

Pubblicato il 20/01/2021

N. 00627/2021REG.PROV.COLL.

N. 10720/2019 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10720 del 2019, proposto da Convatec Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alfonso Celotto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Emilio de' Cavalieri 11;

contro

Aria s.p.a. - Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Viviana Fidani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Cristiano Bosin in Roma, viale delle Milizie n.34;

nei confronti

A.N.A.C. – Autorità Nazionale Anticorruzione, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 2450/2019.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Aria s.p.a. - Azienda Regionale per L'Innovazione e gli Acquisti;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da Smith & Nephew S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2020, svolta in modalità da remoto, il Cons. Umberto Maiello e dato atto della presenza, ai sensi di legge, degli avvocati delle parti come da verbale dell'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determina prot. n. ARCA.2017.0017238 del 30.11.2017, ARCA – Azienda Regionale Centrale Acquisti s.p.a. (“ARCA”), ora ARIA s.p.a., indiceva una procedura di gara per l'affidamento della fornitura di dispositivi per medicazioni con terapia a pressione negativa a favore degli Enti del Servizio Sanitario Regionale di cui all'art. 1 della legge regionale n. 30/2006 e s.m.i. finalizzata alla stipula di convenzioni ex art. 26, legge n. 488/1999.

1.1. Il bando prevedeva un valore complessivo dell'appalto stimato in € 4.033.203,00 e la suddivisione della gara in 4 lotti. Il disciplinare di gara, al punto 1.1, stabiliva che i concorrenti potessero presentare offerte per uno o più lotti, fino al numero massimo di lotti previsto dalla procedura e, al successivo punto 6.1, disponeva che *“stante il vincolo che prevede la possibilità di aggiudicare un numero massimo di lotti pari a due per ciascun Operatore Economico, [...] nel caso in cui un concorrente si sia aggiudicato due lotti, non si procederà all'apertura della sua offerta riferita ai lotti successivi”*.

1.2. Con riferimento al lotto n. 4, relativo alla fornitura di un “*sistema portatile per medicazione a pressione negativa monopaziente di dimensioni e peso contenuti con sistema di aspirazione a batteria – in ambito ospedaliero o territoriale*”, partecipavano alla gara due sole imprese: Convatec Italia s.r.l. e Smith&Nephew s.r.l.

1.3. Tale ultima società, a differenza di Convatec, presentava offerte anche per i lotti nn. 1 e 2 e ne conseguiva l’aggiudicazione. In applicazione della richiamata disposizione del disciplinare di cui al punto 6.1., la sua offerta in relazione al lotto n. 4 non veniva valutata e, pertanto, la stazione appaltante aggiudicava il lotto n. 4 a Convatec Italia, con la quale veniva stipulata la convenzione con pec inoltrata in data 15.3.2019.

1.4. Ciò nondimeno, a seguito della proposizione di ricorso giurisdizionale n.r.g. 583/2019 da parte di altro concorrente, il seggio di gara, nella seduta del 19 marzo 2019, in autotutela, escludeva Smith&Nephew dall’aggiudicazione del lotto n. 1 e, per l’effetto, nella medesima seduta riammetteva e valutava le offerte, tecnica ed economica, di Smith&Nephew per il lotto n. 4 in considerazione del venir meno del vincolo di aggiudicazione di massimo 2 lotti previsti dalla disciplina di gara. Ad esito dell’esperimento della procedura di gara relativamente al lotto n. 4 Smith&Nephew veniva graduata davanti a Convatec Italia, conseguendone l’aggiudicazione.

2. Convatec Italia, da parte sua, impugnava gli esiti della detta selezione e, con sentenza n. 2450 del 20.11.2019, qui appellata, il TAR per la Lombardia, sede di Milano, Sez. IV, dopo aver dichiarato inammissibili ovvero respinto nel merito le altre censure del ricorso principale, nonché dopo aver disatteso il ricorso incidentale, accoglieva il ricorso proposto da Convatec nella parte in cui la ricorrente lamentava la violazione delle regole in tema di pubblicità della gara relativamente alla fase dell’apertura dell’offerta economica e del connesso obbligo di portare preventivamente a conoscenza dei concorrenti il giorno, l’ora e il luogo della seduta della commissione di gara, in modo da garantire loro l’effettiva possibilità di

presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi pervenuti alla stazione appaltante. Il giudice di prime cure, dunque, ordinava alla stazione appaltante la rinnovazione della fase di gara relativa all'aggiudicazione del lotto n. 4 "successiva al "reingresso" della controinteressata", ritenendo che, in tal modo, l'istanza risarcitoria proposta da Convatec fosse stata adeguatamente soddisfatta in forma specifica.

3. Convatec, ritenendo equivoca la portata conformativa della sentenza del TAR sulla rinnovazione, ha proposto appello per l'ipotesi in cui dovesse essere intesa come semplicemente volta alla riapertura della offerta economica in presenza delle parti, all'uopo articolando le seguenti censure:

- a) se e nel caso in cui l'ordine impartito dal TAR alla stazione appaltante dovesse essere interpretato non come volto a disporre l'aggiudicazione del lotto n. 4 in favore di Convatec Italia s.r.l., ovvero l'annullamento della procedura di gara inerente al lotto citato, la relativa statuizione sarebbe erronea, contraddittoria, illegittima oltretutto, negli effetti, *inutiliter data* perché inidonea a ripristinare gli interessi violati. Tanto si evincerebbe dal raffronto tra le premesse contenute nel suindicato *decisum* sul rilievo sostanziale della violazione e le conseguenze contenute, in termini di invalidità parziale, che si intenderebbe da essa trarre;
- b) in via subordinata, la sentenza sarebbe in ogni caso illegittima, in quanto in contrasto con il generale principio della domanda di cui all'art. 112 c.p.c. Il TAR, infatti, avrebbe errato nel circoscrivere l'effetto conseguente all'accoglimento della domanda demolitoria azionata, dovendo più correttamente disporre l'annullamento di tutti gli atti della gara volta all'aggiudicazione del lotto n. 4;
- c) in via ulteriormente subordinata l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha dichiarato in parte inammissibile per carenza di interesse e in parte infondato il primo motivo di ricorso, con il quale Convatec aveva lamentato l'illegittimità dell'intera procedura di gara, facendo valere, rispetto alla

suddetta pretesa, un interesse meramente strumentale. Sotto tale profilo, l'appellante ribadisce:

- l'illegittimità della procedura di gara per le evidenti contraddizioni tra bando e disciplinare quanto al numero dei lotti aggiudicabili;

- che anche a voler ritenere applicabile il disciplinare, che fissava in 2 lotti il limite dei lotti aggiudicabili, sussisterebbe, comunque, a cagione della concentrazione che ne deriverebbe, la violazione del principio di concorrenza e, in particolare, dell'articolo 51 del d. lgs. 50/2016;

- l'illegittimità dell'articolo 6.1. del disciplinare nella parte in cui prevede la possibilità di riaprire la procedura di gara in modo non trasparente, anti – economico ed in violazione del principio di legittimo affidamento;

d) l'appellante ripropone, quindi, il terzo motivo del ricorso di primo grado, dichiarato assorbito ed incentrato sulla violazione del principio di affidamento maturato anche sul tenore della corrispondenza epistolare intercorsa con la stazione appaltante;

e) del pari, ripropone l'istanza risarcitoria che il TAR aveva ritenuto soddisfatta in forma specifica, dal momento che l'integrale soddisfazione degli interessi tutelati con la proposizione del ricorso giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo può discendere esclusivamente dal conseguimento dell'aggiudicazione o, al più, dall'integrale riedizione della procedura di gara.

3.1 Con atto depositato il 22 gennaio 2020 si è costituita nel presente giudizio di appello la controinteressata Smith&Nephew, spiegando contestualmente appello incidentale col quale ha chiesto la riforma della sentenza di primo grado, previa sospensione cautelare della sua efficacia, affidando tale iniziativa alle seguenti censure:

- a) l'unico effetto desumibile dalla decisione del TAR sarebbe l'onere di riconvocazione delle concorrenti nel corso di una seduta in cui, ferme restando le

offerte legittimamente presentate dalle offerenti nell'ambito della procedura di gara, la stazione appaltante dovrebbe limitarsi a confermare le valutazioni compiute: l'offerta di S&N era, infatti, rimasta sospesa e la postergazione della riapertura dell'offerta economica non determinerebbe la riapertura della gara ovvero la rinnovazione dell'offerta;

b) la mancata partecipazione di Convatec alla seduta del 19.03.2019, comunque pubblica, nel corso della quale la Stazione appaltante ha proceduto alla mera apertura della busta economica, non integrerebbe un *vulnus* procedimentale, tale da legittimare la riedizione della valutazione, nel merito non contestata con specifiche censure;

c) il TAR avrebbe ulteriormente mancato di rilevare la carenza di interesse all'azione da parte di Convatec, che non avrebbe allegato in giudizio elementi attestanti un plausibile esito a sé favorevole della successiva fase valutativa delle offerte;

d) Smith&Nephew ha formalmente riproposto i motivi non esaminati dal giudice di primo grado, introdotti col ricorso incidentale e illustrati con le memorie del 23.05.2019, redatta in vista della camera di consiglio, e del 26.09.2019, in replica, redatta in vista della pubblica udienza.

3.2 Si è, altresì, costituita l'Amministrazione intimata, che ha chiesto la reiezione dell'appello nonché di tutte le domande proposte col ricorso di primo grado, con vittoria di spese e onorari.

Secondo l'Amministrazione il segmento procedimentale da rinnovare sarebbe solo quello successivo alla riammissione in gara della società controinteressata, appellante incidentale, tenendo ferme le offerte presentate dai concorrenti e, dunque, senza necessità di reiterare *ab initio* l'intera gara per il lotto in questione.

3.3. In data 12.06.2020, la stazione appaltante ha riunito la commissione giudicatrice, previa convocazione delle due ditte, ed ha proceduto alla rinnovazione della fase successiva al reingresso della società Smith & Nephew S.r.l. Di poi, con

determinazione del 18.09.2020, n. 637, ha annullato l'aggiudicazione disposta con determinazione n. 63 del 29.02.2019 in stretto riferimento ai lotti nn. 1 e 4 e aggiudicato rispettivamente il lotto n. 1 a Lohmann&Rauscher S.r.l. ed il lotto n. 4 a Smith&Nephew S.r.l., atto comunque *sub iudice* per il nuovo ricorso (n. 1903/2020) depositato al TAR da Convatec.

Al contempo, con sentenza n. 1152/2020, il Giudice dell'ottemperanza ha dichiarato il ricorso *in executivis* improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

3.4. All'udienza del 2.7.2020 il ricorso, già rinviato d'ufficio in applicazione dell'84 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, veniva nuovamente rinviato su istanza dell'appellante Convatec e, alla successiva udienza del 15.12.2020, è stato trattenuto in decisione.

4. Ritiene il Collegio che l'appello principale sia infondato. A tanto consegue l'improcedibilità dell'appello incidentale.

4.1. Va, anzitutto, disattesa l'eccezione di improcedibilità sollevata dall'appellata Smith&Nephew S.r.l. secondo cui l'appello principale sarebbe improcedibile a cagione dell'omessa impugnativa del provvedimento prot.IA.20200030723 del 8.06.2020 con il quale la stazione appaltante comunicava di procedere con la rinnovazione della fase e convocava le società alla seduta pubblica del 12.06.2020. E tanto, nella prospettazione di parte, troverebbe conferma nella decisione di improcedibilità del giudice dell'ottemperanza pubblicata il 22.6.2020.

Di contro, giova rammentare che Convatec ha dichiaratamente spiegato appello avverso la sentenza di prime cure a fini cautelativi, vale a dire per il caso in cui la statuizione resa dal TAR dovesse essere interpretata nel senso di consentire, previa riconvocazione in seduta pubblica anche di Convatec Italia s.r.l., l'aggiudicazione del Lotto n. 4 a Smith&Nephew s.r.l. sulla scorta della rivalutazione di buste già aperte in assenza dell'appellante. E', dunque, di tutta evidenza che la condizione sotto la quale Convatec Italia S.r.l. aveva proposto appello si è, per effetto dei suindicati sviluppi, addirittura stabilizzata in via definitiva, conclamando, pertanto, la

permanenza dell'interesse dell'appellante principale all'ulteriore coltivazione del gravame.

4.2. Vanno, inoltre, qualificati come tardivi ai sensi e per gli effetti di cui al combinato disposto degli articoli 73 e 119 del c.p.a. i documenti depositati in data 26.11.2020 da Smith&Nephew s.r.l. e la memoria depositata da Aria il 30.11.2020, sicché di essi non si terrà conto.

E', infatti, noto che, nel processo amministrativo, i termini fissati dall' art. 73 c.p.a . per il deposito in giudizio di memorie difensive e documenti hanno carattere perentorio in quanto espressione di un precetto di ordine pubblico sostanziale posto a presidio del contraddittorio e dell'ordinato lavoro del giudice, con la conseguenza che la loro violazione conduce alla inutilizzabilità processuale delle memorie e dei documenti presentati tardivamente, da considerarsi *tamquam non essent* (cfr. Consiglio di Stato , sez. V , 09/01/2019 , n. 194).

5. In prospettiva metodologica il Collegio ritiene di dover muovere dalla disamina dell'appello principale anche in ragione del fatto che non hanno pregio, le eccezioni formulate dalla controinteressata nella parte in cui sono volte ad estendere, in apice, all'intero ricorso, per profili ulteriori e diversi, la sanzione di inammissibilità già in parte comminata dal giudice di prime cure.

5.1. Ed, invero, di certo non è possibile assegnare alla clausola di cui all'articolo 6.1. del disciplinare, per i riflessi penalizzanti concretizzatisi nell'assegnazione del lotto 4, una valenza *ab imis* preclusiva al punto da pretenderne l'immediata impugnazione secondo i principi espressi da ultimo nella decisione dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 26.4.2018.

L'effetto lesivo rinveniente dall'applicazione di tale clausola, nella parte in cui governa secondo un meccanismo progressivo l'assegnazione dei lotti, si è, invero, qui determinato solo a seguito ed in ragione della concreta operatività del meccanismo di recupero dell'operatore originariamente aggiudicatario del lotto 1,

evenienza questa imprevedibile al momento della pubblicazione degli atti di gara, di per se stessi privi di immediata valenza lesiva.

Deve, pertanto, concludersi per la ritualità e tempestività dell'impugnazione di tale prescrizione unitamente all'atto di aggiudicazione in favore della controinteressata.

5.2. Né è possibile convalidare l'ulteriore obiezione qui riproposta da S&N come motivo di gravame nell'appello incidentale ed incentrata sulla pretesa carenza di interesse di Convatec alla coltivazione della propria azione impugnatoria per mancato superamento della prova di resistenza, nonostante l'essenzialità di tale adempimento nell'ipotesi in cui l'impugnativa prefiguri, come nel caso di specie, un annullamento parziale della gara e una rinnovazione della stessa mediante rivalutazione delle offerte già formulate.

E ciò in considerazione della ragione assorbente per cui le deduzioni censoree di Convatec riflettono una portata più ampia estendendosi, anche indipendentemente dalle implicazioni connesse alla violazione dell'obbligo di pubblicità della seduta dedicata all'apertura delle offerte, all'intera disciplina di gara sì da attrarre nel fuoco della contestazione, tra l'altro, la predicabilità, nei termini in cui è stato concretamente applicato, del meccanismo di recupero previsto dalla citata disposizione di cui all'articolo 6.1. del disciplinare.

6. Tanto premesso, e procedendo nel medesimo ordine espositivo seguito dall'appellante deve, anzitutto, rilevarsi come il giudice di prime cure abbia chiaramente perimetrato nel proprio *decisum* gli effetti della propria statuizione di annullamento evidenziando, a tal riguardo, che l'accoglimento del ricorso è sufficiente a “*travolgere l'intera fase della gara successiva al reingresso della controinteressata, con il conseguente obbligo per la stazione appaltante di rinnovare tale fase*”.

6.1. E', dunque, di tutta evidenza come l'effetto demolitorio, in ragione di quanto espressamente previsto nel suindicato *dictum*, non involga l'intera procedura di gara ma resti circoscritto solo ad una parte di essa, vale a dire al segmento successivo al

reingresso della controinteressata conseguente all'aggiudicazione in suo favore del lotto 1, tenendo dunque ferme le offerte presentate dai concorrenti.

Resta, dunque, confermata la lettura della sentenza impugnata che, nel costrutto giuridico dell'appellante, costituisce la premessa da cui muovono le contestazioni affidate al mezzo qui in rilievo.

7. Orbene, passando in rassegna secondo l'ordine tracciato i motivi del gravame principale, vanno anzitutto esaminate le doglianze incentrate sull'effetto di totale invalidazione che, nella detta prospettazione, necessariamente consegue alla violazione del principio di pubblicità riferito alla seduta pubblica del 19 marzo 2019 relativamente al lotto n. 4.

7.1. A tal riguardo, deve rilevarsi, in punto di fatto, come costituisca un dato acquisito la circostanza che l'odierna appellante non sia stata posta in condizione di partecipare alla detta seduta con la conseguenza che non può dubitarsi come, dal punto di vista procedurale, lo svolgimento dei lavori del seggio di gara, per quanto di più diretto interesse, sia avvenuto in palese distonia con il divisato principio di pubblicità che, anche alla stregua del chiaro disposto di cui all'articolo 30 del d. lgs. 50 del 2016, nonché dello stesso articolo 6.1. del disciplinare, avrebbe dovuto informare le modalità di incedere della stazione appaltante.

7.2. Com'è noto il principio di pubblicità, quale diretto corollario del principio di trasparenza, con le sue puntuali applicazioni, costituisce un indefettibile momento qualificante delle procedure di evidenza pubblica anche in ragione dei rapporti di immediato e diretto collegamento con le esigenze di tutela della concorrenza e di corretto funzionamento del mercato.

Proprio in ragione di ciò l'applicazione del suddetto principio è stata declinata in modo da assicurare ampia latitudine operativa e consapevole rigore alle esigenze di cautela ad esso sottese: la giurisprudenza ha più volte ribadito l'obbligo di apertura in seduta pubblica delle buste contenenti tanto la documentazione amministrativa

che le offerte, tecniche ed economiche, onde assicurare in tale sede una ricognizione trasparente, oltre che dell'integrità del plico, anche del relativo contenuto documentale che valga a garantire i concorrenti dal pericolo di manipolazioni successive delle offerte proprie e di quelle altrui, eventualmente dovute ad inserimenti, sottrazioni o alterazioni di documenti, precisando che in tale fase la verifica consentita consiste in un semplice controllo preliminare degli atti inviati (cfr. C.d.S., Adunanza Plenaria, n. 13 del 4.1.2011; n. 31 del 31.7.2012).

Parimenti rigorose sono le implicazioni invalidanti che ordinariamente conseguono alla violazione del suddetto obbligo in ragione del fatto che le conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili *ex post*, una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato, con la conseguenza che la peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di pubblicità impone che la tutela si estenda a coprire, non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio al medesimo, con la conseguenza che la violazione del relativo obbligo dovrebbe condurre necessariamente alla riedizione della gara (cfr. Cds, Sez. V n. 3844 del 16.6.2009; 04 marzo 2008 , n. 901).

In altri termini, occorre che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara con le garanzie della seduta pubblica.

7.3. Pur tuttavia, i suddetti principi, la cui astratta validità non è qui in discussione, vanno necessariamente verificati, quanto alla predicabilità nei rigidi termini suesposti delle relative implicazioni, in stretta aderenza con il regime delle singole procedure selettive onde accertare l'effettiva replicabilità del rischio che mirano a scongiurare. In altri termini, il pericolo presunto che si riconnette ad ogni possibile violazione delle regole che governano la pubblicità delle sedute di gara va pur sempre coniugato con il principio di potenziale offensività della specifica condotta, che deve mostrare, in concreto, l'attitudine a condizionare, anche in via potenziale, ma pur sempre in termini obiettivamente apprezzabili, il corretto sviluppo della procedura di gara.

7.4. Orbene, occorre tener conto che, nel caso qui in rilievo, la procedura di gara, per quanto attiene almeno al lotto in questione ed alle offerte presentate, si è svolta in modalità telematica – non essendo sul punto sollevate contestazioni di sorta - che consente di tracciare in maniera incontrovertibile i flussi di dati tra i singoli operatori partecipanti, garantendo un’immediata e diretta verifica della data di confezionamento dei documenti trasmessi, della loro acquisizione e di ogni eventuale tentativo di modifica.

Ed è proprio in ragione di ciò che anche questa stessa Sezione ha affermato, anche di recente (cfr. Consiglio di Stato sez. III, 05/12/2019, n.8333), che non sarebbe comunque, e a rigore, nemmeno necessaria una seduta pubblica per l’apertura delle offerte tecniche (lo stesso vale per le offerte economiche), in quanto la gestione telematica offre il vantaggio di una maggiore sicurezza quanto alla conservazione dell’integrità degli atti (cfr. Consiglio di Stato sez. III, 13/12/2018, n.7039; Cons. St., sez. III, 15 novembre 2016, n. 4990; Cons. St., sez. III, 3 ottobre 2016, n. 4050; Cons. St., sez. V, 29 ottobre 2014, n. 5377).

Ne discende, pertanto, che, sul punto, le pretese attoree ad una invalidazione dell’intera procedura (ovvero alla non valutabilità dell’offerta della controinteressata) non possono trovare ingresso come conseguenza della violazione sopra descritta.

E ciò vieppiù in mancanza di pertinenti allegazioni da parte dell’appellante su cui, viceversa, gravava l’onere di provare l’astratta potenzialità lesiva della detta violazione anche rispetto alle specifiche modalità telematiche di conduzione della procedura selettiva qui in rilievo e, segnatamente, del fatto che, fermi i limiti di modificabilità dei dati e dei file allegati e trasmessi con firma digitale, la piattaforma telematica non accetta offerte presentate dopo la data e l’orario stabiliti come termine ultimo di presentazione delle offerte.

8. In via subordinata l’appellante deduce che la sentenza sarebbe in ogni caso illegittima, in quanto assunta in contrasto con il generale principio della domanda di

cui all'art. 112 c.p.c. Il TAR, infatti, prescindendo dal contenuto specifico del *petitum* azionato in giudizio, avrebbe errato nel circoscrivere l'effetto conseguente all'accoglimento della domanda demolitoria azionata, dovendo più correttamente disporre l'annullamento di tutti gli atti della gara volta all'aggiudicazione del lotto in argomento.

Il motivo per come confezionato non può essere accolto avendo la pronuncia del giudice di prime cure assicurato un effetto comunque utile alla censura attorea nei limiti in cui l'ha ritenuta suscettiva di valorizzazione essendo il suddetto effetto contenuto nei limiti del perimetro del suddetto *petitum*.

In altri termini, una volta accolto il motivo di gravame e, dunque, rilevato il vizio di legittimità dell'atto della sequenza procedimentale qui in rilievo, la sentenza gravata ha fatto applicazione del principio generale secondo cui l'annullamento (è irrilevante se in sede giurisdizionale o in autotutela) di un atto inserito in una sequenza procedimentale (e diverso, ovviamente, da quello conclusivo) comporta la rinnovazione dei soli atti successivi ad esso, e non comporta la caducazione di quelli anteriori.

Tale risultato, ancorché non coincidente per la sua più circoscritta portata con le rivendicazioni dell'appellante, è, comunque, coerente con il principio della domanda, perché giustappunto in esso contenuto.

D'altro canto, ad immaginare una rigida ed immodificabile simmetria tra utilità dichiaratamente rivendicate ed effetti della decisione che accolgono solo entro certi limiti la domanda si arriverebbe alla conseguenza della totale reiezione del ricorso anche per quella parte di domanda suscettiva, viceversa, di favorevole apprezzamento, con conseguente venir meno dell'interesse della parte a sostenere tale opzione ermeneutica.

9. In via ulteriormente gradata l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha dichiarato in parte inammissibile per carenza di

interesse e in parte infondato il primo motivo di ricorso, con il quale Convatec aveva lamentato l'illegittimità dell'intera procedura di gara, facendo valere, rispetto alla suddetta pretesa, un interesse meramente strumentale. Sotto tale profilo, l'appellante ribadisce:

- l'illegittimità della procedura di gara per le evidenti contraddizioni tra bando e disciplinare quanto al numero dei lotti aggiudicabili;
- che anche a voler ritenere applicabile il disciplinare, che fissava in 2 lotti il limite dei lotti aggiudicabili, sussisterebbe, comunque, a cagione della concentrazione che ne deriverebbe, la violazione del principio di concorrenza e, in particolare, dell'articolo 51 del d. lgs. 50/2016;
- l'illegittimità dell'articolo 6.1. del disciplinare nella parte in cui prevede la possibilità di riaprire la procedura di gara in modo non trasparente, anti – economico ed in violazione del principio di legittimo affidamento.

9.1. Rispetto ai primi due profili la decisione appellata merita conferma con le precisazioni e integrazioni di seguito esposte: in particolare, rispetto ai lotti 1) e 2) va ribadito che la parte non ha presentato domanda di partecipazione e, dunque, non vanta legittimazione ed interesse a contestare, *in parte qua*, la procedura di gara.

9.2. Del pari, quanto al dedotto contrasto tra bando e disciplinare di gara - consentendo il primo l'aggiudicazione ad un medesimo operatore dei quattro lotti in cui è articolato l'appalto mentre il secondo pone il vincolo di due lotti - parimenti la parte appellante non ha interesse a coltivare la censura in argomento anche perché l'opzione ermeneutica concretamente sostenuta e portata avanti dalla stazione appaltante è stata quella di riconoscere efficacia al vincolo di aggiudicazione per massimo due lotti, con la conseguenza che il paventato rischio di un operatore che possa monopolizzare l'intera commessa è rimasto confinato ad uno stadio astratto, del tutto superato e smentito dallo sviluppo della procedura.

9. Né hanno fondamento i rilievi attorei estesi nei confronti della *lex specialis* pur applicata in coerenza con il suindicato vincolo di aggiudicazione.

Com'è noto, l'articolo 51 del D.Lgs. 18/04/2016, n. 50, al comma 1, prevede che “*..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 ggggg), in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture*” soggiungendo nel successivo periodo che “*Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139*”.

9.1. La prescrizione in argomento si dispiega nel senso di favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese.

9.2. Rispondono alla medesima logica di valorizzazione dei principi di concorrenza anche le successive disposizioni dell'articolo in argomento.

“2. 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.

3. 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”.

9.3. La piana lettura della disciplina in argomento evidenzia come *in subiecta materia* il legislatore non abbia inteso imporre soluzioni cogenti e definite nel loro contenuto precettivo riconoscendo alla stazione appaltante possibilità di scelta nell'ambito di un'ampia discrezionalità, ponendo come criteri di orientamento quello del *favor* per

le piccole e medie imprese nell'ambito dell'esigenza di fondo di valorizzazione della libera concorrenza.

9.4. In tal modo, sarà compito della singola Amministrazione individuare la formula di sintesi che valga come bilanciamento complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento alla stregua dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, con la conseguenza che le conseguenti determinazioni si prestano ad essere sindacate in sede giurisdizionale solo sotto i profili della ragionevolezza e della proporzionalità (cfr. CdS, III Sezione, n. 2881 del 7.5.2020).

9.5. Orbene, nella detta prospettiva si rivelano del tutto apodittiche le argomentazioni censoree svolte dall'appellante il quale si duole della violazione della richiamata disciplina normativa per il solo fatto che la *lex specialis* consentirebbe l'aggiudicabilità ad un medesimo operatore del 50 % dei lotti banditi, facendo derivare tale conclusione, con inaccettabile pretesa automaticità, direttamente dal raggiungimento della detta soglia percentuale. Quest'ultima, infatti, quale parametro di riferimento, non ha alcun appiglio giuridico nel dato normativo sopra trascritto.

9.6. La suddetta impostazione, che oltretutto privilegia una disamina astratta e statica, prescindendo dunque dalle dinamiche del mercato di riferimento e dagli equilibri allo stesso sottesi, riposa in definitiva su basi autoreferenziali del tutto sganciate dal contesto di riferimento e, come tale, si mostra del tutto idonea a conseguire sul piano logico, oltre che probatorio, quel risultato di manifesta illogicità ed irragionevolezza apprezzabile in questa sede.

9.7. E di ciò è una chiara riprova, come efficacemente eccepito da S&N, lo stesso andamento della procedura in argomento, che ha visto partecipare pochissimi operatori, facendo registrare addirittura una mancanza di domande per il lotto 3.

In tale contesto la pretesa ad ulteriormente irrigidire il divieto di aggiudicazione plurimo avrebbe conseguito, senza alcun vantaggio in termini di concorrenza,

l'effetto di incidere negativamente sull'interesse pubblico ad aggiudicare l'appalto alle migliori condizioni tecniche ed economiche.

10. Del pari, non condivisibili si rivelano le residue osservazioni censoree compendiate nel mezzo qui in rilievo nella parte in cui lamentano la violazione dei principi di trasparenza e di tutelabilità delle posizioni soggettive degli operatori concorrenti discendente dall'applicazione del meccanismo di cui al citato art. 6.1. del disciplinare di gara.

10.1. Tale clausola, per quanto qui di più diretto interesse, prevede che *“nel caso in cui un concorrente si sia aggiudicato due lotti, non si procederà all'apertura della sua offerta riferita ai lotti successivi”*.

10.2. E le operazioni di gara si sono svolte in stretta aderenza al divisato criterio con l'effetto che:

- il 24.09.2018 avevano inizio le operazioni di apertura delle buste tecniche;
- lo scrutinio seguiva la numerazione dei lotti, iniziando, dunque, dal n. 1;
- i lotti nn. 1 e 2 venivano aggiudicati alla ditta Smith&Nephew s.r.l.;
- le operazioni di gara, essendo andato deserto il lotto n. 3, proseguivano con l'assegnazione dei punteggi tecnici per il lotto n. 4, che però veniva limitata alla sola offerta tecnica di Convatec mentre non veniva attribuito il punteggio a Smith&Nephew S.r.l., in quanto ditta già aggiudicataria dei Lotti nn. 1 e 2 (cfr. verbale n.10 del 31.10.2018).

Solo a seguito e per effetto della successiva esclusione, in data 19.3.2019, di S&N dal lotto 1, il seggio di gara, con riferimento al lotto 4, ha dapprima valutato l'offerta tecnica e poi proceduto all'apertura ed alla valutazione dell'offerta economica di S&N.

10.3. L'appellante principale contesta la disciplina di gara (id est articolo 6.1. del disciplinare) nella parte in cui si risolve nello sfalsare da un punto di vista cronologico la valutazione delle offerte dei singoli concorrenti con conseguente

violazione del principio di trasparenza che, per essere salvaguardato, avrebbe dovuto implicare – nella tesi dell'appellante - l'apertura di tutte le offerte di tutte le ditte partecipanti per l'aggiudicazione di tutti i lotti banditi con conseguente formazione di una graduatoria di merito relativa a ciascun lotto.

L'opposta soluzione organizzativa su cui si fonda la disciplina di gara avrebbe finito per rivelarsi:

- non trasparente, dal momento che ha impedito alle società partecipanti di rendersi conto del reale valore delle proprie offerte rispetto a quello delle concorrenti, e del proprio concreto posizionamento nella graduatoria di ciascun lotto;

- anti-economico, in quanto ha, alla fine, condotto la Pubblica Amministrazione a dover riconvocare il Seggio di gara per la riapertura della procedura di gara, già conclusa a favore della ricorrente, inerente al Lotto n. 4, quando è noto che le gare pubbliche devono essere improntate al canone di concentrazione delle sedute della Commissione,

- violativo del principio del legittimo affidamento, dal momento che ha finito per incidere negativamente sulla posizione soggettiva di Convatec Italia S.r.l. che, in relazione al Lotto n. 4, aveva non solo ottenuto l'aggiudicazione, ma addirittura già stipulato anche la relativa Convenzione.

10.4. Ritiene il Collegio che, sul punto, si rivelino, viceversa, condivisibili i rilievi del TAR. Quest'ultimo ha convalidato il funzionamento del suddetto meccanismo di valutazione progressiva all'uopo prevedendo che *“La gravata previsione del Disciplinare non comporta (almeno nella fase “fisiologica” della gara) alcun appesantimento della procedura evidenziale ma, contrariamente a quanto dedotto dalla ricorrente, si ispira proprio ad esigenze di speditezza e concentrazione dell'azione amministrativa, consentendo di evitare lo svolgimento di operazioni potenzialmente inutili in tutti i casi in cui opera il vincolo di aggiudicazione stabilito dalla lex specialis; né ad una diversa conclusione può giungersi per il sol fatto che, in caso di evenienze “patologiche”, può diventare necessario, come accaduto nella fattispecie, rimettere in*

discussione gli esiti di gara relativi a un determinato lotto in conseguenza di eventi riferibili ad altri lotti, trattandosi di accadimenti soltanto eventuali e dagli esiti sempre incerti. In quest'ottica, le imprese partecipanti alla gara non possono vantare alcuna pretesa a conoscere il valore delle offerte di altri concorrenti "pretermessi" dalla gara in virtù del meccanismo previsto dal punto 6.1 del Disciplinare, essendo evidente che il perseguimento delle esigenze di "trasparenza" invocate dalla ricorrente condurrebbe, ogniqualvolta gli esiti della gara restino impregiudicati, a sicuri, ingiustificati aggravamenti dell'iter procedurale".

10.4. I chiari e vincolanti meccanismi operativi della clausola in argomento, noti agli operatori concorrenti, consentono, altresì, di escludere la dedotta violazione dell'affidamento, vieppiù in considerazione del contenuto tempo temporale in cui hanno avuto luogo le operazioni "correttive" di revisione della graduatoria relativa al lotto 4.

10.5. A tali considerazioni deve altresì soggiungersi che nemmeno persuade la tesi della assoluta impossibilità di rinnovare parzialmente una gara in presenza di offerte già conosciute, senza che perciò non venga violato il principio di segretezza delle offerte economiche. La impossibilità di rinnovazione parziale dei giudizi anche a buste aperte non è prevista tassativamente dall'ordinamento e non costituisce un dogma assoluto, ma un valore che richiede pur sempre di essere posto in relazione e coordinato con gli altri beni tutelati aventi pari dignità ordinamentale sul piano giuridico, quali, nella specie, da un lato il principio di conservazione degli atti giuridici e di buona amministrazione, e dall'altro, il canone della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive (Consiglio di Stato sez. III, 15/11/2018, n.6439; Cons. Stato, III, 6.8.2018 n. 4830; Cons. Stato Sez. VI, Sent., 04-09-2014, n. 4514; Ad. Plen. 7.5.2013 n. 13).

Tanto in aderenza anche ai principi già espressi da questo Consiglio di Stato, in composizione plenaria (cfr. Cons. St., Adunanza Plenaria, 26 luglio 2012, n. 30;) in virtù dei quali si è ritenuta possibile la valutazione dell'offerta tecnica dell'offerta

illegittimamente pretermessa perché la valutazione si inserisce in un quadro di regole oramai definite (anche sul modo di operare della Commissione) di guisa che devono ritenersi scongiurati possibili abusi.

Tanto è sufficiente per il rigetto dell'appello principale, assorbendo le considerazioni sopra svolte anche la domanda risarcitoria che muove da premesse inconciliabili con le divise statuizioni.

Nelle suesposte considerazioni reiettive restano parimenti assorbite le ragioni sottese alla impugnativa incidentale, che va pertanto dichiarata improcedibile.

Sussistono nondimeno giusti motivi, in ragione della novità e dell'obiettiva controvertibilità delle questioni scrutinate, per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe, così provvede:

- respinge l'appello principale;
- dichiara improcedibile l'appello incidentale;

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2020, svolta in modalità da remoto, con l'intervento dei magistrati:

Giulio Veltri, Presidente FF

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Umberto Maiello

Giulio Veltri

IL SEGRETARIO