

Pubblicato il 30/09/2020

N. 05746/2020REG.PROV.COLL.
N. 01710/2020 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 1710 del 2020, proposto dalla società Mölnlycke Health Care s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Pavan, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Aria - Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti s.p.a. (già Arca s.p.a.) non costituita in giudizio;

nei confronti

Medline International Italy s.r.l. Unipersonale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Di Ienno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale G. Mazzini, 33;

Paul Hartmann s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Laura Formentin, Gianni Maria Saracco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda) n. 02682/2019.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Medline International Italy s.r.l. Unipersonale e di Paul Hartmann s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 settembre 2020 il Cons. Umberto Maiello e uditi per le parti gli avvocati Antonio Pavan, Laura Formentin e Enrico Di Ienno;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato il 26 settembre 2018, e rettificato il 18 ottobre 2018, l'ARCA s.p.a. (oggi A.R.I.A. s.p.a.) ha indetto una procedura aperta, telematica, per la stipula di una Convenzione ex art. 1, comma 4, della L.R. n. 33/2007 volta alla fornitura di set in TNT sterili, prodotti ed ulteriori servizi connessi, in favore degli Enti del S.S.R. di cui all'art. 1 della L.R. n. 30 del 27 dicembre 2006, per la durata di 4 anni, e un valore complessivo a base d'asta di € 74.329.469,83. La gara, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, veniva divisa in due lotti.

1.1. Alla procedura per il Lotto 1, per cui è controversia, ed avente ad oggetto "Kit procedurali chirurgici – set in TNT sterile ed ulteriori prodotti", per un valore a base d'asta di € 67.013.293,75, hanno partecipato n.4 imprese: L'Ati Cardiva/Sogesi, la Medline International Italy s.r.l., La Mölnlycke Health Care s.r.l. e la Paul Hartmann s.p.a.

1.2. La procedura si concludeva con l'aggiudicazione del Lotto 1 alla Mölnlycke.

1.3. Avverso il predetto provvedimento di aggiudicazione, Medline e PH (rispettivamente seconda e terza in graduatoria) proponevano due distinti ricorsi fondati su plurimi motivi e, successivamente, integrati con ricorso per

motivi aggiunti a seguito del deposito in corso di causa di un verbale aggiuntivo della commissione del 29.08.2019.

2. Con la sentenza n. 2682/2019 qui gravata, il Tar Milano, dopo aver disposto la riunione dei due ricorsi per identità oggettiva e parzialmente anche soggettiva, ha rilevato il carattere pregiudiziale del ricorso proposto da PH, con cui la stessa lamentava, tra l'altro, il mancato frazionamento del Lotto unico (lotto 1) di rilevanti dimensioni in violazione dei principi comunitari di tutela della concorrenza e delle specifiche regole (id est articolo 51) del Codice appalti pubblici in materia di suddivisione di lotti.

2.1. Il primo giudice ha accolto con la sentenza appellata, non definitiva, tale motivo di ricorso, dichiarando assorbiti gli altri motivi di impugnazione relativi al ricorso RG 1839/2019 dopo aver rigettato le eccezioni di tardività del motivo di impugnazione e di inammissibilità sollevata da ARIA e da Mölnlycke.

2.2. Con la stessa sentenza, poi, il Tar ha sospeso il ricorso proposto da Medline allibrato al n. rg 1737/2019 ex art. 79 cpa, alla luce della statuizione di annullamento dell'intera gara, riservandosi di delibarlo all'esito del passaggio in giudicato della suddetta decisione.

3. Con il mezzo qui in rilievo la società Mölnlycke propone appello avverso tale sentenza per i seguenti motivi:

a) deduce, anzitutto, l'erroneità della sentenza di primo grado per aver ritenuto infondate le eccezioni di inammissibilità sollevate in prime cure relativamente (i) alla tardività del primo motivo di ricorso, in quanto la suddivisione della procedura in due soli lotti avrebbe imposto un onere di immediata impugnazione; (ii) alla carenza di interesse alla censura; (iii) alla avvenuta acquiescenza prestata dalla ricorrente PH per effetto della partecipazione alla gara. L'appellante evidenzia come, anche laddove dovesse ritenersi fortemente limitativa della partecipazione alla gara la scelta della mancata suddivisione in più lotti, allora, essendo questa una clausola che rende la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile,

il bando di gara avrebbe dovuto essere impugnato tempestivamente. Inoltre, l'azione della ricorrente PH in primo grado non sarebbe accompagnata dalla indefettibile condizione dell'interesse ad agire: solo un'impresa rientrante nella categoria delle PMI potrebbe avere un interesse strumentale alla riedizione della gara, qualità questa non ascrivibile a PH la quale, piuttosto, è uno dei più grandi *players* del mercato;

b) con il secondo motivo d'impugnazione l'appellante censura la decisione del primo giudice nella parte in cui, nel valutare come non sufficientemente motivata la scelta della stazione appaltante di creare due soli lotti, di cui il lotto 1 di rilevante valore economico, non avrebbe considerato il fatto che la procedura di gara è stata preceduta da apposita consultazione preliminare di mercato ex art. 66 D.Lgs 50/2016 in forza della quale tutti gli operatori di mercato sono stati posti a conoscenza dell'intenzione della stazione appaltante di procedere alla gara e delle modalità con cui questa sarebbe stata predisposta, potendo conseguentemente impugnare il bando e la relativa previsione. L'appellante chiarisce inoltre che dagli atti di gara si evincerebbero le ragioni a fondamento della scelta di creare un lotto di così rilevante valore economico in luogo di più lotti come suggerito dal giudice di prime cure. L'opzione organizzativa qui in rilievo, infatti, si fonderebbe sulla necessità di garantire un servizio unitario onde omogeneizzare i differenti prodotti e servizi forniti sul territorio lombardo, nonché su ragioni di economicità posto che la scelta effettuata avrebbe garantito un risparmio in termini di manodopera a carico della stazione appaltante, dovendo altrimenti prevedere per ogni singolo lotto personale addetto alla gestione del magazzino. Rileva, inoltre, l'appellante come l'entità del Lotto 1 non è neppure idonea a dare luogo ad una situazione di "monopolio" delle forniture sia per la durata della convenzione fissata in soli 48 mesi sia per la circostanza fattuale che vede in corso di svolgimento procedure di gara per oltre 43.000.000 di € sempre sul territorio della Regione Lombardia.

c) la sentenza sarebbe, altresì, erronea nella parte in cui ha sospeso ex art 79 cpa ogni attività deliberativa quanto al ricorso n. 1737/2019 in attesa del passaggio in giudicato della pronuncia di annullamento resa sul ricorso rg 1839/2019: di contro, assume l'appellante che, a fronte dell'annullamento degli atti di gara in accoglimento del ricorso rg 1839/2019, il giudice di primo grado avrebbe dovuto dichiarare l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse delle domande proposte con il ricorso di cui RG 1737/2019.

3.1. L'appellante a conclusione delle divise censure ripropone, poi, le difese svolte in primo grado relativamente ai motivi di ricorso articolati dalle controparti e rimasti assorbiti nella sopra richiamata statuizione di annullamento.

3.2. Resistono in giudizio le società controinteressate Medline International Italy Srl Unipersonale e Paul Hartmann spa, rispettivamente graduate al secondo ed al terzo posto, mentre non si è costituita ARIA.

4. Segnatamente, l'appellata Paul Hartmann, con la memoria di costituzione nel presente giudizio di appello, oltre a reiterare le difese già svolte nel giudizio di primo grado, ha riproposto ai sensi dell'articolo 101 comma 2 c.p.a. i motivi di ricorso in quella sede assorbiti e di seguito richiamati in via di sintesi:

a) ha dedotto, anzitutto, che le modalità di individuazione dei commissari di gara sarebbero irrazionali e avrebbero determinato, per effetto di una sproporzione numerica di dipendenti provenienti dalla ASST Sette Laghi, un risultato irragionevole, non in linea con le esigenze di una piena garanzia di autonomia di giudizio e di multidisciplinarietà;

b) lamenta, altresì, la violazione del principio di trasparenza, di pubblicità, di buon andamento della pubblica amministrazione, della violazione dell'art. 20 del disciplinare; eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria e di motivazione, atteso che dai verbali delle operazioni della commissione emergerebbe soltanto un parziale svolgimento delle stesse, con modalità

difformi a quelle stabilite dal Disciplinare di gara, segnatamente quanto allo svolgimento della “*prova sul campo*”

c) nella prospettazione di PH il procedimento di verifica dell’anomalia sarebbe stato stravolto, chiedendosi prima dell’apertura delle offerte economiche la presentazione dei giustificativi a tutti i concorrenti, e demandando alla Commissione, piuttosto che al r.u.p., lo svolgimento di tale sub-procedimento, risultato alla fine del tutto inattendibile nelle conclusioni, come peraltro fatto palese dalla circostanza che l’intero segmento procedurale, a partire dall’apertura delle offerte economiche, sarebbe stato condensato nella sola giornata del 28.6.2019, conclusa finanche con l’aggiudicazione. Anche da un punto di vista sostanziale, i giustificativi sarebbero manifestamente insufficienti: i costi non sarebbero quotati, le spese generali sarebbero esposte solo in via esemplificativa, non risulterebbe precisata l’identità del corriere quanto ai costi di trasporto, non sarebbero stati esposti i costi del personale dedicato all’appalto, sviluppati in proprio dalla Commissione che però avrebbe considerato solo 6 dipendenti e non 27;

d) in via subordinata, l’appellata PH ha dedotto l’inammissibilità della offerta dell’aggiudicataria Mölnlycke per mancanza dei requisiti tecnici minimi richiesti dal Capitolato, al par. 2.2. Segnatamente, alcuni prodotti offerti dall’aggiudicataria non sarebbero conformi alle prescrizioni della *lex specialis* – (i) i camici quanto alle cuciture ed alla mancanza di traspirabilità; (ii) il bisturi per la mancanza del “..numero della figura di riferimento, (iii) il contenitore per conteggio aghi e lame da bisturi, non offerto nella configurazione magnete/magnete (iv) la matita dermografica “monouso non tossica non irritante punta regular con righello”, avendo l’aggiudicataria Mölnlycke offerto una penna, che nemmeno potrebbe essere ritenuta equivalenti ai sensi dell’art. 68 del Codice dei contratti pubblici;

e) in via ulteriormente subordinata, l’appellata PH ha dedotto l’inammissibilità anche dell’offerta di Medline per mancanza dei requisiti tecnici minimi richiesti dal Capitolato, al par. 2.2.; alcuni prodotti offerti dalla seconda

classificata non sarebbero conformi alle prescrizioni della *lex specialis* – (i) il bisturi, in quanto privo del dispositivo di protezione di sicurezza fisso sul dispositivo, e (ii) il contenitore per conteggio aghi e lame da bisturi, non offerto nella configurazione magnete/magnete;

f) vengono altresì riproposte le doglianze introdotte per motivi aggiunti da Paul Hartmann e riferite al verbale della Commissione giudicatrice n. 11 del 29 agosto 2019, con il quale la Commissione impropriamente avrebbe svolto un'attività di rivalutazione delle offerte in assenza di alcun potere e una volta scaduto il proprio compito, esauritosi con l'approvazione della proposta di aggiudicazione;

g) l'operato dalla Commissione sarebbe illegittimo poiché non si sarebbe potuto intervenire *ex post* a correggere gli errori commessi in precedenza, peraltro ammessi dallo stesso organo, confermandosi nella sostanza che tutto il procedimento valutativo, nemmeno verbalizzato in maniera puntuale e corretta, sarebbe stato condotto con modalità poco trasparenti;

h) ribadisce che la verifica di anomalia, oltre ad essere stata effettuata da soggetto incompetente, ossia la Commissione piuttosto che il r.u.p., sarebbe stata connotata da illegittimità procedurali e da un esito assolutamente inattendibile;

i) ha, dunque, reiterato le censure già proposte avverso l'offerta dell'aggiudicataria Mölnlycke poiché le deduzioni compendiate nel suindicato verbale "postumo" non avrebbero smentito le censure formulate sulle irregolarità del procedimento di verifica dell'anomalia ovvero sulla mancanza dei requisiti tecnici minimi in capo all'aggiudicataria;

l) parimenti ha ribadito anche l'inammissibilità anche dell'offerta di Medline per mancanza dei requisiti tecnici minimi richiesti dal Capitolato.

5. Da parte sua, anche l'appellata Medline ha riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2 c.p.a., i motivi di censura dichiarati assorbiti in primo grado, comprensivi dei motivi aggiunti formulati per l'annullamento del verbale della

Commissione giudicatrice n. 11 del 29 agosto 2019, con cui ha chiesto l'annullamento della procedura di gara, di seguito richiamati in via di sintesi:

- a) Segnatamente, Medline deduce, anzitutto, che la commissione avrebbe violato l'art. 14.2 del disciplinare nella parte in cui prescriveva che fosse effettuata una prova del materiale "sul campo", alla presenza di uno *specialist* di prodotto del concorrente, di comprovata esperienza in sala operatoria per l'assistenza del personale addetto al test, previo accordo con le strutture ospedaliere presso cui la prova si sarebbe svolta. Tale adempimento istruttorio aveva rilievo centrale nell'economia della selezione qui in rilievo come fatto palese dall'art. 17.1 del disciplinare, recante i criteri di valutazione dell'offerta tecnica e da cui giustappunto si evincerebbe l'assegnazione di buona parte del punteggio (59 punti su 70) in base all'esito della prova pratica da effettuare sul campo. La Commissione, contravvenendo alla *lex specialis*, avrebbe effettuato tale prova in totale autonomia, senza la presenza dello *specialist* e senza redigere apposito verbale, per modo che sarebbe stato impossibile conoscere in quante e quali sessioni la prova pratica si sia articolata, nonché da quali considerazioni dipenda l'attribuzione dei punteggi relativi alle caratteristiche specifiche dei teli di copertura e dei camici. Inoltre, la commissione giudicatrice si sarebbe limitata ad esaminare il materiale campionato nella sola misura in cui le è parso sufficiente. Tanto invaliderebbe anche i punteggi assegnati sulla scorta di tale esame;
- b) la condotta della commissione impatterebbe, altresì, con i principi di pubblicità e di trasparenza;
- c) le risultanze dei verbali di gara rifletterebbero un incedere irregolare della commissione e attesterebbero la violazione di precetti normativi e della *lex specialis*, quali la mancata lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche prima dell'apertura delle offerte economiche, la violazione dei principi di continuità e di concentrazione delle valutazioni tecniche, la ristrettezza della tempistica impiegata per valutare le offerte e la genericità delle giustificazioni rese a corredo dell'offerta dell'aggiudicataria;

d) la gara dovrebbe essere annullata anche per incompetenza ed incompatibilità della commissione esaminatrice; Ad avviso di Medline non vi sarebbe la prova che i commissari abbiano reso le dichiarazioni sulle incompatibilità prima del loro insediamento. Inoltre, i commissari sarebbero stati scelti con un procedimento non trasparente e comunque non corretto, considerato che in larga misura provengono dall'ASST dei Sette Laghi ove, peraltro, si utilizzerebbero proprio i prodotti della Molnlycke;

e) infine, la verifica dell'anomalia sarebbe stata superficiale poiché svolta su giustificazioni generiche, rese *ex ante* dall'aggiudicataria Mölnlycke.

In sede cautelare la domanda dell'appellante è stata respinta, prima con decreto 1588 del 30.3.2020, e poi ordinanza n. 2168 del 23.4.2020. Tanto in ragione della mancata allegazione di un *periculum in mora* assistito dagli indefettibili predicati della concretezza e dell'attualità.

5.1. Le parti hanno, dunque, presentato memorie illustrative delle proprie tesi e replicato a quelle avverse ed all'udienza del 24.9.2020 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

6. L'appello è fondato e, pertanto, la sentenza va riformata, anche se, in accoglimento dei motivi di ricorso dedotti dalle parti appellati non scrutinati dal giudice di prime cure e qui riproposti, ai sensi dell'articolo 101 comma 2 del c.p.a., s'impone, comunque, nei limiti di seguito indicato, l'annullamento degli atti di gara.

6.1. Preliminarmente, va disatteso il motivo di gravame che impinge nella presunta erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto le eccezioni di irricevibilità delle censure formulate da P.H. rispetto al bando di gara quanto alla formulazione dei lotti in cui risulta articolato, censure valorizzate e recepite nella sentenza di primo grado.

Com'è noto, è oramai *ius receptum* in giurisprudenza il principio, ribadito di recente da questo Consiglio in composizione plenaria (cfr. Cons. St., A.P., 26 aprile 2018, n.4), secondo cui quando le regole *della lex specialis* non impediscono la presentazione dell'offerta (come nel caso in esame) non vi

sono margini per l'impugnazione immediata del bando di gara, in quanto non si riscontra un'immediata lesione della sfera giuridica dell'interessato. La partecipazione alla gara stessa, infatti, non impedisce ai concorrenti di dedurre comunque il carattere lesivo delle disposizioni del bando in sede di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione.

In applicazione di tale postulato, e con specifico riferimento alle prescrizioni organizzative qui in contestazione, appare di tutta evidenza come, avuto altresì riguardo alla platea dei partecipanti, la configurazione dei lotti in cui è articolato l'appalto non ha generato alcun effetto preclusivo e non può, dunque, ricondursi alla categoria delle clausole cd. escludenti, categoria riferibile a qualunque disposizione, contenuta nella *lex specialis* di gara, che, a prescindere dal suo contenuto (e cioè indipendentemente dal fatto che abbia ad oggetto un requisito soggettivo od un adempimento da assolvere contestualmente alla presentazione della domanda di partecipazione) e della fase di concreta operatività, sia tale da precludere la partecipazione dell'impresa interessata conseguentemente a contestarla, o comunque da giustificare una prognosi, avente carattere di ragionevole certezza, di esito infausto della sua eventuale partecipazione (cfr. in termini, rispetto ad una fattispecie analoga Cons. St., sez. V, 22 novembre 2019 n. 7978).

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

6.3. Allo stesso modo, il Collegio ritiene che non siano persuasive le ulteriori argomentazioni censoree sviluppate dall'appellante secondo cui l'inammissibilità, *in parte qua*, del ricorso proposto da P.H. deriverebbe da un difetto di legittimazione a veicolare la specifica questione qui in rilievo non rientrando il suddetto operatore, uno dei principali *competitors* nel mercato di

riferimento, tra le PMI, categoria espressamente richiamata nel disposto di cui all'articolo 51, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, referente normativo *in subiecta materia*, che prescrive, com'è noto, la divisione in lotti al fine di favorire l'accesso alle gare delle piccole e medie imprese.

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

Di contro, ed anche se tale tesi trova credito in diversi precedenti giurisprudenziali (C.G.A. Sicilia, 18 luglio 2016, n. 206, Cons. St., sez. III, 26 settembre 2018, n. 5528) deve riconoscersi la possibilità di far valere, anche al di fuori del perimetro soggettivo delle PMI, doglianze avverso un assetto organizzativo della gara che comprometta in concreto il principio di concorrenza tra più operatori, costituendo tale principio un valore di carattere generale intangibile che, per come enunciato all'articolo 30 del d. lgs 50 del 2016, permea l'intera disciplina dei contratti pubblici e di cui l'articolo 51 comma 1, del medesimo testo normativo costituisce solo un precipitato tecnico applicativo, come tale non idoneo a consumarne l'ambito di efficacia.

In siffatta evenienza, ove cioè la legittimazione non derivi in via diretta dall'appartenenza alla categoria delle PMI, il singolo operatore deve però comprovare, in concreto, l'incidenza lesiva che l'avversata misura organizzativa ha determinato nella propria sfera giuridica rendendo obiettivamente percepibile la compressione che questa ha, in via di tesi, subito rispetto alle possibilità di un'utile e proficua partecipazione alla competizione.

Nella prospettazione della ricorrente PH, qui parte appellata, la dimensione organizzativa della gara in contestazione interferisce, in via generale, con le

proprie aspettative di contendibilità del mercato e, nello specifico, sulle sue concrete *chance* di aggiudicazione della specifica commessa.

6.4. In conclusione, ritiene il Collegio che l'eccezione in argomento, per come formulata, non possa essere condivisa.

Occorre, dunque, traslare l'attenzione del Collegio dal piano soggettivo a quello obiettivo valutando, questa volta nel merito, se le opzioni organizzative privilegiate dalla stazione appaltante possano ritenersi in linea con le coordinate che governano la disciplina di settore.

7. Nella detta prospettiva, fondati si rivelano i rilievi attorei sulla sufficienza delle ragioni giustificative che reggono le scelte in concreto operate dalla stazione appaltante per il confezionamento dei lotti in cui si articola la gara.

7.1. Vale ribadire che l'art. 51 d.lgs 50/2016 prescrive la divisione in lotti al fine di favorire l'accesso alle piccole e medie imprese prevedendo, al contempo, la possibilità di evitare tale suddivisione a seguito di una motivazione articolata che giustifichi la scelta operata. Segnatamente, le *“..stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese. E' fatto divieto alle stazioni appaltanti di suddividere in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del presente codice, nonché di aggiudicare tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti?”*.

Il *favor* legislativo per la suddivisione in lotti (di cui sono espressione anche i successivi commi dell'art. 51) è diretta attuazione della visione esposta nei considerando n. 78 e 79 della Direttiva 2014/24/UE, per cui *“è opportuno che gli appalti pubblici siano adeguati alle necessità delle PMI. (...).A tal fine e per rafforzare la concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero in particolare essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti. Tale suddivisione potrebbe essere effettuata su base quantitativa, facendo in modo che l'entità dei singoli appalti corrisponda meglio alla capacità delle PMI, o su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e*

specializzazioni presenti, per adattare meglio il contenuto dei singoli appalti ai settori specializzati delle PMI o in conformità alle diverse fasi successive del progetto” (n. 78) e per cui “Se l'appalto è suddiviso in lotti, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di limitare il numero dei lotti per i quali un operatore economico può presentare un'offerta, ad esempio allo scopo di salvaguardare la concorrenza o per garantire l'affidabilità dell'approvvigionamento; dovrebbero altresì avere la facoltà di limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a uno stesso offerente”.

7.2. Sulla scorta del dettato normativo, la giurisprudenza amministrativa ha escluso che il principio della suddivisione in lotti possa considerarsi un principio assoluto ed inderogabile riconoscendo invece la possibilità di optare per un assetto alternativo mediante una scelta garantita da ampia discrezionalità, che va motivata ma resta sindacabile soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria. Segnatamente, la scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico costituisce una decisione normalmente ancorata, nei limiti previsti dall'ordinamento, a valutazioni di carattere tecnico-economico. In tali ambiti, il concreto esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione circa la ripartizione dei lotti da conferire mediante gara pubblica deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto e resta delimitato, oltre che dalle specifiche norme sopra ricordate del codice dei contratti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza" (Cons. St., sez. III, 22 febbraio 2019 n. 1222; 22 febbraio 2018, n. 1138; Cons. St., sez. VI, 2 gennaio 2020, n.25; Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2018, n. 123; Cons. St., sez. V, 6 marzo 2017 n. 1038).

Affinché dunque l'agire della stazione appaltante possa considerarsi legittimo è necessario, come precisato da questa Sezione (cfr. Cons. St., sez. III, 29 novembre 2018 n. 5534), “verificare se l'Amministrazione ha osservato il "protocollo" operativo, così come enucleato dalla giurisprudenza, che consente di ritenere che il suo modus operandi è comunque conforme al

modello legale, laddove quest'ultimo ammette la deroga ad una suddivisione in lotti dell'appalto rigidamente rispettosa dell'interesse partecipativo delle PMI, subordinatamente: 1) all'osservanza dell'obbligo motivazionale, mediante la congrua illustrazione delle ragioni sottese alla suddivisione in lotti concretamente disposta; 2) alla verifica della logicità e plausibilità delle stesse, in rapporto all'interesse pubblico perseguito in concreto.

7.3. Più in particolare, sulla natura e la portata della suindicata cornice normativa di riferimento questa Sezione, per quanto qui di più diretto interesse, si è ampiamente soffermata nella recente sentenza n. 4289 del 3 luglio 2020 (che a sua volta richiama diversi precedenti di questa Sezione, tra cui Cons. St., sez. III, 7 maggio 2020 n. 288, e del giudice d'appello in generale) di cui si riportano, siccome tuttora condivisi, i relativi essenziali snodi argomentativi:

- sebbene sia indubbio che la suddivisione in lotti rappresenti uno strumento posto a tutela della concorrenza sotto il profilo della massima partecipazione alle gare, è altrettanto indubbio che tale principio non costituisca un precetto inviolabile né possa comprimere eccessivamente la discrezionalità amministrativa di cui godono le stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti di gara in funzione degli interessi sottesi alla domanda pubblica, assumendo, piuttosto, la natura di principio generale adattabile alle peculiarità del caso di specie (Cons. St., sez. V, 11 gennaio 2018, n.123; sez. III, 12 febbraio 2020, n. 1076) e derogabile, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata (cfr. Cons. St., sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669, sez III, 12 febbraio 2020 n. 1076);

- in materia di appalti pubblici è principio di carattere generale la preferenza per la suddivisione in lotti, in quanto diretta a favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese; tale principio, come recepito all'art. 51 D.Lgs. n. 50 del 2016, non costituisce peraltro una regola inderogabile: la norma consente alla stazione appaltante di derogarvi per giustificati motivi, che devono essere puntualmente espressi nel bando o nella lettera di invito,

essendo il precetto della ripartizione in lotti funzionale alla tutela della concorrenza (es. Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2020, n. 973; 26 giugno 2017, n. 3110; sez. III, 21 marzo 2019, n. 1857);

- secondo la giurisprudenza di questo Consiglio (da ultimo, Cons. St., sez. VI, 02 gennaio 2020, n.25; Cons. St., sez. III, 13 novembre 2017, n. 5224) la scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico costituisce una decisione normalmente ancorata, nei limiti previsti dall'ordinamento, a valutazioni di carattere tecnico-economico; in tali ambiti, il concreto esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto; il potere medesimo resta delimitato, oltre che da specifiche norme del codice dei contratti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza;

- la scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico, deve dunque costituire una decisione che deve essere funzionalmente coerente con il complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto, da valutarsi nel quadro complessivo dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza (così da ultimo, Cons. St., sez. III, 4 marzo 2019, n. 1491); sicché non può ritenersi preclusa alla stazione appaltante la possibilità di suddividere l'appalto in lotti di importo elevato (Cons. St., sez. III, 26 settembre 2018 n. 5534) ove tale scelta risponda all'esigenza di tutelare l'interesse pubblico;

- secondo il costante orientamento della giurisprudenza la suddivisione in lotti è espressione di una valutazione discrezionale dell'amministrazione sindacabile in sede giurisdizionale sotto l'aspetto della ragionevolezza e proporzionalità e dell'adeguatezza dell'istruttoria (ex multis, cfr. Cons. St., sez. III n., 21 marzo 2019, n. 1857; Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2044); in ogni caso l'ampiezza del margine di valutazione attribuito all'amministrazione in questo ambito non è suscettibile di essere censurato in base a meri criteri di opportunità (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1138).

7.4. Applicando, dunque, i richiamati principi al caso che ci occupa deve, anzitutto, ribadirsi nel solco delle coordinate ivi tracciate, come la stazione appaltante abbia suddiviso l'intera commessa in due lotti per un importo totale a base d'asta di € 74.329.469,82200, IVA esclusa.

7.5. In particolare gli atti di gara prevedevano:

- il lotto n. 1, “kit procedurali chirurgici – set in TNT sterile ed ulteriori prodotti”, di importo stimato, IVA esclusa, pari a € 67.013.293,75. Inoltre, il Lotto n. 1 è articolato in 35 sub-lotti (ciascuno composto da un numero di prodotti in “kit”) ed ulteriori 78 prodotti di sfuso sterile (sub-lotti da 1.36 a 1.113).

- il lotto n. 2, “kit procedurali per colecisti laparoscopica e relativo strumentario”, di importo stimato, IVA esclusa, pari a € 7.316.176,08.

7.6. Deve soggiungersi che:

- per il lotto uno hanno partecipato quattro operatori, solo uno dei quali (in base a quanto evincibile dagli atti di causa), PH, ha lamentato la violazione del principio di concorrenza e non discriminazione;

- in ogni caso, la stessa PH ha potuto liberamente partecipare alla gara e formulare la propria offerta;

- la procedura di gara in esame è stata preceduta da apposita consultazione preliminare di mercato ex art. 66 D. Lgs. 50/2016 e non risultano documentati rilievi in quella sede sulle possibili criticità rispetto alla effettività dei valori di concorrenza in connessione con la possibile strutturazione della gara in lotti di significativo rilievo economico;

- giusta quanto si evince dal progetto redatto da Aria la definizione delle linee strategiche è stata effettuata a valle di un processo di analisi del mercato che ha toccato le seguenti fasi:

a) Analisi di benchmark

b) Analisi della domanda onde determinare, in un'ottica di individuazione delle possibili aree di efficientamento, le informazioni quali-quantitative che connotano il fabbisogno degli Enti individuati al fine di centralizzare ed

omogeneizzare i differenti prodotti e servizi forniti sul territorio lombardo dalle varie Aziende sanitarie;

c) Analisi dell'offerta finalizzata a comprendere il comportamento del mercato, che ha previsto n. 2 incontri: il primo, in data 13 giugno 2018, di presentazione complessiva dell'iniziativa in oggetto ed il secondo, in data 25 luglio 2018, nel quale sono state puntualmente analizzate le osservazioni pervenute dagli Operatori di Mercato.

d) Tavoli tecnici;

- non può essere trascurato il ruolo di soggetto aggregatore dell'azienda procedente e la necessità che gli Enti del SSN ricorrano a Consip o ad altri soggetti aggregatori per lo svolgimento delle procedure di gara ai sensi dell'art. 9, comma 3, D.L. n. 66 del 2014, conv. con mod. dalla L. n. 89 del 2014;

- la procedure di acquisto centralizzate sono state istituite, oltre che per evitare fenomeni corruttivi connessi e comportamenti opportunistici ed impropri delle singole stazioni appaltanti, principalmente allo scopo di sfruttare economie di scala e realizzare risparmi di spesa a favore di tutto il settore pubblico (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 4 febbraio 2016, n. 445).

7.6. Gli elementi suindicati sono confluiti in un'esplicita motivazione a sostegno della suindicata divisione in lotti nella formulazione riportata in via di sintesi a pagina 8 del progetto in argomento secondo cui *“Tale ripartizione in Lotti prende in considerazione i quantitativi di prodotti da fornirsi in relazione alle differenti procedure cliniche eseguite (chirurgia maggiore e minore, ernia, laparoscopia, etc), garantendo al contempo un adeguato livello di efficacia ed efficienza nell'esecuzione del servizio ed una sostanziale omogeneità nei servizi offerti a livello territoriale. La suddivisione in lotti si ritiene possa favorire la partecipazione in generale delle imprese ed in particolare le piccole e medie imprese a parità di garanzie di solidità e affidabilità delle medesime a favore dell'Amministrazione e efficienza di aggregazione. In tale ottica, si è scelto un requisito di capacità tecnica e professionale pari al 50% del valore della base d'asta del singolo Lotto nel triennio 2015-2017..”*

7.7. Questa motivazione, che risulta peraltro sviluppata a seguito di un'approfondita analisi istruttoria condotta a monte dalla stazione appaltante, appare conforme ai criteri suindicati in quanto traccia in maniera sufficientemente compiuta, ancorchè sintetica, le direttrici che hanno guidato le scelte dell'Amministrazione, contraddistinte, come sopra anticipato, da ampia discrezionalità.

E', infatti, di tutta evidenza come la stazione appaltante abbia preferito, anzitutto, accorpare prestazioni omogenee all'interno di un unico lotto in un'ottica di efficientamento, ragionevolmente dettata anche dal fatto che si tratta di prodotti e servizi *“standardizzati, costanti nel tempo e caratterizzati da una scarsa variabilità ed evoluzione tecnologica”*.

Al contempo, l'opzione per la scelta unificatrice, volta a favorire fenomeni di aggregazione della domanda, si dispiega evidentemente – quale diretta conseguenza della omogeneizzazione del contenuto della prestazione - in funzione dell'esigenza di conseguire condizioni economiche più favorevoli sul mercato e, dunque, del conseguimento di un risparmio di spesa.

Non è superfluo richiamare qui il contenuto precettivo del considerando 78 della già citata direttiva 2014/24/UE a mente del quale *“..L'entità e l'oggetto dei lotti dovrebbero essere determinati liberamente dall'amministrazione aggiudicatrice che, in conformità delle pertinenti norme sul calcolo del valore stimato dell'appalto, dovrebbe anche avere la facoltà di aggiudicare alcuni dei lotti senza applicare le procedure previste dalla presente direttiva. L'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe avere il dovere di esaminare se sia appropriato suddividere gli appalti in lotti mantenendo la facoltà di decidere autonomamente sulla base di qualsiasi motivo ritenga rilevante, senza essere soggetta a supervisione amministrativa o giudiziaria. Se l'amministrazione aggiudicatrice decide che non è appropriato suddividere l'appalto in lotti, la relazione individuale o i documenti di gara dovrebbero contenere un'indicazione dei principali motivi della scelta dell'amministrazione aggiudicatrice”*.

Orbene, gli obiettivi dichiarati si coniugano armonicamente con gli interessi pubblici perseguiti dall'Autorità procedente e risultano concretamente

plasmati all'interno di una necessaria visione di insieme che ha tenuto conto anche di concorrenti interessi ed esigenze antagoniste, quale giustappunto quella di evitare un eccessivo sbarramento nella contendibilità della commessa assicurando una proficua partecipazione alla gara degli operatori di settore.

Ed, invero, anche sul punto la motivazione spesa da Aria nemmeno può dirsi monca in quanto pone in comparazione gli obiettivi di efficacia ed efficienza con i valori della concorrenza, di cui dimostra di aver tenuto conto nel pur necessario giudizio di bilanciamento, definendo anche in funzione di essi l'assetto regolatorio recepito negli atti di gara.

Tanto è fatto palese – oltre che dalla enunciazione di principio sopra richiamata – dalla concreta previsione di misure volte ad ampliare la platea dei concorrenti mediante la prescrizione di “...un requisito di capacità tecnica e professionale pari al 50% del valore della base d'asta del singolo Lotto nel triennio 2015-2017..”.

D'altro canto, e sul piano concreto, deve qui ribadirsi che il divisato assetto organizzativo non ha arrecato nocimento alla ricorrente in primo grado che ha potuto legittimamente partecipare alla gara.

Oltretutto, alla stregua delle acquisizioni istruttorie, nemmeno può validamente sostenersi che l'appalto in questione crei le condizioni di mercato chiuso, in quanto la fornitura qui in rilievo, anzitutto, si riferisce solo alle strutture sanitarie ed ospedaliere pubbliche e, comunque, non ne determina la saturazione.

All'interno della descritta cornice di riferimento la diversa prospettazione privilegiata dal TAR secondo cui “*gli ambiti territoriali destinatari della fornitura – almeno 16 Aziende sanitarie dislocate in tutta la Regione – e la strutturazione del Lotto in 35 sub-lotti avrebbero certamente consentito, e anzi imposto, di articolare la gara in una pluralità di procedimenti di minore dimensione, rendendo possibile la partecipazione anche ad operatori più piccoli e aumentando le chance di aggiudicazione anche per i concorrenti che vi avrebbero preso parte*” involge profili di opportunità delle scelte compiute

dall'Amministrazione afferendo al merito delle valutazioni che resta, invece, insindacabile sul piano giurisdizionale.

8. Parimenti fondato si rivela il distinto motivo di gravame che impinge nella impropria sospensione del giudizio accordata dal TAR rispetto alle ulteriori censure originariamente affidate al ricorso 1737/2019 e non scrutinate in attesa del consolidamento della statuizione di accoglimento recepita nella decisione qui appellata.

Ritiene, invero, il Collegio che la scelta del giudice di sospendere la causa pregiudicata, oltre ad imprimere all'impianto argomentativo della decisione una grave incoerenza interna, sia in contrasto con le disposizioni che disciplinano i presupposti per la sospensione del processo

8.1. Se da un lato, infatti, può essere tenuto fermo il costante approdo della giurisprudenza amministrativa, per il quale la riunione dei ricorsi contemplata dall'art. 70 c.p.a. "rappresenta una facoltà rimessa alla discrezionalità del Collegio, il cui mancato esercizio, sebbene ne sussistano i presupposti, non può di per sé costituire vizio della pronuncia, essendo sindacabile soltanto per manifesta abnormità" (cfr. ex multis Cons. St. , sez. IV, 13 giugno 2019), la possibilità di sospendere il processo deve essere valutata alla luce delle disposizioni del codice di procedura civile per il rinvio espresso contenuto nell'art. 79, comma 1 c.p.a.

8.2. L'art. 295 c.p.c., rubricato sospensione necessaria del processo, prevede che il giudice disponga la sospensione quando egli stesso o altro giudice debba risolvere una controversia dalla cui definizione dipende la decisione della causa. Malgrado la formulazione della norma, che contempla anche l'ipotesi in cui "egli stesso" debba risolvere una controversia pregiudiziale, in questi casi è ammesso il ricorso alla sospensione soltanto quando il diverso stato in cui si trovano i due procedimenti ne precluda la riunione. Di regola, infatti, trova applicazione l'art. 274 c.p.c. Sebbene tale disposizione si esprima nel senso di riconoscere al giudice una mera facoltà di riunire più procedimenti relativi a cause connesse pendenti dinanzi a lui, sul versante

della sospensione per la ferma giurisprudenza di legittimità «nel caso in cui tra due procedimenti, pendenti dinanzi al medesimo ufficio o a sezioni diverse del medesimo ufficio esista un rapporto di identità o di connessione, il giudice del giudizio pregiudicato non può adottare un provvedimento di sospensione ex art. 295 c.p.c. ma deve rimettere gli atti al capo dell'ufficio, secondo le previsioni degli artt. 273 e 274 c.p.c., a meno che il diverso stato in cui si trovano i due procedimenti non ne precluda la riunione» (tra le molte, Cass. civ., VI, ord. n. 12441/2017; Cass. civ., VI, ord. n. 12741/2012).

8.3. Sono coerenti con tale ricostruzione la decisione del giudice amministrativo in cui si trova affermato che *«lo strumento di coordinamento tra giudizi legati da un nesso di pregiudizialità-dipendenza e pendenti dinanzi al medesimo ufficio giudiziario è costituito dalla riunione (e non dalla sospensione ex artt. 79 cod. proc. amm. e 295 cod. proc. civ.)»* e in cui conseguentemente si fa luogo all'abbinamento della trattazione della causa pregiudicata a quella pregiudiziale (Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2019, n. 4171).

Una tale opzione è conforme al principio di economia dei mezzi processuali ed a quello di ragionevole durata del processo. E di siffatto principio ha fatto inizialmente applicazione il giudice di prime cure, che ha giustappunto riunito i due procedimenti rubricati ai nn. 1737/2019 e 1839/2019, salvo poi, ed in modo evidentemente contraddittorio, a smentirsi immediatamente dopo, sospendendo il giudizio sul ricorso ex articolo 1737/2019 in attesa del passaggio in giudicato della sentenza che ha definito quello con numero 1839/2019, dando così rilievo ad un rapporto di pregiudizialità solamente in senso logico, non anche in senso tecnico-giuridico all'interno di un giudizio oltretutto divenuto unico. Quando, invece, tra le cause intercorre un'ipotesi di dipendenza per pregiudizialità logica non v'è il rischio di un conflitto di giudicati, dal momento che, ai sensi dell'art. 336 comma 2 c.p.c., la riforma o la cassazione della sentenza resa sulle questioni logicamente precedenti determina l'automatica caducazione della sentenza resa sulle questioni logicamente successive (Cass., Sez. Unite, ord. 26.7.2004 n. 14060; Cassazione

civile , sez. I , 15/05/2019 , n. 12999; Cons. St., sez. VI, 1 settembre 2017, n.4156).

Né è possibile giustificare la sospensione come un'opzione facoltativa di cui si è avvalso il Collegio, collocandosi la vicenda qui in rilievo al di fuori del paradigma operativo della distinta previsione di cui all'art. 337 c.p.c. ovvero della fattispecie di cui all'art. 279 comma IV c.p.c.. Le Sezioni Unite della Suprema Corte (cfr. sentenza n. 1670, 1/10/2003) hanno precisato non essere consentita la sospensione discrezionale del processo, spiegando che nel quadro della disciplina di cui all'art. c.p.c. - come novellato dalla L. 26 novembre 1990, n. 353 - non vi è più spazio per una discrezionale, e non sindacabile, facoltà di sospensione del processo, esercitabile dal giudice al di fuori dei casi tassativi di sospensione legale.

8.4. Nel proprio ordito argomentativo il TAR ha anche tracciato lo sviluppo cui avrebbe condotto – in assenza di sospensione – l'annullamento della determina di indizione della procedura selettiva espressamente sancendo l'incompatibilità di tale statuizione con l'utile coltivazione delle censure proposte da Medline International Italy S.r.l. unipersonale in sede di ricorso R.G. n. 1737/2019 e connessi motivi aggiunti, giacché rivolte queste ultime esclusivamente avverso le modalità di svolgimento della procedura di gara in vista di una sua rinnovazione solo parziale.

L'effetto perseguito attraverso l'improprio ricorso all'istituto della sospensione consiste, dunque, nello sforzo di precludere, del tutto irritualmente, la devoluzione al giudice d'appello dell'ulteriore segmento della controversia in caso di impugnazione.

Di contro, è di tutta evidenza che, a seguito della disposta riunione, il Collegio non avrebbe dovuto disporre la sospensione del giudizio R.G. 1737/2019 ma, a fronte dell'annullamento degli atti di gara in accoglimento del ricorso R.G. 1839/2019, avrebbe dovuto – come dallo stesso giudice fatto intendere - dichiarare l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse delle domande proposte con il ricorso introdotto da Medline.

8.5. Né l'irrituale opzione privilegiata dal giudice di prime cure può far da velo al naturale e corretto dispiegarsi dei meccanismi devolutivi dell'appello.

L'effetto coordinato dell'accoglimento dei motivi di appello nei termini suindicati comporta, dunque, la riespansione dell'ambito cognitivo di questo giudice anche in ragione della riproposizione da parte delle appellate, ai sensi dell'articolo 101 comma 2 c.p.a., dei motivi non scrutinati in prime cure.

9. Ritiene il Collegio di procedere nello scrutinio delle ulteriori doglianze compendiate nel ricorso 1839/2020 promosso da PH, secondo l'ordine tracciato dalla stessa appellata, anche in considerazione del fatto che tali motivi sono, almeno in parte, sovrapponibili (e segnatamente quelli di seguito valorizzati) a quelli dedotti dalla Medline nel ricorso 1737/2020.

Nella suddetta prospettiva, vanno passate in rassegna, anzitutto, le argomentazioni censoree che involgono le modalità di individuazione dei commissari di gara: secondo l'appellata tali modalità sarebbero, infatti, irrazionali e avrebbero determinato, per effetto di una sproporzione numerica di dipendenti provenienti dalla ASST Sette Laghi, un risultato irragionevole, non in linea con le esigenze di una piena garanzia di autonomia di giudizio e di multidisciplinarietà

9.1. Sul punto, vanno, anzitutto, disattese le eccezioni di irricevibilità sollevata dall'appellante, all'uopo richiamando un orientamento di recente espresso dalla Sezione (cfr. Cons. St. , sez. III, 6 novembre 2019, n. 7595) con il quale, rispetto a censure di analogo contenuto, si è ribadito che l'onere di impugnazione immediata delle clausole del bando deve ritenersi circoscritto a quelle impeditive della partecipazione alla gara o impositive di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati. Né il quadro di riferimento muta ove si voglia considerare l'atto di nomina della commissione in sé.

Ad avviso della Sezione il principio applicabile è, infatti, il medesimo stabilito dall'Adunanza Plenaria sul presupposto della mancata, concreta, lesività dell'atto impugnato rispetto al "bene della vita" protetto dalla situazione

giuridica di interesse legittimo. L'insegnamento della Plenaria ribadisce che il "bene della vita" è l'aggiudicazione (ossia la pretesa di stipulare con la PA) e non già quello all'astratta regolarità delle operazioni di gara, talché, quando si considera la "lesione" per verificarne la concretezza e l'attualità è a quel bene della vita che occorre guardare. In quest'ottica è pacifico che l'asserita illegittima composizione del seggio di gara diviene lesiva solo quanto l'aggiudicazione è pronunciata in favore di terzi.

9.2. Nel merito ritiene il Collegio che il procedimento di nomina, ancorché tortuoso quanto alla fase di formazione dell'elenco dei possibili Commissari, che ha visto la partecipazione della direzione Welfare della Regione Lombardia attingendo da un elenco di soggetti pur sempre riconducibile in ultima istanza ad Arca, non sembra di per sé riflettere significative anomalie di ordine formale e sostanziale, risultando la designazione, per sorteggio, coerente con le prescrizioni di cui all'articolo 19 del disciplinare e con l'articolo 77 del codice dei contratti anche quanto a competenza ed autonomia di giudizio, non essendo di per sé dirimente la circostanza della provenienza dei commissari medici dalla medesima ASST Sette Laghi ovvero da un medesimo Ospedale con comuni esperienze professionali ed identica specializzazione (chirurgia generale oncologica e mininvasiva).

Ed, invero, quanto alla competenza è sufficiente qui richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale la competenza della Commissione può ritenersi concretamente soddisfatta allorché due dei suoi tre componenti siano portatori di una specifica competenza nel settore in cui il singolo appalto si riferisce ed il terzo membro vanti comunque una competenza tecnica generale in materia di pubbliche gare" (cfr. ex plurimis Cons. St., sez. V, 25 giugno 2018 n. 3921); non è necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della Commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie

valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea (cfr. Cons. St., sez. III, 12 luglio 2018, n. 4283).

Né sussistono conclamate situazioni di incompatibilità e/o di conflitto di interesse, non essendo queste state allegate dalle parti appellate (Cons. St., sez. III, 26 ottobre 2018 n. 6082), non potendo evidentemente inferirsi tale assunto, con inaccettabile pretesa di automaticità, dal solo fatto, di per se stesso anodino, che presso l'Azienda di appartenenza dei commissari la fornitura in atto sia erogata dall'odierna aggiudicataria.

10. Di contro, ritiene il Collegio che siano fondate le censure che involgono l'attività e la metodica seguita dalla commissione esaminatrice nella valutazione qualitativa delle offerte tecniche segnatamente quanto allo svolgimento della prova sul campo.

10.1 Vale premettere che, a tal riguardo, l'art. 14.2.2 del disciplinare prescriveva quanto segue: *“al fine di riscontrare le caratteristiche essenziali e preferenziali qualitative dei prodotti offerti e l'idoneità all'uso, le prove del materiale verranno effettuate “Sul Campo”. Sarà richiesta la presenza di uno specialist di prodotto del concorrente, di comprovata esperienza in sala Operatoria e di adeguata qualificazione per l'assistenza tecnica del personale che effettuerà la prova “sul campo”, nelle date che dovranno essere concordate con le strutture ospedaliere presso le quali si svolgeranno le prove “sul campo”. Verrà richiesta la campionatura per le prove da effettuare sul campo, presso gli ospedali di appartenenza dei tecnici di commissione di quanto segue:*

- *Lotto 1.1. - Set chirurgia maggiore – nr. 5 set per ogni commissario/ struttura ospedaliera*
- *Lotto 1.4 - Set addomino-perineale retto – nr. 5 set per ogni commissario/ struttura ospedaliera*
- *Lotto 1.14 - Set parto cesareo – nr. 5 set per ogni commissario/ struttura ospedaliera*
- *Lotto 1.28 - Set protesi anca decubito laterale - nr. 5 set per ogni commissario/ struttura Ospedaliera;*
- *Materiale Sfuso Sterile: sublotti indicati in Allegato “L1_Campionatura Sfuso Sterile” - nr. di*

pezzi indicati in allegato per ogni commissario/ struttura ospedaliera”.

...omissis... Resta salva la facoltà della commissione giudicatrice di richiedere ogni eventuale campionatura addizionale, rispetto a quanto sopra dettagliato, in base alle necessità di valutazione”; evenienza ribadita anche in prosieguo all’uopo evidenziando che “La Commissione giudicatrice si riserva di chiedere ulteriore campionatura e/o delucidazioni ritenute necessarie per una puntuale valutazione tecnica dei prodotti offerti”.

Al contempo, nemmeno può essere trascurato il rilievo assegnato nell’economia della disciplina di gara a tale incombente istruttorio, dal momento che nell’apposita tabella dei criteri di valutazione confezionata all’articolo 17.1. del medesimo disciplinare buona parte di essi faceva esplicito e diretto riferimento alla prova pratica governando con tale metodica l’assegnazione di ben 59 punti su 70.

10.2. Pur tuttavia, dello svolgimento di tale adempimento – vieppiù con le modalità prescritte dal disciplinare – non vi è traccia negli atti di gara.

Solo *ex post*, a seguito del contenzioso nel frattempo incardinato dinanzi al giudice di prime cure, l’organo di valutazione, con una relazione esplicativa del 29.8.2019, avrebbe chiarito che con riferimento alla prova su campo non vi sarebbe alcun verbale in quanto le prove sarebbero state svolte in autonomia in sala operatoria dalla commissione di gara riunita.

Tanto premesso, e come rilevato concordemente dalle parti, il verbale n. 11 del 29.8.2019, predisposto in chiave di replica alle contestazioni mosse, non appartiene alla sequenza degli atti di gara in quanto posto in essere da un organo, la Commissione giudicatrice, pacificamente ‘venuto meno’ con l’approvazione dell’aggiudicazione definitiva.

Il suddetto atto non ha, dunque, alcuna valenza integrativa, modificativa e correttiva dei verbali confezionati nel corso della procedura di gara (cfr. Cons. St., sez. III, 24 settembre 2018, n.5495); ma costituisce, comunque, una traccia ricostruttiva di quanto avvenuto risultando versato in atti da Aria nel

giudizio di primo grado e da essa richiamato nella memoria depositata in giudizio.

10.3. Sul punto, ed in disparte il valore da assegnare al documento suindicato, deve rilevarsi che:

- nella seduta del 23 maggio 2019 (verbale n. 7 in cui non è richiamata la campionatura di PH) si è proceduto alla sola presentazione della campionatura, mentre nel successivo verbale (n. 8) del 28.6.2019 la commissione si è limitata ad attestare che “... *condivide e registra i giudizi come emersi dall’analisi della documentazione tecnica e della campionatura*”;

- le prove “sul campo”, ad onta della loro evidenziata rilevanza, sarebbero state effettuate in assoluta autonomia dalla commissione, prescindendo dunque dalla presenza dello *specialist* pur richiesta dal disciplinare;

- tali prove, sempre in base al documento sopra richiamato, sarebbero state svolte “...*sulla campionatura per cui non è stato richiesto il ritiro dei prodotti presentati e consegnati e dunque nello specifico sui Kit e camici*” e dunque con riferimento al “...*materiale nella misura in cui le è parso sufficiente per esprimere un giudizio di merito completo*”. Va, infatti, rammentato che, con nota prot. Arca.2019.0008882 del 28.5.2019, Arca invitata gli operatori a ritirare parte della campionatura presentata precisando, quanto al lotto 1, che:

a) con riferimento ai set: è necessario che rimangano presso la ASST n° 3 set per ogni subplotto consegnato, ad eccezione del set per parto cesareo per il quale possono essere ritirati tutti i campioni.

b) con riferimento al materiale sfuso: è necessario che rimangano presso la ASST esclusivamente i campioni relativi ai camici; il restante materiale deve essere ritirato.

- della suddetta attività non è stata effettuata una specifica verbalizzazione, rimanendo dunque tuttora oscuro “*dove*”, “*come*”, “*quando*”, “*chi*” abbia svolto tali prove, con quali modalità e se in presenza o meno di terze persone.

10.4. Orbene, va qui ribadita, come rilevato più volte dalla Sezione (cfr. da ultimo cfr. Cons. St., sez. III, 6 novembre 2019, n. 7595), la pacifica vigenza

del principio per il quale quando l'Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni (Cons. St., sez. V, 17 luglio 2017, n. 3502). L'autovincolo, com'è noto, costituisce un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che l'amministrazione pone a se medesima in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell'individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice l'ampia e impregiudicata discrezionalità, favorire *in executivis* l'utilizzo di criteri decisionali non imparziali. La garanzia dell'autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fondamentale finalizzata alla *par condicio*: conoscere in via anticipata i criteri valutativi e decisionali della commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti.

10.5. Né il Collegio ritiene di superare l'altro principio, che del primo costituisce corollario, per il quale la *lex specialis* deve essere interpretata in termini strettamente letterali, con la conseguenza che le regole in esso contenute vincolano rigidamente l'operato dell'amministrazione pubblica, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in ragione sia dei principi dell'affidamento che di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, che sarebbero pregiudicati ove si consentisse la modifica delle regole di gara cristallizzate nella *lex specialis* medesima (Cons. St., sez. IV, 19 febbraio 2019, n. 1148).

10.6. Deve, dunque, registrarsi come, in violazione del disciplinare, l'organo di valutazione abbia ritenuto di procedere con modalità diverse e cioè

escludendo la presenza dello *specialist* e limitando la prova sul campo a parte della campionatura.

Al contempo, tale diversa opzione dei lavori, a cagione della già rilevata assenza di una compiuta verbalizzazione, è rimasta priva di una plausibile giustificazione che ne consentisse di apprezzare in termini obiettivi le ragioni.

E ciò assume viepiù rilievo se si tiene conto del fatto che le prescrizioni capitolari qui disattese erano state evidentemente imposte dalla centralità e dalla delicatezza che la *lex specialis* assegnava a detta prova, come fatto palese dal rilievo ad essa riservato nel processo di determinazione dei punteggi per la qualità dell'offerta di guisa che, nell'impianto di gara, la presenza dello *specialist* appariva funzionale ad assicurare il necessario supporto affinché tale prova sul campo venisse correttamente ed accuratamente svolta; nella stessa direzione deponeva l'ampiezza del campione richiesto che la commissione avrebbe dovuto "provare", con esplicita previsione della possibilità di integrare tali produzione ma non di escluderne una parte dal relativo vaglio.

10.7. Le divise irregolarità nell'incedere dell'organo di valutazione afferiscono, inoltre, ad una fase che, nonostante la sua rilevanza e centralità, è rimasta inspiegabilmente del tutto priva di una compiuta verbalizzazione anche in relazione agli aspetti essenziali delle operazioni svolte.

10.8. Com'è noto, la verbalizzazione delle attività espletate da un organo amministrativo costituisce un atto necessario, in quanto reca la descrizione degli accadimenti constatati e consente la verifica della regolarità delle operazioni svolte. Ovviamente, non tutte le operazioni compiute ed i fatti accertati devono essere necessariamente documentati nel verbale, ma solo quelli che, secondo un criterio di ragionevolezza, assumono rilevanza proprio in relazione alle finalità cui l'attività di verbalizzazione è preposta.

L'importanza di tale attività certificativa è rimarcata dal regime di fidejussione che presidia la valenza dimostrativa dell'atto in questione (Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2019, n.7270).

La puntuale cura di tali adempimenti deve ritenersi vieppiù esigibile nella materia qui in rilievo essendo la disciplina di settore incentrata sugli indeclinabili principi di trasparenza e *par condicio* che, tra gli altri, si affiancano al canone generale di buon andamento che regge ogni azione amministrativa.

10.9. E' pur vero che secondo la giurisprudenza di settore il verbale di una procedura amministrativa - a differenza di quanto avviene, ad esempio, per l'atto pubblico notarile- non richiede in linea di principio di essere redatto a pena di invalidità con forme e menzioni particolari; di conseguenza chi contesta la legittimità degli atti della procedura stessa non può limitarsi a dedurre in proposito solo la mancata menzione a verbale della regolarità delle operazioni in ogni loro singolo passaggio, ma ha l'onere di provare in positivo le circostanze e gli elementi idonei a far presumere che una qualche irregolarità abbia avuto luogo con pregiudizio nei suoi confronti . In assenza di tale prova, si può desumere che le operazioni non descritte nel verbale si siano svolte secondo quanto le norme prevedono (cfr. Cons. St., sez. III, 17 agosto 2020, n. 5055; sez. VI, 7 maggio 2018, n. 2704; Cons. St., sez. VI, 2 febbraio 2018 n.677, Cons. St., sez. V, 19 agosto 2015, n. 3948; sez. III, 3 agosto 2015, n. 3803; sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1099).

11. Pur tuttavia, e giusta quanto già sopra anticipato, risultano qui conclamati i denunciati profili di distonia quanto ad organizzazione e modalità di svolgimento delle prove già in relazione a due profili significativi: presenza dello *specialist* e materiale da scrutinare.

Inoltre, l'assenza di qualsivoglia traccia nella verbalizzazione circa tempi, modalità, luoghi e presenze in ordine alle prove sul campo, per la sua ampiezza e rilevanza nell'economia dello specifico procedimento qui in rilievo, mina, in radice, l'attendibilità dei giudizi espressi dalla commissione di cui vengono riportate solo le risultanze, compromettendo irreversibilmente la trasparenza dell'azione valutativa svolta dal seggio di gara.

12. L'accoglimento della doglianza in commento comporta in ragione dei suoi effetti demolitori la caducazione della procedura di gara a partire dal

segmento istruttorio qui in rilievo; la stessa dovrà, pertanto, a partire da esso, essere rinnovata.

Tale statuizione ha inevitabili ricadute sul ricorso n. 1737 del 2019 che, pertanto, va dichiarato improcedibile.

Le spese del doppio grado di giudizio, in ragione della novità e della complessità delle questioni scrutinate, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma della sentenza appellata, tenuto conto dei motivi di censura riproposti ai sensi dell'articolo 101 comma 2 c.p.a., così provvede:

- annulla gli atti impugnati in primo grado nei sensi e limiti indicati in parte motiva;
- dichiara improcedibile il ricorso n. 1737 del 2019;
- compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Garofoli, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Umberto Maiello

IL PRESIDENTE
Roberto Garofoli

IL SEGRETARIO