

Pubblicato il 11/03/2019

N. 00742/2019 REG.PROV.COLL.
N. 01829/2017 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1829 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da

MEDICAIR SUD S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Soncini, Lucio Geraci, con domicilio eletto presso lo studio Lucio Geraci in Palermo, piazza Castelnuovo 35;

contro

- l'AZIENDA SANITARIA PROVINCIALE DI PALERMO, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Salvatore Narbone, con domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Pindemonte n. 88;

- l'ASSESSORATO REGIONALE DELLE INFRASTRUTTURE E DELLA MOBILITÀ e la GIUNTA REGIONALE DI GOVERNO, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata ex lege in Palermo, via Valerio Villareale n.6;

- il PRESIDENTE DELLA REGIONE SICILIANA, non costituito in giudizio;

nei confronti

- VIVISOL S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Franco Ferrari, Sergio Agrifoglio, Calogero Mattina, Gaetano Mattina, con domicilio eletto presso lo studio Sergio Agrifoglio in Palermo, via Brunetto Latini, 34;

- LINDE MEDICALE S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Luigi Biamonti, Andrea Lo Gaglio, Federico Mazzella, Pietro Maniscalco Basile, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Pietro Avv. Maniscalco Basile, sito in Palermo in Piazza Sacro Cuore, 3;

- VITALAIRE Italia S.P.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Brunetti, Maria Buquicchio, con domicilio eletto presso lo studio Leonardo Cucchiara in Palermo, via Regina Margherita n.42;

- SAPIO LIFE S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Rosaria Ambrosini, Emanuela Persichetti, Nicola Giudice, con domicilio eletto presso lo studio Nicola Giudice in Palermo, via M. D'Azeglio n. 27/C;

- GIANNITRAPANI S.r.l., non costituita in giudizio:

- AZIENDA SANITARIA PROVINCIALE DI TRAPANI, AZIENDA SANITARIA PROVINCIALE DI AGRIGENTO, AZIENDA SANITARIA PROVINCIALE DI CALTANISSETTA, Dott. CANDELA Antonino, non costituiti in giudizio

per l'annullamento

PER QUANTO RIGUARDA IL RICORSO INTRODUTTIVO:

- del verbale di gara del 14 giugno 2017, con il quale la commissione giudicatrice ha stabilito la graduatoria utile dei primi tre classificati, includendo nella stessa le società Vivisol Srl, l'ATI costituenda Sapiro Life Srl

/ Giannitrapani Srl e l'ATI costituenda Linde Medicale Srl / Vitalaire Italia Spa e, come quarta classificata, Medicaïr Sud Srl;

- nonché di ogni altro atto o provvedimento allo stesso presupposto, conseguente o comunque connesso, ivi inclusi la delibera 8 agosto 2016 n. 592 di “Revoca della delibera n. 2 dell'8 gennaio 2016 e indizione di gara a procedura aperta finalizzata alla conclusione di accordo quadro, mediante qualificazione di massimo tre ditte ritenute idonee, per l'affidamento di un servizio di gestione del paziente in insufficienza respiratoria cronica, in trattamento con ossigenoterapia domiciliare, per le Aziende Sanitarie del Bacino Occidentale della Regione Sicilia”, il bando di gara, l'avviso relativo alle informazioni complementari, il disciplinare di gara, i chiarimenti, la precisazione, la rettifica del bando, la nomina del Presidente della commissione giudicatrice in data 2 novembre 2016, la richiesta di nomina dei due componenti della commissione 3 novembre 2016, la comunicazione della Regione Sicilia Servizio U.R.E.G.A. 4 novembre 2016, il verbale UREGA 17 novembre 2016, la comunicazione della Regione Sicilia Servizio U.R.E.G.A. 17 novembre 2016, cui è stato dato riscontro con note 17 novembre 2016 e 1 dicembre 2016, la delibera del DG 14 dicembre 2016 di nomina della commissione giudicatrice, il verbale 23 dicembre 2016, il verbale 13 gennaio 2017, il verbale 17 gennaio 2017, il verbale 31 gennaio 2017, il verbale 7 febbraio 2017, il verbale 21 febbraio 2017, il verbale 16 marzo 2017, il verbale 20 marzo 2017, il verbale 28 marzo 2017, il verbale 11 aprile 2017, il verbale 4 maggio 2017, il verbale 16 maggio 2017, il verbale 25 maggio 2017, il verbale 8 giugno 2017, la nota 29 giugno 2017, la nota 11 luglio 2017.

PER QUANTO RIGUARDA I MOTIVI AGGIUNTI PRESENTATI IL 5/10/2018:

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva di cui alla delibera del commissario dell'ASP Palermo n. 588 del 28 agosto 2018;
- di tutti i successivi verbali delle sedute della Commissione Giudicatrice successivi alla proposizione del ricorso introduttivo

- dei medesimi provvedimenti già impugnati con il ricorso introduttivo;

PER QUANTO RIGUARDA I MOTIVI AGGIUNTI PRESENTATI
l'11/12/2018:

- dei medesimi provvedimenti già impugnati con i precedenti ricorsi per ulteriori motivi, a seguito della produzione in giudizio in data 9 novembre 2018 delle offerte tecniche dei concorrenti in ottemperanza dell'ordinanza n. 1018/2018;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Sapio Life S.R.L e di Vivisol S.r.l. e di Linde Medica S.r.l. e di Vitalaire Italia S.p.A. e di Azienda Sanitaria Provinciale di Palermo e di Regione Sicilia - Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità e di Regione Sicilia - Giunta Regionale di Governo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2019 il dott. Sebastiano Zafarana e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.1. Con ricorso notificato il 14/07/2017 e depositato il 25/07/2017 la ricorrente Medicair Sud Srl ha esposto:

- che la procedura di gara impugnata ha un antecedente storico atteso che l'Azienda Sanitaria Provinciale di Palermo, quale capofila delle Aziende sanitarie provinciali del Bacino Occidentale della Regione Siciliana, aveva già in precedenza indetto una gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio di Gestione del paziente in Insufficienza Respiratoria Cronica (IRC) in trattamento con Ossigeno terapia domiciliare, mediante accordo quadro, per il fabbisogno di anni 4, delle AA.SS.PP. del Bacino Occidentale della Regione Siciliana; di tale procedura il R.U.P. era il medesimo provveditore della ASP di Palermo, dott. Fabio Damiani.

- che tuttavia, a seguito di ricorsi presentati dinanzi al Tar da alcuni concorrenti e dell'ordinanza n.234/2016 resa dal CGA in sede di appello cautelare, il Direttore Generale della ASP di Palermo, su proposta del R.U.P. Dott. Damiani, decise di revocare in autotutela la gara e di indire una nuova gara, sulla base di atti elaborati sempre dal medesimo R.U.P. Dott. Fabio Damiani;
- che conseguentemente, con delibera 8 agosto 2016, n. 592 del DG dell'ASP Palermo, l'Azienda sanitaria provinciale di Palermo, quale capofila delle quattro Aziende sanitarie provinciali del Bacino Occidentale della Regione Siciliana, ha indetto una nuova gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio di Gestione del paziente in Insufficienza Respiratoria Cronica (IRC) in trattamento con Ossigeno terapia domiciliare, mediante accordo quadro, per il fabbisogno di anni 4, delle AA.SS.PP. del Bacino Occidentale della Regione Siciliana, codice CIG 679021028E;
- che l'accordo quadro riguarda tutte e quattro le aziende sanitarie provinciali del Bacino Occidentale: ASP di Palermo, Asp di Trapani, ASP di Caltanissetta e Asp di Agrigento ed il valore stimato è di euro 66.400.000,00 (oltre IVA); l'appalto, tuttavia, non è suddiviso in lotti, né il bando motiva circa la mancata suddivisione dell'appalto in più lotti.
- che l'art. 7 del Disciplinare stabilisce che "La procedura non è finalizzata ad identificare un unico aggiudicatario, ma ad identificare un massimo di n. 3 ditte idonee a fornire il servizio oggetto della procedura stessa"; il successivo art. 8, all'ultimo capoverso, stabilisce che "La somma dei punteggi, qualità dell'offerta tecnica e prezzo offerto, consentiranno di stilare la classifica delle aziende che hanno partecipato. Le prime 3 (tre) classificate si aggiudicheranno la fornitura e saranno accreditate per erogare il servizio oggetto del presente procedimento. Tutte le altre aziende saranno escluse.";
- di avere partecipato alla gara, classificandosi al quarto posto della graduatoria, come risulta dal verbale della seduta pubblica del 14 giugno 2017; la graduatoria finale vede infatti Vivisol prima classificata, l'ATI Sapio-

Giannitrapani seconda classificata, l'ATI Linde-Vitalaire terza classificata; mentre Medicaire Sud e Rivoira Pharma rispettivamente quarta e quinta classificata;

- che le offerte delle prime tre classificate, superato lo sbarramento dei 4/5 per l'offerta tecnica ed economica, sono state automaticamente sottoposte alla verifica dell'anomalia ex art. 97 d.lgs. 50/2016;

- di avere presentato un'istanza di accesso agli atti prot. 415/cor/17 parzialmente riscontrata dall'ASP Palermo con nota 29 giugno 2017, cui è seguita un'ulteriore istanza di accesso il 4 luglio 2017, riscontrata il 19 giugno 2017;

- che ciò premesso, stante la citata prescrizione del Disciplinare di gara, che sanziona con l'esclusione tutte le imprese che non si collocano nei primi tre posti della graduatoria, Medicaire ha impugnato immediatamente il verbale della seduta del 14 giugno 2017, nonché gli ulteriori atti indicati in epigrafe, riservandosi, poi, di proporre motivi aggiunti avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara.

1.2. Il gravame è affidato alle seguenti censure:

I) Con il primo e settimo motivo di ricorso la ricorrente deduce la violazione del principio di concorrenza per la partecipazione in Ati della seconda e terza classificate, ed inoltre la illegittima limitazione a tre del numero di ditte idonee a concludere l'accordo quadro.

II) Con il secondo motivo eccepisce la nullità dei contratti di avvalimento delle concorrenti - in quanto incidenti sul punteggio dell'offerta tecnica conseguito dall'Ati Linde Medicaire Srl - sostenendo che tali contratti, ai sensi dell'art.89, 1°, ultimo capoverso, del d.lgs. 50/2016 (come modificato dall'art.56 del d.lgs. 56/2017) avrebbero dovuto contenere "...la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria".

III) Con il terzo e quarto motivo di ricorso la ricorrente si duole, sotto diversi profili, della illegittima composizione della Commissione rilevando che in violazione dell'art. 77, comma 1°, del D. Lgs. n. 50/2016 (ma anche del

comma 2° dell'art. 8 della legge regionale n. 12/2011) nessuno dei tre componenti della Commissione sarebbe esperto “nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto”.

IV) Con il quinto motivo deduce l'illegittimità di alcuni criteri di valutazione, in quanto non sufficientemente dettagliati, ai fini dell'attribuzione dei punteggi numerici all'offerta tecnica.

V) Con il sesto ed ottavo motivo muove censure riferite alla ritenuta commistione tra requisiti soggettivi e criteri di valutazione, ed alla formula per l'attribuzione del punteggio economico.

VI) Con il nono motivo di ricorso lamenta che l'accordo quadro riguarda tutte e quattro le aziende sanitarie provinciali del bacino occidentale e che nonostante l'ampiezza dell'appalto sia in termini territoriali sia in termini economici, l'appalto non è stato suddiviso in lotti in aperta violazione dell'art. 51 del D. Lgs. n. 50/2016 che sarebbe stato violato anche con riferimento alla previsione secondo cui “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.”.

1.3. Si sono costituite in giudizio le controinteressate Sapio Life Srl, Vivisol Srl, Linde Medica Srl e Vitalaire SpA.

1.4. In data 11/09/2017 si è costituita in giudizio l'azienda Sanitaria Provinciale di Palermo.

1.5. Successivamente alla camera di consiglio del 14/09/2017 il difensore della ricorrente ha rinunciato all'istanza cautelare e il Presidente del collegio ha disposto la cancellazione della causa dal relativo ruolo.

1.6. Con istanza istruttoria depositata 12/10/2017 la ricorrente - viste le determinazioni assunte dall'Asp in data 1 agosto 2017 e 9 agosto 2017 in margine al rilascio delle sole copie delle offerte tecniche e di quelle economiche autorizzate dai concorrenti - ha chiesto l'esibizione in giudizio dei documenti specificamente individuati nell'istanza.

1.7. Successivamente, la ricorrente ha chiesto un rinvio della Camera di Consiglio dell'8 febbraio 2018 fissata per l'esame dell'istanza istruttoria atteso che - ai sensi dell'art.53, comma 2, D.Lgs.50/2016 (differimento del diritto di accesso) - non risultava a quella data ancora concluso il procedimento di verifica dell'anomalia delle prime offerte classificate e, conseguentemente, neppure emanato il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

1.8. Alla camera di consiglio dell'08/02/2018 il Presidente del Collegio disponeva pertanto la cancellazione della causa dal ruolo cautelare.

1.9. Con ordinanza presidenziale n. 311/18 del 6 marzo 2018, il Presidente di questa Sezione disponeva l'acquisizione in giudizio, a cura dell'Amministrazione intimata, di documentati chiarimenti sullo stato del procedimento di verifica dell'anomia delle offerte e ordinava il deposito della documentazione di gara richiesta dalla ricorrente, fissando per il prosieguo della causa la Camera di consiglio dell'11 maggio 2018.

1.10. Alla camera di consiglio dell'11/05/2018 il Presidente del Collegio – su istanza della ricorrente - disponeva nuovamente la cancellazione della causa dal ruolo cautelare atteso che l'ASP aveva comunicato che lo stesso giorno 11 maggio 2018 avrebbe provveduto in seduta pubblica all'aggiudicazione provvisoria.

1.11. Nelle more del giudizio è stata conclusa la verifica di congruità delle tre offerte aggiudicatarie, e quindi la procedura selettiva giunta all'aggiudicazione definitiva assunta con deliberazione del Commissario dell'Asp Palermo n. 588 del 28.8.2018.

1.12. Con atto notificato il 28/09/2018 e depositato il 05/10/2018 parte ricorrente ha proposto ricorso per motivi aggiunti impugnando la citata deliberazione del Commissario dell'Asp Palermo n. 588 del 28.8.2018, nonché i verbali e gli atti della procedura formati successivamente alla proposizione del ricorso introduttivo.

In particolare la ricorrente deduce l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione definitiva assunto dal Commissario dell'Asp Palermo del

28.8.2018 per effetto della sopraggiunta sentenza della Corte Costituzionale n. 159/2018 (pubblicata nella GURI del 25.7.2018 n. 30, Prima Serie Speciale e in GURS il 10.8.2018), che ha dichiarato l'illegittimità incostituzionale dell'art. 3 della l.r. 4/2017 avente ad oggetto "Proroga dell'esercizio provvisorio per l'anno 2017 e istituzione del Fondo regionale per la disabilità. Norme urgenti per le procedure di nomina nel settore sanitario regionale", in forza della quale il Presidente della Regione Siciliana con d.P. n. 393 dell'1 agosto 2017 e la Giunta Regionale con d.G.R. n. 310/2017 avevano nominato i Commissari di diverse Aziende sanitarie, tra cui per l'appunto il dott. Antonino Candela dell'Asp Palermo.

Successivamente alla pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale, nell'adottare il provvedimento di aggiudicazione definitiva n. 588 del 28.8.2018, il Commissario dott. Candela ha esercitato i poteri ad esso attribuiti in forza del presupposto atto di nomina regionale assunto in applicazione dell'art. 3 l.r. 4/2017, a quella data già dichiarato costituzionalmente illegittimo.

La ricorrente deduce da ciò l'illegittimità derivata dell'atto di aggiudicazione definitiva.

Inoltre ha censurato il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta sui primi tre classificati deducendo che dall'esame dei verbali della Commissione risulterebbe evidente che le offerte dei concorrenti primi graduati hanno fatto utilizzo massiccio di asseriti lavoratori autonomi a cui affidare l'attività di autotrasporto (c.d. padroncini) con una soluzione che è stata cassata dal dettagliato esame effettuato dall'Anac nel parere AG/16/2012 del 27 settembre 2012, confermato nella delibera n. 276 del 22 marzo 2017.

1.10. In data 16/10/2018 si è costituito in giudizio l'Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità con atto di costituzione non contenente difese scritte. Tutte le parti costituite hanno depositato memorie difensive.

1.11. Alla camera di consiglio del 25/10/2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione per la trattazione dell'istanza cautelare proposta con i motivi

aggiunti.

1.12. Con ordinanza n.1018 del 30/10/2018, tenuto conto che risultava già fissata per la trattazione della causa l'udienza pubblica del 22/11/2018, la domanda cautelare è stata accolta apparendo opportuno mantenere la *res adhuc integra* sino alla conclusione della lite.

Inoltre non essendo stata adempiuta dall'amministrazione l'Ordinanza Presidenziale Istruttoria n.311/2018, su richiesta della ricorrente è stato reiterato l'ordine istruttorio rivolto all'amministrazione di depositare copia degli atti di gara, frattanto divenuti ostensibili ex art. 53 D.lgs. n. 50/2016.

1.13. Alla pubblica udienza del 22/11/2018, tuttavia, la causa è stata rinviata all'udienza del 08/02/2019 su richiesta dei difensori delle parti controinteressate, al fine di consentire la proposizione di ricorso incidentale, in verità poi non proposto.

1.14. Con un secondo ricorso per motivi aggiunti notificato il 6 dicembre 2018 e depositato in data 11/12/2018 la ricorrente ha impugnato i medesimi provvedimenti già impugnati con i precedenti ricorsi per ulteriori motivi, a seguito della produzione in giudizio in data 9 novembre 2018 delle offerte tecniche dei concorrenti in ottemperanza dell'ordinanza n. 1018/2018.

1.15. Alla pubblica udienza dell' 8 febbraio 2019, dopo discussione delle parti, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

2. Deve preliminarmente essere esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo proposta da talune delle controinteressate le quali, sul rilievo che l'art. 204 del D. Lgs. 50/16, modificando l'art. 120 del C.P.A. sul rito speciale degli appalti, ha introdotto il nuovo comma 2-bis in forza del quale espressamente si stabilisce che è «inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività»

L'eccezione può essere superata per le seguenti considerazioni.

L'art. 7 del Disciplinare stabilisce che “La procedura non è finalizzata ad identificare un unico aggiudicatario, ma ad identificare un massimo di n. 3 ditte idonee a fornire il servizio oggetto della procedura stessa”; il successivo art. 8, all'ultimo capoverso, stabilisce che “La somma dei punteggi, qualità dell'offerta tecnica e prezzo offerto, consentiranno di stilare la classifica delle aziende che hanno partecipato. Le prime 3 (tre) classificate si aggiudicheranno la fornitura e saranno accreditate per erogare il servizio oggetto del presente procedimento. *Tutte le altre aziende saranno escluse.*”;

Ancorché la ricorrente non sia stata destinataria di alcun espresso provvedimento espulsivo, la citata prescrizione del Disciplinare di gara, che sanziona con l'esclusione tutte le imprese che non si collocano nei primi tre posti della graduatoria, giustifica l'immediata impugnazione da parte della ricorrente – quantomeno in via prudenziale - del verbale della seduta del 14 giugno 2107 con riserva di proporre motivi aggiunti avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara, come in effetti è poi avvenuto.

In effetti tutte le censure proposte con il ricorso introduttivo sono state riproposte dalla ricorrente con il primo ricorso per motivi aggiunti (con il quale ha appunto impugnato anche l'aggiudicazione definitiva), con espressa clausola di valere anche quale ricorso autonomo avendone tutte le caratteristiche formali e sostanziali, con conseguente inconferenza dell'eccezione di inammissibilità in esame.

3. Può pertanto dichiararsi l'improcedibilità del ricorso introduttivo i cui atti risultano tutti nuovamente impugnati con il ricorso per motivi aggiunti.

Va dunque esaminato il ricorso per motivi aggiunti cominciando, in ordine logico e prioritario, dalle censure dirette a contestare la legittimità dell'intera procedura di gara e a provocarne la riedizione.

4. Con il motivo di ricorso calcolato sub_III. lett.I) la ricorrente deduce i vizi di violazione di legge con riferimento all'art. 51 del D. Lgs. n. 50/2016 nonché i vizi di eccesso di potere e di difetto di motivazione e violazione del principio di libera concorrenza.

Con detto motivo di ricorso, la ricorrente deduce che l'accordo quadro riguarda tutte e quattro le aziende sanitarie provinciali del bacino occidentale; lamenta che nonostante l'ampiezza dell'appalto, sia sotto il profilo della vastità dell'area territoriale per il quale è stata bandita la gara (l'intero bacino territoriale di n.4 ASP provinciali), sia sotto il profilo dell'ingente valore economico dell'intera procedura (unico lotto di euro 66.400.000,00), la gara d'appalto non sarebbe stata suddivisa in lotti, in aperta violazione dell'art. 51 del D. Lgs. n. 50/2016, norma che sarebbe stata violata anche con riferimento alla previsione secondo cui "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."

4.1. Orbene, recita l'art. 51, c. 1, d.lgs. n. 50/2016: *"Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera ggggg), in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. 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. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese."*

Occorre premettere, in linea con quanto già chiarito dal Consiglio di Stato, che: i) la scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico costituisce una decisione normalmente ancorata, nei limiti previsti dall'ordinamento, a valutazioni di carattere tecnico-economico; ii) in tali ambiti, il concreto esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto; iii) il potere

medesimo resta delimitato, oltre che da specifiche norme del codice dei contratti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza; iv) a tal fine, quale corollario dell'effettività della regola generale, è posta la previsione di un specifico obbligo di motivazione (art. 51 del d.lgs. n. 50/2016), proprio perché il precetto della ripartizione in lotti è funzionale alla tutela della concorrenza (Cons. Stato, sez. III, 13.11.2017, n. 5224).

A tal ultimo riguardo la Stazione Appaltante si è difesa in modo generico, deducendo apoditticamente in sede di memoria che “La mancata suddivisione in lotti dell'oggetto dell'accordo quadro è quindi giustificata dalla complessità dello stesso sia dal punto di vista delle componenti richieste alle ditte accreditate (farmacologica, logistica, reportistica), che delle modalità esecutive (sistema erogazione ossigeno terapeutico allo stato liquido e sotto forma gassosa o da concentratori), che dall'ambito territoriale”.

Tuttavia in disparte la genericità della giustificazione postuma offerta, non ha indicato un solo atto della procedura ove fosse ostesa tale motivazione.

Vivisol nelle proprie memorie ha invece ritenuto assolto l'onere di motivazione da parte dell'amministrazione, e lo ha individuato nella “Premessa” del Disciplinare Tecnico ove si legge: “Stante le misure di contenimento della spesa imposte dalle vigenti Norme Nazionali e Regionali (c.d. SpendingReview.), obiettivo delle Aziende, oltre alla ricerca del miglior livello qualitativo assistenziale, è la razionalizzazione e contenimento dei propri costi gestionali, per cui la formulazione del presente disciplinare, tiene conto di tali misure regolando meccanismi di compensazione che consentano alle singole ASP di ricercare economie di scala, uniformando i diversi contratti tuttora in essere ed evitando duplicazione di costi per forniture e/o servizi consimili, per l'erogazione del servizio in argomento”.

Ne deduce Vivisol che anche la scelta, motivata nel disciplinare tecnico con richiamo alla c.d. spending review, di cui alla l.r. 5/ 2009, n. 5, e all'esigenza di uniformare i diversi contratti di tutte le Aziende del Bacino, implicante un riferimento ad economie di scala, non si presenterebbe come irragionevole e

sproporzionata e, quindi, sarebbe perfettamente adeguata a giustificare l'impianto a lotto unico della gara esperita.

Ad avviso del Collegio si tratta all'evidenza di una motivazione anche in questo caso generica e non rispondente a quello "specifico obbligo di motivazione" richiesto dall'art. 51 del d.lgs. n. 50/2016 ed affermato nella citata pronunzia del Consiglio di Stato, sicché in definitiva la scelta dell'amministrazione non risulta adeguatamente assistita da alcuna specifica e congruente motivazione in ordine alle ragioni che non consentono di suddividere l'appalto in lotti funzionali minori, idonei a consentire la partecipazione, in forma diretta ed autonoma, delle micro, piccole e medie imprese.

E tuttavia la censura non è meritevole di accoglimento per le seguenti ragioni.

4.2. Le difese delle controinteressate hanno infatti rilevato che la ricorrente ha comunque partecipato alla gara possedendo tutti i requisiti di ammissione richiesti e graduandosi al quinto posto, senza dedurre né dimostrare che in ipotesi di accoglimento di detto motivo di ricorso riuscirebbe a conseguire l'aggiudicazione.

Sicché in mancanza di un "indice di lesività" specifico e concreto, ovvero della prova dell'utilità pratica che la ricorrente riuscirebbe ad ottenere dall'annullamento dell'intera gara ai fini di una sua riedizione, la predetta censura dovrebbe essere dichiarata inammissibile per carenza di interesse.

Contestano pertanto la carenza di interesse alla censura perché la ricorrente, pur essendo Media Impresa, ha comunque partecipato alla gara, non essendo comprensibile quale pregiudizio abbia in concreto arrecato in capo ad essa l'articolazione dell'appalto in unico lotto.

L'eccezione formulata dalle controinteressate è fondata.

Deve infatti rilevarsi che ciò che difetta è la carenza di interesse in concreto, non tanto perché le previsioni del bando non hanno impedito la formulazione dell'offerta da parte della ricorrente, quanto per il fatto che la ricorrente non fornisce prova che il mancato frazionamento in più lotti di minori dimensioni

le abbia arrecato un qualche ostacolo reale, o un onere sproporzionato o ingiustificato ai fini della partecipazione alla gara; né indica quale sarebbe stato il potenziale “lotto minimo” adeguato e proporzionato al servizio da svolgere e non lesivo della concorrenza tra i partecipanti.

In definitiva ove la ricorrente avesse ritenuto che la mancata suddivisione in lotti costituisse un oggettivo sbarramento del mercato, impedendole di formulare un offerta concorrenziale rispetto alle altre concorrenti maggiormente dimensionate, avrebbe comunque dovuto impugnare il bando fin da subito e non partecipare alla gara attendendone l'esito, sicché dette censure finiscono per essere non già funzionali a tutelare un effettivo interesse proprio della ricorrente, quanto a tutelare un interesse di carattere oggettivo al rispetto della legalità in sé, non meritevole di tutela in sede giudiziaria.

Il motivo di ricorso è pertanto infondato e le relative censure respinte.

5. Con i motivi di ricorso calendati sub III, lett. C) e D) la ricorrente deduce i vizi di incompetenza e violazione di legge per violazione e falsa applicazione dell'art. 77 del D. Lgs. n. 50/2016. Violazione di legge per violazione e falsa applicazione dell'art. 8 della legge regionale della Sicilia 12 luglio 2011, n. 12. Eccesso di potere per illogicità e per contraddittorietà.

Deduce, la ricorrente che trattandosi di gara da aggiudicare in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - i cui parametri di valutazione tecnica lasciano un'ampia discrezionalità alla Commissione – la Commissione giudicatrice deve necessariamente essere “composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto” ai sensi delle citate norme (art. 77, comma 1°, del D. Lgs. n. 50/2016, ma anche comma 2° dell'art. 8 della legge regionale n. 12/2011).

Ebbene la ricorrente sostiene che nessuno dei tre componenti della Commissione sarebbe esperto “nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto” e pertanto ne deduce la illegittima composizione. Inoltre l'illegittima composizione della Commissione deriverebbe anche dal fatto che

essa è stata presieduta dal Dott. Fabio Damiani, che ha rivestito anche la qualifica di R.U.P. ed ha elaborato ed ha proposto al Direttore Generale tutta la documentazione di gara - come si evince dalla delibera del Direttore Generale di indizione della gara - in violazione dell'art. 77, comma 4°, del D. Lgs. n. 50/2016.

5.1. Prima di esaminare le censure nel merito, deve essere esaminata l'eccezione proposta dalle parti resistenti sulla ritenuta tardività del ricorso con riferimento, appunto, alle censure proposte avverso la composizione della commissione, che in tesi avrebbero dovuto essere proposte immediatamente all'atto della nomina.

L'eccezione è infondata.

Ed invero, l'atto di nomina della Commissione, al pari degli atti da questa compiuti nel corso del procedimento, non produce di per sé un effetto lesivo immediato, e comunque tale da implicare l'onere dell'immediata impugnazione nel prescritto termine decadenziale. Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sezione III, Sentenza 11.5.2018, n. 2835) "La nomina dei componenti della Commissione può essere impugnata dal partecipante alla selezione, che la ritenga illegittima solo nel momento in cui, con l'approvazione delle operazioni concorsuali, si esaurisce il relativo procedimento amministrativo e diviene compiutamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato (cfr. "infra multis" Consiglio di Stato sez. V 16 gennaio 2015 n. 92)"; (in termini cfr. anche C.d.S. Sez. III. 16 aprile 2018, n. 2257).

5.2. Possono adesso esaminarsi nel merito le censure proposte a partire dalla censura con cui la ricorrente deduce che l'illegittima composizione della Commissione deriverebbe anche dal fatto che essa è stata presieduta dal Dott. Fabio Damiani, che ha rivestito anche la qualifica di R.U.P. ed ha elaborato ed ha proposto al Direttore Generale tutta la documentazione di gara in violazione dell'art. 77, comma 4°, del D. Lgs. n. 50/2016, secondo cui, nella formulazione vigente al momento della nomina della Commissione, "I

commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.”.

La questione è stata recentemente affrontata e risolta da questa Sezione con sentenza n.79 del 14/01/2019 con le motivazioni che di seguito si riportano.

È notorio che il nuovo codice degli appalti, D.Lgs. 50/2016, sia stato recepito in Sicilia mercé l'art. 24 della legge regionale 17 maggio 2016, n. 8 che, nel sostituire la pregressa normativa di cui all'art. 1 a legge regionale 12 luglio 2011, n. 12, ha previsto che “A decorrere dall'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, si applicano nel territorio della Regione le disposizioni in esso contenute e le successive modifiche ed integrazioni nonché i relativi provvedimenti di attuazione, fatte comunque salve le diverse disposizioni introdotte dalla presente legge”.

Il successivo comma 3 dello stesso art. 24 L.R. 8/2016 ha inoltre previsto, nella sua originaria stesura, che la disciplina dell'art. 8 della L.R. 12/2011 (relativa alla composizione delle commissioni di gara) si applica “con i limiti temporali stabiliti dall'articolo 77, comma 12, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”. Detta norma è stata tuttavia sostituita dall'art. 2 della L.R. 26 gennaio 2017, n. 1: oggi il comma 3 dell'art. 24 L.R. 6/2016 prevede quindi che “Le disposizioni di cui all'articolo 8 della legge regionale 12 luglio 2011, n. 12, per l'affidamento di appalti di servizi o forniture, si applicano sino alla concreta attivazione dell'albo prevista dall'articolo 78 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”.

Da quanto precede, quindi, è indubbio che nella questione qui in rilievo trovi applicazione, ai fini della composizione della Commissione di gara, l'art. 8 della legge regionale n. 12/2011, ai sensi del quale comma 3) “La commissione è presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali, nominato dall'organo competente”. Il successivo comma 4 dello stesso articolo 8 L.R. 12/2011, con disposizione

sostanzialmente analoga a quella vigente in ambito nazionale ex art. 84 D.Lgs. 163/2006, stabilisce che “I commissari diversi dal presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”, prevedendosi nei commi successivi (coma 6) le modalità di scelta dei componenti esterni.

Correttamente quindi l'Amministrazione ha proceduto ad individuare il Presidente della Commissione in un Dirigente interno allo stesso Ufficio. Per altro, il comma 12 dell'art. 216 D.Lgs. 50/2016 prevede che “Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante”.

Coerentemente, quindi, il disciplinare di gara, all'art. 24 ha previsto che “La Commissione di gara, aggiudicatrice, di cui all'art. 8 della Legge Regionale n. 12/2011 viene nominata dall'UREGA, ad eccezione del Presidente che viene identificato dall'Azienda”.

5.3. Analoghe considerazioni valgono altresì in relazione alla contestazione della ravvisata incompatibilità del Presidente della Commissione di Gara che ha svolto altresì il ruolo di RUP.

Oltre a quanto sopra evidenziato, appare utile poter richiamare la recentissima sentenza del Consiglio di Stato, Sez. Terza, 26/10/2018 n. 6082.

Ebbene, il Consiglio di Stato ha evidenziato:

-che l'art. 77 comma 4 del d.lgs. 50/2016 nella sua versione originaria (applicabile *ratione temporis* alla vicenda) disponeva che “I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”;

-con la modifica introdotta in sede di correttivo dall'art. 46, comma 1, lett. d) del D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, il predetto comma 4 dell'art. 77 cit. è stato arricchito di un addendum ai sensi del quale "nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura".

Il Consiglio di Stato ha riassunto le posizioni contrastanti della giurisprudenza amministrativa.

Secondo un primo orientamento, la portata innovativa dell'art. 77, nella sua formulazione originaria, muoveva dalla scelta di introdurre una chiara incompatibilità per tutti i componenti della Commissione di gara, ed in quanto tale era di immediata applicazione, non essendo condizionata alla effettiva istituzione dell'albo dei commissari previsto dall'art. 77, comma 2 D.Lgs. 50/2016 (in tal senso T.A.R. Latina, sez. I, 23 maggio 2017, n. 325; T.A.R. Brescia sez. II, 4 novembre 2017, n. 1306). Ed in tal senso si era orientato anche l'ANAC nel primo schema delle Linee guida n. 3. Tuttavia il predetto indirizzo dell'ANAC è mutato nel testo definitivo delle Linee Guida (poi approvate con determinazione dell'ANAC n. 1096 del 26 ottobre 2016): testo rielaborato, alla luce del parere del Consiglio di Stato n. 1767/2016, nel senso che "Il ruolo di RUP è, di regola, incompatibile con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice (art. 77, comma 4 del Codice), ferme restando le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza" (punto 2.2., ultimo periodo).

Il Consiglio di Stato dà atto altresì dell'altro indirizzo giurisprudenziale che, diversamente, ha interpretato l'art. 77 comma 4 D.Lgs. 50/2016 in continuità con l'indirizzo formatosi sul previgente codice con particolare riferimento all'art. 84 D.Lgs. 163/2006: secondo tale indirizzo, nelle procedure di evidenza pubblica, il ruolo di RUP può coincidere con le funzioni di commissario di gara e di Presidente della commissione giudicatrice, a meno che non sussista la concreta dimostrazione dell'incompatibilità tra i due ruoli, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e di condizionamento tra gli stessi (in tal senso cfr. T.A.R. Veneto, sez. I, 7 luglio

2017, n. 660; T.A.R. Lecce, sez. I, 12 gennaio 2018, n. 24; T.A.R. Bologna, sez. II, 25 gennaio 2018, n. 87; T.A.R. Umbria, sez. I, 30 marzo 2018, n. 192). Ebbene, il Consiglio di Stato, con la predetta sentenza, ha aderito a questo secondo indirizzo giurisprudenziale, dubitando per altro che lo stesso art. 77 comma 4 D.Lgs. 50/2016, anche nella sua versione antecedente al correttivo, potesse essere interpretato nel senso di precludere al RUP la partecipazione alla Commissione. Tale interpretazione e lettura della norma non aveva infatti avuto l'avallo dello stesso Consiglio di Stato sin dal parere n. 1767, del 2 agosto 2016, reso ad ANAC sullo schema di Linee Guida n. 3, nel quale la Commissione speciale aveva così censurato l'impostazione espressa nel documento all'esame: "...la disposizione che in tal modo viene interpretata (e in maniera estremamente restrittiva) è in larga parte coincidente con l'articolo 84, comma 4 del previgente 'Codice' in relazione al quale la giurisprudenza di questo Consiglio aveva tenuto un approccio interpretativo di minor rigore, escludendo forme di automatica incompatibilità a carico del RUP, quali quelle che le linee-guida in esame intendono reintrodurre (sul punto ex multis: Cons. Stato, V, n. 1565/2015). Pertanto, non sembra condivisibile che le linee-guida costituiscano lo strumento per revocare in dubbio (e in via amministrativa) le acquisizioni giurisprudenziali...". L'addendum normativo introdotto al comma 4 dell'art. 77 D.Lgs. 50/2016 è preso in considerazione dal Consiglio di Stato per avvalorare l'analisi esegetica: "Sembra difficile negare che il correttivo normativo introdotto nel 2017 abbia svolto una funzione di ausilio ad una esegesi della disposizione che era già emersa alla luce della prima versione dell'art. 77". E nei predetti termini, la stessa ANAC, con il parere di cui alla deliberazione n. 193 /2018, –proprio con riguardo ad una fattispecie riconducibile alla prima versione dell'art. 77 comma 4 D.Lgs. 50/2016 - ha chiarito che "al fine di evitare forme di automatica incompatibilità a carico del RUP, l'eventuale situazione di incompatibilità, con riferimento alla funzione di commissario di gara e Presidente della commissione giudicatrice, deve essere valutata in concreto dalla stazione appaltante verificando la capacità di

incidere sul processo formativo della volontà tesa alla valutazione delle offerte, potendone condizionare l'esito" (e nello stesso senso si pone la precedente delibera ANAC n. 436 del 27 aprile 2017).

Il Consiglio di Stato ha, quindi, dato seguito all'impostazione secondo la quale non può essere ravvisata nessuna automatica incompatibilità tra le funzioni di RUP e quelle di componente della commissione giudicatrice; a meno che essa - nell'ottica di una lettura dell'art. 77 comma 4 del d.lgs. n. 50/2016 che si ponga in continuità con l'indirizzo interpretativo formatosi sul comma 4 dell'art. 84 del previgente d.lgs. n. 163/2006 (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. III, 18.1.2018, n. 695) - non venga dimostrata in concreto.

Ed a tal fine, il Consiglio precisa (punto 2.8 della citata sentenza) che:

«- la garanzia di trasparenza ed imparzialità nella conduzione della gara impedisce la presenza nella commissione di gara di soggetti che abbiano svolto un'attività idonea a interferire con il giudizio di merito sull'appalto di che trattasi (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21.7.2011, n. 4438, parere n. 46 del 21 marzo 2012);

- la situazione di incompatibilità deve ricavarsi dal dato sostanziale della concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara, al di là del profilo formale della sottoscrizione o mancata sottoscrizione degli stessi e indipendentemente dal fatto che il soggetto in questione sia il funzionario responsabile dell'ufficio competente (Cons. Stato, sez. V, 28.4.2014, n. 2191);

- per predisposizione materiale della legge di gara deve quindi intendersi "non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione dello stesso, quanto piuttosto una effettiva e concreta capacità di definirne autonomamente il contenuto, con valore univocamente vincolante per l'amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che in definitiva il suo contenuto prescrittivo sia riferibile esclusivamente al funzionario" (Cons. Stato, sez. V, 22.1.2015, n. 255 e 23.3.2015, n. 1565);

- ad integrare la prova richiesta, non è sufficiente il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità, dovendo l'art. 84, comma 4, essere

interpretato in senso restrittivo, in quanto disposizione limitativa delle funzioni proprie dei funzionari dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 22.1.2015, n. 255);

- detto onere della prova grava sulla parte che deduce la condizione di incompatibilità (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25.1.2016, n. 242 e 23.3.2017, n. 1320; Id., sez. III, 22.1.2015, n. 226);

- in ogni caso, la predetta incompatibilità non può desumersi ex se dall'appartenenza del funzionario - componente della Commissione, alla struttura organizzativa preposta, nella fase preliminare di preparazione degli atti di gara e nella successiva fase di gestione, all'appalto stesso (cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, 6.5.2014, n. 4728; T.A.R. Lecce, sez. III, 7.1.2015, n. 32).»

Nel caso qui in esame, come sopra già evidenziato, parte ricorrente ha limitato le proprie deduzioni unicamente in relazione al dato formale della presenza, quale Presidente della Commissione di Gara, dell'Avv. Fabio Damiani, che aveva al contempo svolto il ruolo di RUP. Sicché, al pari di quanto precisato dal Consiglio di Stato nella richiamata decisione parte ricorrente “ ... non ha specificato le ragioni effettive di siffatta asserita incompatibilità, ossia come e quando si sia concretata l'attività idonea ad interferire con il giudizio di merito sull'affidamento, come tale attività abbia inciso sul processo formativo della volontà che conduce alla valutazione delle offerte e come ne sia stato conseguentemente condizionato l'esito”.

La relativa doglianza, quindi, risulta infondata.

5.4. Sotto ulteriore profilo, la ricorrente si duole della illegittima composizione della Commissione atteso che in violazione dell'art. 77, comma 1°, del D. Lgs. n. 50/2016 (ma anche del comma 2° dell'art. 8 della legge regionale n. 12/2011) nessuno dei tre componenti della Commissione sarebbe esperto “nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto” come risulterebbe evidente dalla lettura dei loro curricula.

Lamenta nello specifico la ricorrente:

- che il Presidente, dott. Fabio Damiani, presenta un curriculum che attesta la sua formazione giuridica, ma sarebbe privo di esperienza in ossigenoterapia domiciliare;
- che il secondo componente Avv. Stefania Pipia, è stato nominato quale “esperto giuridico” (peraltro non tenendo conto che detto esperto era già presente nella Commissione nella persona del Presidente) sicché è incontestabile che anch’essa non ha alcuna esperienza di ossigenoterapia domiciliare;
- che il terzo componente, Dott.ssa Giusi Fanara, e una Psichiatra, ha un curriculum di alto livello epperò tutta l’esperienza ivi indicata concerne esclusivamente l’attività di psichiatria e di psicologia, tanto è vero che nell’elenco allegato al verbale del 17 novembre 2016 essa è qualificata come “psicologa”, sicché non risulterebbe avere maturato alcuna esperienza di ossigenoterapia domiciliare.

Quanto a quest’ultima, peraltro, sarebbe stata estratta dall’UREGA tra gli esperti iscritti nella sezione B.2.12 che è quella che riguarda le “Attrezzature Mediche - Prodotti Farmaceutici e per la cura personale”, che, tuttavia, non è la sezione corretta tra cui sorteggiare che invece era la sezione B.2.36 “Servizi sanitari e sociali”, posto che l’appalto ha ad oggetto l’affidamento di un servizio sanitario, ossia il servizio di ossigenoterapia domiciliare, e non, invece, l’affidamento di una fornitura per l’acquisto di attrezzature mediche o farmaci.

La circostanza che nessuno dei tre componenti della Commissione sarebbe esperto di ossigenoterapia, ne renderebbe illegittima la composizione con conseguentemente illegittimità, anche per incompetenza (intesa, naturalmente, in termini di vizio dell’atto), di tutte le operazioni da essa svolte, tra cui, in particolare, i giudizi e le valutazioni sulle offerte tecniche presentate in gara dai concorrenti.

Orbene, dal combinato dell’art. 77 D.Lgs 50/2016 e dell’art. 8 l.r. 12/2011 (applicabile, ex comma 3 dell’art. 24 L.R. 6/2016, fintantoché non sarà

istituito l'Albo previsto dall'articolo 78 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) si ricava che nel caso di aggiudicazione della gara secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come nel caso in esame, la Commissione giudicatrice deve essere composta, in maggioranza, da “esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto” (comma 2 art. 8 cit.), ossia da componenti che per il titolo di studio conseguito e/o per le esperienze professionali precedentemente maturate, sono dotati di competenza tecnica adeguata alla peculiarità del settore interessato dall'appalto in considerazione.

Detta regola costituisce il portato dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, dai quali le singole Amministrazioni appaltanti non possono prescindere: sia in fase di formazione degli elenchi di esperti, sia nella successiva fase di nomina delle commissioni giudicatrici.

Secondo quanto previsto dall'art. 8 L.R. 12/2011, la Commissione viene nominata dalla Stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto (comma 2) e deve essere composta da un numero dispari di componenti “esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto, di cui uno esperto in materie giuridiche” (sempre comma 2 art. 8 cit.).

Inoltre ed al fine di assicurare condizioni di massima trasparenza nell'espletamento delle procedure, i commissari diversi dal presidente sono scelti (comma 6) mediante sorteggio pubblico effettuato dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, fra gli esperti iscritti all'albo di cui al comma 7.

Ad avviso del Collegio, una lettura costituzionalmente orientata della norma qui in rilievo, rispettosa dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione, postula che all'Amministrazione procedente non sia sottratto il potere-dovere di verificare in concreto, anche a valle del “sorteggio” operato dall'UREGA, il possesso della specifica

competenza, rispetto all'oggetto del contratto, del Commissario esterno – diverso dal Presidente – che è chiamato a comporre (nella predetta qualità) la Commissione di gara.

Nel caso in cui la stessa P.A., in relazione alla natura e complessità dell'oggetto della gara, ritenga che il nominativo sorteggiato non risulti un esperto nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto, è tenuta – anche in via di autotutela – ad adottare le determinazioni di competenza in ordine al provvedimento di nomina della commissione giudicatrice foriere di profili di illegittimità - a valle - di tutte le operazioni di valutazione delle offerte e del provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto.

Nel caso qui in esame, il Collegio rileva che la Commissione risulta composta da tre membri tra cui due esperti giuridici (uno nella qualità di Presidente) e da una psicologa la cui professionalità appare, *ictu oculi*, non pertinente rispetto al settore cui si riferisce l'appalto in questione, cui è stata affidata una valutazione delle offerte tecniche di non trascurabile complessità proprio perché afferenti all'affidamento del servizio di Gestione del paziente in Insufficienza Respiratoria Cronica (IRC) in trattamento con Ossigeno terapia domiciliare.

Sotto detto profilo si richiama l'orientamento recentissimo di questo T.A.R. per la Sicilia che con sentenza n.79 del 14/01/2019 (richiamando CGA Ord.701/2008) ha ritenuto illegittima la composizione della commissione di gara sul rilievo che « ... la professionalità propria di uno dei due membri tecnici della commissione risulta effettivamente non coerente con lo “specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto”, che è connotato dalla estrema complessità tecnica dell'apparato diagnostico da fornire, e, d'altra parte, non è stato fatto nemmeno constare che il medesimo avesse già acquisito significative esperienze nella partecipazione a gare vertenti su oggetti simili ».

Nel caso in esame, pertanto la censura è fondata e va accolta risultando che la Commissione nominata per la gara in parola non era costituita, in

maggioranza, da componenti dotati di specifica professionalità connessa all'oggetto della gara.

6. Stante l'effetto caducante della intera gara connesso alla sopra riferita illegittima composizione della Commissione discende – assorbita ogni altra censura - l'accoglimento del ricorso per motivi aggiunti con conseguente annullamento, per quanto di ragione, dei provvedimenti impugnati e con l'ulteriore travolgimento delle Convenzioni di affidamento del Lotto oggetto della gara.

7. In conclusione, il ricorso introduttivo è improcedibile mentre il ricorso per motivi aggiunti va accolto per il superiore ed assorbente motivo, con conseguente annullamento, per quanto di ragione, dei provvedimenti impugnati.

8. Le spese di lite possono essere compensate tra le parti tenuto conto della novità delle questioni deliberate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

- a) dichiara improcedibile il ricorso introduttivo;
- b) accoglie nei sensi di cui in motivazione i motivi aggiunti con annullamento, per quanto di ragione, dei provvedimenti impugnati;
- c) compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Giovanni Tulumello, Consigliere

Sebastiano Zafarana, Primo Referendario, Estensore

Sebastiano Zafarana

Calogero Ferlisi

IL SEGRETARIO