

Pubblicato il 05/09/2018

N. 05380/2018 REG.PROV.COLL.
N. 01088/2018 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1088 del 2018, proposto da Vitalaire Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Brunetti e Maria Buquicchio, con domicilio digitale: filippo.brunetti@legal.chiomenti.net e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Raffaele Ferola in Napoli, piazza della Repubblica, 2;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Caserta, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuliano Agliata, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, viale Michelangelo, 33;

per l'annullamento

- della richiesta di offerta per la fornitura ed assistenza *full risk* di ausili per la terapia respiratoria di cui all'elenco 2b Allegato 5 del D.P.C.M. 12.01.2017

destinati agli assistiti residenti nel territorio della A.S.L. di Caserta – R.D.O._1860617 e di tutta la relativa documentazione di gara allegata alla RDO (Disciplinare, Capitolato Speciale di gara e relativi allegati);

- dei chiarimenti pubblicati in data 2 marzo 2018;
- per quanto occorrer possa, della Determina nn. 785/2018 del 2.02.2018, 670/2018 del 30.01.2018, 34/2018 del 4.01.2018, n. 660/2018 del 30.01.2018;
- di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso e/o consequenziale a quelli sopra menzionati;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Caserta;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 luglio 2018 la dott.ssa Gabriella Caprini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I. La società ricorrente, operatore del settore, impugna, unitamente agli atti presupposti e conseguenti, la richiesta di offerta (R.d.O.) per la fornitura ed assistenza *full risk* di ausili per la terapia respiratoria destinati agli assistiti residenti nel territorio della A.S.L. di Caserta, suddivisa in 5 Lotti, per la durata di almeno tre mesi, pubblicata sul Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (“MEPA”).

I.1. Sostiene, in particolare, che tale invito ad offrire, come tutta la documentazione di gara ad essa allegata, sarebbero inficiate da numerose lacune ed inesattezze che non consentirebbero la formulazione di un’offerta ponderata, informata e consapevole nonché una accorta ponderazione sulla

sicura convenienza e concorrenzialità, precludendo, quindi, l'utile partecipazione alla gara.

I.2. Tra tali vizi rileva, innanzitutto, l'incongruità degli importi posti a base d'asta dei singoli lotti, insufficienti a coprire le spese per l'espletamento del servizio.

II. A sostegno del gravame deduce i seguenti motivi di ricorso:

a) violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 23, 30, 35, 36, 54, 59 e 95 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, dei principi di trasparenza, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, di remuneratività del corrispettivo dell'appalto, di imparzialità e delle regole del sistema di *e-procurement* predisposte da Consip, delle Linee Guida ANAC n. 2 – delibera n. 1005/2016, di attuazione del d.lgs. n. 50/2016, recanti “offerta economicamente più vantaggiosa”;

b) eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria e motivazione, erronea rappresentazione dei presupposti in fatto anche per la mancata indicazione del valore della manodopera, travisamento, sviamento, disparità di trattamento, irragionevolezza e contraddittorietà interna ed esterna.

III. Si è costituita l'Azienda sanitaria intimata, eccependo preliminarmente e sotto diversi profili l'inammissibilità del ricorso e concludendo, in subordine, per il suo rigetto.

IV. All'udienza pubblica del 17.07.2018, fissata per la trattazione, la causa è stata introitata per la decisione.

V. Occorre preliminarmente disattendere le eccezioni in rito sollevate dall'Amministrazione resistente.

V.1. Deduce, in primo luogo, l'Azienda sanitaria intimata l'inammissibilità del ricorso per mancata partecipazione della parte, attuale ricorrente, alla gara.

V.1.1. Richiama, in proposito, i recenti arresti della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, n. 4 del 26.04.2018, nella parte in cui la stessa ha

puntualizzato che:

a) “non sussistano ragioni per ritenere che il soggetto che non abbia presentato la domanda di partecipazione alla gara sia legittimato ad impugnare clausole del bando che non siano escludenti, dovendosi con tale predicato intendersi quelle che con assoluta certezza gli precludano l’utile partecipazione”;

b) quanto, poi, all’interesse strumentale alla riedizione della gara, il ricorrente non ha “provato e neppure dimostrato quell’ “interesse” differenziato che ne avrebbe radicato la legittimazione, essendosi astenuto dal presentare la domanda, pur non trovandosi al cospetto di alcuna clausola “escludente” (nel senso ampliativo fatto proprio dalla giurisprudenza e prima illustrato); ed anzi, tale preteso interesse avrebbe già trovato smentita nella condotta omissiva tenuta dall’operatore del settore, in quanto questi, pur potendo presentare l’offerta si è astenuto dal farlo”.

V.1.2. L’eccezione è priva di pregio.

V.1.3. Orbene, come rettamente controdedotto da parte ricorrente, le plurime incongruenze, contraddittorietà e lacune della disciplina di gara censurate con il ricorso si traducono in altrettante clausole escludenti, rendendo impossibile la stessa formulazione dell’offerta ed impedendo il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara (Cons. di St., sez. V, 30.04.2018, n. 2602).

Sussistendo l’onere d’immediata impugnazione di clausole escludenti la legittimazione ad impugnare spetta indipendentemente dalla presentazione della domanda di partecipazione alla procedura selettiva (Cons. di St., sez. V, 18.12.2017, n. 5943). Invero, nell’ipotesi di impugnazione di clausole escludenti, intese in senso lato, la domanda di partecipazione alla procedura non rileva ai fini dell’impugnazione perché l’impossibilità di parteciparvi fa

emergere *ex se* una situazione giuridica differenziata e una lesione concreta e attuale (Con. di St., Ad. plen, 7 aprile 2011, n. 4).

La partecipazione, che comporta di per sé rilevanti oneri (accettazione di oneri spropositati e/o di una disciplina contrattuale contraddittoria e confusa) si renderebbe, infatti, del tutto inutile dal momento che le *chanches* di aggiudicazione sarebbero, fin dall'inizio, inesistenti o estremamente limitate.

V.1.4. E' in questo medesimo senso che si è espressa la recente sentenza del Cons. di St. Ad. Plen., n. 4/2018, nella parte in cui, richiamando, senza discostandosene, la precedente decisione n. 9 del 25 febbraio 2014 ha precisato che:

- a) la regola generale è quella per cui soltanto colui che ha partecipato alla gara è legittimato ad impugnare l'esito della medesima, in quanto soltanto a quest'ultimo è riconoscibile una posizione differenziata; né quanto si afferma sulle regole di gara in via generale potrebbe essere in contrasto con l'assetto fondamentale della giustizia amministrativa;
- b) i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato;
- c) possono essere tuttavia enucleate alcune eccezioni a tale principio generale, individuandosi taluni casi in cui deve essere impugnato immediatamente il bando di gara, nonché particolari fattispecie in cui a tale impugnazione immediata deve ritenersi legittimato anche colui che non ha proposto la domanda di partecipazione. E in particolare qualora:
 - si contesti in radice l'indizione della gara;
 - all'inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione

disposto l'affidamento in via diretta del contratto;

- si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente “escludenti” quali le clausole che fissano in modo restrittivo i requisiti soggettivi di partecipazione o quelle che rendono impossibile la presentazione dell’offerta tecnica o di quella economica, dovendosi in tali ipotesi ritenersi legittimato alla contestazione giurisdizionale anche l’operatore che non ha proposto la domanda di partecipazione.

Tale statuizione, come ulteriormente specificato, altro non è che l’espressione dei principi generali in materia di condizioni dell’azione, desumibili dall’art. 24, co. 1°, della Costituzione (“tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”), con riferimento al principio processuale codificato dall’art. 100 c.p.c. (e da intendersi richiamato nel processo amministrativo dall’art. 39, comma 1, c.p.a.) secondo cui "per proporre una domanda o per contraddire alla stessa essa è necessario avervi interesse", posto che:

a) l’interesse ad agire è dato dal rapporto tra la situazione antigiuridica che viene denunciata e il provvedimento che si domanda per porvi rimedio mediante l’applicazione del diritto, e questo rapporto deve consistere nella utilità del provvedimento, come mezzo per acquisire all’interesse leso la protezione accordata dal diritto (Cass. Civ., sez. III, 2 dicembre 1998, n. 12241);

b) nel processo amministrativo l’interesse a ricorrere è caratterizzato dalla presenza degli stessi requisiti che qualificano l’interesse ad agire di cui all’art. 100 c.p.c., vale a dire dalla prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall’effettiva utilità che potrebbe derivare a quest’ultimo dall’eventuale annullamento dell’atto impugnato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015 n. 855; sez. IV, 20 ottobre 1997 n. 1210; Cass. civ.,

sez. un., 2 novembre 2007, n. 23031 secondo cui l'interesse a ricorrere deve essere, non soltanto personale e diretto, ma anche attuale e concreto - e non ipotetico o virtuale- per fornire una prospettiva di vantaggio);

c) tali approdi appaiono coerenti con la funzione svolta dalle condizioni dell'azione nei processi di parte, innervati come sono dal principio della domanda e dal suo corollario rappresentato dal principio dispositivo;

d) il codice del processo amministrativo ha confermato e ribadito tale impostazione (art. 34, comma III, ed art. 35, comma I, lett, b e c).

V.1.5. In definitiva, sulla scorta di tali coordinate ricostruttive, qualora, come nel caso di specie, ci si trovi al cospetto di "clausole del bando immediatamente escludenti" nel senso ampliativo attribuito a tale aggettivo dalla giurisprudenza, le stesse sono da impugnare immediatamente, eventualmente anche da parte di chi non ha proposto domanda partecipativa.

V.2. Eccepisce, in secondo luogo, la stessa Azienda resistente che il ricorso sarebbe inammissibile per omessa impugnazione della determina dirigenziale di indizione della procedura (n. 838 del 6.02.2018).

V.2.1. L'eccezione è infondata.

V.2.2. La presente controversia ha ad oggetto una gara bandita sul Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione ("MEPA"), "strumento di acquisto e di negoziazione che consente acquisti telematici per importi inferiori alla soglia di rilievo europeo basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via telematica" (art. 3, lettera bbbb), del D.lgs. n. 50/2016).

Ora, le modalità di acquisto sul MEPA sono disciplinate dagli artt. 33 ss. delle regole del sistema di e-procurement predisposte da Consip ("Regolamento MEPA"):

1) ai sensi dell'art. 35 del Regolamento MEPA "Consip provvede ad abilitare i

Fornitori ed i relativi beni e/o servizi al Mercato Elettronico attraverso appositi Bandi di Abilitazione suddivisi in apposite Categorie e aperti per tutta la durata del Mercato Elettronico a qualsivoglia operatore economico che soddisfi i requisiti di abilitazione”;

2) i fornitori abilitati possono pubblicare le loro offerte di beni e servizi sul MEPA;

3) le Amministrazioni a loro volta possono cercare, confrontare ed acquisire i beni ed i servizi proposti dalle aziende “abilitate” a presentare i propri cataloghi sul sistema;

4) una volta individuato il bene o il servizio di proprio interesse l'ente può procedere con l'emissione diretta di un ordine d'acquisto inviata ad uno specifico fornitore o, in alternativa, con una richiesta d'offerta inviata “ai Fornitori da lui selezionati tra quelli abilitati al Mercato Elettronico, secondo le modalità e le procedure di cui agli artt. 50 e seguenti delle presenti Regole”.

E', dunque, in questo contesto che si inserisce la determina a contrarre adottata dall'amministrazione, con cui, “prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte” (art. 32, comma 2, del d.lgs. n. 50/2006).

V.2.3. Orbene, nel caso di specie, trattandosi, come detto, di una gara bandita su MEPA, il primo atto a rilevanza esterna con cui l'amministrazione ha reso nota la volontà di aggiudicare il contratto è la richiesta di offerta tempestivamente impugnata sicché infondata è l'eccezione di inammissibilità del ricorso per omessa impugnativa del provvedimento antecedente.

V.2.4. Tanto precisato, più in generale, la determina a contrarre non ha una efficacia propriamente provvedimento, non producendo effetti giuridici

autonomi verso terzi quale atto presupposto suscettibile di autonoma impugnazione. In quanto precede l'avvio della procedura di affidamento, lo stesso ha, invece, natura più propriamente "endoprocedimentale" e, quindi, di regola è inidoneo a costituire in capo a terzi posizioni di interesse qualificato. La sua funzione, infatti, attiene essenzialmente alla corretta assunzione di impegni di spesa da parte dell'Amministrazione nell'ambito del controllo e della gestione delle risorse finanziarie dell'ente pubblico, esauendo gli effetti all'interno dell'Amministrazione stessa (T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 26 maggio 2014 n. 485; T.A.R. Trentino-Alto Adige, Trento, 16 febbraio 2017 n. 53; T.A.R. Veneto Venezia, sez. III, 17.07.2017, n. 680).

Ciò posto, "l'individuazione degli elementi essenziali del contratto e dei criteri di selezione degli operatori e delle offerte è infatti assorbita con efficacia nei confronti dei terzi, nel bando di gara (art. 55 comma 3, d.lg. n. 163 del 2006) *rectius nella richiesta di offerta*; ragion per cui, essendo ciò avvenuto e poiché la determinazione di contrarre deve essere conforme all'ordinamento dell'Amministrazione aggiudicatrice, risulta fondata la tesi secondo cui la determinazione dirigenziale di indizione della gara equivale a determina a contrarre" (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 7 marzo 2012 n. 1160).

Tanto premesso, non è quindi parimenti necessaria la sua impugnativa, mancando tale determina di un contenuto lesivo, né tale omissione comporta l'inammissibilità del gravame relativo alla successiva procedura autorizzata.

V.3. Con ulteriore eccezione, l'Azienda sanitaria intimata solleva la questione della inammissibilità del ricorso anche per omessa notifica alle società che hanno partecipato alla gara. Si tratterebbe in particolare di MPM Italia s.r.l. e SICO società italiana carburo ossigeno.

V.3.1. L'eccezione è priva di pregio.

V.3.2. Nel giudizio di impugnazione degli atti di indizione della gara, infatti, la

qualifica di controinteressato, invero, sopravvenuto, si acquisisce pacificamente solo con l'aggiudicazione definitiva e non con l'ammissione alla procedura: solo con l'aggiudicazione sorge infatti un interesse personale e attuale alla conservazione della procedura (T.A.R. Toscana, sez. III, 9.10.2017, n. 1195).

Nello specifico, “a fronte dell'impugnazione del bando, di concorso o di gara, ovvero di un atto di esclusione dalla procedura selettiva, non sono individuabili soggetti che possano essere qualificati come controinteressati, atteso che la qualifica di controinteressato, quale soggetto che è titolare di un interesse giuridicamente rilevante al mantenimento dell'impugnata esclusione, non si configura in capo al mero partecipante in occasione dell'impugnazione della esclusione da parte di altro concorrente laddove sia ancora in corso lo svolgimento della gara e, dunque, la stazione appaltante non abbia fatto contestualmente luogo all'aggiudicazione dell'appalto” (Cons. di St., sez. V, 19 marzo 2018 n. 1745).

V.3.3. Nel caso all'esame, la procedura in oggetto “si trova in fase di valutazione della documentazione amministrativa” (cfr. relazione prot. 77667/PROVV del 26.03.2018), sicché non è ancora configurabile una posizione di controinteressato cui notificare, ai fini dell'ammissibilità del gravame, il ricorso.

VI. Tanto specificato e passando all'esame del merito, il ricorso è fondato e deve essere accolto con annullamento degli atti impugnati.

VI.1. Con il secondo e il quinto motivo di ricorso, la società ricorrente lamenta la violazione di legge e l'eccesso di potere, dolendosi, in particolare, del difetto di istruttoria, svolta, a proprio dire, in modo carente ed impreciso, atteso che il prezzo per lo svolgimento del servizio sarebbe manifestamente non remunerativo, non consentendo la presentazione di un'offerta seria,

ponderata e, in ogni caso, in ribasso rispetto alla base d'asta.

VI.1.1. In primo luogo, i prezzi a base d'asta sarebbero stati determinati tenendo conto del solo prezzo di mercato per singola tipologia di ausilio ovvero per singoli ordinativi di fornitura, senza tenere in debita considerazione anche il costo per lo svolgimento complessivo del servizio richiesto (includente, ad esempio, l'assistenza tecnica continuativa 24h, le verifiche elettriche, la manutenzione ordinaria e straordinaria) per l'intera durata del contratto.

VI.1.2. Trattandosi di un appalto misto, di fornitura e servizi, che quindi presuppone l'impiego di manodopera (a titolo esemplificativo, per il ritiro, l'installazione, la consegna e la manutenzione) sarebbe mancata, altresì, in violazione dell'art. 23 del d.lgs. n. 50/2016, ogni indicazione dei relativi costi.

VI.1.3. Ulteriore profilo di indeterminatezza e contraddittorietà della disciplina di gara, parimenti incidente sulla corretta determinazione del prezzo a base d'asta, sarebbe quello connesso all'individuazione della durata dell'appalto, sostanzialmente indeterminata.

Nello specifico:

- a) mentre nelle premesse del Disciplinare R.d.O. è stabilito che “la durata del contratto è fissata in mesi tre” (art. 1) così come, nelle schede descrittive dei singoli lotti allegate, la previsione del “prezzo unitario a base d'asta” è calcolata su “3 mesi”;
- b) l'art. 3 del Capitolato Speciale, prevede, poi, che: - “ogni consegna dovrà coprire almeno 120 giorni di ventiloterapia”; - “la fornitura comprenderà assistenza tecnica *“full risk”* da garantire per cinque anni”; - “la tipologia e le quantità presunte di materiale di consumo” dovranno essere calcolate su base annuale;
- c) l'art. 6 del Capitolato prescrive, ulteriormente, che la manutenzione

ordinaria dovrà “effettuarsi almeno due volte l’anno”.

VI.2. I motivi sono fondati.

VI.2.1. Ora, secondo assunto non contestato, i prezzi a base d’asta sono stati individuati esclusivamente sulla base dei prezzi offerti a seguito di indagini di mercato per singola tipologia di ausilio (“cfr. Determine nn.785/2018 del 02.02.2018, 670/2018 del 30.01.218, 34/2018 del 04.01.2018, 660/2018 del 30.01.2018”: chiarimenti del 2.03.2018).

La gara ha, tuttavia, a oggetto un appalto di *service*, cioè un contratto misto che include non solo la fornitura delle dotazioni ma anche una serie di servizi accessori, che richiedono impiego di personale (cfr. C.S.G artt. 3-6: “consegna *anche al domicilio dell’assistito*, l’installazione, il collaudo e l’attivazione dei dispositivi; l’istruzione del paziente e/o di un suo delegato sul corretto utilizzo dei dispositivi ... quant’altro non specificamente richiesto che si ritenga utile e necessario per assicurare l’efficienza del presidio concesso all’assistito” “numero telefonico da chiamare in caso di problemi di funzionamento del dispositivo”, “ricondizionamento ausili acquistati”, “manutenzione assistenza” e “Assistenza tecnica continuativa 24 ore su 24 tutti i giorni dell’anno”).

Ciò posto, la mancata indicazione del prezzo di tali servizi unitamente all’assenza di ogni verifica, nei documenti posti a base di gara, dei costi per la manodopera (art. 14 C.G.S.) hanno inciso sulla non corretta quantificazione degli importi posti a base d’asta, determinando, già per tali aspetti, l’impossibilità per i concorrenti di presentare un’offerta ponderata, consapevole e concorrenziale (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 1 marzo 2018, n. 1334).

Tanto chiarito, anche la durata effettiva dell’affidamento eccede i tre mesi prestabiliti, imponendo la disciplina di gara obblighi a carico dell’aggiudicatario che si prolungano nel tempo.

Viene, infatti, prescritto che:

- a. “ogni consegna dovrà coprire almeno 120 giorni di ventiloterapia”, ovvero un arco di tempo di quattro mesi;
- b. l’assistenza *full risk* si protragga “per cinque anni”, con stima intermedia delle “quantità presunte di materiale di consumo” per un anno (art. 3 C.S.G.);
- c. venga garantita una “manutenzione ordinaria da effettuarsi almeno due volte l’anno” (art. 6 C.S.G.);
- d. “l’ASL si riserva la facoltà di prorogare il contratto con l’appaltatore per il tempo strettamente necessario alla conclusione” della procedura ad evidenza pubblica già indetta con deliberazione n. 1418 del 17.11.2017 (art. 1, del Disciplinare).

VI.3. Sotto tale ultimo aspetto risulta fondato anche il terzo motivo di ricorso con il quale la ricorrente lamenta, sotto diverso profilo, l’erroneità dell’importo a base d’asta nella specie calcolato anche senza tener conto dell’eventuale proroga fino a concorrenza di un quinto dell’importo a base d’asta.

VI.3.1. Invero, come osservato:

A) quanto alla *lex specialis* di gara:

- a) l’art. 1 del Disciplinare di gara dispone nel senso che “l’ASL si riserva la facoltà di prorogare il contratto con l’appaltatore per il tempo strettamente necessario alla conclusione della succitata procedura per il tempo l’individuazione di un nuovo contraente. In tal caso l’appaltatore è tenuto all’esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per l’ASL (art. 106, comma 11, d.lgs. 50/2016)”;
- b) l’art. 10 del medesimo Disciplinare, rubricato “Aumento e diminuzione dell’importo del contratto” impone la dichiarazione che “la ditta aggiudicataria è consapevole ed accetta che il punto ordinante ha la facoltà di richiedere un

aumento o una diminuzione del servizio oggetto del presente contratto e pertanto sono ammesse varianti ai sensi dell'art. 106 d.lgs. 50/2016)";

B) quanto alla disciplina legislativa:

- l'art. 35, comma 4, del Codice dei Contratti, rubricato "Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti", prescrive, in proposito, nei termini che seguono. "Il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara".

VI.3.2. Ne consegue, allora, che, ai fini della determinazione di un congruo corrispettivo per lo stipulando contratto, a base della gara, l'Amministrazione avrebbe dovuto considerare anche l'eventuale proroga, da calcolarsi, secondo le disposizioni normative (fino a un quinto dell'importo a base d'asta secondo il disposto di cui all'art. 106, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016), tenuto conto di quanto previsto dai richiamati artt. 1 e 10 del Disciplinare.

L'effettuazione di tale stima non emerge dagli atti di gara prodotti né l'Amministrazione intimata ha fornito elementi proposito, avendo la stazione appaltante meramente fissato l'importo dell'appalto in complessivi € 217.954,00, I.V.A. esclusa, per un ammontare di poco inferiore alla soglia comunitaria pari ad € 221.000,00 (art. 35 del Codice dei Contratti pubblici, a decorrere dal 1° gennaio 2018).

VI.3.3. Ora, ove l'Amministrazione avesse incluso nella quantificazione dell'importo complessivo dell'appalto anche l'importo relativo all'eventuale proroga, la base d'asta stimata sarebbe stata pari, secondo la deduzione di parte ricorrente, ad almeno € 261.544,00 (calcolando un quinto) e, dunque,

l'appalto sarebbe stato assoggettato alle previsioni dettate dal Codice Appalti per gli appalti sopra-soglia.

VI.3.4. Tale profilo avrebbe, peraltro, significativamente inciso sulla corretta individuazione delle modalità di espletamento della procedura.

Ed invero, ove l'importo a base d'asta fosse stato calcolato nei termini di cui al predetto art. 35 del d.lgs. n. 50/2016, superando la soglia comunitaria, l'Amministrazione non avrebbe potuto ricorrere al MEPA (mercato elettronico), "uno strumento di acquisto e di negoziazione che consente acquisti telematici per importi inferiori alla soglia di rilievo europeo basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via telematica" (art. 3, rubricato "Definizioni", lett. bbb) del Codice dei Contratti pubblici).

VI.3.5. Le disposizioni di gara risultano, quindi, inficiate anche per violazione dei principi di concorrenza e non discriminazione sanciti dall'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016 nonché da eccesso di potere per disparità di trattamento e violazione del principio di imparzialità, nella parte in cui la procedura di gara *de qua* è stata sottratta agli obblighi di trasparenza e pubblicità previsti per gli appalti sopra soglia.

VI.4. Con il secondo motivo di ricorso, la società ricorrente si duole, altresì, della intrinseca contraddittorietà della disciplina di gara quanto alla tipologia e alla modalità di esecuzione del contratto. Sostiene, in particolare, che dagli atti della procedura non risulterebbe con chiarezza se la stessa sia finalizzata alla stipula di un contratto con un unico fornitore ovvero di un accordo quadro con più operatori, e, quanto, poi, all'operatività di quest'ultimo se, in tal caso, sia necessaria o meno la riapertura totale o parziale del confronto competitivo.

VI.4.1. La censura è fondata.

VI.4.2. Quanto alla tipologia di contratto prescelta:

A) dalle premesse al Disciplinare, ove si legge che il Contratto di Appalto “verrà concluso in caso di accettazione dell’offerta del Fornitore”, dall’art. 1 “la durata del contratto è fissata in mesi tre” e dall’art. 11 (“Conclusione del Contratto”) del disciplinare, sembrerebbe desumersi che il contratto possa essere stipulato, per singolo lotto, con un unico fornitore, il concorrente che abbia presentato il prezzo più basso in gara.

E’, infatti, ivi stabilito che “sulla base delle Offerte contrattuali inviate dalle Ditte, il Punto Ordinante, secondo i criteri di valutazione indicati nella RDO, procederà alla valutazione delle offerte ricevute e potrà accettarne una entro il termine di validità e di irrevocabilità dell’Offerta stabilito in occasione dell’invio della RDO. In tal caso il Sistema genera un “documento di accettazione” che dovrà essere sottoscritto a mezzo firma digitale e caricato a sistema entro il suddetto termine”;

B) l’art. 5 dello stesso Disciplinare di gara prevede, però, anche che “è fatta comunque salva la discrezionalità tecnica dei medici specialistici prescrittori nella scelta dei ventilatori [...] conseguentemente, qualora il centro prescrittore non indichi marca e/o modello dell’ausilio, la fornitura verrà affidata al primo in graduatoria risultato aggiudicatario”.

Da tale ultima disposizione sembrerebbe, invece, stante la specificità della fornitura, che i concorrenti in gara siano chiamati a stipulare accordi quadro multi-fornitore, ovvero con più fornitori, nell’ambito dei quali, poi, i singoli contratti saranno eseguiti sulla base del criterio dell’appropriatezza terapeutica, come sopra valutata.

VI.4.3. Con riferimento alle specifiche modalità di esecuzione dell’eventuale accordo quadro, la disciplina di gara risulta comunque carente delle indicazioni previste dall’art. 54 d.lgs. n. 50/2016.

Invero, il comma 5 del predetto articolo prevede che: “L’accordo quadro

concluso con più operatori economici è eseguito secondo una delle seguenti modalità:

- a. secondo i termini e le condizioni dell'accordo quadro, senza riaprire il confronto competitivo se l'accordo quadro contiene tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, dei servizi e delle forniture, nonché le condizioni oggettive per determinare quale degli operatori economici parti dell'accordo quadro effettuerà la prestazione, in relazione alle specifiche esigenze dell'amministrazione;
- b. se l'accordo quadro contiene tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, dei servizi e delle forniture, in parte senza la riapertura del confronto competitivo conformemente alla lettera a) e, in parte, con la riapertura del confronto competitivo tra gli operatori economici parti dell'accordo quadro conformemente alla lettera c), qualora tale possibilità sia stata stabilita dall'amministrazione aggiudicatrice nei documenti di gara per l'accordo quadro”;
- c. “riaprendo il confronto competitivo tra gli operatori economici parti dell'accordo quadro, se l'accordo quadro non contiene tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, dei servizi e delle forniture”.

In definitiva, la contraddittorietà intrinseca quanto alla scelta del fornitore e la lacunosità delle previsioni di gara nell'ipotesi di sottoscrizione di un accordo quadro, quanto, nello specifico, alle modalità di esecuzione, non consentono di formulare un'offerta ponderata, mutando radicalmente il calcolo di convenienza economica al variare delle predette condizioni.

VI.5. Con il quarto motivo di ricorso, la parte lamenta la violazione dell'art. 95, comma 4, d.lgs. 50/2016 deducendo l'ingiustificata individuazione, ai fini dell'aggiudicazione del contratto, del criterio del minor prezzo in luogo di quello espresso dall'offerta economicamente più vantaggiosa, criterio generale,

indicante, invece, il miglior rapporto tra qualità e prezzo.

VI.5.1. Il motivo è inammissibile per carenza di interesse.

VI.5.2. Come già chiarito nel deliberare in ordine all'ammissibilità del presente gravame, "in materia di gara per l'aggiudicazione dei contratti della p.a., l'onere dell'immediata impugnativa degli atti preliminari costituenti la "lex specialis" della gara (bandi di gara o lettere di invito) è ipotizzabile, in applicazione dei generali principi processualistici sull'esistenza delle condizioni dell'azione (legittimazione ed interesse), soltanto quando tali atti contengano prescrizioni dirette ad escludere la stessa partecipazione dell'interessato dalla procedura concorsuale. Laddove pertanto, il concorrente si dolga di clausole concernenti i criteri di valutazione delle offerte, l'impugnazione delle stesse va correttamente proposta contestualmente all'atto applicativo che conclude la procedura selettiva" (T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 16 aprile 2003 n. 3897).

Per tale specifica censura, secondo quanto evidenziato, da ultimo, nella decisione dell'Ad. Plen. n. 4/2018, trova, dunque, applicazione la regola generale secondo cui le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara e, quindi, manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura.

Ed invero, "né l'art. 81, commi 1 e 2 del predetto d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 né l'art. 95 del d. lgs. n. 50/2016 consentono di rinvenire elementi per pervenire all'affermazione che debba imporsi all'offerente di impugnare immediatamente la clausola del bando che prevede il criterio di aggiudicazione, ove la ritenga errata: versandosi nello stato iniziale ed embrionale della procedura, non vi sarebbe infatti né prova né indizio della

circostanza che l'impugnante certamente non sarebbe prescelto quale aggiudicatario; per tal via, si imporrebbe all'offerente di denunciare la clausola del bando sulla scorta della preconizzazione di una futura ed ipotetica lesione, al fine di tutelare un interesse (quello strumentale alla riedizione della gara), certamente subordinato rispetto all'interesse primario (quello a rendersi aggiudicatario), del quale non sarebbe certa la non realizzabilità”.

In tale specifico caso, in coerenza con gli stessi principi generali in materia di condizioni dell'azione, e, nella specie, di interesse ad agire (art. 100 c.p.c.) ovvero a ricorrere (art. 39, comma 1, c.p.a.), deve ritenersi che “non sussistano ragioni per ritenere che il soggetto che non abbia presentato la domanda di partecipazione alla gara sia legittimato ad impugnare clausole del bando che non siano “escludenti”.

Ed invero, “l'operatore del settore che non ha partecipato alla gara al più potrebbe essere portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione (ciò, in tesi, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di riedizione della nuova gara), ma tale preteso interesse “strumentale” avrebbe consistenza meramente affermata, ed ipotetica: il predetto, infatti, non avrebbe provato e neppure dimostrato quell’“interesse” differenziato che ne avrebbe radicato la legittimazione, essendosi astenuto dal presentare la domanda, pur non trovandosi al cospetto di alcuna clausola “escludente”; ed anzi, tale preteso interesse avrebbe già trovato smentita nella condotta omissiva tenuta dall'operatore del settore, in quanto questi, pur potendo presentare l'offerta si è astenuto dal farlo; anche se si volesse accedere ad una nozione allargata di legittimazione individuando un interesse dell'operatore economico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore, ugualmente resterebbe insuperabile la considerazione che esso non sarebbe né attuale né “certo”, ma meramente ipotetico”.

Tanto specificato, nel medesimo *decisum* viene inoltre statuito che, in tale ultima ipotesi, ricadente nelle regola generale:

- a) “la presentazione di una domanda di partecipazione alla gara non sembra imporre all’operatore del settore alcuno spropositato sacrificio”;
- b) “in alcun modo la detta domanda di partecipazione può pregiudicare sul piano processuale il medesimo, tenuto conto della granitica giurisprudenza secondo cui “nelle gare pubbliche l'accettazione delle regole di partecipazione non comporta l'inoppugnabilità di clausole del bando regolanti la procedura che fossero, in ipotesi, ritenute illegittime, in quanto una stazione appaltante non può mai opporre ad una concorrente un'acquiescenza implicita alle clausole del procedimento, che si tradurrebbe in una palese ed inammissibile violazione dei principi fissati dagli artt. 24, comma 1, e 113 comma 1, Cost., ovvero nella esclusione della possibilità di tutela giurisdizionale” (cfr. Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 2507; idem, sez. V, 22 novembre 2017, n. 5438);
- c) “la situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, è ricollegabile unicamente alla partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione: la procedura cui non si sia partecipato è *res inter alios acta* e non legittima l’operatore economico ad insorgere avverso la medesima” (Ad. Plen. n. 4/2018).

VII. Sulla base delle sovra esposte considerazioni, il ricorso è, quindi, e nei termini di cui in motivazione, meritevole di accoglimento essendo le previsioni della disciplina di gara censurate suscettibili di precludere una partecipazione utile alla gara impedendo la formulazione di una offerta economica consapevole ed effettivamente concorrenziale, in tal modo pregiudicando l’interesse a partecipare alla gara con sufficienti *chances*, in condizioni di parità, di aggiudicarsi l’appalto.

VIII. Le spese di giudizio seguono la regola della soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna l'Azienda sanitaria ricorrente alla rifusione, in favore della ricorrente, delle spese di giudizio che liquida in € 3.000,00, oltre C.P.A. ed I.V.A..

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 17 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Santino Scudeller, Presidente

Diana Caminiti, Consigliere

Gabriella Caprini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gabriella Caprini

IL PRESIDENTE
Santino Scudeller

IL SEGRETARIO