

SENTENZA

T.A.R. Lombardia sez. I - Milano, 12/10/2020, n. 1881

Intestazione

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1699 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Mascetti, Saverio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Mascetti in Milano, Piazzale Cadorna n. 2;

contro

Azienda regionale per l'innovazione e gli acquisti - Aria S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Claudia Sala, Stefano Marras, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Azienda Regionale Centrale Acquisti - Arca S.p.A. non costituito in giudizio;

nei confronti

- OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Valentino Vulpetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Marco Napoli in Milano, corso Venezia 10;

per l'annullamento

1) Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della determina prot. n. 17505/2017, di indizione della procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. n. 50/2016, per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali (ARCA2017006), come successivamente rettificata con successive determine n. 1074 del 17 gennaio 2018, n. 3294 del 23 febbraio 2018 e n. 4502 del 26 marzo 2018, con la quale è stata approvata la documentazione di gara;

- di tutti gli atti di gara ed in particolare del Bando, del Disciplinare di Gara, del Capitolato tecnico, della modulistica complementare, dello Schema di Contratto, dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante ed in particolare dei chiarimenti aggiornati il 25 maggio 2018;

- di tutti i verbali di gara;

- della determina prot. n. 11975 del 13.09.2018, recante "nomina componenti commissione giudicatrice";

- limitatamente al Lotto n. 4, della determinazione n. 11142 del 24 giugno 2019 a firma del RUP, recante "proposta di aggiudicazione definitiva";

- limitatamente al Lotto n. 4, della nota prot. n. 11159/2019, recante comunicazione di aggiudicazione ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. a) D.Lgs. 50/2016 e della nota prot. n. 531 del 24 giugno 2019, a firma del Direttore Generale, recante aggiudicazione definitiva, con la quale il Lotto n. 4 è stato aggiudicato a -OMISSIS-;

- ove occorrer possa, delle note ARIA prot. nn. 1403 del 11.07.2019, 1415 del 12.07.2019 e 1793 del 15.07.2019, di riscontro alla nota -OMISSIS- acquisita con Prot. UGR/19/752/AD/mf del 17.06.2019;

- di ogni atto presupposto, consequenziale o comunque connesso, ancorché non noto;

nonché per la declaratoria di inefficacia

- dei contratti medio tempore conclusi anche mediante l'emissione di Ordinativi di Fornitura da parte degli Enti del Servizio Sanitario Regionale;

e per la condanna

- della stazione appaltante al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi.

2) Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da -OMISSIS-:

- della determina prot. n. 17505/2017, di indizione della procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. n. 50/2016, per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali (ARCA2017006), come successivamente rettificata con successive determine n. 1074 del 17 gennaio 2018, n. 3294 del 23 febbraio 2018 e n. 4502 del 26 marzo 2018, con la quale è stata approvata la documentazione di gara;

- di tutti gli atti di gara ed in particolare del Bando, del Disciplinare di Gara, del Capitolato tecnico, della modulistica complementare, dello Schema di Contratto, dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante ed in particolare dei chiarimenti aggiornati il 25 maggio 2018;

- di tutti i verbali di gara;

- della determina prot. n. 11975 del 13.09.2018, recante "nomina componenti commissione giudicatrice";

- limitatamente al Lotto n. 4, della determinazione n. 11142 del 24 giugno 2019 a firma del RUP, recante "proposta di aggiudicazione definitiva";

- limitatamente al Lotto n. 4, della nota prot. n. 11159/2019, recante comunicazione di aggiudicazione ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. a) D.Lgs. 50/2016 e della nota prot. n. 531 del 24 giugno 2019, a firma del Direttore Generale, recante aggiudicazione definitiva, con la quale il Lotto n. 4 è stato aggiudicato a -OMISSIS-;

- ove occorrer possa, delle note ARIA prot. nn. 1403 del 11.07.2019, 1415 del 12.07.2019 e 1793 del 15.07.2019, di riscontro alla nota -OMISSIS- acquisita con Prot. UGR/19/752/AD/mf del 17.06.2019;

- di ogni atto presupposto, consequenziale o comunque connesso, ancorché non noto;

nonché per la declaratoria di inefficacia

- dei contratti medio tempore conclusi anche mediante l'emissione di Ordinativi di Fornitura da parte degli Enti del Servizio Sanitario Regionale;

e per la condanna

- della stazione appaltante al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi.

3) Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da -OMISSIS-:

a) di ogni atto e/o verbale con cui la stazione appaltante e/o il seggio di gara e/o la Commissione di gara hanno ammesso alla gara la ricorrente principale -OMISSIS-, valutandone l'offerta ai fini

dell'aggiudicazione del lotto n. 4;

b) nonché in particolare, per quanto occorre, e nei limiti dell'interesse:

- dei verbali di gara nella parte in cui si prevede e si dispone l'ammissione alla gara di -OMISSIS- e si colloca la stessa nella graduatoria finale per il lotto 4, previa attribuzione del punteggio all'offerta da essa presentata;

- della Determinazione del 11.7.2018, recante l'elenco degli operatori economici ammessi alla gara, nella parte in cui include tra gli ammessi alla gara -OMISSIS-;

- del provvedimento di aggiudicazione del 24.6.2019 in parte qua e di ogni altro provvedimento con cui viene approvata la graduatoria finale, nella parte in cui includono -OMISSIS- nella graduatoria del lotto 4;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché di data e tenore sconosciuto, che possa comportare l'ammissione di -OMISSIS- alla gara e/o al lotto 4 o ledere in qualsiasi modo gli interessi della odierna ricorrente incidentale.

4) Per quanto riguarda il ricorso per motivi aggiunti proposto da -OMISSIS-:

- degli atti già impugnati con il ricorso incidentale;

- del Verbale n. 33 del 4 marzo 2020 (doc. 36), depositato da Aria nei giudizi Rg. 1697-1698-1699-1705/2019 in data 20 aprile 2020 nella parte in cui, ai fini della verifica dei requisiti di cui all'art. 80 co. 5[^] del d.lgs. 50/2016, la Stazione Appaltante ha esaminato le vicende segnalate a carico di -OMISSIS-, concludendo per l'inidoneità delle stesse a incidere sull'integrità e sull'affidabilità della predetta Società, nonché di ogni atto e/o verbale - ancorché allo stato sconosciuti - con cui la Stazione Appaltante e/o il Seggio di gara e/o la Commissione di gara hanno confermato e/o integrato l'ammissione alla gara per il lotto 4 della ricorrente principale -OMISSIS-;

- della nota Aria prot. IA. 2019.0018574 del 4.12.2019 - allo stato di tenore sconosciuto - nonché ogni altro atto e/o provvedimento e/o verbale e relativi allegati adottati dalla Stazione Appaltante con riferimento al sub-procedimento;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché di data e tenore sconosciuto, che possa comportare l'ammissione di -OMISSIS- alla gara e/o al lotto 4 o ledere in qualsiasi modo gli interessi della odierna ricorrente incidentale.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Regionale per L'Innovazione e Gli Acquisti - Aria S.p.A. e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 settembre 2020 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

- OMISSIS-, con il ricorso principale e il successivo ricorso per motivi aggiunti, impugna l'aggiudicazione e gli atti indittivi relativi alla gara indicata in epigrafe e ne chiede l'annullamento, limitatamente al lotto n. 4.

Contestualmente, chiede che venga dichiarato inefficace il contratto medio tempore stipulato dalla stazione appaltante ed il subentro nella gestione dell'appalto, oltre al risarcimento del danno.

Si costituisce in giudizio -OMISSIS-, che propone ricorso incidentale integrato da un ricorso per motivi aggiunti, tesi a contestare l'ammissione alla gara di -OMISSIS-, nonché il verbale della stazione appaltante del 4 marzo 2020 n. 33.

Si costituisce in giudizio l'Azienda regionale per l'innovazione e gli acquisti - Aria S.p.A., già Azienda regionale centrale acquisti - Arca S.p.A., che eccepisce l'infondatezza tanto delle impugnazioni principali, quanto di quelle incidentali e ne chiede il rigetto.

Con ordinanza n. 1301/2019, depositata in data 10 ottobre 2019, il Tribunale ha accolto le domande cautelari proposte sia dalla ricorrente principale, sia dalla ricorrente incidentale -OMISSIS- e, di conseguenza, ha sospeso il bando di gara e il disciplinare di gara, nonché il provvedimento di ammissione di -OMISSIS-.

Con ordinanza n. 5851/2019, depositata in data 22 novembre 2019, il Consiglio di Stato ha accolto l'appello cautelare.

Le parti producono memorie e documenti.

All'udienza del 23 settembre 2020, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Dalle allegazioni delle parti e dalla documentazione prodotta in giudizio emerge che

- con apposito bando l'Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti s.p.a. - Aria, già Arca s.p.a. - indiceva una procedura aperta per l'affidamento del "servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali" per cinque anni, da prestarsi in favore delle Aziende Sanitarie e Ospedaliere operanti nel territorio della Regione Lombardia;

- la gara, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, era articolata in nove lotti, distinti per territorio di riferimento; in particolare, nel lotto n. 4 ricadevano l'ASST Mantova e l'ASST Bergamo Ovest, mentre l'importo a base di gara era fissato, per tale lotto, in euro 24.996.732,88;

- il disciplinare di gara, all'art. 5.2, prevedeva che "ciascun operatore economico, nel rispetto della forma di partecipazione con cui concorre alla procedura, non potrà risultare aggiudicatario per più di 4 lotti della procedura stessa e l'ordine dei lotti per i quali potrà risultare aggiudicatario sarà definito sulla base del valore decrescente stimato per ciascuno dei lotti della procedura";

- alla gara venivano ammessi i seguenti operatori: 1) RTI -OMISSIS- e -OMISSIS-; 2) RTI -OMISSIS- e -OMISSIS-; 3) -OMISSIS- 4) -OMISSIS-; 5) -OMISSIS-; 6) RTI -OMISSIS-; 7) RTI -OMISSIS- e -OMISSIS-;

- all'esito delle operazioni di gara, i lotti venivano aggiudicati come segue: 1) Lotto 1 RTI -OMISSIS-; 2) Lotto 2 RTI -OMISSIS---OMISSIS-; 3) Lotto 3 RTI -OMISSIS-; 4) Lotto 4 -OMISSIS-; 5) Lotto 5 RTI -OMISSIS-; 6) Lotto 6 RTI -OMISSIS---OMISSIS-; 7) Lotto 7 RTI -OMISSIS-; 8) Lotto 8 RTI -OMISSIS-; 9) Lotto 9 RTI -OMISSIS-;

- vale precisare che -OMISSIS- si collocava al terzo posto nei Lotti n. 1, 2, 3, 6 e 7, al quarto posto nel Lotto n. 9, al secondo nei Lotti 4 (cui si riferiscono le impugnazioni in esame), 5 e 8;

- a seguito della comunicazione di aggiudicazione, la concorrente -OMISSIS- impugnava con più ricorsi l'aggiudicazione dei vari lotti, con la precisazione che il ricorso in esame riguarda solo il Lotto 4;

- quindi, Aria, in data 9.9.2019, adottava in autotutela la determinazione n. 125/2019 recante l'annullamento dell'aggiudicazione dei lotti 7, 8 e 9;

- in data 4 dicembre 2019 Aria, di propria iniziativa, chiedeva chiarimenti ad -OMISSIS- in ordine agli episodi denunciati dalla ricorrente incidentale come cause di esclusione non rilevate dall'amministrazione, ottenendo riscontro in data 13 dicembre 2019;

- con verbale n. 33 del 4 marzo 2020, la Commissione giudicatrice riteneva che le omissioni riferite ad -OMISSIS- non fossero tali da giustificare l'esclusione; tuttavia, preso atto delle misure cautelari disposte dal Tribunale, teneva ferma la sospensione dell'ammissione di -OMISSIS-;

2) In via preliminare, il Tribunale evidenzia che devono essere esaminati sia il ricorso principale, con i relativi motivi aggiunti, sia il ricorso incidentale e il successivo ricorso per motivi aggiunti proposti da -OMISSIS-, in coerenza con i recenti approdi della giurisprudenza comunitaria e interna (cfr. in particolare Corte di giustizia dell'Unione europea del 5 settembre 2019, C-333/18 - Lombardi Srl).

Sul punto, va osservato che:

- la Corte di Giustizia con la sentenza indicata ha affermato il principio secondo cui il diritto europeo relativo alle procedure di ricorso in materia di procedure di affidamento di appalti pubblici "osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto (...) ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi";
- il principio di diritto sopra richiamato è stato espresso in una controversia relativa ad una procedura di gara alla quale "abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione)" (cfr. paragrafo 19 della sentenza della Corte di Giustizia; in cui è riportata la questione pregiudiziale sollevata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con ordinanza dell'11 maggio 2018, n. 6);
- la Corte precisa che "anche quando, come nella controversia di cui al procedimento principale, altri offerenti abbiano presentato offerte nell'ambito della procedura di affidamento e i ricorsi intesi alla reciproca esclusione non riguardino offerte siffatte classificate alle spalle delle offerte costituenti l'oggetto dei suddetti ricorsi per esclusione" (paragrafo 26), nondimeno, in base al principio dell'efficacia dei ricorsi in materia di procedure di affidamento di contratti pubblici, deve comunque essere esaminato nel merito il ricorso di ogni concorrente che "può far valere un legittimo interesse equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare" (paragrafo 24);
- in tal senso, viene configurato come risultato utile comunque conseguibile e meritevole di tutela, quello consistente nello stimolo indotto dalla pronuncia giurisdizionale di annullamento al potere di autotutela della stazione appaltante, la quale, vistasi invalidare le offerte oggetto delle contrapposte impugnazioni, tra cui quella dell'aggiudicataria, "potrebbe prendere la decisione di annullare la procedura e di avviare una nuova procedura di affidamento a motivo del fatto che le restanti offerte regolari non corrispondono sufficientemente alle attese dell'amministrazione stessa" (paragrafo 28);
- nell'affermare il principio sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale così sintetizzato, la Corte di giustizia ha dato continuità alla propria precedente giurisprudenza, espressa nelle sentenze del 4 luglio 2013, C-100/12 (Fastweb) e 5 aprile 2016, C-689/13 (Puligienica Facility Esco s.p.a. - PFE), che già avevano chiarito che "il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, come pure il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi nonché la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, non sono rilevanti" ai fini dell'applicazione del principio sopra enunciato (paragrafo 30);
- la Corte di giustizia ha precisato che il medesimo principio non incontra ostacolo nell'apparente contraria regola affermata in propri precedenti, ed in particolare nella sentenza 21 dicembre 2016, C-355/15, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich). Ciò in ragione del fatto che in quel caso l'esclusione dalla gara del ricorrente si era ormai consolidata, e precisamente: "era stata confermata da una decisione che aveva acquistato forza di giudicato prima che il giudice investito del ricorso contro la decisione di affidamento dell'appalto si pronunciasse, sicché il suddetto offerente doveva essere considerato come definitivamente escluso dalla procedura di affidamento dell'appalto pubblico in questione" (paragrafo 31);
- va precisato sin d'ora che quello da ultimo descritto non è il caso oggetto del presente giudizio;
- i principi fissati dalla Corte di giustizia conducono a ritenere che nei giudizi di impugnazione di atti di procedure di affidamento di contratti pubblici l'interesse ad agire in giudizio può avere sostanza in un'utilità non immediatamente ritraibile dalla decisione di accoglimento del ricorso, secondo i principi elaborati dalla giurisprudenza nazionale in relazione all'art. 100 cpc, ma può essere anche intermediato dall'esercizio di un potere amministrativo di cui sia paradigmatico il carattere discrezionale, quale quello di autotutela;
- resta preclusa al giudice davanti al quale i contrapposti ricorsi siano stati proposti la possibilità di alterare la parità delle parti, che nel processo amministrativo ha peraltro valore di principio generale (ex art. 2 cpa), per effetto della diversa posizione in graduatoria di due concorrenti portatori di un uguale e contrapposto interesse legittimo all'altrui esclusione dalla gara;
- fino a che un'esclusione non si sia consolidata, per effetto di un provvedimento dell'amministrazione non impugnato o la cui impugnazione sia stata respinta con sentenza definitiva, non è possibile pregiudicare il diritto ad un ricorso efficace, secondo il diritto europeo sugli appalti pubblici, sulla base della posizione in gara del concorrente e dell'ordine con cui in sede giurisdizionale i ricorsi sono trattati, perché deve comunque essere considerato il suo interesse strumentale alla rinnovazione della gara, ancorché condizionato dal potere di autotutela della stazione appaltante (cfr. per tali considerazioni si veda di recente Consiglio di Stato, sez. V, 9 aprile 2020, n. 2330);

- va, pertanto, ribadito che nel caso di specie devono essere esaminate sia le impugnazioni principali, sia quelle incidentali.

3) Per ragioni di precedenza logica devono essere esaminati il ricorso incidentale e il ricorso per motivi aggiunti proposti da -OMISSIS- siccome diretti a contestare una causa di esclusione della ricorrente principale, non rilevata dalla stazione appaltante.

3.1) È infondata l'eccezione con la quale si deduce l'inammissibilità delle impugnazioni incidentali, rilevando che l'ammissione alla gara di -OMISSIS- non è stata contestata nel rispetto dei termini e secondo le modalità previste dall'art. 120, commi 2 bis e 6 bis, del d.l.vo 2010 n. 104.

Sul punto, il Tribunale osserva che:

- il comma 2 bis dell'art. 120 cpa prevedeva, prima della sua abrogazione, che "il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. È altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività";

- il successivo comma 6 bis stabiliva che "nei casi previsti al comma 2-bis, il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Su richiesta delle parti il ricorso è definito, negli stessi termini, in udienza pubblica. Il decreto di fissazione dell'udienza è comunicato alle parti quindici giorni prima dell'udienza. Le parti possono produrre documenti fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a sei giorni liberi prima e presentare repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista della camera di consiglio, fino a tre giorni liberi prima. La camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale. L'ordinanza istruttoria fissa per il deposito di documenti un termine non superiore a tre giorni decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della stessa. La nuova camera di consiglio deve essere fissata non oltre quindici giorni. Non può essere disposta la cancellazione della causa dal ruolo. L'appello deve essere proposto entro trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della sentenza e non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione";

- l'art. 1, comma 22 lett. a), del d.l. 18 aprile 2019 - introdotto in sede di conversione dalla legge 2019 n. 55, pubblicata nella Gazz. Uff. 17 giugno 2019, n. 140 ed entrata in vigore il 18 giugno 2019 - ha disposto l'abrogazione dei citati commi 2-bis e 6-bis dell'art. 120 cpa, stabilendo, al successivo comma 23, che "le disposizioni di cui al comma 22 si applicano ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto";

- nel caso di specie, il ricorso principale è stato depositato in data 31 luglio 2019 e, pertanto, dopo l'entrata in vigore della norma recante l'abrogazione dell'art. 120, commi 2 bis e 6 bis, le cui disposizioni, di conseguenza, non sono applicabili al giudizio in esame;

- sul punto non è condivisibile la tesi secondo la quale la norma di abrogazione dovrebbe essere interpretata nel senso di tenere ferme le decadenze già maturate, ossia quelle relative ai provvedimenti di esclusione e di ammissione adottati prima dell'entrata in vigore della novella e per i quali sarebbero, in ipotesi, già decorsi i termini di impugnazione previsti dall'abrogato art. 120, comma 2 bis, cpa;

- invero, la norma in esame non reca alcuna indicazione di salvezza delle decadenze già maturate e ciò non può essere oggetto di integrazione interpretativa, poiché il legislatore, nel dettare una norma processuale, ha effettuato una precisa scelta normativa, individuando espressamente la decorrenza dell'abrogazione e, di conseguenza, i giudizi sui quali essa incide e ai quali, pertanto, non sono riferibili le norme dell'abrogato art. 120, commi 2 bis e 6 bis;

- il legislatore non ha preso in esame il tempo di adozione o quello di comunicazione dei provvedimenti di ammissione o di esclusione, ma, per evidenti ragioni di certezza giuridica, il momento in cui ha inizio il giudizio, stabilendo che, se tale momento è anteriore alla data in vigore della legge 2019 n. 55, continuano a trovare applicazione le norme dell'art. 120, commi 2 bis e 6 bis; viceversa, se il giudizio è iniziato dopo, le norme abrogate non trovano applicazione;

- la pendenza della domanda di annullamento e, quindi, l'inizio del processo - secondo la formula utilizzata dal comma 23 dell'art. 1 del d.l. 18 aprile 2019, come modificato in sede di conversione - si verifica, stante la struttura impugnatoria del giudizio di cui si tratta, nel momento in cui il ricorso è depositato, poiché solo in questo momento la domanda risulta proposta davanti al giudice;

- viceversa, non rileva la semplice notificazione del ricorso, che non vale ad incardinare il giudizio dinanzi al giudice amministrativo;

- ne deriva che nel caso in esame non trovano applicazione le disposizioni dell'abrogato art. 120, commi 2 bis e 6 bis, con conseguente infondatezza dell'eccezione in esame.

3.2) Con il ricorso incidentale e il successivo ricorso per motivi aggiunti, -OMISSIS- lamenta la violazione dell'art. 80, comma 5 lett. c) e f bis) del d.l.vo 2016 n. 50, in quanto in sede di presentazione della domanda di partecipazione, -OMISSIS- ha omesso di dichiarare vicende espressive di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, rendendo dichiarazioni non veritiere nel corso della procedura.

La censura è fondata.

Occorre individuare, in primo luogo, la disciplina applicabile in ragione della data di pubblicazione del bando in GURI, risalente al 18 dicembre 2017, con spedizione alla GUUE in data 29 dicembre 2017.

Proprio in dipendenza della data di pubblicazione del bando, la gara in esame soggiace alla disciplina dettata dall'art. 80, comma 5 lett. c), del d.l.vo 2016 n. 50, nella versione anteriore alle modifiche introdotte dal d.l. 14 dicembre 2018, n. 135.

In proposito, va precisato che la lett. c) dell'art. 80, comma 5, del d.lvo 2016 n. 50 è stata sostituita, dall'art. 5, comma 1, del d.l. 14 dicembre 2018 n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 febbraio 2019 n. 12, con le attuali lettere c), c bis) e c ter).

Nondimeno, l'art. 5, comma 2, del d.l. 135/2018, prevede che "Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi, con i quali si indicano le gare, sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte".

Come già ricordato, il bando della gara in esame è stato pubblicato prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 135/2018 e, pertanto, non soggiace alla disciplina con esso introdotta.

L'art. 80, comma 5 lett. c), nella versione applicabile al caso di specie, ratione temporis, dispone che "le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: ... c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione".

Il successivo comma 6 prevede che "le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5".

3.3) Al fine di chiarire l'ambito cui si riferisce l'obbligo dichiarativo posto dal quinto comma dell'art. 80, nonché le conseguenze della violazione di tale obbligo, occorre individuare la ratio della disposizione nell'interpretazione datane dalla giurisprudenza consolidata.

In particolare, il Tribunale osserva che:

- l'art. 80, comma 5 lett. c), trova diretta corrispondenza nell'art. 57, comma 4 lett. c), della direttiva 2014/24, che consente alle stazioni appaltanti di escludere i partecipanti che abbiano commesso "gravi illeciti professionali", riconoscendo così un ampio potere valutativo alle amministrazioni aggiudicatrici;

- a ben vedere, la norma si pone in continuità con l'art. 38, comma 1 lett. f), del d.l.vo n. 163 del 2006, il quale prevedeva la non ammissione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, ovvero inibiva l'affidamento di subappalti o ancora la stipulazione dei relativi contratti per coloro che "secondo motivata valutazione della stazione appaltante ... hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo da parte della stazione appaltante", con la precisazione che, anche in tal caso, la norma costituiva attuazione della disciplina eurolunitaria, atteso che l'art. 45, comma 2 lettera d), della direttiva 2004/18/CE, del

31 marzo 2004, pur rimettendo agli Stati membri la definizione delle condizioni di applicazione, consentiva l'esclusione dalla partecipazione all'appalto di "...ogni operatore economico...che, nell'esercizio della propria attività professionale, abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice";

- del resto, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sentenza n. 470, del 18 dicembre 2014) ha puntualizzato che la nozione di "errore nell'esercizio dell'attività professionale" attiene a "...qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore e non soltanto le violazioni delle norme di deontologia in senso stretto della professione cui appartiene tale operato";

- ecco, allora, che la ratio dell'art. 80, comma 5, lett. c), cit. risiede "nell'esigenza di assicurare l'affidabilità di chi si propone quale contraente, requisito che si ritiene effettivamente garantito solo se si allarga il panorama delle informazioni, comprendendo anche le evenienze patologiche contestate da altri committenti..." (così già Consiglio di Stato, Sez. V, 11 aprile 2016, n. 1412);

- la norma tende a consentire alla stazione appaltante un'adeguata e ponderata valutazione sull'affidabilità e sull'integrità dell'operatore economico, sicché sono posti a carico di quest'ultimo i c.d. obblighi informativi: l'operatore è tenuto a fornire una rappresentazione quanto più dettagliata possibile delle proprie pregresse vicende professionali in cui, per varie ragioni, "gli è stata contestata una condotta contraria a norma" o, comunque, si è verificata la rottura del rapporto di fiducia con altre stazioni appaltanti (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407; Consiglio di Stato, sez. V, 4 febbraio 2019, n. 827; Id., 16 novembre 2018, n. 6461; Id., 24 settembre 2018, n. 5500; Id., 3 settembre 2018, n. 5142; Id., 17 luglio 2017, n. 3493; Id., 5 luglio 2017, n. 3288; Id., 22 ottobre 2015, n. 4870);

- la giurisprudenza ha precisato che anche "la violazione degli obblighi informativi può integrare, a sua volta, il grave illecito professionale endoprocedurale, citato nell'elencazione esemplificativa dell'art. 80, comma 5 lett. c), cit., come omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, con conseguente facoltà della stazione appaltante di valutare tale omissione o reticenza ai fini dell'attendibilità e dell'integrità dell'operatore economico" (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 3 settembre 2018, n. 5142; Consiglio di Stato, sez. III, 23 agosto 2018, n. 5040);

- la nozione di "grave illecito professionale" ex art. 80, comma 5 lett. c), cit. - ferma la necessaria valutazione discrezionale della stazione appaltante - ricomprende ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 591; Consiglio di Stato, sez. III, n. 4192/17 e Id. n. 7231/2018);

- di conseguenza, la giurisprudenza consolidata precisa che l'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti, contenuta nella lettera c) del comma 5 dell'art. 80 del d.l.vo n. 50/2016, deve riguardarsi quale meramente esemplificativa, nel senso che, pur agevolando gli obblighi dimostrativi facenti carico alla stazione appaltante, qualora ritenga di addivenire all'esclusione dell'operatore economico per le fattispecie tipizzate, non ne limita, tuttavia, la riconosciuta discrezionalità nella valutazione di altre situazioni, che evidenzino la contrarietà ad un obbligo giuridico di carattere civile, penale ed amministrativo, ritenute tali da rendere dubbia l'integrità o l'affidabilità del concorrente (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 24 gennaio 2019, n. 591; Consiglio di Stato, sez. III, 27 dicembre 2018, n. 7231 e Id., sez. V, 3 settembre 2018, n. 5136);

- pertanto, la citata disposizione non contempla un numero chiuso di "gravi illeciti professionali", ma ricomprende, sostanzialmente, quali fattispecie meramente esemplificative di tale categoria aperta, alcune situazioni già previste dal legislatore comunitario come specifiche cause di esclusione e ascrivibili, con ogni evidenza, alla generica voce generale di cui all'art. 57, comma 4 lett. c), della direttiva n. 24/2014/UE;

- non solo, è diverso l'obbligo di dichiarare sentenze penali di condanna rientranti tra quelle previste dall'art. 80, comma 1, del d.l.vo n. 50 del 2016, rispetto a quelle rilevanti ai sensi del successivo comma 5 lett. c), posto che, nel primo caso l'esclusione integra un atto vincolato in quanto la previsione di esclusione discende direttamente dalla legge, mentre nella seconda ipotesi la valutazione è rimessa alla stazione appaltante;

- in definitiva, l'obbligo dichiarativo "attiene ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono agli appalti e ai rapporti con la stazione stessa, né si rilevano validi motivi per non effettuare tale dichiarazione, posto che spetta comunque all'amministrazione la valutazione dell'errore grave che può essere accertato con qualunque mezzo di prova" (cfr. ex multis, Consiglio di Stato, sez. III, 26 febbraio 2016, n. 802; Consiglio di Stato, sez. V, 5 maggio 2014, n. 2289; Consiglio di Stato, sez. III, 7 giugno 2013, n. 3123; Consiglio di Stato, sez. V, 11 dicembre 2014, n. 6105);

- quanto alla portata dell'obbligo dichiarativo, la giurisprudenza (sul punto, Tar Lombardia, sez. I, 15 novembre 2019, n. 2421) precisa che i concorrenti "devono dichiarare ogni episodio della vita professionale astrattamente rilevante ai fini della esclusione, pena la impossibilità per la stazione appaltante di verificare l'effettiva rilevanza di tali episodi sul piano

della integrità professionale dell'operatore economico" (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 22 maggio 2019, n. 3331; Consiglio di Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 591; Id., 3 settembre 2018, n. 5142);

- resta, in ogni caso, fermo che, nella prospettiva della norma, l'operatore economico non può valutare autonomamente la rilevanza dei fatti o dei precedenti penali da comunicare alla stazione appaltante, poiché questa deve essere libera di ponderare discrezionalmente la sua idoneità come causa di esclusione, di tal che deve ritenersi mendace e rilevante anche la dichiarazione omessa (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 6529/2018 cit.);

- più in dettaglio (cfr. Tar Lombardia, sez. I, 15 novembre 2019, n. 2421): "non è configurabile in capo all'impresa alcun filtro valutativo o facoltà di scegliere i fatti da dichiarare, sussistendo l'obbligo della onnicomprensività della dichiarazione, in modo da permettere alla stazione appaltante di espletare, con piena cognizione di causa, le valutazioni di sua competenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 4532/2018; id n. 3592/2018; id n. 6530/2018); vale a dire, non è possibile che la relativa valutazione sia eseguita, a monte, dalla concorrente la quale autonomamente giudichi irrilevanti i propri precedenti negativi, omettendo di segnalarli con la prescritta dichiarazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 1935/2018), così da nascondere alla stazione appaltante situazioni pregiudizievoli, rendendo false o incomplete dichiarazioni al fine di evitare possibili esclusioni dalla gara (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, n. 4192/2017; id. n. 6787/2018);

- al contrario, affinché la valutazione della stazione appaltante possa essere effettiva è necessario che essa abbia a disposizione quante più informazioni possibili e di ciò deve farsi carico l'operatore economico, il quale se si rende mancante in tale onere può incorrere in un grave errore professionale endoprocedurale" (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 5142/2018);

- la giurisprudenza (cfr. Tar Lombardia Milano, sez. I, 24 luglio 2019, n. 1729) riconosce che l'art. art. 80, comma 5 lett. c), del d.l.vo 2016 n. 50 ha dilatato il potere valutativo discrezionale delle amministrazioni aggiudicatrici in tema di esclusione dei concorrenti, correlandone l'esercizio ad un "concetto giuridico indeterminato", sicché spetta alle stazioni appaltanti declinare, caso per caso, la condotta dell'operatore economico "colpevole di gravi illeciti professionali" (cfr. sul punto, Consiglio di Stato, sez. III, 23 novembre 2017, n. 5467), fermo restando che, quando la stazione appaltante esclude un operatore economico perché considerato colpevole di un grave illecito professionale atipico, perché non compreso nell'elenco dell'art. 80, comma 5 lett. c), deve adeguatamente motivare l'esercizio di siffatta discrezionalità ed in maniera ben più rigorosa ed impegnativa rispetto a quanto avviene a fronte delle particolari ipotesi esemplificate dal testo di legge (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299);

- quanto ai fatti oggetto di un procedimento penale, deve riconoscersi alla stazione appaltante la facoltà di escludere un concorrente per ritenuti "gravi illeciti professionali", a prescindere dalla definitività degli accertamenti compiuti in sede penale, ma resta ferma la necessità che il potere esercitato dall'amministrazione sottenda un'adeguata istruttoria e una congrua motivazione.

La circostanza che gli obblighi dichiarativi comprendano qualunque fatto astrattamente suscettibile di integrare un grave errore professionale, la cui valutazione non può essere sottratta alla stazione appaltante, pone il problema di stabilire se l'obbligo in questione si estenda a qualunque vicenda che abbia in qualche modo interessato i soggetti cui in generale si riferisce l'obbligo dichiarativo.

Il problema deve essere affrontato tenendo presente che la concreta consistenza dei comportamenti dovuti da un soggetto obbligato dipende dalla diligenza che l'ordinamento pretende da lui nell'adempimento di siffatto specifico obbligo.

In altre parole, la portata dell'obbligo dichiarativo, in ordine a fatti non tipizzati di errore professionale, dipende dal contenuto della diligenza richiesta nell'adempimento dell'obbligo stesso, diligenza che deve essere costruita, ex art. 1176, comma 2, c.c., facendo riferimento a quella qualificata, che l'ordinamento pretende da chi svolge un'attività in modo professionale.

Il professionista deve commisurare la propria condotta non al criterio generale della diligenza del buon padre di famiglia, ma a quello della diligenza professionale media esigibile, ai sensi dell'art. 1176, secondo comma, c.c. (cfr. tra le tante, Cassazione civile, sez. III, 10 giugno 2016, n. 11906), quale modello astratto di condotta che si estrinseca, tanto se l'interessato è un professionista, quanto se è un imprenditore, nell'adeguato sforzo tecnico, con impiego delle energie e dei mezzi normalmente ed obiettivamente necessari od utili, in relazione alla natura dell'attività esercitata, volto all'adempimento della prestazione dovuta ed al soddisfacimento dell'interesse della controparte, nonché ad evitare possibili eventi dannosi.

Va ribadito che, per costante giurisprudenza, la diligenza "si specifica nei profili della cura, della cautela, della perizia e della legalità" (cfr. Cassazione civile, 31 maggio 2006, n. 12995) e deve valutarsi in concreto avuto riguardo alla natura

dell'attività esercitata e alle circostanze concrete del caso, in coerenza con il richiamato art. 1176, comma 2, c.c. (cfr. per tutte, Cassazione civile, sez. III, 15 giugno 2018, n. 15732).

Nell'individuare la portata di tale obbligo, è evidente, in primo luogo, che deve trattarsi di fatti che siano stati formalmente contestati all'operatore interessato, tanto che la già citata giurisprudenza riferisce l'obbligo a vicende professionali in cui, per varie ragioni, è stata contestata all'operatore "una condotta contraria a norma" o, comunque, si è verificata "la rottura del rapporto di fiducia con altre stazioni appaltanti (cfr. tra le altre, Consiglio di Stato, sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407).

Nell'ambito di cui si tratta e ai soli fini dell'identificazione della sostanza dell'obbligo dichiarativo, la contestazione non si identifica con uno specifico provvedimento giurisdizionale o amministrativo, ma è integrata da qualunque atto con il quale l'Autorità competente riferisce un addebito specifico ad un soggetto determinato, in ragione della ritenuta violazione di un precetto penale, civile o amministrativo o di un altro settore dell'ordinamento, così da portare l'addebito nella sfera di conoscenza dell'interessato.

In via esemplificativa, una generica notizia a mezzo stampa non integra un addebito mosso dall'Autorità competente, mentre l'adozione di un atto formale che reca la descrizione di un fatto e l'addebito ad un soggetto specifico integra una contestazione, ai fini della determinazione dell'obbligo dichiarativo di cui si tratta.

Non solo, la vicenda deve riguardare condotte dell'operatore di cui viene denunciata la contrarietà a norme, civili, penali o amministrative, che vietano o impongono determinate condotte (cfr. per tutte, Consiglio di Stato, sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407; Consiglio di Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 586; Consiglio di Stato, sez. V, 25 gennaio 2019, n. 591).

Va ribadito, che deve trattarsi di situazioni già appartenenti al patrimonio conoscitivo dell'interessato, quanto meno in relazione all'esistenza della contestazione della violazione di determinati precetti giuridici, siano essi di natura penale, civile, amministrativa o di altro settore dell'ordinamento.

D'altro canto, come già evidenziato, la diligenza qualificata si sostanzia nel rispetto di una serie di precetti, elaborati dalla migliore scienza ed esperienza di un certo momento storico, di cui si può pretendere l'osservanza da parte di un soggetto in ragione della sua particolare posizione o qualificazione.

Ecco, allora, che, sulla base di un giudizio da sviluppare in relazione alle peculiarità di ciascun caso concreto, potrà escludersi - in via esemplificativa - che il dovere di diligenza comporti l'obbligo di dichiarare fatti particolarmente lontani nel tempo o relativi alla persona interessata, ma del tutto avulsi dallo svolgimento dell'attività professionale o imprenditoriale.

Per contro, la diligenza qualificata impone di comprendere nell'obbligo dichiarativo ogni altro fatto che, da un lato, sia stato contestato - nei termini suindicati - al soggetto interessato, dall'altro, presupponga la violazione, anche solo in ipotesi, di un precetto normativo e, infine, afferisca alla sfera professionale del soggetto stesso.

In tale contesto, è evidente che l'obbligo dichiarativo si estende ai fatti di rilevanza civilistica che siano contestati da un'altra stazione appaltante nel corso dell'esecuzione di un rapporto contrattuale, così come i fatti di rilevanza penale che siano stati addebitati al soggetto dall'Autorità competente in correlazione con l'attività professionale svolta, mentre resta irrilevante che in relazione ad essi sia intervenuta la richiesta di rinvio a giudizio, o il rinvio a giudizio, o una decisione giurisdizionale.

In entrambi i casi, una volta che il soggetto sia a conoscenza, in modo inequivoco, della contestazione - si ribadisce, intesa in senso lato - mossa nei suoi confronti, per un fatto di cui si assume la contrarietà ad una norma, la diligenza qualificata, che da lui l'ordinamento pretende, gli impone di dichiarare il fatto stesso alla stazione appaltante.

Ciò al fine di consentire a quest'ultima l'esercizio del potere valutativo discrezionale che le compete, in ordine alla possibilità di ricondurre il fatto ad un grave errore professionale, idoneo ad incidere sull'affidabilità e sull'integrità dell'operatore economico.

Va ribadito che qualsiasi condotta, di cui venga contestata la contrarietà alla legge e collegata all'esercizio dell'attività professionale, è di per sé potenzialmente idonea ad incidere sul processo decisionale rimesso alle stazioni appaltanti sull'accreditamento dei concorrenti come operatori complessivamente affidabili (cfr. così Consiglio di Stato, sez. III, 29 novembre 2018, n. 6787), sicché ciascun concorrente è tenuto a dichiarare qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all'amministrazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 12 marzo 2019, n. 1649; id. 24 settembre 2018, n. 5500).

Affinché la valutazione demandata alla stazione appaltante possa essere effettiva è necessario che essa abbia a disposizione quante più informazioni possibili e a ciò si correla l'obbligo informativo facente capo all'operatore

economico, che deve adempiervi secondo la diligenza qualificata che a lui è riferibile, ex art. 1176 c.c..

Sul piano delle conseguenze, la giurisprudenza precisa che l'omessa dichiarazione di informazioni rilevanti costituisce già "grave errore professionale", che conduce all'espulsione del concorrente se la stazione appaltante lo reputi idoneo a compromettere l'affidabilità e l'integrità dell'operatore.

Non vi è, quindi, un'espulsione automatica, ma una doverosa valutazione sulla professionalità dell'operatore economico, valutazione che, con adeguata motivazione, dia conto delle ragioni dell'esclusione, ovvero della sua ammissione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 3 settembre 2018, n. 5142).

Ciò significa, inoltre, che, qualora la violazione dell'obbligo dichiarativo emerga in sede di gara, l'amministrazione è tenuta a valutarla, ai sensi del citato art. 80, comma 5, cit..

Insomma, la norma in questione - secondo l'interpretazione datane dalla giurisprudenza del tutto prevalente - conduce a ritenere che l'omessa dichiarazione delle predette informazioni sia idonea di per sé ad integrare un grave illecito professionale, pregiudicando la stessa la valutazione di affidabilità del concorrente; difatti, la condotta reticente non fornisce un quadro completo della situazione dell'impresa partecipante in relazione agli accertamenti di cui all'art. 80 del d.l.vo n. 50/2016 ed impedisce che il processo decisionale della stazione appaltante si svolga in maniera esauriente, non consentendo alla medesima di esprimere ogni necessaria considerazione sulla sussistenza di eventuali gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la integrità ed affidabilità dell'impresa (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 3 settembre 2018, n. 5142, 25 luglio 2018, n. 4532; 11 giugno 2018, n. 3592).

Va ribadito che, nella prospettiva della norma ora richiamata, l'operatore economico non può valutare autonomamente la rilevanza dei fatti da comunicare alla stazione appaltante, poiché questa deve essere libera di ponderare discrezionalmente la sua idoneità come causa di esclusione, sicché deve ritenersi mendace e rilevante, ai fini del giudizio di affidabilità, anche la dichiarazione omessa.

La dichiarazione deve essere onnicomprensiva in vista dell'apprezzamento di spettanza esclusiva della stazione appaltante; la gravità dell'evento, infatti, è ponderata dalla stazione appaltante, sicché l'operatore economico è tenuto a dichiararlo, rimettendosi alla valutazione della stazione appaltante. Ne consegue che anche la mancata esternazione di un evento significativo può comportare l'esclusione dalla gara specifica (cfr. Consiglio di Stato, sez. III - sentenza 13 giugno 2018, n. 3628).

Insomma, l'art. 80, comma 5, del d.l.vo n. 50/2016 sancisce nel nostro ordinamento dei contratti pubblici il principio del clare loqui, in forza del quale l'operatore economico, che concorra in una procedura di evidenza pubblica, è tenuto a dichiarare situazioni ed eventi potenzialmente rilevanti ai fini del riscontro dell'effettivo possesso dei requisiti di ordine generale di partecipazione alla stessa.

Laddove, per contro, la violazione dell'obbligo dichiarativo sia prospettata solo dopo la conclusione della gara e in sede di impugnazione dei provvedimenti adottati dalla stazione appaltante, spetta al giudice valutare, nei limiti delle censure proposte, se le circostanze omesse dovevano essere dichiarate e, qualora sia configurabile l'omissione, accertare la violazione dell'art. 80, comma 5, del d.l.vo 2016 n. 50, con conseguente illegittimità delle determinazioni assunte dall'amministrazione.

Occorre aggiungere che il giudice non deve sindacare la sussistenza di un errore professionale, né, a maggior ragione, la gravità dell'errore, poiché si tratta di profili afferenti ad un potere amministrativo non esercitato e, pertanto, non oggetto di cognizione giurisdizionale, ex art. 34, comma 2, cpa, ma deve verificare se la circostanza non dichiarata rientrava tra quelle oggetto dell'obbligo dichiarativo posto dall'art. 80 cit., secondo quanto già precisato.

Una volta chiarito l'ambito di esplicazione dell'obbligo dichiarativo, vale ricordare che, secondo un indirizzo giurisprudenziale consolidato, nelle ipotesi in esame non è invocabile il soccorso istruttorio.

Tale istituto, infatti, non trova applicazione quando il concorrente abbia omesso la dichiarazione di un episodio astrattamente rilevante ai fini della valutazione della propria affidabilità professionale, poiché si tratta di uno strumento di ausilio nel chiarire o nel completare dichiarazioni o documenti già acquisiti agli atti di gara, ma non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni, riguardanti elementi essenziali, radicalmente mancanti, pena la violazione della par condicio fra concorrenti (cfr. di recente, Consiglio di Stato, sez. III, 05 marzo 2020, n. 1633; in tal senso già Consiglio di Stato, Ad. plen., n. 9/2014; Consiglio di Stato, sez. V, nn. 7749/2019; 1527/2019; 3980/2017).

La difesa di -OMISSIS- sostiene che le considerazioni sinora svolte andrebbero rimate alla luce della sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Pl., n. 16/2020.

La tesi non può essere condivisa, in quanto la recente sentenza ha ribadito l'opzione ermeneutica suindicata, evidenziando che:

a) "È indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante, come per tutte le altre ipotesi previste dalla medesima lettera c) [ed ora articolate nelle lettere c-bis), c-ter) e c-quater), per effetto delle modifiche da ultimo introdotte dalla legge decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 - Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici; convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55]";

b) "nel contesto di questa valutazione l'amministrazione dovrà pertanto stabilire se l'informazione è effettivamente falsa o fuorviante; se inoltre la stessa era in grado di sviare le proprie valutazioni; ed infine se il comportamento tenuto dall'operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità. Del pari dovrà stabilire allo stesso scopo se quest'ultimo ha omesso di fornire informazioni rilevanti, sia perché previste dalla legge o dalla normativa di gara, sia perché evidentemente in grado di incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità";

c) "Qualora sia mancata, una simile valutazione non può essere rimessa al giudice amministrativo. Osta a ciò, nel caso in cui tale valutazione sia mancata, il principio di separazione dei poteri, che in sede processuale trova emersione nel divieto sancito dall'art. 34, comma 2, del codice del processo amministrativo (secondo cui il giudice non può pronunciare "con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati"). Laddove invece svolta, operano per essa i consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare "il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente" [Cassazione, sezioni unite civili, nella sentenza del 17 febbraio 2012, n. 2312, che ha annullato per eccesso di potere giurisdizionale una sentenza di questo Consiglio di Stato che aveva a sua volta ritenuto illegittimo il giudizio di affidabilità professionale espresso dall'amministrazione in relazione all'allora vigente art. 38, comma 1, lett. f), dell'abrogato codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163]; limiti che non escludono in radice, ovviamente, il sindacato della discrezionalità amministrativa, ma che impongono al giudice una valutazione della correttezza dell'esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione".

3.4) Nel caso di specie, -OMISSIS- ha dichiarato nel formulario per il documento di gara unico europeo - DGUE - datato 31 maggio 2018 di non essersi resa colpevole di gravi illeciti professionali ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) cit..

Nondimeno, la documentazione prodotta in giudizio dalla ricorrente incidentale evidenzia che:

a) con deliberazione n. 1310 del 19 luglio 2018 ASST -OMISSIS- ha disposto nei confronti di -OMISSIS- la risoluzione del contratto concernente i servizi integrati per la manutenzione e la gestione delle apparecchiature, dei dispositivi sanitari e delle attrezzature presso l'ASST stessa, con la precisazione che l'aggiudicazione era avvenuta in favore di -OMISSIS-, fusa per incorporazione in -OMISSIS- dal 27 ottobre 2017, con successiva modifica della ragione sociale di quest'ultima in -OMISSIS-; fusione documentata da -OMISSIS- in data 6.11.2017. La delibera riferisce espressamente di gravi inadempienze e rilevanti disservizi imputabili ad -OMISSIS-, susseguites e via via contestate alla concorrente; si tratta di diffide risalenti al 28.11.2017, al 19.01.2018, al 05.02.2018, cui è seguita "l'interruzione" nell'esecuzione del contratto disposta dall'ASST in data 06.04.2018 in ragione "delle gravi difficoltà emerse in sede di esecuzione delle attività contrattuali riferite tanto alla fase preliminare, quanto al periodo di avviamento del rapporto contrattuale, difficoltà queste che sono risultate preclusive addirittura del regolare avviamento del servizio previsto...". E ancora il 23.04.2018 l'amministrazione ha evidenziato "le gravi e insanabili difficoltà che hanno caratterizzato l'attività svolta dall'appaltatore...";

b) con deliberazione n. 988/DG, del 30 ottobre 2018, l'Azienda Ospedaliera -OMISSIS- ha disposto, nei confronti di -OMISSIS-, la risoluzione per grave inadempimento del contratto avente ad oggetto la gestione dei servizi integrati di manutenzione preventiva e correttiva, fornitura e sostituzione dei materiali connessi, verifiche di sicurezza, controlli funzionali e servizi accessori afferenti il parco apparecchiature elettromedicali dell'Azienda stessa. La delibera riferisce dell'applicazione ad -OMISSIS- di penali di "importo ben superiore alla soglia del 10% del valore netto del contratto", in conseguenza di ritardi ed inadempimenti imputabili all'appaltatore. Si tratta di penali applicate durante l'intera esecuzione del contratto, iniziata in data 17.03.2016 da parte dell'aggiudicataria -OMISSIS-, cui è subentrata dal 26.10.2016, in conseguenza della cessione a suo favore del relativo ramo di azienda, -OMISSIS-, che ha poi mutato la ragione sociale in -OMISSIS-;

c) con determinazione datata 11 dicembre 2018, l'AUSL -OMISSIS- ha escluso -OMISSIS- dalla partecipazione alla gara diretta alla stipulazione di un accordo quadro finalizzata all'acquisizione del servizio di telemonitoraggio e teleassistenza a supporto del servizio di assistenza domiciliare integrata della regione Abruzzo, ciò in dipendenza degli episodi risolutivi già ricordati, nonché dell'ulteriore risoluzione contrattuale disposta a suo carico dall'-OMISSIS- in data 21 novembre 2018, sempre per grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali;

d) con determinazione del 16 luglio 2018, il Commissario dell'-OMISSIS- ha disposto la risoluzione del contratto di appalto in essere con la Ditta -OMISSIS- di Fisciano (Sa) ed aggiudicazione, in favore della Ditta Philips S.p.a. di Milano, "del servizio annuale di manutenzione full risk della apparecchiatura sistema RMN omologata dalla ditta Philips,

modello Achieva 1,5 T, completa delle associate apparecchiature accessorie, in dotazione alla U.O. Radiologia dell'Ospedale -OMISSIS-, con la precisazione che -OMISSIS- si è fusa in -OMISSIS- già a far data dall'aprile 2018;

e) il DGUE presentato da -OMISSIS- indica tra i soggetti cessati dalla carica di Amministratore Delegato, Direttore Tecnico e Procuratore Speciale, -OMISSIS- a cui carico non veniva dichiarato alcunché; nondimeno quest'ultimo era stato oggetto tre mesi prima - e la notizia appariva sulla stampa del 20.2.2018 - di una misura cautelare personale di tipo custodiale nel quadro di indagini per associazione a delinquere, corruzione, alla turbativa d'asta, alla rivelazione di segreti d'ufficio. Dopo sei giorni dai fatti, in data 26.2.2018, -OMISSIS- cessava dalle proprie funzioni.

I fatti non dichiarati attengono con evidenza sia ad accadimenti di rilevanza penale riferibili ad un ex amministratore della società, sia a recenti vicende di rilevanza civilistica, già contestate nella loro precisa oggettività ad -OMISSIS-, sicché si tratta di fatti che appartenevano al patrimonio conoscitivo della concorrente al tempo della presentazione della domanda di partecipazione e al tempo della presentazione del DGUE.

In ogni caso, anche a prendere in considerazione la data delle risoluzioni e delle esclusioni suindicate, resta ferma la violazione degli obblighi dichiarativi, poiché nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 20 luglio 2015, n. 8; Consiglio di Stato, sez. V, 17 aprile 2020, n. 2443).

Ne consegue che la loro permanenza deve essere verificata anche successivamente alla partecipazione alla gara, in coerenza con quanto previsto dall'art. 80, comma 6, del d.l.vo n. 50/16, ai sensi del quale "Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5 - che indicano i motivi di esclusione (cfr. di recente T.A.R. Lazio, sez. II, 30 aprile 2020, n. 4529).

Per rendere effettivo tale controllo, l'Amministrazione deve essere informata dal concorrente di ogni vicenda che attenga alla sussistenza o alla permanenza dei requisiti di partecipazione, in relazione a tutte le fasi della gara stessa.

Invero, se non si ritenesse esistente un onere di aggiornamento delle dichiarazioni sostitutive, l'Amministrazione sarebbe privata dell'oggetto su cui esercitare il proprio potere di accertamento, necessario per assicurare un'immediata e tempestiva verifica dell'affidabilità e della serietà dell'aspirante contraente (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 4 maggio 2015, n. 2231; Consiglio di Stato, Sez. III, 15 luglio 2011, n. 4323).

Sotto altro profilo, va osservato che i fatti non dichiarati integrano, in ipotesi, la reiterata violazione di precetti specifici e di puntuali doveri stabiliti dall'ordinamento, commessi nell'esercizio dell'attività professionale.

È, pertanto, del tutto consequenziale ritenere che l'adempimento diligente, ex art. 1176, comma 2, c.c., dell'obbligo dichiarativo imponeva di denunciare simili fatti alla stazione appaltante, in sede di presentazione della domanda di partecipazione e, comunque, nel corso della gara.

Per effetto di tali omissioni, oggettivamente rilevanti ai fini del giudizio di affidabilità che compete alla stazione appaltante, quest'ultima ha adottato l'aggiudicazione in modo illegittimo, perché la determinazione non è stata preceduta dall'effettuazione della "valutazione di integrità e affidabilità del concorrente" cui è tenuta, ai sensi dell'art. 80 cit. (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Pl., 28 agosto 2020, n. 16).

Va, precisato, che la violazione non può ritenersi superata per effetto dell'esame a posteriori effettuato dall'amministrazione, con il verbale del 4 marzo 2020, dopo la presentazione del ricorso e dopo la decisione cautelare con la quale è stata sospesa l'ammissione di -OMISSIS-.

Invero, la violazione dell'obbligo dichiarativo non è superabile con il soccorso istruttorio e resta fermo che la violazione imputabile ad -OMISSIS- consiste nell'omessa dichiarazione di fatti che doveva portare a conoscenza dell'amministrazione ai sensi dell'art. 80, comma 5, del d.l.vo, così come resta fermo che l'amministrazione nel corso della gara non ha compiuto alcuna valutazione sulla portata dell'omissione dichiarativa; pertanto, la circostanza che, dopo la decisione cautelare di sospensione dell'ammissione, la stazione appaltante abbia ritenuto di esaminare i fatti imputati ad -OMISSIS- non vale a superare l'omessa dichiarazione, idonea di per sé ad integrare la fattispecie astrattamente escludente (cfr. in proposito, di recente: T.A.R. Veneto, sez. II, 4 febbraio 2020, n. 126).

Diversamente opinando, si lederebbe il principio della par condicio tra i concorrenti, in quanto si consentirebbe ad uno o ad alcuni di essi di integrare i requisiti cui è subordinata la partecipazione alla procedura di gara in un momento successivo alla scadenza del termine, previsto dagli atti di gara, per la presentazione delle offerte.

Ne deriva la violazione dell'art. 80, comma 5 lett. c), del d.l.vo 2016 n. 50, con conseguente fondatezza della censura in esame.

La violazione riscontrata travolge radicalmente l'ammissione di -OMISSIS-, sicché ha portata satisfattiva dell'interesse dedotto dalle ricorrenti incidentali e ciò consente di ritenere assorbite le ulteriori censure formulate con le impugnazioni incidentali.

3.5) Viceversa è inammissibile, per carenza di interesse, il ricorso per motivi aggiunti all'impugnazione incidentale, proposto da -OMISSIS- nella parte in cui contesta il verbale della Commissione del 4 marzo 2020.

Invero, con il verbale indicato, l'amministrazione ha esaminato e valutato ex post i fatti non dichiarati da -OMISSIS-, senza però incidere sull'ammissione alla gara di -OMISSIS- stessa, che rimane espressamente sospesa; pertanto, il verbale stesso non è dotato di concreta attitudine lesiva degli interessi di cui è portatrice la ricorrente incidentale.

Ne deriva l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti nella parte in cui contesta il verbale del 4 marzo 2020.

4) Con il ricorso principale -OMISSIS- contesta, in primo luogo, il vincolo di aggiudicazione previsto dalla lex specialis, come interpretato nei chiarimenti resi dalla stazione appaltante e poi applicato in sede di aggiudicazione.

Inoltre, si censura la mancata previsione di una clausola anticoncorrenziale, tesa ad evitare distorsioni della concorrenza in caso di partecipazione di RTI sovrabbondanti, in dipendenza sia del vincolo di aggiudicazione, come interpretato dalla stazione appaltante, sia della peculiare configurazione dei lotti.

In tal senso, si contesta la suddivisione in lotti effettuata dalla disciplina di gara, ritenuta tale da provocare un'illegittima restrizione della concorrenza nel mercato.

4.1) Devono essere esaminate, preliminarmente, le eccezioni di inammissibilità sollevate dall'amministrazione resistente e dalle parti controinteressate.

In particolare, si deduce, da un lato, che le contestazioni mosse dalla ricorrente afferiscono a profili della lex specialis immediatamente lesivi, sicché l'impugnazione proposta solo in sede di contestazione dell'aggiudicazione sarebbe tardiva, dall'altro, che -OMISSIS- sarebbe priva dell'interesse a censurare la suddivisione in lotti, non trattandosi di una PMI.

Le eccezioni, da esaminare separatamente, non possono essere condivise.

In particolare, rispetto all'eccepita attitudine immediatamente lesiva del bando, il Tribunale osserva che:

- in forza di un consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, di recente confermato da Consiglio di Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4) la regola generale è quella per cui le clausole del bando vanno impugnate unitamente al provvedimento che rende attuale la lesione e dunque, di norma, unitamente all'esclusione del concorrente, che censura anche la lex specialis, o all'aggiudicazione a terzi;

- resta fermo, inoltre, che la partecipazione alla gara da parte di un operatore non implica alcuna acquiescenza alle regole della gara prive di immediata lesività (cfr. ex multis, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 4 del 26 aprile 2018);

- a fronte di una clausola illegittima della lex specialis, ma non immediatamente lesiva, il concorrente non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, poiché non sa ancora se l'astratta o potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale e, quindi, in un'effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare;

- tale principio trova delle eccezioni, nel senso che in taluni casi, secondo l'indirizzo dell'Adunanza plenaria, il bando di gara va immediatamente impugnato e ciò accade allorché: a) si contesti in radice l'indizione della gara; b) all'inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione proceduto all'affidamento diretto; c) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti;

- le clausole escludenti sono tali se pregiudicano l'utile partecipazione alla procedura, perché precludono ab origine la possibilità di conseguire l'aggiudicazione, indipendentemente dallo svolgimento delle operazioni di gara;

- le clausole escludenti, la cui elencazione resta suscettibile di elaborazione ispirata a criteri necessariamente restrittivi, avuto riguardo al carattere eccezionale dell'onere di reazione immediata, comprendono: a) le clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale; b) le regole che valgano a rendere la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile; c) le disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di

convenienza tecnica ed economica ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta; d) le condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente; e) le clausole impositive di obblighi contra jus; f) i bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta, ovvero presentino formule matematiche del tutto errate; g) gli atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione di voci di costo necessarie, come quella relativa ai costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (per tali considerazioni si vedano anche: Consiglio di Stato, sez. V, 23 agosto 2019, n. 5789; Consiglio di Stato sez. V, 24 ottobre 2018, n. 6040);

- va ribadito che l'impugnazione immediata del bando rappresenta l'eccezione, visto che al momento dell'avvio della procedura, di regola, la lesione per il soggetto concorrente è potenziale, assumendo la stessa i caratteri della concretezza e dell'attualità, di norma, soltanto a conclusione della gara (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 4 marzo 2019, n. 1491; Consiglio di Stato, sez. III, 26 febbraio 2019, n. 1350);

- non solo, quando si assume che la *lex specialis* precluda la possibilità di formulare un'offerta economicamente sostenibile, è necessario che si tratti di un impedimento certo e attuale e non meramente eventuale (cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 245 del 22 novembre 2016), poiché solo in tale caso si giustifica l'onere di immediata impugnazione;

- per contro, laddove permanga almeno una chance di aggiudicazione non può ritenersi preclusa ab initio l'utile partecipazione alla procedura, con la precisazione che la chance si configura quale utilità intermedia autonomamente tutelata (cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 271 del 13 dicembre 2019, che richiama anche Corte di giustizia, IV, ord. 14 febbraio 2019, causa C-54/18; in argomento anche T.A.R. Lombardia, sez. II, 29 aprile 2020, n. 710);

- nel caso di specie le censure sollevate dalla ricorrente principale avverso la *lex specialis*, come interpretata dalla stazione appaltante, non sono riferite a clausole dotate di immediata attitudine lesiva, da impugnare immediatamente;

- la ricorrente deduce che il vincolo di aggiudicazione, nonché la ripartizione in lotti concretamente prevista e la contemporanea assenza di una clausola anticoncorrenziale producono un effetto distorsivo della concorrenza, favorendo le imprese di grandi dimensioni e i RTI tra esse costituiti, ma ciò non significa né che la ricorrente sia priva di requisiti il cui accertamento prescinde dallo svolgimento della procedura e tali da determinare la sua sicura estromissione, né che la *lex specialis* le precluda l'utile partecipazione alla procedura;

- la ricorrente lamenta l'alterazione della concorrenza derivante dal combinato disposto delle clausole censurate, in dipendenza dell'applicazione fattane dalla stazione appaltante, ma ciò non impedisce la sua partecipazione, né la presentazione di un'offerta competitiva;

- le illegittimità dedotte incidono sull'effettiva e concreta apertura al mercato della gara in esame, in quanto l'applicazione delle regole censurate può, in ipotesi, favorire le imprese iperqualificate e dotate di requisiti di capacità economico-finanziaria particolarmente rilevanti, ma tutto ciò non integra una clausola immediatamente escludente nel senso suindicato, poiché il pregiudizio per la ricorrente si attualizza solo per effetto dell'esito della procedura conseguente all'applicazione delle regole censurate;

- sotto altro profilo, non è contestato che la ricorrente non sia una piccola-media impresa, tanto che su questo profilo è centrata un'ulteriore eccezione di inammissibilità, pertanto se anche si assume, come adombrato dalle controparti, che il bando, per la sua concreta configurazione, precluda l'accesso alla gara alle piccole medie imprese, resta fermo che tale limite non opera per la ricorrente, che non rientra in tale categoria;

- ne deriva che i profili contestati delle *lex specialis* non afferiscono a clausole immediatamente escludenti, con conseguente infondatezza dell'eccezione in esame;

- va precisato che la partecipazione alla gara non impedisce ai concorrenti di dedurre comunque il carattere lesivo delle disposizioni del bando in sede di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, visto che ne costituisce uno dei presupposti fondanti (Consiglio di Stato, sez. III, 4 marzo 2019, n. 1491; id. 26 febbraio 2019, n. 1350), anzi è l'operatore che "volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione (che) non è (...) legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione - per lui *res inter alios acta* - venga nuovamente bandita" (cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4; altresì, 25 febbraio 2014, n. 9; T.A.R. Lazio, sez. III quater, 5 novembre 2019, n. 12667);

- ne consegue che - contrariamente a quanto dedotto dalle controparti - nessuna acquiescenza può inferirsi dalla partecipazione alla gara della ricorrente e dalla non immediata contestazione delle asserite illegittimità;

- va, pertanto, ribadita l'infondatezza dell'eccezione in esame.

Parimenti, è infondata l'eccezione di inammissibilità focalizzata sulla circostanza che la ricorrente, non essendo una PMI non sarebbe portatrice di un interesse concreto ed attuale a contestare la suddivisione in lotti prevista dalla *lex specialis*.

Sul punto, il Tribunale osserva che:

- non è contestato che -OMISSIS- non sia annoverabile tra le PMI;
- nondimeno, tale circostanza non esclude il suo interesse a contestare la *lex specialis* nella parte in cui, prevedendo - in ipotesi - lotti di dimensione e di importo molto consistenti, di fatto preclude la partecipazione alla gara delle piccole medie imprese, tradendo così la ratio sottesa alla disciplina interna ed eurounitaria in tema di riparto in lotti;
- come è noto, l'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c., riferibile anche al processo amministrativo ex art. 39, comma 1, c.p.a., si compone di due elementi costitutivi, ovvero dell'esistenza di un attuale e concreto pregiudizio derivante alla parte dagli atti impugnati, nonché del profilo dell'utilità che la parte ricorrente potrebbe ricavare dall'eventuale accoglimento della domanda svolta in giudizio (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5705);
- quindi, sussiste l'interesse all'impugnativa di un provvedimento, qualora esso abbia arrecato una lesione diretta, attuale e concreta alla sfera giuridica del destinatario, sicché l'accoglimento dell'impugnativa prefiguri un vantaggio pratico e concreto per il ricorrente;
- l'interesse strumentale integra una variante del secondo dei due elementi costitutivi sopra richiamati, in quanto affianca all'interesse al conseguimento del c.d. bene o utilità "finale", il perseguimento di un interesse "mediano", connesso alla caducazione dell'intero procedimento e all'eventuale nuovo esercizio del potere, veicolante l'utilità gradata consistente nella chance di un esito favorevole del procedimento rinnovato;
- ai fini della sussistenza dell'interesse a ricorrere, nella declinazione appena fattane, è sufficiente che la chance esista, non potendosi pretendere che essa oltrepassi anche una soglia di probabilità definita ex ante (su tali profili, Consiglio di Stato sez. III, 3 marzo 2020, n. 1564), fermo restando che la chance si configura quale utilità intermedia autonomamente tutelata (cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 271 del 13 dicembre 2019);
- insomma, è meritevole di tutela ed integra la condizione dell'azione contestata l'interesse strumentale del concorrente che potrebbe ottenere un vantaggio dalla ripetizione della gara, in seguito al suo annullamento;
- invero, la riduzione dell'entità dei lotti, con conseguente incremento del numero dei lotti stessi, amplia certamente le possibilità di aggiudicazione per tutti gli operatori economici e tale possibilità integra un'utilità intermedia meritevole di tutela, soprattutto laddove - come nel caso in esame - sia previsto un limite del numero di lotti che possono essere aggiudicati ad un solo offerente (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 26 febbraio 2019, n. 1350);
- ne consegue che, seppure la ricorrente principale non sia annoverabile tra le PMI, nondimeno vanta un interesse concreto ed attuale a contestare la ripartizione in lotti prevista dalla *lex specialis*, congiuntamente all'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione;
- va, pertanto, ribadita l'infondatezza dell'eccezione in esame;

4.2) È fondata la censura con la quale la ricorrente principale deduce l'illegittimità del vincolo di aggiudicazione come interpretato dalla stazione appaltante.

Il disciplinare di gara, dopo aver precisato al punto 2.5 - dedicato alla partecipazione a più lotti - con riferimento alle condizioni minime di partecipazione, che "il concorrente che intenda partecipare a più lotti, tenendo conto della forma con la quale partecipa (impresa singola, impresa componente R.T.I., impresa consorziata), dovrà possedere i requisiti di partecipazione richiesti per ciascun singolo lotto", introduce al punto 5.2 un vincolo di aggiudicazione.

La disposizione stabilisce che "ciascun operatore economico, nel rispetto della forma di partecipazione con cui concorre alla procedura non potrà risultare aggiudicatario per più di 4 lotti della procedura stessa e l'ordine dei lotti per i quali potrà risultare aggiudicatario sarà definito sulla base del valore decrescente stimato per ciascuno dei lotti della procedura. Si precisa che la numerazione dei lotti della procedura rispetta l'ordine decrescente del valore complessivo stimato dei lotti stessi. Per il lotto di minor valore stimato, nel caso le offerte presentate risultassero in numero minore o uguale a due e coincidenti con gli operatori economici aggiudicatari dei precedenti lotti, si procederà a definire l'aggiudicatario sulla base del punteggio tecnico migliore attribuito".

In sede di chiarimenti, la stazione appaltante ha interpretato tale clausola (cfr. risposta al quesito n. 17, punto 1, nonché ai quesiti n. 10 punto 5 e n. 7 punto 1) affermando che costituiscono tre operatori economici distinti "un'impresa singola, esemplificativamente "ditta A", un RTI con impresa "A" mandataria ed impresa "B" mandante, ed un RTI con impresa "A" mandante ed impresa "B" mandataria".

Insomma, costituisce una diversa "forma di partecipazione" anche la partecipazione in RTI degli stessi operatori, purché invertano tra loro il ruolo di mandante e mandataria.

Per effetto di tale interpretazione, -OMISSIS- e -OMISSIS- hanno partecipato alla gara riunite in due RTI, scambiandosi i ruoli di mandataria e mandante: in particolare il raggruppamento composto da -OMISSIS- come mandataria e -OMISSIS- come mandante ha presentato offerta in 4 lotti (ovvero il numero massimo di lotti che si sarebbe potuto aggiudicare come operatore economico) e il raggruppamento composto da -OMISSIS- come mandataria e -OMISSIS- come mandante ha presentato offerta in altri 4 lotti (sempre il numero massimo di lotti che si sarebbe potuto aggiudicare).

Nell'unico lotto disponibile, nel quale non ha presentato la propria offerta il raggruppamento composto dalle due imprese, si è presentata invece -OMISSIS-, come impresa individuale.

All'esito delle operazioni di gara il raggruppamento -OMISSIS- si è aggiudicato i Lotti n. 1, n. 3 e n. 8; il raggruppamento -OMISSIS- si è poi aggiudicato i Lotti n. 5, n. 7 e n. 9, mentre -OMISSIS-, come impresa individuale, ha conseguito il Lotto 4.

Pertanto, alle medesime imprese riunite in RTI sono stati aggiudicati 6 lotti, cui si aggiunge il lotto affidato a -OMISSIS- quale singolo operatore.

Corrispondentemente, solo due lotti su nove sono stati assegnati ad un altro operatore economico, ossia il RTI costituito da -OMISSIS- -OMISSIS-.

Sul piano economico, ciò ha comportato che due operatori, -OMISSIS-, aggregati in due RTI solo da loro composti, seppure a parti invertite, si sono aggiudicati 6 lotti, ossia più dei 4 previsti dal vincolo di aggiudicazione, per un importo complessivo pari ad 102.918.550,00 euro a fronte di un importo totale della procedura fissato in 166.332.204,00 euro.

Occorre considerare che la giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 16 aprile 2019, n. 2493) proprio in relazione alla gara in esame e al vincolo di aggiudicazione in essa prevista, ha già fornito alcune precisazioni, condivise dal Tribunale.

In primo luogo, è reso evidente dal tenore testuale della disposizione in esame che essa attiene alla fase dell'aggiudicazione, dettando un criterio regolatore in base al quale ciascun operatore non potrà rendersi aggiudicatario di più di quattro lotti.

Pertanto, l'eventuale violazione della citata disposizione deve essere dedotta, come coerentemente fatto dalla ricorrente principale, in sede di contestazione del provvedimento di aggiudicazione, ritenuto confliggente con la citata disposizione.

Ciò è confermato dal fatto che l'art. 2.5 del disciplinare di gara, concernente la "partecipazione a più lotti", non contiene alcuna disposizione limitativa, ma semplicemente correla il concetto di partecipazione alla forma con la quale l'operatore partecipa, precisando che dovrà possedere i requisiti di partecipazione richiesti per ciascun singolo lotto.

Quindi, ribadito che la disciplina di gara non fissa alcun limite numerico ai lotti per la cui aggiudicazione è possibile partecipare alla gara, ne consegue che "l'eventuale ricorso a forme partecipative sostanzialmente ripetitive non potrebbe essere sanzionata in sede di ammissione, restando rimesso alla stazione appaltante, nella fase di aggiudicazione, verificare la loro compatibilità con il vincolo di aggiudicazione di cui all'art. 5.2 del disciplinare di gara" (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 16 aprile 2019, n. 2493).

La disciplina risultante dal coordinamento tra il punto 2.5 e il punto 5.2 del disciplinare riflette il contenuto dell'art. 51 del d.l.vo 2016 n. 50, ove si prevede, al comma 2, che "le stazioni appaltanti indicano, altresì, nel bando di gara o nella lettera di invito, se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti".

Il successivo comma 3 precisa che "le stazioni appaltanti possono, anche ove esista la facoltà di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente, a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, a presentare offerte o a negoziare. Nei medesimi documenti di gara indicano, altresì, le regole o i criteri oggettivi e non discriminatori che intendono applicare per determinare quali lotti saranno aggiudicati, qualora l'applicazione dei criteri di aggiudicazione comporti l'aggiudicazione ad un solo offerente di un numero di lotti superiore al numero massimo".

Il disciplinare reca una formulazione neutra, sicché la questione dedotta da -OMISSIS-, ora in esame, non attiene all'esistenza in sé del vincolo di aggiudicazione, ma all'applicazione fattane dalla stazione appaltante.

Aria spa sostiene che la forma giuridica sia diversa anche quando le stesse imprese formano due raggruppamenti temporanei assumendo in essi ruoli invertiti, ossia, di volta in volta, quello di mandante e di mandataria.

In tal modo, secondo l'amministrazione, il vincolo di aggiudicazione sarebbe rispettato, perché sarebbero diversi i soggetti aggiudicatari, stante il diverso ruolo rivestito nei due RTI sempre dagli stessi due operatori.

Si tratta di un'impostazione che contrasta frontalmente con la ratio del vincolo di aggiudicazione.

La scelta dell'amministrazione di introdurre tale vincolo - scelta non dovuta, perché non imposta dall'art. 51 del d.l.vo 2016 n. 50 - non può tradursi in una regola meramente formalistica, ma deve soddisfare la finalità cui tende la previsione del vincolo.

Il vincolo di aggiudicazione mira a garantire che, in una gara articolata in più lotti, sia assicurato l'accesso alla commessa pubblica e, quindi, ai diversi lotti ad una pluralità di operatori, così da assicurare la massima apertura alla concorrenza e al mercato.

Ora, siccome ciascun RTI non dà vita ad un soggetto autonomo, ma solo ad un vincolo contrattuale tra operatori determinati, per stabilire se gli operatori che partecipano ai diversi lotti siano sempre gli stessi o meno, occorre portare l'attenzione sui soggetti che partecipano ai diversi RTI.

Laddove, come nel caso in esame, si tratti sempre degli stessi due operatori, la circostanza che assumano, volta a volta, il ruolo di mandante e di mandatario non muta la sostanziale identità dei soggetti che compongono il raggruppamento.

La diversità di ruolo rivestita assume rilevanza ad altri fini, come, ad esempio, il riparto delle quote da eseguire, ovvero la diversa responsabilità assunta verso la stazione appaltante, ma non vale a dare vita ad un differente operatore.

Ciò è ancora più evidente quando, come incontestatamente accade nel caso di specie, ciascuno dei due partecipanti ai raggruppamenti sia iperqualificato, sicché anche la divisione dei ruoli - mandante e mandatario - non deriva da ragioni correlate al possesso dei requisiti di capacità economica o finanziaria.

La tesi sostenuta nei chiarimenti dall'amministrazione, laddove consente l'aggiudicazione di più di 4 lotti sempre agli stessi due operatori riuniti, purché partecipanti, per i diversi lotti, in RTI con ruoli invertiti di mandante e mandataria, è palesemente elusiva del vincolo di aggiudicazione e conduce ad effetti distorsivi della concorrenza, del tutto opposti alla ratio che sottende la previsione stessa del vincolo, ex art. 51 del d.l. vo 2016 n. 50.

L'offerente resta sempre lo stesso anche quando si presenta in forma di due RTI, composti però dagli stessi soggetti, poiché il diverso ruolo assunto in esso da ciascuna delle due società non muta la sostanza del fenomeno, ossia l'identità dell'operatore economico partecipante, secondo l'art. 45 del d.l.vo 2016 n. 50.

Anche a mantenere il tema su un piano strettamente letterale, va osservato che l'art. 45, comma 2 lett. d), cit. definisce operatori economici "i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti".

Quindi un raggruppamento è un operatore economico in cui determinati soggetti, società nel caso in esame, conferiscono un mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato come mandatario, senza altre precisazioni; pertanto, ciascuno dei soggetti coinvolti può assumere il ruolo di mandante o di mandatario e, pertanto, l'inversione di tali ruoli non muta l'identità dell'operatore economico - il raggruppamento - che partecipa per i diversi lotti della procedura.

Alla diversità di forma non corrisponde una diversità di sostanza, quando il raggruppamento, che non è un soggetto autonomo, è composto sempre dalle stesse società, seppure a ruoli invertiti, poiché sono le società ad assumere gli impegni verso la stazione appaltante e non il raggruppamento in quanto tale, che è solo il portato di un rapporto contrattuale di mandato con rappresentanza.

Ne deriva che l'amministrazione ha interpretato il vincolo di aggiudicazione previsto dall'art. 5.2 del disciplinare in modo contrastante con la ratio del vincolo stesso e del quadro normativo di riferimento, con conseguente fondatezza della censura in esame.

4.3) È fondata anche la censura con la quale -OMISSIS- contesta la suddivisione in lotti della gara in esame, lamentando l'illegittimità della previsione di soli 9 lotti, tutti di importo molto rilevante e ciascuno espressivo dell'accorpamento di più Aziende Sanitarie, ognuna delle quali, a sua volta, afferente ad un bacino territoriale di rilevante estensione, comprendendo al proprio interno un elevato numero di strutture ospedaliere, ambulatori e presidi, che determinano una presenza capillare sul territorio.

Tale suddivisione - neppure supportata sul piano motivazionale - nonché la durata quinquennale dell'affidamento di ciascun lotto, oltre ad alterare la concorrenza la concorrenza, determinano, secondo la tesi della ricorrente, la

sottrazione del servizio al mercato per un lungo arco temporale, con consolidamento di posizioni dominanti nel settore.

Il Tribunale osserva che:

- la *lex specialis* articola la gara in 9 lotti geografici, aventi un importo compreso tra i 32.000.000,00 e i 10.000.000,00 di euro e ciascun lotto riguarda ampi ambiti territoriali, comprensivi di un elevato numero di strutture ospedaliere ed ambulatoriali;

- in particolare: 1) il Lotto 1 è di importo pari ad euro 32.034.500,00 e comprende i territori dell'ASST Fatebenefratelli Sacco e della Fondazione Ospedale Maggiore Policlinico di Milano; 2) il Lotto 2 è di importo pari ad euro 19.652.140,00 e comprende i territori della Fondazione Policlinico San Matteo di Pavia e dell'ASST Melegnano e Martesana; 3) il Lotto 3 è di importo pari ad euro 19.226.722,08 e comprende i territori dell'ASST Lariana e dell'ASST Valle Olona; 4) il Lotto 4 è di importo pari ad euro 24.996.732,88 e comprende i territori dell'ASST Mantova e dell'ASST Bergamo Ovest; 5) il Lotto 5 è di importo pari ad euro 14.652.657,91 e comprende l'ASST di Vimercate e l'ASST di Monza; 6) il Lotto 6 è di importo pari ad euro 18.764.770,00 e comprende i territori dell'ASST Nord Milano e dell'ASST Santi Paolo e Carlo; 7) il Lotto 7 è di importo pari ad euro 14.032.112,18 e comprende i territori dell'ASST Ovest Milanese e dell'ASST Rhodense; 8) il Lotto 8 è di importo pari ad euro 12.002.475,00 e comprende i territori dell'ASST Val Camonica e dell'ASST Valtellina ed Alto Lario; 9) il Lotto 9 è di importo pari ad euro 10.970.094,00 e comprende i territori dell'ASST Centro Specialistico Ortopedico Traumatologico Gaetano Pini/CTO e della Fondazione Istituto Neurologico Besta di Milano;

- l'art. 51, comma 1, del d.l.vo 2016 n. 50 stabilisce che, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera gggg), in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture;

- la norma impone uno specifico onere motivazionale, poiché le stazioni appaltanti devono motivare 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;

- inoltre, si stabilisce che, 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, con la precisazione che "è 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";

- la norma richiama il concetto di lotto funzionale, compiutamente definito dall'art. 3, comma 1 lett. qq), cit. come "uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, ovvero parti di un lavoro o servizio generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti";

- si tratta di una definizione che, in coerenza con la giurisprudenza amministrativa, impone che l'articolazione dell'appalto in più porzioni garantisca, comunque, che ogni singola frazione abbia una funzionalità che ne consenta l'utilizzazione compiuta, mentre è precluso il frazionamento quando tali parti siano inserite in una prestazione che può assumere valore e utilità solo se unitariamente considerata;

- la giurisprudenza ha avuto modo di precisare più volte (cfr. ex multis, Consiglio di Stato, sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1138) che la tendenziale preferenza dell'ordinamento per una ragionevole divisione in lotti è fondata non solo sulla notoria esigenza di favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese, ex art. 51 del d.l.vo n. 50/2016 (ed in precedenza l'art. 2, comma 1 bis, dell'abrogato D.lgs. n. 163/2006), ma anche e soprattutto nella esigenza di assicurare realmente la libera concorrenza e la non discriminazione tra i contendenti, cioè finalità di eminente interesse pubblico, che, trascendendo le vicende della singola gara, attengono all'ordinato ed equilibrato sviluppo economico della società intera;

- lo strumento della suddivisione in lotti, effettuabile su base quantitativa o su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni esistenti, risulta peraltro suscettibile di deroga, purché la stazione appaltante esteri le ragioni della scelta e tal fine la giurisprudenza richiede una motivazione rigorosa, che individui i vantaggi economici e/o tecnico-organizzativi derivanti dall'opzione del lotto unico ed espliciti le ragioni per cui detti obiettivi siano prevalenti sull'esigenza di garantire l'accesso alle pubbliche gare ad un numero quanto più ampio di imprese, ed in particolare alle imprese di minore dimensioni (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669; Consiglio di Stato, sez. V, 16 marzo 2016, n. 1081);

- insomma, in sede di individuazione dei lotti, possono essere giustificate delle compressioni della concorrenza tra le imprese solo in presenza di motivate esigenze organizzative o economiche, che non possano trovare adeguato soddisfacimento in altro modo;

- ne consegue che ogni deroga al principio della necessaria suddivisione in lotti, che è presidio di tutela per il favor participationis delle imprese che non siano in grado di soddisfare le richieste del bando proprio a causa della predetta mancata ripartizione in lotti funzionali, deve essere misurata con il parametro dell'equilibrato bilanciamento dei valori che la norma sottende, sicché, tanto più elevato è il sacrificio che si richiede alle esigenze partecipative delle imprese, tanto più rigorosa dovrà essere la motivazione della deroga, da giustificarsi in ragione dell'elevato valore delle esigenze tecnico-organizzative o economiche rappresentate dall'amministrazione;

- sotto il profilo processuale, la scelta relativa alla suddivisione in lotti di un contratto pubblico "si presta ad essere sindacata in sede giurisdizionale amministrativa: e ciò ancorché l'incontestabile ampiezza del margine di valutazione attribuito all'amministrazione in questo ambito conduca per converso a confinare questo sindacato nei noti limiti rappresentati dai canoni generali dell'agire amministrativo, ovvero della ragionevolezza e della proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria" (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 4 marzo 2019, n. 1491; Consiglio di Stato, sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038);

- in ogni caso, la decisione della stazione appaltante deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto e resta delimitata, oltre che dalle specifiche norme sopra ricordate del codice dei contratti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza e non deve dar luogo a violazioni sostanziali dei principi di libera concorrenza, di par condicio, di non-discriminazione e di trasparenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 13 novembre 2017, n. 5224).

Nel caso di specie, i principi suindicati non risultano rispettati dalla stazione appaltante

I nove lotti sono tutti caratterizzati da un rilevante valore economico, atteso che uno è di importo superiore a 32 milioni, un altro di importo pari a circa 25 milioni, altri tre superano i 19 milioni, un altro è di poco inferiore a tale cifra, altri due superano i 14 milioni, un altro supera i 12 milioni, mentre quello di minor importo sfiora gli 11 milioni di euro.

Non solo, ciascuno di essi è strutturato su un'ampia estensione territoriale, con accorpamento di più aziende sanitarie e presidi ospedalieri differenti.

Del resto, ciascuno dei lotti ha ad oggetto l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali e la stazione appaltante non ha evidenziato concrete ragioni, correlate ad esigenze funzionali ovvero rapportate a specifici profili qualitativi - secondo le nozioni di lotto funzionale e di lotto prestazionale richiamate dall'art. 51 del d.l.vo 2016 n. 50 - tali da giustificare la suddivisione disposta dalla lex specialis.

A ben vedere, la previsione di lotti così dimensionati, cui si correlano requisiti di capacità altrettanto rilevanti, finisce col favorire la concentrazione dei lotti stessi in capo ad operatori di grandi dimensioni, in palese violazione della ratio sottesa alla necessaria ripartizione dell'appalto in lotti.

Insomma, al formale rispetto della previsione dell'art. 51 corrisponde la sua sostanziale violazione, perché l'amministrazione ha disposto un'articolazione in lotti non funzionale alla massima partecipazione, né a favorire l'ingresso degli operatori di piccole e medie dimensioni; tutto ciò senza alcuna ragione giustificativa.

Emerge così la violazione del principio di cui all'art. 51, primo comma ultimo periodo, cit. per cui "è 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".

In tale direzione, le norme di recepimento del diritto comunitario, in materia di suddivisione dei lotti, devono essere interpretate alla luce del principio di cui al "Considerando" 79, della Direttiva 2014/24/UE, secondo il quale le Amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero limitare il numero dei lotti che possono essere aggiudicati ad uno stesso offerente "... allo scopo di salvaguardare la concorrenza".

L'effetto anticoncorrenziale è accentuato dall'interpretazione che la Stazione appaltante ha dato al vincolo di aggiudicazione, secondo quanto già precisato, nonché dalla previsione della possibilità per ciascun operatore di conseguire sino a quattro lotti e dalla previsione di una durata quinquennale dei contratti di appalto, durata tutt'altro che contenuta.

Si è in presenza, dunque, di una suddivisione in lotti e di un'articolazione complessiva della gara solo apparentemente conforme ai paradigmi normativi di riferimento, ma, sostanzialmente, non rispettosa in concreto dei principi e del complesso delle disposizioni vigenti in materia di tutela della concorrenza e del libero mercato.

Va ricordato (cfr. di recente Consiglio di Stato, sez. III, 22 febbraio 2018 n. 1138) che la tendenziale preferenza dell'ordinamento per una ragionevole divisione in lotti è fondata non solo sulla notoria esigenza di favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese ex art. 51 del d.l.vo n. 50/2016 (così già l'art. 2, comma 1 bis, del d.l.vo n. 163/2006), ma anche, e soprattutto, sull'esigenza di assicurare realmente la libera concorrenza e la massima

partecipazione non solo al momento dell'effettuazione della gara, ma anche in relazione a tutto il periodo successivo di svolgimento del rapporto (cfr. nello stesso senso, Consiglio di Stato, sez. III n. 26 settembre 2018, n. 5534, ed in precedenza con riguardo all'art. 2 comma 1 del d.l.vo n. 163 del 2006, Consiglio di Stato, sez. VI 12 settembre 2014, n. 4669; Consiglio di Stato, sez. V, 20 marzo 2007, n. 1331).

L'alterazione in concreto della concorrenza è confermata dall'aggiudicazione di ben sei lotti, su nove complessivi, ai medesimi operatori, ossia -OMISSIS- e -OMISSIS- costituiti in RTI, con la precisazione che un altro lotto è stato aggiudicato a -OMISSIS- quale operatore individuale; mentre gli altri due lotti sono stati affidati a due operatori costituiti in RTI, quali -OMISSIS- e -OMISSIS-.

Ne è derivata la concentrazione, in capo ad un ristretto numero di operatori di grandi dimensioni e per almeno cinque anni, delle attività di gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali delle aziende sanitarie e ospedaliere operanti nel territorio della Regione Lombardia; ossia un risultato diametralmente opposto a quello cui tende la suddivisione in lotti.

Sotto altro profilo, va osservato che l'amministrazione non ha palesato concrete ragioni ostative ad una più ampia articolazione dei lotti, sicché tale possibilità costituiva un'opzione tecnicamente possibile e non eccessivamente gravosa per la stazione appaltante.

Parimenti, i motivi della suddivisione dell'appalto in 9 macro-lotti non sono state specificamente indicate negli atti di gara, né risultano aliunde le ragioni di tale scelta.

In definitiva, il limitato numero di lotti in cui l'appalto è stato suddiviso, il loro rilevante importo, la loro concreta articolazione in zone geografiche ad intensa presenza di strutture ospedaliere, ambulatoriali e presidi, evidenziano l'irragionevolezza della suddivisione operata dalla stazione appaltante e l'effetto anticoncorrenziale che ne deriva, con sostanziale violazione dell'art. 51 del d.l.vo 2016 n. 50 e dei principi di par condicio, tutela della concorrenza e trasparenza.

Va, pertanto, ribadita la fondatezza della censura in esame.

4.4) La ricorrente contesta il vincolo di aggiudicazione, non solo per come applicato sul piano soggettivo dalla stazione appaltante, ma anche nella parte in cui prevede la possibilità per ciascun operatore di conseguire l'aggiudicazione fino a quattro lotti.

Si ritiene che la possibilità di concentrare quattro lotti in capo allo stesso soggetto sia irragionevole e contrasti con la finalità sottesa alla possibilità di introdurre un vincolo di aggiudicazione.

La censura merita condivisione.

Si è già evidenziato che l'art. 51 del codice dei contratti pubblici non impone l'introduzione del vincolo di aggiudicazione nella disciplina di gara, nondimeno, laddove l'amministrazione decida di prevederlo, deve configurarlo in modo tale da rendere possibile il conseguimento delle finalità cui tende il vincolo stesso.

Il vaglio di ragionevolezza deve essere compiuto in concreto, tenendo conto dell'assetto complessivo del particolare appalto e delle sue caratteristiche specifiche.

Il vincolo di aggiudicazione garantisce l'apertura della commessa pubblica ad un maggior numero di operatori ed è diretto ad evitare situazioni di concentrazione in capo ad uno o a pochi soggetti; sicché è proprio questo il parametro che deve guidare il vaglio di ragionevolezza.

Nel caso di specie, all'ingente valore dei singoli lotti e alla loro ampia estensione territoriale, non ha fatto da contrappeso un vincolo di aggiudicazione effettivamente limitante, ossia tale da consentire l'apertura alla concorrenza.

L'amministrazione, infatti, ha consentito a ciascun operatore di acquisire fino a quattro lotti, con l'effetto, visto il numero limitato di Lotti in cui l'appalto è stato suddiviso, di favorire la concentrazione del servizio in capo a pochissimi operatori, come poi in concreto verificatosi.

Emerge così l'irragionevolezza della scelta operata dalla stazione appaltante nel consentire l'aggiudicazione fino a 4 lotti allo stesso soggetto, in quanto in ragione del valore dei lotti e della loro consistenza, ciò ha concorso a concentrare l'affidamento del servizio complessivo in mano a pochissimi operatori, con un effetto anticoncorrenziale palesemente distonico dalla ratio sottesa al vincolo di aggiudicazione.

Ne deriva la fondatezza della censura in esame.

4.5) Con un'altra, articolata, censura -OMISSIS- lamenta l'effetto distorsivo della concorrenza derivante dalla configurazione del vincolo di aggiudicazione e dall'interpretazione fattane dalla stazione appaltante, unitamente sia alla ripartizione dell'appalto in soli 9 lotti di ingente valore e di ampia dimensione geografica, sia alla mancata previsione di una clausola anticoncorrenziale idonea a limitare la partecipazione di RTI sovrabbondanti.

Anche questa censura deve essere condivisa.

La contestazione si appunta sull'assetto complessivo derivante dai profili della disciplina di gara ora indicati e deve essere esaminata muovendo proprio dalla mancata previsione di una clausola diretta a vagliare la partecipazione di RTI sovrabbondanti.

Non è in contestazione che -OMISSIS- ed -OMISSIS- abbiamo dato vita, partecipandovi con ruoli invertiti di mandante e mandataria, a due RTI sovrabbondanti, perché composti da due operatori dotati ciascuno in modo autonomo dei requisiti necessari per partecipare alla procedura, sicché la costituzione dei raggruppamenti non era necessaria ai fini del raggiungimento dei requisiti di partecipazione.

Da tempo, la giurisprudenza ha chiarito che non è configurabile un divieto assoluto di partecipazione alle gare in RTI sovrabbondanti, ossia composti da imprese che già possiedono, in via autonoma, i requisiti di partecipazione, in quanto un tale divieto non è previsto dall'ordinamento e sarebbe contrastante con il favor del diritto comunitario alla partecipazione alle gare ad evidenza pubblica anche di soggetti riuniti, al di là della forma giuridica di tale loro aggregazione (cfr. tra le altre T.A.R. Lazio, sez. III, 16 giugno 2016, n. 6966).

Nondimeno, ciò non significa che le stazioni appaltanti non possano introdurre strumenti di verifica al fine di accertare che simili forme di partecipazione non sottendano una violazione delle regole della concorrenza e siano dirette, in definitiva, a realizzare la concentrazione della commessa o di più lotti della gara in capo a pochi operatori più che qualificati.

Si tratta di strumenti di controllo che possono essere inseriti nella lex specialis al fine di verificare il rispetto del principio della tutela della concorrenza, così da evitare che la gara determini una distorsione della concorrenza (cfr. in argomento T.A.R. Lazio, sez. III, 09 novembre 2016, n. 11092; Consiglio di Stato, 4 novembre 2014, n. 5423) e che sono coerenti con il dovere di ciascuna stazione appaltante di assicurare la maggior concorrenzialità possibile nella specifica procedura di gara.

Certo, la previsione di una simile clausola non può tradursi nell'esclusione automatica di un RTI solo perché sovrabbondante, stante la tassatività delle cause di esclusione, ma può essere inserita per consentire all'amministrazione di verificare, in contraddittorio con gli operatori interessati, se la partecipazione di un simile RTI sottenda ragioni specifiche, di natura gestionale o industriale, ovvero sia funzionale solo ad alterare la concorrenza, in dipendenza della natura del servizio, delle peculiarità della specifica gara e dell'assetto del mercato di riferimento (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 12 febbraio 2013, n. 842; Consiglio di Stato, sez. III, 05 febbraio 2013, n. 689; Consiglio di Stato, sez. III, 11 giugno 2012 n. 3402; in tal senso anche AGCM comunicazione del 23 dicembre 2014).

Non va dimenticato che la tutela della concorrenza deve essere garantita anche dalla specifica disciplina della gara, calibrata sull'oggetto della procedura, sul valore dell'appalto, sulla sua articolazione in lotti e, più in generale, su ogni profilo idoneo ad incidere sulla preservazione della concorrenza nell'affidamento del particolare contratto.

Non a caso, l'art. 30, comma 7, del d.l.vo 2016 n. 50 specifica che anche i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese.

Nel caso di specie, la mancata previsione di una verifica in chiave anticoncorrenziale, da parte della Commissione, qualora l'offerta sia presentata da un RTI sovrabbondante, deve essere letta unitamente agli altri profili già censurati in quanto idonei ad alterare la concorrenza.

Invero, il vincolo di aggiudicazione previsto dall'art. 5.2 del disciplinare, in ragione dell'applicazione fattane dalla stazione appaltante è tale da favorire la concentrazione delle aggiudicazioni in capo a RTI composti dai medesimi soggetti, seppure con ruoli diversificati nell'ambito dei differenti raggruppamenti, come poi in concreto avvenuto, con evidente alterazione della concorrenza, fermo restando che i soggetti medesimi possono conseguire anche l'aggiudicazione di altri lotti come operatori partecipanti singolarmente.

L'effetto distorsivo, anticoncorrenziale, di tale meccanismo, risulta accentuato dalla suddivisione dell'appalto in soli 9 lotti, di ingente valore e di esteso ambito geografico, cui corrisponde la conseguente previsione di rilevanti requisiti di partecipazione, tale da favorire la concentrazione degli affidamenti in capo a pochi operatori di grandi dimensioni, come in concreto avvenuto.

Su tale assetto incide la mancata previsione di un controllo da parte della stazione appaltante, in logica pro concorrenziale ed antitrust, in caso di partecipazione - come in concreto verificatosi - di RTI sovrabbondanti; si tratta di una scelta che accentua l'effetto anticoncorrenziale che deriva dalla disciplina di gara, cui si correla la illegittima contrazione della possibilità, per gli operatori del mercato che partecipano alla procedura, di conseguire l'aggiudicazione all'esito delle operazioni di gara.

Si tratta di un assetto complessivo che contrasta con la previsione dell'art. 30, comma 2, del d.l.vo n. 50/2016, a mente del quale le stazioni appaltanti "non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi" (in argomento si consideri anche Consiglio di Stato, sez. III, 4 marzo 2019, n. 1491).

Proprio l'insieme dei profili ora esaminati della lex specialis ha consentito a due operatori, di per sé già qualificati, di partecipare come singoli - -OMISSIS- - e come parti di due RTI sovrabbondanti e tra loro sostanzialmente sovrapponibili, conseguendo complessivamente sette dei nove lotti, ossia ben più di quelli che avrebbero potuto ottenere se avessero partecipato solo come operatori singoli.

Tale assetto anticoncorrenziale poteva essere contenuto attraverso la previsione di un controllo antitrust da parte della Commissione sulla partecipazione in RTI sovrabbondanti, ma di esso non vi è traccia nella disciplina di gara e ciò palesa ulteriormente il pregiudizio arrecato alle esigenze di preservazione della concorrenza.

In definitiva, l'assetto complessivo che deriva dai profili della disciplina di gara suindicati determina un'irragionevole distorsione della concorrenza, con conseguente fondatezza della censura in esame.

4.6) Per contro sono infondate le ulteriori censure dedotte in ordine alla nomina della Commissione e all'apertura delle offerte economiche in seduta riservata, trattandosi di censure che non trovano concreto riscontro nella documentazione in atti.

5) Quanto al ricorso per motivi aggiunti presentato da -OMISSIS-, va osservato che, con più censure da trattare congiuntamente perché strettamente connesse sul piano logico e giuridico, la ricorrente contesta l'intera gestione della procedura e il procedimento di valutazione delle offerte, perché svolto in modo contrastante con i principi di concentrazione, di continuità e di valutazione comparativa delle offerte.

Le censure meritano condivisione.

Il Tribunale osserva che:

- per consolidata giurisprudenza, in materia di appalti pubblici il principio di concentrazione e di continuità delle operazioni di gara è di portata tendenziale, perché derogabile in presenza di ragioni oggettive, quali la complessità delle operazioni di valutazione delle offerte, il numero delle offerte in gara, l'eventuale indisponibilità dei membri della Commissione, la correlata necessità di nominare sostituti etc., che giustifichino il ritardo anche in relazione al preminente interesse all'effettuazione di scelte ponderate, derogabilità cui fa da sponda, ovviamente, la garanzia di conservazione dei plichi (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. III, 29 maggio 2017, n. 2542; T.A.R. Lazio, sez. III, 19 marzo 2018, n. 3082);

- ne consegue che le sedute di una Commissione di gara devono ispirarsi al principio di concentrazione e continuità e che, conseguentemente, la valutazione delle offerte tecniche ed economiche deve avvenire senza soluzione di continuità, al fine di scongiurare possibili influenze esterne ed assicurare l'assoluta indipendenza di giudizio dell'organo incaricato della valutazione stessa;

- parimenti, è pacifico che la previsione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, implica l'effettuazione di una valutazione comparativa delle offerte presentate (cfr. ex multis T.A.R. Toscana, sez. III, 26 luglio 2018, n. 1103; T.A.R. Campania, sez. V, 1 agosto 2018, n. 5153; Consiglio di Stato, sez. III, 22 gennaio 2014, n. 290), con la precisazione che, in caso di appalto articolato in più lotti, ciascuno di essi risulta autonomo, ai fini dello svolgimento delle operazioni di gara, sicché in relazione ad ogni lotto deve essere eseguita la valutazione comparativa delle offerte (cfr. in argomento TAR Lazio, sez. I quater, 25 giugno 2019 n. 8274);

- diversamente, le valutazioni rese dalla Commissione si pongono all'esito di un *modus procedendi* abnorme, non coerente con il criterio di selezione prescelto, in palese violazione dei canoni di trasparenza che presidono l'azione della stazione appaltante durante l'intero sviluppo della procedura;

- nel caso di specie, la Commissione giudicatrice, in primo luogo, ha valutato il parametro "Personale messo a disposizione nella commessa" delle offerte -OMISSIS-OMISSIS- rispetto a tutti i lotti cui partecipava tale operatore, quindi ha proseguito con l'esame delle medesime offerte di -OMISSIS-OMISSIS- rispetto ai restanti criteri di valutazione

(cfr. verbali in atti), introducendo però, in una successiva seduta, l'analisi, per tutti gli operatori economici e per tutti i lotti, dei parametri lineari e di quelli on/off, per poi abbandonare il metodo della valutazione del singolo concorrente rispetto a tutti i criteri di valutazione e procedere con l'analisi, per i vari operatori, dello stesso parametro;

- ne è derivata una dilatazione dei tempi di valutazione delle offerte, protrattasi dal 12 dicembre 2018 al 7 giugno 2019, senza che l'amministrazione abbia fornito concrete giustificazioni sul punto;

- insomma, la valutazione delle offerte è stata condotta in modo tutt'altro che lineare e coerente con le esigenze di concentrazione, atteso che si è passati da una valutazione di tipo orizzontale ad una verticale, con ingiustificato incremento dei tempi della procedura e con evidente alterazione della prescritta valutazione comparativa delle offerte;

- tutto ciò senza apprezzabili motivi, atteso che non integrano un'idonea spiegazione le generiche e tautologiche ragioni di efficienza riferite, con estrema laconicità, dai verbali di gara, fermo restando che neppure in sede processuale sono state fornite concrete delucidazioni su tale modo di procedere della stazione appaltante;

- in tale contesto, oltre ad emergere, in modo irragionevole, un deficit di trasparenza e di linearità nella valutazione delle offerte presentate e la non coerenza del procedimento seguito con l'articolazione della gara in Lotti, resta fermo che non sono state rispettate le esigenze di concentrazione e di continuità delle operazioni di gara, con conseguente fondatezza delle censure proposte.

La fondatezza delle censure esaminate, travolgendo integralmente l'attività valutativa della Commissione, non consente di configurare un residuo interesse della ricorrente alla disamina delle ulteriori censure relative a singoli profili delle valutazioni operate in sede di gara.

6) Deve essere respinta la domanda risarcitoria formulata dalla ricorrente principale, in quanto l'accoglimento delle censure proposte con il ricorso principale e con il ricorso per motivi aggiunti, nei limiti di quanto già precisato, travolge l'intera gara e risulta pienamente soddisfacente degli interessi sottesi alle impugnazioni proposte, fermo restando che la ricorrente non ha allegato e provato elementi tali da configurare i presupposti della responsabilità risarcitoria della stazione appaltante, ex art. 2043 c.c., né da palesare la sussistenza, la natura e l'entità dei danni asseritamente sofferti.

7) In definitiva, il ricorso incidentale proposto da -OMISSIS- e i successivi motivi aggiunti, nella parte in cui contestano l'ammissione alla gara della ricorrente principale, sono fondati e devono essere accolti, mentre il medesimo ricorso per motivi aggiunti è inammissibile nella parte in cui contesta il verbale del 4 marzo 2020.

Il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti presentati da -OMISSIS- sono fondati e devono essere accolti, nei limiti di quanto esposto in motivazione, mentre deve essere respinta la domanda risarcitoria formulata dalla ricorrente principale.

La complessità, fattuale e giuridica, delle questioni trattate conduce a compensare tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando:

1) accoglie il ricorso incidentale e, in parte qua, il ricorso per motivi aggiunti proposti da -OMISSIS- e per l'effetto annulla il provvedimento di ammissione alla procedura relativa al Lotto 4 di -OMISSIS-;

2) dichiara inammissibile il ricorso per motivi aggiunti proposto da -OMISSIS- nella parte in cui contesta il verbale del 4 marzo 2020;

3) accoglie in parte il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti proposti da -OMISSIS- e, per l'effetto annulla, nei limiti di quanto esposto in motivazione, il bando, il disciplinare e il provvedimento di aggiudicazione in relazione al Lotto 4;

4) respinge la domanda risarcitoria formulata da -OMISSIS- con il ricorso principale e con il ricorso per motivi aggiunti;

5) compensa tra le parti le spese di lite.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare sia la società ricorrente e i suoi amministratori o rappresentanti

menzionati in motivazione, sia le altre società partecipanti alla gara indicate in motivazione, sia gli enti che hanno disposto risoluzioni a carico della ricorrente parimenti indicati in motivazione.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Mauro Gatti, Consigliere

Fabrizio Fornataro, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 12 OTT. 2020.