

APPALTI - ACCORDO QUADRO - SUDDIVISIONE IN LOTTI - DEROGA - LEGITTIMO

È legittimo l'accordo quadro, stipulato ai sensi dell'art. 54, c.4, lett. a del Codice appalti, nel quale la stazione appaltante accorpi in un unico lotto servizi e forniture eterogenei motivando in ordine alle specifiche esigenze connesse alla peculiarità dell'oggetto.

Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza n. 1222/2019

Publicato il 22/02/2019

N. 01222/2019REG.PROV.COLL.

N. 06857/2018 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6857 del 2018, proposto da Linde Medica S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati Luigi Biamonti, Federico Mazzella e Niccolò Antonino Gallitto, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Luigi Biamonti in Roma, Lungotevere Michelangelo 9;

contro

Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Giampaolo Raia, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Giovanni Doria in Roma, viale Tiziano, 3;

nei confronti

Regione Calabria non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata resa dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda) n. 1357/2018, tra le parti, in data 11 luglio 2018, n. 1357, con cui era respinto il ricorso proposto per l'annullamento degli atti costituenti la *lex specialis* della procedura selettiva indetta dall'Azienda sanitaria provinciale di Cosenza (ASP Cosenza) relativa all'Accordo Quadro per l'affidamento a più operatori economici del Servizio di Assistenza protesica misto a fornitura per la gestione terapeutica dei pazienti affetti da IRC in ventilazione polmonare domiciliare “*Servizio di Ventiloterapia Meccanica in regime HOME CARE e telemedicina*” CIG n. 7503191516 ed, in particolare, del bando di gara pubblicato sulla G.U.CE GU/S 225678-2018.IT in data 26 maggio 2018 e sulla G.U.R.I. , 5° s.s. n. 63 dell'1 giugno 2018, del disciplinare di gara e del capitolato tecnico e di ogni altro atto presupposto, connesso o conseguente;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 febbraio 2019 il Cons. Solveig Cogliani e uditi per le parti gli Avvocati Federico Mazzella e Giampaolo Raia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso di primo grado, la società Linde Medica s.r.l. censurava la procedura selettiva ai sensi dell'art. 54, co. 4, lett. a , d.lgs. n. 50 del 2016, indetta con deliberazione n. 935 del 17 maggio 2018, dall'Azienda sanitaria provinciale di Cosenza (di seguito ASP Cosenza) per la sottoscrizione di un accordo quadro per il

Servizio di Ventiloterapia meccanica in regime HOME CARE e la relativa fornitura dei necessari apparecchi terapeutici, per la durata di 48 mesi ed un valore stimato di euro 8.500.000,00, pubblicata con avviso sulla G.U.C.E. GU/S 2225678-2018-IT in data 26 maggio 2018 e sulla G.U.R.I. 5° serie speciale, n. 63 in data 1 giugno 2018, deducendo l'irragionevolezza delle restrizioni alla partecipazione e l'indeterminabilità dell'offerta.

La Società predetta, dunque, ha evidenziato quattro restrizioni:

- la prima di carattere generale rappresentata dal binomio capacità economico-finanziaria (fatturato globale negli ultimi tre esercizi 2015-17 non inferiore a euro 2.500.000,00) e capacità tecnica (fatturato specifico nell'ultimo triennio 2015-17 pari ad almeno euro 1.500.000,00);
- la seconda di carattere preliminare, concernente l'esclusione delle offerte limitate ad alcune solo delle 24 tipologie clinico-assistenziali oggetto dell'Accordo quadro;
- la terza, di cui al Capitolato tecnico di gara, derivante dal mancato raggiungimento del punteggio minimo di qualità, pari a 42/70, che si articola su sette voci, di cui quattro sarebbero viziate (perché due discriminatorie, quelle secondo le quali viene previsto quale requisito preferenziale lo svolgimento dell'appalto attraverso strutture e personale localizzato nel territorio della stazione appaltante, una asseritamente illogica, relativa alla certificazione in telemedicina, l'ultima per sproporzione e contraddittorietà, quella relativa alla ulteriore tipologia assistenziale ADI, prevista come meramente aggiuntiva e eventuale dal disciplinare di gara);
- la quarta, collegata al caso di mancata accettazione integrale dei prezzi più bassi che emergeranno ad esito della procedura, con la previsione del divieto di sottoscrizione dell'Accordo quadro.

La Società, dunque, proponeva i seguenti motivi di gravame:

1 – violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 51 e 54 d.lgs. n. 50 del 2016, dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione, proporzionalità e eccesso di potere per illogicità, e difetto di motivazione, poiché perché nonostante le 24 tipologie clinico – assistenziali finiscano per accorpate – asseritamente – dispositivi ed apparecchi eterogenei (3 relativi alla gestione delle secrezioni, 10 alla ventiloterapia invasiva e non, 2 per la gestione dei pazienti tracheotomizzati, 3 relativi ai concentratori, 5 contemplanti apparecchi vari e 1, trasversale, relativo al telemonitoraggio), la procedura non è stata suddivisa in lotti;

2 – violazione dei medesimi articoli, dei principi predetti e eccesso di potere, in quanto l'operatore sarebbe costretto ad offrire tutte le predette tipologie e non potrebbe neppure valutare la convenienza economica, in forza della previsione dell'obbligo di accettazione dei minori prezzi offerti;

3 – i medesimi vizi sotto altro profilo con riguardo allo sbarramento determinato dalle prescrizioni sulla qualità tecnica.

Con sentenza, resa in forma semplificata, evidenziata la discrezionalità dell'Amministrazione nella prescrizione di requisiti ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge, il giudice di prime cure riteneva la legge di gara non irragionevole, né sproporzionata ed, invece, carente la prospettazione di parte ricorrente con riguardo alla dimostrazione della impossibilità di partecipazione. Assorbiva, poi, le altre censure, in considerazione della affermazione della mancanza dei requisiti di partecipazione, in forza delle affermazioni rese dalla stessa istante.

Pertanto, con il ricorso in appello indicato in epigrafe, la Linde Medica s.r.l. censura la sentenza di prime cure per i seguenti motivi:

1 – erroneità e contraddittorietà della sentenza in relazione al primo motivo di ricorso, poiché – contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice – le censure di parte ricorrente non sarebbero dirette ai profili 'dimensionali' (la Linde, peraltro,

sarebbe in possesso degli stessi con riferimento al fatturato globale e specifico), bensì alla mancata suddivisione in lotti;

2 – analoga erroneità e contraddittorietà sempre con riguardo al primo motivo, laddove la sentenza ha ritenuto rilevante *“il complesso di attività operative ed organizzative indispensabili per l’approvvigionamento di quanto necessità alla stazione appaltante”*, la necessità *“di evitare, nella fase esecutiva, problemi di coordinamento sotto il profilo tecnico-organizzativo, nonché al fine di garantire l’uniformità qualitativa dei prodotti”*; poiché – asseritamene – il primo giudice non avrebbe avuto ben presente che, nella specie, si verte in una procedura tesa alla stipula di un accordo quadro con più operatori e prevalentemente alla fornitura;

3 – ancora, l’erroneità per omessa pronunzia sui motivi secondo e terzo in quanto la ricorrente avrebbe potuto partecipare in ATI.

Ribadiva, dunque, le censure contenute nei predetti motivi, come formulate nel ricorso introduttivo.

L’Amministrazione si è costituita per resistere, ribadendo che la decisione assunta trova giustificazione in relazione al particolare oggetto del servizio misto a fornitura, che contempla tutte quelle prestazioni connesse alla IRC in relazione alle esigenze del paziente affetto dalle predette patologie, caratterizzato da un quadro clinico molto complesso.

A seguito di ulteriori memorie e della discussione, nella quale le parti hanno precisato che la procedura si è sostanzialmente conclusa, la causa è stata trattenuta in decisione all’udienza del 14 febbraio 2019.

DIRITTO

I – Con i primi due motivi di appello la Società Linde Medica censure la sentenza di primo grado, poiché - a suo dire - non avrebbe correttamente inteso i motivi di ricorso con riguardo alla indizione di una gara per un unico lotto e con riferimento

alla circostanza che la procedura si dirigeva alla selezione di più operatori per la stipula di un accordo quadro, cui attingere a rotazione.

Tale assunto appare errato.

Infatti, seppure la Società aveva, nel ricorso introduttivo, indicato come una delle restrizioni ingiustificate la previsione di una capacità economico-finanziaria rilevante, il primo giudice si è correttamente pronunziato sulla ragionevolezza della previsione di un unico lotto proprio in considerazione della peculiarità dell'oggetto dell'Accordo quadro in relazione alle esigenze rappresentate dall'Amministrazione per lo svolgimento del servizio misto a fornitura per l'HOME CARE.

Ciò posto non vi è motivo di ritenere, poiché anzi dalla sentenza emerge il contrario, che il primo giudice non abbia colto la natura dell'Accordo quadro, quale strumento pubblico d'acquisto attraverso cui fissare le clausole generali che regoleranno, per la sua durata, i contratti applicativi specifici da stipulare.

II – Si deve, dunque, esaminare, la correttezza della soluzione individuata dal primo giudice alla luce delle censure e delle controdeduzioni di parte appellata, al fine di verificare se la disciplina di gara contestata possa produrre effetti restrittivi della concorrenza.

Orbene, sotto tale profilo emergono, invero, talune perplessità in ordine all'interesse dell'appellante a contestare siffatto profilo, in quanto la stessa ha precisato, in appello, di essere in possesso dei requisiti economici finanziari per partecipare (pur non avendolo fatto) alla gara in esame.

Tuttavia, ritiene il Collegio di non doversi soffermare su tale profilo, che pur sarebbe rilevabile nel presente grado, poiché l'interesse dell'appellante si radica anche – secondo la prospettazione della stessa – sull'asserita impossibilità di formulazione dell'offerta a causa della non determinabilità della stessa.

III – Per completezza, comunque, vale ricordare che questo Consiglio nella sentenza n. 2044 del 2018 (richiamata, peraltro, dalla difesa dell'amministrazione)

ha precisato che se <“è pur vero che l’art. 51 d.lgs. n. 50-2016 ha mantenuto il principio della suddivisione in lotti, al fine di favorire l’accesso delle microimprese, piccole e medie imprese alle gare pubbliche, già previsto dall’art. 2, comma 1-bis, d.lgs. n. 163-2006; tuttavia, nel nuovo regime, il principio non risulta posto in termini assoluti ed inderogabili, giacché il medesimo art. 51, comma 1, secondo periodo afferma che “le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell’appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito o nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139”. Il principio della suddivisione in lotti può dunque essere derogato, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669) ed è espressione di scelta discrezionale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 16 marzo 2016, n. 1081), sindacabile soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dell’adeguatezza dell’istruttoria, in ordine alla decisione di frazionare o meno un appalto “di grosse dimensioni” in lotti>.

Nella specie che occupa l’Amministrazione ha chiarito nello stesso Disciplinare di gara (art. 7) la prescrizione della partecipazione ‘totalitaria’ ha la propria *ratione* circostanza che l’ “Accordo Quadro sarà concluso con più operatori economici, perché la presente procedura non è finalizzata ad identificare un unico aggiudicatario, bensì una pluralità di offerte tecnicamente idonee, tali da consentire ai prescrittori l’individuazione dell’ausilio consono alle esigenze terapeutiche del paziente e che garantiscano la fornitura ed i servizi connessi per tutte le tipologie clinico-assistenziali previste dal Capitolato Tecnico-prestazionale”.

Del resto, la stessa appellante precisa che avrebbe potuto partecipare in ATI.

L’affermazione della restrizione della concorrenza appare in radice smentita dalla stessa ricorrente.

Né le valutazioni della Linde Medica riescono a contraddire efficacemente le scelte tecnico-discrezionali dell’Amministrazione in ordine alle esigenze del servizio e degli utenti.

IV – Rimane da esaminare, dunque, la censura relativa alla indeterminabilità dell’offerta, che a dire della Società istante deriverebbe dalla eterogeneità dei servizi e delle forniture.

Nella specie, tuttavia, per come è precisato nell’atto di appello, la contestazione della parte istante si rivolge alla consistenza in unico lotto e non alla decisione di procedere ad un accordo quadro.

Attraverso questo istituto, il legislatore offre alle stazioni appaltanti la possibilità di accorpare acquisti ripetuti di beni o servizi, riducendo così i costi procedurali collegati al reiterato espletamento di gare simili (esigenza che è ribadita dall’Amministrazione appellata).

Non si evince nella prospettazione di parte appellante in che modo la previsione di molteplici servizi e forniture comporti l’incertezza nella presentazione dell’offerta. E’ ben vero, invece, che la stipula dell’accordo quadro, come configurato, con una molteplicità di servizi e forniture può creare una situazione di ‘asimmetria’ tra l’aggiudicatario e la stazione appaltante, in quanto, l’aggiudicatario ha l’obbligo di rifornire la pubblica amministrazione che lo richieda, al prezzo risultato migliore, secondo la previsione di cui al menzionato art. 7 del Disciplinare *“allineamento dei prezzi di remunerazione per singola Tipologia Clinico-Assistenziale, perché a parità di prestazione vi sia identità di controprestazione e spesa”*.

Tuttavia, tale aspetto non incide sulla possibilità di formulazione dell’offerta, ma semmai sulla convenienza economica dell’operatore a partecipare alla procedura e a stipulare l’accordo ed i conseguenti contratti in sede di esecuzione.

Ne discende che deve condividersi la pronunzia appellata sul punto della carenza di interesse a contestare aspetti che attengono all’esecuzione da parte di un soggetto che non ha inteso partecipare alla gara.

V - Peraltro, posto che l’appellante – come detto – ha precisato di non avere impedimenti alla partecipazione – le prescrizioni in termini qualitativi trovano la

loro coerenza e giustificazione proprio nella necessità di selezionare operatori particolarmente qualificati e di bilanciare – ai fini della prestazione del servizio finale all’utenza – le esigenze di contenimento dei costi.

In questi termini il Disciplinare, laddove prevede che *“La valutazione sulla Qualità delle offerte tecniche, con lo sbarramento a minimo 42 punti su 70 punti massimi attribuibili, è dettata dalla necessità di garantire a questa ASP, ma ancor prima ai pazienti che saranno presi in carico dall’operatore economico/Fornitore, che quest’ultimo sia in grado di erogare prestazioni di almeno medio-alto profilo, atteso che trattasi di prestazioni qualificate ed in regime di Home Care”*.

VI – Per quanto si qui ritenuto in ordine alla mancata partecipazione alla gara, ritiene il Collegio che possano essere assorbite le ulteriori censure attinenti ai singoli requisiti di qualità, come correttamente indicato dal primo giudice.

Esse (relative al punteggio per tecnici specializzati, alla certificazione in telemedicina, all’esperienza certificata in assistenza domiciliare integrata, in quanto attengono specificamente all’oggetto dell’accordo da stipulare, per come precisato anche nelle difese dell’Amministrazione, in estrema sintesi, tuttavia, si palesano infondate.

VII - Ne discende che l’appello deve essere respinto e, per l’effetto, deve essere confermata la sentenza di primo grado n. 1375 del 2018.

VIII – In ragione della particolarità della fattispecie, tuttavia, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l’effetto, conferma la sentenza di primo grado n. 1375 del 2018.

Spese compensate. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Solveig Cogliani

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO