

Il limite all'aggiudicazione di tutti i lotti è una facoltà della stazione appaltante il cui mancato esercizio non è - da solo e di per sé – sintomo di illegittimità. Detta facoltà deve essere adeguatamente indicata nel bando di gara.

TAR Lombardia, Sez. IV, sentenza n. 2552/2020

Publicato il 18/12/2020

N. 02552/2020 REG.PROV.COLL.

N. 01520/2019 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1520 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da Air Liquide Sanità Service S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Brunetti e Alfredo Vitale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso lo studio dell'avv. Filippo Brunetti in Milano, via Verdi, 2;

contro

ARIA S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudia Sala e Stefano Marras, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico in Milano, via Fabio Filzi 22;

nei confronti

Sol S.p.A. e Siad Società Italiana Acetilene e Derivati S.p.A., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Andrea Zanetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso lo studio dell'avv. Paolo Sansone in Milano, via G.B. Bazzoni 2; SIAD Healthcare S.p.A., Sico S.p.A., Sapio Life S.r.l., non costituite in giudizio;

per l'annullamento,

previa adozione di ogni opportuna misura cautelare,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della determinazione n. 442 del 30 maggio 2019, di aggiudicazione del Lotto 8 della gara per la fornitura di gas medicinali, tecnici e criogenetici e dei servizi di manutenzione connessi in favore del RTI SOL – SIAD - SIAD Healthcare S.p.A., nonché della proposta di aggiudicazione prot. ARCA.2019.0008989 del 30 maggio 2019;
- dei verbali del seggio di gara e della commissione giudicatrice (in particolare dei verbali da 5 a 13);
- della determina di nomina dei componenti della commissione giudicatrice prot. n. 2018.0009852 del 17 luglio 2018, della determina di sostituzione e contestuale nomina di un commissario della commissione giudicatrice prot. n. 2018.0010586 del 1° agosto 2018, della determinazione n. 23 del 15 gennaio 2019, di nomina di un sostituto della commissione giudicatrice;
- del Bando di gara per la “Fornitura di gas medicinali, tecnici e criogenici e dei servizi di manutenzione connessi – Numero di riferimento: ARCA_2017_028.2”, suddiviso in Lotti, pubblicato sulla G.U.R.I. 5ª Serie speciale Contratti pubblici n. 4 del 10.1.2018,

- dei documenti denominati “ARCA_2017_028.2_Disciplinare rettificato”, “ARCA_2017_028.2_Dettaglio prezzi beni rettificato”, “ARCA_2017_028.2_Gas Consistenze Impianti rettificato”, Capitolato Tecnico, Schema di Convenzione e relativi allegati;

- della determina di indizione della gara adottata dal Direttore Generale di ARCA prot. n. 0018680/2017 del 28 dicembre 2017;

- della determina di rettifica e contestuale riapertura dei termini della gara prot. n. ARCA.2018.0004950 del 4.4.2018 e della determina di rettifica prot. n. ARCA.2018.0005315 del 13.4.2018;

- dei chiarimenti pubblicati in corso di gara, aggiornati al 2 maggio 2018;

- di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso e/o consequenziale a quelli sopra menzionati;

nonché per l'annullamento e/o declaratoria di inefficacia, previa sospensione dell'efficacia

della convenzione eventualmente sottoscritta dagli enti coinvolti e dal soggetto aggiudicatario nelle more della definizione del giudizio, *ex art.* 122 c.p.a., oltre che per l'eventuale violazione del termine dilatorio di cui all'art. 32, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016;

e per la condanna

dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno ingiusto asseritamente subito dalla ricorrente per effetto degli impugnati provvedimenti, da risarcirsi, in via principale, in forma specifica mediante subentro nel contratto eventualmente *medio tempore* stipulato, ovvero, solo in subordine, per equivalente mediante il pagamento di una cifra a ristoro dei danni subiti e subendi da quantificarsi in corso di causa anche in via equitativa, unitamente ad interessi e rivalutazione monetaria;

per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da SIAD Società Italiana Acetilene e Derivati S.p.A. il 9.9.2019,

impugnazione in via incidentale dei seguenti atti “esclusivamente per la parte in cui l'offerta presentata da Air Liquide Sanità Service S.p.A. è stata ritenuta ammissibile anziché essere esclusa dalla gara”:

- determinazione n. 442 del 30 maggio 2019 di aggiudicazione del Lotto 8 della gara per la fornitura di gas medicinali, tecnici e criogenetici e dei servizi di manutenzione connessi in favore del RTI SOL – SIAD - SIAD Healthcare S.p.A.;
- proposta di aggiudicazione prot. ARCA.2019.0008989 del 30 maggio 2019;
- verbali del seggio di gara e della commissione giudicatrice.

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati dalla ricorrente il 10.12.2019, per l'annullamento:

- della determinazione n. 442 del 30 maggio 2019, di aggiudicazione del Lotto 8 della gara per la fornitura di gas medicinali, tecnici e criogenetici e dei servizi di manutenzione connessi in favore del RTI SOL – SIAD - SIAD Healthcare S.p.A., nonché della proposta di aggiudicazione prot. ARCA.2019.0008989 del 30 maggio 2019;
- dei verbali del seggio di gara e della commissione giudicatrice (in particolare dei verbali da 5 a 13);
- della determina di nomina dei componenti della commissione giudicatrice prot. n. 2018.0009852 del 17 luglio 2018, della determina di sostituzione e contestuale nomina di un commissario della commissione giudicatrice prot. n. 2018.0010586 del 1° agosto 2018, della determinazione n. 23 del 15 gennaio 2019, di nomina di un sostituto della commissione giudicatrice;
- del Bando di gara per la “*Fornitura di gas medicinali, tecnici e criogenetici e dei servizi di manutenzione connessi – Numero di riferimento: ARCA_2017_028.2*”, suddiviso in Lotti, pubblicato sulla G.U.R.I. 5ª Serie speciale Contratti pubblici n. 4 del 10.1.2018,

- dei documenti denominati “ARCA_2017_028.2_Disciplinare rettificato”, “ARCA_2017_028.2_Dettaglio prezzi beni rettificato”, “ARCA_2017_028.2_Gas Consistenze Impianti rettificato”, Capitolato Tecnico, Schema di Convenzione e relativi allegati;

- della determina di indizione della gara adottata dal Direttore Generale di ARCA prot. n. 0018680/2017 del 28 dicembre 2017;

- della determina di rettifica e contestuale riapertura dei termini della gara prot. n. ARCA.2018. 0004950 del 4.4.2018 e della determina di rettifica prot. n. ARCA.2018.0005315 del 13.4.2018;

- dei chiarimenti pubblicati in corso di gara, aggiornati al 2 maggio 2018;

- di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso e/o consequenziale a quelli sopra menzionati;

nonché per l’annullamento previa adozione di ogni opportuna misura cautelare:

- dei verbali della commissione di gara n. 18 del 19.9.2019, n. 19 del 16.10.2019 e n. 20 del 23.10.2019, del non noto provvedimento di riconvocazione della Commissione e, ove occorra, del provvedimento del RUP ARIA.2019.2452 del 22.7.2019;

- della Determinazione del Direttore Generale di ARIA n. 308 del 11/11/2019, avente ad oggetto “*ARCA_2017_028.2 – PROCEDURA APERTA, AI SENSI DELL’ART. 60 DEL D.LGS. N. 50/2016, PER L’AFFIDAMENTO DELLA FORNITURA DI GAS MEDICINALI, TECNICI E CRIOGENICI E DEI SERVIZI DI MANUTENZIONE CONNESSI A FAVORE DEGLI ENTI DEL SERVIZIO SANITARIO REGIONALE DI CUI ALL’ART. 1 DELLA LEGGE REGIONALE N. 30/2006 E S.M.I. - RETTIFICA AGGIUDICAZIONE DELLA PROCEDURA*”;

- del provvedimento del RUP prot. IA 2019.0015596 del 12.11.2019 recante “(...) *comunicazione di aggiudicazione post ricorsi*” con il quale “*si conferma l’aggiudicatario dei lotti*”

della presente procedura come da precedente determina di aggiudicazione e si riportano di seguito i punteggi complessivi assegnati a ciascun operatore economico a seguito delle attività della commissione giudicatrice” e di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso e/o consequenziale a quelli sopra menzionati;

nonché per l’annullamento e/o declaratoria di inefficacia, previa sospensione dell’efficacia

della convenzione eventualmente sottoscritta dagli enti coinvolti e dal soggetto aggiudicatario nelle more della definizione del giudizio, *ex art. 122 c.p.a.*, oltre che per l’eventuale violazione del termine dilatorio di cui all’art. 32, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016;

e per la condanna

dell’Amministrazione resistente al risarcimento del danno ingiusto subito dalla ricorrente per effetto degli impugnati provvedimenti, da risarcirsi, in via principale, in forma specifica mediante subentro nel contratto eventualmente *medio tempore* stipulato, ovvero, solo in subordine, per equivalente mediante il pagamento di una cifra a ristoro dei danni subiti e subendi, da quantificarsi in corso di causa anche in via equitativa, unitamente ad interessi e rivalutazione monetaria.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Sol S.p.A. e Siad Società Italiana Acetilene e Derivati S.p.A., e di ARIA S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Oscar Marongiu nell’udienza del giorno 16 luglio 2020, svoltasi in modalità da remoto, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente, operante nel settore della produzione e fornitura di gas medicali, premesso di aver partecipato alla gara, suddivisa in 9 lotti, indetta da ARCA S.p.A. (ora ARIA S.p.A.) per l'affidamento della fornitura di gas medicinali, tecnici e criogenici e dei servizi di manutenzione connessi, classificandosi per il lotto n. 8 al terzo posto, dietro al RTI composto da Sico S.p.A. e Sapio Life S.r.l. (secondo classificato) e al RTI composto da Sol S.p.A. con le imprese Siad S.p.A. e Siad Healthcare S.r.l. (primo classificato), ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, tra cui, in particolare, il provvedimento di aggiudicazione del lotto in questione, deducendone l'illegittimità sulla base dei seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione degli artt. 6 e 8 del d.lgs. n. 219/2006; eccesso di potere per irragionevolezza, erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, difetto d'istruttoria, difetto di motivazione;

2) illegittimità del punteggio attribuito alla seconda classificata RTI Sico – Sapio Life in relazione al criterio “ampiezza di gamma nella tipologie di bombole”; violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per violazione delle linee guida ANAC n. 2; eccesso di potere per irragionevolezza, erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, difetto d'istruttoria, difetto di motivazione;

3) violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per violazione delle linee guida ANAC n. 2; eccesso di potere per irragionevolezza, erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, difetto d'istruttoria, difetto di motivazione; violazione del principio di continuità e concentrazione delle operazioni di gara e del principio del collegio perfetto;

4) violazione e falsa applicazione degli artt. 77 e 216 del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per irragionevolezza, erronea rappresentazione dei presupposti di fatto,

difetto d'istruttoria, difetto di motivazione; difetto di professionalità e competenza in capo ai commissari;

5) violazione e falsa applicazione degli artt. 48, comma 7, e 51 del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per irragionevolezza, erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, difetto d'istruttoria, difetto di motivazione; violazione del principio di massima partecipazione e di tutela della concorrenza effettiva;

6) violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 97 e 68 del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, disparità di trattamento, irragionevolezza, erronea rappresentazione dei presupposti, difetto di motivazione ed istruttoria, sviamento, contraddittorietà interna ed esterna;

7) violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 95 del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza e contraddittorietà, disparità di trattamento e violazione del principio di imparzialità; erronea rappresentazione dei presupposti di fatto.

Si è costituita in giudizio ARIA S.p.A., chiedendo la reiezione del ricorso.

Si sono costituite le controinteressate Sol S.p.A. e SIAD Società Italiana Acetilene e Derivati S.p.A., le quali, oltre a resistere al gravame nel merito, hanno eccepito l'inammissibilità del ricorso per omessa notifica all'Amministrazione (in quanto, a decorrere dal 1° luglio 2019, in virtù della l.r. n. 6 del 3 aprile 2019, ARCA S.p.A. è stata incorporata in Lombardia Informatica S.p.A., poi divenuta ARIA S.p.A., e pertanto il ricorso, notificato il 3 luglio 2019, avrebbe dovuto essere notificato ad ARIA S.p.A.), l'inammissibilità dei motivi nn. 3-7 (in quanto la procura al difensore, rilasciata su foglio separato, indica unicamente il provvedimento di aggiudicazione, e non il bando, né il disciplinare di gara e i provvedimenti di nomina della commissione, ossia gli atti, asseritamente illegittimi, presupposti rispetto al provvedimento di aggiudicazione), l'irricevibilità per tardività delle censure relative alla composizione della commissione giudicatrice (in quanto, a dire

delle controinteressate, l'atto di nomina della commissione avrebbe dovuto essere impugnato immediatamente, poiché Air Liquide Sanità Service S.p.A. era presente sia alla seduta del 10 luglio 2018, in cui sono stati sorteggiati i componenti della commissione ed è stata data comunicazione dei curricula ai sensi dell'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, sia alla seduta pubblica del 18 luglio 2018, in cui erano presenti i commissari), nonché l'inammissibilità e irricevibilità per varie ragioni delle singole censure.

Alla camera di consiglio del giorno 25 luglio 2019 la ricorrente ha rinunciato all'istanza cautelare.

Sol S.p.A. e SIAD Società Italiana Acetilene e Derivati S.p.A. hanno proposto ricorso incidentale avverso la determinazione di aggiudicazione e gli ulteriori atti di gara indicati in epigrafe, nella parte in cui l'offerta presentata dalla ricorrente, anziché essere esclusa dalla gara, è stata ritenuta ammissibile.

Il ricorso incidentale è stato affidato ad un unico motivo, articolato nelle seguenti censure:

- violazione del Capitolato tecnico; violazione del Disciplinare di gara; violazione di legge per violazione e omessa applicazione dell'art. 94 del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per travisamento dei fatti e per illogicità.

Con successiva memoria Air Liquide Sanità Service S.p.A. ha controdedotto al ricorso incidentale, oltre a ribadire le ragioni poste a base del ricorso.

Con motivi aggiunti la ricorrente, a seguito della conoscenza di nuovi documenti, ha impugnato gli stessi atti già gravati con il ricorso introduttivo, sviluppando le doglianze proposte con il primo motivo del ricorso originario con le seguenti ulteriori censure:

- violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c- bis) del d.lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione degli artt. 6 e 8 del d.lgs. n. 219/2006; violazione e falsa applicazione del d.lgs. 24.2.1997 n. 46, di attuazione della direttiva

93/42/CE, concernente i dispositivi medici, nonché delle note AIFA in materia di valvole riduttrici integrate; eccesso di potere per irragionevolezza, erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, difetto d'istruttoria, difetto di motivazione.

Nelle more del giudizio il RUP ha sospeso l'attività di stipula del contratto e la commissione è stata riconvocata per esaminare le "criticità" denunciate nel gravame "che impattano sul profilo tecnico". A seguito delle nuove attività della commissione, descritte nei verbali n. 18 del 19.9.2019, n. 19 del 16.10.2019 e n. 20 del 23.10.2019, la stazione appaltante ha rettificato i punteggi e confermato la graduatoria e l'originaria aggiudicazione.

Con ulteriori motivi aggiunti, quindi, la ricorrente ha impugnato tali nuovi atti, meglio indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità sulla base dei seguenti motivi:

1) illegittimità del punteggio attribuito alla ricorrente in relazione al criterio "Qualificazione all'interno del rating di legalità" e "ampiezza di gamma nella tipologie di bombole"; violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per violazione delle linee-guida ANAC n. 2; eccesso di potere per irragionevolezza, erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, difetto d'istruttoria, difetto di motivazione;

2) violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per violazione delle linee guida ANAC n. 2; eccesso di potere per irragionevolezza, erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, difetto d'istruttoria, difetto di motivazione; violazione del principio di continuità e concentrazione delle operazioni di gara;

3) violazione e falsa applicazione degli artt. 32 e 33 del d.lgs. n. 50/2016, nonché del d.lgs. n. 46/1997 e del d.m. 21.12.2009; eccesso di potere per violazione della disciplina di gara sui controlli post-aggiudicazione; eccesso di potere per

irragionevolezza, erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, difetto d'istruttoria, difetto di motivazione;

4) violazione e falsa applicazione degli artt. 31, 77 e 216 del d.lgs. n. 50/2016, nonché del d.lgs. n. 46/1997 e del d.m. 21.12.2009; eccesso di potere per violazione della disciplina di gara sui controlli post-aggiudicazione; eccesso di potere per irragionevolezza, erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, difetto d'istruttoria, difetto di motivazione; violazione del principio del giusto procedimento;

5) illegittimità derivata: i provvedimenti impugnati, a dire della ricorrente, oltre ad essere afflitti dai vizi propri sopra illustrati, sarebbero altresì viziati, in via derivata, nei profili già dedotti con il ricorso introduttivo e con i primi motivi aggiunti, espressamente richiamati per rinvio.

Con memoria la controinteressata ha eccepito l'irricevibilità delle censure dedotte con i primi motivi aggiunti e riproposte con i secondi motivi aggiunti, nonché l'inammissibilità e irricevibilità di singole censure contenute nei secondi motivi aggiunti, oltre a resistere nel merito.

ARIA S.p.A., con memoria, ha eccepito l'inammissibilità del primo motivo del ricorso introduttivo e dei primi motivi aggiunti, insistendo per la reiezione del gravame nel merito.

Alla camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2019 la ricorrente ha rinunciato alla sospensiva.

In vista dell'udienza di discussione le parti hanno ribadito le proprie difese con memorie e repliche.

All'udienza del giorno 16 luglio 2020, svoltasi in modalità da remoto, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Si può prescindere dall'esame delle eccezioni processuali, in quanto il ricorso introduttivo e i primi e secondi motivi aggiunti sono infondati nel merito (salvo

quanto si dirà oltre, per il secondo motivo del ricorso introduttivo). Prima di passare alla disamina degli stessi, tuttavia, occorre soffermarsi sul ricorso incidentale proposto dalle controinteressate.

3. Le ricorrenti incidentali contestano che l'offerta presentata dalla ricorrente principale non avrebbe potuto essere ammessa in gara, risultando condizionata e difforme rispetto alle prescrizioni del Capitolato. Dall'esame della relazione tecnica presentata in gara da Air Liquide Sanità Service S.p.A. emergerebbe, in particolare, che la consegna dei gas oggetto dell'appalto sarebbe subordinata (anche) "agli accordi intercorsi" con l'Amministrazione, il che equivarrebbe a condizionare l'offerta a futuri accordi da prendere con la ricorrente stessa, con conseguente inammissibilità dell'offerta, come espressamente previsto dagli artt. 5.2 del Disciplinare di gara e 94 del d.lgs. n. 50/2016. L'offerta della ricorrente, inoltre, risulterebbe parziale e condizionata anche sotto diverso profilo, in quanto il sistema di tracciabilità "dai depositi ai punti d'uso presso i reparti", espressamente prescritto dall'art. 3.2 del Capitolato tecnico (doc. 8.4 della ricorrente, nella parte in cui fa riferimento a "consegne e allocazione lotti farmaceutici forniti ai vari punti di utilizzo interni"), sarebbe meramente eventuale e incompleto (in ragione dell'utilizzo della locuzione "ove previsto").

La commissione, quindi, secondo la prospettazione delle ricorrenti incidentali, avrebbe dovuto escludere dalla gara la ricorrente principale, con conseguente illegittimità della sua ammissione, sia sotto il profilo della violazione della lex specialis e dell'art. 94 del d.lgs. n. 50/2016, sia sotto il profilo dell'eccesso di potere per travisamento dei fatti e illogicità.

3.1. Il ricorso incidentale è infondato.

Al riguardo è sufficiente osservare che:

- quanto al primo profilo di censura, contrariamente a quanto dedotto dalle controinteressate, non può imputarsi alla ricorrente la formulazione di un'offerta

del servizio di trasporto e consegna dei contenitori mobili condizionata alle indicazioni degli enti e agli accordi da concludere con essi, in quanto è lo stesso capitolato, all'art. 3.3, a indicare espressamente che il trasporto e la consegna devono avvenire previo coordinamento con il singolo ente e previ accordi tra le parti anche in ordine agli orari di consegna: l'offerta della ricorrente, dunque, si pone in linea con le richiamate previsioni del capitolato;

- anche con riferimento al secondo profilo di censura, la ricorrente si limita a richiamare, nella propria offerta tecnica, concetti e parole utilizzati nel capitolato tecnico, come emerge dal fatto che lo stesso capitolato, all'art. 1 (“OGGETTO DELL'APPALTO”), nel definire l'elenco delle forniture e dei servizi richiesti, al punto D (secondo e quarto sottopunto) richiede, rispettivamente: i) “Ove espressamente previsto dall'Ente, distribuzione e consegna delle confezioni e dei contenitori ai reparti di tutti i presidi sanitari e della relativa formazione” (secondo sottopunto); ii) “Solo per gli enti per cui il servizio di movimentazione delle bombole è affidato al fornitore, servizio di tracciabilità del gas AIC e degli altri gas con sistemi informatici compatibili con quanto richiesto dalle normative in materia di distribuzione dei farmaci ...” (quarto sottopunto).

Tanto basta a concludere che le censure sono manifestamente infondate, sicché il ricorso incidentale va respinto.

4. Passando al merito del gravame principale, vanno esaminati il primo motivo del ricorso introduttivo e i primi motivi aggiunti, con i quali la ricorrente lamenta che:

- il RTI aggiudicatario doveva essere escluso dalla gara in quanto le bombole con manometro digitale da esso offerte, dotate di valvola Alpinox, sarebbero prive dell'autorizzazione all'immissione in commercio (c.d. A.I.C.);

- in particolare, il RTI SOL/SIAD avrebbe offerto in gara una valvola riduttrice integrata “ALPINOX” (M706) con manometro digitale (E-Gauge) e collegamento bluetooth wireless prodotta dalla casa produttrice COEDEUX che, però, non

sarebbe in commercio e non risulterebbe registrata come dispositivo medico CE: la valvola riduttrice integrata registrata nel repertorio dispositivi medici, infatti, per quanto appreso dalla stessa COEDEUX, non ha il collegamento bluetooth wireless;

- la stessa casa produttrice confermerebbe che la valvola “Alpinox” offerta in gara dalla controinteressata (caratterizzata dal collegamento bluetooth wireless per il trasferimento dati) non è in commercio e non è registrata come dispositivo medico in alcuno Stato della Comunità europea;

- poiché le valvole riduttrici integrate, oltre a rappresentare, a dire della ricorrente, un requisito minimo essenziale dell'appalto, costituiscono – sotto il profilo qualitativo - anche elemento tecnico dell'offerta valutabile ai fini dell'attribuzione del relativo punteggio, la controinteressata - formulando un'offerta inammissibile, in quanto ad oggetto impossibile/inesistente - avrebbe indotto in errore la commissione giudicatrice, meritando l'esclusione, sia per l'inammissibilità dell'offerta, sia per violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis) del d.lgs. n. 50/2016, il quale sanziona con l'esclusione l'operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio, oppure che abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti, suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;

- l'offerta della controinteressata sarebbe inammissibile, inoltre, perché, avendo ad oggetto (anche) una valvola riduttrice integrata con manometro digitale (E-Gauge) e collegamento bluetooth wireless non ancora in commercio, non risulta registrata (né in corso d'imminente registrazione) come dispositivo medico CE e, pertanto, si

pone in contrasto con le previsioni del d.lgs. n. 46/1997 e delle direttive comunitarie in materia di dispositivi medici.

4.1. Le censure non hanno pregio.

Al riguardo, è sufficiente rilevare che:

- come efficacemente dedotto da parte resistente, la bombola dotata di riduttore Alpinox non è rinvenibile nell'offerta tecnica (che descrive i prodotti offerti), ma nella relazione tecnica dell'impresa aggiudicataria (che esplica le modalità di espletamento dei servizi e gli elementi per ottenere i punteggi premiali), ed è citata, tra numerosi altri elementi, quale aspetto migliorativo offerto (rispetto ai prodotti oggetto di offerta tecnica), al fine di conseguire il punteggio afferente "Modalità con cui è ricavabile il residuo del volume della bombola";
- nel dettaglio, la valvola Alpinox Coedeux viene indicata nella sezione "PROPOSTA INTEGRATIVA: TIPOLOGIA ALTERNATIVA DI VALVOLA RIDUTTRICE INTEGRATA" (punto 9.9 della relazione n. 3, presentata per i lotti 2, 6, 8 e 9, sub doc. 3, depositato dalle controinteressate in data 17 dicembre 2019) e definita "Modello alternativo di valvola riduttrice integrata" (punto 3 della relazione n. 4, presentata per i lotti 2, 6 e 8, sub doc. 4 delle controinteressate), come miglioria rispetto alle valvole Viproxy standard e Viproxy One-Touch, costituenti l'oggetto dell'offerta tecnica;
- il RTI controinteressato ha offerto quindi le citate valvole Viproxy standard e Viproxy One-Touch, che rappresentano la soluzione individuata come primaria dal RTI e risultano pienamente rispondenti alle prescrizioni del Capitolato, così come tutte le bombole da esso offerte in gara, d'altra parte, sono dotate di A.I.C.;
- il fatto che la Valvola Alpinox non sia commerciabile e risulti priva di AIC, quindi, non potrebbe portare all'esclusione dell'impresa offerente ai sensi della lex specialis, in quanto tale valvola non è oggetto di offerta primaria ma solo aggiuntiva ai fini delle migliorie;

- l'irrilevanza, ai fini della completezza dell'offerta, della valvola con funzione wireless trova conferma nella medesima relazione n. 3, posto che, nell'elenco delle bombole e delle valvole offerte dal RTI aggiudicatario, non compare la valvola con funzione wireless: ciò costituisce ulteriore riprova del fatto che tale valvola non poteva ritenersi un elemento essenziale dell'offerta;
- peraltro, il punteggio assegnato per il parametro "Modalità con cui è ricavabile il residuo del volume della bombola", come emerge dalla lettura integrale della relativa motivazione, si basa su un complesso di elementi di cui la disponibilità di connessioni wireless per il tramite della valvola Alpinox costituisce solo una parte, nemmeno preponderante;
- sotto diverso profilo, l'aggiunta nell'offerta di tale ulteriore valvola quale modello alternativo/integrativo non ha viziato il processo decisionale della stazione appaltante ai fini dell'aggiudicazione, tanto più considerato l'enorme divario di punteggio finale (per i lotti contestati dalla ricorrente) tra il RTI aggiudicatario e Air Liquide;
- la ricorrente, del resto, non dimostra che l'eliminazione totale del punteggio premiale assegnato al RTI aggiudicatario per il parametro in questione le consentirebbe di superare la prova di resistenza.

Le censure, pertanto, vanno respinte.

5. Con il secondo motivo del ricorso introduttivo la ricorrente deduce che:

- dall'analisi congiunta della relazione dell'RTI Sico, seconda classificata, e del verbale di gara n. 14 per la parte relativa all'attribuzione del punteggio "ampiezza gamma bombole", emergerebbe che la commissione sarebbe incorsa in un errore di valutazione, atteso che il RTI Sico ha offerto 5085 differenti tipologie di bombole, ottenendo il punteggio massimo pari a 7 punti, mentre la ricorrente ha invece offerto 600 differenti tipologie di bombole, ricevendo 0,82 punti, probabilmente calcolati secondo un criterio di proporzione lineare;

- tuttavia, il numero della tipologia di bombole indicato nei verbali per il RTI Sico sarebbe del tutto inattendibile e frutto di un evidente equivoco in cui la commissione sarebbe incorsa sulla base delle fuorvianti indicazioni formulate nella relazione del RTI Sico;

- ciò troverebbe conferma nel fatto che Sico (che da sola conterebbe 2403 tipologie di bombole, offerte, in qualità di concorrente impresa singola, nel Lotto 7), ha partecipato in RTI con Rivoira Pharma nel lotto 1 e, in relazione a tale lotto (per il quale il RTI avrebbe quindi dovuto offrire almeno 2403 tipologie di bombole), ha indicato complessivamente, con riferimento all'intero RTI, 641 tipologie di bombole: tanto basterebbe a dimostrare l'evidente difetto di istruttoria, nonché l'assoluta

irragionevolezza e illegittimità delle valutazioni svolte dalla commissione giudicatrice, che neppure si è interrogata su numeri così differenti e irrealistici presentati dall'RTI Sico-Sapio Life rispetto ad altri concorrenti in gara in altri lotti (quasi 24 volte le tipologie di contenitori di Linde, 13 volte quelle di SOL e SIAD in RTI, 8 volte e mezzo quelle di Air Liquide Sanità Service);

- in quest'ottica, se la commissione avesse operato correttamente nell'attribuzione del punteggio ai concorrenti con riguardo al criterio lineare "ampiezza gamma bombole", la ricorrente avrebbe ottenuto un punteggio superiore a quello conseguito dalla seconda classificata (pari a 56,06 punti), risultando seconda in graduatoria (e addirittura prima, in caso di esclusione del RTI Sol);

- Sico e Sapio avrebbero considerato come tipologie differenti anche bombole con caratteristiche identiche, per il sol fatto di esser prodotte da costruttori distinti o per avere diverse caratteristiche geometriche (ma identiche caratteristiche qualitative o funzionali):

- la non corretta valutazione della gamma di bombole offerte da parte della commissione, per un verso, sarebbe indice evidente dell'assoluta illegittimità e

irragionevolezza del giudizio formulato dalla commissione, per altro verso dimostrerebbe l'assenza di adeguata esperienza nello specifico settore dei gas medicinali da parte dei commissari, che non si sarebbero resi conto dell'erronea rappresentazione dei dati formulata dal RTI Sico in gara;

- ne consegue che, se la commissione avesse correttamente applicato la proporzione lineare la ricorrente avrebbe ottenuto un punteggio superiore a quello di appena 0,82 punti effettivamente conseguito e, tenuto conto che la differenza di punteggio tra seconda e terza classificata è complessivamente di 3,5 punti, mentre la differenza di punteggio per tale criterio di valutazione è risultato pari a 6,18 punti, la ricorrente avrebbe verosimilmente ottenuto il secondo posto in graduatoria;

- il RTI Sico, in ogni caso, andrebbe escluso per aver fornito informazioni false e fuorvianti che hanno altro influenzato la selezione e l'aggiudicazione della gara, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016 *ratione temporis* applicabile.

5.1. Le censure sono inammissibili.

La ricorrente non potrebbe trarre alcun vantaggio dall'eventuale accoglimento della censura, in primo luogo perché l'interessata, a seguito della reiezione del primo motivo di ricorso, non potrebbe comunque completare la "scalata" fino al primo posto della graduatoria e, in secondo luogo, perché la ricorrente ha proposto, in via subordinata rispetto alla domanda volta alla aggiudicazione, diverse censure tutte espressamente dirette al travolgimento dell'intera gara. La ricorrente, in altri termini, ha dimostrato di non avere alcun interesse, nemmeno strumentale, al conseguimento del secondo posto, né, d'altra parte, il giudice può attribuire d'ufficio al ricorrente un bene della vita cui lo stesso non aspira, a ciò ostando il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Le censure, pertanto, vanno dichiarate inammissibili, come eccetto dalle controinteressate.

6. Con il terzo motivo del ricorso introduttivo la ricorrente lamenta che:

- le offerte sarebbero state valutate lungo un arco di tempo compreso tra il 18 luglio 2018 e il 21 marzo 2019 e i punteggi non sarebbero stati attribuiti di volta in volta, ma soltanto nella seduta del giorno 8 aprile 2019, con dispersione nel tempo, quindi, degli elementi valutativi oggetto di discussione in seno alla commissione;
- l'organo valutativo avrebbe illegittimamente omesso di formulare giudizi e attribuire punteggi di volta in volta, rimandando tutta l'attività di formulazione dei giudizi e di attribuzione dei punteggi all'ultima seduta: tale modus operandi sarebbe irragionevole, in quanto difetterebbe la garanzia di conservazione degli elementi di valutazione;
- i lavori della commissione sarebbero andati oltre il termine di 210 giorni previsto dal disciplinare per la conclusione delle operazioni;
- nei verbali delle sedute della commissione di gara non sarebbe verbalizzata alcuna modalità di garanzia di custodia dei plichi aperti nel corso delle valutazioni;
- la commissione avrebbe operato in violazione del principio del collegio perfetto, in quanto, nel suo plenum deliberativo finale, sarebbe risultata composta anche da due commissari che non hanno partecipato a tutte le attività di disamina delle offerte e che, quindi, avrebbero espresso i propri coefficienti valutativi (che hanno concorso a formare la media) sostanzialmente "al buio" su molteplici aspetti rilevanti delle offerte in gara, con conseguente inattendibilità e arbitrarietà dei giudizi.

6.1. Le censure non persuadono.

Al riguardo, il Collegio rileva che:

- la commissione giudicatrice, per ciascuna seduta, ha redatto un verbale e, per ciascuno di essi, ha indicato le operazioni svolte (v. docc. 3.1 ss. della produzione di parte ricorrente);

- non può ritenersi automaticamente illegittima una gara di appalto per il solo fatto che le relative operazioni si siano svolte in un lungo lasso di tempo: il protrarsi delle operazioni di gara per molto tempo non rende, di per sé, automaticamente illegittima la procedura di gara, in quanto il principio di continuità e di concentrazione delle operazioni non è di tale absolutezza e rigidità da determinare sempre e comunque, laddove vulnerato, l'illegittimità degli atti di gara, soprattutto allorquando la procedura, per la complessità delle operazioni valutative e il numero dei partecipanti alla gara, si protragga per numerose sedute (T.A.R. Toscana, n. 1272/2018);
- nella fattispecie, la valutazione delle offerte è cominciata il 20 settembre 2018 (cfr. verbale n. 7, doc. 3.7 della ricorrente) ed è terminata l'8 aprile 2019 (verbale n. 14, doc. 3.14 della ricorrente): in circa 6 mesi e mezzo la commissione ha valutato 25 offerte per 9 lotti e tale periodo di tempo non può ritenersi irragionevolmente lungo, tenuto conto del numero e della complessità delle offerte da valutare, nonché della delicatezza della prima procedura aggregata nel settore merceologico di cui è causa e del fatto che, nel corso delle attività, è stato necessario sostituire due commissari;
- il termine di 210 giorni, indicato dal Disciplinare di gara, ha natura ordinatoria e non perentoria, in mancanza di espressa previsione in tal senso;
- il principio del collegio perfetto va interpretato e applicato nel senso che il plenum dei componenti è indispensabile solamente quando la commissione attribuisce i giudizi e i punteggi (ex multis, T.A.R. Lazio - Roma, n. 8670/2019): nella fattispecie tale principio è stato rispettato, atteso che nella seduta dell'8 aprile 2019, in cui sono stati attribuiti i punteggi, erano presenti tutti i commissari (v. verbale n. 14);

- la prima sostituzione (commissario Orsi in sostituzione del commissario Bestiani del 1° agosto 2018), come emerge dalla stessa ricostruzione attorea, è avvenuta ben prima delle valutazioni delle offerte tecniche;
- quanto alla seconda sostituzione (il subentro del commissario Ruggiero al posto del commissario Valeggi, intervenuto il 15 gennaio 2019: v. verbale n. 11, sub doc. 3.11 di parte ricorrente), il nuovo commissario, all'atto della nomina, ha acquisito tutta la documentazione di gara e ha valutato le offerte tecniche fino a quel momento esaminate, dapprima autonomamente e poi collegialmente (di ciò si dà atto nel verbale n. 12, sub doc. 3.12 della ricorrente);
- la sostituzione di alcuni componenti della commissione giudicatrice divenuti indisponibili, come accaduto nella fattispecie, non incide sulla regolare composizione della medesima, qualora la persona nominata abbia le stesse qualità e svolga le medesime funzioni di quella sostituita, non assumendo rilevanza, nell'organo collegiale, il nominativo, ma venendo in rilievo la qualità della persona ovvero la funzione di cui è investita (T.A.R. Friuli Venezia Giulia n. 239/2017; T.A.R. Umbria, n. 274/2012).

Le censure, pertanto, vanno respinte.

7. Con il quarto motivo del ricorso introduttivo la ricorrente deduce che:

- il procedimento di nomina e composizione della commissione, così come quello utilizzato per la sostituzione di taluni componenti della commissione medio tempore dimessisi dalla carica, non terrebbe conto delle previsioni di cui all'art. 216 del d.lgs. n. 50/2016, a tenore del quale “Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante”;

- le regole stabilite nel disciplinare di gara sarebbero state disattese, in quanto nel procedimento di nomina sono intervenuti soggetti esterni alla stazione appaltante (la Direzione Generale Welfare di Regione Lombardia e gli enti del sistema sanitario regionale);
- nella specie difetterebbe la predeterminazione di regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate dalla stazione appaltante, ai sensi del combinato disposto dei richiamati artt. 77 e 216 del d.lgs. n. 50/2016; inoltre, nel provvedimento di nomina della commissione non si richiama alcun regolamento o procedura predeterminata e nemmeno quanto previsto sul punto nel disciplinare di gara, che per questo aspetto sarebbe rimasto disapplicato;
- la stazione appaltante non avrebbe nemmeno verificato in concreto, a valle del “sorteggio”, il possesso in capo ai commissari della specifica competenza rispetto all’oggetto del contratto; in altri termini, i componenti della commissione non risulterebbero, in concreto, esperti “nello specifico settore cui afferisce l’oggetto del contratto”, in violazione dell’art. 77, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, e ciò emergerebbe dalla lettura dei loro curricula: i commissari individuati dagli Enti coinvolti, infatti, appartenerebbero tutti alla categoria dei “tecnici”, mentre mancherebbe nella composizione della commissione la figura di un farmacista, nonostante l’oggetto principale della fornitura sia costituito da gas medicali soggetti ad autorizzazione all’immissione in commercio da parte di AIFA;
- la contestata composizione della commissione avrebbe determinato, in concreto, profili di incongruenza e incoerenza nella valutazione delle offerte presentate dai diversi concorrenti in gara: più in dettaglio, nonostante le offerte presentate in gara dai concorrenti per i vari lotti fossero tutte identiche (trattandosi di gara suddivisa in lotti territoriali), la commissione avrebbe attribuito punteggi distinti, senza fornire alcuna idonea e adeguata motivazione;

- in particolare, in relazione al criterio “Tipologia di bombole offerte” la ricorrente, a parità di proposta, ha ottenuto 5,5 punti nei lotti 1, 2, 7, 8 e 9 e 3,41 punti nel lotto 6: al riguardo, nei commenti al punteggio, la commissione ha sostenuto che la ricorrente non avrebbe descritto la “presenza di bombole di tipo amagnetico”, senza tener conto dell’indicazione, nella proposta tecnica formulata dall’interessata, di bombole con valvola Takeo in alluminio, ossia composte di un materiale appunto “amagnetico”;
- con riferimento al criterio “sistemi informativi”, a parità di proposta, la ricorrente ha ottenuto 0.93 punti nei lotti 1, 2, 7, 8 e 9, e 1,11 punti nel lotto 6: l’offerta della ricorrente sarebbe stata penalizzata per la mancata descrizione della gestione, nel sistema informativo proposto, dell’inventario dei materiali accessori a valle dell’impianto dei gas medicali, mentre l’offerta tecnica del RTI aggiudicatario sarebbe stata premiata in termini di punteggio, seppure anch’essa priva della descrizione delle modalità di gestione informatica dell’inventario dei suddetti materiali;
- in relazione al criterio connesso all’«impegno a impiegare soggetti svantaggiati, molto svantaggiati e disabili», a parità di offerta, la ricorrente ha ottenuto 0.74 punti nei lotti 1, 2, 7, 8 e 9, e 0.5 punti nel lotto 6;
- in relazione al criterio “modalità con cui è ricavabile il residuo del volume della bombola” il RTI aggiudicatario è stato premiato con l’attribuzione di 6,82 punti per la presentazione di tre differenti dispositivi, mentre la ricorrente è stata penalizzata, ottenendo 2,75 punti, per averne presentati due (ritenendo la commissione, solo in quest’ultimo caso, che poteva “essere difficoltoso per la normale pratica in quanto l’operatore sanitario si deve adattare a sistemi differenti”);
- la commissione avrebbe commesso anche diversi errori nell’applicazione di criteri matematici, senza i quali la ricorrente avrebbe conseguito 27,17 punti per l’offerta

tecnica (anziché 27,04 punti) e 25,658 punti per l'offerta economica (anziché 25,526 punti).

7.1. Le censure sono infondate.

Al riguardo, il Collegio osserva che:

- contrariamente a quanto dedotto da parte ricorrente, ARCA S.p.A. (ora ARIA S.p.A.) ha un proprio regolamento sulla nomina dei commissari, come richiesto dall'art. 216 del d.lgs. n. 50/2016;
- i professionisti individuati come componenti della commissione sono soggetti che operano all'interno del Servizio Sanitario Regionale in ruoli e strutture dedicate all'applicazione dei gas medicali e sono muniti di titoli di studio, esperienze e competenze (architetto, ingegnere civile, perito industriale, perito termotecnico, tecnico elettrico) adeguati all'incarico da svolgere, come risulta dagli atti di causa;
- contrariamente a quanto dedotto da parte ricorrente, i componenti della commissione non erano esperti unicamente nell'ambito della manutenzione, come emerge dal fatto che il dott. Ruggiero (nominato, come visto sopra, in sostituzione del commissario Valeggi) è farmacista dirigente presso l'ASST Grande Ospedale Metropolitano Niguarda;
- come risulta dal verbale n. 4 della seduta del 10 luglio 2018, i commissari sono stati sorteggiati in seduta pubblica e di tale sorteggio e dei rispettivi curricula (attestanti la competenza degli interessati) è stata data comunicazione ai sensi dell'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016;
- in tema di gare pubbliche, il requisito dell'esperienza nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto deve essere inteso in modo coerente con la poliedricità delle competenze, spesso richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, non solo tenendo conto, secondo un approccio formale e atomistico, delle strette professionalità tecnico-settoriali implicate dagli specifici criteri di valutazione, la cui applicazione sia prevista dalla lex specialis, ma

considerando, secondo un approccio di natura sistematica e contestualizzata, anche le professionalità occorrenti a valutare sia le esigenze dell'Amministrazione, alla quale quei criteri siano funzionalmente preordinati, sia i concreti aspetti gestionali e organizzativi sui quali gli stessi siano destinati a incidere (C.d.S., Sez. III, n. 2241/2018);

- con riguardo ai criteri di valutazione sopra indicati la lettura integrale, e non parcellizzata, delle motivazioni dei punteggi consente di escludere che l'operato della commissione sia affetto da profili di macroscopica illogicità o irragionevolezza, o da travisamento di fatto, né la ricorrente, a supporto delle allegazioni, ha fornito elementi concreti da cui poter desumere il contrario.

Le censure, pertanto, vanno respinte.

8. Con il quinto motivo del ricorso introduttivo la ricorrente lamenta che la gara si connoterebbe per una struttura anticoncorrenziale, in quanto la *lex specialis* non prevede un divieto di ATI sovrabbondante, né impone un numero massimo di lotti attribuibile al medesimo concorrente, mentre stabilisce criteri di valutazione che incentiverebbero le ATI sovrabbondanti (e intese tra operatori che, nel caso concreto, si rivelerebbero restrittive della concorrenza), suscettibili di limitare le possibilità di effettivo confronto concorrenziale. In quest'ottica la controinteressata, qualificabile come ATI sovrabbondante (in quanto ciascuno dei suoi componenti avrebbe sufficienti requisiti di capacità per partecipare in proprio), sarebbe risultata aggiudicataria di sette lotti territoriali su nove messi a gara proprio in virtù delle contestate previsioni della disciplina di gara.

8.1. Le censure sono infondate.

Il nostro ordinamento, anche in considerazione del favor del diritto europeo per la partecipazione alle gare ad evidenza pubblica dei soggetti riuniti, quale che sia la forma giuridica di tale aggregazione, non vieta le ATI c.d. sovrabbondanti, sicché, come precisato dalla giurisprudenza, non può ritenersi illegittima l'ammissione in

gara, e la successiva aggiudicazione della stessa, in favore di una associazione temporanea di imprese la cui mandataria sia in possesso dei requisiti per partecipare alla gara singolarmente, e quindi “sovrabbondante e/o sovradimensionata” in relazione alle esigenze della stazione appaltante, nel caso in cui la *lex specialis* non contempli uno specifico divieto di costituzione di raggruppamenti “sovrabbondanti”; invero, in assenza di uno specifico divieto del bando in tal senso, risulta pienamente legittima la partecipazione alla gara della medesima ATI (C.d.S., n. 560/2017; T.A.R. Puglia - Bari, n. 14/2015).

Né la ricorrente ha fornito elementi concreti da cui poter desumere che il RTI controinteressato sia stato costituito ai soli fini della restrizione della concorrenza.

Quanto al numero di lotti aggiudicabili, l’art. 51, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce che “Le stazioni appaltanti possono, anche ove esista la possibilità 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”.

Tale norma, evidentemente, pone una regola opposta alla tesi sostenuta dalla ricorrente, poiché l’introduzione di un limite massimo di lotti aggiudicabili rappresenta una facoltà, e non già un obbligo a carico delle stazioni appaltanti, facoltà che, per di più, deve specificamente trovare espressione nel bando di gara. Il limite massimo di lotti aggiudicabili, quindi, costituisce una deroga alla regola generale per cui non vi sono limiti ai lotti aggiudicabili a un solo concorrente.

In quest’ottica, la possibilità di stabilire un limite alla aggiudicazione di tutti i lotti di cui all’articolo 51 del Codice dei contratti è una facoltà discrezionale il cui mancato esercizio non è – da solo e di per sé — sintomo di illegittimità (C.d.S., Sez. III, n. 2881/2020).

Le censure, pertanto, vanno respinte.

9. Con il sesto motivo del ricorso introduttivo, la ricorrente lamenta che:

- la lex specialis risulterebbe affetta da diverse lacune, inesattezze e criticità, che non avrebbero consentito alla ricorrente di formulare un'offerta pienamente ponderata, informata, consapevole e di sicura convenienza e massima concorrenzialità;
- in particolare, la disciplina di gara sarebbe viziata in quanto carente delle informazioni necessarie per la predisposizione di un'offerta consapevole e massimamente concorrenziale in relazione alla corretta quantificazione della fornitura oggetto della gara: nell'allegato "Dettaglio prezzi beni" vengono forniti, per ogni lotto, i quantitativi complessivi "a corpo" dei volumi necessari a garantire la fornitura dei gas nei presidi ospedalieri di quel lotto, ma la completa mancanza dei volumi divisi per ogni singolo presidio e per ogni singola tipologia di bombola/taglia impedirebbe alla ricorrente di formulare una adeguata offerta tecnica ed economica, atteso che, a seconda della tipologia/capacità di bombola, cambia la specifica autorizzazione di immissione in commercio ("AIC") che ne identifica la tipologia e, di conseguenza, i costi della relativa fornitura;
- l'indeterminatezza nell'individuazione dell'oggetto della fornitura finirebbe per tradursi anche in una violazione dell'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016, a tenore del quale la disciplina di gara deve indicare in maniera "sufficientemente precisa" le specifiche tecniche, in modo da consentire a tutti i concorrenti l'individuazione esatta dell'oggetto dell'appalto e/o delle prestazioni richieste all'aggiudicatario: ciò impedirebbe ai concorrenti di individuare con esattezza la prestazione richiesta;
- le rilevate carenze rileverebbero anche ai fini di una corretta quantificazione dei costi di trasporto, consegna e distribuzione dei contenitori mobili, attività pure ricomprese nell'oggetto dell'appalto ai sensi dell'art. 3.3 del Capitolato;
- la difficoltà di quantificare correttamente i costi della fornitura e del servizio sarebbe ulteriormente aggravata dalla non esaustività delle planimetrie dei luoghi

(solo parzialmente fornite alla ricorrente), necessarie al fine di sviluppare soluzioni specifiche e progetti adeguati per l'esecuzione della fornitura;

- sarebbe carente anche la documentazione inerente lo stato delle piazzuole sulle quali dovranno essere installati i serbatoi per la fornitura di gas criogenico e, in particolare, non sarebbe stato chiarito se le centrali attualmente installate sono dotate di regolare CPI (Certificato Prevenzione Incendi), come previsto dalla vigente normativa antincendio ex d.P.R. n. 151/2011: tale circostanza, oltre a determinare incertezza ai fini della formulazione dell'offerta, non consentirebbe nemmeno di fare valutazioni sulla tipologia/taglia dei serbatoi da installare, né, più in generale, sulla effettiva possibilità di installare il serbatoio in caso di aggiudicazione;

- ulteriore elemento di indeterminatezza della disciplina di gara sarebbe rappresentato dall'assoluta assenza di indicazioni sui requisiti minimi dei serbatoi fissi da installare per la fornitura di gas criogenico, necessarie ai fini della valutazione delle concrete modalità di svolgimento ed esecuzione della fornitura, nonché di quantificazione dei relativi costi.

9.1. Le censure sono infondate.

Al riguardo, è sufficiente osservare che la stazione appaltante, come emerge dall'esame dei documenti facenti parte della lex specialis e denominati "Consistenze Enti", "Dettaglio noleggio serbatoi" e "Dettaglio Prezzi", ha messo a disposizione degli operatori, tra l'altro: il dettaglio dell'inventario storico dei beni utilizzati dagli enti sanitari (foglio Excel, allegato al Disciplinare di gara, intitolato Gas Medicinali Storico Beni Enti); il numero delle bombole da noleggiare per ciascun ente sanitario (foglio Excel, allegato al Disciplinare di gara, intitolato Dettaglio noleggio serbatoi bombole); il consumo storico delle bombole di tutti gli enti sanitari interessati; il numero di contratti attivi e residui di fornitura dei gas medicinali; la scadenza; il numero di carrelli; il numero di piazzole su cui insistono i

depositi di gas medicinali; i punti di consegna con indirizzo di ogni Ente Sanitario interessato; il numero di giacenza delle bombole catalogato per Ente Sanitario; lo storico dei beni utilizzati dagli Enti interessati; le planimetrie.

La lex specialis, quindi, contrariamente a quanto dedotto dalla ricorrente, contiene tutti gli elementi necessari alla presentazione di un'offerta congrua e ponderata, e ciò, del resto, trova conferma nel fatto che gli operatori che hanno partecipato alla gara in questione per i vari lotti, inclusa la ricorrente, sono stati in grado di presentare le proprie offerte.

Le censure, pertanto, vanno respinte.

10. Con il settimo motivo del ricorso introduttivo la ricorrente deduce che:

- la disciplina degli elementi tecnici di valutazione dell'offerta (per i quali è prevista l'assegnazione complessiva di 70 punti, di cui 40 per i beni, 20 per i servizi e 10 riferiti all'impresa) non contempla alcun criterio di valutazione della fornitura di gas liquidi (azoto liquido e ossigeno liquido), nonostante tale fornitura, con riferimento al lotto 8, abbia un'incidenza pari all'79,8% rispetto alla fornitura complessiva dei gas;
- i criteri di attribuzione dei punteggi per la parte relativa alla fornitura si concentrerebbero, quindi, unicamente sulle caratteristiche delle bombole (per la fornitura di gas allo stato gassoso), omettendo del tutto la valutazione della fornitura dei gas allo stato liquido (attraverso serbatoi), nonostante quest'ultima, come visto, costituisca l'oggetto principale dell'appalto;
- tale assetto dei criteri di valutazione, oltre ad essere manifestamente generico, sarebbe anche palesemente irragionevole e si porrebbe in contrasto con le disposizioni di cui all'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016, a tenore delle quali – tra l'altro – i criteri di aggiudicazione “garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva”;

- in altri termini, la disciplina di gara premierebbe irragionevolmente e in maniera sproporzionata (ai danni della ricorrente) le caratteristiche della fornitura di gas allo stato gassoso, costituenti oggetto secondario dell'appalto;

- la disciplina di gara sarebbe anche affetta da manifesta contraddittorietà interna, tenuto conto che, a fronte dell'obiettivo di "veder garantita la continuità e la sicurezza di erogazione degli impianti di gas medicale" (cfr. art. 1 del Capitolato), finirebbe per non valorizzare e/o incentivare la presentazione di offerte migliorative o maggiormente performanti per la fornitura di gas liquidi, ad esempio attraverso l'installazione di serbatoi fissi maggiormente capienti per la gestione delle emergenze.

10.1. Le censure sono infondate.

Al riguardo, il Collegio osserva che:

- la stazione appaltante gode di piena discrezionalità nell'individuazione dei criteri da porre quale riferimento per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, purché pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto messo a gara e con il solo limite dell'irragionevolezza o illogicità (ex multis, C.d.S., Sez. V, n. 5375/2014);

- contrariamente a quanto affermato da parte ricorrente, il disciplinare di gara prevede due sub-criteri relativi alla fornitura del gas liquido e, precisamente, il subcriterio relativo al numero di controlli sulle bocchette (max punti 5) e il subcriterio relativo alle modalità di gestione e raccolta dei dati relativi alle bocchette (max punti 5), e tanto basta a escludere che l'individuazione dei criteri di valutazione operata dalla stazione appaltante possa ritenersi macroscopicamente illogica o frutto di travisamento.

Le censure, pertanto, vanno respinte.

11. Passando ai secondi motivi aggiunti, con il primo motivo la ricorrente deduce che:

- alla ricorrente sarebbero stati illegittimamente sottratti 4 punti in relazione al criterio “qualificazione all’interno del rating di legalità”, qualificato dal disciplinare di gara come criterio “lineare” (quindi sostanzialmente quantitativo), in quanto – come del resto già denunciato con il ricorso introduttivo - per tale criterio difetterebbero del tutto i relativi criteri motivazionali; il punteggio per il rating di legalità, nel caso di specie, non poteva essere sottratto alla ricorrente sul presupposto che l’ulteriore componente del costituendo RTI previsto per il lotto 8, in quanto PMI, non fosse in possesso del rating; in ogni caso il criterio di valutazione in discorso (ove inteso nel senso fatto proprio dalla commissione) sarebbe illegittimo in quanto discriminatorio nei confronti delle piccole e medie imprese e, quindi, degli RTI composti anche da PMI; l’impossibilità di accesso al rating di legalità da parte della società Impianti 2000, in RTI con Air Liquide Sanità Service S.p.A., a causa della mancanza del requisito del fatturato (inferiore a 2 milioni di euro), avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante a richiedere alla stessa Impianti 2000 quegli elementi presenti nel rating di legalità, diversi da quelli già considerati ai fini della qualificazione, per i quali prevedere un punteggio premiante, e considerare verificata la presenza di tali elementi per le imprese che posseggono il rating con un numero di “stellette” ritenuto idoneo; sotto diverso profilo, la commissione avrebbe valutato in maniera non corretta la gamma di bombole offerte dalle concorrenti, e ciò si sarebbe tradotto nell’illegittimità e irragionevolezza del giudizio formulato dall’organo valutativo, dimostrando peraltro ancora una volta l’assenza di adeguata esperienza nello specifico settore dei gas medicinali da parte dei commissari.

11.1. Le censure non convincono.

Al riguardo, è sufficiente rilevare che:

- quanto al parametro afferente il rating di legalità, la commissione ha emendato un errore materiale, ritenendo oggettivamente di non aver dato, in precedenza,

corretta applicazione alla *lex specialis*, nella parte in cui richiedeva l'assegnazione del punteggio al rating conseguito da tutte le imprese e non solo da un componente del RTI;

- con riferimento alla asserita lesione dei diritti delle PMI, la difesa del RTI controinteressato ha evidenziato in maniera efficace che la ricorrente avrebbe dovuto presentare, a supporto della propria posizione, documenti e certificazioni sostitutivi del rating di legalità, considerato il tenore del requisito;

- la commissione, dal canto suo, come già rilevato sopra, si è limitata a correggere un errore riscontrato nella precedente lettura della *lex specialis*, così riportando il proprio operato nell'alveo della legge di gara secondo criteri di equità e parità di condizioni, senza peraltro modificare alcuna valutazione di carattere discrezionale;

- quanto alla valutazione circa la gamma di bombole offerte, la commissione ha operato senza incorrere in manifesto arbitrio, ancorandosi di contro allo stretto parametro quantitativo individuato dalla *lex specialis*, con ciò trattando tutti i concorrenti secondo criteri oggettivi.

Le censure, pertanto, vanno respinte.

12. Con il secondo motivo la ricorrente deduce che:

- l'illegittima composizione della commissione si sarebbe tradotta, in concreto, in numerosi profili di incongruenza e incoerenza nella valutazione delle offerte presentate dai diversi concorrenti in gara; in particolare, in relazione al criterio "Tipologia di bombole offerte" la commissione, nel verbale n. 19, avrebbe tentato di modificare con motivazione postuma - che sarebbe ugualmente irragionevole e viziata da errore di fatto - le proprie precedenti affermazioni, già contestate nel ricorso introduttivo; analoghe considerazioni varrebbero anche con riferimento al criterio "sistemi informativi"; con riguardo al criterio "modalità con cui è ricavabile il residuo del volume della bombola" l'aggiudicataria andrebbe esclusa - e, in ogni caso, anche il punteggio attribuito per questo elemento di valutazione sarebbe

viziato da manifesto errore di fatto/irragionevolezza - per le ragioni già esposte nel ricorso introduttivo e nei primi motivi aggiunti, poiché le criticità denunciate con gli stessi non sarebbero state analizzate dalla commissione; nel verbale n. 19 la commissione si sofferma solo sulla doglianza di Air Liquide inerente il difetto dell'AIC, precisando di “avere operato nella propria valutazione considerando le dichiarazioni presentate dai singoli operatori economici non potendo né anticipare la verifica delle attività del DEC che dovrà verificare la rispondenza delle attività contrattuali con quanto offerto dall'operatore economico, né assumersi la responsabilità di verificare puntualmente tutte le dichiarazioni presentate dagli operatori economici nella presentazione della propria offerta”: tale affermazione, a dire della ricorrente, avrebbe carattere confessorio e confermerebbe che la commissione non ha svolto alcuna verifica, come invece avrebbe dovuto fare.

12.1. Le censure sono infondate.

Al riguardo, oltre a quanto già rilevato sopra, è sufficiente osservare che:

- con riferimento ai criteri di valutazione relativi ai “sistemi informativi” e al “volume residuo”, la lettura completa delle motivazioni dei punteggi consente di escludere che la commissione sia incorsa in macroscopici profili di incoerenza, disparità di trattamento o irragionevolezza;
- con riguardo alla questione relativa alle bombole “amagnetiche” la lettura del verbale n. 19 dà conferma delle ragioni per le quali l'informazione della ricorrente non poteva ritenersi completa ed è stata, perciò, correttamente valutata come tale dalla commissione.

Tanto basta per concludere che le censure vanno respinte.

13. Con il terzo motivo la ricorrente deduce che:

- con “Comunicazione di aggiudicazione” inviata alle imprese per il tramite della Piattaforma Sintel il giorno 3 giugno 2019, la stazione appaltante ha richiesto all'aggiudicataria la documentazione necessaria per la stipula della Convenzione,

ma tale documentazione non sarebbe stata fornita nel termine di 10 giorni previsto dall'art. 7.1 del Disciplinare, con conseguente decadenza dall'aggiudicazione; la stazione appaltante avrebbe omesso di svolgere i controlli previsti dagli artt. 32 e 33 del d.lgs. n. 50/2016 o, se svolti, essi risulterebbero gravemente viziati da difetto d'istruttoria, errore di fatto, irragionevolezza; nella specie difetterebbe anche la verifica che le valvole riduttrici integrate Alpinox con collegamento wireless – bluetooth siano effettivamente presenti nel repertorio nazionale dei dispositivi medici e regolarmente commercializzate e commercializzabili: ove la verifica fosse stata svolta (o, se svolta, fosse avvenuta correttamente), a dire della ricorrente, avrebbe dato esito negativo, con obbligo di esclusione dell'aggiudicataria anche per tale ulteriore e distinto motivo.

13.1. Le censure non colgono nel segno.

Al riguardo, in aggiunta a quanto già rilevato sopra in relazione alle valvole Alpinox, è sufficiente osservare che l'illegittimità dell'aggiudicazione non può farsi derivare, come preteso da parte ricorrente, da un'attività successiva all'aggiudicazione stessa.

Ed invero, il controllo sul possesso dei requisiti successivo all'aggiudicazione attiene alla fase dell'efficacia dell'aggiudicazione stessa e non alla sua legittimità (art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016).

Le censure, per ciò solo, vanno respinte.

14. Con il quarto motivo la ricorrente deduce che:

- la irrituale riconvocazione della commissione per le sedute nn. 18, 19 e 20, che si sarebbe tradotta nell'esame del contenuto dei ricorsi (anziché in un riesame delle offerte) nonché in una riformulazione/integrazione postuma dei giudizi e rettifica dei punteggi a conferma della graduatoria di merito e dell'aggiudicazione, sarebbe stata effettuata dal RUP eccedendo dai limiti dei propri poteri di cui all'art. 31 del d.lgs. n. 50/2016, e senza che fosse preventivamente annullata l'aggiudicazione

medio tempore già adottata; il potere di riesame ai fini della rettifica sarebbe necessariamente limitato alla eliminazione di errori sostanziali o di errori materiali in cui l'amministrazione sia incappata, di natura non invalidante ma che diano luogo a mere irregolarità: esso non potrebbe implicare nuove e distinte valutazioni discrezionali (e/o rielaborazioni/integrazioni postume di quelle già svolte, con integrazione parimenti postuma dei giudizi già svolti) sull'offerta tecnica dopo l'intervenuta conoscenza delle offerte economiche; sarebbe del tutto eccentrico, arbitrario e illegittimo il procedimento svolto nel caso di specie, in cui la medesima commissione, riconvocata per l'analisi delle doglianze tecniche contenute nei ricorsi medio tempore notificati contro gli atti da essa adottati, ha rimeditato/integrato ex post, seppure parzialmente, i giudizi e i corrispondenti punteggi, operando una riduzione di quelli attribuiti alla ricorrente: ciò contrasterebbe con i principi del giusto procedimento, di trasparenza, parità di trattamento e imparzialità delle operazioni svolte dalla commissione.

14.1. Anche queste censure sono infondate.

Al riguardo, è sufficiente osservare che:

- come si evince dal provvedimento del RUP del 22 luglio 2019, di sospensione dell'attività volta alla stipula dei contratti (doc. 2 di ARIA S.p.A.), la Commissione non è stata chiamata a ripetere le valutazioni sulle offerte tecniche, ma a valutare – sotto il profilo tecnico – le doglianze mosse con il ricorso (oltre a quelle fatte valere con altri gravami concernenti la stessa gara);
- del resto, per valutare le criticità sollevate dai ricorrenti non poteva essere sufficiente la professionalità del RUP, ma era necessaria la competenza specialistica di un organo tecnicamente più qualificato, ravvisabile nella commissione;
- l'organo valutativo, nelle nuove sedute nn. 18, 19 e 20, si è limitato a rilevare, e conseguentemente ad emendare, come emerge dalla lettura dei relativi verbali, erronee attribuzioni di punteggio per mancata applicazione della *lex specialis* (v.,

per es., il parametro inerente il rating di legalità) o per difetto di calcoli matematici o per mero errore di trascrizione fisica dei punteggi (v., per es., pag. 2 del verbale n. 19 sui “sistemi informativi”);

- in ogni caso, la valutazione delle offerte tecniche ad opera della commissione giudicatrice, a buste economiche aperte, nella fattispecie deve ritenersi legittima, atteso che: i) ai sensi dell’articolo 77, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016 “In caso di rinnovo del procedimento di gara, a seguito di annullamento dell’aggiudicazione o di annullamento dell’esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione, fatto salvo il caso in cui l’annullamento sia derivato da un vizio nella composizione della commissione”; ii) la stazione appaltante può riconvocare la commissione giudicatrice per specifici approfondimenti istruttori su punti controversi, che possono sia sfociare in una modifica dei provvedimenti assunti, sia non dare avvio ad alcuna riedizione del potere, così come è avvenuto nella vicenda di cui è causa (cfr. T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. IV, n. 1955/2019; cfr. anche T.A.R. Lombardia, n. 2320/2018); iii) l’Amministrazione può sempre integrare con successivi atti procedurali la motivazione: quel che non è consentito è veicolare tale integrazione nel giudizio attraverso gli atti defensionali (cfr., ex plurimis, T.A.R. Lombardia – Milano, n. 1955/2019, cit.; T.A.R. Emilia Romagna – Parma, n. 76/2019).

Le censure, pertanto, vanno respinte.

15. Infine, per le ragioni sopra esposte, sono infondate e vanno respinte anche le censure del ricorso introduttivo e dei primi motivi aggiunti richiamate in via derivata con l’ultima doglianza contenuta nei secondi motivi aggiunti.

16. In definitiva, il ricorso incidentale e i primi e secondi motivi aggiunti devono essere respinti, mentre il ricorso introduttivo va in parte dichiarato inammissibile (in relazione al secondo motivo) e per il resto deve essere respinto.

17. Le spese del giudizio, liquidate come da dispositivo, seguono il criterio della soccombenza, come di norma; nulla deve disporsi, peraltro, per le parti non costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, integrato da motivi aggiunti, come in epigrafe proposto:

- dichiara in parte inammissibile e per il resto respinge il ricorso introduttivo, nei sensi indicati in motivazione;
- respinge i primi e i secondi motivi aggiunti;
- respinge il ricorso incidentale.

Condanna la ricorrente alla rifusione delle spese del giudizio, liquidandole complessivamente in € 4000,00 (quattromila/00), di cui € 2000 in favore di ARIA S.p.A. ed € 2000, in solido, in favore delle controinteressate Sol S.p.A. e SIAD Società Italiana Acetilene e Derivati S.p.A., oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Milano nelle camere di consiglio dei giorni 16 luglio e 17 dicembre 2020, svoltesi in modalità da remoto, con l'intervento dei magistrati:

Rosalia Maria Rita Messina, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Oscar Marongiu, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Oscar Marongiu

IL PRESIDENTE
Rosalia Maria Rita Messina

IL SEGRETARIO