

N. 06898/2024 REG.PROV.COLL.

N. 02167/2024 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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2167 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da Vitalaire Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 9914105243, 99141642F3, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Brunetti, Alfredo Vitale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Società Regionale per la Sanità Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Aprea, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Nippon Gases Pharma S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Zanetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio

Giuseppe Abenavoli in Napoli, via Vittoria Colonna, 14;
Sico Società Italiana Carburo Ossigeno Spa, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della determinazione del Direttore Generale di So.Re. n. 80 del 28 marzo 2024 recante: “Procedura aperta per l'affidamento della fornitura di ossigeno terapeutico al domicilio degli assistiti aventi diritto residenti della Regione Campania – Esclusione operatore economico lotti 1 e 2 e aggiudicazione – Id Gara 9026199”;
- dei verbali della commissione di gara, conosciuti unitamente alla determinazione n. 80/2024 e, in particolare, dei verbale di seduta riservata n. 2 del 18.01.2024 e n. 6 del 22.02.2024 che reca la motivazione dell'esclusione di Vitalaire dai lotti 1 e 2 della gara Id Gara 9026199 ;
- della Relazione tecnico-illustrativa ex art. 23, co 15 D.L.gs. n. 50/2016 e s.m.i.; del Bando di Gara; del Disciplinare di gara e relativi allegati; del Capitolato Tecnico e relativi allegati; dello Schema di Convenzione;
- di ogni altro atto comunque presupposto, collegato, connesso e/o consequenziale a quelli sopra menzionati, ivi compresi i chiarimenti resi in corso di procedura;

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Nippon Gases Pharma S.r.l. il 11/5/2024:

per l'annullamento in parte qua e declaratoria di illegittimità in parte qua dei seguenti atti:

- verbale n. 2 della seduta della Commissione giudicatrice del 18 gennaio 2024, per la parte in cui la Commissione ha attivato il soccorso procedimentale in

relazione all'offerta presentata da Vitalaire Italia per il lotto n. 1 della gara per l'affidamento della fornitura di ossigeno terapeutico al domicilio degli assistiti aventi diritto residenti della Regione Campania, CIG 9914105243;

- verbale n. 3 della seduta della Commissione giudicatrice del 25 gennaio 2024, per la parte in cui la Commissione ha attivato il soccorso procedimentale in relazione all'offerta presentata da Vitalaire Italia per il lotto n. 2 della gara di cui sopra, CIG 99141642F3;

- della comunicazione di SORESA dell'otto febbraio 2024.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti al ricorso incidentale presentati da Nippon Gases Pharma Pharma S.r.l. il 10/6/2024:

per l'annullamento in parte qua e declaratoria di illegittimità in parte qua degli atti impugnati con il ricorso principale e segnatamente, i verbali della Commissione di gara e la determinazione di aggiudicazione n. 80 del 28 marzo 2024;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti al ricorso principale presentati da Vitalaire Italia s.p.a. il 9/7/2024:

per l'annullamento

- del verbale del 26.03.2024, a firma del RUP, conosciuto in data 6 giugno 2024, relativo al "subprocedimento di valutazione delle congruità dei costi della manodopera" rispetto ai minimi salariali di CCNL nella parte in cui, rispetto all'offerta del RTI Nippon/Sico per i lotti 1 e 2 rileva che "il costo del personale presentato dall'operatore economico è congruo, rispetto a quanto previsto nelle corrispondenti tabelle vigenti del CCNL Chimico Farmaceutico ed Affini (industria), in vigore dal 01.01.2024 e del CCNL Logistica Trasporti merci e Spedizioni in vigore dal 1.03.2024, applicati dall'operatore in questione per lo

svolgimento delle operazioni di cui trattasi” e nella parte in cui, limitatamente al lotto 2, non avvia il subprocedimento di verifica della congruità dell’offerta;

- di ogni altro atto comunque presupposto, collegato, connesso e/o consequenziale a quelli sopra menzionati, ivi compresi i chiarimenti resi in corso di procedura;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Società Regionale per la Sanità Spa e di Nippon Gases Pharma S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2024 il dott. Pierangelo Sorrentino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Vitalaire Italia S.p.A ha impugnato l’aggiudicazione – adottata con determina del D.G. di So.Re.Sa. n. 80 del 28 marzo 2024 – dei lotti nn. 1 e 2 della gara per l’affidamento della fornitura di ossigeno terapeutico al domicilio degli assistiti aventi diritto residenti nella Regione Campania, deducendo plurimi profili di illegittimità del provvedimento di esclusione dalla procedura disposto nei suoi confronti in esito all’esperimento del soccorso procedimentale.

1.1. – L’esclusione, sostiene parte ricorrente, non le sarebbe stata tempestivamente comunicata entro i previsti 5 gg. dalla seduta – di cui al verbale n. 6 – in cui è stata decisa (*sub II*) e, inoltre, risulterebbe viziata da

incompetenza, non essendo stata disposta dal R.U.P. – posto che la S.A., nella determina n. 80/2024, si è limitata unicamente a “*prendere atto*” di quanto stabilito dalla commissione nel predetto verbale n. 6 – bensì, secondo quanto dedotto, dalla sola commissione di gara (*sub I*); infine, sul piano sostanziale, il provvedimento espulsivo sarebbe inficiato da difetto di istruttoria e di motivazione, stante l’erroneità delle ragioni poste dalla commissione a suo fondamento, consistenti nella rilevata mancanza, nell’offerta tecnica della ricorrente, “*del dispositivo di regolazione dell’erogazione del flusso in grado di assicurare il flusso in uscita di ossigeno gassoso regolabile da 0,5 a 15 lt minuto, previsto nel capitolato tecnico alla Tabella 7 ID O3*” e nella qualificazione del riscontro fornito in esito al soccorso istruttorio quale integrazione postuma dell’offerta e non, invece, in termini di semplice chiarimento sul contenuto tecnico di quest’ultima (*sub III*).

2. – Si sono costituite in giudizio So.Re.Sa. s.p.a., in resistenza, che ha chiesto la reiezione del ricorso, siccome infondato, e la controinteressata R.T.I. Nippon/Sico, che ha spiegato ricorso incidentale escludente impugnando i verbali di gara nn. 2 e 3, dei quali ha dedotto l’illegittimità nella parte in cui, anziché disporre l’immediata esclusione della ricorrente in via principale, prevedono, a suo beneficio, l’attivazione del soccorso procedimentale.

2.1. – Con atto depositato in data 10/6/2024 la controinteressata ha formulato motivi aggiunti al ricorso incidentale, deducendo che la ricorrente in via principale avrebbe dovuto essere esclusa, altresì, per aver tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della S.A. (art. 80, comma 5°, lett. c bis, d.lgs. n. 50/2016), avendo reso dichiarazioni inveritiere a proposito del criterio

di valutazione *“Informatizzazione del servizio - accesso alle informazioni”*, che prevede l’attribuzione, al massimo, di 3,5 punti.

3. – Con atto depositato in data 9/7/2024 la ricorrente Vitalaire s.p.a. ha formulato motivi aggiunti al ricorso principale impugnando il verbale del 26/03/2024, a firma del RUP, relativo al *“subprocedimento di valutazione delle congruità dei costi della manodopera”* rispetto ai minimi salariali di CCNL nella parte in cui, rispetto all’offerta del RTI Nippon/Sico per i lotti nn. 1 e 2, rileva che *“il costo del personale presentato dall’operatore economico è congruo, rispetto a quanto previsto nelle corrispondenti tabelle vigenti del CCNL Chimico Farmaceutico ed Affini (industria), in vigore dal 01.01.2024 e del CCNL Logistica Trasporti merci e Spedizioni in vigore dal 1.03.2024”* e nella parte in cui, limitatamente al lotto n. 2, non avvia il subprocedimento di verifica della congruità dell’offerta.

4. – All’udienza del 9/10/2024, in vista della quale le parti hanno depositato memorie e repliche, insistendo per l’accoglimento delle domande rispettivamente formulate, la controversia è stata trattenuta in decisione.

5. – Il ricorso è infondato, il che consente di prescindere, in ossequio al principio della ragione più liquida, dalla disamina dell’eccezione di irricevibilità sollevata dalla difesa della S.A. e della controinteressata.

5.1. – Contrariamente a quanto dedotto, l’esclusione della ricorrente dai lotti nn. 1 e 2 è stata legittimamente disposta, unitamente all’aggiudicazione della gara, dal Direttore Generale della S.A., che ha fatto proprio, richiamandolo, il contenuto del verbale n. 6, nel quale la commissione ha dato conto delle ragioni per cui ha ritenuto che la ricorrente non fosse in possesso dei requisiti minimi.

5.2. – È, dunque, all’impugnata determina. n. 80/2024 che va ricondotto l’effetto espulsivo, non certamente al verbale n. 6, avente evidentemente natura endoprocedimentale, e tanto in coerenza con la ricostruzione giurisprudenziale della portata applicativa dell’art. 77 del vecchio codice dei contratti sulle competenze del RUP – quindi della S.A. – e della commissione di gara (si v., ad es., Cons. Stato, Sez. VI, 8.11.2021 n.7419), la quale, in tal caso, ha agito, tra l’altro, in conformità a quanto specificamente stabilito dal disciplinare di gara (art. 17.1.; v. anche art. 21), che prevede che “[L]a Commissione verificherà in primis il possesso dei livelli minimi e, successivamente procederà con la valutazione in relazione ai criteri e ai sub-criteri, specificamente indicati”.

5.3. – Nessun difetto di competenza, dunque, risulta configurabile nella specie, dovendosi ricondurre l’esclusione, per quanto osservato, al provvedimento adottato dalla S.A., con conseguente infondatezza del motivo *sub I*.

6. – Quanto al motivo *sub II*, così come previsto dall’art. 19 del disciplinare di gara, l’organo valutativo ha reso noto ai concorrenti le esclusioni durante la seduta pubblica del 6/3/2024, come risulta dal relativo verbale, nel quale si dà atto che la ricorrente società era presente alla seduta, sicché è smentito in punto di fatto il rilievo che l’Amministrazione non le avrebbe comunicato l’esclusione.

6.1. – Quanto alla delibera di D.G. in cui si sostanzia l’atto lesivo della posizione giuridica della ricorrente, in data 28/03/2024, cioè lo stesso giorno in cui è stata adottata, in linea con quanto stabilito dalla *lex specialis*, è stata inviata alla ricorrente, tramite la piattaforma telematica SIAPS, la comunicazione prot. PI098298-23 *ex art 76* d.lgs. n. 50/2016 di esclusione

disposta dai lotti 1 e 2, con allegati il provvedimento di esclusione e aggiudicazione e tutti i verbali di commissione.

Ne deriva, di conseguenza, l'infondatezza della censura.

7. – Quanto al motivo *sub* III, ne forma oggetto, come accennato, la motivazione dell'impugnata esclusione, ancorata al duplice presupposto della rilevata carenza dell'offerta tecnica della ricorrente (con riferimento all'unità di base da 45 lt.) e dell'inammissibile contenuto "*integrativo*" di quest'ultima attribuito dalla commissione di gara – con valutazione fatta propria dalla S.A. – al riscontro fornito dalla ricorrente in esito al soccorso istruttorio.

7.1. – Assume rilievo decisivo, pertanto, per un verso, la qualificazione dei documenti e delle dichiarazioni prodotte in sede di soccorso istruttorio dalla società ricorrente – rendendosi necessario accertare se queste configurino, in particolare, una *integrazione* dell'offerta ovvero se debbano propriamente ritenersi, secondo quanto prospettato in ricorso, un mero *chiarimento* sull'originario contenuto tecnico di quest'ultima; dall'altro, parimenti dirimente è la verifica della fondatezza del secondo frammento di motivazione, cioè a dire della mancanza, secondo la S.A., nell'offerta tecnica della ricorrente, per l'unità di base da 45 lt, pur in esito all'esperito soccorso istruttorio – e in disparte la questione della legittima attivazione di quest'ultimo, sollevata nel ricorso incidentale – "*del dispositivo di regolazione dell'erogazione del flusso in grado di assicurare il flusso in uscita di ossigeno gassoso regolabile da 0,5 a 15 lt minuto, previsto nel capitolato tecnico alla Tabella 7 ID O3*".

7.2. – Più in dettaglio, come si ricava dal verbale della seduta riservata della commissione di gara (verbale n. 6) la motivazione dell'esclusione è la seguente:

“Esaminata la dichiarazione e la relativa documentazione prodotta, la Commissione ritiene che il riscontro pervenuto possa configurarsi quale integrazione dell’offerta tecnica originariamente proposta. Pertanto, non può essere valutato ai fini della verifica dei requisiti minimi ai sensi dell’art. 83, comma 9 dlgs 50/2016 in tema di divieto d’integrazione postuma dell’offerta tecnica. Richiamato quanto dichiarato ed offerto dall’operatore, giusto verbale n. 2 della Commissione, cui si rimanda, l’offerta tecnica risulta mancante del dispositivo di regolazione dell’erogazione del flusso in grado di assicurare il flusso in uscita di ossigeno gassoso regolabile da 0,5 a 15 lt minuto, previsto nel capitolato tecnico alla Tabella 7 ID O3. Atteso che l’offerta tecnica deve rispettare le caratteristiche minime stabilite nel capitolato e (eventuale: nei relativi allegati), pena l’esclusione dalla procedura di gara (rif. Pag. 47 del disciplinare di gara, la Commissione esclude l’operatore economico Vitalaire spa dal prosieguo della gara”.

7.3. – Ad avviso del Collegio entrambi i segmenti motivazionali di cui sopra sono fondati e condivisibili, siccome pienamente supportati dall’esame della documentazione prodotta dalla ricorrente in esito al soccorso istruttorio.

7.3.1. – La novità, per la prima volta rappresentata nell’allegata dichiarazione del Presidente della casa produttrice del dispositivo (Cryopal) offerto in gara, secondo cui *“in caso di necessità, sarà possibile mettere a disposizione un sistema opzionale tale da permettere di erogare un flusso compreso tra gli 0,25 e i 15 litri al minuto con i nostri dispositivi CryoPAL FreeLox 32 e 44 Litri”*, costituisce, infatti, una violazione del divieto di integrazione dell’offerta prodotta in gara.

7.3.1.1. – Siffatto “*sistema opzionale*”, invero, non trova riscontro né menzione nella scheda tecnica del dispositivo offerto e, nemmeno, in altro documento ufficiale prodotto in gara dalla ricorrente, essendo prefigurato, per la prima volta, nella menzionata dichiarazione della società produttrice resa in esito al soccorso attivato dalla S.A. ex art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016; si tratta, cioè, di nuova documentazione, prodotta per la prima volta nel corso della gara allo scopo di comprovare la sussistenza di un requisito tecnico minimo previsto a pena di esclusione, nella quale si dà conto della disponibilità di opzioni tecniche di funzionamento del dispositivo che esulano dal contenuto originario dell’offerta e postulano il riferimento a fonti di conoscenza estranee alla stessa. Si configura, per l’effetto, una inammissibile integrazione postuma dell’offerta, in quanto tale violativa del principio della par condicio dei partecipanti ad una procedura di evidenza pubblica (ex multis: Cons. Stato, Sez. III, 07/02/2024, n. 1238; Cons. Stato, Sez. III, 11/12/2023, n. 10689).

7.3.2. – Tale dichiarazione, poi, venendo al secondo profilo, concernente la conformità dell’offerta tecnica della ricorrente alla *lex specialis* di gara, ne disvela – come condivisibilmente sostenuto dalla S.A. – la non rispondenza ai requisiti minimi previsti.

7.3.2.1. – L’affermazione del Presidente della società produttrice secondo cui “*in caso di necessità, sarà possibile mettere a disposizione un sistema opzionale tale da permettere di erogare un flusso compreso tra gli 0,25 e i 15 litri al minuto con i nostri dispositivi CryopAL Freelox 32 e 44 Litri*” induce ragionevolmente a ritenere, infatti, che questi ultimi, di norma, ne siano privi o, più precisamente, come risulta dalla scheda tecnica presentata in gara dalla ricorrente (prodotta in atti dalla resistente e dalla controinteressata), che l’unità

criogenica di 44L offerta in gara, modello “*Freelox 2*” della casa produttrice Cryopal, abbia esclusivamente un flusso regolabile da 0 a 6 litri e, di conseguenza, non soddisfi il cit. requisito minimo ID03, che pretende un dispositivo di regolazione in grado di assicurare il flusso in uscita di ossigeno gassoso da 0,5 a 15 lt/minuto.

8. – Nemmeno persuade, da ultimo, la prospettazione della ricorrente che si appunta su una presunta ambiguità della legge di gara nella parte in cui dispone – all’art. 3.1.1.1. del capitolato per come modificato con D.G. n. 190/2023 – che “[L]a fornitura dei flussimetri di cui ai punti ID02 e ID03 della tabella 7 è da intendersi alternativa per ciascun contenitore criogenico fornito al paziente, a seconda della relativa prescrizione medica”.

8.1. – Lungi dall’essere “*decettiva*”, la disposizione, nella versione rettificata, appare invero chiara nel prescrivere, con riferimento ai requisiti tecnici minimi dell’offerta, che i concorrenti dovessero prevedere in offerta, a pena di esclusione, entrambi i tipi flussimetri (uno con “*flusso in uscita di ossigeno gassoso regolabile da 0,25 a 6 l/min*” e uno con “*flusso in uscita di ossigeno gassoso regolabile da 0,25 a 15 l/min*”), trovando spiegazione, la richiesta alternatività, nell’impossibilità che le suddette tipologie siano contestualmente presenti su uno stesso contenitore criogenico.

Il ricorso introduttivo, si rivela, per quanto detto, infondato.

8. – L’acclarata legittimità dell’esclusione della società ricorrente determina il venir meno, in capo alla medesima, di ogni residuo interesse “*finale*”, da identificarsi nella riammissione in gara in vista dell’aggiudicazione; d’altro canto, la disamina delle censure articolate con l’atto per motivi aggiunti – volte a contestare, per il lotto n. 2, la omessa valutazione, “*in presenza di evidenti ed*

oggettivi elementi specifici di anomalia”, della congruità dei costi della manodopera dell’aggiudicataria (p. 7) e, in via derivata, l’aggiudicazione della gara – si rende necessaria, cionondimeno, attesa la persistenza, in capo alla società ricorrente, dell’interesse cd. “*strumentale*” alla riedizione della procedura evidenziale per il predetto lotto, per un verso risultando la controinteressata unico operatore utilmente collocatosi in graduatoria e, per altro verso, non essendosi “*consolidata*” l’esclusione della ricorrente dalla procedura di gara (Cons. Stato, Sez. V, 04/07/2023, n. 6530).

8.1. – Ciò premesso, i motivi aggiunti al ricorso principale sono comunque privi di fondamento.

8.2. – Non può essere condivisa la tesi della ricorrente secondo la quale il ribasso del 21% del costo della manodopera effettuato dall’aggiudicataria rispetto alla stima effettuata dalla S.A. costituirebbe un evidente indice probatorio e un elemento specifico dell’anomalia dell’offerta che avrebbe reso doverosa, *ex art. 97, comma 6, d.lgs. n. 50/2016*, la conseguente verifica di anomalia, illegittimamente omessa dalla S.A.

8.3. – Diversamente da quanto preteso, la misura dell’indicato ribasso non può ritenersi, di per sé, elemento sufficiente a fondare la necessità di procedere alla verifica di anomalia dell’offerta né, d’altro canto, essa costituisce fatto idoneo a comprovare l’irragionevolezza della diversa valutazione compiuta dalla S.A.

8.3.1. – È ben possibile che il costo “*proprio*” del singolo concorrente, sopportato per la manodopera, sia diverso dal costo medio (*cf. ad es., Cons. Stato, Sez. V, 4/5/2020, n. 2796*) ma, soprattutto, la determinazione dell’amministrazione di procedere alla verifica di anomalia dell’offerta nei casi in cui ciò non sia espressamente previsto è rimessa alla sfera propria della

stazione appaltante nell'esercizio della sua discrezionalità tecnica, che nella specie si ritiene insindacabile perché non posta in essere incongruamente o illogicamente (*cf.* tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 17/03/2022, n. 1936; Sez. III, 11/5/2021, n. 3710); la censura, dunque, non coglie nel segno, tanto più che la ricorrente non ha dedotto che i costi della manodopera indicati dall'aggiudicataria (per il lotto 2) sarebbero inferiori ai minimi salariali della contrattazione collettiva nazionale.

9. – L'infondatezza del ricorso principale e dei motivi aggiunti determina l'improcedibilità del ricorso incidentale e dei relativi motivi aggiunti (*ex multis* T.A.R. Roma, sez. III, 03/09/2024, n.16064).

10. – Le spese seguono la soccombenza, come per legge, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, così dispone:

- rigetta il ricorso introduttivo;
- rigetta i motivi aggiunti al ricorso introduttivo depositati in data 9 luglio 2024;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale e i relativi motivi aggiunti, depositati in data 10 giugno 2024;

Condanna la società ricorrente alla refusione, in favore della P.A. resistente e della parte controinteressata, delle spese e competenze di giudizio, che si liquidano in complessivi euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori, come per legge, da corrispondersi nella misura di un mezzo ciascuno.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Gianmario Palliggiano, Consigliere

Pierangelo Sorrentino, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Pierangelo Sorrentino

IL PRESIDENTE

Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO