

## **Appalto per la fornitura domiciliare di ossigenoterapia: legittimità della limitazione del numero massimo di lotti aggiudicabili e della necessità che le offerte per più lotti siano presentate nella medesima forma**

di Matteo Sgritta

Data di pubblicazione: 5-6-2020

*[In sede di gara per l'affidamento della fornitura domiciliare di ossigenoterapia] risulta legittima non solo la limitazione del numero massimo di lotti attribuibili allo stesso partecipante, 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.*

*[Si tratta infatti] non di una gara ad oggetto plurimo suddiviso in lotti di diverso contenuto caratterizzati da una propria autonomia [...] bensì di una gara unitaria rivolta alla fornitura di un medesimo servizio in aree territoriali diverse, con conseguente articolazione in lotti [...] che prelude a un sistema di gestione unitario della commessa.*

### **GUIDA ALLA LETTURA**

La controversia, oggetto della pronuncia della Terza Sezione del Consiglio di Stato, si inserisce in un più ampio contenzioso riguardante l'affidamento del servizio di ossigenoterapia domiciliare a lungo termine, per i fabbisogni delle Aziende Sanitarie della Regione Puglia. La gara, per la precisione, era articolata in 6 lotti da aggiudicare mediante la stipula di altrettante convenzioni-quadro di durata biennale, per l'effettuazione degli ordini da parte delle Aziende Sanitarie regionali interessate.

La sentenza in esame, nell'intervenire su diversi profili problematici, ha chiarito, in particolare, due dubbi ermeneutici fondamentali. Il primo attiene alla legittimità della previsione della *lex specialis* che limiti il 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 del 2016); il secondo riguarda invece il vincolo di partecipazione ai diversi lotti, da parte dei soggetti partecipanti, nella stessa forma e composizione.

In realtà, entrambi i rilievi esaminati sono riferibili all'art. 2 del disciplinare di gara; esso stabilisce 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”*; tale prescrizione della *lex* di gara è poi corroborata dal limite di aggiudicazione a due lotti.

Ebbene, la questione esaminata dal Collegio, derivante dall'applicazione della predetta previsione, attiene ai limiti di operatività dei principi dell'autonomia negoziale e della libertà imprenditoriale, in quanto *“tali principi postulano [...] 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”*.

In realtà il Collegio ritiene al riguardo che - così come riconosciuto dal giudice di prime cure - la prescrizione contenuta nel disciplinare di gara che limita il numero massimo di lotti (in 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**”*.

Allo stesso modo, secondo la terza Sezione, anche 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, cioè quella *“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”*.

Del resto, il Collegio riconduce tale soluzione al **carattere unitario della gara**; e ciò, in particolare, emerge da una pluralità di ragioni, ivi comprese *“le modalità di prestazione del servizio e delle prestazioni richieste”*.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, la limitazione in esame non pregiudica l'autonomia privata dei concorrenti, poiché non si tratta *“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”*.

Sicché la Corte, alla stregua delle pregresse considerazioni, conclude nel senso di ritenere legittimi sia, da un lato, 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), sia, dall'altro, il vincolo di partecipazione ai diversi lotti nella stessa forma e composizione; e ciò perché siffatte prescrizioni sono finalizzate *“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".*

Tale soluzione del Collegio appare infine coerente, oltre che con l'esigenza di tutelare il diritto alla salute e con i principi di imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa, anche con l'invocato principio di libertà di iniziativa economica garantita dall'**art. 41 Cost.**, che *"trova, in questo caso, specifica tutela proprio nelle regole di gara ora esaminate, 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 di uno specifico segmento di mercato, con potenziali evidenti ricadute positive sulla qualità del servizio e sul suo costo posto a carico della comunità"*.

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 9656 del 2019, proposto da Vivisol S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta 142;

contro

Innovapuglia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde, 2;  
Regione Puglia, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Marina Altamura, con domicilio eletto presso la Delegazione della Regione Puglia in Roma, via Barberini n. 36;

nei confronti

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;

Azienda Sanitaria Locale di Taranto, Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Barletta – Andria – Trani, Azienda Sanitaria Locale di Bari, Azienda Sanitaria Locale di Foggia, Azienda Sanitaria Locale di Lecce non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza) n. 01037/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Innovapuglia S.p.A., della di Regione Puglia e della 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 Innovapuglia 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 Innovapuglia 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, in particolare, 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 Vivisol S.r.l., Medicaire Sud 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 Vivisol, in ATI con Medicaire Sud, (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 impugunate in appello. Quella che definiva il ricorso di Vivisol SRI veniva impugnata con l'appello in epigrafe.

2.2 - Venivano altresì estromessi dalla gara i RTI formati da Sico - Società Italiana Carburato 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 separate sentenze parimenti appellate dalle imprese interessate e decise da questa Sezione nella medesima udienza.

3 - Nel presente giudizio di appello, in particolare, l'appellante Vivisol, che nel frattempo è risultata aggiudicataria provvisoria per due lotti in ATI con Medicaire Sud, da un lato, la Regione Puglia e la stazione appaltante Innovapuglia dall'altro, hanno ampiamente dibattuto mediante un ripetuto scambio di memorie. E' inoltre intervenuta l'ASL BR. Infine, con memoria del 28 aprile 2020 Innovapuglia, replicando alla memoria di Vivisol del giorno precedente, ha chiesto la pubblicazione anticipata del dispositivo di sentenza ai sensi dell'art. 120, commi 9 e 11, c.p.a.

4 – Ai fini della decisione del giudizio, devono essere preliminarmente decise le dedotte eccezioni concernenti l'ammissibilità e la procedibilità del ricorso, che vengono messe in dubbio dalle parti resistenti (e cioè dalla Regione Puglia e in modo più analitico da Innovapuglia SpA) 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, Innovapuglia 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. Come sarà di seguito argomentato, le predette censure non risultano peraltro fondate, dovendo pertanto trovare conferma la decisione negativa già adottata dal TAR nel giudizio di primo grado.

5.1 – Con il primo motivo di ricorso vengono dedotte le seguenti censure: *errores in iudicando* in punto di violazione degli artt. 2, 3, 41 e 97 Cost.; violazione degli artt. 30 e 95 d.lgs. n. 50/2016; violazione degli artt. 1337 e 1338 c.c.; violazione dell'autonomia negoziale, della libertà imprenditoriale, del principio di libera concorrenza, nonché del principio di buon andamento dell'azione amministrativa; eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza manifesta.

5.1.1 - La legge di gara avrebbe, infatti, 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 quindi 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.

5.1.2 - 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 è carente dei requisiti minimi, e quindi da escludere *tout court*.

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.

5.2 – Con il secondo motivo di ricorso vengono dedotte le seguenti censure: errores in procedendo in punto di omessa pronuncia e denegata giustizia; errores in iudicando in punto di: violazione degli artt. 2, 3, 41 e 97 Cost.; violazione degli artt. 30 e 95 d.lgs. n.50/2016; violazione degli artt. 1337 e 1338 c.c.; violazione del combinato disposto di cui agli artt. 1, co. 1, lett. oo), 85 e 105 d.lgs. n. 219/2006; violazione del principio del clare loqui; violazione dell'autonomia negoziale, della libertà imprenditoriale, del principio di libera concorrenza, nonché del principio di buon andamento dell'azione amministrativa; eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza manifesta per ulteriori profili rispetto a quelli di cui al primo motivo.

5.2.1 - Si deduce, in particolare, l'irragionevolezza e quindi la ingiustizia manifesta di alcuni criteri di valutazione, in violazione della disciplina di riferimento e, più in generale, delle garanzie costituzionali che presidiano al libero esercizio dell'attività d'impresa. Sono contestati, in particolare, i punteggi tabellari relativi alle soluzioni migliorative previsti in relazione ai tempi di consegna e di installazione domiciliare, (0 punti: 12 ore, 1 punto: da 9 ore a 11 ore, 2 punti: da 6 ore a 8 ore, 3 punti: da 3 ore a 5 ore, 5 punti: meno di 3 ore) e di manutenzione straordinaria (0 punti: entro 2 ore, 5 punti: entro 1 ora). Si obietta al riguardo l'impraticabilità di entrambi i punteggi per la diversa estensione del territorio, comunque troppo ampio rispetto ai tempi previsti, da servire e per l'obbligo da capitolato tecnico di verificare preventivamente la presenza dell'assistito presso il domicilio entro le dodici ore solari, con consegne da effettuarsi di mattina o di pomeriggio. Il punteggio quantitativo relativo al numero di automezzi dedicati al servizio, inoltre, sarebbe irragionevole in assenza dell'indicazione del punteggio minimo da assicurare.

5.2.2 - Neppure le censure in esame si rivelano però fondate, Infatti, così come rilevato dal giudice di prime cure, l'abbattimento dei tempi oltre il limite della consegna entro le dodici ore solari viene del tutto ragionevolmente considerato come un indice di maggiore efficienza del servizio e di maggiore prossimità all'utente anche quanto alla verifica delle sue esigenze relative ai tempi e modi di fornitura, che determina correttamente una più favorevole valutazione della relativa offerta. Per quanto concerne poi i tempi di manutenzione straordinaria, esattamente il giudice di prime cure obietta l'infondatezza delle censure sollevate, dipendendo la maggiore rapidità di intervento per ogni singolo lotto in competizione, e quindi per ogni contesto territoriale omogeneo di riferimento relativo ad una ASL, da una migliore organizzazione aziendale della società e, quindi, dalla quantità e disseminazione dei punti di assistenza e degli addetti sul territorio. In particolare, quanto alla valutazione del numero degli automezzi in assenza di alcuna indicazione circa il numero minimo, in mancanza di una diversa applicazione deve ragionevolmente presupporci, ancora in applicazione di un

principio di libertà e quindi di responsabilità d'impresa, che il numero minimo consista semplicemente in un automezzo, soccorrendo ad integrazione il descritto criterio temporale. 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.

5.3 – Con il terzo motivo di ricorso vendono dedotte le seguenti censure: errores in procedendo in punto di omessa pronuncia e denegata giustizia; errores in iudicando in punto di; violazione del combinato disposto di cui agli artt. 1, co. 1, lett. oo) e 85 d.lgs. n. 219/2006; violazione degli artt. 1, co. 796, lett. g), l. n. 206/2006 e 11, co. 6, d.l. n. 78/2010, nonché dell'art. 15 d.l. n. 95/2012.

5.3.1 – Si deduce 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 illogico 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 contesta inoltre l'obbligo di indicare i prezzi a base d'asta distinti per le prestazioni di servizi e di fornitura (€ 1,30 prezzo/giornata per i servizi; € 1,50 –erroneamente- per mc ossigeno anziché per contenitore) per poi dover effettuare un unico ribasso, con uno sconto unico per prestazioni eterogenee e diversamente remunerate, suscettibile di indurre il concorrente ad effettuare inevitabili compensazioni tra due valori disomogenei tra loro, inficiando la trasparenza della contabilità d'impresa. Inoltre inserire nel prezzo ossigeno liquido anche il costo dei materiali di consumo comporterebbe rimborsi maggiori di quelli in realtà dovuti in base al regime di pay-back, con grave nocumento economico, con introduzione di scenari futuri non dominabili circa la misura della contribuzione dovuta al ripianamento del deficit sanitario.

5.3.2 – 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.



Per le medesime considerazioni, non irragionevoli risultano sia il contestato 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), sia l'ulteriore e contestato 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.

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 rimessa alla autonomia imprenditoriale dei concorrenti la duplice scelta circa le compensazioni da effettuare e lo sconto unitario da offrire. ai fini della 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.

5.4 – Con il quarto motivo di ricorso vengono dedotte le seguenti censure: mancata individuazione come per legge (art. 23, co. 16, d.lgs. n. 50/2016) a cura della Stazione appaltante dei costi della manodopera; errores in iudicando in punto di: violazione dell'art. 23, co. 16, d.lgs. n. 50/2016; violazione del principio del *clare loqui*; violazione degli artt. 2, 3, 41 e 97 Cost.; violazione degli artt. 30 e 95 d.lgs. n. 50/2016; violazione degli artt. 1337 e 1338 c.c.; violazione dell'autonomia negoziale, della libertà imprenditoriale, del principio di libera concorrenza, nonché del principio di buon andamento dell'azione amministrativa.

5.4.1 – Si contesta con tale motivo 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.

5.4.2 – 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.

5.5 – Con il quinto motivo di ricorso vengono dedotte le seguenti censure: errores in iudicando

in punto di: violazione degli artt. 2, 3, 41 e 97 Cost. ; violazione degli artt. 1337 e 1338 c.c.; violazione dell'autonomia negoziale, della libertà imprenditoriale, del principio di libera concorrenza, nonché del principio di buon andamento dell'azione amministrativa per altri profili.

5.5.1 – Le censure in esame fanno 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..

5.5.2 – 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.

5.6 – Con il sesto motivo di ricorso vengono dedotte le seguenti censure: error in iudicando in punto di violazione e falsa applicazione degli artt. 45 e 48 d.lgs. n. 50/2016; violazione degli artt. 2, 3, 41 e 97 Cost.; violazione dell'autonomia negoziale e della libertà imprenditoriale.

5.6.1 – La doglianza in esame è riferita all'art. 2 del disciplinare di gara, il quale 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", combinandosi con il limite di aggiudicazione a due lotti.

La predetta previsione 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.

5.6.2 – Neppure la censura in esame risulta fondata. 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.

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.

Vengono, a tale ultimo riguardo, in rilievo le stesse deduzioni svolte dall'appellante per il precedente motivo di censura con riferimento al software che deve essere messo a disposizione dalla ditta aggiudicataria, quando convengono 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 aggiudicatrici 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 aggiudicatrici - 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.

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, pertanto, un ulteriore specifico fondamento, nella fattispecie in esame, nell'esigenza di tutela del diritto alla salute dei pazienti del servizio sanitario regionale ai sensi dell'art. 32 Cost. oltrechè 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 ora esaminate, 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 di uno specifico segmento di mercato, con potenziali evidenti ricadute positive sulla qualità del servizio e sul suo costo posto a carico della comunità.

6 - Conclusivamente l'appello deve essere respinto, con pubblicazione anticipata del dispositivo come richiesto da Innovapuglia S.p.A., e, per l'effetto, deve trovare conferma l'appellata sentenza di reiezione del TAR. Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza, nella misura liquidata in dispositivo, nei rapporti fra l'impresa appellante soccombente, la Regione Puglia e la stazione appaltante Innovapuglia 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 alla Regione Puglia e a Innovapuglia S.p.A. in parti uguali 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.