

Publicato il 10/02/2021

**N. 01252/2021REG.PROV.COLL.**  
**N. 07609/2020 REG.RIC.**



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7609 del 2020, proposto da

Toma Advanced Biomedical Assays s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Daniela Frascella e Salvatore Mileto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Azienda Socio Sanitaria Territoriale - Asst Bergamo Ovest, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Vittorio Miniero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

Genomic Health, Inc. di Redwood City, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Paolo Francica, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), n. 00614/2020, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale - Asst Bergamo Ovest e di Genomic Health, Inc. di Redwood City;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 febbraio 2021 il Cons. Ezio Fedullo e viste le note di udienza presentate dagli Avvocati Vittorio Miniero, Daniela Frascella e Salvatore Mileto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Mediante la sentenza appellata, il T.A.R. Lombardia, Sezione staccata di Brescia, si è pronunciato in senso negativo sul ricorso (integrato da motivi aggiunti) proposto dall'odierna appellante avverso la delibera dell'ASST Bergamo Ovest n. 242 del 21 febbraio 2020, recante "esito procedura di gara per l'affidamento del servizio di esecuzione test di profilazione genica per tumore della mammella a rischio intermedio occorrente", avente una durata annuale ed un importo di 30.000 euro, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione della gara alla Genomic Health Inc..

Il giudice di primo grado ha respinto, in primo luogo, la censura, formulata con il ricorso introduttivo, col quale la società ricorrente censurava lo stesso atto di ammissione alla gara delle altre due concorrenti, perché prive del requisito dell'**accreditamento**, in violazione dell'art. 8 bis d.lgs. n. 502/1992: il giudice di primo grado ha in proposito evidenziato che “il caso di specie riguarda – invece - l'acquisizione, da parte di una struttura sanitaria pubblica alla quale si rivolge direttamente l'utente, di una prestazione di servizi (l'esecuzione di test di profilazione genica) ovvero del service di analisi dei campioni”.

Il T.A.R. ha altresì osservato che “inconferenti sono, poi, i richiami alle prescrizioni del Decreto direzione generale sanità n. 42881 del 15.1.1999 e alle D.G.R. Lombardia n. 1185/2013 e n. 6006/2016, inerenti la diversa ipotesi dell'invio, in service, di campioni biologici da parte di strutture accreditate ad altre strutture accreditate”.

Mediante i correlativi motivi di appello – cui resistono l'Azienda Socio Sanitaria Territoriale - ASST Bergamo Ovest e l'impresa controinteressata Genomic Health, Inc. - la parte appellante premette che la gara oggetto di giudizio riguarda l'esecuzione di un test di profilazione genica per tumore alla mammella a rischio intermedio, integrante a tutti gli effetti una prestazione medica il cui costo è a carico del SSN, giusta la DGR Lombardia XI/1986/19 del 23 luglio 2019 (che ha inserito questo esame nel Nomenclatore Tariffario lombardo e ne ha stabilito anche il costo: cfr. art. 1: “Codice 91.2F.9 Descrizione: Test genetico somatico per patologia mammaria istologicamente diagnosticata - Tariffa 2.000,00 Euro”).

Essa deduce quindi che la stazione appaltante ha messo a gara l'esecuzione del test su campioni prelevati nella strutture di ricovero, secondo il meccanismo, noto nel diritto sanitario, del cd. affidamento in “service”, in base al quale una struttura (pubblica, in questo caso) esegue il prelievo del campione e lo invia, in “service” appunto, ad altra struttura, pubblica o privata accreditata, perché lo analizzi e lo restituisca insieme al referto, procedendo poi alla rendicontazione dell'esame ed a ricevere il pagamento dalla Regione.

Deduce quindi la parte appellante che la fattispecie descritta corrisponde a quella disciplinata dall'art. 8 bis, comma 3, D.Lgs. n. 502/1992, a mente del quale:

“(....) l'esercizio di attività sanitarie per conto del Servizio sanitario nazionale e l'esercizio di attività sanitarie a carico del Servizio sanitario nazionale sono subordinate, rispettivamente, al rilascio (...) dell'**accreditamento** istituzionale di cui all'articolo 8-quater, nonché alla stipulazione degli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-quinquies. La presente disposizione vale anche per le strutture e le attività sociosanitarie”.

Il motivo, così sintetizzato, non può essere accolto.

Deve premettersi, ai fini della compiuta delimitazione dell'oggetto della controversia, che non è contestata l'ammissibilità della gara quale strumento per l'acquisizione, da parte della struttura pubblica di ricovero, della prestazione sanitaria de qua (e quindi l'”**esternalizzazione**” del servizio): la controversia ruota infatti intorno alla definizione dei requisiti di partecipazione alla procedura competitiva, assumendo la parte appellante che essi contemplino necessariamente il possesso del titolo di **accreditamento** in capo alle concorrenti.

La parte appellante, come si è visto, fonda la sua tesi sull'assimilazione della modalità di esecuzione della prestazione *de qua* – secondo lo schema dell'affidamento in “service” della stessa da parte della struttura pubblica ad un laboratorio esterno – a quella che viene posta in essere da una struttura privata “per conto” ed “a carico” del Servizio sanitario nazionale, laddove è pacifico che la sua erogazione presupponga il possesso, da parte della prima, del cd. **accreditamento**.

Tale assimilazione, tuttavia, non è persuasiva, opponendovisi le specifiche caratteristiche delle due fattispecie, le quali precludono la loro integrale omologazione, anche ai fini della individuazione del pertinente regime giuridico.

Deve premettersi che, ai sensi dell'art 8 bis, comma 3, d.lvo n. 502/1992, “la realizzazione di strutture sanitarie e l'esercizio di attività sanitarie, l'esercizio di attività sanitarie per conto del Servizio sanitario nazionale e l'esercizio di

attività sanitarie a carico del Servizio sanitario nazionale sono subordinate, rispettivamente, al rilascio delle autorizzazioni di cui all'articolo 8-ter, dell'**accreditamento** istituzionale di cui all'articolo 8-quater, nonché alla stipulazione degli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-quinquies. La presente disposizione vale anche per le strutture e le attività sociosanitarie”.

La disposizione, quindi, delinea una fattispecie complessa in cui l'obbligatorio possesso del titolo di **accreditamento** è subordinato alla duplice condizione che “l'esercizio di attività sanitarie” da parte di soggetti privati avvenga “per conto” e “a carico del Servizio sanitario nazionale”.

Ciò premesso sul piano squisitamente normativo, deve rilevarsi che l'attività sanitaria “per conto”, in particolare, presuppone che la struttura privata, ai fini della realizzazione dei livelli essenziali di assistenza che fanno carico al SSN, instauri la relazione diagnostica o curativa direttamente con l'utente, che la elegge, nell'esercizio di una sua libera facoltà di scelta, quale fornitrice della prestazione medica di cui abbisogna e che ha titolo all'ottenimento della stessa, ponendone il costo a carico del SSN: l'**accreditamento**, da questo punto di vista, legittima la struttura privata a “proporsi” quale esecutrice della prestazione medica e garante della sua diretta esecuzione, con il trasferimento dei relativi oneri alla sfera pubblica.

L'**accreditamento** – con le stringenti verifiche circa il possesso dei necessari requisiti organizzativi, tecnologici e qualitativi che il suo rilascio presuppone – è appunto funzionale a garantire che la scelta dell'esecutore della prestazione sanitaria da parte dell'utente finale avvenga a favore di soggetti preventivamente selezionati al fine di offrire le più ampie garanzie di idoneità, sicurezza e appropriatezza, tenuto conto del coinvolgimento nell'attività di un bene fondamentale quale la salute dei cittadini: tale verifica di idoneità, non potendo essere compiuta in maniera episodica dall'utente, viene infatti operata “a monte” e da parte dell'Amministrazione concedente, trovando espressione, appunto,

nell'**accreditamento** della struttura sanitaria privata interessata ad agire nell'ambito del SSN ed ai fini del perseguimento dei suoi obiettivi.

Caratteristiche del tutto diverse presenta, invece, la figura dell'affidamento "in service", cui inerisce la presente controversia: caratteristiche che, quindi, non consentono di assimilare la fattispecie in esame a quella che, secondo la norma citata, subordina l'esercizio dell'attività sanitaria al conseguimento dell'**accreditamento**.

In tale ipotesi, infatti, la prestazione (nella specie, l'esecuzione del test genetico) viene erogata nell'ambito di un rapporto che l'utente instaura direttamente con la struttura pubblica, la quale a sua volta ne affida l'esecuzione in "service" ad un laboratorio privato selezionato mediante apposita gara.

Manca quindi, nella fattispecie in esame, il "contatto" tra il paziente e la struttura esecutrice della prestazione (e, quindi, la propedeutica scelta della seconda da parte del primo), con la conseguente necessità di una verifica preventiva di idoneità all'erogazione della stessa: verifica che viene posta in essere, in questo caso, dalla struttura pubblica cui il paziente si rivolge, all'atto di individuare, mediante apposita gara, il laboratorio cui affidare in "service" l'esecuzione dei test genetici, sulla scorta della definizione e dell'accertamento dei requisiti di partecipazione alla gara delle aziende interessate.

A rafforzare tale conclusione concorre la considerazione secondo cui l'esecuzione del test, nella fattispecie in esame, integra una prestazione diagnostica di carattere strumentale ed accessorio rispetto ad altra, di carattere principale, che ha ad oggetto, nell'ambito della prestazione di ricovero, la realizzazione di un intervento di tipo chirurgico: deve infatti rilevarsi che la d.G.R. n. 1986/2019 prevede che "le prestazioni (di cui si tratta, *n.d.e.*) potranno essere eseguite solo nei Presidi di ricovero e cura dove la paziente viene operata e dove l'indicazione all'esecuzione del test sarà condivisa tra clinico oncologo e patologo".

Tale previsione rende evidente che la prestazione diagnostica non è acquisita autonomamente dal paziente, il quale si rivolge a tal fine presso una struttura (pubblica o privata) di sua scelta, ma dalla struttura pubblica, la quale si sostituisce al privato sia nella decisione concernente l'*an* della prestazione sia nella individuazione del *quomodo* della sua esecuzione (ovvero nella scelta del laboratorio cui affidare l'esecuzione del test genico).

Né potrebbe sostenersi, come fa la parte appellante, che, per tale via, si realizza l'aggiramento del sistema dell'**accreditamento**, dal momento che la struttura pubblica, cui l'utente si rivolge per l'esecuzione della prestazione principale (di cura) e, in via mediata, di quella (strumentale ed accessoria) di tipo diagnostico, mantiene il "controllo" sulle modalità di esecuzione della seconda, attraverso la scelta dell'affidatario del service e la definizione dei requisiti oggettivi della prestazione: questa quindi, pur se affidata a terzi, continua ad essere una prestazione propria della struttura pubblica che, mediante la *lex specialis* della gara, ne fissa in via generale le modalità –soggettive ed oggettive – di esecuzione ed in concreto, con riferimento alla specifica "occasione" chirurgica, ne decide l'acquisizione.

Deve solo osservarsi che la conclusione raggiunta non contrasta con il precedente di questa Sezione (cfr. sentenza n. 6617 del 22 novembre 2018, richiamata dalla parte appellante) col quale è stata affermata la necessità dell'**accreditamento** quale pre-requisito di partecipazione alla gara indetta dalla ASL per l'affidamento delle prestazioni di attività di cura ed assistenza sanitaria in sede domiciliare in favore degli anziani non autosufficienti o autonomi ad elevato rischio di perdita della autonomia o nei confronti dei soggetti disabili: deve infatti osservarsi che la fattispecie ivi esaminata era caratterizzata dal fatto che le prestazioni assistenziali venivano erogate nel quadro di una relazione instaurata direttamente dal paziente con la struttura affidataria del servizio, a differenza di quanto accade nella presente fattispecie, con la conseguente configurabilità – in quel caso - di una attività sanitaria erogata "per conto" del SSN (e la correlata necessità di un titolo di **accreditamento** in capo alla struttura affidataria).

Nemmeno potrebbe farsi leva, per pervenire ad una diversa conclusione, sul decreto dirigenziale n. 42811 del 15 ottobre 1999 (né sulle successive delibere della GR Lombardia n. 1185/2013 e n. 6006/2016, che lo richiamano).

In primo luogo esso, nel disporre che “i laboratori accreditati possono inviare campioni in “service” solo ad altre strutture accreditate e che i laboratori autorizzati, ma non accreditati, possono inviare campioni in “service” sia a laboratori autorizzati sia a laboratori accreditati”, ha espressamente riguardo, appunto, ai “laboratori accreditati” che procedono all’affidamento in “service” delle analisi geniche: la ratio della prescrizione è appunto quella di evitare che il laboratorio accreditato, cui l’utente si sia rivolto per l’esecuzione della prestazione, ne affidi l’esecuzione ad altro laboratorio, che non sia stato sottoposto alle verifiche di idoneità sottese al rilascio dell’**accreditamento**.

Quanto invece alla previsione di “estendere alle strutture di ricovero e cura, pubbliche e private, che si avvalgono del “service”, le modalità organizzative di cui all’Allegato 1”, deve osservarsi che queste ultime non recano alcuna previsione in ordine alla necessità che il laboratorio affidatario del “service” sia accreditato con il SSN.

Acclarato, quindi, che la fattispecie in esame si differenzia da quella propria dell’**accreditamento**, il possesso di quest’ultimo da parte dei concorrenti alla gara *de qua* potrebbe venire in rilievo non nella sua funzione tipica, come innanzi delineata, ma come meccanismo di selezione, nell’ambito della gara, dei soggetti qualificati per eseguire la prestazione diagnostica: la sua previsione tuttavia, in tale ruolo, non solo non potrebbe considerarsi obbligatoria (in assenza dei relativi presupposti di legge), ma sarebbe dissociata dalla sua *ratio*, connessa come si è visto alla pre-selezione delle strutture sanitarie abilitate ad operare “per conto” del SSN e ad “interfacciarsi” direttamente con gli utenti finali.

La censura esaminata, in conclusione, deve essere respinta: resta conseguentemente assorbita l’eccezione di inammissibilità del motivo, in quanto privo dei requisiti di specificità richiesti dall’art. 101 c.p.a., formulata dall’impresa appellata.

Deve solo aggiungersi che non possono avere ingresso nel giudizio le deduzioni, formulate dalla parte appellante solo con memoria difensiva, intese a censurare la genericità dei criteri di selezione formulati dalla stazione appaltante a monte dello svolgimento della gara *de qua*.

Con le ulteriori deduzioni, la parte appellante evidenzia che, a differenza di quanto ritenuto dal T.A.R., “il valore del servizio di cui è questione” non è affatto “pari a 30.000 euro” né, quindi, consentiva “l’affidamento diretto”: ciò in quanto il valore dell’appalto per cui è causa è “fino alla soglia di rilevanza comunitaria”, per effetto della clausola di rinnovo di 12 mesi e di quella di adesione contenuta nell’art. 23 della lettera di invito ed estesa a ben 13 Enti pubblici, disponendo l’art. 35 d.lvo n. 50/2016 che il calcolo del valore dell’appalto si effettua “sull’importo totale pagabile, al netto dell’IVA (...). Il calcolo tiene conto dell’importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara”.

Premesso, quindi, che il rispetto delle regole dell’evidenza pubblica costituiva l’oggetto di un obbligo (e non di una facoltà) della stazione appaltante, la parte appellante ribadisce la violazione dell’art. 95 del D. Lgs. n. 50/2016 con riferimento ai criteri di aggiudicazione della gara, lamentando la genericità delle previsioni della lettera di invito quanto ai criteri di scelta e di ponderazione delle offerte.

Osserva inoltre che, a differenza di quanto ritenuto dal T.A.R., la DGR n. 1986/2019, richiamata dalla *lex specialis*, non stabilisce e non elenca alcuna “specifica minima” né alcuna “specifica preferenziale” con riferimento al test che pone a carico del SSR.

Il motivo, nella sua complessiva articolazione, non è meritevole di accoglimento.

A prescindere da quanto si dirà infra, in ordine al carattere facoltativo/obbligatorio della gara ai fini della individuazione dell’affidatario del “service”, la *lex specialis*-lettera di invito prevede (art. 10 – Caratteristiche tecniche minime del servizio):

“Servizio di esecuzione di test di profilazione genica per le pazienti operate di tumore della mammella a rischio intermedio, come definito dalla D.G.R. XI/1986/19 del 23.7.2019 di Regione Lombardia.

Il test dovrà essere eseguito in laboratorio centralizzato e validato, senza determinare acquisizioni di kit specifici e/o addestramento del personale dell’ASST Bergamo Ovest.

Fabbisogno annuo: presunto: n. 15(quindici) test.

Caratteristiche preferenziali.

Il test deve essere in grado di dare informazioni di tipo prognostico ma soprattutto predittivo del beneficio di un trattamento chemioterapico adiuvante.

La sua validità nell’essere predittivo deve essere riconosciuta dalle principali linee guida internazionali (...); rappresenta valore aggiunto il riconoscimento di organi internazionali quali il NICE inglese (...). Deve essere inoltre supportato da validi studi clinici prospettici di fase III, condotti su pazienti a rischio intermedio, pubblicati per esteso su riviste internazionali a elevato *impact factor* e con numero adeguato di pazienti arruolati”.

Ebbene, deve ritenersi che la suddetta lettera di invito contenga indicazioni sufficientemente precise sia per quanto concerne i requisiti minimi della prestazione sia con riguardo a quelli di carattere preferenziale.

Quanto ai primi, vengono in rilievo le seguenti caratteristiche del servizio:

- deve essere offerto un test di profilazione genica per le pazienti operate di tumore della mammella a rischio intermedio, come definito dalla D.G.R. XI/1986/19 del 23.7.2019 di Regione Lombardia;
- il test dovrà essere eseguito in laboratorio centralizzato e validato, senza determinare acquisizioni di kit specifici e/o addestramento del personale dell’ASST Bergamo Ovest.

Quanto ai secondi, invece, viene in rilievo l’idoneità del test ad offrire informazioni di tipo sia prognostico sia predittivo nonché, con particolare riguardo a quest’ultimo aspetto, il cui carattere preferenziale viene rimarcato dall’utilizzo

dell'avverbio “soprattutto”, il riconoscimento della sua validità da parte di organismi internazionali.

Con ulteriore profilo di censura, la parte appellante deduce che il T.A.R. non ha colto l'erroneità delle valutazioni della Commissione, che, da un lato, ha affermato contraddittoriamente che per il test offerto dalla stessa “non sono disponibili al momento attuale studi prospettici”, mentre, dall'altro lato, ha concluso che “i dati di validazione sul ruolo predittivo della chemioterapia risultano essere non ancora sufficienti”.

La censura non può essere accolta.

Basti osservare che gli “studi prospettici” non sono sovrapponibili ai “dati di validazione sul ruolo predittivo” della chemioterapia, afferendo i primi alla tipologia degli studi condotti per verificare la validità del test, i secondi al ruolo (prognostico/predittivo) del test medesimo.

In ogni caso, assume rilievo decisivo, al fine di corroborare sul piano motivazionale il giudizio espresso dalla commissione con riferimento al test offerto dalla appellante, il rilievo – da essa non specificamente contestato – inteso ad evidenziare che “i dati di validazione sul ruolo predittivo della chemioterapia risultano essere non ancora sufficienti”.

Allega ancora la parte appellante che la Commissione ha dato esclusivo rilievo al “requisito predittivo” nella selezione dell'offerta, tanto da farlo assurgere ad implicito criterio di esclusione, pur essendo nella disciplina di gara indicato semplicemente come “caratteristica preferenziale”.

Il motivo non può essere accolto.

Deve osservarsi che l'assunto secondo cui la Commissione avrebbe attribuito valore escludente al ruolo predittivo del test non trova riscontro nel verbale di valutazione delle offerte prodotto nel giudizio di primo grado, evincendosi da esso che l'organo ha condotto le sue valutazioni sulle caratteristiche dei test offerti dalle concorrenti attribuendo rilievo preferenziale, coerentemente con le previsioni della *lex specialis*, a quello (offerto dalla aggiudicataria) la cui validità, sia

prognostica che predittiva, era supportata da studi sia retrospettivi che prospettici, anche alla luce del numero di pazienti coinvolti, oltre ad essere riconosciuta dalle Linee Guida e da Istituti internazionali.

Sostiene quindi la parte appellante che la stessa lettera di invito stabiliva che la gara doveva essere aggiudicata “sulla base della valutazione congiunta della congruità del prezzo e della qualità del servizio offerto”, laddove la Commissione non ha espresso alcuna valutazione con riferimento al primo aspetto.

Il motivo non può essere accolto.

Deve infatti rilevarsi che il “giudizio positivo” conseguito dall’offerta tecnica della aggiudicataria (cfr., sul punto, il verbale n. 3 del 23 gennaio 2020 e l’impugnata delibera di aggiudicazione n. 242 del 21 febbraio 2020), a fronte di quelli negativi espressi nei confronti delle altre due concorrenti (tra le quali l’impresa appellante), è stato ritenuto dalla stazione appaltante come idoneo a giustificare l’aggiudicazione alla stessa del servizio *de quo*, assumendo rilievo preminente, a tal fine, rispetto alla (di poco) maggiore convenienza economica dell’offerta della appellante.

Deduce infine quest’ultima che il T.A.R. ha respinto il motivo di ricorso inteso a censurare la composizione della Commissione di gara sul rilievo che gli artt. 77 e 78 D.Lgs. n. 50/2016 si applicherebbero “limitatamente” alle procedure aggiudicate con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, ma trascurando di considerare che la gara doveva essere aggiudicata proprio sulla base della “valutazione congiunta della congruità del prezzo e della qualità del servizio offerto”, che altro non sarebbe che una declinazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Nemmeno il motivo in esame è meritevole di accoglimento.

Deve premettersi che, come si evince dall’Avviso Esplorativo (pag. 2), la gara de qua è stata espletata dalla stazione appaltante ai sensi dell’art. 36, comma 2, lett. b) d.lvo n. 50/2016, e non, come sostenuto dalla parte appellante, ai sensi della lett. a), a mente del quale l’Amministrazione procede, “per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all’articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento

diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti”.

Ebbene, ed a prescindere dal carattere del tutto innovativo dei rilievi formulati sul punto dalla parte appellante (puntualmente eccepito dall'impresa appellata), deve in primo luogo rilevarsi che non sussistono i presupposti atti a generare, in capo alla stazione appaltante, l'obbligo di procedere mediante gara (con l'applicazione delle conseguenti disposizioni): invero, quanto alla dedotta possibilità di rinnovo contrattuale (che da sola, comunque, non sarebbe sufficiente a determinare lo sfioramento delle soglie previste dall'art. 35), essa esula dalle previsioni della *lex specialis*, che fa riferimento alla proroga tecnica di cui all'art. 106, comma 1, d.lvo cit., mentre, quanto alla rilevanza al suddetto fine della clausola di adesione, deve osservarsi che essa è praticabile, secondo la *lex specialis*, “fino al raggiungimento della soglia comunitaria”.

Se quindi si considera che questa è fissata, dall'art. 35, comma 1, lett. c), per “gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali”, nell'importo di € 209.000,00, ne viene che non è predicabile l'obbligo di indizione della gara sostenuto dalla parte appellante.

Fatta tale premessa, ne deriva che non risultano applicabili alla fattispecie in esame le disposizioni, invocate dalla parte appellante a fondamento del suindicato motivo di censura, di cui agli artt. 77 e 78 d.lvo cit., al fine di dimostrare l'illegittima composizione (*recte*, la mancata nomina, come evidenziato dal giudice di primo grado) della commissione di gara.

Infine, non possono essere esaminati i motivi assorbiti dal T.A.R. e riproposti dalla parte appellante, siccome subordinati all'accoglimento di quelli precedentemente esaminati.

L'appello, in conclusione, deve essere complessivamente respinto, mentre l'originalità dell'oggetto della controversia giustifica la compensazione delle spese del giudizio di appello.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio, svolta in modalità telematica, del giorno 4 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Garofoli, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Ezio Fedullo**

**IL PRESIDENTE**

**Roberto Garofoli**

## IL SEGRETARIO