

APPALTI: Gara - Verifica delle offerte - Annullamento - Effetti - Rinnovazione della sola fase di verifica - Ammissibilità - Conseguenze - Rinvio della declaratoria di inefficacia del contratto al termine della nuova fase di verifica - Ammissibilità.

Tar Lombardia - Milano, Sez. II, 18 giugno 2021, n. 1497

- in *Riv. trim. appalti*, 4, 2021, pag. 1401 e ss., con commento di G. Iudica, *Illegittimità della procedura di gara e decorrenza di inefficacia del contratto*.

Il mancato rispetto del principio di trasparenza nella fase di verifica delle offerte e di attribuzione dei punteggi determinano l'illegittimità solo di questo subprocedimento, e non comporta la rinnovazione integrale della gara, ma solo quella della fase di valutazione delle offerte, da parte di una nuova commissione; a sua volta tale effetto conformativo della sentenza comporta il differimento della declaratoria di inefficacia del contratto al termine della rinnovazione delle operazioni valutative.

FATTO

1. Con il ricorso introduttivo e i successivi motivi aggiunti Medicaire Italia Srl ha impugnato, unitamente agli atti presupposti, la deliberazione del Direttore Generale dell'Asst Niguarda del 15 ottobre 2020, n. 1050 “di aggiudicazione della procedura aperta in forma aggregata per l'affidamento del contratto quinquennale della fornitura di sistemi a noleggio full-service per il servizio di ventiloterapia meccanica domiciliare”, in relazione al lotto 4, in favore di Sapio Life Srl.
2. L'Asst Grande Ospedale Metropolitano Niguarda di Milano, in qualità di Azienda capofila, indiceva una gara in forma aggregata anche in favore dell'Asst di Lodi, dell'Asst Melegnano-Martesana, dell'Asst di Monza, dell'Asst Ovest Milanese, dell'Asst Rhodense e dell'Asst di Pavia, finalizzata all'affidamento del contratto quinquennale per la “fornitura di sistemi a noleggio full-service per il servizio di ventiloterapia meccanica domiciliare”; la gara era stata suddivisa in nove lotti, avuto riguardo alle diverse apparecchiature richieste.

Il bando prevedeva una durata quinquennale della fornitura, rinnovabile per 24 mesi. Il criterio di aggiudicazione prescelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. La metodologia di valutazione delle offerte veniva individuata nel confronto a coppie, senza riparametrazione. Successivamente alla pubblicazione del bando venivano resi noti dei chiarimenti, pubblicati sulla Gazzetta ufficiale, con conseguente proroga di trenta giorni del termine di presentazione delle offerte.

Per quanto di rilievo, il lotto 4 era relativo ad apparecchi di “saturimetria alta fascia”.

All'esito delle operazioni della Commissione giudicatrice, il lotto 4 veniva aggiudicato a Sapio Life Srl, la quale otteneva il punteggio complessivo di 74,48 (di cui 44,48 per la componente tecnica e

30,00 per quella economica), mentre la ricorrente Medicaïr si collocava in seconda posizione con un punteggio di 72,95, seguita da altra società (Vitalaire Italia Spa) con un punteggio di 65,40.

3. La ricorrente contesta l'aggiudicazione, in via principale, in quanto l'offerta di Sapiro avrebbe dovuto essere esclusa (I motivo) o comunque valutata con l'attribuzione di un punteggio inferiore (II motivo) poiché essa sarebbe carente del requisito richiesto della frequenza massima cardiaca rilevata superiore a 260 bpm; inoltre, la commissione di gara avrebbe errato nell'attribuire i punteggi relativi alla valutazione della gamma e completezza dei dispositivi interfaccia offerti e alle caratteristiche tecniche e funzionali dei dispositivi accessori (III motivo); in via subordinata, deduce che l'operato dell'amministrazione sarebbe illegittimo con riguardo alla fase di attribuzione dei punteggi discrezionali e, più in generale, nella parte in cui la Commissione ha proceduto alla valutazione tecnica delle offerte, non emergendo dall'esame dei verbali il procedimento seguito per giungere alle valutazioni finali (IV motivo); inoltre, sarebbe viziata la nomina della Commissione giudicatrice per violazione dell'art. 216, comma 12, d.lgs. n. 50/2016 in relazione all'art. 77 d.lgs. n. 50/2016 (V motivo); infine, la procedura sarebbe illegittima anche per *“violazione del principio della prevalenza della prescrizione terapeutica che può essere rispettato solo mediante una procedura con aggiudicazione multioperatore”* (VI motivo).

4. Si sono costituite in giudizio l'Azienda Socio Sanitaria Territoriale Grande Ospedale Metropolitano Niguarda, in data 27 novembre 2020, e la società controinteressata in data 25 novembre 2020, chiedendo il rigetto del ricorso.

5. Ad esito dell'udienza camerale del 3 dicembre 2020, con l'ordinanza n. 1515 del 4 dicembre 2020 è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati ed è stata fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito del ricorso.

6. Sapiro Life Srl ha poi proposto ricorso incidentale, depositato in data 21 dicembre 2020, deducendo, con un unico articolato motivo, l'erroneità del punteggio attribuito a Medicaïr quanto alla voce 4C valorizzante la gamma dei modelli e completezza degli accessori in dotazione compresi nell'offerta e quanto al fatto che il dispositivo Nonin 9600 offerto da Medicaïr non disporrebbe della *“possibilità di esportazione dei dati”*.

7. Con ricorso per motivi aggiunti depositato il 30 dicembre 2020, la ricorrente principale, in relazione alla produzione da parte dell'amministrazione dei documenti contenenti le tabelle triangolari di confronto delle offerte, in formato excel, ha integrato i motivi già dedotti, in via subordinata, deducendo ulteriori motivi di illegittimità, per *“assenza della motivazione e della verbalizzazione delle operazioni svolte dalla commissione. Assenza della validità ed efficacia probatoria dei documenti informatici riguardanti l'avvenuta valutazione da parte dei commissari*

anche singolarmente mediante l'utilizzo della 'tabella triangolare'. Inesistenza dei documenti che dovrebbero comprovare l'avvenuta formalizzazione dei giudizi. Assenza e/o comunque difetto di motivazione. Inesistenza dei verbali di gara. Errata attribuzione dei coefficienti valutativi (VII motivo), "assenza della valutazione effettuata in modo indipendente e autonomo da parte di ciascun commissario" (VIII motivo) e per "assenza del progetto previsto dall'art. 23, comma 15 d.lgs. 50/2016" (IX motivo).

8. Con l'ordinanza n. 233/2021 è stata dichiarata la cessazione della materia del contendere sulla domanda di accesso proposta, in via incidentale, nel ricorso introduttivo, essendo stata soddisfatta la relativa richiesta di esibizione della documentazione mancante.

9. Infine, con un secondo ricorso per motivi aggiunti notificato il 9 aprile 2021 e depositato in pari data, sono stati dedotti ulteriori profili di illegittimità delle tabelle triangolari relative al confronto a coppie, depositate in giudizio in formato excel, affermandosi in particolare che i file prodotti sarebbero stati modificati successivamente alle date riportate sui verbali e che l'autore dell'ultima modifica non era un membro della Commissione.

10. In prossimità dell'udienza di merito, i difensori delle parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive posizioni.

All'udienza del 10 giugno 2021, uditi i difensori delle parti mediante collegamento da remoto in videoconferenza, ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020, convertito in legge n. 176 del 2020, come modificato dall'art. 6, comma 1, lettera e, del decreto legge n. 44 del 2021, convertito in legge n. 76 del 2021, la controversia è stata infine trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In relazione all'ordine di trattazione dei ricorsi, per ragioni di economia processuale, deve essere analizzato preliminarmente il ricorso principale di Medicaire, in quanto il ricorso incidentale proposto da Sapio Life Srl non è volto a paralizzare l'integralità delle domande svolte dalla ricorrente principale, bensì le sole censure formulate in via prioritaria. In considerazione del fatto che i motivi formulati in via principale sono infondati, come si preciserà appresso, l'esame del ricorso incidentale diviene quindi improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, in conformità all'eccezione formulata dalla difesa dell'amministrazione resistente.

2. Prendendo dunque le mosse dal ricorso principale, i primi due motivi devono essere analizzati congiuntamente, in quanto attinenti alla medesima questione sostanziale del possesso del requisito richiesto della frequenza massima cardiaca rilevata superiore a 260 bpm, in capo al prodotto offerto da Sapio Life Srl.

I motivi sono infondati.

Le deduzioni della ricorrente si basano, in sostanza, sul fatto che la scheda tecnica del prodotto offerta da Sapio (Nonin 7500), per come prodotta in gara, riporti – alla voce “*frequenza polso – area di visualizzazione*” – un intervallo di 18-231 bpm, mentre i documenti di gara (capitolato speciale e allegato G) prescrivono quali caratteristiche minime degli apparecchi che questi siano “*in grado di visualizzare e memorizzare [...] frequenza cardiaca: 20-260/min*”.

Da ciò, la ricorrente deduce che l’offerta di Sapio dovesse essere esclusa o quantomeno che non le dovesse essere attribuito il punteggio tecnico previsto per la voce in esame.

Nel caso di specie, è dirimente la considerazione che non sia contestata da alcuna delle parti, nemmeno dalla ricorrente, la sussistenza della qualità nel prodotto – anzi confermata dalla stazione appaltante – bensì solo l’indicazione di essa nella scheda tecnica che, secondo la difesa dell’aggiudicataria, conterrebbe un errore di battitura e riporterebbe dunque l’intervallo di “18-231 bpm” anziché quello corretto di “18-321 bpm” (cfr. doc. 25 di Medicaïr), errore a sua volta riportato anche nella dichiarazione di sussistenza dei requisiti minimi e preferenziali (cfr. doc. 17 di Medicaïr).

A conferma del fatto che trattasi di un mero errore di battitura, la difesa di Sapio Life ha prodotto in giudizio altra scheda tecnica del prodotto (definita “scheda tecnica originale”) ove l’intervallo della “gamma della frequenza al polso” indicato è effettivamente “18-321 bpm” (cfr. doc. 3 di Sapio).

Inoltre, anche analizzando la stessa scheda tecnica recante l’errore di battitura, è agevole riscontrare – secondo criteri logici – che l’intervallo preso in considerazione dall’apparecchio sia effettivamente superiore ai 260 bpm richiesti, poiché, sempre nella sezione “frequenza polso” della scheda, ma nel rigo immediatamente successivo a quello contenente l’errore, è indicata una “*precisione in assenza di movimento tra 18 e 300 bpm*” discostabile di 3 bpm, dato che non sarebbe ovviamente possibile indicare se fosse vero quanto indicato al rigo antecedente relativamente alla “area di visualizzazione” limitata a 231 bpm.

Comparando poi le due dichiarazioni relative alla sussistenza dei requisiti minimi rese dalla società Sapio e dalla società Medicaïr, emerge che nemmeno Medicaïr – la cui offerta pure è stata ritenuta ammissibile – ha indicato nella tabella quale sia lo specifico *range* di misurazione del prodotto offerto, limitandosi a indicare la “*presenza*” della caratteristica richiesta (cfr. doc. 20 di Medicaïr). Coerentemente, in entrambi i casi la stazione appaltante ha ritenuto ammissibili le offerte, in relazione alle caratteristiche effettivamente possedute dai prodotti, anche avuto riguardo al fatto che non fosse esplicitamente richiesto nei documenti di gara di specificare il *range* di misurazione rilevabile. L’erronea indicazione dello stesso da parte di Sapio Life, per effetto del documentato errore di battitura, avrebbe potuto portare a una richiesta di chiarimenti sul punto, se invece l’errore

di battitura non fosse stato immediatamente rilevabile – come in effetti è nel caso di specie – dall’analisi delle ulteriori caratteristiche descrittive contenute nella scheda alle voci immediatamente successive (oltre al fatto che, trattandosi di prodotto di larga diffusione, potesse essere comunque conosciuto nelle sue caratteristiche dai commissari).

Per quanto suggestive, quindi, le prime due censure non possono trovare accoglimento, a fronte del pacifico possesso della caratteristica richiesta da parte del prodotto Nonin 7500.

Alle superiori considerazioni consegue l’irrelevanza delle argomentazioni relative al valore dei chiarimenti n. 65 e 170 forniti in gara.

3. Parimenti infondato è il terzo motivo, sempre svolto in via principale, con il quale la ricorrente contesta l’attendibilità della valutazione con riferimento al punteggio assegnato sul criterio 4E. In tesi, la Commissione sarebbe incorsa in errore in quanto solo Medicaire, che si è vista attribuiti punti zero per detta voce, avrebbe proposto degli “accessori” veri e propri, mentre Sapio Life, a cui sono stati attribuiti invece 5 punti per la voce, non avrebbe proposto degli “accessori”, bensì solo una serie di “sensori”, già oggetto di autonoma valorizzazione secondo il criterio 4D.

Premesso che trattasi di punteggi attribuiti discrezionalmente dalla commissione e che gli stessi sono sindacabili solo nei limiti della manifesta illogicità e abnormità, non essendo possibile diversamente che il giudice si sostituisca alla valutazione tecnica della commissione, il motivo è infondato in fatto.

Anzitutto, deve essere distinto l’oggetto di valutazione dei criteri 4D e 4E: il criterio 4D valorizza *“la gamma e completezza dei dispositivi interfaccia offerti”* (attribuendo sino a un massimo di 6 punti; nel caso di specie Medicaire ha ricevuto l’assegnazione di 6 punti e Sapio Life di 4,20) e fa dunque riferimento ai soli “sensori”; il criterio 4E valorizza invece un aspetto differente dell’offerta, ovvero le caratteristiche tecniche e funzionali dei dispositivi *“accessori”* in generale, precisandosi che *“Verranno valutate le caratteristiche tecniche e funzionali dei dispositivi accessori (cannule, raccordi, etc..)”* (con attribuzione di un punteggio massimo di 5 punti, assegnati appunto a Sapio Life in misura piena).

Nella fattispecie, avendo riguardo al documento di gara di Sapio Life Srl (doc. 6 di Sapio), si evince che esso consiste di tre distinte e dettagliate schede, la prima delle quali espressamente riferita ai “materiali di consumo” in cui è individuata e dettagliata la gamma dei soli sensori richiesti (come obbligatori) ed offerti (vale a dire i “dispositivi interfaccia”). Nelle altre due schede sono invece elencati i dispositivi “Accessori NONIN 7500” e i dispositivi “Accessori PM100N” (cioè gli accessori ai due modelli di saturimetri offerti, quello “di punta”, oggetto di valutazione, e quello oggetto di offerta facoltativa).

Diversamente da quanto allegato da Medicaire, in queste due schede non sono elencati i sensori già valutati in base alla diversa voce 4D, bensì una serie diversa e ulteriore di accessori, nell'ambito dei quali sono indicati ulteriori sensori aggiuntivi, nonché cavi di collegamento e download, alimentatori, software, cerotti, ecc.

Pertanto, come si evince dall'Allegato G al disciplinare (doc. 24 della stazione appaltante), gli atti di gara non individuano alcuno specifico tipo di "dispositivo accessorio" e non vi sono elementi per escludere da tale concetto generico i "sensori".

L'affermazione della ricorrente secondo la quale l'attribuzione del punteggio sarebbe erronea in quanto gli accessori di Sapio coinciderebbero con i soli sensori già offerti è quindi smentita documentalmente (a tal fine, è sufficiente raffrontare i docc. 25 e 26 dell'azienda sanitaria).

Non è dunque viziata da manifesta irragionevolezza la valutazione della commissione che ha ritenuto meritevole di positivo apprezzamento l'offerta di Sapio, la quale ha offerto in termini di accessori anche ulteriori e specifici sensori – diversi da quelli "obbligatori" già valorizzati con il sub criterio 4D – oltre a un'altra gamma di accessori ulteriori (quali software e cavi). Si deve inoltre considerare, da un punto di vista quantitativo, che Sapio ha offerto 22 prodotti accessori (tra i quali rientra anche la tipologia di quelli offerti da Medicaire), mentre Medicaire ne ha offerti 10.

In tale quadro, l'attribuzione a Sapio di 5 punti e a Medicaire di 0 punti per la specifica voce non è censurabile, a fronte del limite del sindacato giurisdizionale nell'attribuzione di punteggi discrezionali.

Tanto è sufficiente a determinare il rigetto della censura.

4. Come già precisato, al rigetto di tutti i motivi proposti in via principale da Medicaire consegue l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, del ricorso incidentale di Sapio Life Srl, volto a paralizzare gli effetti dell'eventuale accoglimento di soli detti motivi.

5. Passando ora all'esame dei residui motivi svolti in via subordinata nel ricorso principale e nei motivi aggiunti, gli stessi sono fondati nei limiti appresso specificati.

Con il quarto motivo del ricorso introduttivo, ripreso anche nelle censure dei due motivi aggiunti, la società ricorrente deduce l'illegittimità della legge di gara, come integrata dai chiarimenti, nella parte in cui non sarebbe stata esplicitata la metodologia di assegnazione del punteggio finale attraverso il criterio del confronto a coppie da parte della Commissione giudicatrice, lasciando un eccessivo margine di discrezionalità in capo a quest'ultima, nella specie nemmeno emendabile tramite una verifica *ex post* della corretta applicazione del meccanismo, avuto riguardo all'assoluta carenza di motivazione sul punto nei verbali di gara; difatti, la Commissione non avrebbe proceduto alla verbalizzazione delle operazioni di valutazione e quindi non avrebbe affatto dimostrato

l'effettivo utilizzo delle tabelle triangolari nell'effettuazione del confronto a coppie, non assumendo alcun valore probatorio le tabelle esplicative versate in giudizio che non assolverebbero ai requisiti richiesti per essere qualificate documenti informatici pienamente validi.

Le censure sono fondate nei sensi e nei limiti di seguito indicati.

5.1. Quanto all'eccepta illegittimità della legge di gara, come integrata con i chiarimenti resi dalla Stazione appaltante (in particolare, il chiarimento n. 14), in ragione delle carenze contenute nella stessa, deve essere condiviso quanto già ritenuto dal Consiglio di Stato, Terza Sezione, nella sentenza n. 5708 del 28 settembre 2020 – il quale ha deciso in via definitiva il gravame proposto da altra ricorrente avverso il bando di cui all'appalto *de quo* – nel senso che i predetti chiarimenti «*non hanno distorto la procedura di gara ingenerando una lesione nella sfera giuridica dei concorrenti* [poiché la conseguente] *proroga è stata resa conoscibile ed in ogni caso era stato fatto obbligo ai concorrenti, dalla lex specialis di gara, di prendere visione del sito istituzionale della stazione appaltante per verificare eventuali pubblicazioni di chiarimenti. Ne consegue l'infondatezza del motivo dedotto avverso i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante e comunque l'inammissibilità, non avendo inibito la presentazione della domanda di partecipazione alla gara*». Conseguentemente il bando, come integrato con i chiarimenti, consentiva la formulazione dell'offerta ai partecipanti e quindi tutte le ulteriori attività sarebbero state legittimamente demandate alla Commissione giudicatrice, quale organo deputato dall'azienda sanitaria resistente alla valutazione e alla selezione delle offerte. Tra le attività riservate alla Commissione giudicatrice deve essere certamente ricompresa anche la specificazione dei criteri di applicazione riferiti alla metodologia del confronto a coppie, poiché la stazione appaltante «*non è tenuta a portare a conoscenza dei potenziali offerenti, nel bando di gara o nel capitolato d'onere relativi all'appalto in questione, il metodo di valutazione da essa applicato al fine di valutare e di classificare concretamente le offerte* [se lo stesso non produce] *l'effetto di modificare i criteri di attribuzione e la loro ponderazione relativa*» (cfr. C.G.U.E., Sez. IV, 14 luglio 2016, C-6/2015; Consiglio di Stato, Sez. V, 18 giugno 2018, n. 3737; cfr. anche T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 10 gennaio 2018, n. 154, secondo il quale «*può [...] ritenersi ammesso che la medesima Commissione fissi la metodologia di attribuzione dei punteggi, per rendere più trasparente il proprio apprezzamento, a garanzia della par condicio dei concorrenti*»). In ogni caso, anche a voler ritenere che una tale specificazione sia preclusa alla Commissione, comunque la relativa contestazione non può che essere effettuata all'esito delle operazioni di gara, allorquando emerge la (eventuale) concreta lesione in capo alla parte della mancata previsione *ex ante* dei predetti criteri (cfr. Consiglio di Stato, V, 8 gennaio 2019, n. 173). Nella specie, non essendo emersa una diretta

correlazione tra la mancata specificazione dei criteri di applicazione della metodologia del confronto a coppie e la lesione subita dalla ricorrente, stante la presenza di vizi più radicali, non si può accogliere la parte della censura oggetto di scrutinio, assumendo a tal fine rilevanza anche quanto verrà specificato nel prosieguo.

5.2. Venendo all'esame della restante parte della doglianza, va evidenziato che secondo il *considerandum* n. 1 (primo periodo) della Direttiva 2014/24/UE, “*l’aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza*”. Tra i principi informativi della normativa eurounitaria in materia vi è, quindi, il principio di trasparenza che trova plurime declinazioni e molteplici momenti di attuazione nella procedura di aggiudicazione (nonché di esecuzione: cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10) dell'affidamento di appalti e di concessioni. Lo conferma il successivo *considerandum* n. 90, punto 3, primo periodo, secondo cui “*al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento in sede di aggiudicazione degli appalti, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere obbligate ad assicurare la trasparenza necessaria per consentire a qualsiasi offerente di essere ragionevolmente informato dei criteri e delle modalità che saranno applicati nella decisione di aggiudicazione dell’appalto. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero pertanto essere obbligate a indicare i criteri di aggiudicazione dell’appalto nonché la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di tali criteri*”. Inoltre, “*la tracciabilità e la trasparenza del processo decisionale nelle procedure di appalto è [considerato aspetto] essenziale per garantire procedure leali nonché combattere efficacemente la corruzione e le frodi*” (*considerandum* n. 126, primo periodo).

Il richiamo al principio di trasparenza non si esaurisce nell'ambito dei *consideranda* – che sebbene privi di valenza prescrittiva, assumono comunque rilevanza interpretativa, anche ai sensi dell'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati – ma è collocato tra i principi regolatori della materia dalla disposizione di cui all'art. 76, par. 1, primo periodo, della Direttiva, secondo cui “*gli Stati membri introducono norme a livello nazionale per l’aggiudicazione degli appalti ai sensi delle disposizioni del presente capo, al fine di garantire il pieno rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici da parte delle amministrazioni aggiudicatrici*”, e nella normativa interna contenuta nel d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr., in particolare, artt. 28 e 30 del Codice).

Come rilevato in precedenza il principio di trasparenza rinviene molteplici momenti applicativi nell'ambito delle procedure di gara. Tra questi vi sono, certamente, le fasi di verifica delle offerte e di attribuzione dei punteggi che costituiscono snodi essenziali del confronto competitivo tra i vari operatori economici.

5.3. Operata tale premessa di carattere generale, occorre procedere a verificare la legittimità delle operazioni di attribuzione dei punteggi con metodo discrezionale (art. 19.1 del Disciplinare di gara). L'art. 20 del disciplinare prevede, infatti, che *«ciascuno degli elementi qualitativi a cui è assegnato un punteggio Discrezionale indicato con la lettera "D" nella colonna della tabella, sarà valutato con il metodo del confronto a coppie secondo le disposizioni di cui all'art. 95 comma 9 del d.lgs. 50/16 s.m.»*. Con il chiarimento n. 14, la Stazione appaltante ha indicato il meccanismo del confronto a coppie, precisando che l'attribuzione dei punteggi sarebbe avvenuta mediante l'utilizzo di una tabella triangolare, ove con le lettere "A, B, C, D, E, F, N" sarebbero state rappresentate le offerte, elemento per elemento, di ogni concorrente. La tabella conteneva un numero di tabelle pari alle possibili combinazioni tra le offerte prese a due a due. Ogni commissario avrebbe dovuto valutare quale dei due elementi della coppia sarebbe stato da preferire. Inoltre, i punteggi risultavano articolati su una scala da 1 a 6 a seconda dell'indice di preferenza. In ogni casella era poi inserita la lettera corrispondente all'elemento preferito con il relativo grado.

Il chiarimento ha riportato, quindi, lo schema ed il funzionamento della tabella triangolare ma non ha indicato, tuttavia, il criterio mediante il quale si sarebbe dovuto procedere all'attribuzione dei punteggi. Sul punto, possono utilmente richiamarsi le Linee guida A.N.A.C. n. 424/2018, punti V1 e V2, ove si indicano le diverse metodologie utilizzabili: *«al termine dei confronti si attribuiscono i punteggi sulla base di uno dei due criteri: 1. si trasforma, per ciascun commissario, la somma dei coefficienti attribuiti mediante il "confronto a coppie", in coefficienti variabili tra zero e uno e si calcola la media dei coefficienti di ciascun commissario attribuendo uno al concorrente che ha ottenuto il coefficiente medio più alto e agli altri concorrenti un punteggio conseguentemente proporzionale al coefficiente raggiunto; 2. si trasforma la somma dei coefficienti attribuiti dai singoli commissari mediante il "confronto a coppie" in coefficienti variabili tra zero ed uno; In alternativa si calcola la media dei coefficienti, variabili tra zero ed uno, calcolati dai singoli commissari mediante il "confronto a coppie", seguendo il criterio fondato sul calcolo dell'autovettore principale della matrice completa dei confronti a coppie, modificando opportunamente la matrice sopra riportata, eventualmente utilizzando valori intermedi tra il punteggio 1 (parità) e il punteggio 2 (preferenza minima) della scala semantica, come suggerito da Saaty nell'utilizzo del metodo Analytic Hierarchy Process (AHP), per tener conto di offerte che*

differiscono poco dal punto di vista qualitativo. Tale metodo consente il calcolo di un indice di coerenza attraverso il quale valutare la qualità dei punteggi attribuiti a ciascun criterio e risulta perciò preferibile».

Nella specie, difetta, quindi, una preventiva indicazione del criterio da utilizzarsi per lo svolgimento del confronto a coppie, sebbene, secondo l'Azienda resistente, tale aspetto non potrebbe ritenersi decisivo, trattandosi dell'effettuazione di una mera operazione matematica. Osserva, tuttavia, il Collegio come tale operazione matematica dipenda dalla scelta del criterio utilizzato per compiere tale confronto e che lo stesso varia a seconda che lo stesso sia la sommatoria di differenti coefficienti o, al contrario, si basi su un valore medio o, ancora, si ricorra ad un meccanismo affidato alla mera discrezionalità dei singoli Commissari.

Né, del resto, le concrete operazioni svolte dalla Commissione offrono elementi certi ed inconfutabili in ordine al percorso seguito nell'attribuzione dei punteggi. Infatti, le valutazioni riportano l'assegnazione di un numero compreso tra il minimo e il massimo dei punteggi assegnabili, senza alcuna ulteriore indicazione motivazionale o che possa illustrare l'iter logico seguito. Tale opacità emerge con ogni evidenza dalle attività di verbalizzazione svolte, che non consentono una sicura verifica della conformità delle stesse alle regole operanti in materia. Come ricordato dal Consiglio di Stato, *«allorquando la valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta debba compiersi col metodo del confronto a coppie, l'utilizzo della tabella triangolare di cui all'allegato "G" del D.P.R. n. 207 del 2010 diviene essenziale, in quanto costituisce l'unica modalità per verificare, ex post, che i punteggi assegnati siano stati attribuiti conformemente all'esito dei vari confronti a due a due e che i diversi elementi qualitativi siano stati valutati nel rispetto dei principi della logica comparativa e di quelli di coerenza e non contraddizione (Cons. giust. amm., sez. giurisd., 5 luglio 2016, n. 193). Non è, dunque, sufficiente che nel verbale di gara si dia atto che il confronto a coppie è avvenuto, occorrendo, invece, che la detta tabella sia in esso rappresentata, ovvero che sia al medesimo formalmente allegata, atteso che il verbale della commissione di gara, al pari di quello della commissione di concorso o della commissione elettorale, costituisce l'esclusivo strumento di documentazione delle operazioni svolte dall'organo collegiale. La verbalizzazione rappresenta, infatti, la forma necessaria di tutti gli atti della Commissione, i quali in mancanza, non potrebbero dirsi giuridicamente esistenti (Cons. Stato, V, 16 giugno 2005, n. 3166). Il che esclude che la mancata allegazione al verbale delle tabelle in parola possa costituire, così come ritenuto dal Tribunale amministrativo una mera irregolarità, superabile attraverso istanza di accesso»* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 24 maggio 2017, n. 2445).

Le tabelle triangolari che documentano il confronto a coppie costituiscono, quindi, la motivazione delle valutazioni tecniche operate dalla Commissione giudicatrice. È, pertanto, essenziale per il rispetto dei già richiamati principi di trasparenza e di *par condicio* che vi sia una puntuale indicazione di come il confronto si sia concretamente svolto, così da consentire una verifica *ex post* della legittimità dell'operato della Commissione. E ciò, *a fortiori*, al fine di definire il metodo per passare dal coefficiente individuale di ciascun Commissario a quello collegiale della Commissione giudicatrice.

Nel caso di specie, al contrario, il verbale conclusivo delle operazioni e l'annessa tabella non operano alcun riferimento al confronto a coppie effettivamente svolto e all'operazione di transizione dai punteggi dei singoli Commissari ai punteggi dell'intera Commissione.

5.4. Né può ritenersi che un valido "surrogato" dell'attività di verbalizzazione possa essere offerto dalle tabelle excel depositate nel corso del giudizio che, secondo la tesi dell'Azienda sanitaria resistente, evidenzerebbero il concreto svolgimento delle operazioni di confronto. Invero si tratta di tabelle prive di data certa, di firma e degli ulteriori requisiti richiesti per i documenti informatici al fine di assicurare loro la forma scritta e l'efficacia ai sensi dell'art. 2702 cod. civ., nonché di atti privi delle caratteristiche di immodificabilità e di integrità. Secondo l'Azienda, tuttavia, l'inserimento della tabella nel verbale riassuntivo determinerebbe una "cristallizzazione" del foglio di calcolo, che diverrebbe così immodificabile. Tale affermazione è, però, smentita dalla circostanza che, nel corso del giudizio, sono state prodotte diverse tabelle con fogli di calcolo che conducono ad esiti differenziati. Del resto, come osservato dalla ricorrente, lo stesso R.U.P. ha affermato che alcuni dei fogli excel contengono degli errori di calcolo e, per tale ragione, sono successivamente emendati.

5.5. I deficit nell'attività di redazione dei verbali e, in generale, di ricostruzione delle operazioni di gara determinano, quindi, l'illegittimità degli atti assunti nel sub-procedimento di valutazione delle offerte e, di conseguenza, del provvedimento di aggiudicazione, a prescindere dalla proposizione di una querela di falso avverso i predetti verbali e/o allegati.

5.6. Né un diverso esito può affermarsi facendo riferimento alla giurisprudenza indicata dall'Azienda resistente che ricorda come "*una verbalizzazione analitica delle operazioni compiute non è richiesta dalla legge*" e che, conseguentemente, "*chi contesta la legittimità degli atti della procedura stessa non può limitarsi a dedurre in proposito solo la mancata menzione a verbale della regolarità delle operazioni in ogni loro singolo passaggio, ma ha l'onere di provare in positivo le circostanze e gli elementi idonei a far presumere che una qualche irregolarità abbia avuto luogo con pregiudizio nei suoi confronti*" (Consiglio di Stato, VI, 7 maggio 2018, n. 2704; T.A.R.

Campania, Napoli, IV, 9 settembre 2019, n. 4464). Nel caso di specie, non si tratta della mancanza di una verbalizzazione analitica ma, al contrario, di modalità di espletamento della procedura di valutazione che non possono ritenersi né affidabili, né trasparenti, non consentendo in alcun modo di verificare la legittimità e la congruità dell'iter logico-giuridico seguito. Le irregolarità che, secondo l'Azienda resistente, non sarebbero provate emergono, al contrario, in modo palese dalla documentazione versata in atti. Né può accedersi alla tesi dell'Azienda che chiede di disporre una verifica per valutare l'integrità della documentazione informatica. Infatti, l'affidabilità e la correttezza delle operazioni di valutazione delle offerte devono emergere dalla documentazione afferente alla procedura a tutela di quel principio di trasparenza diffusamente invocato nella presente sentenza e non possono essere rimesse ad una valutazione tecnica successiva, la cui richiesta risulta, invero, ulteriormente sintomatica delle carenze nell'attività di predisposizione, svolgimento e verbalizzazione puntuale delle operazioni di gara.

5.7. In definitiva, il motivo scrutinato, come integrato dai motivi aggiunti, deve essere accolto con il conseguente annullamento degli atti impugnati.

6. Ne discende l'assorbimento del quinto motivo di ricorso, attinente alla nomina della commissione giudicatrice, per difetto di interesse, in quanto le operazioni annullate – come appresso specificato – dovranno essere svolte da nuova commissione.

7. Deve invece essere rigettato il sesto motivo del ricorso introduttivo.

Con il motivo, la ricorrente lamenta che la gara, individuando un unico aggiudicatario, renderebbe impossibile per la gara in esame, concernente il servizio di fornitura di dispositivi protesici disciplinati dal D.P.C.M. 12 gennaio 2017, rispettare il criterio di appropriatezza terapeutica prescritto dall'art. 19 del D.P.C.M. medesimo. Nel dettaglio, l'art. 19 rinvia all'allegato 12 per "*Le modalità di erogazione dell'assistenza protesica e di individuazione degli erogatori*"; a sua volta, l'allegato 12 prevede all'art. 1, comma 1 che "*La procedura di erogazione dell'assistenza protesica si articola nelle seguenti fasi: formulazione del piano riabilitativo-assistenziale individuale, prescrizione, autorizzazione, erogazione, collaudo, follow up*" e al comma 3 che "*Il piano riabilitativo-assistenziale individuale deve riportare [...] d) la tipologia di dispositivo e gli adattamenti o le personalizzazioni eventualmente necessari*". Tale normativa, che sancisce il principio della prevalenza della prescrizione terapeutica, non sarebbe rispettata nella gara in esame poiché il rispetto del criterio, volto a soddisfare le specifiche richieste avanzate dal centro prescrittore, presupporrebbe invece l'individuazione di più aggiudicatari, a cui rivolgersi in base alle differenziate esigenze cliniche del paziente.

In tale prospettiva, Medicaire si richiama all'impiego del criterio di appropriatezza terapeutica in altra procedura, anch'essa avente ad oggetto il noleggio di apparecchiature per la ventiloterapia meccanica domiciliare, in forma di accordo quadro.

Tuttavia, come eccepito dalla difesa dell'amministrazione, non può essere effettuato un parallelismo tra le due gare, in quanto, al di là della formale denominazione delle stesse ("*ventiloterapia meccanica domiciliare*"), le due procedure hanno ad oggetto strumenti completamente diversi: mentre l'accordo quadro contempla il noleggio di apparecchi di ventilazione non invasiva, l'appalto in esame riguarda la fornitura di accessori (quali il saturimetro, il cardio-monitor, l'umidificatore, ecc.), ovvero strumenti di assistenza terapeutica (strumenti di assistenza meccanica alla tosse, di aspirazione delle secrezioni, e così via).

Dunque, per ritenere irragionevole l'affidamento delle prestazioni ad un unico operatore, la ricorrente non avrebbe dovuto limitarsi a richiamare la procedura volta alla stipulazione di un accordo quadro. Al di là della mera petizione di principio, difetta, nel caso di specie, un'effettiva dimostrazione delle ragioni per le quali i prodotti a base di gara presuppongano necessariamente l'approvvigionamento tramite un ampio ventaglio di operatori.

8. Una volta decretato l'annullamento, per le ragioni esposte al punto 5, della fase di gara attinente alla valutazione delle offerte, si impone di precisare termini e limiti derivanti dall'effetto conformativo della presente pronuncia.

L'annullamento disposto non travolge, infatti, l'intera procedura di gara, imponendone la riedizione *ab initio*, ma al contrario, può condividersi l'assunto dell'Azienda resistente secondo la quale la rinnovazione delle operazioni riguarda esclusivamente il procedimento di confronto competitivo e, quindi, la fase di valutazione delle offerte emendata dai vizi riscontrati dal Collegio. Tale limitazione trova, del resto, conferma nella giurisprudenza amministrativa citata dall'Azienda resistente (cfr. Consiglio di Stato, III, 15 novembre 2018, n. 6439; VI, 8 marzo 2012, n. 1332; 9 marzo 2011, n. 1488) e risponde al generale principio di conservazione degli atti giuridici.

Infatti, secondo parte della giurisprudenza – condivisa dal Collegio – il principio di segretezza e separazione va armonizzato con i principi della conservazione degli atti giuridici, nonché di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, ammettendosi di conseguenza la rinnovazione parziale degli atti di gara a partire da quello viziato, con l'adozione di apposite cautele, tra cui – in particolare – la nomina di una nuova Commissione, volte ad assicurare che la rivalutazione delle offerte sia svolta in condizioni di assoluta imparzialità e indipendenza (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 8 ottobre 2019, n. 6820; 15 novembre 2018, n. 6439; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 16 giugno 2020, nn. 2428 e 2429; cfr., ancora, Consiglio di Stato, Sez. III, 19 gennaio 2021, n. 574;

T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-*quater*, 4 novembre 2020, n. 11404). D'altra parte, la stessa Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, chiamata a esprimersi sulla tematica, sebbene rispetto al diverso caso dell'illegittima esclusione di una sola impresa concorrente, ha scalfito il dogma della non rinnovabilità parziale delle procedure di gara, statuendo che *“anche nel caso dell’offerta economicamente più vantaggiosa, in presenza del giudicato di annullamento dell’esclusione stessa sopravvenuto alla formazione della graduatoria, il rinnovo degli atti deve consistere nella sola valutazione dell’offerta illegittimamente pretermessa, da effettuarsi ad opera della medesima commissione preposta alla procedura”*. L'Adunanza plenaria giunge a tale conclusione sulla scorta, tra gli altri, del principio di conservazione degli atti giuridici nonché dell'osservazione per cui *“la riapertura della fase di presentazione delle offerte comporta essa stessa un’alterazione del canone della concorrenza, perché le nuove proposte sarebbero formulate da concorrenti che sono a conoscenza o che possono aver conosciuto almeno nei tratti essenziali le originarie offerte degli altri partecipanti alla gara”* (Consiglio di Stato, Ad. plen., 26 luglio 2012, n. 30).

Le considerazioni dell'Adunanza plenaria sono mutuabili anche nel caso di specie. Del resto, la giurisprudenza evidenzia che *«non può condividersi l’asserita assunta impossibilità di rinnovare parzialmente una gara in presenza di offerte già conosciute, senza che perciò non venga violato il principio di segretezza delle offerte economiche. La impossibilità di rinnovazione parziale dei giudizi anche a buste aperte non è prevista tassativamente dall’ordinamento e non costituisce un dogma assoluto, ma un valore che richiede pur sempre di essere posto in relazione e coordinato con gli altri beni tutelati aventi pari dignità ordinamentale sul piano giuridico, quali nella specie da un lato il principio di conservazione degli atti giuridici e di buona amministrazione, e dall’altro, il canone della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive. Inoltre depongono in tal senso anche i criteri di efficienza ed efficacia dell’azione amministrativa che verrebbero frustrati da un rinnovo integrale delle operazioni di gara, comportante un aggravio procedimentale per la dilatazione dei tempi per addivenire all’aggiudicazione. Nel caso concreto, quindi, la “par condicio” tra i medesimi concorrenti, quale vero valore protetto dal principio di segretezza dell’offerta economica, non verrebbe in ogni caso scalfita da un nuovo apprezzamento delle offerte già conosciute, a maggior ragione se quest’ultimo è compiuto da parte di una nuova commissione giudicatrice, come è avvenuto nel caso in esame, la quale non è a conoscenza del contenuto delle offerte precedentemente apprezzate da un diverso seggio concorsuale»* (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 16 giugno 2020, nn. 2428 e 2429; anche, Consiglio di Stato, Sez. III, 19 gennaio 2021, n. 574).

9. In ragione di quanto esposto, in fase di esecuzione della presente pronuncia si dovrà provvedere, previa fissazione della metodologia riguardante il concreto svolgimento del confronto a coppie, alla sola rivalutazione dei punteggi ad opera di una Commissione in diversa composizione, appositamente nominata da parte dell'Azienda resistente.

10. Come già precisato, l'annullamento delle operazioni di valutazione, con il conseguente obbligo di procedere a rinnovazione mediante una nuova Commissione, consente di assorbire l'esame degli ulteriori motivi di ricorso. Ciò vale, in particolare, per il vizio di illegittimità del provvedimento di nomina della Commissione. Si tratta, infatti, di motivo rispetto al quale la ricorrente non ha alcun interesse allo scrutinio delle relative censure atteso che le operazioni di valutazione dovranno essere ripetute da una nuova Commissione.

Per le medesime ragioni può assorbirsi l'esame del motivo con cui si deduce la carenza di una valutazione indipendente ed autonoma da parte di ciascun commissario anche in considerazione della ricorrenza costante di giudizi valutativi. L'obbligo di rinnovazione delle valutazioni da parte di una nuova Commissione rende, infatti, superflua la verifica di legittimità di quanto comunque annullato in accoglimento dei motivi già esaminati.

In ultimo, resto assorbito il motivo con il quale la società ricorrente deduce l'illegittimità della procedura per assenza del progetto previsto dall'art. 23, co. 15, del d.lgs. n. 50/2016. Si tratta, infatti, di motivo posto in ordine di subordinazione rispetto ai precedenti: opera, quindi, il principio affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato secondo cui: *“la graduazione impedisce, pertanto, al giudice di passare all'esame dei vizi – motivi subordinati perché tale volizione equivale ad una dichiarazione di carenza di interesse alla loro coltivazione una volta accolta una o più delle preminenti doglianze”* (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 27.5.2015, n. 5).

11. Permane da esaminare la questione relativa alle sorti del contratto stipulato dopo l'aggiudicazione con l'operatore economico collocato al primo posto della graduatoria.

Preliminarmente, va disattesa la richiesta, formulata dalla società ricorrente nelle memorie del 1 dicembre 2020 e del 2 aprile 2021, di declaratoria di inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 121, comma 1, lett. c, c.p.a. per anticipata sottoscrizione dello stesso (avvenuta in data 1 novembre 2020), in assenza del rispetto del decorso dei termini dilatori di cui all'art. 32, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 (almeno trentacinque giorni tra la comunicazione dell'aggiudicazione della gara, avvenuta il 20 ottobre 2020, e la stipula del relativo contratto), poiché nella specie nessuna influenza rilevante risulta essersi prodotta in ordine alle sue possibilità di ottenere l'affidamento, come di seguito viene specificato.

Al fine di pervenire ad una soluzione in grado di contemperare tutti gli interessi in conflitto bisogna prendere le mosse dalla previsione di cui all'art. 122 c.p.a., a mente della quale *“fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta”*.

I criteri indicati dalla previsione legale trovano peculiare applicazione nel caso di specie, in considerazione dei vari aspetti della vicenda contenziosa di seguito esposti.

In primo luogo, si nota come l'annullamento dell'aggiudicazione disposta dal Collegio non comporta, come visto, l'obbligo di rinnovazione dell'intera gara ma della sola fase di valutazione delle offerte. All'esito della rinnovazione di tali operazioni la Stazione appaltante individuerà, pertanto, il nuovo operatore a cui aggiudicare l'affidamento che potrebbe, in ipotesi, coincidere con la stessa Società individuata nel provvedimento di aggiudicazione annullato e che, allo stato, sta eseguendo la fornitura. In tale situazione, la declaratoria di immediata inefficacia del contratto rischierebbe di determinare evidenti ripercussioni negative sulla fornitura in corso, pregiudicando gli interessi degli stessi utenti fruitori dei dispositivi medici oggetto della gara. Un pregiudizio particolarmente rilevante ove si consideri che si tratta di beni indispensabili anche al contenimento dell'emergenza epidemiologica da *“Covid-19”* in atto, come evidenziato già nell'ordinanza cautelare emessa dalla Sezione.

Valutando, pertanto, i vari interessi coinvolti – come espressamente richiesto dalla previsione di cui all'art. 122 c.p.a. – il Collegio ritiene di poter differire la declaratoria di inefficacia del contratto al termine della rinnovazione delle operazioni valutative imposte dall'effetto conformativo della sentenza, fissando, altresì, un termine per l'espletamento di tali incombenze al fine di non vanificare l'effettiva tutela della parte risultata vittoriosa. Tenendo conto delle attività da svolgere, della tempistica che il sub-procedimento ha occupato nell'originaria procedura e della necessità di tutelare la posizione della ricorrente vittoriosa, si ritiene di fissare il termine di novanta giorni dalla pubblicazione della presente decisione, entro il quale la nuova Commissione dovrà procedere alla rinnovazione della valutazione delle offerte.

Individuato il segmento temporale della rinnovazione, il Collegio ritiene di poter ragionevolmente stimare lo stato di esecuzione del contratto e la possibilità di subentrare nel contratto come tali da non precludere la declaratoria di inefficacia dello stesso nell'ipotesi in cui, all'esito delle nuove

operazioni di valutazione, si individui quale primo classificato un operatore economico diverso da quello indicato nel provvedimento di aggiudicazione annullato. Va, infatti, considerato che la gara ha ad oggetto la fornitura di beni ed è proprio tale oggetto a rendere ragionevole la possibilità di ritenere, comunque, attuabile il subentro del nuovo operatore che risultasse destinatario della nuova aggiudicazione. Diversamente da un appalto di lavori, infatti, una fornitura di beni e servizi come quella oggetto della procedura all'attenzione del Collegio consente una stima prognostica da effettuarsi sulla base della documentazione relativa alla procedura versata in atti.

Sulla possibilità per il giudice amministrativo di modulare gli effetti della dichiarazione di inefficacia di un contratto di appalto, si è espressa di recente anche la giurisprudenza, che ha ritenuto che la regolazione della decorrenza dell'inefficacia del contratto può essere decisa dal giudice con effetti costitutivi dell'assetto di interessi, ulteriori e non meramente dipendenti dall'annullamento, ai sensi dell'art. 122 c.p.a. (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 11 febbraio 2021, n. 1737). Ciò rappresenta una modalità idonea a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, in applicazione della previsione di cui all'art. 34 del c.p.a. – che consente, in via generale, di adottare le misure necessarie a tutelare le situazioni giuridiche dedotte in giudizio – letta in combinato disposto con la disposizione di cui al successivo art. 122, in quanto le stesse, non avendo un contenuto dissonante tra di loro, possono essere applicate in maniera armonica; quindi, rappresentando l'art. 122 c.p.a. un'ipotesi applicativa tipica dell'art. 34, ne risulta implementata anche la sua natura costitutiva.

La stessa Adunanza plenaria con la sentenza n. 13/2017, nel riconoscere in linea generale la possibilità di regolare gli effetti conformativi dell'accoglimento del ricorso, ha evidenziato, con riguardo alla materia degli appalti, che è *«altresì ammessa la possibilità per il giudice amministrativo di modellare nel caso concreto l'efficacia delle sentenza in materia di contratti pubblici (cfr. artt. 121 e 122 del Codice del processo amministrativo)»*.

Pertanto, *«una volta ammessa in linea di principio la possibilità per il giudice amministrativo di modulare l'efficacia della sentenza, nella speciale materia di contratti pubblici, caratterizzata dalla peculiare disciplina di cui agli artt. 121 e 122 del c.p.a., non può escludersi che tale facoltà includa, ex art. 34 lett. “e” del c.p.a., anche quella di disporre opportunamente circa la sorte del contratto, coordinandone l'inefficacia con l'obbligo di ripetizione del procedimento di gara (in tutti quei casi nei quali il giudizio non si concluda con una pronuncia di aggiudicazione o di subentro del ricorrente vittorioso), quando gli interessi dedotti in giudizio (come accade nel caso di specie), lo richiedano»* (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 11 febbraio 2021, n. 1737).

12. In conclusione, i ricorsi devono essere accolti nei sensi e con gli effetti specificati in precedenza.

13. Le spese seguono la soccombenza tra la ricorrente e l'Azienda sanitaria resistente e vengono liquidate in dispositivo, mentre possono compensarsi nei confronti della società controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sui ricorsi e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, accoglie il ricorso introduttivo e i ricorsi per motivi aggiunti nei sensi e con gli effetti specificati in motivazione. Dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna l'Azienda sanitaria resistente al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente Medicair Italia Srl nella misura di € 4.000,00 (quattromila/00), oltre spese e oneri generali; le compensa per il resto; dispone altresì la rifusione del contributo unificato in favore della ricorrente a carico dell'Azienda sanitaria resistente.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 10 giugno 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 25, comma 2, del decreto legge n. 137 del 2020 (conv. legge n. 176/2020), attraverso la piattaforma in uso presso la Giustizia amministrativa di cui all'Allegato 3 al decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 28 dicembre 2020, con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Lorenzo Cordi', Referendario

Laura Patelli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Laura Patelli

IL PRESIDENTE

Italo Caso

IL SEGRETARIO