

Pubblicato il 30/10/2019

N. 07446/2019REG.PROV.COLL.

N. 06578/2019 REG.RIC.

N. 04438/2019 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 6578 del 2019, proposto da Servizi Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Gianluigi Pellegrino, Paolo Sansone, Eleonora E.L. Bonsignori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Lazio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Rosa Maria Privitera, domiciliataria ex lege in Roma, via Marcantonio Colonna 27;

nei confronti

Servizi Sanitari Integrati S.r.l., Lavanderia D'Alessio S.r.l., in persona del rispettivo legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Antonio Sasso, Gennaro Terracciano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di

Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gennaro Terracciano in Roma, piazza
San Bernardo, n. 101;

Adapta S.p.A., Pacifico S.r.l., Hospital Service S.r.l. non costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 4438 del 2019, proposto da
Servizi Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avvocati Gianluigi Pellegrino, Paolo Sansone,
Eleonora E.L. Bonsignori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

contro

Regione Lazio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e
difeso dall'Rosa Maria Privitera, domiciliataria ex lege in Roma, via Marcantonio
Colonna 27;

nei confronti

Adapta S.p.A., Servizi Sanitari Integrati S.r.l. in proprio ed in qualità di Capo
Gruppo Mandataria del Costituendo Rti, Rti Lavanderia D'Alessio S.r.l., Hospital
Service S.r.l. non costituiti in giudizio;
Pacifico S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e
difeso dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Placidi in Roma,
via B. Tortolini 30;

per la riforma

quanto al ricorso n. 4438 del 2019:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale Per Il Lazio (sezione Terza)
n. 06109/2019, resa tra le parti:

quanto al ricorso n. 6578 del 2019:

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 7234/2019, resa tra le parti;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lazio, di Servizi Sanitari Integrati S.r.l., di Lavanderia D'Alessio S.r.l. e di Pacifico S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 ottobre 2019 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti gli avvocati Gianluigi Pellegrino, Paolo Sansone, Rosa Maria Privitera, Antonio Sasso, Gennaro e Lorenzo Lentini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato in data 2/1/2017 (e ripubblicato con rettifica il successivo 15/3/2017), la Regione Lazio indiceva una gara comunitaria centralizzata a procedura aperta finalizzata all'acquisizione del servizio di lavanolo occorrente alle Aziende Sanitarie e Ospedaliere della Regione Lazio, suddivisa in otto lotti, per il valore complessivo di € 133.469.085,05.

Il criterio di aggiudicazione prescelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'attribuzione di massimo 60 punti per l'offerta tecnica e di 40 per l'offerta economica; l'offerta tecnica era valutata secondo il metodo del confronto a coppie, sulla base dei criteri di valutazione fissati dalla *lex specialis*.

Pervenivano offerte da parte di nove operatori economici. Dopo i relativi controlli venivano tutti ammessi.

A seguito della verifica di anomalia, il RUP nella seduta pubblica del 26/9/2018 confermava le graduatorie stilate alla precedente seduta del 10/7/2018. Seguiva la determinazione n. G12153 del 1/10/2018 comunicata in pari data, con la quale veniva disposta l'aggiudicazione dell'appalto:

- quanto ai Lotti 5, 6 e 8, in favore di Adapta s.p.a.;
- quanto ai Lotti 2, 4 e 7, in favore del costituendo RTI SSI Lavanderie d'Alessio;
- quanto ai Lotti 1 e 3, in favore di Pacifico s.r.l.

La società appellante risultava:

2[^] (3[^] ante scorrimento) nel lotto III;

3[^] (4[^] ante scorrimento) nel lotto II, nonché (ma in assoluto) nei lotti V, VI e VIII;

5[^] nel lotto IV e nel lotto VII.

A seguito di accesso agli atti, la medesima proponeva dinanzi al TAR Lazio due ricorsi gemelli, svolgendo plurimi motivi di impugnazione, tutti volti alla rinnovazione integrale della procedura concorrenziale per violazioni attinenti principalmente alla nomina del Presidente della Commissione di gara, alla verbalizzazione delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche mediante confronto a coppie, nonché alla mancata previsione nella disciplina di gara di alcune specifiche tecniche e/o criteri di valutazione imposti *ex lege*, quali i criteri ambientali minimi di cui al D.M. Ambiente 22 febbraio 2011.

Con motivi aggiunti proponeva ulteriori doglianze mirate a contestare le modalità di assegnazione dei punteggi tecnici relativi alla qualità dei prodotti offerti.

Il TAR Lazio rigettava integralmente i ricorsi con due sentenze di identico contenuto.

Avverso le suddette sentenze ha proposto autonomi appelli So.Ge.Si. per i motivi che di seguito saranno illustrati in diritto.

Nei giudizi d'appello si è costituita la Regione Lazio e ha chiesto la reiezione dei gravami.

Si sono costituite altresì le ditte controinteressate, Servizi Sanitari Integrati S.r.l., Lavanderia D'Alessio S.r.l. e Pacifico S.r.l.. Anch'esse hanno concluso per la reiezione dei gravami.

Le cause sono state tutte discusse all'udienza del 10 ottobre 2019, previo scambio di memorie conclusive e di replica. All'esito sono state trattenute in decisione, e avendone fatto le parti richiesta, il Collegio ha depositato in pari data dispositivo di sentenza del seguente tenore: *“definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, previa loro riunione, li respinge. Spese del grado compensate”*

Queste le motivazioni.

DIRITTO

1.E' opportuno riunire a fini della loro trattazione congiunta tutti gli appelli proposti, posto che essi concernono sentenze di identico contenuto.

2. Con il primo motivo l'appellante contesta le sentenze nella parte in cui hanno affrontato e respinto la censura concernente l'omessa verbalizzazione degli esiti dei confronti a coppie.

L'appellante ricorda che il verbale n. 14 del 5 giugno 2018 riporta solo otto tabelle recanti esclusivamente i punteggi totali attribuiti a ciascun concorrente nei vari lotti oggetto di gara.

Le tabelle triangolari recanti gli esiti dei confronti a coppie e i punteggi attribuiti a ciascun concorrente, negli otto lotti di gara, con riferimento a ciascuno dei ventisei elementi di valutazione sono contenuti in dei file memorizzati su CD-Rom

Si tratterebbe però – secondo l'appellante - di file:

- che non fanno parte dei verbali di gara, non recano alcun timbro dell'ufficiale rogante e non sono in alcun modo qualificati come allegati dei verbali di gara;

- che non sono in alcun modo protetti e pertanto potrebbero essere stati in qualunque momento modificati da chiunque vi abbia avuto accesso;
- che non sono firmati digitalmente, né recano alcuna indicazione in merito al redattore e dunque non hanno neppure la qualità di documento informatico.
- che non recano alcuna data né alcuna marca temporale

Inoltre emergerebbe che l'ultimo salvataggio di ognuno di questi file è avvenuto successivamente alla chiusura delle operazioni di valutazione (cioè dopo le ore 13.30 del 5 giugno 2018) e che tale ultimo salvataggio è stato effettuato da un soggetto esterno alla stessa commissione.

3. A fronte di tali censure il TAR ha affermato che *“le sedute pubbliche della gara si sono svolte alla presenza del sostituto ufficiale rogante della Centrale acquisti regionale, accompagnato dal RUP e da due testimoni e ci si è serviti della piattaforma di eprocurement della gara in questione; le sedute riservate si sono svolte alla presenza del Presidente, che ha svolto le funzioni di segretario della Commissione e dei due componenti.*

Per la valutazione dell'offerta tecnica la Commissione ha attribuito una lettera a ciascuna Ditta anche per semplificare le operazioni e la compilazione dei file excel relativi ai diversi lotti ed ha attribuito a ciascun commissario un numero da 1 a 3.

Il risultato dei punteggi attribuiti all'offerta tecnica ed alla campionatura da ciascun commissario ed a ciascuna Ditta risulta poi confluito nei file excel compilati per tutti i lotti e nelle fotografie dei campioni allegati al verbale 14 del 5 giugno 2018 unitamente ai verbali delle varie sedute riservate e trasmessi dal Presidente della Commissione al RUP. Parte ricorrente insiste come sopra riportato che i file excel non hanno la qualità di documento informatico a mente di quanto previsto dall'art. 20, comma 1 bis del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 recante il Codice dell'Amministrazione digitale, in quanto non vi è apposta la firma digitale.

Ed invece la circostanza che il verbale n. 14 del 5 giugno 2018 (peraltro prodotto tra i documenti dalla stessa ricorrente) portasse in allegato “i verbali – delle sedute riservate - in originale, dei file excel e delle fotografie su supporto informatico” da trasmettere al RUP per poi procedere alla

seduta pubblica di apertura dell'offerta economica, non consente di condividere tale ulteriore aspetto della censura, dal momento che la loro citazione e l'allegazione al ridetto verbale del 5 giugno 2018 ha fatto sì che essi formassero parte integrante dello stesso, che era sottoscritto da tutti i componenti della Commissione; al riguardo la giurisprudenza ribadisce che quando l'allegato è espressamente richiamato nel verbale e sia poi materialmente accluso ad esso ne forma parte integrante'

4. Secondo l'appellante invece, per formare parte integrante dei verbali in forma cartacea, i file excel contenenti i singoli punteggi assegnati da ciascuno dei tre commissari avrebbero dovuto essere uniti materialmente al verbale, in un unico documento a stampa, o, a tutto concedere, in un unico documento firmato digitalmente. In mancanza non vi sarebbe alcuna prova in merito al fatto che i punteggi riportati nei file excel provengano con certezza ed esclusivamente dai componenti della commissione giudicatrice.

5. Ritene il Collegio che il motivo sia infondato.

5.1. Nel verbale n. 10 relativo alla seduta del 15.03.2018, viene dato atto che nel corso della stessa *"...dopo confronto e scambio di vedute, ciascun Commissario provvede a compilare i file excel per tutti i lotti per ciascun criterio relativo alle offerte tecniche, attraverso il confronto a coppie"*; nel verbale n. 14, sul quale si appunta l'attenzione dell'appellante, sono poi riportate le somme dei punteggi riportati per ciascun criterio e viene dichiarato che *"Il Presidente provvederà alla trasmissione al RUP dei verbali in originale, dei file excel e delle fotografie su supporto informatico..."*.

Nessuno dubita che ciò sia avvenuto, né che il punteggio totale riportato nel verbale n. 14 costituisca corretta sommatoria dei punteggi parziali memorizzati su supporto digitale.

L'appellante piuttosto dubita che i punteggi riportati nei file excel provengano con certezza ed esclusivamente dai componenti della commissione giudicatrice, a cagione del fatto che essi non sono provvisti di autonoma sottoscrizione.

In disparte la constatazione che il dubbio avrebbe dovuto essere coltivato a mezzo di querela di falso, posto che i verbali di gara sono atti pubblici fidefacenti, deve osservarsi che il verbale n. 14 nel quale sono riportati i punteggi totali è sottoscritto da tutti i commissari: dunque sono stati gli stessi commissari a procedere alle operazioni di sommatoria dei dati parziali, previamente salvati dai medesimi nei file excel, e a verbalizzare i relativi risultati, assumendone evidentemente la paternità, sia per i totali che per i parziali.

Del resto la censura, lungi dal denunciare l'avvenuta fraudolenta manomissione dei dati da parte di terzi, dopo la memorizzazione e prima della loro verbalizzazione, si limita a sostenere che il vizio di legittimità scaturisce dall'astratta possibilità che ciò possa avvenire, ritenendo persino insufficiente ed inutile – giusto quanto chiarito durante la discussione – il compimento di una verifica sulla tracciatura delle modifiche.

Ciò corrobora la tesi, già sostenibile sulla base dell'originaria formulazione delle censure, che trattasi di una contestazione di carattere meramente formale, da ritenersi tuttavia superata, giusto quanto sopra osservato, dalla successiva verbalizzazione operata dagli stessi commissari il 5 giugno 2018.

5.2. Quanto alla circostanza che l'ultimo salvataggio di ognuno di questi file è avvenuto successivamente alla chiusura delle operazioni di valutazione (cioè dopo le ore 13.30 del 5 giugno 2018) e che tale ultimo salvataggio è stato effettuato da un soggetto esterno alla stessa commissione, è agevole replicare che: 1) l'unico fatto da ritenersi provato è che è stato utilizzato dai Commissari un computer in dotazione ad un soggetto esterno alla Commissione, e non già che un soggetto esterno abbia direttamente e abusivamente operato; 2) la circostanza che l'indicato salvataggio sia avvenuto dopo l'avvenuta verbalizzazione, da parte dei commissari, dei punteggi totali, esclude che tale intervento abbia potuto incidere sulla sommatoria già verbalizzata.

6. Con il secondo motivo l'appellante affronta il tema della presunta illegittimità della nomina del Presidente della Commissione, posto che quest'ultimo, in forza della lex gara, avrebbe dovuto essere sorteggiato "esclusivamente" fra i dipendenti delle Direzioni Regionali "Salute e Personale" o delle Aziende Ospedaliere e Sanitarie della Regione Lazio, nonché possedere la qualifica di esperto nello specifico settore cui afferisce l'oggetto dell'appalto. Invece, dalla determina di nomina dell'organo collegiale emergerebbe che, a seguito delle rinunce pervenute si è attinto, per la nomina a Presidente, ad altra Direzione generale, e in particolare dalla direzione "Formazione" della Regione Lazio. Per di più, la dott.ssa Tomai, Presidente nominato, non sarebbe "*esperto nello specifico settore cui afferisce l'oggetto dell'appalto*".

Tanto si desumerebbe anche dal successivo andamento della gara. Dall'esame dei relativi atti sarebbe infatti emerso che relativamente all'elemento di valutazione "qualità dei prodotti offerti" (a sua volta costituito da cinque sub-elementi di valutazione), cui era riservato un punteggio massimo complessivo di 13 p.ti, su 60 p.ti complessivi), i tre componenti della Commissione hanno attribuito, in tutti i confronti a coppie effettuati (ben 2670), il medesimo giudizio di parità, nonostante la oggettiva diversità di materiali e caratteristiche qualitative dei prodotti offerti dai vari concorrenti.

7. Il TAR Lazio ha rigettato tali censure, ritenendole:

- (i) inammissibili per mancata tempestiva impugnazione della determinazione di nomina della Commissione giudicatrice, pubblicata (unitamente ai curricula dei componenti) in data 18 settembre 2017 ed espressamente richiamata nel verbale della seduta pubblica del 18 ottobre 2017, alla quale erano presenti i rappresentanti della So.Ge.Si.;
- (ii) comunque infondate nel merito.

8. Si tratterebbe, secondo l'appellante, di una decisione in rito che si pone in frontale contrasto con i principi affermati dall'Adunanza Plenaria n. 4/2018, la quale ha circoscritto l'onere di impugnazione immediata alle clausole del bando impeditive della partecipazione alla gara o impositive di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati.

Nel merito, il giudice di prime cure avrebbe altresì errato nel focalizzarsi sulle disposizioni di cui al comma 12 dell'art. 77 del dlgs 50/2016, puntualizzando che nella versione ante correttivo esse stabilivano: *“Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione 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”*. Si tratterebbe di un passaggio motivazionale del tutto avulso dalle censure proposte, a mezzo delle quali, com'anzi detto, non si era criticata la circostanza che la nomina dei Commissari fosse stata effettuata in base alle disposizioni di cui al comma 12 dell'art. 77 nella versione ante correttivo, anziché attingendo all'Albo di cui all'art. 78, come stabilito dal Decreto correttivo n. 56/2017 (sopravvenuto in corso di gara) ma, piuttosto, che era stato violato il principio generale dell'autovincolo, in base al quale la Stazione appaltante non può discostarsi dalle regole fissate nella *lex specialis* della procedura che essa stessa ha disposto e alle quali si è autovincolata.

9. Ritiene il Collegio che il motivo di ricorso, contrariamente a quanto affermato dal TAR, sia ammissibile, anche se – giova sin da subito rilevare – l'accoglimento del correlato motivo d'appello non può produrre effetti sulla definitiva decisione della complessiva doglianza. Come si evince dalla completa lettura dei passaggi motivazionali della sentenza gravata e dal relativo dispositivo, il giudice di prime cure, infatti, ha comunque esaminato il “merito” dei motivi di ricorso in parola, non arrestandosi ad una mera dichiarazione di inammissibilità.

9.1. In punto di impugnazione del bando, com'è noto, l'Adunanza Plenaria ha ribadito, pur a fronte dell'evoluzione normativa nazionale ed europea, tralasciata dalla Sezione rimettente quale percorso coerente con una visione più ampia dell'interesse legittimo e dei presupposti per l'attivazione della relativa tutela, che l'onere di impugnazione immediata alle clausole del bando deve ritenersi circoscritto a quelle impeditive della partecipazione alla gara o impositive di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati.

Nel caso di specie non è la *lex gara* ad essere contestata, ma la nomina della commissione aggiudicatrice in quanto asseritamente avvenuta in violazione delle regole che la *lex gara* ha posto in punto di categorie soggettive dalle quali attingere e livello di competenza specialistica da possedere. Ad avviso della Sezione il principio applicabile è tuttavia il medesimo stabilito dall'Adunanza Plenaria sul presupposto della concreta lesività rispetto al "bene della vita" protetto dalla situazione giuridica di interesse legittimo. L'insegnamento della Plenaria ribadisce che il "bene della vita" è l'aggiudicazione (ossia la pretesa di stipulare con la PA) e non già l'interesse all'astratta regolarità delle operazioni di gara, talché, quando si considera la "lesione" per verificarne la concretezza e l'attualità è a quel bene della vita che occorre guardare. In quest'ottica è pacifico che l'asserita illegittima composizione del seggio di gara diviene lesiva solo quanto l'aggiudicazione è pronunciata in favore di terzi.

9.2. Tanto chiarito, occorre passare alle questioni di merito sollevate dall'appellante in ordine alla composizione della Commissione. E' vero, giusto quanto dedotto dall'appellante, che il TAR si è soffermato su un aspetto (il comma 12 dell'art. 77 del dlgs 50/2016, nella versione ante correttivo in materia di utilizzo dell'albo dei commissari) che non era interessato dalle censure, invece incentrate sulla

violazione della lex gara; tuttavia l'esame di queste ultime non consente di giungere a conclusioni diverse da quelle cui è già giunto il giudice di prime cure.

9.3. Segnatamente, quanto alla violazione del par. 11 del disciplinare di gara e del principio dell'autovincolo occorre ricordare che esso testualmente prevedeva: *“La Stazione Appaltante chiederà a ciascuna Azienda Sanitaria ed Ospedaliera della Regione Lazio l'indicazione di due nominativi di propri dipendenti, almeno uno dei quali con qualifica di dirigente, esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto dell'appalto. Data l'omogeneità dell'oggetto dei singoli lotti che compongono la presente procedura di gara, non si rinviene infatti la necessità di ricercare professionalità distinte da quelle sopra indicate. La Stazione Appaltante procederà altresì a chiedere a ciascuna delle Direzioni regionali competenti in materia di Salute ed in materia di Personale l'indicazione di quattro nominativi di propri dipendenti, almeno uno dei quali con qualifica di dirigente, anch'essi esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto dell'appalto.*

Scaduto il termine indicato dalla Stazione Appaltante per l'invio dei nominativi, l'individuazione dei componenti della Commissione avverrà, esclusivamente tra i soggetti così indicati, a mezzo di sorteggio, che verrà espletato in seduta pubblica presso la Regione Lazio, nel modo seguente:

a) In caso di presenza di almeno 4 esperti interni all'Amministrazione regionale individuati dalle Direzioni competenti in materia di Salute e Personale, tra gli stessi verrà individuato uno dei membri della Commissione, mentre i rimanenti saranno individuati tra i nominativi indicati dalle Aziende sanitarie ed Ospedaliere.

b) In caso contrario tutti e 3 i membri saranno individuati tra i nominativi indicati dalle Aziende sanitarie ed Ospedaliere.

In sede di sorteggio verranno individuati anche un numero di soggetti pari a 3 volte il numero dei membri della Commissione, che assumeranno il ruolo di sostituti.

Il ruolo di presidente della Commissione verrà individuato, se necessario tramite ulteriore sorteggio, secondo il seguente ordine di criteri di preferenza:

1. Membro interno con qualifica dirigenziale, se presente;

2. *Membro esterno con qualifica dirigenziale, se presente;*

3. *Qualsiasi ulteriore membro interno o esterno.*

Verificata in sede di accettazione dell'incarico l'assenza in capo ai membri della Commissione di cause di incompatibilità o di obbligo di astensione, la Stazione Appaltante procederà con proprio provvedimento a costituire la Commissione medesima.”

Dalla lettura della determinazione G12631 del 18/09/2017 emerge, con riferimento alla nomina del Presidente, che si è proceduto al sorteggio tra i dirigenti indicati dalle direzioni generali previste dal par 11 (salute e personale), così individuando un presidente designato e ben due riserve. E' accaduto però che sia il Presidente designato che le due riserve hanno rinunciato all'incarico. Ciò ha condotto l'amministrazione, anche al fine di salvaguardare il principio del sorteggio, ad ampliare la platea soggettiva di riferimento, ricomprendendovi dirigenti di altre direzioni regionali.

Secondo l'appellante tale decisione avrebbe violato il principio dell'autovincolo.

Il Collegio è di diverso avviso. Non si vuol negare, ovviamente, la pacifica vigenza del principio per il quale quando l'Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni (Cons. Stato Sez. V Sent., 17/07/2017, n. 3502). Né quello, che ne costituisce corollario, per il quale la *lex specialis* deve essere interpretato in termini strettamente letterali, con la conseguenza che le regole in esso contenute vincolano rigidamente l'operato dell'amministrazione pubblica, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in ragione sia dei principi dell'affidamento e di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, che sarebbero pregiudicati ove si consentisse la modifica delle regole

di gara cristallizzate nella *lex specialis* medesima (Cons. Stato Sez. IV, 19/02/2019, n. 1148).

Ciò del quale il Collegio dubita è piuttosto che si sia, nel caso di specie, al cospetto, da una parte, di un autovincolo assunto a garanzia della *par conditio*, dall'altra, dinanzi ad un comportamento che disapplica la *lex gara*.

L'autovincolo, com'è noto, costituisce un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che la P'amministrazione pone a se medesima in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell'individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice l'ampia e impregiudicata discrezionalità, favorire *in executivis* l'utilizzo di criteri decisionali non imparziali. La garanzia dell'autovincolo nelle procedure concorsuali è fondamentalmente finalizzata alla *par conditio*: conoscere in via anticipata i criteri valutativi e decisionali della commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti.

Nel caso di specie, la norma della *lex specialis*, della quale si discute, concerne la composizione della Commissione e ha in particolare ad oggetto le categorie soggettive dalle quali attingere per la nomina del Presidente (dirigenti ASL e dirigenti regionali), ossia questioni organizzative a presidio della trasparenza, che non impingono sulle scelte valutative e sui criteri decisionali rilevanti nella selezione del miglior offerente.

Non solo. L'autovincolo in esame si riferisce ad un'attività interna, rientrante nel dominio dell'amministrazione appaltante (il sorteggio), e in una esterna che le sfugge, condizionata com'è dall'indicazione proveniente da altre amministrazioni e, soprattutto, dalla necessaria accettazione da parte dei sorteggiati.

E' difficile che in sede di autovincolo condizionato ad eventi esterni, l'amministrazione possa fornire in via preventiva e astratta una soluzione preventiva ad ogni possibile variabile, sicchè in casi peculiari come questo deve ritenersi che la disposizione che introduce l'autovincolo, implicitamente sottenda la clausola dell' "*ove ragionevolmente possibile*".

Del resto l'amministrazione non ha disapplicato la disposizione sull'autovincolo ma l'ha applicata sino al limite esigibile, alla luce del principio *ad impossibilia nemo tenetur*. Solo quando si è trovata dinanzi all'alternativa, tra la paralisi procedimentale per indisponibilità di candidati e l'ampliamento delle direzioni generali dalle quale attingere il dirigente designato (ferma comunque l'appartenenza all'amministrazione regionale), ha optato per la seconda delle soluzioni.

Quanto alla competenza del Presidente nominato, qui basta richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale la competenza della Commissione può ritenersi concretamente soddisfatta allorchè due dei suoi tre componenti siano portatori di una specifica competenza nel settore in cui il singolo appalto si riferisce ed il terzo membro vanti comunque una competenza tecnica generale in materia di pubbliche gare (Cons. Stato Sez. V n. 3921/2018 e n. 5694/2017; Sez. III n. 5670/2015).

Nel caso di specie è pacifico che il presidente nominato avesse competenza tecnica generale in materia di pubbliche gare.

9.4. Inoltre, la circostanza fattuale, allegata dall'appellante, secondo la quale la Commissione avrebbe espresso sempre un giudizio di parità su cinque criteri di qualità, prova troppo.

Sul punto val la pena di sottolineare che l'appellante "utilizza" la censura non al fine di rivendicare per se un maggior punteggio nel confronto a coppie, ma per corroborare la tesi della mancanza di competenza specifica dei commissari.

Tuttavia i criteri erano in tutto 21 e per gli altri l'appellante ha ottenuto giudizi tutto sommato gratificanti, dunque non v'è stato certo un appiattimento tale da poter sostenere che la Commissione abbia abdicato al suo ruolo a causa dell'incompetenza dei relativi componenti. Inoltre, è a dir poco anomalo che l'appellante insista su presunte aporie valutative, sganciate da una prova di resistenza, che non solo non interessano la complessiva attività di valutazione della Commissione, ma che neanche sottendono una lesione delle proprie chance competitive.

E' pur vero che i vizi relativi alla composizione della Commissione debbono farsi valere – giusto quanto sopra chiarito - solo all'esito dell'aggiudicazione a terzi. Tuttavia, quando il vizio specifico è quello dell'incompetenza dei membri della Commissione, ed esso è fatto valere *ex post* quale vizio che ridonda sull'aggiudicazione, il ricorrente dovrebbe quanto meno individuare un legame tra la denunciata incompetenza e gli esiti valutativi in relazione alla propria offerta.

10.L'appellante denuncia ancora l'illegittimità della disciplina di gara in ordine alla prestazione relativa alla “*distribuzione automatica delle divise*” degli operatori sanitari, riguardante otto elementi di valutazione, e per la quale era prevista l'attribuzione di un punteggio complessivo massimo di 18 punti su 60.

In particolare, l'appellante lamenta l'irragionevolezza della previsione contenuta nell'articolo 5 del Capitolato Tecnico, là dove è richiesto che “...*Le divise inserite nei distributori dovranno essere nominative e dotate di microchip a barra o altro dispositivo...che ne permetta la tracciatura...*”: posto che la disposizione *de qua* imporrebbe offerte meramente “cartolari”, in contrasto con i principi e le finalità poste dall'art. 95, commi 1 e 2 e 6, del codice dei contratti pubblici.

TAR Lazio ha dichiarato la censura inammissibile ritenendo che il disciplinare avrebbe dovuto essere autonomamente impugnato senza attendere l'esito dell'aggiudicazione dell'appalto all'impresa controinteressata.

L'appellante sostiene, contrariamente a quanto affermato dal primo Giudice, di non aver lamentato che la *lex specialis* abbia comportato l'impossibilità di elaborare l'offerta, che, difatti, è stata presentata. Piuttosto, l'assenza di precise indicazioni circa il numero e il collocamento dei distributori ha inciso sulla possibilità di stimare compiutamente il costo del relativo investimento e quindi di formulare un'offerta economica maggiormente competitiva rendendo (solo) incerta l'effettiva possibilità di effettiva esecuzione delle prestazioni richieste.

Ritiene il Collegio che la statuizione del TAR in punto di inammissibilità sia questa volta corretta.

Non c'è dubbio che la censura esuli dal rapporto tra *lex gara* e aggiudicazione a favore di terzi, e si focalizzi piuttosto sulla oggettiva e generalizzata difficoltà indotta, per tutti i concorrenti, dalla previsione del disciplinare.

In casi come questi, i principi affermati dall'Adunanza Plenaria n. 4/2018 impongono l'impugnazione immediata della *lex gara*, pena l'inammissibilità.

L'aver comunque partecipato, nonostante le difficoltà predette, alla procedura di gara, non costituisce del resto prova del carattere non ostativo delle clausole, posto che la presentazione della domanda di partecipazione è adempimento necessario al fine di ottenere legittimazione ad impugnare (cfr. sul punto A.P. citata): in altri termini, se l'appellante non avesse partecipato alla gara, l'intero ricorso sarebbe stato inesorabilmente destinato ad una radicale dichiarazione di inammissibilità.

11. Con ulteriore motivo l'appellante avversa la gravata decisione nella parte in cui ha accertato la parziale inammissibilità e, comunque, l'infondatezza del motivo di ricorso con cui era stata dedotta la violazione ed omessa applicazione degli artt. 34 e 71 del d. lgs. 50/2016 e dell'all. 1 del D.M. ambiente 22 febbraio 2011, aggiornato con Decreto 11 gennaio 2017, in quanto, in ritenuta applicazione delle suindicate disposizioni del Codice dei contratti pubblici, la *lex specialis* di gara non conteneva l'inserimento, nella documentazione progettuale, delle specifiche

tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi (CAM) adottati con Decreto del Ministero dell’Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare.

T.A.R. ha ritenuto inammissibile il motivo per omessa tempestiva impugnativa del bando e del Disciplinare di gara, e comunque infondata la questione per le seguenti ragioni:

- 1) il D.M. 22 febbraio 2011, avente ad oggetto “*Adozione dei criteri ambientali minimi da inserire nei bandi gara della Pubblica amministrazione per l’acquisto dei seguenti prodotti: tessili, arredi per ufficio, illuminazione pubblica, apparecchiature informatiche*”, come aggiornato dal D.M. 11 gennaio 2017 “...al par. 4.1. circoscrive l’applicabilità alle sole forniture aventi ad oggetto il codice CPV (vocabolario comune degli appalti pubblici) “39500000-7” - fornitura di prodotti tessili - mentre la gara, come esplicitamente indicato nel Bando Guri al punto II.1.6, ha ad oggetto il CPV “98311000” - servizio di lavanolo;
- 2) in ogni caso, la Stazione appaltante – pur non essendo obbligata – ha tenuto conto dei principali criteri ambientali;
- 3) l’applicazione dei c.d. “criteri premianti” è rimessa alla scelta discrezionale da parte della Stazione appaltante, come chiarito nel paragrafo 1 della Premessa dell’Allegato 1 al D.M. in parola: in ogni caso, la Regione Lazio, in sede di gara, ha espressamente previsto, tra i requisiti di capacità tecnica e professionale, il possesso della certificazione UNI EN ISO 14001, al fine di garantire un servizio volto al rispetto dell’ambiente.

L’appellante, in primo luogo, sottopone a critica la statuizione d’inammissibilità del motivo di gravame, asserendo che lo stesso non era volto a denunciare l’impossibilità di formulare l’offerta tecnica, quanto piuttosto ad evidenziare che la mancata previsione dei CAM avrebbe reso impossibile un confronto corretto sulla qualità delle offerte, atteso che ciascuna concorrente avrebbe formulato le stesse in

maniera non omogenea, con conseguente “appiattimento” del relativo punteggio assegnato dal Seggio di gara.

Nel merito evidenzia che tra le prestazioni previste dal Capitolato tecnico quale oggetto del contratto è contemplato il noleggio della biancheria piana, di quella confezionata e delle divise da lavoro, oltre alla fornitura di camici (per gli operandi, le partorienti e le puerpere): per cui, la circostanza, rilevata dal primo Giudice, secondo cui il D.M. del 2017 non preveda l’acquisto o il noleggio di tessili, ma la sola fornitura, avrebbe connotato meramente lessicale, e non sostanziale.

Ritiene il Collegio che censure siano ammissibili, a differenza di quanto argomentato in prime cure, non trattandosi di clausole escludenti, o impositive di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati. Nondimeno esse sono infondate per i motivi già condivisibilmente delineati in primo grado.

La fattispecie è disciplinata dall’art. 34 del D.Lgs. 50/2016, nella formulazione antecedente al correttivo approvato con D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (il bando è stato infatti pubblicato, nella versione rettificata, il 14.3.2017), il quale prevedeva:

“1. Le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e conformemente, in riferimento all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, a quanto specificamente previsto all' articolo 144.

2. I criteri ambientali minimi definiti dal decreto di cui al comma 1 sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 95, comma 6. Nel caso dei contratti relativi ai servizi di ristorazione ospedaliera, assistenziale, scolastica e sociale di cui all'articolo 95, comma 3, lettera a), e dei contratti relativi ai servizi di ristorazione di cui all'articolo 144, il

suddetto decreto puo' stabilire che l'obbligo di cui al comma 1 si applichi anche per una quota inferiore al 50 per cento del valore a base d'asta. Negli altri casi il medesimo obbligo si applica per gli affidamenti di qualunque importo, per almeno il 50 per cento del valore a base d'asta, relativamente alle categorie di forniture e affidamenti non connesse agli usi finali di energia e oggetto dei criteri ambientali minimi, mentre si applica per l'intero valore delle gare, relativamente alle categorie di appalto con le quali si può conseguire l'efficienza energetica negli usi finali quali (.....)

Il DM 11 gennaio 2017 sui criteri ambientali minimi per le forniture di prodotti tessili (recante aggiornamento dei CAM per l'acquisto di prodotti tessili, Allegato 1 del DM 22 febbraio 2011) ha previsto, in applicazione dell'art. 34 cit., che *“le stazioni appaltanti sono tenute ad introdurre nei documenti di gara per le forniture di prodotti tessili, le specifiche tecniche definite nel presente documento di “Criteri ambientali minimi per le forniture di prodotti tessili ” per almeno il 50% dell'importo a base d'asta e a tener conto dei criteri ambientali premianti quali elementi tecnici per la valutazione e l'aggiudicazione delle offerte”*. Al par. 4 “oggetto dell'appalto” il DM in parola contempla esclusivamente la *“Fornitura di prodotti tessili (c.p.v. 39500000-7)”* e non i servizi di lavanolo (CPV 98311000).

La tesi dell'appellante è che l'appalto di servizi di lavanolo, oggetto di giudizio, comunque contempli anche il noleggio di lenzuola e altri materiali tessili, sicchè il non avere introdotto le specifiche tecniche di cui al DM 11 gennaio 2017 porterebbe all'illegittimità del bando.

Per quanto suggestiva la tesi non può essere accolta. L'appalto oggetto di contenzioso è senza dubbio un appalto di servizi. Dal combinato disposto della norma primaria e di quella regolamentare, così come vigenti al tempo della predisposizione e pubblicazione del bando si ricavava che: a) l'obbligo era limitato al 50% del valore a base d'asta della fornitura tessile, sicchè era difficile ricavare in via esegetica che esso dovesse applicarsi anche quanto la base d'asta concerneva un

appalto che ha in via principale servizi e non forniture; b) il DM individuava, poi con disposizione *tranchant*, l'oggetto dell'appalto con il cpv 39500000-7, ossia un appalto che ha in via principale la fornitura di materiale tessile, senza alcun riferimento ad appalti di servizio o ad appalti misti.

E' pur vero che la normativa è poi evoluta, a seguito del correttivo del 2017, nel senso di un obbligo generalizzato e senza limitazione, per *“gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione”*.

Dovendosi però avere riguardo alla normativa vigente al tempo della pubblicazione del bando, tale obbligo non poteva dirsi sussistente.

Alle medesime conclusioni deve giungersi in ordine alle c.d. *“specifiche tecniche premianti”*. Esse sono state rese obbligatorie solo con il D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

12.L'appellante insiste infine sulla mancata inclusione nei criteri di valutazione delle offerte tecniche del punteggio premiale previsto dall'art. 7, co. 3, della Legge Regionale Lazio 18/9/2007, n. 16, che detta una serie di misure di tutela in favore dei lavoratori addetti negli appalti di lavori, servizi e forniture, finalizzate al contrasto e all'emersione del lavoro non regolare.

In particolare, la citata disposizione normativa stabilisce:

“I soggetti di cui al comma 1 [Regione, enti pubblici dipendenti, società ed altri enti privati a totale partecipazione regionale, n.d.r.] privilegiano, nelle gare di appalto da essi bandite, il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, tenendo conto prioritariamente, ai fini dell'attribuzione del punteggio:

a) (omissis)

b) dell'impiego, nei lavori, nei servizi o nelle forniture oggetto di appalto, di durata prevista superiore ai sette mesi, di lavoratori con contratto a tempo indeterminato in misura non inferiore al 75 per cento dell'organico complessivamente utilizzato”.

Il Collegio ritiene che la disposizione, in quanto riferita a profili rilevanti in materia di concorrenza, debba ritenersi non più compatibile e comunque superata dal nuovo quadro normativo nazionale. E' pacifico che le disposizioni regolanti le procedure di gara sono riconducibili alla materia della tutela della concorrenza; le medesime inoltre vanno ascritte all'area delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali, nonché delle norme con le quali lo Stato ha dato attuazione agli obblighi internazionali nascenti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea (cfr. da ultimo Corte costituzionale 166/2019). Esse quindi sono prerogativa esclusiva dello Stato.

Gli unici ambiti in cui le Regioni possono legiferare, e le leggi regionali in materia d'appalti avere ancora ultra vigenza, sono quelli relativi all'organizzazione amministrativa.

Nel caso di specie, tuttavia, la disposizione attinge direttamente il criterio di aggiudicazione, disciplinandone profili di sicuro impatto sulla concorrenza compiutamente disciplinati dalla legislazione statale successiva. Essa, anche alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata del quadro normativo complessivo, deve in particolare ritenersi superata dalle previsioni del codice appalti che quali hanno dato rilievo ai profili sociali relativa alla tutela dell'occupazione, attraverso la cd. "clausole sociali" volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendone l'obbligatorietà per i soli appalti ad alta intensità di manodopera (art. 50 codice appalti) e la sola facoltà negli altri casi, sul presupposto che essa comunque costituisca un limite alla libertà di iniziativa economica.

La circostanza che la legge regionale citata, non preveda obblighi di assunzione, ma si limiti a dare maggiori chance competitive ad imprese in ragione delle relative politiche assunzionali, non toglie che si tratti di una clausola sociale incidente sul

principio di concorrenza e costituente un limite, sia pur indiretto, alla libertà di iniziativa economica, la cui prudente valutazione è rimessa al legislatore nazionale.

13. Il conclusione, tutti gli appelli sono respinti.

14. Avuto riguardo alla complessità delle questioni trattate, e all'evoluzione del complessivo giudizio, appare comunque equo compensare tra le parti le spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appello, come in epigrafe proposti, previa loro riunione, li respinge.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

L'ESTENSORE
Giulio Veltri

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO