Pubblicato il 25/10/2022

N. 00833/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00286/2022 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 286 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Icu Medical Europe S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Zoppellari e Gabriele Grande, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Mario Zoppellari in Bologna, via Vascelli 8;

contro

Intercent-Er, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Lolli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Regione Emilia Romagna, Regione Marche - Servizio Stazione Unica Appaltante Marche, Regione Marche, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Cair Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Lombardo ed Emanuela Pellicciotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensiva

- della Determinazione n. 114 dell'8.3.2022, con la quale Intercent-ER Agenzia Regionale per lo Sviluppo dei Mercati Elettronici ha disposto l'aggiudicazione del Lotto n. 14 della procedura aperta per la "fornitura di aghi, siringhe, aghi cannula e tappi per catetere 4" per la Regione Emilia - Romagna e Marche" in favore di Cair Italia S.r.l.;
- di tutti i verbali della procedura concorsuale de qua e segnatamente: (i) dei verbali delle sedute riservate tenute dalla Commissione giudicatrice, nella parte in cui è stata omessa la verbalizzazione delle modalità di svolgimento e degli esiti delle prove in uso sul territorio eseguite sulla campionatura prodotta in gara dalle ditte concorrenti limitatamente al Lotto n. 14, propedeutiche all'attribuzione del punteggio tecnico - qualitativo; (ii) del verbale della seduta riservata del 14.12.2021, nella parte in cui la Commissione giudicatrice ha effettuato la valutazione delle offerte tecniche presentate in gara dalla ricorrente e dalla controinteressata, con particolare riguardo ai criteri di valutazione costituiti dalla "trasparenza - grado di trasparenza che favorisce una buona visualizzazione del contenuto - max 10 punti" (Criterio n. 5) e dalla "caratteristiche della connessione - connessione al sistema affidabile e precisa - max 10 punti" (Criterio n. 1);
- della nota prot. n. PI092172-22 dell'1.4.2022, con la quale la Stazione appaltante ha manifestato il proprio diniego di autotutela, rigettando l'istanza formulata da ICU Medical Europe S.r.l. finalizzata ad ottenere l'annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudicazione del Lotto n. 14 della procedura aperta per la quale è causa e confermato le valutazioni espresse dalla Commissione giudicatrice;
- del Disciplinare di gara e segnatamente, sia dell'art. 15.1, rubricato "campionatura", nella parte in cui ha omesso di specificare la metodologia alla quale la Commissione giudicatrice avrebbe dovuto attenersi per lo svolgimento della "prova in uso sul territorio" dei dispositivi medici oggetto

di approvvigionamento nell'ambito del Lotto in contestazione, sia dell'art. 17.1, rubricato "criteri di valutazione dell'offerta tecnica", nella parte in cui la caratteristica tecnica premiale costituita dalla" caratteristiche della connessione - connessione al sistema affidabile e precisa - max 10 punti" dovesse essere interpretata nel senso di prevedere la valorizzazione della trasparenza del solo corpo o involucro esterno del connettore oggetto di acquisizione e non anche l'interno del condotto che consente il passaggio del fluido per tutta la lunghezza del dispositivo;

- dell'atto prot. n. IC.2021.23250 dell'8.1.2021 di nomina della Commissione giudicatrice;
- se e per quanto occorrer possa, della Determinazione Intercent-ER Agenzia Regionale per lo Sviluppo dei Mercati Elettronici n. 313 del 5.10.2018, non cognita, nella parte in cui prevede che "in caso di assenza o impedimento temporaneo del RUP le relative funzioni siano assunte dal Responsabile del Servizio nel cui ambito rientra lo svolgimento della procedura";
- di ogni altro atto e provvedimento presupposto, conseguente o connesso, anche non cognito;

e condanna delle Amministrazioni intimate al risarcimento del danno patito dalla società ricorrente.

Per quanto riguarda il ricorso per motivi aggiunti:

-di tutti gli atti già impugnati con il ricorso introduttivo e del doc. n. 12 depositato in giudizio.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Intercent-Er e di Cair Italia S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 ottobre 2022 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Espone l'odierna ricorrente di aver partecipato alla procedura aperta indetta da Intercent-Er per la fornitura quadriennale di connettori senza ago a pressione neutra per la Regione Emilia - Romagna e Marche mediante criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa ed importo a base d'asta di 3.345.658,00 euro.

L'art. 15.1 del Disciplinare di gara richiedeva ai concorrenti di produrre idonea campionatura dei dispositivi offerti, precisando che la "campionatura dei prodotti da aggiudicare con il criterio del miglior rapporto qualità - prezzo sarà sottoposta a valutazione da parte della commissione giudicatrice e verrà utilizzata per l'effettuazione di prove in uso sul territorio al fine dell'attribuzione del punteggio tecnico. Le prove verranno effettuate sui campioni che la commissione avrà giudicato conformi ai requisiti minimi previsti dal Capitolato tecnico"

Con determinazione n. 114 del 8 marzo 2022 è stata disposta l'aggiudicazione nei confronti di Cair Italia S.r.l. mentre la ricorrente si è classificata al secondo posto con uno scarto di soli 0,12 punti.

Con ricorso introduttivo la ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione unitamente ai verbali di gara, alla lex specialis, all'atto di nomina della Commissione e agli altri atti del procedimento in epigrafe indicati, deducendo articolati motivi così riassumibili:

I)Violazione di legge per violazione della lex specialis di gara ed in particolare di quanto previsto dall'art. 17.1 del Disciplinare di gara, rubricato "Criteri di valutazione dell'offerta tecnica", nella parte in cui sono state descritte le caratteristiche migliorative del Lotto n. 14. Violazione di legge per violazione dell'art. 95, d.lgs. n. 50 del 2016. Violazione di legge per violazione dei principi generali in materia concorsuale, come enunciati dall'art. 30, d.lgs. n. 50 del 2016, ed in particolare di quelli di economicità, di efficacia, di correttezza, di libera concorrenza, di non discriminazione e di trasparenza. Violazione di legge per violazione dell'art. 97 Cost. e del principio del giusto procedimento. Eccesso di potere per erronea valutazione dei fatti. Difetto di

istruttoria. Illogicità ed irragionevolezza. Contraddittorietà. Disparità di trattamento. Ingiustizia manifesta. Sviamento di potere: i punteggi assegnati dalla Commissione all'offerta tecnica sarebbero manifestamente errati quanto ai criteri "trasparenza - grado di trasparenza che favorisce una buona visualizzazione del contenuto - max 10 punti" (criterio n. 5) e "caratteristiche della connessione - connessione al sistema affidabile e precisa - max 10 punti" (criterio n. 1). In particolare in riferimento al criterio n. 5 i dispositivi offerti dalla ricorrente (di cui deposita foto) sarebbero più trasparenti di quelli della controinteressata si che il punteggio assegnato pari a 6 punti "adeguata"e pari a 10 "ottimo" per la controinteressata sarebbe del tutto illogico, dovendosi a suo dire prendere in considerazione oltre al grado di trasparenza della superfice esterna del dispositivo quale requisito di minima anche l'assenza di strutture interne colorate che possano ostacolare o persino impedire la visualizzazione, totale o parziale della linea del flusso di infusione o del flusso in fase di prelievo. In riferimento invece al criterio n.1 i punteggi assegnati dalla Commissione pari a 10 punti "ottimo" per la Cair e 6 punti "adeguato" per la ricorrente sarebbero parimenti errati quanto inattendibili, non essendo stata effettuata la verbalizzazione delle modalità di svolgimento e degli esiti delle prove pratiche condotte sulla campionatura presentata dalla ricorrente e dalla controinteressata.

II)Violazione di legge per violazione dell'art. 15.1 del Disciplinare di gara. Violazione di legge per violazione dei principi generali in materia concorsuale, come enunciati dall'art. 30, d.lgs. n. 50 del 2016, ed in particolare di quelli della par condicio e non discriminazione dei concorrenti, di trasparenza, di proporzionalità e di libera concorrenza. Violazione di legge per violazione dell'art. 97 Cost. e del principio del giusto procedimento. Eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza. Difetto di istruttoria. Travisamento dei fatti. Erronea valutazione dei fatti. Falso presupposto di fatto e di diritto. Ingiustizia manifesta: in via subordinata - quali censure idonee a caducare l'intera aggiudicazione - risulterebbe mancante nei citati verbali e in quelli

successivi il benché minimo resoconto dello svolgimento delle anzidette prove in uso, né tanto meno verrebbe chiarito quale sia stato il ruolo e l'effettivo apporto dei professionisti esterni che vi hanno preso parte, la metodologia impiegata per l'esecuzione della prova e gli esiti delle stesse, rendendo di fatto impossibile qualsiasi valutazione in merito alla correttezza ed affidabilità dei giudizi espressi dalla Commissione giudicatrice in sede di valutazione delle offerte tecniche.

III) Violazione di legge per violazione dell'art 77, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016. Violazione di legge per violazione dei principi generali in materia concorsuale, come enunciati dall'art. 30, d.lgs. n. 50 del 2016, ed in particolare di quelli di pubblicità trasparenza, non discriminazione e libera concorrenza. Violazione di legge per violazione dell'art. 97 Cost. e del principio del giusto procedimento. Eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza. Sviamento di potere. Ingiustizia manifesta: in ulteriore subordine sarebbe illegittima la nomina della Commissione stante il coacervo di funzioni rivestite dal Responsabile del Servizio dott.ssa B. Cevenini avendo al contempo ella ricoperto il ruolo di Presidente della Commissione e di RUP, approvato la lex specialis e nominato la Commissione stessa.

Si è costituita Intercent-Er eccependo l'infondatezza di tutti i motivi "ex adverso "dedotti, poiché quanto all'asserita mancata verbalizzazione le verifiche sono state fatte da un commissario delegato a compiere tale attività istruttoria come è consentito secondo una disposizione non impugnata del capitolato secondo cui "La campionatura dei prodotti da aggiudicare con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo sarà sottoposta a valutazione da parte della commissione giudicatrice e verrà utilizzata per l'effettuazione di prove in uso sul territorio al fine dell'attribuzione del punteggio tecnico" (pag. 34 disciplinare)..

Si è costituita anche Cair Italia s.r.l. eccependo l'infondatezza sia delle doglianze dedotte in via principale dirette alla tutela dell'interesse sostanziale

all'aggiudicazione della gara che a quelle in via subordinata dell'interesse strumentale alla ripetizione dell'intera gara.

Alla camera di consiglio del 11 maggio 2022 la domanda incidentale cautelare con ordinanza n. 259/2022 è stata respinta per carenza del "periculum in mora".

Con ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha proposto nuove doglianze emergenti dalla visione del documento n. 12 (depositato in giudizio dalla stazione appaltante) contenente le "schede di valutazione a seguito della prova in uso" redatte da un componente della Commissione giudicatrice non allegato, né ai verbali di gara, né alla determinazione di aggiudicazione, né rilasciato alla ricorrente in sede di accesso agli atti di gara.

Con tale ulteriore impugnativa ha proposto doglianze in via derivata rispetto a quanto dedotto con il ricorso introduttivo, lamentando in subordine anche la mancata verbalizzazione della data di effettuazione delle prove e delle relative modalità. In ulteriore subordine ha dedotto la violazione del principio di collegialità da parte della Commissione in quanto i giudizi di quest'ultima sarebbero coincidenti con quelli effettuati dal membro delegato.

In prossimità della trattazione del merito le parti hanno depositato memorie e documentazione.

La difesa di Intercent-Er ha eccepito l'inammissibilità di parte dei motivi diretti alla caducazione dell'intera gara per mancata impugnazione del disciplinare, altresì rappresentando l'intervenuta stipulazione della convenzione quadro.

La ricorrente ha depositato perizie tecniche e documentazione fotografica a sostegno della fondatezza del primo motivo del ricorso introduttivo, chiedendo disporsi all'uopo verificazione ex art. 66 c.p.a. in considerazione dei profili strettamente tecnici connessi alla valutazione dei dispositivi offerti in gara.

Cair Italia s.r.l., di contro, ha sollevato varie eccezioni in rito anche in riferimento al ricorso per motivi aggiunti evidenziando nel merito quanto al

criterio valutativo n. 5 la minor trasparenza del dispositivo offerto dalla ricorrente, di coloro grigiastro, e quanto al criterio n. 1 la superiorità del proprio dispositivo dotato di un sistema brevettato di bloccaggio diversamente da quello della ricorrente con connessione a pressione.

La difesa della controinteressata con memoria di replica ha ulteriormente eccepito la tardività della domanda di risarcimento in forma specifica a suo dire proposta solo con memoria non notificata e non con il ricorso introduttivo; ha inoltre contestato la documentazione fotografica depositata dalla ricorrente.

Ha replicato parte ricorrente che qualora si volesse aderire per ipotesi alla tesi prospettata da Intercent-Er, secondo la quale "nel collettore della ricorrente la parte con la vite centrale non consente di vedere il liquido", analoga considerazione varrebbe parimenti per il connettore offerto dalla controinteressata, anch'esso caratterizzato da una vite centrale che impedisce la visualizzazione del flusso, con la conseguenza che la visibilità del liquido all'interno del condotto del dispositivo di Cair risulterebbe impedita per circa il 50% della lunghezza del condotto medesimo (25,5% per il tappo arancione + ulteriore 25% per la vite centrale), rendendo ancor più grave ed evidente l'illogicità e l'irragionevolezza della valutazione svolta dalla Commissione giudicatrice sul punto. Ha precisato inoltre di non contestare il compimento di operazioni da parte di un terzo esterno alla commissione quanto la mancata verbalizzazione di detta attività.

Intercenter-Er, di contro, con memoria di replica ha insistito per l'inammissibilità delle doglianze inerenti la mancata verbalizzazione; le prove in uso - che secondo la lex specialis sono meramente facoltative - rappresenterebbero solo un elemento istruttorio, senza influire sulle valutazioni che sono verificabili anche "ictu oculi" (trasparenza e precisione della connessione).

Alla pubblica udienza del 12 ottobre 2022, uditi i difensori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.-E' materia del contendere la legittimità dell'aggiudicazione disposta da Intercent-Er in favore di Cair Italia s.r.l. della fornitura quadriennale di connettori senza ago a pressione neutra per la Regione Emilia - Romagna e Marche con importo a base d'asta di 3.345.658,00 euro.

La ricorrente Icu Medical Europe s.r.l. , seconda classificata con uno scarto di soli 0,12 punti, lamenta in via principale doglianze riguardanti l'attribuzione del punteggio alle offerte tecniche e dirette alla tutela del proprio interesse al subentro nell'aggiudicazione ed in via subordinata dirette alla caducazione e ripetizione dell'intera gara ovvero alla tutela dell'interesse di tipo strumentale.

2.- Preliminarmente può prescindersi per ragioni di economia processuale dall'esame delle articolate eccezioni in rito sollevate dalla stazione appaltante e dalla controinteressata, risultando il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti infondati.

3.- Quanto al primo motivo, dai verbali di gara emerge che la Commissione ha valutato i dispositivi offerti dai concorrenti anche alla luce della documentazione tecnica fornita in sede di gara. Le parti hanno poi tutte depositato ampia documentazione fotografica comparativa relativa ai due dispositivi offerti in gara dalla ricorrente e dalla controinteressata.

4.- Al di là delle eccepite reciproche contestazioni in merito alla fedeltà di tale documentazione ritiene il Collegio che tutte le fotografie depositate possano fornire utili elementi valutativi nel presente giudizio, pur rimanendo centrale la documentazione medico scientifica prodotta dai partecipanti in sede di gara unitamente all'istruttoria effettuata dalla Commissione (sulla base dei verbali) non potendo l'adito Tribunale effettuare un sindacato di tipo sostitutorio.

5.- Occorre premettere che i connettori senza ago oggetto della gara per cui è causa sono dispositivi medici utilizzati nella gestione dei cateteri vascolari in quanto funzionali alla prevenzione delle infezioni ematiche catetere correlate e delle lesioni accidentali provocate da ago. Tali dispositivi debbono dunque garantire secondo la stessa ricorrente (pag. 9 del ricorso introduttivo)

all'operatore sanitario una corretta e completa visualizzazione del contenuto interno del dispositivo e segnatamente della linea di passaggio del flusso della soluzione oggetto di infusione o di prelievo per evitare che a seguito della disconnessione delle linee o delle siringhe possano permanere dei residui ematici e/o di altro materiale biologico e/o di fluidi di vario genere, in grado di ostruire il catetere o il connettore stesso, compromettendo l'efficacia della seduta terapeutica e la salute del paziente.

In particolare il connettore della ricorrente denominato "MicroClave Clear Connector" presenta all'evidenza una parte molto più estesa zigrinata di colore grigiastro in cui non si vede bene il liquido.

Il connettore offerto da Cair denominato "Neutraclear" presenta a sua volta una parte in plastica colorata (rosso) caratterizzata anch'essa da scarsa visibilità ma di estensione minore rispetto alla parte zigrinata del dispositivo della Icu Medical.

Segnatamente la parte del dispositivo offerto dalla ricorrente con la vite centrale che non consente di vedere il liquido è pari al 28 % mentre la parte in rosso del connettore dell'aggiudicataria non ben visibile è pari al 25,5 %.

Ad avviso della ricorrente, in buona sintesi, il connettore dell'aggiudicatario sarebbe si più trasparente, ma tale profilo atterrebbe solo alla superficie esterna e non alla visibilità; sarebbe stato cioè valorizzato quale elemento premiale il livello di trasparenza della superficie esterna del connettore offerto da ICU fissato quale requisito tecnico di minima del dispositivo oggetto di acquisizione, anziché il livello di trasparenza del quale è dotato il dispositivo in parola, per consentire la sua buona visualizzazione della struttura interna; in altri termini, sarebbe vero che la superficie esterna del connettore dell'aggiudicatario è più trasparente, ma il liquido interno si vedrebbe meglio nel connettore della ricorrente.

Non ritiene il Collegio di poter condividere tale assunto.

Al di là delle considerazioni contenute nelle perizie depositate in giudizio un connettore meno trasparente, come è il connettore della ricorrente, rende

meno visibile il liquido interno, circostanza fattuale evidente che non può essere superata da perizie né rende necessaria la richiesta verificazione.

E'invece dirimente come ben argomentato dalla stazione appaltante rilevare che nell'ambito del criterio n. 5 il punteggio da assegnare, secondo una interpretazione logico funzionale della legge di gara , riguarda non già la trasparenza del corpo bensì la visibilità del liquido.

Inoltre anche sotto un profilo strettamente quantitativo la parte del dispositivo offerto dalla ricorrente con la vite centrale che non consente di vedere il liquido è pari al 28 % mentre la parte in rosso del connettore dell'aggiudicataria non ben visibile è pari al 25,5 %.

Giova evidenziare che in analogo contenzioso tra le Icu Medical Europe s.r.l. e Cair Italia il dispositivo offerto da quest'ultima è stato ritenuto "completamente trasparente perché permette la visione all'interno" (T.A.R. Toscana sez. III, 29 dicembre 2021, n. 1709).

Ne consegue che il punteggio assegnato dalla Commissione non presenta profili di manifesta illogicità, tenuto conto che per giurisprudenza pacifica la valutazione delle offerte e l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciutale, sicché, fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica e fermo l'obbligo di idoneo supporto giustificativo, di norma devono ritenersi inammissibili le censure che impingono il merito di valutazioni per loro natura opinabili, perché sollecitano il g.a. ad esercitare un sindacato sostitutorio, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall' art. 134 c.p.a.. (*ex multis* T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 5 aprile 2022, n. 3939; cfr. Consiglio di Stato sez. V, 3 giugno 2021, n. 4224).

5.1.- Quanto all'altro criterio di valutazione delle offerte (n. 1) è pacifico che il connettore offerto dalla controinteressata funziona tramite avvitamento (c.d. connessione luer lock) con un quarto di giro mediante sistema brevettato mentre il connettore dell'aggiudicataria con attrito ovvero a pressione.

Ad avviso della ricorrente le prove di laboratorio avrebbero dimostrato una maggiore difficoltà di disconnessione della siringa dal dispositivo ma secondo la lex specialis, sul punto inoppugnata, è agevole notare che il criterio in questione riguarda la connessione e non già la disconnessione.

Trattandosi di dispositivo da utilizzare su ago nelle vene del paziente il giudizio espresso dalla Commissione, peraltro effettuato previa istruttoria in ambito clinico, appare non manifestamente illogico, tenuto conto dei richiamati principi in tema di sindacato giurisdizionale del g.a. sulle valutazioni discrezionali tecniche.

5.2. - Il primo motivo non merita dunque adesione.

6. - Parimenti infondate sono le pur argomentate lagnanze riguardanti la mancata verbalizzazione delle prove in uso le quali, secondo la prospettazione della ricorrente, determinerebbero l'invalidità di tutto il segmento di valutazione delle offerte tecniche. A suo avviso le prove in uso quale segmento della fase istruttoria della gara necessitano indefettibilmente per ragioni di pubblicità e trasparenza di adeguata verbalizzazione, richiamando sul punto giurisprudenza amministrativa di primo grado.

Secondo l'art. 15.1 del Disciplinare "La campionatura dei prodotti da aggiudicare con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo sarà sottoposta a valutazione da parte della commissione giudicatrice e verrà utilizzata per l'effettuazione di prove in uso sul territorio al fine dell'attribuzione del punteggio tecnico".

Dette prove, come documentato in giudizio e pacifico tra le parti, sono state effettuate da un membro della Commissione accertando le caratteristiche dei prodotti in prove su pazienti.

Ad avviso della ricorrente anche tali prove al pari dell'attività svolta collegialmente dalla Commissione avrebbero dovuto essere appunto verbalizzate e assunte dal "plenum" alla presenza di tutti i componenti.

Non ritiene il Collegio anche in questo caso di poter apprezzare tale argomentazione.

Le prove in uso in questione hanno rappresentato nulla più che un incombente istruttorio, e sono state adeguatamente documentate mediante schede e valutate dalla Commissione, a nulla rilevando la mancata vera e propria verbalizzazione, trattandosi di attività non valutativa priva di rilevanza esterna.

Non vi è d'altronde alcuna prova della mancata valutazione autonoma da parte della Commissione lamentata con i motivi aggiunti, smentita dal verbale delle operazioni compiute dall'organo valutativo mentre è come noto pacifico che il principio della necessaria collegialità dell'operato della Commissione quale collegio perfetto è circoscritto alla sola attività valutativa e non già a quella preparatoria, istruttoria e strumentale (*ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 11 ottobre 2021, n. 6782; id. sez. V, 6 luglio 2018, n. 4143).

7.- Parimenti infondate infine sono le doglianze di cui al terzo motivo, proposte in via subordinata, dirette alla caducazione dell'intera gara.

Lamenta la ricorrente l'incompatibilità ex art. 77 c. 4, d.lgs. 50/2016 (come modificato dal d.lgs. 56/2017) del Presidente della Commissione per il cumulo con le funzioni di RUP, di approvazione della lex specialis e di nomina del seggio di gara stesso.

Ai sensi del citato art. 77 nel testo attualmente in vigore "I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura."

Non può ignorarsi che la norma nel testo originario ovvero prima dell'entrata in vigore delle modifiche apportate dal decreto correttivo, appariva stabilire una secca incompatibilità tra le funzioni di membro della Commissione e altre funzioni svolte nell'ambito della gara (*ex multis* T.A.R. Emilia -Romagna Bologna, sez. II, 25 gennaio 2018, n. 87; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 29 giugno 2017, n. 1074 secondo cui sarebbe necessaria la c.d. "virgin mind").

La giurisprudenza è ormai però oggi consolidata nel senso di escludere una incompatibilità automatica per il cumulo delle funzioni, per essere, invece, indispensabile procedere ad una valutazione caso per caso che tenga conto dell'esistenza di una qualche comprovata ragione di interferenza o condizionamento, con la necessaria precisazione per la quale né l'una, né l'altra, può desumersi dal fatto che lo stesso soggetto abbia svolto funzioni nelle fasi della predisposizione della legge di gara e della sua concreta applicazione, ribaltandosi altrimenti il rapporto tra principio generale ed eccezione, in quanto spettanti al RUP normalmente gli atti della procedura (in tal senso Consiglio di Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6082, secondo cui l'aggiunta apportata all'art. 77 c. 4 del codice dei contratti pubblici ("La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura") costituisce null'altro che il recepimento legislativo di un orientamento formatosi già nella vigenza del precedente codice (Consiglio di Stato, sez. V, 27 luglio 2019, n. 5308; Id. 14 gennaio 2019, n. 283).

7.1.- Va pertanto confermato il principio per cui il ruolo di RUP è di regola compatibile in astratto con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice, dovendo l'eventuale incompatibilità accertarsi in concreto, con onere a carico di chi la contesta, allegando elementi concreti, sintomatici di un'interferenza tra le funzioni assegnate al RUP e quelle della Commissione di gara, tali da compromettere l'imparziale svolgimento dell'incarico di membro della commissione da parte della stessa persona che ha assunto le funzioni di RUP (*ex multis*, T.A.R. Veneto, sez. I, 7 luglio 2017, n. 660; Consiglio di Stato, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565).

7.2.- Ciò premesso non possono apprezzarsi gli elementi addotti dalla ricorrente a comprova dell'asserita interferenza del Dirigente/RUP sull'attività della commissione.

La rettifica apportata al bando (rideterminazione della base d'asta e proroga termine presentazione offerte) è infatti risultata del tutto vincolata ed

irrilevante, risultando la base d'asta affetta da errore materiale.

Anche quanto alla nomina dei commissari nessun ruolo significativo è stato svolto dalla dott.ssa Cevenini considerando la dimostrata procedimentalizzazione della scelta dei membri in base all'accordo di programma tra Intercent-Er e la Regione approvato con d.G.R. n. 744/2018 depositato in giudizio.

Ancora l'approvazione dei verbali di gara non appare sintomatica dell'ipotizzato condizionamento avendo con essa il Dirigente svolto una verifica di mera legittimità (*ex multis* T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 26 ottobre 2002, n. 4674) senza spendita di alcun potere discrezionale, come nell'ipotesi di cui all'art. 81 c. 3, c.p.a. (T.A.R. Puglia Lecce, sez. I, 13 febbraio 2015, n. 579).

In definitiva non ritiene il Collegio comprovata in concreto l'effettiva incidenza sull'imparzialità dell'attività svolta dalla Commissione.

8.- Alla stregua delle suesposte argomentazioni il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti sono infondati e vanno respinti.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite in considerazione della complessità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia – Romagna Bologna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo, come in epigrafe proposto ed integrato da motivi aggiunti, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 12 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Andrea Migliozzi, Presidente

Maria Ada Russo, Consigliere

Paolo Amovilli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Paolo Amovilli

IL PRESIDENTE
Andrea Migliozzi

IL SEGRETARIO