componenti esperti tramite sorteggio, oltre che alla designazione del presidente, e l'altra, di cui è titolare la stazione appaltante, finalizzata alla nomina della commissione di gara.

Fra gli atti impugnati vi è, infatti, il decreto DAS n. 179 con il quale la CUC nomina la Commissione dando conto, nelle premesse, dell'avvenuto sorteggio a opera dell'UREGA, così evidenziando compiutamente i due distinti momenti e i differenti compiti attribuiti alle soggettività coinvolte.

L'intero *sub* procedimento è concepito per assicurare l'imparzialità e la competenza della commissione di gara.

A tale risultato finale è sicuramente finalizzato il sorteggio dei componenti esperti della commissione da parte dell'UREGA la quale è vincolata, dalla normativa, a seguire il prescritto procedimento di sorteggio dei commissari esperti.

Non si può peraltro ritenere, come invece affermato dalle appellanti, che non residui alcun margine di valutazione in capo alla stazione appaltante, pena il ritenere del tutto inutile il provvedimento di nomina adottato da quest'ultima (e di cui la medesima è responsabile).

Del resto, la procedura delineata dalla normativa per la nomina della commissione è espressamente finalizzata a designare esperti nello specifico settore della gara e non può essere utilizzata per giustificare la nomina di soggetti privi in maniera evidente della competenza prescritta.

Ne deriva che il meccanismo del sorteggio dei membri del seggio di gara non può

dispensare l'Amministrazione da una verifica quanto alla composizione della commissione, al fine di riscontrare che vi siano professionalità tecniche all'altezza della complessità o comunque della rilevanza dell'appalto. Ciò, in particolare, quando è evidente il contrasto che emerge considerando, da un lato, la specifica e non comune dimensione, oltre che la rilevanza, dell'appalto in contestazione, nonché la competenza e l'impegno richiesto ai commissari (l'esame delle offerte tecniche è durato da luglio a dicembre 2017 e si è articolato in numerose sedute) e, dall'altro lato, il *curriculum* del sorteggiato (geologo) che risulta non solo privo della laurea più consona al settore ma anche scervo, all'epoca della nomina, di esperienze di gara analoghe. A fronte di una situazione siffatta, così come si è presentata nello specifico caso controverso, risulterebbe del tutto irragionevole ritenere che la stazione appaltante non abbia il potere di sindacare il sorteggio effettuato dall'UREGA.

Considerato il potere di nomina della commissione riservato dalla normativa, nei termini sopra illustrati, alla stazione appaltante non si ravvisa una contraddizione nella decisione del giudice di primo grado che ha ritenuto inammissibile la censura relativa al primo segmento del procedimento di nomina, quello intestato all'UREGA e relativo all'iscrizione del dott. Pontillo nell'albo degli esperti e precisamente nel sottosectore B2.12, e poi ha annullato il provvedimento di nomina adottato dalla stazione appaltante.

Del resto la declaratoria di inammissibilità, passata in giudicato in quanto non oggetto di appello incidentale, non attiene ai successivi segmenti della procedura di nomina, che comprendono il sorteggio effettuato dall'UREGA e la nomina da parte della stazione appaltante.

Dal momento che il motivo del ricorso introduttivo che censura la violazione del principio di competenza della commissione non si riferisce alla sola fase dell'iscrizione del dott. Pontillo nell'albo, richiamando il provvedimento di nomina e gli atti di sorteggio (e non entrando, per questo, in contraddizione con la

disciplina legislativa), non si rinvengono profili di violazione delle regole processuali di corrispondenza fra chiesto e pronunciato e del contraddittorio dedotti dagli appellanti.

La censura non è, pertanto, meritevole di accoglimento.

22. Viene all'esame del Collegio il motivo di contestazione della sentenza impugnata nella parte in cui accerta che la maggioranza della commissione non fosse qualificata con riferimento al settore di gara. Ciò in quanto il dott. Pontillo, a tacere della qualificazione degli altri componenti, risulterebbe, ad avviso delle appellanti, aver partecipato a gare del settore, indipendentemente dall'irrilevante ammontare a base d'asta, e, in ogni caso, non risulterebbero iscritti all'albo soggetti maggiormente qualificati rispetto al medesimo (che avrebbero, in tesi, potuto sostituirlo). La deduzione è stata fatta propria anche dalle parti resistenti, che hanno criticato la sentenza *in parte qua* con memoria e non con appello incidentale, con conseguente inammissibilità della censura sollevata dalle medesime.

TS ha censurato la sentenza anche per il fatto che ha annullato l'atto di nomina della commissione di gara sulla base dell'inesperienza di un solo commissario, laddove la normativa richiede la prevalenza di esperti del settore.

Althea ha dedotto, altresì, con memoria conclusiva che i documenti di gara sono articolati specificando i requisiti tecnici del servizio oggetto della procedura selettiva, con conseguente dequotazione del requisito dell'esperienza del componente tecnico.

22.1. Sul punto HC ha controdedotto, con la memoria di costituzione e la memoria di replica, rilevando l'inesperienza del dott. Pontillo nello specifico settore, così come emergente dal *curriculum* e dall'istruttoria, a fronte dell'obbligo di assicurare la prevalenza, all'interno della commissione, di componenti esperti.

22.2. Il Collegio, contrariamente a quanto ritengono le appellanti, e conformemente a quanto affermato dal giudice di primo grado, ritiene la censura infondata, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

22.3. La ragione dell'infondatezza del motivo sta nel fatto che non emergono

dall'istruttoria disposta da questo Consiglio con ordinanza collegiale n. 215 del 2019 elementi idonei a confutare il giudizio di mancanza, all'interno della commissione, di componenti dotati di specifica professionalità tecnica nel settore. Dell'idonea competenza tecnica avrebbe dovuto essere portatore il dott. Pontillo (posto che il Presidente e l'altro componente sono dei giuristi), anche considerato che il dedotto profilo della necessità di una prevalenza di esperti nel settore richiede, quanto meno, che nella compagine del seggio di gara vi sia almeno un soggetto dotato della specifica competenza tecnica. Nondimeno il primo risulta intestatario di un titolo (di geologo) non direttamente ascrivibile alla materia di riferimento (gestione delle apparecchiature elettromedicali) e dichiara di avere partecipato a gare pubbliche non afferenti al settore tecnico interessato. In particolare il *curriculum* presentato e la risposta all'ordinanza istruttoria citata evidenziano che, all'epoca della nomina (14 febbraio 2017), il dott. Pontillo era stato sorteggiato in due sole gare, entrambe afferenti all'acquisto di prodotti (defibrillatori, unità di trasmissione elettrografica e arredi sanitari), e non alla relativa gestione.

L'unica gara, cui ha partecipato, relativa a un servizio si è svolta successivamente al 14 febbraio 2017 e, in quanto riguardante una procedura relativa ai servizi professionali di ortopedia, era soggetta a logiche e competenze del tutto diverse rispetto al servizio oggetto della gara controversa, articolato e quantitativamente assai rilevante. Quest'ultima circostanza, in particolare, pur non potendo rilevare in termini assoluti, diviene indicativa nel caso di specie, congiuntamente con le altre peculiarità del caso, della criticità della nomina.

Nessuna delle gare cui ha partecipato, anche successivamente al 14 febbraio 2017, riguarda la manutenzione e gestione di servizi medicali e nessuna di esse ha ad oggetto, sia pure in senso ampio, attività in qualche modo connesse con l'ingegneria clinica.

Né si può ritenere che la mancata esperienza in gare del settore sia dipesa

dall'omessa necessità di espletare le medesime sul territorio siciliano, atteso che HC ha allegato l'elenco delle gare svolte in materia di servizi di gestione di apparecchiature elettromedicali, affermando – e non essendo contestata sul punto – che l'ing. Pontillo non vi avrebbe partecipato (memoria del 7 maggio 2019 e relativo all. 4).

Non solo il titolo di studio ma anche il *curriculum* e l'elenco delle gare nelle quali è stato estratto misurano la distanza della nomina in esame dal principio per cui la commissione deve essere costituita da “*esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto*”, fissato dall'art. 77 del d. lgs. n. 50 del 2016 e dall'art. 8 della l.r. n. 12/2011. Del resto, contrariamente a quanto dedotto da Althea, la normativa primaria richiede la presenza di esperti nel settore senza distinguere in ragione di precedenti istruttorie della stazione appaltante che abbiano consentito alla medesima di predeterminare i requisiti tecnici del servizio in gara.

Il giudizio del Tar in ordine al difetto di specifica professionalità appare, pertanto, condivisibile e il relativo capo della sentenza non merita di essere riformato sul punto.

23. Si giunge, infine, all'esame del motivo di appello, dedotto da TS, con il quale si contestano i motivi per i quali il ricorso incidentale è stato ritenuto infondato.

23.1. Il motivo è improcedibile. Una volta qualificato il ricorso incidentale come non escludente e considerato che i vizi ivi dedotti riguardano segmenti della procedura a evidenza pubblica di competenza della commissione, quindi successivi all'annullato atto di nomina di quest'ultima, dato che l'annullamento dell'atto di nomina della commissione travolge tutti gli atti valle del medesimo, e quindi anche quelli su cui si appuntano le doglianze del ricorso incidentale, viene meno l'interesse al relativo esame espresso.

24. Da ultimo è infondato il motivo d'appello dedotto in via subordinata da TS, con il quale viene censurata la sentenza gravata nella parte in cui afferma che l'annullamento degli atti di gara produce “*effetti diretti sulle convenzioni stipulate a far data dalla presente sentenza*”. Il motivo si fonda sul rilievo della mancanza

della domanda giudiziale volta a far dichiarare l'inefficacia delle convenzioni.

24.1 Il Collegio ritiene infondato il motivo d'appello atteso che il ricorso introduttivo del primo grado di giudizio reca, nell'epigrafe, la domanda di "*declaratoria di nullità/inefficacia delle convenzioni di affidamento dei lotti posti in gara, se medio tempore stipulate*" e il tenore dell'intero ricorso è volto, anche in considerazione dei vizi dedotti, tutti riguardanti la nomina della commissione, a salvaguardare l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara, interesse che verrebbe frustrato dal permanere in essere delle convenzioni *medio tempore* perfezionate.

25. In conclusione:

- vanno accolti gli appelli nei limiti di cui sopra, dichiarando in parte inammissibile il ricorso di primo grado e delimitando l'effetto demolitorio della pronuncia gravata;
- per la restante parte gli appelli vanno in parte dichiarati improcedibili e in parte respinti, confermando la sentenza impugnata.

26. La complessità della vicenda e la novità delle questioni giuridiche sottese giustificano la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe:

- li riunisce;
- li accoglie in parte e, per l'effetto, riforma parzialmente la sentenza impugnata, il cui effetto demolitorio si intende circoscritto ai lotti 2 e 4 e riguarda, oltre che l'atto di nomina della commissione di gara per tali lotti, gli atti successivi a tale nomina, e non anche il segmento di gara anteriore alla nomina della commissione;
- per la restante parte li dichiara parzialmente improcedibili e in parte li respinge, confermando la sentenza impugnata.

Spese del presente grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Marco Buricelli, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Giuseppe Verde, Consigliere

Antonino Caleca, Consigliere

L'ESTENSORE

Sara Raffaella Molinaro

IL PRESIDENTE

Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO