

Pubblicato il 19/05/2020

03192/2020REG.PROV.COLL.

09706/2019 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 9706 del 2019, proposto da

OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gabriele Di Paolo, Stefano Soncini, Claudio Sironi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

OMISSIS S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Ceniccola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Asl Br, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Pierandrea Piccinni, Maurizio Nunzio Cesare Friolo, con domicilio eletto presso lo studio Barbara Cataldi in Roma, corso Risorgimento 11;

Asl Bat – Barletta, Andria e Trani, Asl Bari, Asl Foggia, Asl Lecce non costituite in giudizio;

nei confronti

Asl Taranto non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza) n. 01036/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Innova Puglia e di Asl Br;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 30 aprile 2020, tenuta nelle forme di cui all'art. 84 del d.l. n. 18/2020, il Cons. Raffaello Sestini

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 – La controversia in esame si inserisce in un più ampio contenzioso riguardante la procedura aperta indetta da OMISSIS S.p.A., quale soggetto aggregatore della Regione Puglia, per l'affidamento del servizio di ossigenoterapia domiciliare a lungo termine per i fabbisogni delle Aziende Sanitarie della medesima Regione. La gara, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (70 punti massimi per la qualità e 30 punti massimi per il prezzo), era articolata in 6 lotti per approvvigionare le 6 ASL della Regione mediante la stipula, da parte di OMISSIS S.p.A, di 6 convenzioni quadro di durata biennale per l'effettuazione degli ordini da parte delle Aziende Sanitarie interessate

1.1 – Quanto ai contenuti della gara, le prestazioni richieste per ogni lotto comprendevano la fornitura periodica e la consegna di ossigeno terapeutico allo stato liquido in appositi contenitori criogenici, unità base e unità portatile, forniti in comodato d'uso gratuito; la fornitura e la consegna dei materiali di consumo e accessori occorrenti per l'espletamento del servizio; il servizio di assistenza tecnica e di manutenzione ordinaria e straordinaria; la sanificazione periodica dei contenitori criogenici; l'informazione e la formazione dei pazienti e degli assistenti sul corretto utilizzo delle apparecchiature; l'attivazione di un Call Center; l'applicativo informatico per la gestione del paziente e della fornitura di ossigeno comprendente tutti i dati richiesti del flusso informativo mensile obbligatorio nonché il ritiro delle apparecchiature e dell'eventuale materiale residuo.

1.2 – Quanto al prezzo, erano previsti due prezzi unitari a base d'asta, con obbligo di un identico sconto per entrambi: € 1,30/giorno per i servizi riferiti alla dispensazione domiciliare dell'ossigenoterapia; € 1,50/mc - quale prezzo medio stimato tra i prezzi attualmente praticati a livello nazionale, onnicomprensivo dei costi annessi per i materiali di consumo – per l'ossigeno liquido.

2 – Alcune imprese (in particolare, l'appellante OMISSIS S.r.l., Vivisol S.r.l., Puglia Life S.r.l.) impugnavano davanti al TAR per la Puglia la lex specialis di gara, presentando istanza di decreto inaudita altera parte, per non dover presentare la propria offerta, ma tali istanze venivano rigettate. Anche esse presentavano pertanto offerte: l'odierna appellante OMISSIS in ATI con Vivisol, (che proponeva separato ricorso e poi separato appello) Puglia Life (che proponeva, anche essa, separato ricorso e poi separato appello) in ATI con Sapio Life S.r.l. (che interveniva ad adiuvandum in grado di appello).

2.1 – Il TAR rigettava le istanze cautelari e respingeva i tre ricorsi nel merito, con compensazione delle spese di lite tra le parti, con tre separate sentenze tutte impugnate in appello. Quella che definiva il ricorso di OMISSIS Srl veniva impugnata con l'appello in epigrafe.

2.2 – Venivano altresì estromessi dalla gara i RTI formati da Sico – Società Italiana Carbuoro Ossigeno S.p.a. e Domolife S.r.l. per violazione dell'obbligo posto dalla lex specialis di gara di partecipazione nella stessa forma (individuale o associata) e composizione (in caso di RTI). I provvedimenti di esclusione venivano ritenuti legittimi dal TAR, dando atto del vincolo imposto dalla lex specialis di gara, con separata sentenza parimenti appellata dalle imprese interessate e decisa da questa Sezione nella medesima udienza.

3 – Nel presente giudizio di appello, in particolare, l'appellante OMISSIS, che nel frattempo è risultata aggiudicataria provvisoria per due lotti in ATI con Vivisol, da un lato, e la stazione appaltante OMISSIS dall'altro, hanno ampiamente dibattuto mediante un ripetuto scambio di memorie. E' inoltre intervenuta l'ASL BR.

3.1 – Con la sua ultima memoria l'appellante, oltre a non accettare il contraddittorio sulle ultime deduzioni della resistente (che peraltro, osserva il Collegio, risultano non dirimenti ai fini della decisione), si duole del rito previsto dall'art. 84, comma 5, d.l. 18/2020, per la parte in cui si prevede che la causa passi in decisione in assenza della discussione orale, con la sola presentazione di brevi note due giorni liberi prima dell'udienza, in quanto ciò non sarebbe idoneo a garantire il fondamentale principio del contraddittorio.

In particolare l'appellante, premesso che il principio del contraddittorio connesso con il dibattimento in udienza pubblica è sancito dall'art. 6 CEDU, dall'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e dall'art. 111 della Costituzione, e che il diritto interno (art. 87, comma 1, cpa) prevede l'udienza pubblica con facoltà di discutere la causa (art. 73, comma 2 cpa), consentendo altresì alle parti di produrre memorie e repliche che debbono riguardare però solo i nuovi documenti e le nuove memorie depositati in vista dell'udienza (art. 73, comma 1 c.p.a.), ritiene necessaria la partecipazione degli avvocati da remoto, così come previsto peraltro dall'art. 83 d.l. 18/2020 per le udienze civili, penali, tributarie e per la magistratura militare nonché dall'art. 85 per le udienze avanti la Corte dei Conti, nonché dalla Corte Costituzionale,

Chiede, quindi, che il Collegio valuti la possibilità di consentire agli avvocati la discussione orale della presente vertenza, previa disapplicazione dell'art. 84, comma 5, d.l. 18/2020, mediante l'utilizzo del medesimo programma informatico individuato per i magistrati, e che ove ciò non sia ritenuto possibile la questione venga fatta oggetto di rinvio pregiudiziale alla CGUE ex art. 267 TFUE o di rimessione alla Corte Costituzionale per violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost. nonché dell'art. 6 CEDU.

3.2 – Le predette questioni si rivelano peraltro, a giudizio del Collegio, manifestamente non fondate, essendo rivolte avverso una misura di legge di somma urgenza avente carattere strettamente temporaneo e motivata da ragioni d'ordine pubblico nazionale, ovvero dal preminente interesse pubblico generale a garantire la Comunità nazionale dall'espandersi della pandemia in atto, a tutela del diritto alla vita di ciascun suo componente e del connesso diritto alla salute che costituisce, a mente dell'art 32 della Costituzione, "fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività", ovvero del primo dei "diritti inviolabili dell'uomo" che la Repubblica, a norma dell'articolo 2 della Costituzione, non solo "riconosce" ma "garantisce", dovendo la Repubblica adottare, così come nella fattispecie considerata, ogni misura idonea, ragionevole e proporzionata rispetto alla gravità del pericolo e potendo in tale quadro la legge temporaneamente conformare, entro i predetti limiti, i diritti di libertà ed economici secondo le previsioni del citato articolo 2, così come confermato, secondo una interpretazione sistematica delle

previsioni del Titolo I, dagli articoli 14, ultimo comma, 16, secondo comma, 17, primo comma, 32, secondo comma e 41, secondo comma, della Costituzione.

3.3 – D'altro canto, in disparte la descritta natura temporanea e d'urgenza della misura contestata, considera altresì il Collegio che il diritto di azione e di difesa in giudizio ed il diritto al contraddittorio processuale dell'impresa ricorrente, garantiti rispettivamente dagli artt. 24 e 111 della Costituzione oltreché dai Trattati richiamati, non risultano indebitamente incisi da disposizioni necessariamente rilevanti ai fini della definizione del giudizio a quo, ovvero in grado di alterare gli esiti del giudizio in corso, alla luce della possibilità di scambiare memorie fino a poche ore prima dall'udienza (facoltà di cui entrambe le Parti si sono ampiamente avvalse) e della facoltà processuale, non attivata, di chiedere il rinvio dell'udienza fino al superamento dell'emergenza ferma restando la piena tutela cautelare, anche inaudita altera parte, che in realtà è stata argomentatamente richiesta dall'attuale appellante, ma altrettanto motivatamente respinta prima dal TAR e poi da questa Sezione. Ed è proprio la diversità dei riti, e in particolare delle misure e dei tempi di tutela rispetto alle altre giurisdizioni nazionali, ad impedire di poter dedurre una ingiusta disparità di trattamento dalla denunciata differenziazione delle rispettive discipline in quanto, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale, la non irragionevole differenziazione della disciplina di fattispecie fra loro diverse rientra nell'ambito della cosiddetta discrezionalità del legislatore.

4 – Dovendo quindi il giudizio essere deciso, devono essere preliminarmente esaminate le eccezioni concernenti l'ammissibilità e la procedibilità del ricorso, che vengono messe in dubbio dalla parte resistente in ragione della avvenuta partecipazione dell'impresa alla gara e del suo posizionamento in ATI come prima in graduatoria in relazione a due lotti (numero massimo di lotti aggiudicabili al medesimo soggetto secondo le previsioni di gara), per i quali ha altresì già ottenuto l'aggiudicazione provvisoria, di modo che non potrebbe lucrare, anche in caso di accoglimento del gravame, alcuna ulteriore utilità meritevole di tutela in sede giurisdizionale.

4.1 – Le predette eccezioni non possono peraltro essere accolte. Infatti, la presentazione dell'offerta non pregiudica la perduranza dell'interesse a coltivare la lite diretta all'annullamento dell'intera gara (Consiglio di Stato, Sez. V, 25/11/2019, n. 8037), in quanto l'offerta (per quanto irrevocabile) resta comunque destinata ad essere travolta dall'annullamento in toto della gara, richiesto dalla ricorrente. Inoltre, OMISSIS non ha ancora adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva che avrebbe fatto acquisire all'impresa il diritto di eseguire la prestazione.

5 – Nel merito, secondo l'appellante il TAR avrebbe errato nel respingere il ricorso di primo grado, non avvedendosi che la *lex specialis* di gara per come formulata non aveva consentito la presentazione di un'offerta ponderata, aveva imposto un prezzo non remunerativo sottoposto ad uno sconto incongruo ed aveva compromesso l'autonomia imprenditoriale delle imprese partecipanti, condizionandole a partecipare per tutti i lotti nella stessa forma e composizione.

In particolare, vengono dedotti i seguenti motivi di impugnazione:

5.1 – violazione e falsa applicazione di norme di legge di principi generali dell'ordinamento (art. 83, comma 8 del D.lgs. 50/16), eccesso di potere per difetto del presupposto, illogicità manifesta e carenza della motivazione, travisamento, disparità di trattamento e sviamento, per la parte in cui la sentenza appellata ha respinto il primo motivo del ricorso di primo grado (illegittimità dell'art. 2 del disciplinare di gara nella parte in cui prevede, a pena di esclusione, che l'operatore economico che intende partecipare a più lotti è tenuto a presentarsi sempre nella medesima forma per violazione del principio di tassatività);

5.2 – violazione e falsa applicazione di norme di legge e di principi generali dell'ordinamento (artt. 48, 51 e 71 del D.lgs. 50/16; considerando n. 124 e art. 46 della Direttiva 24/14/UE), difformità dal "bando tipo n. 1" predisposto dall'Anac, eccesso di potere per difetto del presupposto, illogicità manifesta e carenza della motivazione, travisamento, disparità di trattamento e sviamento, per la parte in cui la sentenza appellata ha respinto il secondo motivo del ricorso di primo grado (illegittimità dell'art. 2 del disciplinare di gara nella parte in cui prevede che l'operatore economico che intende partecipare a più lotti è tenuto a presentarsi sempre nella medesima forma, sotto altro profilo);

5.3 – violazione e falsa applicazione di norme di legge e di principi generali dell'ordinamento in tema di AIC – Autorizzazione all'Immissione in Commercio dell'ossigeno, eccesso di potere per difetto del presupposto, illogicità manifesta e carenza della motivazione, travisamento, disparità di trattamento e sviamento, per la parte in cui la sentenza appellata ha respinto il terzo motivo di ricorso (illegittimità per l'omessa indicazione delle tipologie di confezioni a cui attribuire 5 punti in base alla registrazione della quantità di ossigeno presente all'atto della consegna e di quella residua al momento del ritiro);

5.4 – violazione e falsa applicazione di norme di legge e di principi generali dell'ordinamento (art. 23 commi 14, 15 e 16 del D.lgs. 50/16), eccesso di potere per difetto del presupposto, illogicità manifesta e carenza della motivazione, travisamento, disparità di trattamento e sviamento, per la parte in cui la sentenza appellata ha respinto il quarto motivo del ricorso di primo grado (omessa indicazione dell'analisi dei costi della manodopera e indeterminatezza dei valori effettivi posti a gara);

5.5 – violazione e falsa applicazione di norme di legge e dei principi generali dell'ordinamento di efficienza, di economicità delle forniture e di trasparenza, eccesso di potere per difetto del presupposto, illogicità manifesta e carenza della motivazione, travisamento, disparità di trattamento e sviamento sotto ulteriori profili, per la parte in cui la sentenza appellata ha respinto il quinto motivo del ricorso di primo grado (omessa indicazione delle modalità di svolgimento del servizio mediante fornitura di ossigeno gassoso e concentratori);

5.6 – violazione e falsa applicazione di norme di legge (art. 29 e 30 del D.lgs. 50/16) e dei principi generali dell'ordinamento di efficienza, di economicità delle forniture e di trasparenza sotto un differente profilo, eccesso di potere per difetto del presupposto, illogicità manifesta e carenza della motivazione, travisamento, disparità di trattamento e sviamento sotto ulteriori profili, per la parte in cui la sentenza appellata ha respinto il sesto motivo di ricorso (errata previsione del sistema informatico, non dettagliatamente illustrato, con previsione di adeguamento ad un sistema individuato in sede regionale in corso di prestazione);

5.7 – violazione e falsa applicazione di norme di legge (Direttiva 2014/24/UE) e dei principi generali dell'ordinamento di trasparenza e par condicio tra i concorrenti, eccesso di potere per difetto del presupposto, illogicità manifesta e carenza della motivazione, travisamento, disparità di trattamento e sviamento sotto ulteriori profili, per la parte in cui la sentenza appellata ha respinto il settimo motivo del ricorso di primo grado (illegittimità della soglia minima di sbarramento per l'offerta tecnica in base ai criteri di ammissione delle offerte).

5.8 – Come sarà di seguito argomentato, tutte le predette censure risultano, peraltro, non fondate, dovendo pertanto trovare conferma la decisione negativa già adottata dal TAR nel giudizio di primo grado.

6 – In particolare, con i primi due motivi di ricorso, l'appellante contesta la legittimità dell'art. 2 del Disciplinare di gara, che impone a pena di esclusione all'operatore economico che intenda partecipare a più lotti di presentarsi sempre nella medesima forma (individuale o associata) ed in caso di R.T.I. o Consorzi, sempre con la medesima composizione, per eccesso di potere sotto plurimi profili e per violazione, rispettivamente, dell'art. 83, comma 8 del D.lgs. 50/16, nonché dell'art. 48, 51 e 71 del D.lgs. 50/16 e del considerando n. 124 e dell'art. 46 della Direttiva 24/14/UE.

6.1 – Entrambe le censure si incentrano sulla illegittimità dell'art. 2 del disciplinare di gara nella parte in cui prevede per l'operatore economico che intende partecipare a più lotti l'obbligo di presentarsi sempre nella medesima forma associativa e il limite di due aggiudicazioni.

Il tenore della predetta previsione, aggravato dall'incerto atteggiamento tenuto dalla stazione appaltante in sede di chiarimenti, applicherebbe, quindi, ad una gara per l'affidamento di un contratto plurimo articolato in più lotti da considerare, per costante giurisprudenza, contrattualmente separati, una limitazione prevista invece per garantire l'autonomia e l'indipendenza fra una pluralità di offerte attinenti alla medesima gara. Ciò comporterebbe una indebita e quindi illegittima violazione dell'autonomia negoziale e della libertà imprenditoriale delle singole imprese, ed in particolare delle piccole imprese, in quanto tali principi postulano, invece, la possibilità per le imprese di partecipare liberamente alle diverse procedure negoziali singolarmente o in ATI con altri operatori, anche al fine di competere con i concorrenti di maggiori dimensioni.

6.2 – Le censure in esame risultano peraltro infondate. Premette il Collegio che, così come riconosciuto dal giudice di prime cure, la limitazione di un numero massimo di lotti (due) aggiudicabili al medesimo offerente risponde, secondo le previsioni dell'art. 51 del codice dei contratti, alle medesime ragioni di tutela della libertà d'iniziativa economica e di concorrenza da indebite rendite oligopolistiche che postulano la suddivisione dei contratti in più lotti, e quindi risulta pienamente legittima.

In tale quadro, l'ulteriore previsione che le offerte per più lotti messi a gara debbano essere presentate nella medesima forma individuale o associata e, in caso di RTI, con la medesima composizione risponde alla ragionevole esigenza d'interesse pubblico generale di garantire, da un lato, la correttezza e genuinità, e quindi la piena concorrenzialità fra loro, delle offerte riferite ad un'unica gara e, dall'altro, la univocità e serietà dell'impegno contrattuale assunto dai partecipanti alla medesima gara in sede di esecuzione dei singoli adempimenti contrattuali riferiti ai diversi lotti, ovvero alle diverse ASL della Regione Puglia, senza poter in ipotesi "triangolare" le responsabilità fra compagini societarie ed associative diverse. La previsione dei gara si palesa quindi legittima, indipendentemente dalle dedotte incertezze dei chiarimenti forniti, che comunque esulano dall'ambito del presente giudizio non avendo determinato alcun pregiudizio per l'appellante.

6.3 – L'unitarietà della gara emerge, così come dedotto dal giudice di prime cure, dalla unicità della Commissione esaminatrice, dall'identità, per tutti i lotti, dei requisiti richiesti dal bando e degli elementi di valutazione dell'offerta tecnica di cui all'allegato 2 al disciplinare, dalla possibilità di produrre un'unica offerta telematica per più lotti, dall'identità, per tutte le Asl, delle modalità di prestazione del servizio e delle prestazioni richieste ed, inoltre, dall'integrazione telematica riferita alla esecuzione di tutti gli adempimenti negoziali conseguenti.

A tale ultimo riguardo considera altresì il Collegio, così come dedotto dal medesimo appellante con altro motivo di censura riferito al software che deve essere messo a disposizione dalla ditta aggiudicataria, che la Regione Puglia ha avviato una gara telematica per l'acquisizione di un sistema informativo amministrativo-contabile, unico e integrato per le Aziende Sanitarie Locali, basato su una piattaforma applicativa sviluppata in logica ERP (Enterprise Resource Planning) centralizzata e che ad avvio del suddetto sistema informativo amministrativo-contabile (MOSS), dovrà essere prevista l'integrazione delle gestioni contabili di tutte le aggiudicatarie dei diversi lotti a garanzia di una gestione integrata ed unitaria del servizio di ossigenoterapia svolto in ambito regionale per ciascuna delle diverse ASL.

La limitazione in esame quindi non è illegittima e non pregiudica l'autonomia privata dei concorrenti, trattandosi non di una gara ad oggetto plurimo suddiviso in lotti di diverso contenuto caratterizzati da una propria autonomia – e quindi gestibili in modo diverso dalle imprese aggiudicatarie – bensì di una gara unitaria rivolta alla fornitura di un medesimo servizio in aree territoriali diverse, con conseguente articolazione in lotti – corrispondenti ai diversi soggetti preposti alla tutela della relativa prestazione nei confronti degli utenti finali – che prelude a un sistema di gestione unitario della commessa.

6.4 – Alla stregua delle pregresse considerazioni risulta, dunque, legittima non solo la limitazione del numero massimo di lotti attribuibili allo stesso partecipante (prescrizione volta a favorire la concorrenza ex art. 51, commi 2 e 3, d.lgs. n. 50/2016), bensì anche il vincolo di partecipazione ai diversi lotti nella stessa forma e composizione, in quanto volto a garantire sia la corretta competizione fra le offerte riferite ai diversi lotti, sia la piena ed univoca responsabilità dei vincitori per l'adempimento delle specifiche obbligazioni nascenti dalla medesima gara in relazione ai diversi lotti.

Tali finalità trovano, nella fattispecie in esame, un ulteriore specifico fondamento nell'esigenza di tutela del diritto alla salute dei pazienti del servizio sanitario regionale ai sensi dell'art. 32 Cost. oltreché nei principi di imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa di cui all'art. 97 Cost. Risultano, inoltre, coerenti con l'invocato principio di libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost., che postula un mercato regolato a garanzia del pieno dispiegarsi del principio di libera concorrenza, principio che peraltro trova, in questo caso, specifica tutela proprio nelle regole di gara in esame, e in particolare nel limite di aggiudicazione di due lotti rispetto ai sei messi in gara, trattandosi di regole volte a consentire alle imprese "new comers" di concorrere ad armi pari con gli operatori economici dominanti dello specifico segmento di mercato, con potenziali evidenti ricadute positive sulla qualità del servizio e sul suo costo posto a carico della comunità.

7 – Il terzo motivo dedotto dall'appellante si appunta sui criteri di valutazione dell'offerta tecnica, lamentando in particolare l'omessa indicazione delle tipologie di confezioni e l'incongruità dei criteri di attribuzione dei 5 punti previsti dal criterio A.2.3.3.

7.1 – Con il motivo in esame si deduce, in particolare, che il criterio di valutazione dell'offerta tecnica costituito dalle modalità di registrazione della quantità di ossigeno presente nel contenitore al momento della consegna e del ritiro del recipiente sarebbe irragionevole e confliggerebbe con la normativa in materia, essendo l'ossigeno un farmaco che, in quanto tale, va necessariamente venduto a confezione, non rilevando i residui (non utilizzabili ma da smaltire) del contenitore. Si ritiene pertanto illogico, e quindi ingiustificato, il previsto onere di registrazione delle quantità residue di ossigeno al momento del ritiro delle confezioni, in quanto le bombole sono vendute in varie misure sigillate ognuna con il suo foglietto informativo ed agli operatori (pubblici e privati) non è consentito di riutilizzare il farmaco residuo all'interno delle bombole. Ne deriverebbe la non utilità, oltreché la non facile comprensione, delle richieste di valutare quanto ossigeno rimanga all'interno di una bombola terminato l'utilizzo.

7.2 – Neppure la censura in esame merita accoglimento, in quanto il giudice di prime cure in realtà ha ampiamente chiarito l'appropriatezza della misurazione della quantità di ossigeno fornita in metri cubi, che non incide affatto sulla modalità di fornitura del prodotto ossigeno in contenitori pressurizzati e sulla conseguente contabilizzazione economica, e che risponde invece alla ragionevole esigenza di monitorare i consumi ai fini della verifica della economicità ed efficienza del servizio, posto a carico delle risorse pubbliche, e della puntuale programmazione futura dei relativi fabbisogni, fermo restando il pagamento della fornitura in base ai contenitori consegnati indipendentemente dal fatto che siano stati o meno integralmente utilizzati –ed anzi proprio in ragione, secondo il principio di imparzialità e buon andamento sancito dall'art. 97 della Costituzione, della circostanza che il pagamento avviene in base alla fornitura dei contenitori indipendentemente dal fatto che siano stati o meno integralmente utilizzati rendendo non solo opportuno ma necessario, alla stregua dei predetti principi, il monitoraggio del loro corretto utilizzo.

8 – Con il quarto motivo di ricorso, Medicaire contesta l'illegittimità della mancata richiesta di fornire l'analisi dei costi della manodopera e l'indeterminatezza dei valori effettivi della fornitura posta a gara.

8.1 – Si contesta, in particolare, la lacunosità della lex specialis di gara, che, difformemente da quanto previsto dall'art. 23, co. 16, del codice dei contratti pubblici, non avrebbe individuato i costi della manodopera, e che inoltre non avrebbe definito con esattezza i quantitativi dei materiali di consumo da fornire insieme all'ossigeno liquido, per i quali verrebbe contraddittoriamente previsto un punteggio aggiuntivo pur trattandosi di fornitura obbligatoria.

8.2 – Peraltro, così come evidenziato dal giudice di prime cure, la lex specialis deve essere integrata dalla previsione di cui all'art. 95, co. 10, d.lgs. n. 50/2016, sicché comunque compete a ciascun offerente indicare i costi della manodopera, essendo anche in questo caso rimessa alla libertà e responsabilità dell'impresa la valutazione dei costi mediante una analitica previsione e contabilizzazione delle diverse attività lavorative necessarie al fine di garantire la fornitura del servizio di ossigenoterapia in esame nel rispetto degli obblighi normativi di tutela dei lavoratori, dai quali l'impresa non potrà comunque esimersi in sede di esecuzione del contratto. Era quindi il concorrente che doveva stimare i costi delle prestazioni lavorative di vario tipo ritenute necessarie per l'esecuzione del contratto in esame, qualificato dalla stessa stazione appaltante in sede di chiarimenti quale contratto di fornitura con alcuni servizi accessori, prima di predisporre una propria offerta conforme alle previsioni di legge.

8.3 – Considera altresì il Collegio che, per le medesime considerazioni, non irragionevole risulta anche l'obbligo di indicare distintamente i prezzi a base d'asta relativi alle attività di fornitura presso le abitazioni e alle attività di servizio rese agli utenti (necessariamente contabilizzate secondo parametri diversi: prezzo per quantità di prodotto –comprensivo dell'ossigeno e dei connessi materiali di consumo- e prezzo per tempo di lavoro), nonché l'ulteriore obbligo di offrire un unico sconto percentuale dei due prezzi così determinati, in quanto riferiti a prestazioni diverse ma evidentemente connesse, essendo anche in questo caso rimessa alla libertà e conseguente responsabilità d'impresa la formulazione della migliore offerta atta a garantire, con il minor dispendio di risorse pubbliche, il pieno raggiungimento delle finalità d'interesse pubblico generale perseguite dall'Amministrazione.

8.4 – Analoghe considerazioni valgono per il punteggio qualitativo afferente ai materiali di consumo, visto che il concorrente, in forza del capitolato, deve in ogni caso garantire un certo quantitativo medio annuo per paziente ed inoltre dotare il paziente "senza oneri aggiuntivi" degli ulteriori materiali che siano comunque richiesti dallo specialista pneumologo prescrittore, ma può inoltre lucrare un maggiore

punteggio discrezionale (massimo pari a 4 punti), offrendo una migliore qualità, rispetto ai requisiti minimi, dei materiali che deve comunque mettere a disposizione. I criteri in esame, dunque, non sono in astratto irragionevoli, né l'appellante dimostra che ne sia stata fatta una irragionevole applicazione.

9 – Con il quinto motivo di ricorso, è dedotta l'illegittimità della omessa indicazione di tutte le possibili modalità di svolgimento del servizio, ovvero mediante fornitura di ossigeno gassoso e di concentratori oltreché mediante contenitori di ossigeno liquido.

9.1 – In particolare, viene contestata l'omessa indicazione delle modalità di svolgimento del servizio mediante fornitura di ossigeno gassoso e di concentratori, in quanto nelle gare per la fornitura del servizio di ossigeno terapia domiciliare sarebbe prassi indicare l'intera modalità di prestazione del servizio, che comprende non solo la fornitura dell'ossigeno liquido, ma anche la fornitura dell'ossigeno gassoso tramite concentratore (un dispositivo in grado di produrre ossigeno a partire dall'ambiente circostante).

9.2 – Peraltro, così come considerato dal Tar, la mancata richiesta di ossigeno gassoso rientra nell'ambito della discrezionalità della stazione appaltante circa l'individuazione del servizio da mettere a gara ai fini del perseguimento delle proprie finalità istituzionali di tutela degli utenti del servizio sanitario regionale, finalità rispetto alle quali non risulta né estranea né irragionevole una gara per la fornitura di ossigeno liquido, indipendentemente dalla eventuale fornitura di ossigeno gassoso, né l'impresa appellante dimostra come la limitazione al solo ossigeno liquido possa averla pregiudicata nella partecipazione alla gara o nella competizione con gli altri concorrenti.

10 – Con il sesto motivo di ricorso è contestata la previsione dell'art. 3.2 del capitolato tecnico secondo cui "Il modello organizzativo della Regione Puglia prevede che il Piano Terapeutico e/o le Prescrizioni per l'ossigenoterapia domiciliare siano effettuate in modalità informatizzata mediante il sistema informativo sanitario regionale Edotto, già integrato con l'anagrafe regionale degli assistiti e con l'anagrafe dei prescrittori". Ne deriverebbe, secondo l'appellante, un indefinito ed irragionevole obbligo di adeguare il software di cui sono già dotati a quello indicato nel capitolato.

10.1. Il motivo fa riferimento al software che, secondo le previsioni di gara, dovrà essere messo a disposizione dalla ditta aggiudicataria ai fini della integrazione della contabilità del servizio di fornitura in esame con il nuovo sistema informativo amministrativo-contabile regionale (MOSS) unico e integrato per tutte le Aziende Sanitarie Locali, trattandosi di un obbligo incerto nei tempi e nella sua quantificazione economico-finanziaria in ragione della mancata conoscenza della futura piattaforma applicativa sviluppata in logica ERP (Enterprise Resource Planning) centralizzata e della correlata integrazione del software che occorrerà mettere a disposizione.

10.2 – Peraltro, così come evidenziato dal giudice di prime cure, la censura non appare né conferente né, in ogni caso, dirimente, in quanto l'adeguamento amministrativo della contabilità dell'offerente alla piattaforma applicativa amministrativo-contabile del committente attiene ai normali oneri di diligenza e buona fede connessi all'esecuzione del contratto. La questione, quindi, concerne gli oneri ragionevolmente prevedibili da ciascuna impresa, nell'ambito delle proprie spese generali e di ammodernamento, per la fase, successiva a quella di gara, di realizzazione delle prestazioni contrattuali per le quali concorre. Ogni impresa deve, quindi, procedere, come d'uso, alla loro stima e quantificazione in sede di offerta avvalendosi, ove disponibili, delle eventuali indicazioni della stazione appaltante che, in questo caso, ha debitamente messo per tempo a disposizione di tutti i concorrenti le relative informazioni, nell'ambito di una esigenza di coordinamento unitario amministrativo-contabile regionale la cui ragionevolezza non può essere revocata in dubbio.

11 – Con il settimo ed ultimo motivo di appello l'appellante deduce l'illegittimità della legge di gara per aver previsto una soglia di sbarramento obiettivamente troppo elevata e quindi irragionevole (con un minimo di 42 punti sui 70 punti massimi attribuibili all'offerta tecnica). Oltretutto, il coefficiente più basso, pari a 0, illogicamente non sarebbe assegnato all'offerta che per il relativo item è stimata insufficiente, ma all'offerta "rispondente ai requisiti senza elementi migliorativi" ovvero all'offerta sufficiente. Si aggiungerebbe l'inafferrabilità dei criteri di valutazione delle offerte, che rimetterebbero alla Commissione giudicatrice un potere di scelta illimitata vietato dall'art. 95 d.lgs. n. 50/2016. Sarebbe pertanto stato impossibile fare stime dei comportamenti dei competitors in una logica concorrenziale, e quindi compiere valutazioni appropriate di convenienza economica e tecnica. Non basterebbe in altri termini per chi partecipa vincere, ma vincere nel migliore dei modi.

11.1 – La legge di gara avrebbe, in particolare, consentito una eccessiva discrezionalità della stazione appaltante prevedendo criteri di valutazione dell'offerta tecnica eccessivamente generici e, in tale ambito, una soglia di sbarramento obiettivamente troppo elevata e quindi irragionevole, assegnando oltretutto il coefficiente più basso, pari a 0, illogicamente all'offerta "rispondente ai requisiti senza elementi migliorativi" ovvero all'offerta sufficiente, di modo che si dovrebbero escludere offerte che in realtà sono idonee ai fini della fornitura messa a bando.

11.2 – La doglianza non è però suffragata da specifiche e puntuali argomentazioni atte a dimostrare da un lato, la irragionevole genericità dei criteri di valutazione, che offrono invece al valutatore una ampia e puntuale scala di valori in relazione alle prestazioni di ogni offerta e, dall'altro, la irragionevolezza della prevista soglia di sbarramento, ovvero che una offerta con un punteggio tecnico inferiore al minimo prestabilito avrebbe comunque potuto assicurare lo svolgimento di un servizio di fornitura compatibile con l'interesse pubblico di tutela del diritto alla salute dei pazienti perseguito dall'Amministrazione. Tale ultima censura, inoltre, nei fatti è smentita dalla stessa circostanza che non solo l'appellante, bensì tutte le imprese concorrenti, hanno superato tale soglia. La sentenza appellata chiarisce altresì che il valore zero corrisponde alle specifiche minime di ogni profilo prestazionale e che, quindi, correttamente non vengono accettati giudizi inferiori a quello corrispondente allo zero perché sotto di esso l'offerta sarebbe carente dei requisiti minimi, e quindi da escludere tout court.

11.3 – In realtà, come ampiamente chiarito dal giudice di prime cure, la disciplina di valutazione delle offerte tecniche non palesa il lamentato carattere arbitrario, in quanto la componente discrezionale del punteggio tecnico è disciplinata e limitata da una griglia di valutazione espressiva del puntuale giudizio tecnico su ogni singolo aspetto qualitativo dell'offerta. I coefficienti valutativi della griglia di valutazione sono a propria volta frutto di una preventiva individuazione dei criteri di valutazione affidata a parametri che definiscono gli aspetti prestazionali in modo specifico e chiaro.

E' stato quindi consentito agli operatori economici concorrenti di fare le proprie scelte, esercitando la propria libertà e responsabilità d'impresa, ai fini della emersione della migliore offerta nell'ambito di un mercato regolato ma realmente concorrenziale.

12 – Conclusivamente, l'appellante non riesce a dimostrare la irragionevolezza dei citati criteri, e neppure riesce a dimostrare, così come acclarato dal giudice di primo grado, che dalla loro pretesa irragionevole applicazione siano derivati un nocumento economico per l'appellante ovvero una alterazione della par condicio in suo danno rispetto agli altri partecipanti, essendo rimesse alla autonomia imprenditoriale dei concorrenti le scelte circa i prodotti ed i servizi da offrire per raggiungere il punteggio tecnico minimo atto ad assicurare la tutela della salute dei pazienti e circa i profili migliorativi e lo sconto unitario da offrire al fine di ottenere l'aggiudicazione, mediante la formulazione di un prezzo finale capace di compensare la

fornitura, il servizio e gli oneri accessori alla migliori condizioni di un mercato regolato ma realmente concorrenziale, alla stregua dei principi di imparzialità, buon andamento e tutela della salute sanciti dalla Costituzione.

12 – Alla stregua delle pregresse considerazioni l'appello deve essere respinto e, per l'effetto, deve trovare conferma l'appellata sentenza di reiezione del TAR.

13 – Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza, nella misura liquidata in dispositivo, nei rapporti fra l'impresa appellante soccombente e la stazione appaltante OMISSIS S.p.A., mentre possono essere compensate quanto ai rapporti fra i medesimi soggetti e l'ASL BR, in considerazione del carattere formale delle difese di quest'ultima.

P.Q.M.

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

Condanna l'impresa appellante a rifondere a OMISSIS S.p.A. le spese del presente grado di giudizio, che vengono complessivamente liquidate in Euro 10.000,00 (diecimila) oltre IVA, CPA e accessori.

Compensa le spese nei confronti della Asl Br, vista la difesa meramente formale.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 aprile 2020 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Raffaello Sestini

Franco Frattini