

Ricorso principale vs ricorso incidentale: una questione senza fine

di Cristina Lenoci

Data di pubblicazione: 18-10-2016

Il principio di diritto enunciato dalla Corte di Giustizia, secondo cui non può essere dichiarato irricevibile, a causa del ricorso incidentale, il ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto, presuppone che ciascuna delle parti abbia un analogo e simmetrico interesse all'esclusione dell'offerta degli altri concorrenti. Se pertanto è da riconoscere che con la sentenza del 5 aprile la Corte di Giustizia ha precisato che il principio giurisprudenziale della sentenza "Fastweb" si applica anche se sono più di due i concorrenti e anche se i vizi che ciascuno deduce nei confronti degli altri non sono identici, per altro verso il massimo Consesso della giustizia comunitaria ha confermato che la "non pregiudizialità" del ricorso incidentale, rispetto al ricorso principale, presuppone che con quest'ultimo il ricorrente miri all'esclusione del concorrente che si è aggiudicato l'appalto e, quindi, miri all'aggiudicazione della gara.

GUIDA ALLA LETTURA

Il tema del rapporto tra il ricorso principale ed il ricorso incidentale, ancorché da lungo tempo serratamente dibattuto in ambito sia comunitario che interno, continua ad appassionare la giurisprudenza.

Il forte interesse che l'argomento ancora oggi suscita è testimoniato dalle numerose pronunce recentemente susseguitesi, formulanti teorie ed orientamenti spesso divergenti tra loro.

Sul punto si è espresso anche il TAR Palermo con la suesesa sentenza, la quale, come meglio si evidenzierà *infra*, si discosta non poco dai principi comunitari.

Per poter comprendere meglio la portata innovativa o meno della decisione del TAR Palermitano si ritiene opportuno ricordare brevissimamente le pronunce più significative sull'argomento.

La prima in ordine di tempo ad esprimersi sulla questione è stata l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 11/2008, che all'indomani della sua pubblicazione sembrava aver definitivamente arrestato la giurisprudenza nel senso per cui andava sempre e comunque

riconosciuta la priorità logico-giuridica al ricorso incidentale escludente rispetto a quello principale, in quanto l'eventuale accoglimento del primo avrebbe determinato la paralisi del secondo mediante la pronuncia di inammissibilità di quest'ultimo per difetto di legittimazione o di interesse all'azione. Ciò, fatta salva l'ipotesi in cui a contendersi la commessa fossero i due soli concorrenti partecipanti alla gara ed uno di loro ambisse ad ottenere l'annullamento della procedura. In tal caso, in base alla suindicata decisione n. 11/2008, anche a fronte della fondatezza del ricorso incidentale, residuerebbe sempre e comunque l'interesse strumentale a coltivare quello principale.

Questa conclusione, tuttavia, non ha suscitato ampi consensi.

Lo stesso Consiglio di Stato ha sollecitato la Plenaria a rivedere la propria posizione, in quanto a causa del suo eccessivo rigore avrebbe rischiato di originare una litigiosità esasperata, di sacrificare ingiustamente l'interesse primario dell'aggiudicatario dell'appalto e di nullificare l'interesse generale alla realizzazione dell'intervento.

Si è così giunti alla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 4/2011, la quale ha completamente ribaltato la posizione presa con la precedente sentenza n. 11/2008.

La pronuncia n. 4/2011 ha stabilito che il ricorso incidentale deve essere esaminato prioritariamente in ogni caso (salva l'ipotesi di manifeste infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità del ricorso principale), e ciò indipendentemente dal numero di concorrenti, dal tipo di vizio dedotto, dalle richieste formulate dalla parte resistente.

Neppure tale soluzione ha tuttavia posto fine alla "disputa" sulla priorità logico-giuridica o meno del ricorso incidentale rispetto a quello principale: sul punto si rinvia, tra le tante, alla sentenza della Corte di Cassazione, SS.UU. n. 1029/2012, all'Ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia Europea del TAR Piemonte, n. 208/2012.

La questione è quindi passata al vaglio del Giudice comunitario, il quale ha cercato di dipanarla con la sentenza 4 luglio 2013, C. 100/12, meglio nota come sentenza "Fastweb", che però a ben vedere ha avuto l'effetto di rendere il tema ancora più intricato.

Secondo la Corte Europea, in presenza di gara a due, il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare.

D'immediata intuizione è l'impatto che tale pronuncia ha avuto sulla giurisprudenza interna, ponendosi la stessa in direzione completamente antitetica rispetto ai principi sanciti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 4/2011.

Al fine, quindi, di rimediare al *bailamme* venutosi a creare, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto opportuno sollecitare la Plenaria a pronunciarsi sul tema ancora una volta (cfr. C.d.S.,

sez. V, Ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria n. 2059/2013; C.d.S., sez. VI, Ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria n. 4023/2013).

La Plenaria si è dunque nuovamente espressa sulla questione con la decisione n. 7/2014, che in realtà non ha smentito, anzi ha ribadito il principio di diritto affermato con la precedente sentenza n. 4/2011, chiarendone la portata applicativa.

Segnatamente, con la pronuncia n. 7/2014 è stato stabilito che il ricorso incidentale va esaminato in via pregiudiziale solo laddove eccepisca la carenza di legittimazione del ricorrente principale attraverso censure sulla violazione dei doveri e degli obblighi sanzionati dalla legge di gara con la comminatoria dell'esclusione. Detta "pregiudizialità" non sussisterebbe, invece, nel caso in cui lo stesso ricorrente incidentale censuri la illegittimità delle operazioni di valutazione dell'offerta del ricorrente principale.

Anche tale pronuncia non si è rivelata esaustiva, tant'è che esattamente un mese dopo la Plenaria è ritornata sul tema con la sentenza n. 9/2014, con cui ha cercato di meglio circoscrivere i casi di incidentale escludente avente priorità logico-giuridica rispetto al ricorso incidentale.

L'aspetto indubbiamente più interessante della suindicata decisione consiste nella elaborazione del principio per cui nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure ad evidenza pubblica sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale estromesso dalla gara a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale ad impugnare l'aggiudicazione del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le uniche offerte siano affette da vizio afferente al medesimo segmento procedimentale.

Così pronunciandosi il Consiglio di Stato non solo ha ridimensionato i principi sanciti dal Giudice comunitario con la sentenza "*Fastweb*", ma di fatto ha ripreso l'indirizzo espresso con la pregressa sentenza della Plenaria n. 11/2008.

Il ritorno al passato operato dal Supremo Organo di Giustizia Amministrativa ha ovviamente destato forti perplessità.

In disparte il dubbio della compatibilità del principio innanzi espresso con quelli stabiliti dalla direttiva ricorsi, la regola giurisprudenziale incentrata sui "vizi afferenti alla stessa fase di gara" è sin da subito risultata di difficile applicazione.

Tant'è vero che la questione è stata nuovamente posta all'attenzione della Corte di Giustizia Europea, la quale, con la sentenza del 5 aprile 2016, C-689/2013 ha ripreso i principi della precedente sentenza "*Fastweb*" cercando di renderli più chiari.

Con detta ultima decisione, il Giudice comunitario ha rilevato che l'art. 1 della direttiva ricorsi osta affinché un ricorso proposto da un concorrente per escludere l'antagonista, onde ottenere la commessa, sia dichiarato inammissibile e/o improcedibile in applicazioni di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale.

Ad avviso della Corte di Giustizia l'obbligo di procedere all'esame incrociato non ha carattere eccezionale e non sussiste solo nel caso in cui siano state ammesse soltanto due offerte, poiché il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione è irrilevante ai fini dell'applicazione del principio di accessibilità e di effettività del ricorso sancito dalla direttiva ricorsi.

Continuando nel "botta e risposta", la giurisprudenza amministrativa nazionale non ha tardato a dire di nuova la sua producendo una "raffica" di pronunce, di cui la sentenza n. 22446/2016 del TAR Palermo è la più recente.

Con quest'ultima decisione, il TAR Palermitano ha dichiarato di non voler prendere le distanze dalla Corte di Giustizia Europea, ma molto più semplicemente di voler porre la questione del rapporto tra ricorso incidentale e quello principale in una prospettiva non considerata dal Giudice comunitario.

Evidenziando che nella fattispecie decisa dalla sentenza del 5 aprile 2016, C-689/2013 il ricorrente principale aveva agito per ottenere l'esclusione dell'aggiudicatario e di conseguenza per ottenere la commessa, mentre invece nel caso alla sua attenzione il ricorrente aveva agito per ottenere l'annullamento della gara, il TAR ha ritenuto che la menzionata decisione comunitaria non potesse trovare applicazione e che pertanto dovesse riconoscersi la priorità logico-giuridica al ricorso incidentale, che però di fatto non ha esaminato per primo stante la manifesta infondatezza dell'azione principale.

Quella offerta dal TAR Palermitano appare, per vero, un'interpretazione eccessivamente riduttiva del principio comunitario da ultimo espresso, che invero a ben vedere non ammette eccezioni di sorta.

Anche sul piano dell'opportunità la decisione in esame desta qualche perplessità, in quanto il principio dalla medesima espresso sul piano squisitamente pratico avrebbe l'effetto paradossale per cui un ricorrente che ha ragione di dolersi della illegittimità di una procedura di gara si vedrebbe scavalcato dal ricorrente incidentale che, "se gioca bene le sue carte", potrebbe mantenere la sua aggiudicazione ancorché frutto di una selezione *contra ius*.

Sarebbe quindi opportuno che la giurisprudenza amministrativa si concentrasse meglio su questo profilo, onde garantire all'interesse strumentale quel minimo di tutela che gli va riconosciuta, in quanto da sempre riconosciuto dall'Ordinamento interno come condizione dell'azione.

REPUBBLICA ITALIANA

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 2829 del 2015, proposto da:

Air Liquide Sanita' Service S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Roberto Santucci C.F. SNTRRT70C09Z112B, con domicilio eletto presso Graziella Gasbarro in Palermo, Via Nunzio Morello n. 40;

contro

Azienda Sanitaria Provinciale di Agrigento, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Salvatore Palillo C.F. PLLSVT61D06A089D, con domicilio eletto presso Ciro Marcello Anania in Palermo, Via Valdemone n. 31;

nei confronti di

Rivoira Pharma S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Zanetti C.F. ZNTNDR69C12A944A, con domicilio eletto presso Mario Giudice in Palermo, piazza Sturzo n. 4;

Sapio Life S.r.l. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- della deliberazione dell'A.S.P. Agrigento n. 1099 del 9 luglio 2015, comunicata ad Air Liquide il 14 agosto 2015, nella parte in cui ha aggiudicato i lotti 1 e 3 della "Procedura aperta per l'affidamento della fornitura in tre lotti dei gas medicinali F. U. in A.I.C. e tecnici, nonché di azoto liquido D.M., compresa la riqualificazione e messa a norma, la manutenzione della camera iperbarica, la gestione e manutenzione degli impianti di stoccaggio/decompressione e distribuzione gas medicinali dei presidi ospedalieri sanitari e tecnici dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Agrigento";

- del Bando di gara, del Disciplinare di Gara del Capitolato Speciale d'Appalto e dei verbali di gara del 28 gennaio 2014, del 30 gennaio 2014 e del 16 aprile 2015;

- delle delibere n. 306 del 21 marzo 2014 e n. 471 dei 21 ottobre 2014 con le quali è stata nominata la Commissione tecnica;

- dei verbali di riunione della Commissione tecnica n. 1 del 4 novembre 2014, n. 2 dell'11 novembre 2014, n. 3 del 13 novembre 2014, n. 4 del 20 gennaio 2015, n. 5 del 27 gennaio 2015, n. 6 del 20 marzo 2015, n. 7 del 30 marzo 2015 e n. 8 del 10 aprile 2015;

- di ogni altro atto presupposto, coevo e conseguente anche sconosciuto;

e per la declaratoria d'inefficacia dei contratti eventualmente sottoscritti nelle more del giudizio.

Con riserva espressa di agire entro i termini concessi dall'art. 30, comma 5, D.Lgs. 104/2010 per il risarcimento dei danni subiti in conseguenza dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Agrigento e della controinteressata Rivoira Pharma S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata;

Vista l'ordinanza n. 1134 del 06-11/2015 sulla domanda cautelare;

Vista l'ordinanza n. 581 del 15/01/2016 sulla domanda di accesso ai documenti amministrativi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 maggio 2016 il dott. Roberto Valenti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso introduttivo parte ricorrente premette di aver partecipato, limitatamente ai lotti nn. 1 e 3, alla gara indetta dall'A.S.P. di Agrigento (con bando pubblicato sulla G.U.U.E. del 16/11/2013) per: i) la fornitura in tre lotti di gas medicinali, tecnici e azoto liquido; ii) la riqualificazione, messa a norma e manutenzione della camera iperbarica; iii) la gestione e manutenzione degli impianti di stoccaggio/decompressione e distribuzione gas medicinali ed altro.

Con il presente ricorso ha impugnato i provvedimenti in epigrafe indicati, chiedendone l'annullamento previa sospensione degli effetti, avendo interesse all'annullamento dell'intera procedura di gara, sempre in relazione ai lotti nn. 1 e 3.

Con la prima censura Air Liquide Sanità Service S.p.A. (d'ora innanzi, per brevità, Air Liquide) contesta il criterio di aggiudicazione individuato dalla lex specialis nel prezzo più basso: ad avviso di parte, ai sensi dell'art. 81 codice appalti, le stazioni appaltanti sono tenute ad individuare il criterio più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto e, nel caso in esame, avendo riguardo alle specificità dell'oggetto dell'appalto, il predetto criterio di aggiudicazione non risulterebbe il più consono alla selezione della migliore offerta.

Con la seconda censura Air Liquide lamenta l'illegittimità della nomina della Commissione tecnica (nominata con delibere n. 306 del 21/03/2014 e n. 471 del 21/10/2014), siccome non prevista dal bando, che avrebbe svolto attività di valutazione della conformità delle offerte pervenute.

Con terza censura Air Liquide contesta l'incompatibilità di alcuni membri della predetta Commissione tecnica.

Con la quarta ed ultima censura si lamenta l'eccessiva durata della procedura di gara.

Resistono l'Amministrazione intimata e la controinteressata.

Con ricorso incidentale (notificato il 19/10/2015 e depositato il successivo 22/10/2015) la controinteressata Rivoira Pharma S.R.L. (d'ora innanzi Rivoira) ha impugnato gli atti di gara nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla gara della ricorrente principale Air Liquide che, invece, andava estromessa dalla gara (anche in considerazione dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze n. 21/2012 e n. 16/2014) stante le mancate dichiarazioni sia dell'avvenuta incorporazione, ad ottobre 2013, della Società Crioaltec s.c.a.r.l., sia dell'insussistenza di cause di esclusione (ex art. 38 co.1 lett.c D.Lgs. 163/06) relativamente agli amministratori della incorporata Crioaltec s.c.r.a.l.

Con ordinanza n. 1134 del 5/11/2015 la domanda cautelare articolata con il ricorso introduttivo è stata rigettata.

Con successiva ordinanza n. 581/2016 è stata dichiarata l'inammissibilità della domanda di accesso ex art. 116 c.p.a. formulata in corso di giudizio.

In prossimità della pubblica udienza di trattazione le parti hanno articolato memorie insistendo nelle rispettive conclusioni.

Segnatamente parte ricorrente ha richiamato, anche ai fini della delibazione sul ricorso incidentale prospettato come escludente incoato dalla controinteressata, la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia del 5 aprile 2016: ad avviso della ricorrente, con detta ultima sentenza la Corte di Giustizia, chiamata nuovamente pronunciarsi sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, sembra voler superare la precedente posizione assunta nella sentenza “Fastweb”, i cui principi erano stati recepiti dalla sentenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 9/2014. In relazione alla prima censura, con la stessa memoria conclusiva parte ricorrente ha invocato la recente giurisprudenza amministrativa in ordine alla congruità o meno del criterio di aggiudicazione secondo il prezzo più basso.

Parte resistente ha replicato con memoria del 28/04/2016.

Air Liquide ha replicato alla memoria conclusiva di controparte in data 29/04/2016.

Alla pubblica udienza del 12 maggio 2016 il ricorso è stato tratto in decisione.

Preliminarmente, quanto alla refluenza sul presente giudizio del recente arresto giurisprudenziale della corte di Giustizia, invocato dalla ricorrente Air Liquide, il Collegio ritiene di poter condividere le differenti argomentazioni prospettate dalla resistente Rivoriva.

Ed invero, il principio di diritto enunciato dalla Corte di Giustizia (cfr. par. 30), secondo cui non può essere dichiarato irricevibile, a causa del ricorso incidentale, il ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto, presuppone –appunto- che ciascuna delle parti abbia un analogo e simmetrico interesse all’esclusione dell’offerta degli altri concorrenti (cfr. par. 28).

Se pertanto è da riconoscere che con la sentenza del 5 aprile u.s. la Corte di Giustizia ha precisato che il principio giurisprudenziale della sentenza “Fastweb” si applica anche se sono più di due i concorrenti e anche se i vizi che ciascuno deduce nei confronti degli altri non sono identici, per altro verso può convenirsi con la parte resistente che il massimo consenso della giustizia comunitaria ha confermato che la “non pregiudizialità” del ricorso incidentale, rispetto al ricorso principale, presuppone *che con quest’ultimo il ricorrente miri all’esclusione del concorrente che si è aggiudicato l’appalto e, quindi, miri all’aggiudicazione della gara.*

Ciò trova conferma anche nel rilievo che in quella vicenda da cui è scaturito il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, il ricorrente principale agiva proprio la fine di far valere l’interesse pretensivo all’aggiudicazione dell’appalto, mirando all’esclusione dell’aggiudicatario.

Nel caso di specie, diversamente, Air Liquide non agisce al fine di far accertare l’illegittimità dell’aggiudicazione della controinteressata Rivoira, né deduce cause di esclusione di quest’ultima, né mira a sua volta all’aggiudicazione dei lotti in parola: diversamente

l'interesse a ricorrere è unicamente individuabile in quello strumentale all'annullamento integrale, in parte qua, della gara e alla sua nuova indizione.

Per dette sostanziali differenze, il Collegio reputa che il principio sancito dalla corte di Giustizia, con la mentovata pronuncia del 5 aprile 2016, non possa trovare applicazione nella presente controversia.

Ciò non di meno, pur palesandosi profili di fondatezza del ricorso incidentale proposto dalla Rivoira, può procedersi alla preventiva disamina del ricorso introduttivo stante l'infondatezza dello stesso per le considerazioni di cui dappresso.

L'Air Liquide è impresa che ha garantito il servizio nel precedente e mantenuto in regime di proroga dall'8 agosto 2013: rispetto ai lotti 1 e 3 della nuova gara cui Air Liquide ha partecipato, l'impresa si è posta rispettivamente al penultimo (lotto 1) e all'ultimo posto (lotto 3) delle relative graduatorie.

In tesi della ricorrente, articolata con la prima doglianza, il Capitolato non specificherebbe nel dettaglio le modalità concrete di esecuzione delle prestazioni, di guisa tale che sarebbe stato impedito *"all'impresa la presentazione di un'offerta economica puntuale, dall'altro si è resa in concreto impossibile la comparazione tra le offerte delle varie partecipanti sulla base del solo elemento prezzo"* (cfr. pag. 11 del ricorso).

Inoltre, sempre secondo la ricorrente, *"Il criterio di aggiudicazione con il prezzo più basso, oltre che non idoneo a comparare le offerte, era oltretutto contraddittorio con la necessaria attività valutativa della documentazione tecnica richiesta, demandata al Seggio di gara"* (pag. 12).

Entrambi i profili sono da disattendere.

Quanto alla documentazione tecnica, la stazione appaltante aveva chiarito che *"Le relazioni tecniche richieste non saranno oggetto di valutazione ma serviranno per stabilire se l'offerta di ciascuna ditta è conforme ai requisiti minimi previsti dal CSA....."*

Prescindendo quindi dalle eccezioni di inammissibilità della censura formulate dalla controparte (in ragione della mancata tempestiva impugnazione del bando cui si è apprestata acquiescenza), correttamente la Rivoira, a confutazione, richiama il precedente del Consiglio di Stato (Sez. III, 13 maggio 2015, n. 2388) secondo cui *"...l'elaborato tecnico che i concorrenti erano tenuti a produrre..."* assumeva *"un ruolo teso all'identificazione di una soglia minima di corrispondenza dell'offerta alle prestazioni complesse da affidare in appalto in relazione all'oggetto indicato al punto 2.1. del capitolato. Il giudizio di verifica assegnato alla commissione tecnica — che, si ripete, non ha investito il merito dell'offerta ai fini della modulazione di un punteggio, ma solo la sua idoneità in senso stretto a soddisfare le esigenze essenziali dell'amministrazione per il servizio de quo — non ha introdotto alterazione al criterio di aggiudicazione in base al prezzo più basso, che è intervenuto su offerte qualificate del tutto omogenee in relazione allo scopo prefissato dalla stazione appaltante"*.

Né può sostenersi che in presenza di un criterio di aggiudicazione automatico, secondo il

prezzo più basso, sia impedito all'Amministrazione di procedere ad una "*analisi del requisito della capacità tecnica che attesti la corrispondenza della prestazione compiuta al modello delineato dal bando di gara o dai vari capitolati tecnici...*" (Cons. St., VI, 16 ottobre 2010, n. 7525).

In ordine alla scelta della stazione appaltante di indicare quale criterio di aggiudicazione il prezzo più basso, osserva il Collegio che la natura del servizio posto a base di gara non palesa profili di complessità specifici non compatibili con il predetto criterio.

A differenti conclusioni non indice la giurisprudenza in ultimo invocata dalla Air Liquide e fatta oggetto di puntuale replica da parte della Rivoira.

Segnatamente, con la sentenza di questa Sezione 28 gennaio 2016, n. 277 è stato infatti respinto il ricorso proposto avverso i risultati di una gara che prevedeva, al parti del caso qui in esame, il criterio del prezzo più basso: detta sentenza risulta quindi non conducente alle tesi di parte ricorrente.

Analoghe considerazioni valgono anche per l'ulteriore sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 18/06/2015 n. 3121, invocata dall'Air Liquide atteso che il consesso di Palazzo Spada, con detta pronuncia ha opinato, diversamente da quanto ritenuto in prime cure, del tutto legittimo il criterio di aggiudicazione secondo il prezzo più basso.

La peculiarità dell'oggetto di gara, predisposta con criterio di aggiudicazione secondo il prezzo più basso annullata dalla sentenza del T.A.R. del Lazio n. 14457/2015 (afferente il servizio di fornitura di energia ex art. 1 lett. p del D.P.R. 412/93, che impone alle Amministrazioni l'adozione di misure finalizzate al contenimento dei consumi di energia e all'efficientamento degli usi finali della stessa) postula la non sovrapponibilità del principio al caso in esame considerato.

La seconda censura (con cui si contesta l'illegittimità della nomina della commissione tecnica) è infondata oltre che inammissibile.

Ed invero, premesso che la documentazione tecnica presentata dalla ricorrente è stata giudicata "conforme" e che la ricorrente non censura il giudizio di conformità espresso dalla medesima commissione nei confronti delle concorrenti, ad avviso del Collegio risulta non inficiata da illegittimità, stante per altro quanto previsto dall'art. 283, commi 2° e 3°, del D.P.R. n. 207/2010, la nomina di una commissione che verifichi la conformità tecnica delle offerte.

La terza censura, oltre che inammissibile (come eccepito da controparte) per mancanza di concreto pregiudizio subito dall'impresa ricorrente, nel merito risulta infondata in quanto le norme invocate dalla Air Liquide, come *ex adverso* sostenuto dalla Rivoira nella memoria id costituzione, *regolano le incompatibilità dei componenti delle commissioni giudicatrici nominate per la valutazione delle offerte, ma nel presente caso non vi erano offerte tecniche da valutare, visto che il criterio di aggiudicazione era quello del prezzo più basso, pertanto le norme ex adverso invocate sono inapplicabile rotione materiae.*

Anche la quarta doglianza è da disattendere, non risultando del tutto pertinente il richiamo alla giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. IV, 4 agosto 2015, n. 3851) considerato che, che alla stregua di detto precedente, i principi di concentrazione e continuità delle operazioni di gara hanno carattere tendenziale in ragione delle attività di valutazione delle offerte tecniche ed economiche proprio al fine di garantire l'assoluta indipendenza del giudizio dell'organo: esigenza che nel caso in specie degrada in ragione del carattere automatico del criterio di aggiudicazione secondo il prezzo più basso previsto dalla *lex specialis*.

In conclusione, il ricorso introduttivo è da respingere in quanto infondato, con conseguente improcedibilità del ricorso incidentale.

Le spese di lite seguono il criterio della soccombenza e sono liquidate nella misura di cui al seguente dispositivo.

-omissis-