

Giustizia Amministrativa (<https://www.giustizia-amministrativa.it/>)[Indietro](#)Pubblicato il 18/12/2018
N. 07131/2018 REG.PROV.COLL.
N. 04841/2018 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 4841 del 2018, proposto dalla Rivoira Pharma s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Zanetti presso il cui studio in Roma, Corso Vittorio Emanuele II, n. 18 è elettivamente domiciliata,

contro

l'Azienda Sanitaria locale di Avellino, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Mariarosaria Di Troilo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, nonché,

nei confronti

della Medicaire Sud s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata dall'avvocato Stefano Soncini,

con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,
della Air Liquide Sanità Service, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio,

per la riforma

della sentenza n. 780 del 21 maggio 2018 del Tar Campania, sezione staccata di Salerno, sez. I, con la quale è stato respinto il ricorso proposto per l'annullamento della Determinazione dirigenziale n. 1604 del 18 dicembre 2017, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva del Lotto 2 (Ossigeno gassoso) della gara per l'affidamento della fornitura, gestione e distribuzione dei gas medicinali e tecnici c/o i Presidi Ospedalieri della Asl di Avellino, nonché del relativo bando di gara.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio della Azienda sanitaria locale di Avellino;
Visto l'atto di costituzione in giudizio della Medicar Sud s.r.l.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2018 il Cons. Giulia Ferrari e uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con deliberazione del Direttore Generale n. 447 del 27 marzo 2017 è stata indetta una gara per l'affidamento della fornitura, gestione e distribuzione dei gas medicinali e tecnici c/o i Presidi Ospedalieri della Asl di Avellino, divisa in due lotti (il lotto 1, che ha ad oggetto l'ossigeno liquido ed il lotto 2, che ha ad oggetto l'ossigeno gassoso).

La lex specialis di gara ha previsto che il criterio di aggiudicazione fosse quello del minor prezzo, ricorrendo l'ipotesi di cui all'art. 95, comma 4, lett. b, d.lgs. n. 50 del 2016 (servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato).

La Rivoira Pharma s.r.l. (d'ora in poi, Rivoira), attuale esecutrice della fornitura, ha presentato offerta per il lotto 2 relativo all'ossigeno gassoso, ma a causa dell'illegittimità del criterio di aggiudicazione prescelto non ha potuto fare apprezzare la qualità dei suoi prodotti e dei suoi servizi e, quindi, non si è potuta aggiudicare la gara.

Avverso il bando di gara e la successiva aggiudicazione la Rivoira ha proposto ricorso al Tar Salerno che, con sentenza della sez. I, n. 780 del 21 maggio 2018 lo ha respinto ritenendo l'appalto standardizzato.

2. Rivoira ha impugnato la citata sentenza del Tar Salerno con appello notificato e depositato il 14 giugno 2018.

Ha dedotto:

Violazione di legge per violazione e falsa applicazione dell'art. 95, d.lgs. n. 50 del 2016. Eccesso di potere per difetto di motivazione, illogicità e ingiustizia manifesta. Eccesso di potere per sviamento. Eccesso di potere per violazione della par condicio.

L'art. 95 del Codice dei contratti prevede che i contratti sono aggiudicati in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, solo in determinate e tipizzate ipotesi, l'Amministrazione "può" (e non deve) utilizzare il criterio del minor prezzo (comma 4), dandone "adeguata motivazione" (comma 5). In particolare, alla lett. b) prevede che il ricorso al criterio del minor prezzo è possibile per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato.

L'appalto messo a gara ha ad oggetto non solo la fornitura dei gas medicinali (art. 1, lett. a, del Capitolato speciale), ma anche la manutenzione degli impianti di stoccaggio e di erogazione dei gas, compresi i servizi di controllo e di monitoraggio degli impianti attraverso sistemi telematici (art. 1, lett. b,

del Capitolato speciale), nonché i servizi per la qualità e la sicurezza dei gas (art. 1, lett. d, del Capitolato speciale).

Tale appalto, sia per la parte della fornitura che per la parte dei servizi manutentivi e di analisi qualitativa dei gas, non ha per nulla caratteristiche standardizzate e le condizioni non sono definite dal mercato; non ricorrevano, pertanto, i presupposti per l'aggiudicazione in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Aggiungasi che la stazione appaltante non ha per nulla motivato le ragioni dell'utilizzo di tale criterio, limitandosi a richiamare la lett. b) del comma 4 dell'art. 95, d.lgs. n. 50 del 2016.

Il Tar ha ritenuto esistenti i presupposti per applicare il criterio del minor prezzo perchè il Capitolato descriverebbe specificamente all'art. 1, lett. a), le attività di fornitura dei gas, all'art. 8 le attività di manutenzione e, infine, all'art. 1, lett. d), le attività di analisi qualitativa dei gas, con la conseguenza che risulterebbe smentito in atti l'assunto secondo cui la lex specialis permetterebbe a ciascuna offerta di differenziarsi su aspetti qualitativi ulteriori rispetto al prezzo, in

ragione della precisa individuazione del complesso delle prestazioni e della concreta organizzazione del lavoro”.

E' però erroneo il richiamo, operato dal Tar, all'art. 8 del Capitolato, che attiene espressamente al solo lotto 1, relativo alla “Gestione e manutenzione serbatoi ossigeno”, mentre il lotto 2 ha ad oggetto l'ossigeno gassoso, che viene fornito in bombole, diversamente dall'ossigeno liquido, oggetto del lotto 1, che viene fornito in serbatoi.

3. Si é costituita in giudizio l'Azienda sanitaria locale di Avellino, che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità dell'appello per la formazione del giudicato esterno, per non avere la Rivoira appellato la sentenza n. 792 del 22 maggio 2018, che riguarda la stessa questione del criterio di scelta dell'aggiudicazione della gara ma relativamente al lotto 1; nel merito ha sostenuto l'infondatezza dell'appello.

4. Si é costituita in giudizio Medicaire Sud s.r.l., che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità dell'appello per la formazione del giudicato esterno, per non avere la Rivoira appellato la sentenza n. 792 del 22 maggio 2018, che riguarda la stessa questione del criterio di scelta

dell'aggiudicazione della gara ma relativamente al lotto 1; nel merito ha sostenuto l'infondatezza dell'appello.

5. Air Liquide Sanità Service non si è costituita in giudizio.

6. Con ordinanza 3259 del 13 luglio 2018 è stata accolta l'istanza di sospensione cautelare della sentenza n. 780 del 21 maggio 2018 del Tar Campania, sezione staccata di Salerno, sez. I.

7. Alla pubblica udienza del 13 dicembre 2018 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Oggetto del contendere è l'applicazione del criterio dell'offerta al minor prezzo, mediante ribasso sul prezzo posto a base di gara, ad una gara che ha ad oggetto (lotto 2) la fornitura, a Presidi ospedalieri, di ossigeno gassoso, che viene fornito in bombole.

Ad avviso dell'appellante la gara non poteva essere aggiudicata con il criterio dell'offerta al minor prezzo atteso che non riguardava solo la fornitura dell'ossigeno (art. 1, lett. a, del Capitolato tecnico), ma anche la gestione e la manutenzione dei contenitori fissi e dei relativi impianti necessari allo stoccaggio dei gas medicali (art. 1, lett. b, del Capitolato tecnico) e i servizi per la qualità e la

sicurezza dell'offerta (art. 1, lett. d, del Capitolato tecnico). In ogni caso, la stazione appaltante ha violato l'art. 95, comma 5, del Codice dei contratti pubblici, che impone un'adeguata motivazione della scelta di aggiudicare la gara con il criterio del prezzo più basso.

Preliminarmente il Collegio deve esaminare l'eccezione di inammissibilità dell'appello, sollevata sia dall'Azienda sanitaria locale di Avellino che da Medicaire Sud s.r.l. (d'ora in poi, Medicaire) per formazione del giudicato esterno, per non avere la Rivoira Pharma s.r.l. (d'ora in poi, Rivoira) appellato la sentenza della sez. I del Tar Salerno n. 792 del 22 maggio 2018, che aveva respinto il ricorso proposto per l'annullamento dell'aggiudicazione del lotto 1 ad altra concorrente, sollevando identiche censure.

L'eccezione non è suscettibile di positiva valutazione, dal momento che alla sentenza del Tar Salerno n. 792 del 2018 non può essere attribuito valore di giudicato esterno, non sussistendone i presupposti.

Com'è noto, secondo pacifica giurisprudenza solo "qualora due giudizi tra le stesse parti facciano riferimento al medesimo rapporto giuridico ed uno di essi sia stato definito con sentenza passata in giudicato, l'accertamento così compiuto in

ordine alla situazione giuridica ovvero alla soluzione di questioni di fatto e di diritto relative ad un punto fondamentale comune ad entrambe la cause, formando la premessa logica indispensabile della statuizione contenuta nel dispositivo della sentenza, preclude il riesame dell'identico punto di diritto accertato e risolto, anche se il successivo giudizio abbia finalità diverse da quelle che hanno costituito lo scopo ed il petitum del primo" (Cass. civ., sez. VI, ord., 14 maggio 2018, n. 11600; Cons. St., sez. IV, 24 ottobre 2018, n. 6065).

Ed invero, la sentenza del Tar Salerno n. 792 del 2018 ha pronunciato sull'affidamento del lotto 1 della gara per l'affidamento della fornitura, gestione e distribuzione dei gas medicinali e tecnici c/o i Presidi Ospedalieri della Asl di Avellino, lotto che aveva ad oggetto l'ossigeno liquido, fornito in serbatoi, a differenza del lotto 2, il cui affidamento è impugnato dinanzi a questo Collegio, che ha invece ad oggetto l'ossigeno gassoso, fornito in bombole. Diversa è anche la disciplina, dettata dagli artt. 3-8 del Capitolato per la fornitura dell'ossigeno liquido (lotto 1) e dagli artt. 9 e 10 per la fornitura dell'ossigeno gassoso (lotto 2). Non rileva, in senso contrario, che le sentenze del Tar Salerno nn. 792 del 2018

e 780 del 2018 (oggetto dell'impugnazione in esame) siano identiche, sia perché l'identità di motivazione non comporta per ciò stesso che il passaggio in giudicato di una determini giudicato esterno, essendo necessario che il rapporto giuridico sia il medesimo (presupposto questo che, come si è detto, nel caso in esame manca), sia perché nella specie è censurata anche l'erronea motivazione della sentenza appellata, che richiama a supporto del proprio argomentare norme del Capitolato che in realtà si riferiscono al lotto 1.

2. Passando al merito, l'appello è infondato.

Giova premettere che la scelta del criterio più idoneo per l'aggiudicazione di un appalto costituisce espressione tipica della discrezionalità amministrativa e, in quanto tale, è sottratta al sindacato del giudice amministrativo, tranne che, in relazione alla natura e all'oggetto del contratto, non sia manifestamente illogica o basata su travisamento di fatti.

Infatti, sia la scelta del criterio più idoneo per l'aggiudicazione di un appalto (tra quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del minor prezzo), che la scelta dei criteri più adeguati per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa,

costituiscono espressione tipica della discrezionalità della stazione appaltante e, impingendo nel merito dell'azione amministrativa, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, tranne che, in relazione alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, non siano manifestamente illogiche, arbitrarie ovvero macroscopicamente viziate da travisamento di fatto, con la conseguenza che il giudice amministrativo non può sostituire con proprie scelte quelle operate dall'Amministrazione (Cons. St., sez. V, 19 novembre 2009, n. 7259).

Le stazioni appaltanti, in sostanza, scelgono tra i due criteri quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, in quanto la specificazione del tipo di prestazione richiesta e delle sue caratteristiche peculiari consente di determinare correttamente ed efficacemente il criterio più idoneo all'individuazione della migliore offerta.

Il criterio del minor prezzo, in cui assume rilievo la sola componente prezzo, può presentarsi adeguato quando l'oggetto del contratto abbia connotati di ordinarietà e sia caratterizzato da elevata standardizzazione

in relazione alla diffusa presenza sul mercato di operatori in grado di offrire in condizioni analoghe il prodotto richiesto.

Ne deriva che potrà essere adeguato al perseguimento delle esigenze dell'amministrazione il criterio del minor prezzo quando l'oggetto del contratto non sia caratterizzato da un particolare valore tecnologico o si svolga secondo procedure largamente standardizzate. In questo caso, qualora la stazione appaltante sia in grado di predeterminare in modo sufficientemente preciso l'oggetto del contratto, potrà non avere interesse a valorizzare gli aspetti qualitativi dell'offerta, in quanto l'esecuzione del contratto secondo i mezzi, le modalità ed i tempi previsti nella documentazione di gara è già di per sé in grado di soddisfare nel modo migliore possibile l'esigenza dell'amministrazione. L'elemento quantitativo del prezzo rimane, quindi, l'unico criterio di aggiudicazione. Al contrario, la scelta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa verrà in considerazione quando le caratteristiche oggettive dell'appalto inducano a ritenere rilevanti, ai fini dell'aggiudicazione, uno o più aspetti qualitativi. In questo caso l'amministrazione potrà ritenere che l'offerta più vantaggiosa per la specifica esigenza sia

quella che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo e la stazione appaltante dovrà valutare se uno o più degli aspetti qualitativi dell'offerta concorrano, insieme al prezzo, all'individuazione della soluzione più idonea a soddisfare l'interesse sotteso all'indizione della gara. Solo in questo caso, infatti, corrisponde all'interesse pubblico l'utilizzo del sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Applicando tali principi alla gara in esame, appare legittima, perché non illogica, la scelta del criterio del prezzo più basso.

Ed invero, dall'art. 1 del Capitolato risulta evidente che l'appalto relativo al lotto 2 ha ad oggetto solo la fornitura dell'ossigeno gassoso, riferendosi la previsione della lett. b) dello stesso art. 1 (messa a disposizione, installazione, gestione e manutenzione dei contenitori fissi) al solo lotto 1 (ossigeno liquido) mentre i servizi previsti nella successiva lett. d) (servizi per la qualità e la sicurezza del gas), indipendentemente dall'applicabilità o meno all'ossigeno gassoso, attengono comunque a controlli previsti per legge (d.lgs. n. 219 del 2006).

Quanto alla relazione sul piano dei controlli, le frequenze, le metodologie di campionamento e di analisi (il tutto espressamente indicato nell'art. 13 del

disciplinare, senza che sia no configurabili margini di discrezionalità), che deve essere inserita nella busta B, contenente la documentazione tecnica, dai verbali della procedura di gara non risulta che la stessa sia stata oggetto di valutazione.

La Commissione tecnica, infatti, non ha effettuato alcuna valutazione di merito relativamente alle offerte, essendosi limitata a verificare la conformità tecnica tra quanto offerto e quanto richiesto. Ha dunque svolto una mera “verifica di conformità delle offerte tecniche” e, cioè, il solo confronto di conformità di detta documentazione a quanto richiesto nel Capitolato, Né avrebbe dovuto fare altro, perché la stazione appaltante ha inteso dare rilevanza alla sola fornitura dell’ossigeno.

Che tale sia stata la sola attività espletata dalla Commissione trova riscontro nella documentazione versata in atti (verbale n. 6 del 10 ottobre 2017), dalla quale si evince che essa si è limitata a segnare su una tabella con un “si” la conformità della relazione tecnica a quanto richiesto dalla lex specialis di gara.

Tale circostanza, contrariamente a quanto afferma l’appellante, non è indice di illegittimità della procedura perché l’Azienda sanitaria ha appaltato solo la

fornitura dell'ossigeno, che deve possedere determinate caratteristiche la cui mancanza comporta l'esclusione dalla gara e non, neanche in astratto, l'attribuzione di un punteggio più basso.

Correttamente, quindi, il giudice di primo grado ha affermato che è “smentito in atti l'assunto di parte ricorrente, secondo cui la *lex specialis* permetterebbe a ciascuna offerta di differenziarsi rispetto ad aspetti qualitativi ulteriori rispetto al prezzo, in ragione della precisa individuazione del complesso delle prestazioni e della concreta organizzazione del lavoro, con la conseguenza che l'unico elemento concorrenziale tra le diverse offerte emerge effettivamente essere, nel caso di specie, il prezzo, per l'appunto rimesso all'offerta di ciascun concorrente.”.

3. Quanto al motivo relativo al difetto di motivazione, il Collegio ritiene del tutto condivisibili i principi di carattere generale enunciati dall'appellante in ordine all'onere di motivazione; tuttavia, avendo nel caso di specie l'appalto ad oggetto la fornitura di un prodotto standardizzato, senza che ci fossero margini di scelta per il concorrente sul tipo di prodotto da offrire, con specifiche migliorative rispetto a quanto richiesto, le ragioni della decisione della stazione

appaltante di affidare la fornitura con il criterio del minor prezzo sono sufficientemente motivate con il richiamo alla fattispecie espressamente prevista dal comma 4 dell'art. 95, che elenca le ipotesi in cui si può fare ricorso a tale criterio, id est, alla lett. b), “i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato”.

Contrariamente a quanto afferma l'appellante, non si tratta di motivazione fittizia (“un inutile orpello ed un inutile aggravio procedimentale”) atteso che non è alla mera norma che la stazione appaltante si è richiamata, ma alla specifica previsione della stessa, che consente di ricorrere al criterio del minor prezzo se l'appalto è standardizzato, come lo è la fornitura del prodotto “ossigeno”.

4. Le questioni vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c.. Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati, infatti, dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e, comunque, inidonei a supportare una conclusione di segno diverso.

5. L'appello deve dunque essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza),

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alle spese e agli onorari del giudizio, che liquida in complessive € 2.000,00 (duemila euro)

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giulia Ferrari

IL PRESIDENTE

Franco Frattini

IL SEGRETARIO