

Pubblicato il 03/08/2026

N. 06204 /2026 REG.PROV.COLL.
N. 09935/2025 REG.RIC.



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

I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9935 del 2025, proposto da
-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla
procedura CIG B654EA42ED, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Raffaele
Cassano, Claudio Tesauo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

contro

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio fisico eletto presso il suo studio
in Roma, via di Ripetta 142;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Corbyons, Carlo Maria Tanzarella, con domicilio fisico eletto presso lo studio Giovanni Corbyons in Roma, via Ennio Quirino Visconti n. 99;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima) n. 1061/2025, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ASST -OMISSIS-e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 giugno 2026 il Cons. Raffaello Scarpato e uditi per le parti gli avvocati Raffaele Angelo Cassano, Franco Giuseppe Ferrari e Giovanni Corbyons;

FATTO e DIRITTO

1. Il presente giudizio concerne la “*procedura aperta telematica per l'affidamento, ai sensi degli art. 14 e art. 71 del d.lgs. 36/2023, del general contract di laboratorio comprensivo di attrezzature, reagenti, materiale diagnostico, gestione del magazzino, forniture e gestione software, integrazioni con laboratori esterni, per un periodo di 108 mesi*”, bandita dall'Azienda Socio Sanitaria Territoriale – ASST -OMISSIS-(di qui in poi ASST -OMISSIS-) per un importo complessivo previsto a base d'asta in euro 30.438.000,00, IVA esclusa, aggiudicata a -OMISSIS- Healthcare Lombardina S.r.l. (di qui in poi -OMISSIS-), in qualità di unica offerente.

2. -OMISSIS- (di qui in poi -OMISSIS-) ha impugnato l'aggiudicazione e gli atti connessi e conseguenziali dinanzi al T.a.r. per la Lombardia, Brescia, rappresentando

di aver predisposto un'offerta di gara unitamente a -OMISSIS-, in qualità di mandataria di un costituendo RTI, ma di non essere riuscita a trasmetterla entro il termine previsto dal bando di gara (ore 14:00 del 9 maggio 2025) a causa di problematiche tecniche connesse alla linea elettrica ed alla firma digitale della incaricata Fora, richiedendo alla stazione appaltante - tramite comunicazione via pec inviata alle ore 14:03 del 19 maggio 2025 e telefonicamente - la proroga di un'ora rispetto alla scadenza prevista.

3. La stazione appaltante ha respinto la richiesta con comunicazione in pari data, riscontrando l'avvenuta scadenza del termine perentorio e la mancata effettuazione del sopralluogo da parte di -OMISSIS-, confermando tali determinazioni con successiva nota del 21 maggio 2025, con la quale, nel respingere l'istanza di riesame di -OMISSIS-, ha rappresentato che la piattaforma Sintel, messa a disposizione degli operatori per la presentazione delle offerte, non aveva manifestato problemi o malfunzionamenti.

4. -OMISSIS- ha impugnato entrambe le determinazioni negative dinanzi al T.a.r., chiedendo successivamente alla stazione appaltante l'esclusione dalla gara dell'unica offerente ed aggiudicataria -OMISSIS-, per carenza dei requisiti previsti dal d.lgs. n. 36/2023 e dalla *lex specialis*, non includendo l'oggetto sociale di -OMISSIS- anche l'attività di commercializzazione di beni e servizi, ma esclusivamente attività sanitarie e di laboratorio, chiedendo altresì la riedizione integrale della procedura.

5. Anche tale ultima richiesta è stata respinta dalla stazione appaltante, la quale ha eccepito la carenza di legittimazione dell'istante, per non aver preso parte alla gara, confermando la sussistenza dei requisiti previsti dalla *lex specialis* in capo a -OMISSIS-.

6. Impugnata dinanzi al T.a.r. anche tale ultima determinazione, -OMISSIS- ha proposto ulteriore istanza di autotutela amministrativa con richiesta di accesso alla

documentazione di gara, respinta dalla stazione appaltante in data 29/30 luglio 2025, oggetto di ricorso per motivi aggiunti.

7. Il T.a.r., accogliendo le eccezioni preliminari formulate dalle parti resistenti, ha dichiarato il ricorso irricevibile in relazione all'impugnazione delle due note dell'ASTT del 19 e del 21 maggio 2025, atteso che il gravame era stato notificato in data 21 luglio 2025, oltre il termine decadenziale di trenta giorni valevole per le "*procedure di affidamento e di concessione disciplinate dal codice dei contratti pubblici*" (art. 120, comma 2, c.p.a.), spirato in data 20 giugno 2025 (e, quanto alla prima nota, anche oltre il termine decadenziale ordinario di sessanta giorni, ex art. 29 c.p.a.).

Ciò posto, il primo giudice ha dichiarato l'istanza di riapertura termini proposta da -OMISSIS- infondata, non avendo l'istante fornito prova delle problematiche tecniche asseritamente riscontrate nell'utilizzo della piattaforma Sintel durante il deposito dell'offerta ed avendo la stessa fatto riferimento a circostanze a sé imputabili (malfunzionamento della linea elettrica e criticità nell'utilizzo della firma digitale), in contrasto con quanto esplicitamente previsto dalla *lex specialis* di gara.

Conclusivamente, il T.a.r. ha dichiarato inammissibile il ricorso di -OMISSIS- avverso l'aggiudicazione e tutti gli atti connessi, ivi compreso il rigetto dell'istanza di annullamento e di riedizione della procedura di gara, non avendo la ricorrente preso parte alla procedura, riscontrando l'insussistenza delle condizioni per il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea richiesto dalla ricorrente per contrasto tra il concetto di legittimazione al ricorso ricavato dal d.lgs. n. 36/2023 e l'art.1, paragrafo 3, della Direttiva 89/665.

La declaratoria di inammissibilità per difetto di legittimazione è stata estesa dal T.a.r. anche al ricorso per i motivi aggiunti, proposto avverso il contenuto del provvedimento del 29/30 luglio 2025, con cui l'ASST aveva rigettato l'istanza volta alla riedizione della gara.

Infine, il T.a.r. ha dichiarato parimenti inammissibile, per difetto di interesse, nonché infondata, l'impugnazione del diniego dell'ASST all'ostensione della documentazione amministrativa, tecnica ed economica relativa all'aggiudicataria, non avendo -OMISSIS- preso parte alla gara e non potendo pertanto nutrire alcun interesse concreto, diretto ed attuale ad accedere alla documentazione prodotta in gara da -OMISSIS-, difettando altresì una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale era stato chiesto l'accesso, ai sensi dell'art. 22 comma 1 lettera b) della legge n. 241/1990.

Quanto alle spese di giudizio, il primo giudice ha condannato la ricorrente soccombente a rimborsare all'ASST ed alla controinteressata la somma di € 35.000,00 (trentacinquemila/00) ciascuna, oltre oneri ed accessori di legge, tenuto conto dell'elevato valore della procedura di gara.

8. -OMISSIS- ha impugnato la decisione affidando il proprio gravame a cinque articolati motivi di appello.

8.1. Con il primo motivo, l'appellante ha impugnato la sentenza nella parte in cui il T.a.r. ha dichiarato il ricorso principale in parte irricevibile, nonché infondato, deducendo che la sua mancata partecipazione alla procedura di gara era dipesa da un impedimento oggettivo costituente causa di forza maggiore, immediatamente e tempestivamente rappresentato all'Amministrazione. Tale impedimento, rappresentato da un guasto improvviso alla rete elettrica, doveva ritenersi per sua natura insuscettibile di prova, avendo pertanto l'Amministrazione ed il T.a.r. erroneamente interpretato il disciplinare di gara (art. 1.1) e la normativa di settore (artt. 25, commi 2 e 92, comma 2, lett. c del d.lgs. n. 36/2023).

8.2. Con il secondo motivo, l'appellante ha impugnato la sentenza nella parte in cui il primo giudice ha dichiarato il ricorso principale in parte inammissibile, per carenza di legittimazione ed interesse ad agire, deducendo di aver predisposto l'offerta in R.T.I con -OMISSIS-, in qualità di gestore uscenti del contratto tuttora in essere con la

medesima Amministrazione. Pertanto, l'appellante si è dichiarata titolare di una posizione di interesse differenziato e qualificato, derivante dalla sua natura di gestore uscente *“potenzialmente interessato a concorrere ad una procedura di gara avente ad oggetto le medesime prestazioni qui in rilievo”*, considerata, altresì, l'oggettiva impossibilità di partecipare alla nuova procedura in virtù di circostanze estranee alla sua volontà.

A tal riguardo, l'appellante ha reiterato la richiesta di rinvio pregiudiziale del seguente quesito alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE: *“se la legittimazione al ricorso nelle controversie in tema di affidamento di contratti pubblici non possa spettare al soggetto che, pur non avendo partecipato alla gara, è tuttavia gestore uscente del servizio ed ha segnalato profili di illegittimità per contrasto con il d.lgs. 36/2023 e con la lex specialis (e, per questa via, quindi, risulta titolare di una posizione differenziata rispetto ad ogni altro operatore del settore)”*, sul presupposto che alla procedura ha partecipato un solo soggetto con un'offerta prossima alla base d'asta e che dall'annullamento del provvedimento di aggiudicazione la ricorrente avrebbe potuto ottenere l'utilità consistente nella riedizione della gara. In subordine, l'appellante ha reiterato la richiesta di rinvio pregiudiziale del seguente ulteriore quesito alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE: *“se la legittimazione al ricorso nelle controversie in tema di affidamento di contratti pubblici non possa spettare al soggetto che, pur non avendo potuto partecipare alla gara per circostanze estranee alla propria volontà, è tuttavia gestore uscente del servizio ed ha segnalato profili di illegittimità per contrasto con il d.lgs. 36/2023 e con la lex specialis (e, per questa via, quindi, risulta titolare di una posizione differenziata rispetto ad ogni altro operatore del settore)”*.

8.3. Con il terzo motivo, -OMISSIS- ha contestato la sentenza nella parte in cui il T.a.r. ha dichiarato il gravame inammissibile per difetto di legittimazione in relazione alle censure con cui l'originaria ricorrente aveva contestato la legittimità

dell'aggiudicazione per mancata esclusione di -OMISSIS-, impugnando la nota del 30 luglio 2025 con cui l'ASST -OMISSIS-aveva respinto l'istanza di annullamento in autotutela del provvedimento ed aveva giustificato l'ammissione della ditta controinteressata.

Sul punto, l'appellante ha ribadito di essere legittimata a far valere tali censure per le motivazioni già esposte, valide anche a supportare la domanda di accesso alla documentazione di gara, respinta dalla stazione appaltante con la nota del 30 luglio 2025, ribadendo il proprio interesse alla riedizione della procedura di gara.

8.4. Con il quarto motivo di appello, -OMISSIS- ha riproposto nel merito la censura relativa alla illegittima mancata esclusione di -OMISSIS- dalla procedura di gara, poiché asseritamente priva dell'idoneità professionale e delle capacità tecniche e professionali per svolgere la fornitura oggetto di appalto, invocando, a supporto delle proprie asserzioni, la visura camerale della società -OMISSIS-, dalla quale sarebbe emersa l'assenza, nell'oggetto sociale, di riferimenti ad attività di commercializzazione di beni e servizi, ivi inclusa la fornitura di sistemi analitici, reagenti e materiali di consumo richiesti dall'appalto, come esplicitamente previsto dal Capitolato, o ad altre attività pertinenti.

8.5. Infine, con il quinto motivo di appello, -OMISSIS- ha contestato la statuizione sulle spese, sia nell'*an* - in ragione della mancanza del presupposto della soccombenza - sia nel *quantum*, risultando la liquidazione operata dal T.a.r., pari a complessivi € 70.000,00, manifestamente ingiusta, abnorme, sproporzionata ed irragionevole, in mancanza dei presupposti della lite temeraria, della prova del danno e, comunque, in contrasto con i principi consolidati della giurisprudenza.

9. Si è costituita -OMISSIS-, chiedendo la conferma della decisione impugnata e riproponendo le deduzioni non esaminate dal T.a.r., in relazione alla mancata effettuazione, da parte di -OMISSIS-, del sopralluogo obbligatoriamente richiesto dalla *lex specialis* di gara, quale requisito di ammissione dell'offerta, siccome

incidente sulla legittimazione ad agire, nonché sulla stessa ammissione di -OMISSIS- alla procedura di gara.

10. Si è costituita la ASSTT -OMISSIS-, chiedendo la reiezione del gravame.

11. All'udienza pubblica del 9 giugno 2026 l'appello è stato trattenuto in decisione.

12. Sono infondati i primi quattro motivi di appello, relativi al merito della controversia, dovendosi sul punto integralmente confermare la decisione impugnata e potendosi pertanto prescindere dal motivo tempestivamente riproposto da -OMISSIS- nel presente grado di giudizio, che diviene improcedibile per carenza di interesse.

13. Il bando di gara, non impugnato, ha indicato nelle ore 14:00 del 9 maggio 2025 il termine ultimo per la presentazione delle offerte mediante la piattaforma telematica Sintel.

14. Ai sensi dell'art. 13 del Disciplinare di gara *“La Piattaforma non accetta offerte presentate dopo la data e l'orario stabiliti come termine ultimo di presentazione dell'offerta. ... Le operazioni di inserimento sulla Piattaforma di tutta la documentazione richiesta rimangono ad esclusivo rischio del concorrente. Si invitano pertanto i concorrenti ad avviare tali attività con congruo anticipo rispetto alla scadenza prevista onde evitare la non completa e quindi mancata trasmissione dell'offerta entro il termine previsto. Qualora si verifichi un mancato funzionamento o un malfunzionamento della Piattaforma si applica quanto previsto al punto 1.1.”*.

Quest'ultima disposizione ha espressamente previsto che *“La Stazione Appaltante non assume alcuna responsabilità per perdita di documenti e dati, danneggiamento di file e documenti, ritardi nell'inserimento di dati, documenti e/o nella presentazione della domanda, malfunzionamento, danni, pregiudizi derivanti all'operatore economico, da: - difetti di funzionamento delle apparecchiature e dei sistemi di collegamento e programmi impiegati dal singolo operatore economico per il collegamento alla Piattaforma; - utilizzo della Piattaforma da parte dell'operatore economico in maniera non conforme al Disciplinare e a quanto previsto nel*

documento allegato alla documentazione di gara della procedura Sintel denominato “Modalità tecniche utilizzo piattaforma SINTEL”.”

La disposizione ha inoltre precisato che: *“In caso di mancato funzionamento della Piattaforma o di malfunzionamento della stessa, non dovuti alle predette circostanze, che impediscono la corretta presentazione delle offerte, al fine di assicurare la massima partecipazione, la Stazione Appaltante può disporre la sospensione del termine di presentazione delle offerte per un periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento della Piattaforma e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla durata del mancato o non corretto funzionamento, tenuto conto della gravità dello stesso”,* specificando ulteriormente (punto 13.2) che *“La presentazione dell’offerta mediante il Sistema, infatti, è a totale ed esclusivo rischio del procedente, il quale si assume qualsiasi rischio in caso di mancata o tardiva ricezione dell’offerta medesima, dovuta, a titolo esemplificativo e non esaustivo, a malfunzionamenti/incompatibilità degli strumenti telematici utilizzati con la piattaforma SINTEL, a difficoltà di connessione e trasmissione, a lentezza dei collegamenti, o a qualsiasi altro motivo, restando esclusa qualsivoglia responsabilità della S.A. ove per ritardo o disguidi tecnici o di altra natura, ovvero per qualsiasi motivo, l’offerta non pervenga entro il previsto termine perentorio di scadenza. Pertanto, si raccomanda ai concorrenti di connettersi al Sistema entro un termine adeguato rispetto all’articolazione delle fasi descritte ed al numero dei lotti cui il concorrente intende partecipare. In ogni caso, fatti salvi i limiti inderogabili di legge, il concorrente esonera la S.A. da qualsiasi responsabilità per malfunzionamenti di qualsiasi natura, mancato funzionamento o interruzioni di funzionamento del Sistema. La S.A. si riserva, comunque, di adottare i provvedimenti che riterrà necessari nel caso di malfunzionamento del Sistema”.*

15. -OMISSIS- ha fatto pervenire alla stazione appaltante una comunicazione via pec, preceduta da una telefonata, in cui ha comunicato *“problemi alla linea elettrica”* che

le avevano impedito di caricare l'offerta entro la scadenza, chiedendo una proroga solo dopo la scadenza del termine perentorio previsto dal disciplinare.

16. La richiesta è stata riscontrata negativamente dall'ASSTT con nota prot. n. 15920 del 19 maggio 2025, richiamando le soprarichiamate chiare e dettagliate disposizioni della *lex specialis*, ribadite con nota in data 21 maggio 2025, in riscontro alla successiva istanza di riesame avanzata in pari data da -OMISSIS-.

17. A ciò sono seguite la determina n. 427 del 29 maggio 2025, di nomina della Commissione in relazione all'unica offerta pervenuta (quella di -OMISSIS-), l'esame e alla valutazione della stessa in coerenza con la prescrizione del Disciplinare (punto 24) - che legittimava la stazione appaltante a procedere all'aggiudicazione anche in presenza di una sola offerta valida - e la reiezione delle ripetute istanze di esclusione di -OMISSIS-, di riedizione della gara e di ostensione della documentazione dell'aggiudicataria, formulate da -OMISSIS- in data 17 giugno 2025 e 2 luglio 2025, con conseguente intervenuta aggiudicazione in favore di -OMISSIS- (deliberazione n. 508 del 25 giugno 2025).

18. Alla luce di tale chiaro quadro fattuale, tutte le censure formulate dall'appellante si rilevano infondate.

19. L'impugnazione delle note del 19 e del 21 maggio 2025, avvenuta in data 21 luglio 2025, è tardiva ai sensi dell'art. 120 c. 2 c.p.a.

20. In ogni caso, la stessa è infondata, alla luce del chiaro tenore letterale della *lex specialis*, come sopra richiamato, che ha espressamente codificato il noto orientamento della giurisprudenza amministrativa - fondato sul principio di autoresponsabilità - in base al quale le imprese che partecipano ad una gara hanno l'onere di calibrare la tempistica di esecuzione delle proprie attività mettendosi in condizione di fronteggiare eventuali ritardi o problematiche tecniche (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 30 ottobre 2023, n. 9325).

Sul punto, deve essere richiamata e condivisa, in senso contrario alle deduzioni formulate dalla parte appellante, la giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato (Sez. V, 17 luglio 2025, n. 6281; id., 8 novembre 2024, n. 8947) secondo cui *"l'effettuazione di un tentativo di invio telematico della domanda a ridosso della scadenza del termine di presentazione delle offerte non appare in alcun modo rispondente ai doveri di diligenza gravanti su ogni impresa partecipante alla gara, essendo di intuitiva evidenza che la compilazione in limine temporis della domanda espone il soggetto partecipante al rischio di non poter gestire eventuali problematiche legate alla gestione del software"*.

21. Né l'appellante ha fornito prova, come sarebbe stato sul preciso onere ai sensi dell'art. 2697 c.c., delle *"problematiche tecniche connesse alla linea elettrica, e alla firma digitale della incaricata soc. Fora"*, asseritamente integranti causa di forza maggiore.

22. Del pari, inconferenti si appalesano, sulla scorta del chiaro e richiamato disposto della *lex specialis* di gara, le deduzioni relative all'obbligo della stazione appaltante di consentire la rimessione in termini, non solo perché un'esplicita richiesta in tal senso è stata incontestatamente proposta solo dopo il termine di scadenza previsto dal bando (risultando pertanto inammissibile e contraria alla *par condicio competitorum*), ma anche perché la giurisprudenza ha chiarito che, ai sensi dell'art. 25 del d.lgs. n. 36/2023, il meccanismo di sospensione e proroga del termine di presentazione telematica dell'offerta opera soltanto se ricorra il comprovato malfunzionamento, pur se temporaneo, delle piattaforme che risulti imputabile alla stazione appaltante, ovvero vi sia incertezza assoluta circa la causa del tardivo invio dell'offerta (Cons. Stato, Sez. V, n. 6605/2021), e ciò in applicazione del già richiamato principio di autoresponsabilità, che pone sull'impresa l'onere di organizzare il deposito dei documenti in modo tale da essere in condizione di fronteggiare eventuali rallentamenti del sistema (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, n. 448/2022).

La giurisprudenza di questo Plesso è ferma del resto nel ritenere che *“Il concorrente che si appresta alla partecipazione di una gara telematica, fruendo dei grandi vantaggi logistici e organizzativi che l’informatica fornisce ai fruitori della procedura, è consapevole che occorre un certo tempo per eseguire materialmente le procedure di upload, e che tale tempo dipende in gran parte dalla performance dell’infrastruttura di comunicazione (lato utente e lato stazione appaltante), quest’ultima a sua volta interferita da variabili fisiche o di traffico. Trattasi della dinamica fisiologica e ampiamente prevedibile dei fattori impiegati per la comunicazione elettronica, che dev’essere conosciuta, data per presupposta e accettata nei suoi vantaggi e nei suoi (pochi) svantaggi una volta che il legislatore ha dato ad essa validità. ... In tale chiave ricostruttiva, l’esperienza e abilità informatica dell’utente, la stima dei tempi occorrenti per il completamento delle operazioni di upload, la preliminare e attenta lettura delle istruzioni procedurali, il verificarsi di fisiologici rallentamenti conseguenti a momentanea congestione del traffico, sono tutte variabili che il partecipante ad una gara telematica deve avere presente, preventivare e "dominare" quando si accinge all’effettuazione di un’operazione così importante per la propria attività di operatore economico, non potendo il medesimo pretendere che l’amministrazione, oltre a predisporre una valida piattaforma di negoziazione operante su efficiente struttura di comunicazione, si adoperi anche per garantire il buon fine delle operazioni, qualunque sia l’ora di inizio delle stesse, prescelto dall’utente, o lo stato contingente delle altre variabili sopra solo esemplificamente indicate (Cons. Stato, Sez. III, 24 novembre 2020 n. 7352; cfr., inoltre, Cons. Stato, sez. I, 24 gennaio 2020 n. 220; sez. III, 2 luglio 2014, n. 3329; sez. V, 29 dicembre 2014, n. 6416)”* (da ultimo Cons. Stato, Sez. IV, 24 gennaio 2022, n. 448).

23. Devono parimenti essere confermate le statuizioni del T.a.r. in relazione all’assenza di legittimazione ed interesse ad impugnare l’aggiudicazione di una

procedura di gara alla quale -OMISSIS- non ha mai partecipato, e non perché la partecipazione le sia stata illegittimamente impedita, ma per effetto della propria condotta poco diligente ed avveduta, come è stato ampiamente chiarito al punto che precede.

24. Ciò posto, non vale a fondare un interesse diretto, concreto ed attuale all'impugnazione dell'aggiudicazione neppure la dedotta posizione di gestore uscente, ovvero l'interesse strumentale alla riedizione della procedura di gara.

A tal riguardo, il primo giudice ha opportunamente richiamato la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (cfr., *ex plurimis*, Sez. V, 2 maggio 2024, n. 3979), che esclude la legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione da parte dell'operatore che non ha partecipato alla gara, ribadendo "la regola generale" secondo cui soltanto colui che ha partecipato alla gara è legittimato ad impugnare l'esito della medesima, in quanto soltanto a quest'ultimo è riconoscibile una posizione differenziata (Ad. plen. 26 aprile 2018 n. 4, 7 aprile 2011 n. 4 e 29 gennaio 2003 n. 1), salve le ipotesi tassative di impugnazione diretta del bando da parte del non concorrente puntualmente esplicitate dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 25 febbraio 2014 (ovverossia quando "*I) si contesti in radice l'indizione della gara; II) all'inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto; III) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti*").

Di certo, la posizione dell'affidatario uscente, interessato, pertanto, alla proroga tecnica dell'affidamento, non integra un interesse legittimo, bensì un mero interesse di fatto, poiché la prosecuzione del rapporto contrattuale con il precedente gestore non rappresenta un effetto diretto e automatico della mancata stipula del contratto con il nuovo aggiudicatario e non costituisce comunque l'esito necessitato dell'eventuale annullamento dell'affidamento disposto all'esito di nuova procedura comparativa, avendo peraltro il precedente rapporto contrattuale, sebbene prorogato per il tempo

strettamente necessario, esaurito i suoi effetti, non potendosi protrarre ulteriormente, pena la lesione del principio di concorrenza e di rotazione negli affidamenti (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 9 novembre 2018, n. 6325).

25. Venendo al dedotto interesse “strumentale” alla riedizione della gara, lo stesso parimenti non sussiste in capo a chi, per sua negligenza, non vi abbia partecipato, risultando del tutto insufficiente il riferimento ad una utilità meramente ipotetica o eventuale quale la riedizione degli atti di gara, che richiede, per la sua compiuta realizzazione, il passaggio attraverso una pluralità di fasi ed atti ricadenti nell’esercizio della discrezionalità amministrativa.

A tal riguardo, deve infatti osservarsi che suddetto interesse assume i connotati di un interesse di mero fatto alla caducazione dell’intera selezione, agitato al solo ipotetico fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di riedizione della nuova gara. Sul punto, la citata sentenza dell’Adunanza Plenaria 7 aprile 2011, n. 4 ha ribadito ancora con forza che nelle procedure pubbliche di affidamento dei contratti, la legittimazione al ricorso è correlata a una situazione differenziata, in modo certo, come risultato della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione, salvi i casi nei quali il ricorrente contesti, in radice, la scelta della stazione appaltante di indire la procedura, oppure, in qualità di operatore economico di settore, l’affidamento diretto o senza gara, oppure ancora una clausola del bando per sé escludente, in relazione alla illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione, situazioni che non ricorrono nella specie.

In tale contesto, ha osservato la Plenaria, la mancata partecipazione alla gara, ostativa all’ammissibilità del ricorso, è del tutto equiparabile alla situazione di chi ne sia stato legittimamente escluso (o non abbia impugnato la propria esclusione) (cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 20 febbraio 2012, n. 892).

26. Per queste stesse ragioni devono essere respinte le domande di rinvio pregiudiziale alla CGUE riproposte da -OMISSIS- anche nel presente grado di giudizio, dovendosi

al riguardo richiamare quanto già osservato da questo Consiglio di Stato in occasione di analoghe precedenti istanze di rinvio.

Ci si riferisce, in particolare, alla decisione della Sezione V, n. 6325 del 9 novembre 2011, nella quale era stato chiesto al Collegio di proporre alla CGUE il seguente quesito: *“se la legittimazione al ricorso nelle controversie in tema di affidamento di contratti pubblici non possa spettare al soggetto che pur non avendo presentato offerta in gara, è tuttavia gestore uscente del servizio ed ha segnalato profili di illegittimità ex art. 243-bis del d.lgs. 12.4.2006, n. 162 e s.m.i. (e, per questa via, quindi, risulterebbe titolare di una posizione differenziata rispetto ad ogni altro operatore del settore), sul presupposto che alla detta procedura abbia partecipato un solo soggetto ... e che dall’annullamento la ricorrente possa ottenere l’utilità consistente nella riedizione della gara”*.

La fattispecie, sebbene relativa al vecchio codice dei contratti, si attaglia anche alla presente controversia, avendo in quell’occasione il Collegio escluso la ricorrenza delle condizioni per disporre il rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di giustizia in relazione alla compatibilità con il diritto dell’Unione europea della posizione espressa – in tema di legittimazione al ricorso – dall’Adunanza plenaria nella richiamata decisione n. 4 del 2011, confermata, sul punto, dalla Ad. plen. n. 4 del 2018. Tale posizione, anche qui richiamata, non è incompatibile con i principi del diritto comunitario, non determinando alcuna compressione del c.d. “interesse strumentale”, limitandosi a ribadire la necessità del previo accertamento, in concreto, della legittimazione ad agire, non rinvenendosi nel sistema della normativa comunitaria un principio per il quale il titolo all’azione in giudizio sia comunque da riconoscere malgrado il difetto della titolarità di una posizione sostanziale tutelabile, vale a dire dal possesso della legittimazione al ricorso; detto altrimenti, il ricorrente potrà aver titolo ad ottenere una pronuncia sul merito soltanto se sia stata previamente verificata la qualità di titolare della posizione sostanziale qualificata che lo legittimi a ricorrere.

Ciò premesso, gli stessi principi desumibili dalla giurisprudenza comunitaria confermano che la partecipazione alla gara rappresenta un elemento di differenziazione per l'impresa che intenda agire in giudizio avverso presunte illegittimità nello svolgimento della procedura (Corte Giust. Ue, VI, 19 giugno 2003, n. 249, secondo cui le direttive in materia di appalti non ostano a che le procedure nazionali di ricorso *‘siano accessibili alle persone che vogliono ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto pubblico soltanto se esse siano state o rischino di essere lese attraverso la violazione da loro denunciata’*)”.

Tali conclusioni risultano oggi confermate anche dalla più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’UE (CGUE, sez. X, 9 febbraio 2023, C53/22 e sez. VI, 12 febbraio 2004, C230/02), che ha ribadito il proprio precedente orientamento, secondo cui: i) al fine di dimostrare l’interesse del ricorrente a ottenere l’aggiudicazione dell’appalto o il risarcimento del danno dall’illegittimità di tale atto, ai sensi dell’articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, è di regola, necessaria la partecipazione dello stesso alla relativa procedura di evidenza pubblica; ii) se non ha presentato un’offerta, tale soggetto può difficilmente dimostrare di avere interesse a opporsi all’intervenuta aggiudicazione o richiedere il risarcimento del danno per l’illegittimità della procedura di cui trattasi (Corte di giustizia UE, sez. VI sentenze del 12 febbraio 2004, C 230/02, Grossmann Air Service, punto 27, nonché Corte di giustizia UE, Amt Azienda Trasporti e Mobilità e a. cit., C 328/17, punto 46). L’unica eccezione contemplata dalla Corte è quella, qui non ricorrente, relativa all’ipotesi in cui l’operatore non abbia presentato l’offerta a causa della presenza, nei documenti relativi alla gara d’appalto o nel capitolato d’oneri, di talune specifiche che non avrebbe potuto rispettare o di alcuni requisiti che non avrebbe avuto la possibilità di ottenere (v., in tal senso, Corte di giustizia UE, Amt Azienda Trasporti e Mobilità e a. cit., sentenza del 28 novembre 2018, punto 47 nonché giurisprudenza ivi citata).

27. Deve conclusivamente escludersi che sussistano i presupposti e le condizioni per il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ex art. 267 TFUE, circa il contrasto tra il concetto di legittimazione al ricorso ricavato dal d.lgs. 36/2023 e l'art. 1, paragrafo 3, della Direttiva 89/665.

28. Venendo al terzo motivo, -OMISSIS- ha contestato la sentenza nella parte in cui il T.a.r. ha dichiarato il gravame inammissibile per difetto di legittimazione, in relazione alle censure con cui l'originaria ricorrente aveva contestato la mancata esclusione di -OMISSIS-, impugnando la nota del 30 luglio 2025, con cui l'ASST -OMISSIS- aveva respinto l'istanza di annullamento in autotutela del provvedimento e giustificato l'ammissione della ditta controinteressata.

Sul punto, devono essere richiamate tutte le considerazioni che precedono, valide anche a respingere la lamentata illegittimità del diniego di accesso alla documentazione tecnica, amministrativa ed economica opposto dall'ASST di -OMISSIS-.

E' evidente che legittimazione al ricorso di -OMISSIS- incide anche sulla sua legittimazione ad esercitare l'accesso all'offerta dell'aggiudicataria e alla documentazione da questa prodotta, rispetto al quale -OMISSIS- non può nutrire un interesse diretto, concreto ed attuale, non avendo partecipato alla gara.

In assenza di tale presupposto, non avrebbe neppure senso porre il discorso sul piano della comparazione degli interessi in gioco: quello cognitivo dell'istante e quello alla riservatezza di -OMISSIS-, risultando precluso in radice l'interesse strumentale di -OMISSIS- alla difesa dei propri interessi giuridici ai sensi dell'art. 22 e s. della l. n. 241/1990.

Come recentemente ribadito dalla giurisprudenza di questo Plesso, *“nel quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali ed il diritto all'esercizio del c.d. accesso difensivo risulta necessario l'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le*

censure formulate, con la conseguenza che l'onere della prova e ancora prima dell'allegazione del suddetto nesso di strumentalità incombe, secondo il consueto criterio di riparto dell'onere della prova, su chi agisce; in definitiva il criterio normativo del bilanciamento dei contrapposti interessi richiede, da parte dell'istante, la prova dell'indispensabilità dei documenti ai quali è chiesto l'accesso, affinché possa difendersi in un determinato giudizio; il che equivale ad affermare che l'interesse difensivo all'accesso agli atti di gara va verificato in concreto" (Cons. Stato, Sez. V, 14 marzo 2023, n. 2671;id., 20 gennaio 2022, n. 369).

Pertinente appare, altresì, il richiamo formulato dalla stazione appaltante alla recente ordinanza della Sezione IX del 10 giugno 2025, C-686/24 della CGUE, la quale ha sviluppato interessanti considerazioni in merito al rapporto tra le esigenze di effettività della tutela giurisdizionale ed il principio della salvaguardia delle informazioni riservate, richiedendo la sussistenza di un interesse concreto ed attuale alla tutela giurisdizionale al fine di "intaccare" la riservatezza delle offerte tecniche degli altri partecipanti, interesse che nel caso di specie sicuramente non sussiste, in ragione della mancata partecipazione alla procedura di gara ed della connessa assenza di legittimazione e di interesse.

29. Passando all'esame del quarto motivo di appello, con il quale -OMISSIS- ha riproposto la censura relativa alla illegittima mancata esclusione di -OMISSIS- dalla procedura di gara, poiché priva dell'idoneità professionale e delle capacità tecniche e professionali per svolgere la fornitura oggetto di appalto, lo stesso, oltre ad essere inammissibile per quanto diffusamente argomentato, è infondato, reggendosi su asserzioni di principio non dimostrate.

Ed infatti, l'appellante non ha fornito alcun argomento a supporto della lamentata ed ipotetica incapacità di -OMISSIS- di soddisfare le prestazioni oggetto del contratto, essendosi invero limitata a ritenere l'oggetto della visura camerale di -OMISSIS- estraneo alle suddette prescrizioni.

Tuttavia, come ripetutamente affermato da questo Consiglio di Stato, non è necessaria una astratta e assoluta identità contenutistica tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa - come riportate nell'iscrizione alla Camera di Commercio - e l'oggetto del contratto di appalto, spettando alla stazione appaltante il compito di appurare, secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, e quindi in virtù di una considerazione non già atomistica e frazionata, bensì globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 27 agosto 2020 n. 5259; Sez. III, 10 luglio 2019 n. 4866).

Nel caso di specie, emerge dagli atti di gara che la stazione appaltante ha accertato la coerenza, in concreto, della descrizione delle attività imprenditoriali esercitate e dell'oggetto sociale, riportate nel certificato camerale, con il requisito di ammissione richiesto dalla *lex specialis* di gara e con l'oggetto dell'appalto complessivamente considerato.

30. Con il quinto motivo di appello, -OMISSIS- ha impugnato il capo della sentenza relativo alla liquidazione delle spese processuali.

31. Il motivo è parzialmente fondato, in relazione alla misura delle spese.

Le stesse infatti, seppure correttamente poste a carico di parte ricorrente in applicazione del principio della soccombenza, sono state liquidate in maniera non motivata nell'importo di Euro 35.000,00 per ciascuna controparte costituita.

32. La sentenza impugnata ha ancorato tale liquidazione all'elevato valore della procedura di gara, senza considerare che, per l'individuazione del valore della controversia occorre, invero, tenere conto di quanto stabilito dagli articoli 4 e 5 del D.M. 10 marzo 2014 n. 55, contenente il "*Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense, ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247*".

33. In particolare, l'art. 4 del D.M. cit. ancora la liquidazione ad una pluralità di parametri, dei quali non v'è menzione nella decisione impugnata, mentre il successivo comma 3 stabilisce: *“In relazione alle controversie in materia di pubblici contratti, l'interesse sostanziale perseguito dal cliente privato è rapportato all'utile effettivo o ai profitti attesi dal soggetto aggiudicatario o dal soggetto escluso. L'utile effettivo e i profitti attesi si intendono di regola non inferiori al 10 per cento del valore dell'appalto, salvo che non siano ricavabili dagli atti di gara.”*

34. L'applicazione di tali disposizione al caso di specie - valutati l'assenza di contrasti giurisprudenziali, il numero e la complessità delle questioni giuridiche e di fatto trattate, l'entità economica dell'interesse sostanziale che riceve tutela attraverso la decisione, i profitti attesi dal soggetto aggiudicatario o dal soggetto ricorrente e l'utile potenzialmente conseguibile - consente di addivenire ad una quantificazione complessiva di € 18.000,00 in favore di ciascuna parte resistente (ASTT -OMISSIS-e -OMISSIS-), oltre oneri ed accessori di legge, ai sensi del D.M. n. 147 del 13 agosto 2022, in luogo degli € 35.000,00 per ciascuna parte resistente liquidati dalla sentenza impugnata.

35. In conclusione, l'appello deve essere parzialmente accolto solo limitatamente alla quantificazione delle spese del giudizio di primo grado, che rimarranno a carico di -OMISSIS- nella misura di € 18.000,00, oltre accessori di legge, in favore di ciascuna delle controparti (ASTT -OMISSIS-e -OMISSIS-).

36. Le spese del grado, liquidate come da dispositivo, possono essere compensate nella misura di un quinto e devono per la rimanenza essere poste a carico di -OMISSIS-, soccombente su quattro dei cinque motivi di appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie limitatamente al

capo sulle spese, nei termini di cui in motivazione, confermando per il resto la sentenza impugnata.

Spese compensate per un quinto, con condanna di -OMISSIS- a rifondere i restanti quattro quinti, liquidati nella misura complessiva di € 4.000,00 oltre accessori di legge, per ciascuna delle due controparti costituite.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare l'appellante e la società controinteressata.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2026 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Nicola D'Angelo, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere

Raffaello Scarpato, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Raffaello Scarpato

Michele Corradino

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.