

Publicato il 18/07/2019

N. 05058/2019REG.PROV.COLL.
N. 09233/2018 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 9233 del 2018,
proposto da

Corpo Vigili Giurati S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Orlando, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sistina n.48;

contro

Regione Toscana, Regione Toscana - Soggetto Aggregatore non costituiti in giudizio;

E.S.T.A.R. - Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Fausto Falorni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;

nei confronti

Worsp Security Group S.r.l.U., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Sanchini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

International Security Service Vigilanza S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Fraccastoro, Michele Guzzo, Alice Volino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Giorgio Fraccastoro in Roma, via Piemonte 39;

Rangers S.r.l., Il Globo Vigilanza S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Riccardo Paparella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Securpol Group S.r.l. non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza) n. 1324/2018, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di vigilanza ed attività correlate per le strutture sanitarie ed amministrative della Regione Toscana – lotto I;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di E.S.T.A.R. - Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale, di Worsp Security Group S.r.l.U., di International Security Service Vigilanza S.p.A., di Rangers S.r.l. e di Il Globo Vigilanza S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 maggio 2019 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Orlando, Falorni, Guzzo e Lioi in dichiarata delega di Sanchini;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato il 14 ottobre 2016 la Regione Toscana aveva indetto una procedura aperta per la stipula di una convenzione quadro finalizzata all'affidamento del servizio di vigilanza ed attività correlate, per le strutture sanitarie ed amministrative della stessa Regione della durata di 78 mesi per il valore complessivo di € 131.674.590,00, suddiviso in 4 lotti.

Il lotto 1 per un importo di € 50.300.000,00 veniva aggiudicato al primo classificato Worsp S.r.l.u. con punti 97,21 (67,21 per l'offerta tecnica e 30 per quella economica), mentre il Corpo Vigili Giurati S.p.a. si collocava al quinto posto della graduatoria con punti 78,77 (70 per l'offerta tecnica e 6,15 per quella economica), preceduta dal I.S.S.V. S.p.a., RTI Rangers/Il Globo e dal RTI Securpol Group S.r.l.

Pur avendo avuto solo un accesso parziale alla documentazione di gara il Corpo Vigili Giurati S.p.a., in proprio e quale mandataria di r.t.i. con il Consorzio Leonardo Servizi e Lavori aveva impugnato l'esito della gara dinanzi al Tribunale amministrativo della Toscana, chiedendo l'annullamento dell'aggiudicazione e, in subordine, dell'intera procedura.

Venivano dedotte la violazione dell'art. 97 della Costituzione dell'art. 57 della direttiva 24/2014/UE, degli artt. 32 comma 4, 77, 80, 83, 93, 97 e 110 del d.lgs. n. 50 del 2016, dell'art. 134 del r. d. 18 giugno

1931, n. 773, del r. d. 6 maggio 1940, n. 635, del d. lgs. n. 81 del 2008, del d. m. n. 37 del 2008, dei decreti del Ministro dell'Interno n. 269 del 2010 e n. 115 del 2014, del decreto del Ministro del lavoro del 21 marzo 2016, del punto III.1.1 del bando e degli artt. 2 e 3 del disciplinare, del capitolato speciale di gara, della *lexspecialis* di gara, della *par condicio competitorum*, l'assenza dell'indicazione di oneri della sicurezza aziendali sufficienti, inattendibilità del progetto tecnico, carenza/perdita dei requisiti di ordine generale ed eccesso di potere sotto molteplici profili.

Ottenuta la completa ostensione della documentazione richiesta la ricorrente proponeva motivi aggiunti e deduceva la violazione degli artt. 30, 95 comma 10 e 97 del d. lgs. n. 50 del 2016, del CCNL di categoria, del d. lgs. n. 81 del 2008, del d.m. n. 37 del 2008, della par condicio, del capitolato speciale di gara ed eccesso di potere sotto molteplici profili

Si costituivano in giudizio per resistere l'ESTAR, il r.t.i. International Security Service Vigilanza S.p.a. e il r.t.i. Rangers in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria del costituendo r.t.i. con Il Globo Vigilanza S.r.l. e Telecontrol S.r.l. e Worsp Security Group S.r.l.

Con la sentenza n. 1324 del 17 ottobre 2018 il Tribunale amministrativo della Toscana rigettava dapprima l'eccezione di inammissibilità per difetto di interesse, avanzata dalla difesa di ESTAR sul presupposto che dal ricorso poteva essere tratta un'utilità solo con il favorevole scrutinio delle censure proposte nei confronti di tutte le concorrenti che precedevano la ricorrente, questione da risolversi solo con l'esame delle censure di merito proposte nei riguardi di ciascuna delle controinteressate, pur nella considerazione che un esito negativo nei confronti di una sola di queste avrebbe

appunto comportato l'inammissibilità salvo per quelle volte avverso l'intera procedura.

Era poi infondata l'eccezione di irricevibilità del ricorso, poiché la dovuta stretta interpretazione dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a non involge le caratteristiche dell'offerta, ma solo i requisiti soggettivi di partecipazione, il che non era nella fattispecie in lite.

Nel merito non era fondato il primo motivo, riguardante l'asserita carenza del requisito della "licenza di istituto di vigilanza", relativamente ad alcune concorrenti e ad alcune delle province cui si riferivano i vari lotti, poiché l'art. 3 del disciplinare stabiliva che i concorrenti dovevano essere in possesso delle licenze di Istituto di Vigilanza, ex art. 134 TULPS, valide nell'intero territorio di tutte le province ricadenti nel lotto per il quale/i veniva presentata l'offerta, oppure, in alternativa, di essere in possesso di una licenza ex art. 134 TULPS, per le classi funzionali richieste, per una qualsiasi delle province o parti di provincia del territorio italiano unitamente alla/e notifica/e di estensione presentata/e alla competente Prefettura entro la data di scadenza del termine per presentare l'offerta

Dunque la mera presentazione della richiesta di estensione senza riferimenti al conseguimento dell'autorizzazione era sufficiente anche ai fini del rispetto dei principi di concorrenza e libertà comunitaria di stabilimento, situazione in cui si trovavano comunque l'aggiudicataria e la concorrente ISSV.

Altresì infondato se non inammissibile era il secondo motivo sull'inattendibilità di tutte le offerte delle concorrenti che precedevano in graduatoria la ricorrente, poiché la doglianza era composta da generici rinvii alla documentazione, senza prescindere dalla discrezionalità di alcuni dei temi sollevati.

Non sussisteva poi la violazione del d.m. n. 37 del 2008, terzo motivo, circa il mancato possesso della necessaria specifica abilitazione relativa agli impianti elettrici e la correlata esclusione dalla gara, poiché in primo luogo la legge di gara non richiedeva il possesso di tale requisito almeno nella fase dell'aggiudicazione.

Destituito di fondamento era il quarto motivo, secondo cui le concorrenti ISSV (seconda graduata) e il r.t.i. Rangers/Il Globo (terza in graduatoria) avevano previsto nell'offerta oneri della sicurezza aziendali palesemente insufficienti ai sensi delle tabelle ministeriali di riferimento.

A prescindere dall'ammissibilità della doglianza riguardante soggetti non aggiudicatari, la tesi era argomentata con il falso presupposto del "monte ore minimo inderogabile" raffrontato con il "monte ore effettivamente prestato da ciascun lavoratore" da cui sarebbe derivato il numero di guardie giurate ritenuto necessario per l'espletamento del servizio.

Il capitolato di gara stabiliva espressamente fabbisogni semplicemente "presunti" in ragione della previsione del fabbisogno delle Aziende di riferimento per la convenzione e la stima non era in alcun modo vincolante, senza dimenticare che i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali non costituivano limite inderogabile, ma semplicemente un parametro di valutazione della congruità dell'offerta e comunque le giustificazioni richieste nella verifica di congruità avevano consentito di ritenere credibili i chiarimenti richiesti, con il richiamo allo straordinario e con l'incidenza delle indennità di presenza, domenicali e festive sulla base dell'analisi statistica sul proprio personale.

Era poi irrilevante il quinto motivo sulla perdita dei requisiti di ordine generale da parte di Securpol Group S.r.l. in quanto successivamente all'ammissione alla gara era stata posta in liquidazione ed accertato in sede giudiziaria il suo grave stato di insolvenza, poiché la sua esclusione come terza in graduatoria non avrebbe giovato in alcun modo alla ricorrente.

Veniva poi ritenuto tardivo il sesto motivo inerente i requisiti di competenza della commissione giudicatrice, nominata con la determinazione n. 574 del 10 aprile 2017, conosciuta tramite la pubblicazione sulla piattaforma START l'11 aprile 2017.

Il giudice di primo grado riteneva sul punto superata quella giurisprudenza che circoscriveva l'onere di immediata impugnativa alle sole clausole del bando di gara impeditive della partecipazione alla procedura o impositive di oneri manifestamente incomprensibili ovvero del tutto sproporzionati e rimandando l'attualità dell'interesse al concretizzarsi di una lesione, ma il principio di lealtà processuale, non poteva consentire il differimento dell'impugnazione dell'atto di nomina di una commissione ritenuta in origine illegittima al momento dell'impugnazione dell'atto conclusivo della procedura di scelta del contraente e l'autonoma ed immediata portata lesiva dell'atto onerava la parte ad impugnare subito il provvedimento entro il termine di decadenza di legge decorrente dalla detta pubblicazione.

Ciò detto a prescindere dalla mancata istituzione dell'Albo di cui all'art. 78 del D.lgs. n. 50 del 2016 in materia e dai curricula dei commissari, così come scelti da E.S.T.A.R., i quali dimostravano la sussistenza di pregresse e sufficienti esperienze maturate in procedure del settore oggetto di appalto.

Ancora infondata è la settima censura, con la quale si sosteneva che la commissione avrebbe illegittimamente appiattito con giudizi sostanzialmente identici, le offerte tecniche in gara e l'esito della stessa sarebbe stato deciso in base all'elemento prezzo.

L'assunto era da ritenersi smentito dal fatto che i punteggi attribuiti alle offerte tecniche variavano da un massimo di 70 punti - assegnati a Security Service S.r.l. - ad un minimo di 54,15.

Oltretutto la doglianza era inammissibile sia per la sua genericità, sia in ragione del principio consolidato secondo cui la discrezionalità tecnica della commissione è sindacabile dinanzi al giudice amministrativo per manifesta illogicità, irragionevolezza o arbitrarietà o manifesto travisamento dei fatti, non sostenuti nel caso in esame.

Altresì infondato era anche l'ottavo motivo concernente l'illegittimità dell'aggiudicazione in quanto le offerte avrebbero esaurito il termine di validità di 180 giorni.

In primo luogo il Tribunale amministrativo rilevava che il termine di validità delle offerte era fissato negli atti di gara in 240 giorni e l'art. 6, punto A.3, del disciplinare stabiliva in proposito la possibilità di rinnovo della garanzia provvisoria, nel caso di non ancora intervenuta aggiudicazione.

In secondo luogo il termine in questione era posto esclusivamente a tutela dell'impresa concorrente e la sua decorrenza non poteva quindi produrre alcuna automatica decadenza dell'offerta.

Quindi il ricorso principale era in parte infondato ed in parte inammissibile.

Quanto ai motivi aggiunti, con il nono motivo (primo dei motivi aggiunti) la ricorrente ribadiva l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria.

Il giudice di primo grado insisteva allora sul concetto consolidato in giurisprudenza riguardo al giudizio di anomalia o di incongruità dell'offerta, il quale costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta, mentre nel caso di specie la ricorrente avanzava critiche in ordine ad una serie di singole voci che, in ogni caso, la sentenza procedeva a confutare singolarmente.

Ancora infondato era il decimo motivo (secondo motivo aggiunto) riguardante l'assenza dell'abilitazione ai sensi del d.m. n. 37 del 2008 per l'esecuzione delle prestazioni per cui è necessaria detta autorizzazione, della cui infondatezza si era già dato conto con l'esame del terzo motivo.

Anche l'undicesimo motivo (terzo motivo aggiunto) non era fondato.

L'offerta di ISSV di trasmettitori bidirezionali canalizzati che trasmettono alla frequenza di 25 KHz sarebbe stata di impossibile realizzazione, poiché i trasmettitori normativamente ammessi sono solo quelli con frequenza di 12,5 KHz ed altrettanto viene affermato sulla trasmissione contemporanea ed alternativa in UHF o VHF non risultando in commercio apparecchi capaci di tali prestazioni.

Vi era stata una errata lettura della documentazione tecnica presentata, poiché dall'offerta tecnica di ISSV e degli "allegati schede tecniche" per i tre lotti si desumeva che il trasmettitore bidirezionale era un modello che poteva trasmettere anche nella gamma 12,5/25 KHz, oltre che operare "nelle gamme di frequenza VHF o UHF", come confermato dalle autorizzazioni del Ministero delle

comunicazioni alla immissione sul mercato del trasmettitore EOS AL-B8 (quello indicato da ISSV).

Con il dodicesimo motivo (quarto motivo aggiunto) veniva contestata l'offerta del r.t.i. Rangers che offriva droni particolari che avrebbero effettuato il servizio esterno ai plessi interessati, prestazione inattuabile, viste le limitazioni poste dalla normativa dell'ENAC per i voli dei droni come il volo di notte oppure presso aeroporti o autostrade.

La censura era inammissibile vista l'infondatezza delle censure avanzate nei confronti dell'aggiudicataria ISSV, in quanto la ricorrente non avrebbe tratto alcun vantaggio dal suo eventuale accoglimento in quanto non collocata in posizione utile ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto, ma anche infondata dato che il capitolato tecnico aveva previsto ronde ispettive mediante un sistema di aeromobile a pilotaggio da remoto.

In conclusione, ricorso e motivi aggiunti erano in parte infondati ed in parte inammissibili.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 6 novembre 2018 il r.t.i.

capeggiato da Corpo Vigili Giurati S.p.a. impugnava la sentenza in questione e ne sosteneva l'erroneità quanto al giudizio pronunciato riguardo ai motivi primo, terzo, quarto, quinto del ricorso principale, nonché primo dei motivi aggiunti ed in via subordinata in relazione al sesto ed ottavo del ricorso principale e concludeva per l'accoglimento dell'appello con vittoria di spese con la conseguente aggiudicazione della gara ed in subordine dell'annullamento di questa.

Si costituivano anche in questa fase di giudizio per resistere la stazione appaltante ESTAR, il r.t.i. aggiudicatario International Security Service Vigilanza S.p.a. ed i secondi e terzi classificati il r.t.i. Rangers in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria del costituendo r.t.i. con Il Globo Vigilanza S.r.l. e Telecontrol S.r.l. e Worsp Security Group S.r.l.

Inoltre l'ESTAR proponeva appello incidentale per sentire accogliere l'eccezione di inammissibilità respinta in primo grado per la mancata impugnazione ex art. 120 comma 2 *bis* c.p.a.

All'udienza del 23 maggio 2019 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivi di appello veniva sostanzialmente riproposto il primo motivo del ricorso di primo grado sulla carenza del requisito della "licenza di istituto di vigilanza" ex art. 134 TULPS, poiché la legge di gara imponeva per chi non fosse già in possesso di tale atto ampliativo l'aver presentato istanza per il rilascio di tale autorizzazione per le province interessate dalla gara; ma il giudice di primo grado aveva ignorato che il possesso delle autorizzazioni senza il corrispondente esercizio dell'attività per oltre sei mesi comportava la revoca della licenza: inoltre il non avvenuto esercizio doveva essere certificato dal Prefetto competente e ciò è stato ignorato dal giudice di primo grado.

L'art. 3 del disciplinare stabilisce che gli operatori economici concorrenti devono essere in possesso della licenza in parola per il territorio delle province interessate dalla gara oppure di essere in possesso della stessa licenza per le classi funzionali necessarie per una qualsiasi provincia italiana, unitamente alla notifica alla

Prefettura competente dell'estensione della stessa licenza per le province interessate al lotto per il quale si concorre.

Da ciò deriva pienamente la legittimità della determinazione del Direttore del Dipartimento di Estar n. 385 del 15 marzo 2017 che nell'ammettere i concorrenti alla fase successiva della gara, certifica che la futura aggiudicataria Worsp ed altre concorrenti come l'International Security Service Vigilanza erano del tutto in regola con i documenti necessari all'ammissione e che la seconda aveva chiesto nel precedente mese di gennaio al Prefetto di Roma competente per la sede della ditta l'estensione necessaria per il lotto 1.

Va aggiunta per completezza che l'appellante nulla aggiunge di concreto alla propria censura a riguardo della ventilata scadenza della licenza medesima per non uso.

Il motivo appare quindi infondato.

Con la seconda censura il Corpo Vigili Giurati lamenta che le prime tre imprese classificate non fossero in regola con il d.m. 37 del 2008 – erroneamente indicato nella legge di gara come l. 37 del 2008 – ossia nella gestione degli impianti elettrici installati presso gli edifici da controllare e dalla mancanza della conformità prevista dal citato d.m. conseguiva un'assenza di abilitazione parziale allo svolgimento del servizio; aveva errato il primo giudice nell'osservare che il requisito non fosse richiesto ai fini del concorrere.

Anche tale motivo è infondato.

Nell'art. 8 del capitolato si legge infatti che le installazioni relative ad opere elettriche di manutenzione straordinaria dovranno essere effettuate in conformità alle prescrizioni della l. 37/08 (sic) e dunque è evidente che l'abilitazione connessa è questione che riguarda il

rapporto con l'affidatario e non è un requisito di qualificazione/partecipazione alla gara.

Quanto ai primi due profili della terza censura devono essere dichiarati inammissibili, così come del resto senza discostarsi dalla pronuncia impugnata, poiché essi riguardano in primo luogo l'offerta degli oneri della sicurezza aziendali delle concorrenti ISSV (seconda graduata) e il r.t.i. Rangers/Il Globo (terza in graduatoria), oneri che sarebbero stati palesemente insufficienti, comunque offerti da ditte non risultate poi aggiudicatarie ed altrettanto, in secondo luogo, si deve rilevare sulla perdita dei requisiti di ordine generale da parte di Securpol Group S.r.l., in quanto posta in liquidazione successivamente all'ammissione alla gara ed accertato in sede giudiziaria il suo grave stato di insolvenza: si tratta anche in questa della terza classificata e dunque quanto sostenuto nulla cambia in ordine alla posizione dell'appellante.

Le inammissibilità ora rilevate dipendono dall'infondatezza del terzo profilo di censura, concernente un esame analitico dell'offerta risultata aggiudicataria Worsp, offerta che sarebbe caratterizzata da incongruità sui costi del lavoro e di quanto necessario per il servizio.

L'offerta della Worsp sarebbe caratterizzata in sintesi da costi eccessivamente bassi per quanto concerne i servizi accessori che vengono giustificati da economie di scala – costi generali connessi alla prestazione di servizi analoghi in zona - che il giudice di primo grado ha apoditticamente ritenuto corretti, inoltre riporta in definitiva un numero di ore lavorate cui conseguirebbe un costo del lavoro eccessivamente basso rispetto alle tabelle ministeriali e la mancata menzione degli aumenti di paga dovuti al trascorrere delle carriere ed ancora la sentenza avrebbe mal considerato i rapporti tra

orari diurni e notturni con tutte le conseguenze economiche; ancora non compaiono i costi fissi derivanti dalle disposizioni normative per il personale degli istituti di vigilanza, non si rinvergono i costi per le tre pattuglie dedicate, né per il personale reperibile h24 e vengono evidenziate nello stesso campo ulteriori lacune che renderebbero l'offerta del tutto al di fuori del mercato.

Il Collegio non trova ragioni per discostarsi dalle conclusioni raggiunte in primo grado sul complesso della censura.

Preliminarmente si deve rilevare che questa – la censura – si manifesta come un'analisi partiticamente svolta su una serie di voci dell'offerta risultata aggiudicataria nel doppio fine del tutto ambiguo che ne mina la credibilità, di dimostrarne la scarsa redditività da un lato e dall'altro una sorta di incoerenza se non un'assenza di genuinità: ora, la contraddittorietà dei rilievi non ne rende credibile l'impianto generale, poiché i due aspetti non sono coerenti.

Oltre a ciò non si può che concordare con quanto affermato dal Tribunale amministrativo nel richiamare un principio pacifico in giurisprudenza, per cui la congruità dell'offerta non può che derivare dal suo risultato finale e non da singoli elementi, sia pure rilevanti, come il costo del lavoro.

Si deve poi considerare che una serie di profili sono rappresentati in via del tutto ipotetica, come ad esempio i rilevanti risparmi circa i costi accessori derivanti da economie di scala e dallo scarico di essi sui costi generali grazie ad altri servizi affidati nella zona, oppure la mancata evidenziazione dei dovuti scatti di carriera al personale dipendente: sul primo punto non sono indicati numeri precisi che possono incidere sull'anomalia dell'offerta, ma se ne lamenta soltanto la non credibilità; l'assenza di dati concreti rende il profilo di censura

privo di effettiva dimostrazione e altrettanto vale per le ipotesi di aumenti per scatti di carriera non calcolati, in questo caso solo una prospettazione di eventi futuri, la cui maturazione è al di là da venire e non è garantita.

Al contrario le difese della Worsp descrivono in modo del tutto credibile il procedimento aritmetico che ha condotto a quantificare in 1685 le ore mediamente lavorate dai propri dipendenti: se l'appello si limita a richiamare tale dato che del tutto sovrastimato, si deve rilevare che le difese dell'aggiudicatario oppongono una ricostruzione oggettivamente credibile del coefficiente, cui si è giunti calcolando le ore non lavorate per ferie, quelle non lavorate per permessi, quelle non lavorate per festività, quelle non lavorate per malattia, infortunio e maternità ed inoltre per corsi di formazione o permessi sindacali, secondo le proprie statistiche pregresse parametrate sulle tabelle ministeriali; tale ricostruzione non appare efficacemente contrastata.

Altrettanto deve rilevarsi per quanto concerne gli oneri derivanti da obblighi di legge – divisa, polizza antinfortunistica, costi per i rinnovi del porto d'armi, etc. – ricompresi nelle spese generali, così come i costi per le pattuglie cd. esclusive, servizio già attivo nella complessiva struttura Worsp e quindi non implicabile come costo aggiuntivo nelle prestazioni attinenti le specifico appalto.

Quanto finora riportato porta ad escludere quella generale incongruità dell'offerta che sola giustifica l'esclusione per anomalia.

Considerazioni diverse rispetto a quanto affermato nella sentenza impugnata vanno mosse riguardo all'ultimo motivo proposto in via subordinata, relativamente alla composizione della commissione, da ritenersi illegittima secondo l'appellante, perché composta da componenti privi della dovuta competenza.

Il giudice di primo grado ha dichiarato tardiva la censura, in quanto essa sarebbe stata da proporre tempestivamente al momento della sua conoscenza, dunque con l'avvio della procedura secondo il principio di lealtà processuale, per cui non poteva differirsi l'impugnazione dell'atto di nomina di una commissione ritenuta già in origine illegittima solamente al momento dell'impugnazione dell'atto conclusivo della procedura di scelta del contraente: se tale scelta era stata ritenuta lesiva, la parte era onerata ad impugnare subito il provvedimento entro il termine di decadenza di legge decorrente dalla pubblicazione della nomina della commissione.

E' giurisprudenza pacifica di questa Sezione, sia espressa, sia implicita, che il provvedimento di nomina della commissione è un atto endo-procedimentale adottato dalla stazione appaltante nella procedura di gara, che non produce effetti definitivi per gli operatori economici, né vantaggiosi né lesivi; costoro, pertanto, non hanno l'onere dell'immediata impugnazione, anche se dovessero emergere profili di illegittimità, dovendo attendere, invece, il provvedimento conclusivo del procedimento, id est l'esclusione dalla gara o l'aggiudicazione della stessa ad altro concorrente (per tutte, Cons. Stato, V, 18 ottobre 2018 n. 5958; id. 27 marzo 2017 n. 1373).

Dunque le conclusioni processuali della sentenza impugnata in ordine ai vizi sostenuti per quanto concerne la composizione della commissione giudicatrice vanno disattesi.

In ogni caso il motivo è infondato nel merito.

Il presidente della commissione è una laureata in farmacia ed i componenti un laureato in giurisprudenza funzionario di ASL con compiti amministrativi ed un perito industriale elettronico addetto alla manutenzione dei servizi elettrici, altro laureato in giurisprudenza

con incombenze amministrative ed un ingegnere con cognizione in materia di gare.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, ivi compresa quella di questa Sezione interpreta in modo costante il requisito dello «specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto» 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 (così, da ultimo, Cons. Stato, V, 1 ottobre 2018 n. 5603; id., IV, 20 aprile 2016, n. 1556; id., V, 18 giugno 2018, n. 3721, 15 gennaio 2018, n. 181, 11 dicembre 2017, n. 5830).

Nel caso di specie si deve evidenziare che i magazzini farmaceutici erano oggetto peculiare, tra gli altri, di una particolare attenzione nella sorveglianza e non vi può essere dubbio sul perché di tale scelta, ancora va rilevata l'importanza della presenza di un perito elettronico, aspetto messo in evidenza anche dall'appellante con le sue censure, e di un funzionario con competenza in materia di gare, figura che è indubbiamente essenziale; va aggiunto che la procedura per cui è causa non si poteva segnalare per la sua alta specializzazione, era ragionevolmente un tipo di gara ripetitivo e non rinvengono ragioni sufficienti, ad esempio, per la ricerca di professionalità esterne alla stazione appaltante.

Da ultimo, per completezza si deve rilevare che l'appello incidentale proposto da ESTAR sul mancato accoglimento dell'eccezione che avrebbe comportato l'inammissibilità del ricorso introduttivo ai sensi dell'art. 120 comma 2 *bis* del codice del processo amministrativo, viene assorbito dal rigetto dell'appello principale; non deve però essere sottaciuto che in parte detto appello incidentale si appalesa

infondato, in quanto la grande parte delle censure affrontate riguardavano l'aggiudicazione ed il relativo procedimento e le offerte presentate, quindi non concernevano quegli aspetti attinenti i requisiti soggettivi che trovano spazio nell'impugnazione ai sensi dell'art. 120 comma 2 *bis* citato.

Per cui va respinto l'appello principale e deve dichiararsi assorbito con le precisazioni appena tratte l'appello incidentale.

Le spese di giudizio possono essere compensate, vista la problematicità dell'intera vicenda.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello principale, come in epigrafe proposto, lo respinge e dichiara assorbito nei sensi di cui in motivazione l'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE
Raffaele Prosperi

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO