

Pubblicato il 15/03/2021

N. 02231/2021REG.PROV.COLL.

N. 09596/2020 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9596 del 2020, proposto da OMISSIS S.p.A. in proprio e quale capogruppo RTI, OMISSIS S.r.l., OMISSIS S.r.l., Rt OMISSIS S.r.l., Rti OMISSIS S.r.l., Rti OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Antonio Carullo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, Strada Maggiore 47;

contro

OMISSIS, Agenzia regionale di sviluppo dei mercati telematici, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Alessandro Lolli, Aristide Police, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Aristide Police in Roma, viale Liegi, n. 32;

nei confronti

OMISSIS Soc. Coop., in proprio e nella qualità di mandante del RTI, non costituita in giudizio;
OMISSIS S.p.A., Società a socio unico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Cristiana Carpani, Franco Mastragostino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Franco Mastragostino in Bologna, piazza Aldrovandi, n.3;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) n. 688/2020 concernente l'annullamento della determina n. 103 del 02/03/2020 di OMISSIS che dispone l'affidamento per scorrimento al RTI OMISSIS S.p.A e OMISSIS soc. coop. del lotto 2 della gara comunitaria centralizzata concernente l'affidamento del Multiservizio di manutenzione degli immobili in uso alle Aziende Sanitarie della Regione Emilia – Romagna, indetta con determinazione n. 310 del 18 dicembre 2015, nonché di ogni atto connesso, presupposto e/o consequenziale e per l'accertamento del diritto del RTI ricorrente al risarcimento del danno in forma specifica, ovvero, in via subordinata, del diritto al risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di OMISSIS e di OMISSIS S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 febbraio 2021, svoltasi in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 25, comma 1, d.l. 28 ottobre 2020, n. 37, il Consigliere Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli Avvocati Carullo Antonio e Lolli Alessandro.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con ricorso al TAR per l'Emilia Romagna r.g.n. 343 del 2020, la società OMISSIS S.p.a. impugnava la determina di OMISSIS n. 103 del 2 marzo 2020, avente ad oggetto l'aggiudicazione del Lotto 2 inerente la gara per l'affidamento del Multiservizio degli Immobili in uso alle Aziende sanitarie della Regione Emilia

Romagna, suddivisa in tre lotti, con durata triennale della convenzione, disposta in favore del RTI capeggiato da OMISSIS S.p.A, a seguito di scorrimento della graduatoria.

La procedura di affidamento del servizio era stata indetta da OMISSIS con determinazione n. 310 del 18 dicembre 2015; il bando prevedeva la possibilità di ciascun concorrente di aggiudicarsi un solo lotto (art. 8), nell'ordine decrescente di rilevanza economica dei Lotti, per il quale fosse risultato primo nella relativa graduatoria e prevedeva altresì che "le offerte avranno una validità di 270 giorni dalla data di presentazione" (art. 4).

La ricorrente OMISSIS S.p.a. (in RTI con S.G.N. San Gabriele Nuova energia SRL – OMISSIS S.r.l. – OMISSIS S.r.l. – I.G.T. Impresa Generali Torri S.r.l.), in esito alla gara, si era aggiudicava il lotto 3, per il valore complessivo annuo del canone pari a € 6.647.825,27 (IVA esclusa) e la convenzione (in favore delle AUSL Piacenza e AUSL Parma) era stata stipulata il 10 aprile 2018.

In data 19.12.2018, Intercent- ER stipulava la convenzione per il lotto 2 (valore complessivo annuo del canone pari a € 9.499.100,84, IVA esclusa); ma, a seguito del fallimento dichiarato dal Tribunale di Asti il 10.1.2020 dell'ATI aggiudicataria (capeggiata da OLICAR S.p.a.), OMISSIS formalizzava il recesso per giusta causa e la risoluzione della convenzione per grave inadempimento con determinazione n. 43 del 30.1.2020, poi confermata con determinazione n. 86 del 21.2.2020, con decorrenza dall'1/03/2020.

Quindi, in data 2.3.2020, in scorrimento della graduatoria di gara, OMISSIS, con la delibera impugnata nel presente giudizio, affidava il servizio del lotto 2 (AO MODENA, ISTITUTO ORTOPEDICI RIZZOLI, AUSL BOLOGNA limitatamente ai Presidi Ospedalieri Bellaria e Maggiore) al controinteressato RTI Manutencoop Facility Management S.p.a. e Unifica Soc. Coop. (oggi, OMISSIS S.p.A e OMISSIS soc. coop.), operatore seguente (quarto classificato) nella graduatoria del lotto 2.

2.- Con il ricorso introduttivo, OMISSIS S.p.a. lamentava la violazione dell'art. 140 del D.lgs. n. 163/2006, la violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara e l'eccesso di potere sotto il profilo della illogicità e contraddittorietà nonché la violazione della par condicio, in quanto nello scorrimento successivo della graduatoria ai fini dell'affidamento del lotto 2 non è stata interpellata perché già assegnataria del lotto 3, avente però un minor valore economico, sebbene fosse meglio graduata rispetto al nuovo affidatario del lotto 2.

3.- Con ricorso per motivi aggiunti notificato il 15.6.2020, la ricorrente lamentava, inoltre, la violazione delle norme sull'emergenza Covid (D.L. 18 e 23 del 2020) per cui il procedimento avrebbe dovuto essere sospeso fino a maggio 2020, nonché la violazione dell'art. 7 L. 241/1990 e la violazione della clausola di c.d. stand still sostanziale (art. 32, comma 9, codice dei contratti pubblici in combinato disposto con i D.L. 18 e 23 del 2020).

4.- OMISSIS, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'inammissibilità e infondatezza dell'impugnazione e la tardività e comunque infondatezza dei motivi aggiunti.

5.- Anche la controinteressata OMISSIS S.p.a. ha insistito per l'inammissibilità e il rigetto del ricorso.

6.- Con la sentenza in epigrafe, il TAR assorbite le preliminari eccezioni sollevate in ordine alla ammissibilità dell'impugnazione, ha rigettato il ricorso e i motivi aggiunti, condannando la ricorrente alle spese di lite.

7.- Propone appello la OMISSIS S.p.a. lamentando l'erroneità e ingiustizia della sentenza, di cui chiede la riforma.

8.- Si sono costituite in giudizio OMISSIS e OMISSIS S.p.A, eccependo la tardività e l'inammissibilità del ricorso introduttivo per il difetto di notifica e difetto di interesse con riferimento alle censure inerenti il subentro della ricorrente nell'affidamento del lotto 2, essendo già titolare di un lotto, nonché l'infondatezza dell'appello nel merito.

9.- Alla pubblica udienza del 25 febbraio 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è fondato.

2.- Il TAR ha ritenuto che la stazione appaltante abbia agito *"nel pieno rispetto delle regole contenute nell'art 140 Codice Appalti e nella lex specialis che, infatti, da un lato dispongono l'impossibilità di*

aggiudicare più lotti allo stesso Raggruppamento e, dall'altro, ammettono la facoltà di disporre lo scorrimento della graduatoria nel caso di impossibilità di una Società a far fronte alle obbligazioni contrattuali previste e ciò a prescindere dal fatto che ciò accadesse prima o dopo la stipula del contratto con l'iniziale aggiudicatario prescelto per un lotto."

Considerato che la ricorrente era già assegnataria del lotto 3, che il disciplinare di gara vietava il cumulo dei lotti e che la Commissione era tenuta a formare graduatorie separate per ciascun lotto, in caso di risoluzione la stazione appaltante poteva scorrere la graduatoria e nel farlo, con riguardo al Lotto n. 2, non poteva che rivolgersi alla successiva classificata per lo specifico lotto, atteso che l'odierna ricorrente, meglio graduata, risultava però già aggiudicataria, con esecuzione del contratto in corso.

Nell'ipotesi di scorrimento della graduatoria dopo la conclusione dei contratti conseguenti all'aggiudicazione dei più lotti, neppure doveva la stazione appaltante interpellare prima gli aggiudicatari degli altri lotti (nel caso in esame, la ricorrente aggiudicataria del lotto n. 3), non potendo in ogni caso essi sciogliersi dal vincolo contrattuale in corso in relazione al lotto loro attribuito, risultando preclusa, a monte, la possibilità del vedersi aggiudicare anche il Lotto "liberatosi" dopo la risoluzione con l'iniziale aggiudicatario, poichè la *lex specialis* vietava l'aggiudicazione di più lotti alla medesima Società.

Il TAR ha ritenuto, inoltre, che la regola era applicabile anche in caso di risoluzione postuma, senza alcun dovere per la stazione appaltante di interpellare gli aggiudicatari degli altri lotti.

Il TAR, infine, ha escluso la sospensione del procedimento, considerate le ragioni di urgenza, e quanto al c.d. stand still, ha ritenuto non sussistente alcuna violazione, non potendosi tale istituto ricondurre alla disciplina dei procedimenti amministrativi (con conseguente sospensione del termine ex D.L. n. 18/2020), trattandosi di termine connesso alla tutela giurisdizionale.

3.- L'appellante deduce l'erroneità della sentenza per errore di fatto, difetto di motivazione, contraddittorietà ed illogicità, eccesso di potere.

Intercent avrebbe dovuto attenersi alle regole contenute nell'art 140, Codice e quindi operare lo scorrimento della graduatoria che vedeva l'appellante al secondo posto.

Il primo giudice avrebbe travisato il motivo di censura operando una commistione fra disposizione normativa (art. 140) e disciplinare di gara.

Senza alcuna motivazione la gravata sentenza si riporterebbe agli atti di gara utilizzandoli parzialmente, e sulla base di questi atti riformula la graduatoria, in danno della ricorrente.

L'appellante ripropone quindi il motivo aggiunto concernente la violazione dei decreti emergenziali (nn. 18 e 23 del 2020) e il motivo concernente la mancata comunicazione dell'inizio del procedimento relativo all'aggiudicazione del secondo lotto a seguito della revoca di OLICAR, nonché la mancata applicazione da parte della stazione appaltante del c.d. stand still procedimentale ex art. 32, comma 9, codice degli appalti.

4.- Intercent- ER insiste nelle eccezioni preliminari di tardività del ricorso introduttivo, essendosi consolidato l'atto di "esclusione" dallo slittamento comunicato nel 2019, e di inammissibilità per difetto di notifica, in quanto la procura conferita al legale che ha notificato l'atto (che non figurava nell'atto notificato) non ha data certa anteriore alla notifica, e infine, di inammissibilità per difetto di interesse, con riferimento alle censure inerenti al subentro, perché OMISSIS S.p.A. è già titolare di un lotto.

Nel merito, la *lex specialis* non prevede la possibilità di aggiudicare più di un lotto allo stesso concorrente, nè di risolvere un contratto stipulato perché altro lotto è più interessante, previsione che sarebbe, peraltro, illegittima introducendo una clausola risolutiva contraria all'interesse pubblico inerente alla prosecuzione dei contratti stipulati.

La *lex specialis* non riguarda solo la procedura di gara, ovviamente, ma comprende anche la fase esecutiva e la parte che impedisce l'aggiudicazione allo stesso operatore di più lotti è un principio di fondo della gara; peraltro, la possibilità di scelta da parte dell'aggiudicatario inerisce alla fase di formazione della graduatoria e non è applicabile in fase esecutiva.

Non è condivisibile poi secondo OMISSIS il limite di validità dedotto di 270 giorni dell'offerta dalla data di presentazione: il limite dei 270 giorni è errato poichè l'offerta che chi subentra eseguirà non è quella che presentò in gara ma è come da legge (art. 140 d. lgs 163/2006 e 110 d. lgs. 50/2016) quella

dell'aggiudicatario che ha subito la risoluzione.

In ogni caso, tale limite di 270 giorni è previsto nell'interesse del concorrente, che ben può accettare la validità dell'offerta oltre tale termine.

Sulla sospensione dei termini procedurali, per l'Amministrazione si tratta di termini massimi previsti a tutela dell'efficienza e della massima durata: non vale su di essi la sospensione disposta in conseguenza della situazione emergenziale, ben potendo l'amministrazione chiudere i procedimenti prima anche normalmente.

Inoltre, sarebbe manifestamente irragionevole ritenere che la normativa Covid impedisca la stipula di contratti indispensabili per garantire l'assistenza sanitaria in periodo emergenziale.

L'unico termine rilevante nel caso di specie è un termine di significato processuale: il termine di standstill, che impone di attendere 30 giorni prima della stipula con l'esclusivo senso di consentire il ricorso prima della stipula, e come per tutti i termini processuali la sospensione del medesimo non impedisce la conclusione del procedimento.

5.- La controinteressata propone le medesime eccezioni in via preliminare di inammissibilità del ricorso introduttivo per inesistenza della notificazione, tardività dei motivi aggiunti notificati in data 15 giugno 2020, nonostante la Convenzione impugnata sia stata sottoscritta tra OMISSIS ed il RTI OMISSIS Spa in data 10 aprile 202 e pubblicata lo stesso giorno.

Nel merito, le censure dedotte sarebbero insuscettibili di determinare la riforma della sentenza.

6.- Preliminarmente, il Collegio ritiene infondata l'eccezione di tardività del ricorso introduttivo sollevata da OMISSIS per non avere la OMISSIS S.p.A. impugnato una lettera del legale rappresentante OMISSIS del gennaio 2019 nella quale l'Amministrazione aveva rilevato di non ritenere la ditta idonea al subentro in quanto già titolare di altro lotto.

L'atto, infatti, non era immediatamente lesivo trattandosi di una mera comunicazione della Stazione appaltante di inizio dell'istruttoria a carico di OLICAR, che nulla disponeva in merito alla risoluzione del contratto e alle modalità con cui si sarebbe proceduto all'assegnazione successiva del lotto.

6.1.- E' infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per inesistenza della notifica, sollevata da OMISSIS.

Secondo OMISSIS, il ricorso non sarebbe stato notificato dalla PEC dell'unico procuratore, ma da altra PEC e il mandato al mittente della PEC depositato in primo grado reca data successiva a quella di notifica (12.6.2020).

Si tratterebbe di eccezione rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo poiché il procuratore (diversamente dall'ufficiale giudiziario) ha potere di notifica solo in quanto sia munito della procura. La notifica sarebbe, dunque, inesistente e non nulla e, pertanto, non sanabile.

Osserva il Collegio che, nella specie, non si verte nell'ipotesi di inesistenza della notifica.

Difatti, non vi è incertezza sulla avvenuta notifica e sulla provenienza della richiesta di notifica da parte del procuratore nominato. E' stato depositato in primo grado il mandato conferito al mittente della PEC di notifica del ricorso, ed è irrilevante che la data del detto mandato sia successiva a quella della notifica del ricorso.

Legittimato a richiedere la notificazione di un atto giudiziario, ai sensi dell'art. 137 c.p.c. e dell'art. 104, comma 2, del D.P.R. n. 1229 del 1959, non è soltanto la parte personalmente ed il suo difensore munito di procura, ma anche qualunque persona da loro incaricata pure verbalmente, purché non vi sia incertezza assoluta sull'istante e si possa individuare la parte a richiesta della quale la notifica è eseguita. (Cassazione civile sez. VI, 04/02/2020, n.2415, nella specie la S. C. ha cassato con rinvio la sentenza di merito che aveva ritenuto inesistente la notificazione di un reclamo, in quanto effettuata su istanza di persona diversa dalla parte e dal suo difensore).

Come precisa puntualmente la Corte di Cassazione nella recente pronuncia citata, in realtà, già in epoca antecedente alla nota decisione delle Sezioni Unite, che ha ristretto l'ambito di operatività dell'inesistenza a vantaggio della nullità e della conseguente possibilità di sanatoria per raggiungimento dello scopo (Cass., Sez. Un., 20 luglio 2016, n. 14916, che individua gli elementi costitutivi del procedimento

di notificazione nell'attività di trasmissione ed in quella di consegna), secondo un orientamento del tutto fermo si è ritenuta la legittimazione a chiedere la notificazione del terzo con delega meramente verbale se, alla stregua dell'atto da notificare, risulta egualmente certa la parte ad istanza della quale deve ritenersi effettuata la notifica (Cass. 13 marzo 1998, n. 2742; Cass. 3 luglio 2001, n. 8991; Cass. 6 maggio 2011, n. 10004; Cass. 8 marzo 2016, n. 4520). E, ovviamente, ove un apparente estraneo abbia chiesto all'ufficiale giudiziario di notificare un atto, impiegando così tempo e denaro, è senz'altro ragionevole presumere che lo abbia fatto perché a ciò incaricato e che, dunque, l'istanza di notificazione debba essere fatta risalire all'effettivo legittimato.

Peraltro, versandosi al di fuori dell'ipotesi di inesistenza della notifica, ai sensi dell'art. 44, comma 3, c.p.a., la costituzione dell'intimato comporta sempre e comunque la sanatoria della nullità della notificazione.

7. – Ciò premesso, l'appello è fondato, a prescindere dall'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado, sollevata dalle appellate, per carenza di interesse della OMISSIS S.p.a. per essere la stessa titolare di altro lotto, dal momento che la questione di merito ruota tutta intorno alla possibilità della ricorrente di poter subentrare nel lotto oggetto di risoluzione.

8. – Merita accoglimento l'assorbente primo motivo di appello con cui viene denunciata la violazione dell'art. 140 D.lgs. 50 del 2016, in applicazione del quale la stazione appaltante avrebbe dovuto operare lo scorrimento della graduatoria che vedeva l'appellante meglio graduata ai fini dell'assegnazione del lotto 2. L'appellante ritiene che secondo la norma richiamata, le stazioni appaltanti, "in caso di ... risoluzione del contratto ai sensi degli articoli 135 e 136 ... potranno interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori. Si procede all'interpello a partire dal soggetto che ha formulato la prima migliore offerta, fino al quinto migliore offerente, escluso l'originario aggiudicatario."

La gravata sentenza sarebbe contraddittoria sul punto: riconosce, infatti, la necessità dello scorrimento della graduatoria, ma legittima l'omissione dell'interpello a OMISSIS S.p.A., atteso che la stessa risultava già aggiudicataria, con esecuzione del contratto in corso, del Lotto n. 3 e considerato che la *lex specialis* vietava l'aggiudicazione di più lotti alla medesima Società.

Nel caso di specie è pacifico che l'interpello a favore di OMISSIS S.p.a. era imposto dalla legge che, non poteva non prevalere sul disciplinare di gara.

8.1.- Ritiene il Collegio che la fattispecie sia regolata, *ratione temporis*, dall'art. 110 del codice degli appalti di cui al D.lgs. n. 50/2016, la cui disciplina richiama quella dell'abrogato art. 140 del d.lgs. n. 163/2006, versandosi nell'ipotesi della risoluzione del contratto (per fallimento) della aggiudicataria nella fase esecutiva del contratto.

La norma impone espressamente, in tale caso, di interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, secondo l'ordine risultante dalla relativa graduatoria.

Ciò senza consentire o ammettere una rimodulazione della graduatoria medesima sulla base del disciplinare di gara, la cui vigenza è definitivamente superata dall'approvazione della graduatoria formatasi in esito alla stessa, rispetto alla quale ebbe a trovare applicazione il dispositivo inerente all'assegnazione dei singoli lotti.

L'art. 110 del codice dei contratti, difatti, disciplina alcune ipotesi tassative (tra le quali il caso di fallimento dell'appaltatore o di risoluzione del contratto) di affidamento del completamento dei lavori o del servizio mediante interpello progressivamente dei soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta.

Lo scorrimento della graduatoria non è condizionato all'evenienza che il concorrente interpellato sia attualmente non affidatario di altro servizio (in esito ad altra o alla stessa gara, suddivisa in più lotti).

8.2.- In tali casi tassativi previsti dall'art. 110 cit., sebbene la procedura concorsuale è da considerarsi

terminata e l'offerta formulata non è più vincolante nei confronti dell'amministrazione, ovvero è cessato quel rapporto che si era instaurato con la domanda di partecipazione alla gara, tuttavia per ragioni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa è obbligatorio per la stazione appaltante avvalersi degli esiti della competizione espletata e attenersi alla graduatoria formulata, senza che sia possibile esercizio alcuno di discrezionalità, né sulle modalità da seguire per il nuovo affidamento (quale ad es. l'indizione di nuova gara, come prevedeva l'art. 140 del pregresso codice), né sul procedimento di scorrimento della graduatoria, vincolato al rispetto dell'ordine di classificazione dei concorrenti, così come cristallizzatosi nella graduatoria.

L'oggettiva circostanza che tra l'evento terminale della procedura di evidenza pubblica, id est l'aggiudicazione, e la riapertura a seguito dell'interpello per lo scorrimento ci sia una netta cesura, determinata dall'efficacia temporale delle offerte (che la legge, e nella specie anche la lex di gara, limita nel tempo), viene superata dalla « conferma » delle stesse in sede di interpello. (Consiglio di Stato sez. III, 06/03/2017, n.1050).

8.3.- Facendo applicazione della norma al caso in esame, emerge che Intercent- ER nel procedere all'interpello illegittimamente non ha, di fatto, rispettato l'ordine della graduatoria.

Dall'esame degli atti di gara e dal disciplinare si rileva, innanzitutto, che la gara è unica, sebbene divisa in tre lotti e che per la formazione della graduatoria l'art. 8 del disciplinare ha previsto che *“la Commissione aprirà per prima le buste economiche relative al Lotto con valore più alto e procederà alla formulazione della graduatoria....Successivamente procederà all'apertura delle buste relative al Lotto con secondo valore più alto e procederà alla formulazione della relativa graduatoria”*.

La norma tutela la possibilità per il concorrente di scegliere il lotto più remunerativo.

Il principio non è incompatibile con l'applicazione in fase esecutiva, ed anzi la possibilità di scelta per i concorrenti meglio graduati è coerente con la lettera e la ratio sia dell'art. 110 codice appalti che con la lex specialis.

Non ritiene il Collegio che la previsione del vincolo di aggiudicazione di un solo lotto per ogni concorrente sia di per sé un ostacolo all'interpello nel rispetto del detto principio di scelta del concorrente meglio graduato e dell'ordine della graduatoria.

La ratio della clausola in questione al momento dell'aggiudicazione era quella di garantire che non vi fossero concentrazioni di mercato; ma tale ratio non viene meno in fase esecutiva e ben può essere rispettata anche in sede di riaggiudicazione del lotto, interpellando il secondo meglio graduato (ancorchè già affidatario di altro lotto) a condizione che si sottoponga allo stesso l'opzione di rinunciare allo svolgimento del lotto in atto affidato, di valore inferiore, a vantaggio del lotto di maggior valore.

8.4. – OMISSIS afferma che la lex specialis ha previsto un potere di scelta tra diversi lotti, per individuare quello più conveniente in ordine di grandezza, solo in corso di aggiudicazione; ma questa parte della lex specialis non si potrebbe applicare dopo la stipula dei contratti.

L'interpretazione proposta da Intercent –ER non sembra al Collegio ragionevole e coerente nè con il disciplinare, nè con la previsione del codice dei contratti, che si ispirano al principio di temperare le esigenze della concorrenza e della efficienza dell'Amministrazione con l'interesse economico dei partecipanti alla gara a vedersi attribuito il lotto in funzione della convenienza della propria offerta. Tale principio deve trovare tutela, ove possibile, anche in fase esecutiva, in virtù del rispetto degli stessi principi di concorrenzialità e par condicio che presiedono alle gare e di cui anche la norma dettata dall'art. 110 codice degli appalti è espressione.

8.5.- Neppure rappresenta un ostacolo al coinvolgimento dell'appellante la circostanza che, essendo affidatario attualmente del lotto 3, non potrebbe sciogliersi dal vincolo contrattuale per il principio *“pacta sunt servanda”*, pena l'interruzione di un pubblico servizio.

Invero, sul punto il Collegio osserva che la tutela dell'interesse pubblico, così come invocata da Intercent–ER, è estranea alla vicenda.

Il subentro di un nuovo operatore è evenienza ammissibile e giustificata in presenza di circostanze incompatibili con la prosecuzione del rapporto, che ben possono ricondursi a fatti determinanti la

risoluzione del contratto o il recesso, senza che possa per ciò solo ipotizzarsi la sospensione del pubblico servizio.

Allo stesso modo, non è configurabile l'interruzione di pubblico servizio per il fatto che il rispetto dell'ordine della graduatoria determini un riaffidamento dei lotti già affidati.

8.6.- In conclusione, l'appellante in quanto migliore graduata in relazione al lotto 2, avrebbe dovuto essere interpellata per consentire l'esercizio della facoltà di scelta del lotto economicamente più conveniente, e, nell'ipotesi di esercizio di tale scelta in favore del lotto 2, ben avrebbe potuto l'Amministrazione riaffidare entrambi i lotti, ovvero assegnare il lotto 3 (di minore importo) alla controinteressata OMISSIS S.p.a. e il lotto 2 all'appellante.

9.- L'appello, pertanto, va accolto per le ragioni esposte, assorbita ogni altra censura.

10.- Le spese di entrambi i gradi di giudizio si compensano tra le parti, in considerazione della novità della questione trattata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza avversata dichiara illegittimi gli atti impugnati, salvi gli ulteriori atti dell'Amministrazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

Stefania Santoleri, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Paola Alba Aurora Puliatti	Michele Corradino

IL SEGRETARIO