

Publicato il 20/03/2020

N. 02004/2020REG.PROV.COLL.  
N. 07015/2019 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7015 del 2019, proposto da Vitalaire Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Brunetti, Alfredo Vitale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via XXIV Maggio n. 43;

*contro*

Azienda Zero, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Pinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri n. 5;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza) n. 800/2019, resa tra le parti, concernente la gara per l'affidamento del servizio di ossigenoterapia e ventiloterapia domiciliare per pazienti adulti per i fabbisogni delle Aziende Sanitarie della Regione Veneto;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Zero;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 febbraio 2020 il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati Filippo Brunetti e Andrea Manzi su delega dichiarata di Fabio Pinelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. - Con ricorso proposto dinanzi al TAR Veneto, Vitalaire Italia s.p.a. (di seguito Vitalaire), operatore economico del settore, ha impugnato il bando con cui Azienda Zero ha indetto una procedura aperta telematica avente ad oggetto l'affidamento del “servizio di ossigenoterapia e ventiloterapia domiciliare per pazienti adulti per i fabbisogni delle aziende sanitarie del Veneto” della durata di 60 mesi, suddiviso in 6 lotti e per un valore stimato complessivo di Euro 116.235.519,62, ( IVA esclusa) da aggiudicare secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Con tale ricorso Vitalaire ha chiesto l’annullamento del bando e della documentazione di gara ad esso allegata, ritenendo di non poter “formulare un’offerta ponderata, informata, consapevole e di sicura convenienza e concorrenzialità” e deducendo, a sostegno dell’impugnativa, plurimi motivi di ricorso relativi a differenti aspetti della lex specialis.

Nel giudizio di primo grado Azienda Zero ha eccepito l’inammissibilità delle doglianze - tranne la prima relativa alla base d’asta – proposte con il ricorso introduttivo ed i successivi motivi aggiunti, rilevando che con esse sarebbero stati censurati aspetti della disciplina privi di immediata lesività e, comunque, privi della natura “escludente” nel senso delineato dalla giurisprudenza più recente.

2. - Con la sentenza n. 800 del 2 luglio 2019, il TAR Veneto ha dichiarato inammissibile il ricorso ed i successivi motivi aggiunti.

3. - Avverso tale decisione ha proposto appello Vitalaire chiedendone l'integrale riforma.

3.1 - Si è costituita in giudizio Azienda Zero che con memoria ha replicato alle doglianze proposte chiedendone la reiezione.

3.2 - Alla Camera di Consiglio del 5 settembre 2019 l'istanza cautelare è stata rinviata al merito.

3.3 - In prossimità dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie e memorie di replica insistendo nelle rispettive tesi.

4. - All'udienza pubblica del 20 febbraio 2020 l'appello è stato trattenuto in decisione.

5. - L'appello è fondato, nei termini e nei limiti in seguito precisati.

Per chiarezza espositiva e migliore comprensione delle questioni controverse, ritiene il Collegio di dover richiamare i motivi di ricorso dedotti in primo grado che investono, rispettivamente, particolari elementi della procedura di gara ritenuti – secondo la società ricorrente – impeditivi della partecipazione.

5.1 - Con il primo motivo la ricorrente aveva dedotto la *“Violazione e falsa applicazione di legge. Violazione e falsa applicazione degli artt.3 lett. ii), 4, 95, 97 del D. Lgs. 50/2016; 3 e 97 della Costituzione, artt.3 e 6 L.241/90. Omessa motivazione. Eccesso di potere per illogicità, erroneità dei presupposti e travisamento dei fatti. Sviamento”* con cui aveva lamentato l'illogicità e irragionevolezza delle basi d'asta che non avrebbero consentito di formulare un'offerta profittevole. Secondo la ricorrente la base d'asta prevista per la fornitura di ossigeno liquido, pari ad 1,1 euro/ mc, e quella per il servizio di consegna, pari a 0,25 euro/mc (0,45 euro/mc per l'area lagunare di Venezia), sarebbero state *“illogicamente identificate dalla stazione appaltante, con il seguente tangibile effetto di imporre agli operatori economici l'esecuzione di prestazioni sottocosto”*, in quanto, in sintesi:

- la base d'asta prevista per il servizio di consegna sarebbe stata troppo bassa tenendo conto delle modalità di erogazione del servizio, degli accorgimenti organizzativi adottabili dal concorrente e dei relativi costi, considerati anche

quelli per il personale, e della presenza di variabili indipendenti nella corretta gestione del servizio ( es. attivazioni di trattamenti terapeutici nei confronti di nuovi pazienti, che non sono pianificabili; varietà dei flussi prescritti e dei relativi consumi, che rendono le tempistiche di consegna variabili da paziente a paziente; differenziazioni di ore di terapia/gg per ciascun paziente, che rendono la frequenza delle consegne non allineabile e astrattamente programmabile; indisponibilità di tutte le fasce orarie per la consegna del materiale, stante la necessità di tener conto al riguardo delle esigenze di ciascun paziente);

- tale incapienza sarebbe confermata anche dal raffronto con basi d'asta considerate da altre stazioni appaltanti per servizio di ossigenoterapia (due Asl della Sardegna e Arca Lombardia) che avrebbero previsto basi d'asta *“assolutamente superiori ed in grado di consentire agli operatori economici di presentare offerte profittevoli”*, a differenza di quella individuata da Azienda Zero;

- la dedotta sottostima del servizio di consegna e l'extracosto degli altri servizi accessori previsti in appalto non avrebbero potuto essere assorbiti dal prezzo fissato per la fornitura dell'ossigeno (1,1 euro/mc) perché anche questa voce sarebbe *“ampiamente sottostimata rispetto al costo di produzione gravante la ricorrente”*, come desumibile dalla comparazione anche con altre basi d'asta e comunque *“l'inclusione in essa anche della componente propriamente riferibile al servizio non sarebbe normativamente consentita dall'art. 1, comma 578 della Legge 145/2018, secondo cui «Nell'esecuzione dei contratti, anche in essere, relativi alle forniture dei gas medicinali, è fatto obbligo di indicare nella fattura elettronica il costo del medicinale e quello dell'eventuale servizio, con evidenziazione separata»”*.

5.2 - Con il secondo motivo la ricorrente aveva denunciato, sotto diverso ed ulteriore profilo, la censura di *“Violazione e falsa applicazione dell'art. 30 del D. Lgs. 50/2016; Violazione e falsa applicazione degli articoli 3, 41 e 97 della Costituzione. Omessa motivazione. Eccesso di potere per illogicità, erroneità dei presupposti e travisamento dei fatti. Sviamento”*.

Con tale doglianza la ricorrente aveva lamentato l'impossibilità di formulare validamente un'offerta, in quanto l'art. 3 del Capitolato Tecnico prevedeva per le aziende sanitarie che avessero in proprietà ventilatori life sustaining e life supportuale, in alternativa alla fornitura delle apparecchiature da utilizzarsi per la ventilazione, la messa a disposizione della ditta aggiudicataria delle apparecchiature medesime: in tal caso le Aziende Sanitarie avrebbero pagato esclusivamente il canone giornaliero offerto dalla ditta aggiudicataria per la manutenzione e assistenza tecnica. Secondo la ricorrente, tale clausola avrebbe presentato un duplice profilo di indeterminatezza ed illegittimità considerato che, nel caso in cui la concorrente avesse dovuto fornire la sola manutenzione delle apparecchiature, l'operatore economico avrebbe potuto trovarsi nell'oggettiva impossibilità di fornire la prestazione potendo sussistere vincoli di esclusiva imposti dal produttore, che avrebbero avuto diretta incidenza anche sulla relativa tenuta delle clausole di garanzia del prodotto; ha poi precisato che non si sarebbe potuto ipotizzare il ricorso al subappalto essendo altamente probabile che l'impresa esclusivista della manutenzione concorresse, a sua volta, per l'aggiudicazione del servizio.

5.3 - Con il terzo motivo aveva invece dedotto la *“Violazione e falsa applicazione di legge. Violazione e falsa applicazione degli artt. 51 e 83 del Dlgs. 18 aprile 2016, n. 50, dell'art. 97 della Costituzione, illogicità ed irragionevolezza manifeste, carenza di motivazione e di istruttoria. Violazione DM 332/1999 e del criterio di appropriatezza terapeutica e libertà medico prescrittiva –Violazione del DPCM 12 gennaio 2017, in particolare art. 11 e Allegati 2 e 11. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, disparità di trattamento, irragionevolezza, erronea rappresentazione dei presupposti, difetto di motivazione ed istruttoria, sviamento, contraddittorietà interna ed esterna”* rilevando l'illogicità e irragionevolezza della scelta della stazione appaltante di accorpate *“prestazioni del tutto diversificate ed eterogenee quali sono, in particolare, i trattamenti di ossigenoterapia (ODT) e quello di ventiloterapia (VTD)”*; secondo la ricorrente, quindi, si sarebbe determinato il pregiudizievole ed illegittimo effetto di non poter fornire prodotti in linea con le richieste

terapeutiche elaborate dal medico prescrittore e, in definitiva, di erogare un servizio per definizione non in linea con l'esigenza di garantire il diritto alla salute dei pazienti.

Inoltre, la ricorrente aveva evidenziato, quanto ai requisiti di partecipazione, che la lex specialis di gara aveva inteso consentire la partecipazione a tutte le imprese che avessero un “[...] fatturato specifico nel settore “*Servizi di ossigenoterapia domiciliare e/o ventiloterapia domiciliare*”, determinando un rapporto di equivalenza funzionale tra le due tipologie di prestazioni, mentre, con riferimento ai criteri di valutazione relativi ai 70 punti complessivamente conseguibili per le modalità di esecuzione di entrambi i servizi (OTD e VTD), alcuni criteri sarebbero stati espressamente riferiti alla sola VTD, per cui, a suo avviso, si sarebbe determinato il rischio di consentire lo svolgimento dell'unico servizio anche a chi non fosse stato in possesso di sufficiente professionalità per l'esecuzione di entrambi i servizi.

5.4 - Con il quarto motivo la ricorrente aveva dedotto la “*Violazione e falsa applicazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell'art. 51 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, difetto di motivazione, illogicità e manifesta irragionevolezza*” lamentando il difetto di motivazione, l'illogicità e la manifesta irragionevolezza dell'avvenuta ripartizione della gara nei sei lotti, in due casi con accorpamento del bacino di utenza di diverse aziende sanitarie.

5.5 - Con il quinto motivo aveva dedotto la “*Violazione e falsa applicazione di legge. Violazione e falsa applicazione degli artt. 50 e 23, comma 16 D.lgs. 50/2016*”, in quanto la stazione appaltante avrebbe omesso l'indicazione dei costi della manodopera pur trattandosi di appalto di servizi.

A seguito del deposito in giudizio degli atti del procedimento, la ricorrente ha proposto i seguenti motivi aggiunti:

5.6 - Con la prima doglianza la ricorrente aveva dedotto la “*Violazione e falsa applicazione di legge. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 lett. ii), 4, 95, 97 del D. Lgs. 50/2016; 3 e 97 della Costituzione, artt. 3 e 6 L. 241/90. Omessa motivazione. Eccesso di potere per illogicità, erroneità dei presupposti e travisamento dei fatti.*”

*Sviamento*” evidenziando che dalla documentazione messa a disposizione della stazione appaltante non sarebbe emerso alcun dato e/o elemento tale da consentire di comprendere, sulla base di quali dati e valutazioni di mercato e tecniche, il Gruppo Tecnico e/o la Stazione appaltante avessero fissare le basi d’asta del servizio di ventiloterapia e di quello, distinto e separato, di ossigenoterapia; ha poi aggiunto che dalla disamina della documentazione avrebbe trovato conferma il mancato svolgimento da parte della stazione appaltante e/o del gruppo tecnico di alcuna istruttoria/rilevazione di mercato specifica, finalizzata alla fissazione delle basi d’asta e alla loro effettiva e concreta remuneratività.

Aveva quindi dedotto il vizio di difetto di istruttoria e, quindi, sotto ulteriore profilo, il vizio di irragionevolezza ed errore di fatto in relazione alla fissazione delle basi d’asta, tenuto conto che sarebbe mancata *“una seria rilevazione di mercato, ma anche una valutazione di possibile remuneratività delle basi d’asta in relazione alle eterogenee e molteplici prestazioni dedotte in capitolato”*.

Aveva quindi ribadito l’incongruenza delle valutazioni della stazione appaltante in relazione al prezzo di gara della fornitura di ossigeno e in relazione alla consegna, evidenziando, in particolare in relazione a tale ultimo aspetto, che dalla documentazione depositata sarebbe emersa la carenza di un’analisi basata su elementi oggettivi, ossia i dati provenienti dal CSA e quelli ricavabili dallo studio del territorio specifico presso cui avrebbe dovuto svolgersi il servizio. A sostegno della sua tesi la ricorrente aveva quindi addotto una serie di calcoli e stime di costo, evidenziando la percorrenza annuale in km necessaria per effettuare le consegne nei singoli lotti a fronte dei consumi stimati dall’ente e del numero di pazienti da servire.

5.7 - Con il secondo motivo aveva quindi dedotto la *“Violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 51 del D. Lgs. 50/2016; Violazione e falsa applicazione degli articoli 3, 41 e 97 della Costituzione. Omessa motivazione. Eccesso di potere per illogicità, erroneità dei presupposti e travisamento dei fatti. Sviamento”* con cui, ribadendo quanto già lamentato con il secondo motivo del ricorso principale,

aveva evidenziato che relativamente ai ventilatori di proprietà dell'ASL (oggetto di possibile manutenzione), sarebbe emersa con evidenza l'eterogeneità dei prodotti/dispositivi e, dunque, l'irragionevolezza della richiesta d'individuare un unico soggetto che fosse tecnicamente in grado di mantenerli tutti; aveva, quindi, ribadito l'esistenza di contratti in esclusiva tra produttori ed altri operatori del settore, con conseguente impossibilità di assumere l'obbligazione di eseguire la manutenzione di detti ventilatori.

5.8 - Con il terzo motivo, aveva dedotto la *“Violazione e falsa applicazione di legge. Violazione e falsa applicazione degli artt. 51 e 83 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, dell'art. 97 della Costituzione, illogicità ed irragionevolezza manifeste, carenza di motivazione e di istruttoria. Violazione DM 332/1999 e del criterio di appropriatezza terapeutica e libertà medico prescrittiva –Violazione del DPCM 12 gennaio 2017, in particolare art. 11 e Allegati 2 e 11. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, disparità di trattamento, irragionevolezza, erronea rappresentazione dei presupposti, difetto di motivazione ed istruttoria, sviamento, contraddittorietà interna ed esterna”*.

Con tale doglianza la ricorrente aveva ripreso le argomentazioni di cui al terzo e quarto motivo del ricorso principale, ribadendo le doglianze relative alla ripartizione in lotti della gara in questione.

Aveva poi aggiunto che, nelle allegazioni di parte e nella documentazione depositata, non si sarebbe trovata traccia delle motivazioni e delle valutazioni alla base della suddivisione dell'appalto in 6 lotti macro-territoriali che, peraltro, avrebbero accorpato servizi e prestazioni del tutto eterogenee tra loro.

5.9 - Infine, con il quarto motivo aggiunto, aveva dedotto la *“Violazione e falsa applicazione di legge. Violazione e falsa applicazione degli artt. 50 e 23, comma 16 D.lgs. 50/2016. Omessa indicazione dei costi della manodopera”* ribadendo le argomentazioni di cui al quinto motivo del ricorso principale, evidenziando, altresì, che la documentazione depositata in giudizio dalla stazione appaltante avrebbe dimostrato l'errore di fatto e l'irragionevolezza in cui sarebbe incorsa

la stazione appaltante, con riferimento anche alla mancata considerazione del costo della manodopera, non potendosi ricavare - nella documentazione depositata - alcuna analisi su tale voce di costo.

6. - Come già rilevato, il TAR ha accolto l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata da Azienda Zero ed ha ritenuto il ricorso inammissibile, sostenendo che nessuno degli elementi della *lex specialis* di gara impugnati, avesse natura escludente.

7. - Con il ricorso in appello Vitalaire ha censurato le statuizioni del TAR sottolineando, in prima battuta, che la propria prospettazione avrebbe trovato implicita conferma all'esito della gara: dei 6 lotti posti a gara, 5 sarebbero andati deserti, non essendo pervenuta alcuna offerta; solo per il lotto n. 2 sarebbe pervenuta una sola offerta; ciò costituirebbe, a detta dell'appellante, *"la migliore prova della natura anticoncorrenziale ed irragionevole della disciplina di gara"* (pag. 2 atto di appello).

7.1 - Ha poi precisato di aver, comunque, interesse alla decisione della controversia, sia in relazione alla caducazione della proposta di aggiudicazione in relazione al lotto 2 (data l'efficacia caducante dell'annullamento del bando di gara sugli atti successivi della procedura), sia al fine di evitare che la stazione appaltante potesse aggiudicare i lotti mediante procedura negoziata, ai sensi dell'art. 125, comma 1, lett. a) d.lgs. 50/2016, alle condizioni originarie di gara.

Svolte queste premesse può procedersi alla disamina dei motivi di appello.

8. - Con il primo motivo l'appellante ha censurato il capo di sentenza che ha ritenuto inammissibile la propria doglianza relativa alla definizione della base d'asta (primo motivo del ricorso e primo motivo aggiunto).

8.1 - Il TAR ha ritenuto, in estrema sintesi, che:

- l'impugnazione immediata del bando senza partecipazione alla gara sarebbe possibile solo in caso di clausole escludenti la partecipazione (relative non solo ai requisiti soggettivi di ammissione, ma anche attinenti alla formulazione

- dell'offerta) che rendano oggettivamente impossibile, per tutti i concorrenti, la presentazione di un'offerta corretta e consapevole;
- nel caso di specie, le censure proposte con riferimento alle basi d'asta previste per la fornitura di ossigeno liquido (pari ad 1,1 euro/mc) e per il servizio di consegna (pari a 0,25 euro/mc – 0,45 euro/mc per l'area lagunare di Venezia), non dimostrerebbero la macroscopica incongruità ed irragionevolezza della base d'asta, tale da non consentire di formulare un'offerta profittevole;
  - la dedotta incongruità dell'offerta, sarebbe rimasta, secondo il TAR, nell'alveo di una prospettazione soggettiva di non convenienza, in quanto i calcoli prodotti e la metodologia seguita dalla ricorrente per dimostrare l'erroneità della base d'asta, sarebbero prospettazioni di carattere unilaterale, non potendo ritrarsi la prova di un'oggettiva non convenienza economica dai dati relativi alle altre gare, avendo ciascuna di esse la propria specificità territoriale;
  - l'incongruità riguarderebbe, in particolare, una delle numerose voci di prezzo, quella relativa al servizio di consegna dell'ossigeno liquido che ha un peso di circa il 10% sull'offerta economica complessiva;
  - non sarebbe stato provato che la base d'asta per la fornitura dell'ossigeno sarebbe stata manifestamente incongrua e palesemente non remunerativa, anche in relazione alle prestazioni accessorie;
  - la stazione appaltante disporrebbe di un'ampia discrezionalità nella determinazione del contenuto del bando di gara sindacabile solo per vizi di manifesta irragionevolezza, irrazionalità, arbitrarietà o sproporzione;
  - nel caso di non convenienza della base d'asta, l'operatore economico potrebbe omettere di partecipare alla gara;
  - la contestazione della base d'asta, in quanto ritenuta non in linea con i prezzi di mercato, non costituirebbe di per sé impedimento alla presentazione dell'offerta essendo necessaria l'assoluta incongruità del prezzo (ad esempio, meramente simbolico);

- la remuneratività dell'appalto dipenderebbe dal valore complessivo delle voci costituenti il contenuto del rapporto, con la conseguenza che la mancata remuneratività di una parte del suo oggetto potrebbe essere compensata dal complessivo beneficio ricavabile dallo svolgimento dell'appalto.

8.2 - Nel primo motivo di appello l'appellante ha censurato tale statuizione rilevando, innanzitutto, che il primo giudice avrebbe adottato la decisione di inammissibilità sulla base del falso presupposto secondo cui, per superare la fase di ammissibilità del ricorso, essa avrebbe dovuto fornire la prova certa e/o oggettiva della dedotta incongruità della base d'asta; in questo modo, ha dedotto l'appellante, il primo giudice avrebbe confuso l'ammissibilità del motivo con la sua fondatezza, violando – nel contempo - il principio dispositivo con metodo acquisitivo che disciplina il regime probatorio nel processo amministrativo.

Ha anche rilevato di aver fornito sufficienti elementi di prova sulla fissazione arbitraria della base d'asta, sottolineando come fosse stata determinata senza disporre a monte un'adeguata istruttoria ed una indagine di mercato (nazionale e territoriale) con la rilevazione dei relativi prezzi.

Ha quindi sottolineato che la stazione appaltante, a fronte della sua specifica doglianza relativa al difetto di istruttoria e di arbitrarietà della determinazione della base d'asta, del tutto disancorata dai dati reali, non avrebbe prodotto alcun documento dal quale evincere come sarebbe stata fissata.

Nella propria doglianza l'appellante ha sottolineato che il TAR avrebbe ritenuto, apoditticamente, che la dedotta non remuneratività dei prezzi unitari a base d'asta sarebbe stata solo frutto di una valutazione soggettiva della ricorrente, non tenendo conto dei dati forniti in sede di giudizio a sostegno dell'incongruità della base d'asta; ha poi precisato che il primo giudice avrebbe dovuto disporre quantomeno una verifica prima di decidere, tenuto anche conto che su 6 lotti, ben 5 erano andati deserti, a dimostrazione implicita della serietà ed attendibilità della propria prospettazione.

Quanto all'asserita possibilità di operare una compensazione per coprire la base d'asta della consegna, eccessivamente bassa, ha rilevato che non sarebbe stato possibile operare compensazioni e che, comunque, non vi sarebbero state voci sovrastimate per quanto concerne la ventiloterapia; peraltro, ha sottolineato quanto già dedotto in primo grado in ordine all'impossibilità di effettuare il trasporto congiunto dell'ossigeno con altri dispositivi medici, sussistendo espresso divieto; infine, ha contestato l'assunto secondo cui il servizio di consegna peserebbe per circa il 10%.

9. - La doglianza è fondata.

9.1 - Secondo un ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale (Cons. Stato, Ad. Plen. 26 aprile 2018, n. 4; sez. V, 23 agosto 2019, n. 5789; 18 luglio 2019, n. 5057; 8 marzo 2019, n. 1736), se è vero che l'esito di una procedura di gara è impugnabile solamente da colui che vi ha partecipato (la domanda di partecipazione atteggiandosi a strumento per la sussistenza della posizione qualificata e differenziata che legittima l'impugnazione, laddove altrimenti l'operatore del settore sarebbe portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione per partecipare ad una riedizione di questa), è pur vero che a tale regola generale si deroga allorché l'operatore contesti in radice l'indizione della gara ovvero all'inverso contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto, ovvero ancora impugni direttamente le clausole del bando assumendone l'immediato carattere escludente: in tali ipotesi infatti la presentazione della domanda di partecipazione costituirebbe un inutile adempimento formale, privo della benché minima utilità in funzione giustiziale.

Il carattere immediatamente escludente ai fini della immediata impugnazione è stato ragionevolmente individuato: a) nelle clausole impositive di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati ai fini della partecipazione; b) nelle regole procedurali che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (Cons. Stato, Ad. plen. 7

aprile 2011, n. 3); c) nelle disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara oppure prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980); d) nelle condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e non conveniente (Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015, n. 293); e) nelle clausole impositive di obblighi contra ius; f) nei bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta oppure che presentino formule matematiche del tutto errate; g) negli atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421); ipotesi tutte accomunate dal fatto di impedire in modo macroscopico, ovvero di rendere estremamente ed inutilmente difficoltoso ad un operatore economico di formulare un'offerta corretta, adeguata e consapevole, configurandosi pertanto come una concreta ed effettiva lesione dell'interesse legittimo dell'impresa a concorrere con gli altri operatori per l'aggiudicazione di una commessa pubblica.

E' stato precisato (Cons. Stato, sez. III, 26 febbraio 2019, n. 1331; C.G.A.R.S. 20 dicembre 2016, n. 474) che tra le clausole da considerare immediatamente escludenti rientrano anche quelle che prevedono un importo a base d'asta insufficiente alla copertura dei costi, inidoneo cioè ad assicurare ad un'impresa un sia pur minimo margine di utilità o addirittura tale da imporre l'esecuzione della stessa in perdita (ciò in quanto l'amministrazione, nel perseguimento del suo interesse all'ottenimento della prestazione alle condizioni più favorevoli, deve contemperare tale interesse con l'esigenza di garantire l'utilità effettiva del confronto concorrenziale (Cons. Stato, sez. III, 21 febbraio 2019, n. 513), aggiungendosi al riguardo che il carattere escludente di una siffatta clausola deve essere verificato e apprezzato in concreto, cioè anche in relazione allo specifico punto di vista dell'impresa e

della sua specifica organizzazione imprenditoriale (cfr. Cons. Stato, sez. III, 21 febbraio 2019, n. 513; Sez. V, 25 novembre 2019, n. 8033).

9.2 - Correttamente l'appellante ha rilevato l'erroneità della sentenza impugnata per aver ritenuto inammissibile il ricorso proposto avverso gli atti di gara, in relazione alla dedotta non remuneratività della base d'asta.

La tesi del TAR, secondo cui la legittimazione all'impugnativa delle clausole denunciate come escludenti presuppone la prova certa ed oggettiva di tale natura, tale da rendere realmente ed oggettivamente impossibile indistintamente per tutti i concorrenti la presentazione di un'offerta corretta e consapevole, contrasta con la giurisprudenza in precedenza richiamata e con i principi costantemente espressi dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui, la legittimazione al ricorso deriva dalla prospettazione di parte.

Anche l'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 4/2018, a cui si è riferito il TAR, nel richiamare i casi in cui è ammessa l'impugnazione delle clausole di gara senza presentare la domanda di partecipazione, ha fatto riferimento all'ipotesi in cui *“si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti”* e non pretendendo, ai fini dell'ammissibilità del ricorso, che tali clausole lo siano in modo certo, attenendo tale verifica alla fase di merito.

9.3 - La tesi del TAR collide anche con il principio dispositivo con metodo acquisitivo che regola la prova nel processo amministrativo, in base al quale la parte può produrre un principio di prova in ordine alla asserita incongruità, spettando al giudice il potere di approfondire la questione eventualmente disponendo – ove ritenuto necessario – una verifica sul punto.

Nel caso di specie l'appellante ha soddisfatto il proprio onere probatorio avendo indicato plurimi elementi dai quali desumere l'incongruità della base d'asta (basi d'asta relative ad altre gare relative allo stesso servizio, anche relative ad ASL della Regione Veneto, dettagliata rappresentazione dei costi per il suo svolgimento), sottolineando l'esistenza di vizi istruttori a monte di

tale determinazione, non confutati dalla stazione appaltante con specifica documentazione.

Vitalaire ha anche rappresentato – come prova induttiva – l'esito della procedura di gara da cui emerge l'omessa partecipazione ad una gara "importante" dal punto di vista economico, della quasi totalità degli operatori del settore, a dimostrazione della presenza di "anomalie" nella redazione agli atti di gara dal punto di vista concorrenziale, circostanza che non può spiegarsi con la prospettata tesi di un ipotetico "cartello" tra le ditte del settore, in quanto non assistita da alcun elemento di prova.

9.4 - Ne consegue l'erroneità della declaratoria di inammissibilità resa dal TAR con riferimento alla prima doglianza.

La censura relativa all'erronea determinazione della basi d'asta va, quindi, esaminata nel merito.

10. - Come è noto, la stazione appaltante dispone di ampia discrezionalità nella redazione degli atti di gara ed è legittimata ad introdurre disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti, purché tale scelta non sia eccessivamente ed irragionevolmente limitativa della concorrenza, in quanto correttamente esercitata attraverso la previsione di requisiti pertinenti e congrui rispetto allo scopo perseguito, e risponda, quindi ai parametri della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 2 marzo 2020, n. 1484; Sez. V, 23 settembre 2015, n. 4440)

L'esercizio di tale potere di tipo regolamentare costituisce espressione di discrezionalità tecnica di esclusiva pertinenza dell'Amministrazione, nei confronti della quale il giudice amministrativo esercita il solo sindacato estrinseco, in base al quale può verificare se le prescrizioni di gara siano frutto di una adeguata istruttoria, siano ragionevoli e proporzionali rispetto all'interesse perseguito dalla stazione appaltante, in modo da contemperare l'interesse pubblico (ad ottenere il massimo risparmio di spesa), ma assicurando, nel contempo, la remuneratività del servizio, che garantisce la

partecipazione alla gara di una pluralità di concorrenti, e consente alla stazione appaltante di aggiudicare l'appalto dopo aver vagliato una molteplicità di offerte scegliendo quella ritenuta più vantaggiosa.

Un eccessivo restringimento della platea dei concorrenti finisce, infatti, con ledere il principio di concorrenza, connaturale alle gare pubbliche.

Come già rilevato, il sindacato del giudice amministrativo può spingersi a verificare la legittimità delle clausole sotto il profilo della proporzionalità e della ragionevolezza; tale sindacato consente anche di controllare l'adeguatezza dell'istruttoria che deve precedere la scelta tecnico-discrezionale operata dalla stazione appaltante, e tale verifica deve ritenersi essenziale quando, come nel caso di specie, un operatore economico del settore asserisca – adducendo seri elementi di prova – che la base d'asta, contestata in sede di legittimità, non sia remunerativa essendo stata fissata senza svolgere i dovuti approfondimenti istruttori.

11. - Con la prima doglianza Vitalaire ha sottolineato i vizi di difetto di istruttoria e di motivazione, di irragionevolezza e di arbitrarietà, erroneità dei presupposti e travisamento dei fatti, in relazione alla fissazione della base d'asta: ha dedotto, infatti, che dalla documentazione prodotta in giudizio, relativa alla fase propedeutica alla redazione degli atti di gara, non risulta lo svolgimento di specifiche analisi di mercato in relazione al servizio oggetto di gara con riferimento ai prezzi delle altre gare svoltesi nella Regione Veneto ed in altre regioni per tale servizio; ha poi precisato – fornendone documentazione – che in altri appalti analoghi nell'ambito della stessa Regione Veneto le basi d'asta fossero superiori a quelle in questione.

Le doglianze si sono appuntate, in modo specifico, sulla base d'asta relativa al servizio di trasporto dell'ossigeno.

11.1 - L'appellante ha correttamente rilevato che la base d'asta, seppure non deve rispecchiare necessariamente i prezzi medi di mercato, non può essere fissata in modo del tutto arbitrario con conseguente alterazione della concorrenza (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 agosto 2017, n. 4081): correttamente

Vitalaire ha richiamato le Linee Guida ANAC, espresse con la delibera del 20 gennaio 2016 n. 32, laddove al punto 11 l'Autorità ha rilevato che *“le stazioni appaltanti, nella*

*determinazione dell'importo a base di gara per l'affidamento dei servizi, non possono limitarsi ad una generica e sintetica indicazione del corrispettivo, ma devono indicare con accuratezza e analiticità i singoli elementi che compongono la prestazione e il loro valore. Le stesse devono procedere già in fase di programmazione alla stima del fabbisogno effettivo in termini di numero di ore di lavoro/interventi/prestazioni e alla predeterminazione del costo complessivo di ciascuna prestazione”*. Per assicurare una corretta stima dei costi, le amministrazioni devono ricorrere, sempre in fase di programmazione, a indagini conoscitive anche con il coinvolgimento dei soggetti coinvolti nella programmazione operanti nello specifico campo di intervento”.

Le suddette Linee Guida si riferiscono specificatamente alle procedure di appalto relative all'affidamento di servizi agli enti del terzo settore, ma i principi esposti in relazione al valore economico del servizio e all'oggetto della prestazione hanno valenza generale, e trovano quindi applicazione anche al caso di specie.

11.2 - La determinazione del prezzo posto a base di gara non può prescindere da una verifica della reale congruità in relazione alle prestazioni e ai costi per l'esecuzione del servizio, ivi comprese le condizioni di lavoro che consentano ai concorrenti la presentazione di una proposta concreta e realistica: l'analisi preliminare dei dati di mercato, propedeutica alla fissazione dei prezzi, è funzionale all'individuazione dei corretti parametri di gara, garantisce la trasparenza e evita

l'abuso di discrezionalità tecnica che, come già ricordato, è sindacabile solo in modo estrinseco.

11.3 - Nel caso di specie la disciplina di gara – e quindi anche le basi d'asta – sono state definite dal Gruppo Tecnico incaricato di redigere le specifiche tecniche della gara in questione.

Sono state svolte due consultazioni di mercato (come sottolineato da Azienda Zero), ma dalla documentazione versata in atti dalla stazione appaltante non emerge alcun dato acquisito in sede endoprocedimentale che consenta di comprendere sulla base di quali dati, rilevazioni e valutazioni di mercato e tecniche, il Gruppo Tecnico e/o la stazione appaltante abbiano fissato le basi d'asta del servizio di ventiloterapia e quello di ossigenoterapia; dalla lettura di tali documenti non emerge, infatti, lo svolgimento di una rilevazione di mercato finalizzata a stabilire tali parametri al fine di accertare l'effettiva sostenibilità per le imprese e la remuneratività degli importi stabiliti in relazione ad un ragionevole quadro economico della commessa, tenuto conto delle prestazioni oggetto dell'appalto.

Dalla disamina della documentazione versata in atti si evincono, infatti, specificatamente studi e approfondimenti relative alle sole specifiche tecniche. Azienda Zero non ha fornito ulteriori precisazioni né ha menzionato particolari studi effettuati a monte, rispetto alla redazione degli atti di gara, da cui possa desumersi quali siano stati i criteri utilizzati per la definizione delle basi d'asta essendosi limitata a sostenere che i prezzi sono rispondenti a quelli previste in altre gare.

Occorre tener conto, però, che le prestazioni oggetto dell'appalto sono plurime e comprendono: tra l'altro: (i) l'organizzazione della logistica; (ii) la predisposizione di un call center; (iii) la gestione delle emergenze; (iv) la messa a disposizione del software con monitoraggio e aggiornamento dati relativi al trattamento praticato; (v) l'assistenza nella fase di prima installazione del macchinario per la somministrazione del trattamento presso il domicilio del paziente; (vi) il servizio di formazione del paziente in ordine al corretto utilizzo del dispositivo medico.

Il servizio oggetto di gara prevede, quindi, anche servizi aggiuntivi che incidono anch'essi sul costo totale a carico degli operatori, e non vi è prova che in altre gare fossero previsti tali o analoghi servizi aggiuntivi (con

riferimento alla gara della Regione Lazio ciò è stato smentito formalmente dall'appellante).

11.4 - Come si desume dall'allegato "D" al capitolato tecnico (Sintesi delle basi d'asta unitarie), in relazione alla fornitura di ossigeno, la stazione appaltante ha previsto le seguenti basi d'asta: Ossigeno liquido: 1,1 €/mc - Servizio per la consegna di ossigeno liquido: 0,25 €/mc (0,45 €/mc per Lotto 3 relativo al territorio del Comune di Venezia) senza alcuna differenziazione su base territoriale (eccetto che in relazione al lotto 3), facendo riferimento al prezzo forfettario per mc di ossigeno; in particolare, con riferimento al servizio di consegna dell'ossigeno, dalla documentazione versata in atti, non si evince la prova dell'effettiva analisi dei costi di gestione di tale servizio, che dipendono dai tempi di percorrenza che, a loro volta, variano a seconda dell'ampiezza del territorio presso cui il servizio viene svolto, che discende, a sua volta, dalla conformazione dei singoli lotti.

E' del tutto evidente che la consegna domiciliare dentro una grande città richiede meno tempo rispetto alla consegna all'interno di un territorio più vasto e, dunque, comporta costi inferiori per il gestore del servizio.

11.5 - Tale considerazione consente di superare anche i rilievi svolti da Azienda Zero in relazione al confronto tra la gara in questione e quella vinta dall'appellante nella Regione Lazio; Vitalaire ha precisato, infatti, che le condizioni previste nelle due gare sono diverse (anche se il prezzo per l'ossigeno è il medesimo), che la consegna è più veloce perché il territorio è ristretto e che, comunque, non sono previsti servizi aggiuntivi come quelli introdotti dalla Regione Veneto.

11.6 - In ogni caso, ciò che difetta nel caso di specie, è la prova di una accurata analisi di mercato e di uno studio sui costi effettivi sostenuti dalle imprese del settore per lo svolgimento del servizio così come strutturato in sede di gara (comprensivo anche dei servizi aggiuntivi), che costituisce il presupposto per poter fissare in modo corretto la base d'asta, consentendo

alla stazione appaltante di dimostrare – sulla base di dati concreti – la non arbitrarietà della sua determinazione.

Ritiene il Collegio che Azienda Zero non sia stata in grado di fornire la prova di tale approfondimento istruttorio, in modo da confutare le censure svolte dall'appellante nella predisposizione degli atti di gara: come già anticipato, i documenti depositati in primo grado dimostrano lo svolgimento di un'analisi di mercato (sono state depositate le osservazioni degli operatori di settore che riguardano, però, aspetti di carattere prettamente tecnico ed investono le clausole del capitolato); non vi sono elementi dai quali desumere l'approfondimento istruttorio relativo ai costi per lo svolgimento del servizio a base di gara sulla base del quale parametrare le basi d'asta, sicchè la doglianza di difetto di istruttoria sollevata dall'appellante non può essere superata da tale documentazione.

Tale vizio non consente neppure di condividere la tesi del TAR, secondo cui vi sarebbe stata compensazione tra le due basi d'asta (fornitura dell'ossigeno e sua consegna domiciliare), non essendovi sufficienti elementi probatori per poterlo sostenere.

Ne consegue la fondatezza del primo motivo di appello.

12. – Vanno quindi esaminati i successivi motivi che investono le ulteriori clausole impugnate, in relazione alle quali il TAR ha emesso la declaratoria di inammissibilità.

12.1 - Con riferimento alla problematica relativa agli obblighi di manutenzione delle apparecchiature di ventilazione domiciliare di proprietà delle strutture sanitarie, giustamente il primo giudice ha rilevato che la clausola in contestazione non può ritenersi impeditiva della partecipazione: correttamente Azienda Zero ha rilevato che la doglianza è formulata in via ipotetica (e ciò determina di per sé la sua inammissibilità); in ogni caso, ove fosse impossibile fornire la prestazione per ragioni di esclusiva, la questione verrebbe risolta in sede di esecuzione mediante le dovute compensazioni economiche conseguenti.

12.2 - Anche le successive doglianze relative alla ripartizione dei lotti e all'affidamento congiunto dei servizi di ossigenoterapia e ventiloterapia non possono trovare accoglimento: in merito all'accorpamento dei servizi di ossigenoterapia e ventiloterapia, la scelta della stazione appaltante non può ritenersi impeditiva della partecipazione alla gara, in quanto l'appellante dispone dei requisiti per poter eseguire congiuntamente le due prestazioni; in ogni caso, l'accorpamento dei due servizi, da quanto consta al Collegio, costituisce una prassi piuttosto diffusa da parte delle stazioni appaltanti, sicchè la scelta tecnico-discrezionale della stazione appaltante risulta immune da vizi di irragionevolezza ed illogicità.

12.3 - Neppure la ripartizione in lotti operata dalla stazione appaltante, con specifico riferimento ai lotti 3 e 5, costituisce elemento impeditivo della partecipazione alla gara, non avendo l'appellante fornito elementi per sostenere che tale accorpamento abbia comportato l'impossibilità di presentare l'offerta.

Ne consegue l'inammissibilità di tale doglianza, come rettamente ritenuto dal TAR.

12.4 - Va invece accolta l'ultima doglianza relativa alla mancata quantificazione/indicazione nella disciplina di gara dei costi della manodopera, in quanto la disciplina di gara ha qualificato l'appalto come appalto di servizi, e dunque trova applicazione il disposto dell'art. 23, comma 16, ultimo periodo del d.lgs. 50/2016 secondo cui "Nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera sulla base di quanto previsto nel presente comma. I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso".

Contrariamente a quanto asserito da Azienda Zero, tale qualificazione risulta in linea con la descrizione del servizio contenuta nel capitolato tecnico, dal quale emerge che la prestazione oggetto di gara non si limita alla semplice fornitura di ossigeno terapeutico, ma comprende una pluralità di attività che

trascendono la sola fornitura del farmaco, ma riguardano l'installazione degli apparecchi, la pulizia, la formazione del paziente e del suo care-giver, l'elaborazione dei report trimestrali e così via.

Occorre tener presente, infatti, che l'appalto riguarda il servizio congiunto di ossigenoterapia e ventiloterapia e quest'ultima attività presenta delle connotazioni di maggiori complessità rispetto alla sola ossigenoterapia, che necessitano di un servizio più articolato, non riconducibile alla mera fornitura.

12.5 - In merito alla asserita inammissibilità di tale doglianza, è sufficiente rilevare che la mancata rilevazione ed indicazione dei costi della manodopera ha presumibilmente inciso nella determinazione dell'importo posto a base di gara, già ritenuto illegittimo per difetto di istruttoria.

In ogni caso è opportuno rilevare che la disposizione recata dall'art. 23 cit. si correla con la norma di cui all'art. 95, comma 10, d.lgs. 50/2016 relativa all'obbligo d'indicazione in offerta dei costi della manodopera e a quella di cui all'art. 97, commi 5 e 6 sulla verifica di congruità dell'offerta.

Correttamente, quindi, l'appellante ha rilevato che l'obbligo in questione si desume dal quadro normativo di riferimento imponendo alle stazioni appaltanti, al fine di determinare l'importo a base d'asta, d'individuare nei documenti di gara il costo della manodopera, determinato in base alle tabelle ministeriali.

Ne consegue che anche questa carenza comporta l'illegittimità di tale determinazione, in aggiunta alle ragioni già esposte in accoglimento del primo motivo di appello.

13. - In conclusione, per i suesposti motivi l'appello va accolto nei soli limiti indicati in motivazione e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, va accolto, nei limiti indicati in motivazione, il ricorso di primo grado corredato dai successivi motivi aggiunti.

14. – Le spese del doppio grado seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti indicati in motivazione e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, accoglie, nei limiti indicati in motivazione, il ricorso di primo grado corredato dai successivi motivi aggiunti.

Condanna Azienda Zero al pagamento delle spese del doppio grado che liquida in complessivi € 5.000,00 oltre accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Stefania Santoleri**

**IL PRESIDENTE**  
**Marco Lipari**

IL SEGRETARIO