



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 880 del 2018, proposto da Medigas Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluca Gariboldi e Antonio Papi Rossi, con domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia;

contro

Innovapuglia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Pasquale Procacci in Bari, via Nicolai, 29;

Asl Br, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Pierandrea Piccinni, Maurizio Nunzio Cesare Friolo, con domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia e con domicilio eletto in Bari, alla Via Niccolò Pizzoli 8, presso e nello Studio dell'Avv. Vito Aurelio Pappalepore;

Azienda Sanitaria Locale Taranto, Azienda Sanitaria Locale Barletta Andria Trani, Azienda Sanitaria Locale Bari, Azienda Sanitaria Locale Foggia e Azienda Sanitaria Locale Lecce non costituite in giudizio;

per l'annullamento

- del bando per l'aggiudicazione della "gara aggregata regionale in modalità telematica per l'affidamento del servizio di ossigenoterapia domiciliare a lungo termine per i fabbisogni delle Aziende sanitarie della Regione Puglia (gara n. 7097772)", pubblicato sul GURI il 13 giugno 2018, nonché di ogni altro atto o provvedimento allo stesso presupposto, conseguente o comunque connesso, ivi incluso, il capitolato tecnico, il disciplinare di gara, l'allegato 2 al disciplinare di gara "Offerta Tecnica", l'allegato 3 al disciplinare di gara "Offerta Economica", l'allegato 4.1 al disciplinare di gara "Elenco Fabbisogno", l'allegato 5 al disciplinare di gara "Schema di Convenzione", la determinazione n.83/2018 del 14 marzo 2018 con la quale InnovaPuglia SpA ha approvato il progetto di acquisto per la gara aggregata regionale in modalità telematica per l'affidamento del

servizio di ossigenoterapia domiciliare a lungo termine per i fabbisogni delle Aziende Sanitarie della Regione Puglia (non nota - richiamata nel disciplinare di gara doc. 3 pag. 2), la deliberazione del C.d.A. del 11 aprile 2018 verbale n. 010 di indizione della gara comunitaria a procedura aperta telematica ai sensi del D.Lgs.n.50/2016, in n. 6 Lotti territoriali, nonché di ogni altro atto e provvedimento presupposto conseguente o connesso ivi compresi i chiarimenti resi dalla Stazione Appaltante, con declaratoria di inefficacia di tutti gli atti eventualmente emanati in relazione al bando di gara di cui sopra, ivi compresi i provvedimenti di aggiudicazione, la stipula delle convenzioni per ogni singolo lotto oggetto di gara, gli ordini di forniture, con la condanna al risarcimento in forma specifica tramite la rinnovazione della procedura come sopra indetta emendata dei vizi dedotti;

‘VISTO’

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Innovapuglia S.p.A. e della Asl Br;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, co. 9, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 marzo 2019 la dott.ssa Rosaria Palma e uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- InnovaPuglia spa ha indetto una gara aggregata regionale, in modalità telematica e suddivisa in sei Lotti, per l'affidamento del servizio di ossigenoterapia domiciliare a lungo termine per i fabbisogni delle Aziende sanitarie della Regione Puglia (gara n. 7097772)", con bando pubblicato sulla GURI il 13 giugno 2018, per un valore a base d'asta pari a € 30.789.408,34, estensibile sino ad €. 86.210.343,35.

2.- Il Bando di gara (art. II.1.6) ha previsto che le offerte possono essere presentate per un numero massimo di 6 lotti, ma che possono essere aggiudicati a ciascun offerente massimo 2 lotti.

3.- Il disciplinare, ha specificato altresì che *“..Ai sensi dell'art. 51 comma 2 del D.Lgs.n.50/2016, ciascun operatore economico partecipante potrà presentare offerta per più di un lotto ed anche per tutti i lotti. L'operatore economico che intende partecipare a più lotti è tenuto a presentarsi sempre nella medesima forma (individuale o associata) ed in caso di R.T.I. o Consorzi, sempre con la medesima composizione, pena l'esclusione del soggetto stesso e del concorrente in forma associata cui il soggetto partecipa. Nell'ipotesi di partecipazione a più lotti, dovranno essere prestate tante distinte ed autonome cauzioni provvisorie quanti sono i lotti cui si intende partecipare. Si precisa inoltre che dovranno essere prodotte tante distinte ed autonome dichiarazioni di impegno di un fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva qualora il concorrente risultasse aggiudicatario, quanti sono i lotti cui si intende partecipare. Ai sensi dell'art. 51 comma 3 del D.Lgs.n.50/2016, ciascun operatore economico partecipante potrà aggiudicarsi al massimo due lotti, quelli di maggiore rilevanza economica tra i lotti in relazione ai quali il medesimo concorrente ha formulato la migliore offerta”.*

4.- La ricorrente ha impugnato il bando, il disciplinare e i relativi allegati, il capitolato tecnico e gli altri atti di gara meglio in epigrafe indicati, lamentando, in buona sostanza, la violazione del principio della massima partecipazione alla gara e comunque l'impossibilità, sotto plurimi profili, per gli operatori di formulare un'offerta concreta ed economicamente sostenibile.

5.-L'istante ha formulato, in sintesi, le seguenti censure: I). illegittimità dell'art. 2 del disciplinare di gara nella parte in cui prevede che l'operatore economico che intende partecipare a più lotti sia tenuto a presentarsi sempre nella medesima forma; II). Illegittimità della procedura nella parte in cui si obbligherebbe l'operatore a calcolare la remunerazione sulla base del consumo a metro cubo anziché sulla consegna della confezione; III) mancata indicazione da parte della Stazione Appaltante, in violazione dell'art. 23 comma 16 del d.lgs 50/2016, dei costi della manodopera; IV) La procedura di gara sarebbe in ogni caso aleatoria per la mancata indicazione da parte della Stazione Appaltante del sistema informatico da utilizzare dagli operatori in sede di esecuzione del contratto, essendo lo stesso non ancora individuato dalla Regione Puglia; V) Illogicità della procedura di gara in relazione al punteggio minimo dell'offerta tecnica previsto per essere ammessi al proseguimento della gara.

6.- Si è costituita in giudizio InnovaPuglia spa eccependo l'improcedibilità del ricorso ed evidenziando, nel merito, la piena legittimità della procedura seguita.

7.- Si è costituita altresì l'Azienda Sanitaria Locale Brindisi insistendo per l'inammissibilità e per il rigetto del ricorso.

8.- Con ordinanza n. 307/2018 è stata respinta la domanda cautelare nella considerazione della natura delle clausole della lex specialis impuginate, non manifestamente impeditive della partecipazione ovvero tali da rendere estremamente difficoltosa la formulazione dell'offerta.

9.- In vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato ulteriori memorie difensive e di replica ulteriormente precisando le rispettive argomentazioni e deduzioni.

10.- All'udienza pubblica del 27.3.2019 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

11.- Su specifica richiesta delle parti il Collegio ha disposto, ex art. 120 comma 9 cod. proc. amm., la preventiva pubblicazione del dispositivo della presente decisione.

12.- Il ricorso deve essere respinto siccome infondato.

13.- Si può prescindere dalle eccezioni, formulate dalla stazione appaltante di improcedibilità del ricorso (per mancata notifica agli Operatori Economici che rivestirebbero la veste di controinteressati a seguito della presentazione dell'offerta e per mancata presentazione della offerta, da parte della ricorrente, in ordine alla procedura di gara oggetto di causa), stante l'infondatezza, nel merito, del gravame.

14.- In primis, parte ricorrente deduce l'illegittimità, per violazione degli art. 83, 48, 51 e 71 del D.lgs 50/2016, 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 (individuale o associata) ed in caso di R.T.I. o Consorzi, sempre con la medesima composizione, pena l'esclusione del soggetto stesso e del concorrente in forma associata cui il soggetto partecipa”*.

14.1-Il Collegio, viceversa, ritiene che il Disciplinare, nell'obbligare l'operatore economico che intende partecipare a più lotti, a presentarsi sempre nella medesima forma sia del tutto legittimo.

E ciò per due ordine di ragioni.

14.2- In primo luogo, in quanto, ove fosse consentito al singolo operatore di partecipare a tutti i lotti in diversa composizione, il limite posto dal Disciplinare - e relativo alla possibilità di aggiudicarsi effettivamente solo due lotti - potrebbe essere in concreto eluso, così consentendo una indebita concentrazione della fornitura in questione nelle mani di pochi operatori.

Sotto tale aspetto, la *lex specialis* è conforme all'art. 51 del Codice dei Contratti, secondo cui, da un lato, le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara o nella lettera di invito, se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti (comma 2); dall'altro che le stazioni appaltanti possono, anche ove esista la facoltà di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente, a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, a presentare offerte o a negoziare (comma 3).

14.3- In secondo luogo in quanto la Stazione appaltante ha correttamente ritenuto operativo, nel caso di specie, l'art. 48 comma 7 del Dlgs 50/2016 che fa divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti.

14.4- Tanto in ragione della "unicità" della procedura di gara oggetto dell'odierna impugnativa cui sono connessi meri lotti "territoriali"(cfr. la "Premessa" del Disciplinare di gara) concernenti, cioè, la medesima prestazione ripartita sul territorio della Regione Puglia, con conseguente necessità per l'operatore di partecipare, a pena di esclusione, nella stessa forma (singola o associata) per ciascun lotto conformemente alle prescrizioni indicate nell'art. 48 comma 7 del D.lgs. 50/2016.

14.5- Che si tratti, infatti, di una "gara unica" è circostanza che trova conferma nella unicità della Commissione esaminatrice, nella identità, per tutti i lotti, dei requisiti richiesti dal bando (par. III) e degli elementi di valutazione dell'offerta tecnica di cui all'allegato 2 al disciplinare; c) nella possibilità di produrre un'unica offerta telematica per più lotti; d) nell'identità, per tutte le Asl, delle modalità di prestazione del servizio (art. 3.1. del Capitolato tecnico) e, più in generale delle prestazioni richieste dal Capitolato tecnico.

15. Il primo motivo di ricorso, pertanto, non può trovare accoglimento.

16.- Con il secondo motivo la ricorrente censura le disposizioni della procedura di gara che obbligano gli operatori ad effettuare, anche attraverso un apposito sistema informatico, una verifica dell'eventuale quantità residua di ossigeno presente nel contenitore di ossigeno liquido all'atto della riconsegna dello stesso e segnatamente: il punto A.2.3 dell'allegato 2 laddove prevede che "*L'operatore economico deve indicare e descrivere la modalità di registrazione della quantità di ossigeno presente nel contenitore al momento della consegna e del ritiro del recipiente*"; l'art. 3.2 del capitolato ove è indicato che il software per la fatturazione delle prestazioni debba utilizzare come unità di misura i metri cubi di ossigeno

effettivamente consumato, anziché il numero di confezioni (bombole) fornite al paziente; l'art. 15.3 dello schema di convenzione laddove prevede che *“Le fatture devono essere emesse secondo quanto indicato nell'offerta tecnica dell'aggiudicatario, in funzione dei reali quantitativi di servizio erogato”*; il punto 2 lett. a) dell'allegato 2 al disciplinare di gara che prevede nella tabella con i criteri di attribuzione per i punteggi la *“modalità di registrazione della quantità di ossigeno presente nel contenitore al momento della consegna e del ritiro del recipiente”* (criterio A.2.3.3).

16.1- Le clausole in questione, in particolare, si porrebbero in contrasto da un lato, con le prescrizioni D.Lgs. 291/2006 secondo cui nel servizio di ossigenoterapia domiciliare la fornitura dell'ossigeno medicale avviene tramite la consegna al paziente di contenitori criogenici; dall'altro, con il D.M. 23/05/2018 correttivo del D.M. 20/12/2017 a mente del quale la fatturazione viene effettuata per ogni confezione consegnata al paziente. per i soli gas medicinali.

16.2- Al riguardo, e in disparte la corretta interpretazione delle norme da ultimo citate, il Collegio ritiene che gli obblighi prescritti dalla *lex specialis* a carico degli operatori non siano finalizzati al riutilizzo dell'ossigeno inutilizzato dal paziente, ma costituiscano attività funzionale alla corretta programmazione futura dei fabbisogni delle singole Asl, cui è connessa la raccolta informatica dei relativi dati anche in prospettiva diagnostica (in relazione alla implementazione della scheda del singolo paziente- cfr. in particolare, l'art. 3.2 del Capitolato tecnico).

16.3- Ragion per cui la misurazione dell'ossigeno residuo (non più utilizzabile) deve ritenersi prescritta unicamente a fini esclusivamente statistici e le fatture che (ai sensi dell'art. 15 dello Schema di convenzione) vengono emesse in funzione dei reali quantitativi di servizio erogato, devono ritenersi rese in funzione delle confezioni effettivamente consegnate, *“non essendo possibile consegnare ossigeno altrimenti che in bombole e con quantitativi prestabiliti”* (pag. 8 memoria difensiva Innova Puglia del 23.7.2018).

Nessuna disposizione della *lex specialis*, infatti, condiziona il pagamento della fornitura di ossigeno liquido alla integrale utilizzazione dello stesso come somministrato a mezzo dei contenitori criogenici le cui specifiche tecniche sono indicate, peraltro, espressamente all'art. 2.2. del Capitolato tecnico.

17.- Anche il terzo motivo, relativo all'omessa indicazione, in violazione dell'art. 23 del D.lgs 50/2016, dell'analisi dei costi della manodopera, non merita positivo apprezzamento.

17.1- Al riguardo, infatti, a prescindere dalla natura dell'appalto in oggetto (di forniture, o misto di forniture e servizi), sia sufficiente considerare che la mancata riproduzione dell'obbligo di indicare il costo della manodopera nel bando e nel capitolato della gara non ne determina l'illegittimità, in quanto da tale lacuna non deriva l'inoperatività degli obblighi dichiarativi anzidetti, nel senso che gli operatori sono comunque tenuti ad indicare i costi della manodopera in sede di offerta.

17.2- In questi casi, infatti – e, a prescindere dalla dibattuta questione relativa all'ammissibilità del soccorso istruttorio (cfr. Consiglio di Stato Ad. plen., 24/01/2019, n.1)- l'art. 95 comma 10 del D.lgs 50/2016 (con previsione di carattere imperativo), nel prevedere che i costi della manodopera debbano essere indicati nell'offerta, sortisce l'effetto di integrare dall'esterno le previsioni escludenti contenute nel bando e nel capitolato di gara (c.d. effetto di etero-integrazione).

17.3- Ciò in quanto l'obbligo di indicare i costi della manodopera risponde all'esigenza di rafforzare gli strumenti di tutela dei lavoratori, di responsabilizzare gli operatori economici e di rendere più agevoli ed efficaci gli strumenti di vigilanza e controllo da parte delle amministrazioni.

18.- Con il quarto motivo di ricorso, invece, parte ricorrente censura, assumendo la violazione degli artt. 29 e 30 del D.lgs 50/2016, la clausola contenuta nel par. 3.2. del Capitolato tecnico, che, dopo aver puntualmente disciplinato le modalità di scambio informatico con le Amministrazioni dei dati relativi alle singole forniture ed ai pazienti, precisa 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. Ad avvio del suddetto sistema informativo amministrativo-contabile (MOSS), dovrà essere prevista l'integrazione con lo stesso”*. La clausola in questione, secondo la ricostruzione di parte ricorrente, non metterebbe a disposizione degli operatori le necessarie informazioni di carattere tecnico/economico sul sistema software da implementare in fase di esecuzione del contratto, all'atto, cioè, del previsto passaggio dall'attuale sistema regionale (“Edotto”) alla nuova piattaforma “Enterprise Resource Planning” (MOSS).

18.1- Il Collegio ritiene, al riguardo, che la clausola in esame, stante l'insussistenza, all'attualità, della nuova piattaforma regionale, non incida sulla formulazione e sul contenuto dell'offerta, e, quindi, sull'effettiva possibilità di partecipazione alla procedura, ponendo, semmai, un problema di eventuale modifica della prestazione in corso di esecuzione, rispetto alla quale non sussiste, allo stato, una immediata, concreta ed attuale lesione dei concorrenti, restando, quindi, impregiudicata, allorquando – e se- la lesione si sarà effettivamente realizzata, la possibilità di contestazione della stessa in sede giudiziale.

19.- Parimenti infondata, infine, è la dedotta illegittimità (motivo n. 5) della determinazione della soglia di sbarramento nel valore pari a 42 punti su 70 del punteggio per l'offerta tecnica.

19.1- Si tratta, infatti, di una scelta discrezionale della stazione appaltante, volta a valorizzare l'elemento qualitativo di una fornitura di notevole rilevanza ai fini della terapia c.d. domiciliare dei pazienti in carico alle Asl pugliesi che il Collegio non ritiene né manifestamente illogica né irragionevole.

19.2- La collocazione dell'“asticella” dell'ammissione dell'offerta tecnica ad un valore pari al 60% del valore massimo attribuibile all'offerta tecnica appare, infatti, coerente con la *ratio* dell'art. 95, comma 8 del D.lgs. n. 50/2016, che, nell'ambito proprio del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, consente di garantire il migliore livello qualitativo delle offerte presentate, con conseguente scarto di quelle offerte che, pur potendo apparire convenienti sotto il profilo economico, possano, però, essere a priori riconosciute come non conformi rispetto a determinati standard minimi già individuati, sul piano più generale, dalla *lex specialis*. Ciò, evidentemente al fine di evitare “a monte” il rischio di prestazioni inadeguate e di offerte, nel complesso, inaffidabili.

19.3- Difatti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, le stazioni appaltanti hanno la libertà di determinare, in base alle necessità e all'interesse pubblico da

perseguire, il livello di qualità tecnica che le offerte devono garantire, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto e delle sue caratteristiche (Corte di Giustizia C-546/16 del 28 settembre 2018).

19.4- Nel caso di specie, peraltro, i criteri utilizzati dalla stazione appaltante per misurare il raggiungimento della soglia di sbarramento sono coerenti con lo scopo - perseguito con l'appalto oggetto di causa- di efficientamento del sistema di somministrazione domiciliare dell'ossigeno liquido e di gestione dei servizi connessi con annesso monitoraggio informatico delle terapie domiciliari.

19.5- Ad ogni modo, le doglianze formulate da parte ricorrente non sono idonee a provare in maniera inequivoca l'impossibilità per i concorrenti di presentare le offerte, tanto più che, nel caso di specie, queste, come è emerso in altri analoghi giudizi, sono state effettivamente formulate da altri operatori economici.

19.6- A dispetto di quanto rappresentato da parte ricorrente, invero, la *lex specialis* si connota per la presenza di specifici criteri di valutazione (caratteristica della fornitura, organizzazione del servizio, sistema informativo per il monitoraggio, assistenza tecnica e manutenzione, logistica aziendale, proposte migliorative) e la predisposizione di sub criteri e specifici punteggi, che sono rimasti (ad eccezione del criterio relativo alla registrazione delle quantità di ossigeno residue) sostanzialmente incontestati.

19.7- La componente discrezionale del punteggio tecnico, inoltre, non risulta arbitraria, in quanto riferita a specifici aspetti (individuati per ciascun elemento di valutazione) dell'offerta tecnica e comunque contenuta entro un giudizio (numerico) espressivo di una effettiva graduazione del singolo aspetto qualitativo dell'offerta per effetto della previsione della griglia di valutazione con i rispettivi coefficienti valutativi. Al riguardo, infatti, il Capitolato prevede che *“L'attribuzione del punteggio tecnico per i criteri che nelle tabelle seguenti riportano la dicitura D di “discrezionale” verrà attribuito da ciascun commissario della Commissione Giudicatrice, relativamente ad ogni sub-criterio di valutazione del prodotto offerto, un giudizio sintetico a cui corrisponde un coefficiente compreso tra 0 ed 1 (vedi prospetto sotto riportato). Quindi la Commissione giudicatrice calcolerà la media aritmetica dei coefficienti assegnati dai singoli componenti per ogni elemento qualitativo di tipo “discrezionale”. Tale valor medio correttamente approssimato sarà moltiplicato per il punteggio massimo disponibile per ogni elemento qualitativo”*.

20.- Alla luce delle complessive considerazioni che precedono, pertanto, il ricorso deve essere respinto, mentre sussistono giusti motivi, anche in considerazione della complessità della fattispecie esaminata, per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 27 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Dibello, Presidente FF

Giacinta Serlenga, Consigliere

Rosaria Palma, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Rosaria Palma

IL PRESIDENTE
Carlo Dibello

IL SEGRETARIO