

Pubblicato il 18/05/2021

N. 03847/2021REG.PROV.COLL.
N. 09595/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9595 del 2020, proposto da Linde Medica s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Luigi Biamonti, dall'Avvocato Federico Mazzella e dall'Avvocato Niccolò Antonino Gallitto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Luigi Biamonti in Roma, lungotevere Michelangelo, n. 9;

contro

Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti - Aria s.p.a., in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Maria Lucia Tamborino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Stefano Gattamelata in Roma, via di Monte Fiore, n. 22;

Regione Lombardia, non costituita in giudizio;

nei confronti

SIAD Società Italiana Acetilene e Derivati s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, e Sol s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro*

tempore, rappresentate e difese entrambe dall'Avvocato Andrea Zanetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

Air Liquide Sanità Service s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Filippo Brunetti e dall'Avvocato Alfredo Vitale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Filippo Brunetti in Roma, via XXIV Maggio, n. 43;

Siad Healthcare s.p.a., non costituita in giudizio;

Rivoira Pharma s.r.l., non costituita in giudizio;

SICO Società Italiana Carbuoro Ossigeno s.p.a., non costituita in giudizio;

Sapio Life s.r.l., non costituita in giudizio;

Impianti 2000 s.n.c., non costituita in giudizio;

I.M.T. Impianti Medicali Tecnici di Chiara Attilio, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza n. 1489 del 3 agosto 2020 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede di Milano, sez. IV, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione disposta dall'Azienda Regionale Centrale Acquisti Lombardia s.p.a. in data 30 maggio 2019, con la determina n. 442 «*Procedura aperta ARCA_2017_028.2, ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. n. 50/2016, per l'affidamento della fornitura di gas medicinali, tecnici e criogenici e dei servizi di manutenzione connessi a favore degli Enti del Servizio Sanitario Regionale di cui all'art. 1 della Legge Regionale n. 30/2006 e s.m.i.*», comunicata tramite trasmissione sul portale SINTEL in data 3 giugno 2019, con nota prot. n. ARCA 9130/2019 del 30 maggio 2019 e di ogni altro atto comunque presupposto, connesso e/o conseguente, ivi compresi tutti gli atti concernenti la suddetta procedura ed i provvedimenti costituenti la *lex specialis* di gara.

visto l'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, conv. con mod. in l. n. 176 del 2020;

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti - Aria s.p.a. e delle controinteressate SIAD Società Italiana Acetilene e Derivati s.p.a., Sol s.p.a. e Air Liquide Sanità Service s.p.a.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 maggio 2021 il Consigliere Massimiliano Noccelli e uditi in modalità da remoto, ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, conv. con mod. in l. n. 176 del 2020, per l'odierna appellante, Linde Medicale s.r.l., l'Avvocato Federico Mazzella e per la controinteressata SIAD Società Italiana Acetilene e Derivati s.p.a. l'Avvocato Andrea Zanetti;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Linde Medicale s.r.l. (di qui in avanti, per brevità, solo Linde), odierna appellante, ha partecipato alla gara per la fornitura di gas medicinali, tecnici e criogenici e dei servizi di manutenzione connessi a favore degli Enti del Servizio Sanitario Regionale della Lombardia, divisa in nove lotti, partecipando all'affidamento dei lotti nn. 1, 6, 8 e 9 senza risultare aggiudicataria.

1.1. Le graduatorie dei singoli lotti sono le seguenti: il lotto n. 1 è stato aggiudicato al r.t.i. tra Rivoira Pharma s.r.l. e Sico s.p.a., mentre la ricorrente si è classificata terza; i lotti n. 6 e n. 8 sono stati aggiudicati al r.t.i. tra SIAD s.p.a., Sol s.p.a. e SIADHC s.p.a. e la ricorrente è giunta quarta in graduatoria; il lotto 9 è stato aggiudicato al r.t.i. tra Sol s.p.a., SIA s.p.a. e SIAD HealthCare s.p.a. e la ricorrente è giunta quarta in graduatoria.

2. Contro l'aggiudicazione dei lotti, avvenuta con un unico atto, la ricorrente ha proposto avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede di Milano, i seguenti motivi di ricorso.

2.1. Con un primo motivo sono state dedotte in prime cure la violazione dell'art. 77 del d. lgs. n. 50 del 2016, la violazione del punto 5.1 del

disciplinare di gara, la violazione del principio di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., la violazione del principio di collegialità, unicità ed immutabilità della Commissione giudicatrice.

2.2. Secondo la ricorrente la legge ammetterebbe la sostituzione dei commissari fintantoché dette operazioni non abbiano avuto inizio.

2.3. La Commissione della gara invece, nella mutata composizione, ha “ripreso”, a distanza di due mesi e mezzo, i propri lavori nella seduta del 14 febbraio 2019 (verbale n. 12), limitandosi ad aggiornare il nuovo componente sui lavori svolti, ma, in tal modo, non sarebbe stata garantita la collegialità perfetta della Commissione giudicatrice né l'unitarietà dei relativi lavori.

2.3. Con un secondo motivo sono state dedotte in prime cure da Linde la violazione dell'art. 77 del d. lgs. n. 50 del 2016, la violazione del punto 6.1 del disciplinare di gara, la violazione del principio di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., l'eccesso di potere per illogicità e per contraddittorietà, l'incompetenza della Commissione giudicatrice.

2.4. La Commissione giudicatrice, a mente del disposto dell'art. 77, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016, sarebbe dovuta essere “*composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto*”.

2.5. Invece secondo la ricorrente l'attività valutativa dei complessi progetti presentati dai concorrenti è stata effettuata da una Commissione giudicatrice – sia nella sua composizione originaria che in quella successiva che ha svolto i 2/3 delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche (tra cui, quella di Linde) – priva del requisito dell'esperienza nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto dell'appalto.

2.6. L'incompetenza dei membri della Commissione sarebbe dimostrata da una serie di giudizi della Commissione non in linea con la *lex specialis* di gara, del tutto errate e/o carenti.

2.7. In particolare la Commissione, rilevato che nella documentazione del r.t.i. tra Sol s.p.a., SIAD s.p.a. e SIAD H.C. s.p.a. in relazione al lotto n. 9 non era presente una relazione o qualsiasi altro materiale che dettagliasse e/o

descrivesse la modalità con cui è ricavabile il residuo del volume della bombola in termini di completezza del dato ed intuitività della presentazione del dato, requisito richiesto a pena di esclusione alla clausola 4.3.2, invece di disporre l'esclusione ha sottratto il punteggio prima attribuito a quell'elemento.

2.8. Del pari la Commissione non avrebbe rilevato, sempre nel lotto n. 9, che la mandataria del costituendo r.t.i. tra Sapio Life s.r.l. – SICO s.p.a. non aveva sottoscritto l'offerta economica, recando questa solo la sottoscrizione della mandante SICO s.p.a.

2.9. La Commissione avrebbe altresì errato nell'attribuzione dei punteggi in merito ai 5 punti previsti dal criterio *«Modalità di raccolta, di gestione dei dati relativi ai controlli effettuati sulle bocchette nonché segnalazioni agli enti in caso di criticità a seguito dei predetti controlli»*.

2.10. Sul punto in sede di chiarimenti la stazione appaltante avrebbe affermato che in mancanza della relazione sarebbe bastato eseguire i servizi come nel capitolato tecnico, mentre la Commissione avrebbe premiato le offerte tecniche che indicavano in modo più specifico tali controlli.

2.11. Ulteriore illegittimità sarebbe costituita dal fatto che la Commissione, nell'esprimere i propri giudizi, avrebbe illegittimamente preso come parametro il mero numero di “taglie” di bombole dichiarate in gara senza alcuna verifica al riguardo.

2.12. Da ultimo, il costituendo r.t.i. tra Sol s.p.a., SIAD s.p.a. e SIAD H.C. s.p.a. nella propria offerta di cui ai lotti n. 8 e n. 9 mette a disposizione la valvola riduttrice ALPINOX, che è stata valutata dalla Commissione anche se non in commercio.

2.13. Con un terzo motivo sono state dedotte in prime cure la violazione degli artt. 77 e 216 del d. lgs. n. 50 del 2016, la violazione delle Linee Guida ANAC n. 5 (aggiornate al D.Lgs. 56/2017 con deliberazione del Consiglio n. 4 del 10.01.2018), la violazione del principio di imparzialità e buon andamento di

cui all'art. 97 Cost., la violazione del principio di trasparenza, l'eccesso di potere per illogicità.

2.14. La nomina della Commissione sarebbe avvenuta in contrasto con l'art. 216, comma 12, del d. lgs. n. 50 del 2016, in quanto non si conoscerebbero le regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate dalla stazione appaltante.

3. Con successivi motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato in prime cure la determina n. 308 dell'11 novembre 2019 del Direttore Generale di ARIA s.p.a., comunicata dal r.u.p. con nota prot. IA.2019.0015596 del 12 novembre 2019, nonché i relativi verbali nn. 18, 19 e 20 con i quali la Commissione giudicatrice ha provveduto ad un riesame delle operazioni di gara a seguito dei ricorsi presentati, confermandone i risultati a seguito di una nuova motivazione ed una modifica del punteggio relativa al lotto 9.

3.1. Contro i suddetti atti ha sollevato i seguenti motivi di ricorso.

3.2. Sono stati dedotti, anzitutto, profili di illegittimità derivata perché la ricorrente ha richiamato i motivi di ricorso già proposti con il ricorso introduttivo.

3.3. Sono stati poi fatti valere vizi di illegittimità autonomi.

3.4. Con un ulteriore motivo, il quarto, è stata dedotta in prime cure da Linde, con i motivi aggiunti, la violazione artt. 4, 77 e 79 del d. lgs. n. 50 del 2016, la violazione del principio di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., la violazione dei principi di segretezza delle offerte, trasparenza e *par condicio*.

3.5. La rivalutazione, ancorché parziale, delle offerte tecniche alla luce delle criticità oggetto del ricorso introduttivo costituirebbe una gravissima ed irreparabile violazione del principio della segretezza delle offerte, in quanto avvenuta dopo che erano state aperte le buste contenenti tutte le offerte tecniche, ormai note al seggio di gara e ai commissari.

3.6. Con un altro motivo, il quinto, sono state dedotte nei motivi aggiunti la violazione dell'art. 5-ter, comma 1, del d.l. n. 1 del 2012 (convertito, con

modificazioni, dalla l 27/2014, attuato con D.M. 20.2.2014, n. 57 e successiva Delibera AGCM del 15 maggio 2018, n. 27165 (recante il “*Regolamento attuativo in materia di rating di legalità*”), la violazione dell’art. 77 del d. lgs. n. 50 del 2016, la violazione del punto 5.1 Disciplinare di gara, la violazione del principio di imparzialità e buon andamento di cui all’art. 97 Cost., l’eccesso di potere per illogicità e per contraddittorietà; l’incompetenza della commissione giudicatrice.

3.7. Secondo la ricorrente la Commissione nella rivalutazione avrebbe commesso una serie di ulteriori errori e, cioè, più in particolare:

a) la rimodulazione dei punteggi relativi al c.d. “*rating di qualità*” delle imprese partecipanti ai vari lotti senza motivazione;

b) l’illegittima “*rivisitazione*” dei profili di criticità già contestati da Linde nel ricorso introduttivo del presente giudizio in quanto, in particolare, sarebbe errata la conferma dell’attribuzione dei punteggi in merito ai 5 punti previsti dal criterio “*Modalità di raccolta, gestione dei dati relativi ai controlli effettuati sulle bocchette nonché segnalazioni agli enti in caso di criticità a seguito dei predetti controlli*” previsto a p. 59 del disciplinare, in contrasto con i chiarimenti forniti, in particolare con nel lotto n. 6 e nel lotto n. 1, e inoltre la Commissione, in modo assolutamente contraddittorio, avrebbe espresso parere negativo penalizzando l’offerta della ricorrente per i lotti 6, 8 e 9, affermando che «*non vengono fornite indicazioni sulle modalità di rilievo di inquinamento di gas anestetici nelle sale operatorie e nei locali adiacenti (paragrafo 2.4 Capitolato)*»;

c) anche con riferimento al criterio di valutazione «*ampiezza di gamma nella tipologia di bombole presentate*», la Commissione avrebbe valutato il mero numero di “*taglie*” di bombole dichiarate nonostante la stazione appaltante avesse fornito il chiarimento n. 29, precisando che «*il campo non è obbligatorio e non rientra nella valutazione, tecnica ed economica, della procedura*»;

d) con riferimento al lotto n. 9, che ha visto l’esclusione del r.t.i. Sapio Life s.r.l. e da SICO s.p.a. per la mancata sottoscrizione dell’offerta economica da parte di entrambe le partecipanti al raggruppamento, la Commissione non ha

ricalcolato i punteggi ma prima ha tenuto conto dell'offerta di Sapio Life s.r.l. e poi l'ha esclusa.

3.8. Si sono costituiti nel primo grado del giudizio Aria s.p.a., il r.t.i. composto da SIAD s.p.a. e Sol s.p.a. e Air Liquide Sanità Service s.p.a., che hanno dedotto l'inammissibilità, sotto diversi profili, del ricorso e dei motivi aggiunti.

4. Con la sentenza n. 1489 del 3 agosto 2020 il Tribunale ha dichiarato inammissibile il ricorso cumulativo, integrato dai motivi aggiunti, proposto da Linde Medicale s.r.l.

4.1. Secondo il primo giudice, infatti, il ricorso introduttivo sarebbe inammissibile perché la ricorrente ha impugnato, con un unico ricorso, le aggiudicazioni di più lotti autonomi, sollevando, oltre a motivi comuni all'intera gara, anche motivi nei confronti dell'aggiudicazione di quattro lotti a soggetti diversi, cercando così di ottenere non solo il rifacimento dell'intera gara, ma anche l'aggiudicazione di tutti i lotti o di alcuni di essi.

5. Avverso tale sentenza Linde Medicale s.r.l. ha proposto ricorso avanti a questo Consiglio di Stato, deducendone l'erroneità nell'aver dichiarato il ricorso inammissibile – in ragione dell'asserita cumulatività – per sei motivi che di seguito saranno esaminati, e ne ha chiesto, previa sospensione dell'esecutività, la riforma, con il conseguente annullamento degli atti impugnati in primo grado, la declaratoria di inefficacia dei contratti eventualmente stipulati e la condanna di Aria s.p.a. alla rifusione dei danni patiti e patienti.

5.1. Si sono costituiti Aria s.p.a. e le controinteressate SIAD e Air Liquide per chiedere la reiezione dell'appello, di cui hanno dedotto l'infondatezza, sotto molteplici profili, con la conseguente conferma della sentenza qui impugnata.

5.2. Nella camera di consiglio del 14 gennaio 2021, fissata per l'esame della domanda sospensiva proposta dall'appellante, il Collegio, sull'accordo delle parti, ha rinviato la causa all'udienza pubblica del 6 maggio 2021 per il sollecito esame del merito.

5.3. Infine, in tale udienza, il Collegio, sentiti i difensori delle parti in modalità da remoto ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, conv. con mod. in l. n. 176 del 2020, ha trattenuto la causa in decisione.

6. L'appello di Linde è in parte fondato, per le ragioni che qui di seguito si espongono, ma le censure del ricorso proposto in primo grado, anche laddove in parte ammissibili, devono essere respinte nel merito.

7. Con i primi due motivi (pp. 20-28 del ricorso), anzitutto, l'odierna appellante assume che il ricorso di primo grado era finalizzato alla riedizione dell'integra procedura di gara e non, come avrebbe ritenuto il primo giudice, all'aggiudicazione di uno o più lotti e che le censure proposte contro le singole aggiudicazioni erano finalizzate, oltre ad evitare una declaratoria di improcedibilità dell'originario ricorso, anche a fare emergere l'incompetenza della Commissione, denunciata con i motivi proposti nell'originario ricorso, incompetenza che si sarebbe riverberata nelle valutazioni delle singole offerte presentate nei vari lotti.

7.1. Osserva il Collegio che la sentenza impugnata ha sicuramente errato nel ritenere inammissibile il ricorso di primo grado anche laddove esso ha fatto valere vizi invalidanti, comuni a tutti i lotti, e non ha contestato invece la valutazione svolta dalla Commissione in relazione ai singoli lotti, essendo indubbio, almeno *in parte qua*, l'interesse dell'appellante ad ottenere l'invalidazione dell'intera procedura e l'indizione di una nuova gara, indipendentemente dalla circostanza che, nel contestare poi le singole aggiudicazioni con i motivi aggiunti, abbia inteso ottenere anche il subentro nei singoli lotti.

7.2. I vizi afferenti alla composizione della Commissione e al suo *modus operandi* nell'esame delle offerte – indistintamente – di tutti i lotti erano, infatti, radicalmente invalidanti e trasversali, per così dire, a ciascuno di essi, sicché sia l'identità della contestazione che l'unicità dell'effetto rendevano tali censure comuni a tutti i lotti e, quindi, inerenti a tutta la procedura di gara, nel suo complesso.

7.3. Come questa Sezione ha già chiarito, infatti, in questa ipotesi 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 fondati la pretesa demolitoria che, a sua volta, ne legittima la trattazione congiunta e il *simultaneus processus* (Cons. St., sez. III, 3 luglio 2019, n. 4569).

7.4. La regola generale dell'impugnabilità, con un ricorso, di un solo provvedimento può essere derogata nelle sole ipotesi in cui la cognizione, nel medesimo giudizio, della legittimità di più provvedimenti sia imposta dall'esigenza di concentrare in un'unica delibazione l'apprezzamento della correttezza dell'azione amministrativa oggetto del gravame, quando questa viene censurata nella sua complessità funzionale e, soprattutto, per profili che ne inficiano in radice la regolarità e che interessano trasversalmente le diverse, ma connesse, sequenze di atti (Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2020, n. 526).

7.5. È perciò necessario, ai fini dell'ammissibilità del ricorso cumulativo avverso distinti provvedimenti, che gli stessi siano riferibili al medesimo procedimento amministrativo, seppur inteso nella sua più ampia latitudine semantica, e che con il gravame vengano dedotti vizi che colpiscano, nelle medesima misura, i diversi atti impugnati, di modo che la cognizione delle censure dedotte a fondamento del ricorso interessi allo stesso modo il complesso dell'attività provvedimentale contestata dal ricorrente, e che non residui, quindi, alcun margine di differenza nell'apprezzamento della legittimità dei singoli provvedimenti congiuntamente gravati.

7.6. Segue da ciò che, nelle ipotesi in cui siano impugnate le diverse aggiudicazioni di distinti lotti di una procedura selettiva originata da un unico bando, l'ammissibilità del ricorso cumulativo 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.

7.7. In questa situazione, infatti, si verifica una identità di *causa petendi* e una articolazione del *petitum* che, tuttavia, 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. V, 13 giugno 2016 n. 2543).

7.8. Ancor più di recente si è rilevato che il ricorso cumulativo è ammissibile a condizione che ricorrano congiuntamente i requisiti della identità di situazioni sostanziali e processuali, che le domande siano identiche nell'oggetto e che gli atti impugnati abbiano lo stesso contenuto e che identiche siano altresì le censure, di talché anche nel caso di una gara unitaria suddivisa in più lotti ciò potrà ammettersi solo laddove vi sia 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. V, 17 giugno 2019, n. 4096).

7.9. I principî rassegnati sono in stretta dipendenza con quanto affermato dall'Adunanza plenaria con la sentenza n. 5 del 27 aprile 2015, in cui si è avuto modo di stabilire i rigidi confini in cui si può essere proposto un ricorso cumulativo, ossia che la regola generale del processo amministrativo risiede nel principio secondo cui il ricorso abbia ad oggetto un solo provvedimento e che i motivi siano correlati strettamente a quest'ultimo, con la sola eccezione di atti contestualmente impugnati e a condizione, in questo caso, che sussista una connessione procedimentale o funzionale da accertarsi in modo rigoroso onde evitare la confusione di controversie con conseguente aggravio dei tempi del processo, ovvero l'abuso dello strumento processuale per eludere le disposizioni fiscali in materia di contributo unificato.

8. Ebbene, tenendo a mente e richiamando i consolidati principi applicabili in questa materia, ha senz'altro errato il primo giudice nel ritenere che il ricorso di primo grado fosse *in toto* inammissibile anche laddove Linde aveva censurato sia l'illegittima composizione della Commissione giudicatrice, l'assenza di competenza dei suoi singoli componenti e, da ultimo, anche la violazione del principio di segretezza nell'esame delle offerte al fine di ottenere, almeno con specifico riferimento a tali vizi, la rinnovazione integrale della procedura.

9. Nel merito, però e sinteticamente, tutte queste censure, come detto ammissibili, sono prive di fondamento e vanno respinte.

10. Con una prima censura, qui riproposta nell'appello (pp. 29-32 del ricorso), Linde sostiene che non sarebbe stata garantita la collegialità perfetta della Commissione giudicatrice né l'unitarietà dei lavori perché, nella sua seconda composizione, essa avrebbe svolto i 2/3 delle operazioni di valutazione (4 sedute per 6 concorrenti), mentre nella sua terza composizione essa avrebbe provveduto al restante 1/3 (2 sedute per 3 concorrenti), unitamente all'attribuzione dei punteggi finali.

10.1. Questo vizio, ad avviso di Linde, apparirebbe di tale gravità da comportare l'integrale travolgimento delle operazioni valutative svolte dalla Commissione, con il conseguente annullamento dell'aggiudicazione e, quindi, dell'intera procedura.

10.2. La censura è tuttavia destituita di fondamento perché, se è vero che la commissione giudicatrice di gare d'appalto è un collegio perfetto, che deve operare, in quanto tale, in pienezza della sua composizione e non con la maggioranza dei suoi componenti, con la conseguenza che le operazioni di gara propriamente valutative, come la fissazione dei criteri di massima e la valutazione delle offerte, non possono essere delegate a singoli membri o a sottocommissioni (Cons. St., sez. V, 6 luglio 2018, n. 4143), è anche vero che la sostituzione di un suo componente – come è avvenuto nel caso di specie – non impone la integrale rinnovazione delle operazioni di gara già svolte, che

rimangono valide, ben potendo il nuovo componente, come si è verificato in questa vicenda (ove il dott. Ruggiero, subentrato al dott. Valeggi il 15 gennaio 2019, ha acquisito tutta la documentazione di gara e, dapprima autonomamente e poi collegialmente, ha valutato le offerte tecniche fino a quel momento esaminate: v. verbale n. 12), fare proprie le valutazioni delle offerte già esaminate dalla Commissione nella precedente composizione e procedere nella disamina delle offerte non ancora valutate e nell'assegnazione dei punteggi finali.

10.3. Non esiste nel nostro ordinamento un principio assoluto di unicità od immodificabilità delle commissioni giudicatrici, poiché tale principio è destinato ad incontrare deroghe ogni volta vi sia un caso di indisponibilità da parte di uno dei componenti della commissione a svolgere le proprie funzioni (Cons. St., sez. III, 6 agosto 2018, n. 4830).

10.4. L'orientamento seguito più volte da questo Consiglio di Stato, infatti, afferma che non esiste un principio assoluto di unicità o immodificabilità delle commissioni giudicatrici e che tale principio è destinato ad incontrare deroghe ogni volta vi sia un caso di indisponibilità da parte di uno dei componenti della Commissione a svolgere le proprie funzioni (v., sul punto, Cons. St., sez. III, 25 febbraio 2013, n. 1169, Cons. St., sez. III, 9 luglio 2013, n. 3639).

10.5. Questo Consiglio di Stato ha statuito, infatti, che i «*membri delle commissioni di gara [...] possono essere sostituiti in relazione ad esigenze di rapidità e continuità della azione amministrativa*» (Cons. St., sez. V, 3 dicembre 2010, n. 8400), configurandosi la sostituzione come «*un provvedimento di ordinaria amministrazione necessario a garantire il corretto funzionamento e la continuità delle operazioni*» (Cons. St., sez. V, 5 novembre 2009, n. 6872).

10.6. Di qui l'infondatezza del motivo in esame, essendo legittimo l'operato della Commissione giudicatrice.

11. Con il secondo motivo (pp. 32-38 del ricorso), ancora, Linde censura l'assenza di competenza in capo agli originari componenti della commissione

giudicatrice in quanto, a suo dire, soltanto uno dei componenti, successivamente subentrato in sostituzione, appunto il dott. Fabio Ruggiero, avrebbe avuto una professionalità apparentemente appropriata rispetto all'oggetto dell'appalto (p. 36 del ricorso), mentre gli altri componenti ne sarebbero, in sostanza, del tutto sprovvisti.

11.1. Anche questa censura è priva di fondamento perché la professionalità dei commissari, in rapporto allo specifico oggetto dell'appalto, è indubbia ed emerge anche solo dall'esame dei *curricula*, ove si pensi che il presidente della Commissione è un coordinatore di una funzione tecnica di una ASST, il commissario Gioia opera nella struttura tecnica di una IRCSS, il commissario Gioia Dalbò è responsabile U.O.S. Manutenzione, i commissari Gioia, Valeggi ed Orsi sono periti tecnici operanti all'interno di enti sanitari e Ruggiero possiede, per specifica ammissione dell'appellante, la specifica professionalità idonea alla tipologia di appalto.

11.2. Il commissario Orsi, in via esemplificativa e a tacer d'altro, è direttore dei lavori dei gas medicinali e ha collaudato, firmandone i relativi verbali, il sistema di evacuazione gas anestetici di sala operatoria.

11.3. Anche gli altri componenti, sulla base dei *curricula* e della pregressa esperienza acquisita, sono dotati di adeguata professionalità rispetto all'oggetto dell'appalto.

11.4. Sul punto si rammenti la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, secondo cui il requisito dello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto deve essere interpretato nel senso che la competenza ed esperienza richieste ai commissari debba essere riferita ad aree tematiche omogenee e non anche alle singole e specifiche attività oggetto dell'appalto (v. *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 1° ottobre 2018, n. 5603) e, dunque, non secondo un approccio formale e atomistico, che tenga conto delle sole professionalità tecnico-settoriali implicate dagli specifici criteri di valutazione, la cui applicazione sia prevista dalla *lex specialis*, ma secondo un approccio di natura sistematica e contestualizzata, che valorizzi le professionalità

occorrenti a valutare sia le esigenze della pubblica amministrazione, alle quali quei criteri siano funzionalmente ordinati, sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali vanno ad incidere (Cons. St., sez. III, 16 aprile 2018, n. 2241).

11.5. Anche questa censura, quindi, è destituita di fondamento.

12. Con il terzo motivo (pp. 38-41 del ricorso), ancora, Linde lamenta l'opacità del procedimento attraverso il quale la stazione appaltante sarebbe pervenuta alla nomina dei componenti della Commissione, secondo un modulo non chiaro e tale comunque da non assicurare il reperimento delle professionalità necessarie a comporre una commissione all'altezza del compito tecnico-valutativo affidatole.

12.1. Anche questa censura non merita accoglimento perché, come ha eccepito Aria s.p.a. nella sua memoria, vi è un preciso regolamento – prot. n. 7309/2015 del 18 settembre 2015 – che regola la nomina dei commissari di gara, di cui l'appellante ha persino omesso la menzione, e comunque nel merito Aria s.p.a. quale soggetto aggregatore, in forza della L.R. n. 30 del 2006, forma un sistema unico con gli enti e le società della Regione Lombardia e può avvalersi delle professionalità, provenienti dalle pubbliche amministrazioni del sistema sanitario lombardo, ritenute più idonee – come nel caso di specie – a comporre la Commissione.

12.2. Come risulta espressamente dal verbale n. 4 della seduta del 10 luglio 2018, poi, i commissari sono stati sorteggiati in seduta pubblica e di tale sorteggio, come dei *curricula*, è stata data comunicazione ai sensi dell'art. 29, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016.

12.3. La censura d'altro canto, nella sua genericità, pecca di astrattezza e formalismo perché l'appellante non ha dedotto elementi anche indiziari atti a far ritenere che la Regione abbia scelto i commissari non già secondo regole di competenza e trasparenza, come prescrive l'art. 216, comma 12, del d. lgs. n. 50 del 2016, ma secondo criteri manifestamente iniqui o comunque

indicativi di evidenti parzialità, sicché essa va respinta anche per difetto di sufficiente allegazione sul punto.

12.4. Il motivo, pertanto, non merita accoglimento.

13. Infine, con il quarto motivo (pp. 41-43 del ricorso), l'odierna appellante lamenta come la stazione appaltante avrebbe avallato la scelta del r.u.p. di riconvocare la Commissione per una rivalutazione, ancorché parziale, delle offerte tecniche alla luce delle criticità emerse in sede giurisdizionale e come ciò abbia fatto, quando ormai le buste contenenti le offerte tecniche erano state già aperte.

13.1. Anche questo motivo è infondato perché non è precluso alla stazione appaltante, in sede di autotutela, di riesaminare le offerte, su sollecitazione del r.u.p. e in seguito all'instaurazione di contenziosi giurisdizionali, al fine di verificare se la valutazione svolta dalla Commissione sia inficiata da travisamenti ed errori e, in questo modo, emendare da sé le illegittimità denunciate in sede giudiziale per ripristinare la legittimità dell'operato della pubblica amministrazione.

13.2. Una simile rivalutazione non implica, infatti, una valutazione di offerte già conosciute, in violazione del principio della segretezza delle offerte, ma il semplice riesame della prima valutazione già svolta dalla Commissione per verificare che detta valutazione sia immune da errori o vizi tali da pregiudicarne l'operato o da inficiarne l'esito.

13.3. Anche questa censura, dunque, va respinta.

14. In conclusione, per tutte le ragioni esposte e in accoglimento dei primi due motivi proposti da Linde, la sentenza impugnata deve essere in parte riformata, laddove ha omesso l'esame delle censure sin qui analizzate, comuni a tutti i lotti, mentre merita conferma nella parte in cui ha dichiarato inammissibili il ricorso e i motivi aggiunti proposti contro le singole aggiudicazioni per valutazioni specifiche e distinte afferenti alle offerte presentate nei singoli lotti, trattandosi di censure, esse sole sì,

strumentalmente proposte all'inammissibile fine di far esaminare dal giudice, cumulativamente, atti aventi oggetti e ragioni diversi.

15. In conclusione, dunque, il ricorso proposto in primo grado e integrato con motivi aggiunti da Linde è in parte inammissibile, perché cumulativo in rapporto alle censure proposte contro i provvedimenti di aggiudicazione nei singoli lotti, come ha ben statuito il primo giudice, e in parte infondato nel merito, in rapporto alle censure, invece ammissibili ed esaminate in questa sede di appello, comuni a tutti i lotti.

16. Le spese del doppio grado del giudizio, per la complessità tecnica del contenzioso e l'esito in parte alterno del giudizio tra primo e secondo grado, possono essere interamente compensate tra le parti.

16.1. Rimane definitivamente a carico dell'appellante il contributo unificato richiesto per la proposizione del ricorso in primo e in secondo grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, proposto da Linde Medicale s.r.l., lo accoglie in parte e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, dichiara in parte inammissibile e in parte respinge il ricorso, integrato dai motivi aggiunti, proposto in primo grado da Linde Medicale s.r.l.

Compensa interamente tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

Pone definitivamente a carico di Linde Medicale s.r.l. il contributo unificato richiesto per la proposizione del ricorso e dei motivi aggiunti in primo grado nonché dell'appello.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 6 maggio 2021, con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Nocelli, Consigliere, Estensore

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

L'ESTENSORE
Massimiliano Nocelli

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO