

Publicato il 14/12/2021

N. 08353/2021REG.PROV.COLL.
N. 06959/2021 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 6959 del 2021, proposto da Vivisol Napoli s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del costituendo r.t.i. con Medh Center s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, e Solidalia Società Cooperativa Sociale per Azioni ETS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dall'Avvocato Emanuele D'Alterio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Locale – A.S.L. Napoli 2 Nord, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Guglielmo Ara e dall'Avvocato Augusto Chiosi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Augusto Chiosi in Roma, viale Regina Margherita, n. 269;
Regione Campania, non costituita in giudizio;
So.Re.Sa. – Società Regionale per la Sanità s.p.a., non costituita in giudizio;
Comune Vallo della Lucania, non costituito in giudizio;

nei confronti

Medicasa Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Filippo Brunetti e dall'Avvocato Alfredo Vitale, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Filippo Brunetti in Roma, via XXIV Maggio, n. 43;

per la riforma

della sentenza n. 4113 del 16 giugno 2021 del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Napoli, sez. V, resa tra le parti, che ha respinto il ricorso proposto dall'odierna appellante, Vivisol Napoli s.r.l., per l'annullamento:

a) della deliberazione n. 1090 del 1° settembre 2020 del Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria Locale Napoli 2 Nord, recante aggiudicazione definitiva, in favore di Medicasa Italia s.p.a., della gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio di cure domiciliari di primo e secondo livello nel territorio dell'Azienda stessa per il fabbisogno aziendale di anni tre.

b) dei verbali di gara, nella parte in cui ammettono alla gara la stessa Medicasa Italia s.p.a. (verbale del 2 dicembre 2019), attribuiscono alla stessa il punteggio per l'offerta tecnica e l'offerta economica (verbali del 20 maggio 2020 e del 31 luglio 2020) e ne propongono l'aggiudicazione (verbale del 31 luglio 2020);

c) del disciplinare di gara, nella parte in cui fissa i requisiti specifici di ammissione (art. 7.1);

d) del capitolato speciale d'appalto, nella parte in cui indica la formula matematica per l'attribuzione del punteggio alla componente prezzo (art. 15).

e) di ogni altro atto preordinato, collegato, connesso e conseguente.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale Napoli 2 Nord e della controinteressata Medicasa Italia s.p.a.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 novembre 2021 il Consigliere Massimiliano Noccelli e viste le conclusioni delle parti come da verbale di udienza;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con l'atto introduttivo del presente giudizio, notificato in data 25 gennaio 2020 e depositato il 28 settembre 2020 avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Napoli (di qui in avanti, per brevità, il Tribunale), le odierne appellanti, Vivisol Napoli s.r.l. (mandataria e di qui in avanti, sempre per brevità, Vivisol) Medh Center s.r.l. (mandante) e Solidalia Società Cooperativa Sociale per Azioni Ets (mandante) hanno impugnato gli atti in epigrafe indicati relativi all'aggiudicazione definitiva, in favore di Medicasa Italia s.p.a. (di qui in avanti solo Medicasa), della gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio di cure domiciliari di primo e secondo livello nel territorio dell'Azienda Sanitaria Locale Napoli 2 Nord – di qui in avanti solo l'Azienda o l'A.S.L. – per il fabbisogno aziendale di anni tre – CIG 8035112030 e i relativi atti presupposti e segnatamente i verbali di gara, nella parte in cui ammettono alla gara la stessa Medicasa (verbale del 2 dicembre 2019), attribuiscono alla stessa il punteggio per l'offerta tecnica e l'offerta economica (verbali del 20 maggio 2020 e del 31 luglio 2020) e ne propongono l'aggiudicazione (verbale del 31 luglio 2020), nonché il disciplinare di gara, nella parte in cui fissa i requisiti specifici di ammissione (art. 7.1) e il capitolato speciale d'appalto, nella parte in cui indica la formula matematica per l'attribuzione del punteggio alla componente prezzo, con condanna, nei confronti dell'amministrazione intimata, al ristoro dei danni subiti patiti e patendi conseguenti all'illegittimità dei provvedimenti impugnati.

1.1. Le ricorrenti in prime cure hanno chiesto più nello specifico al Tribunale il risarcimento in forma specifica, ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a., attraverso l'aggiudicazione della procedura di gara in favore del ricorrente,

con eventuale annullamento e/o caducazione ovvero declaratoria di inefficacia del contratto stipulato, per il quale quest'ultima sin d'ora manifesta l'interesse al subentro ex art. 122 c.p.a. o in subordine, per equivalente economico, a titolo di danno emergente e lucro cessante, quest'ultimo nella misura del 10% dell'importo a base d'asta, decurtato del ribasso offerto, ovvero minore o maggiore importo a determinarsi in sede giudiziaria, nonché il danno da perdita di chances da terminarsi in via equitativa, oltre spese per la partecipazione alla gara, interessi ed accessori di legge.

1.2. A sostegno del gravame assumono in punto di fatto quanto di seguito specificato.

1.3. Con la deliberazione del Direttore Generale n. 967 del 23 luglio 2019, l'Azienda ha indetto una procedura aperta, alla quale ha preso parte l'odierna appellante, per l'affidamento del servizio di cure domiciliari di primo e secondo Livello per il fabbisogno aziendale di anni tre, per un importo complessivo triennale pari ad € 14.484.000,00 – di cui € 54.000,00 relativo al costo presunto dell'eventuale trasporto in ambulanza con infermiere ed autista soccorritore a bordo, da e per domicilio dell'assistito, non soggetti a ribasso – al netto dell'IVA e/o altre imposte e contributi di legge, da espletarsi con modalità telematica sull'apposita piattaforma di e-procurement di So.Re.Sa s.p.a., con il criterio di aggiudicazione di cui all'art. 95, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016.

1.4. Esaminata la documentazione amministrativa dei concorrenti da parte del seggio di gara, si è proceduto alla nomina della Commissione di gara (deliberazione D.G. n. 262 del 19 febbraio 2020), che ha valutato le offerte tecniche, aperto le offerte economiche, formulato la graduatoria finale e proposto l'aggiudicazione a Medicasa, prima classificata (verbale del 31 luglio 2020), mentre seconda classificata – ed anomala – era risultata l'offerta del raggruppamento appellante.

1.5. Il punteggio complessivo assegnato a Medicasa è stato 91,53, mentre l'odierna appellante ha ottenuto complessivamente 90,82 punti.

1.6. Più precisamente, come si evince dal verbale di gara del 31 luglio 2020, l'aggiudicataria ha ottenuto il punteggio massimo per l'offerta tecnica (70 punti) e 21,53 (su 30) punti per l'offerta economica, pur avendo formulato un ribasso dello 0,10832%, pari ad Euro 15.630,00, su un importo a base d'asta di Euro 14.414.370,00 e, per contro, l'appellante ha ottenuto 64,39 punti per l'offerta tecnica e punti 26,43 per l'offerta economica pur avendo formulato un ribasso del 18,63773% pari ad Euro 2.689.425,00.

1.7. Con la deliberazione n. 1090 del 1° settembre 2020, il Direttore Generale ha preso atto delle risultanze di gara e ha proceduto all'aggiudicazione definitiva in favore di Medicasa.

1.8. All'esito della presentazione dell'istanza di accesso, Medicasa si è opposta al rilascio di buona parte dell'offerta tecnica e, pertanto, l'Azienda ha inviato al r.t.i. ricorrente, in data 17 settembre 2020, la documentazione amministrativa e la parte dell'offerta tecnica non oggetto di opposizione.

2. Ciò posto, l'odierna appellante Vivisol, quale mandataria del r.t.i. secondo classificato, ha articolato in primo grado in due motivi di ricorso le seguenti censure.

3. Un primo motivo attiene alla violazione e alla falsa applicazione dell'art. 8-bis del d. lgs. n. 502 del 1992 e all'art. 9 del Regolamento regionale n. 4 del 2014 della Regione Campania.

3.1. Nella prospettazione di Vivisol, l'art. 7.1 del disciplinare di gara, laddove stabilisce che *«in esecuzione della Sentenza del Consiglio di Stato n. 6617/2018 è necessario che l'operatore economico sia in possesso del seguente requisito specifico di ammissione non soggetto all'istituto dell'avvalimento: Decreto di Accredimento ex art. 8 bis del D. Lgs. 502/92, in corso di validità alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte; Provvedimento di accreditamento rilasciato dal rispettivo Ambito di appartenenza ex art. 9 del Regolamento Regionale n. 4 del 2014 in corso di validità alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte. Tali requisiti – ai sensi della predetta sentenza Consiglio di Stato n. 6617/28 – sono alternativi»*, sarebbe illegittimo in quanto sarebbe stato travisato il senso della citata sentenza n.

6617 del 2018 della III Sezione di questo Consiglio di Stato, riguardante un appalto diverso da quello oggetto del presente ricorso.

3.2. Infatti, a dire dell'odierna appellante, nella fattispecie presa in considerazione in tale sentenza si trattava di una gara per «*l'affidamento di prestazioni psicologiche, infermieristiche, riabilitative, dietistiche sociosanitarie (OSS) e servizi correlati, per le cure domiciliari aziendali*», e proprio in ragione della peculiarità di quella gara il Consiglio di Stato aveva sancito l'alternatività dei due requisiti di partecipazione.

3.3. Tale "alternatività" non sarebbe, invece, sostenibile nella fattispecie in esame, perché, come chiarito dalla sentenza n. 4325 dell'8 settembre 2017 del medesimo Tribunale, l'accreditamento istituzionale ai sensi dell'art. 8-*quater* del d. lgs. n. 502 del 1992 abiliterebbe allo svolgimento delle prestazioni sanitarie, mentre l'accreditamento di cui all'art. 9 del Regolamento Regionale n. 4/14 riguarderebbe le prestazioni socio-assistenziali integrate.

3.4. A ciò conseguirebbe l'illegittimità dell'ammissione alla gara di Medicasa e, in via derivata, l'illegittimità dell'aggiudicazione definitiva, in quanto tale società aveva prodotto in sede di gara il decreto n. 8402 del 27 agosto 2012 della Direzione Generale Famiglia, Conciliazione, Integrazione, e Solidarietà Sociale della Regione Lombardia, inidoneo, nella prospettazione dell'odierna appellante, alla partecipazione, in quanto non espressamente rilasciato ai sensi e per gli effetti degli artt. 8-*bis* e 8-*quater* del d. lgs. n. 502 del 1992 e, soprattutto, perché non valido al di fuori della Regione Lombardia, come evincibile dalla lettura dell'art. 8-*bis* e 8-*quater* del d. lgs. n. 502 del 1992 nonché dal Regolamento Regionale della Campania 1/2007 agli artt. 2 e 4.

3.5. Dal combinato disposto di tali disposizioni si evincerebbe infatti, sempre nella prospettazione di Vivisol: che l'accreditamento istituzionale, da un lato, è rilasciato dalla Regione ai soggetti erogatori delle prestazioni sanitarie esclusivamente in ambito regionale e, dall'altro, è funzionale alla programmazione regionale che varia da Regione a Regione; è rilasciato ad

operatori in possesso di requisiti generali e specifici che variano anch'essi di Regione in Regione.

3.6. Ne conseguirebbe l'inidoneità di un accreditamento istituzionale rilasciato da una Regione ai fini dell'esercizio di prestazioni sanitarie in altre regioni.

3.7. Peraltro Medicasa, benché in possesso del suddetto decreto della Regione Lombardia, non l'aveva indicato quale requisito di idoneità nel DGUE, sicché in ogni caso lo stesso, secondo la ricorrente in prime cure, non avrebbe potuto essere valutato dalla stazione appaltante, non senza aggiungere che Medicasa inoltre si era procurata nel settembre 2019, poco prima che scadesse il termine per la presentazione delle offerte per la gara in esame, l'accreditamento ex Regolamento Regionale n. 4/14 da parte dell'Ufficio di Piano S/8, ritenendo evidentemente che tale fosse l'unico requisito specifico di ammissione utilizzabile in base al disciplinare.

3.8. Peraltro un'altra concorrente alla gara *de qua* (azienda accreditata dalla Regione Lazio) aveva formulato uno specifico quesito in corso di gara (PI023030-19), chiedendo all'Azienda di stralciare l'art. 7.1, avendolo interpretato come ostativo alla partecipazione sul presupposto proprio della limitata valenza regionale del decreto di accreditamento, ma la stessa Azienda ha risposto nel senso che «*il possesso di accreditamento rilasciato da altre regioni è titolo idoneo alla partecipazione*» e detto chiarimento, in quanto ritenuto illegittimo, è stato pertanto pure impugnato nell'odierna sede.

3.9. Inoltre, nella prospettazione dell'appellante, anche a volere accedere alla tesi della Azienda in ordine alla "alternatività" dei requisiti ex art 7.1 del disciplinare, l'ammissione di Medicasa sarebbe, comunque, illegittima, perché il decreto n. 3978 del 19.9.9 dell'Ufficio di Piano di Zona S/8 (Vallo della Lucania) prodotto in gara dalla suddetta società, del pari impugnato nella presente sede, non era stato rilasciato in presenza dei presupposti richiesti dalla normativa, non risultando che la società avesse "attivato" la sede operativa nel Comune di Vallo della Lucania, non risultando prestazioni rese nel territorio del Piano di Zona S/8.

4. Con un secondo motivo di ricorso l'odierna appellante ha lamentato in prime cure l'illegittimità dell'art. 18 del disciplinare di gara e dell'art. 18 del capitolato speciale d'appalto.

4.1. In via del tutto subordinata, Vivisol ha infatti chiesto al Tribunale l'annullamento dell'intera procedura di gara per l'illegittimità dell'art. 15 del capitolato, nella parte in cui stabilisce che il punteggio da attribuire alla componente "prezzo" debba essere determinato secondo la seguente formula matematica: $\text{Punteggio economico} = 30 \times \frac{\text{Prezzo più basso tra quelli validi presentati}}{\text{Prezzo offerto della ditta concorrente}}$.

4.2. Ciò in quanto si tratterebbe di una formula che finirebbe palesemente per determinare un sostanziale appiattimento dei punteggi attribuiti alle offerte economiche, in contrasto con il principio, più volte affermato dalla giurisprudenza e ribadito dallo stesso Tribunale, con riferimento a gare identiche indette dalla medesima Azienda.

4.3. Secondo Vivisol, infatti, nella fattispecie in esame il punteggio massimo per l'offerta economica (30 punti) era stato attribuito al Consorzio Luna, con un ribasso del 28,32017%, pari ad € 4.086.600,00, rispetto all'importo a base d'asta di € 14.484.000,00, mentre secondo classificato (punti 26,43) era risultato il r.t.i., odierno appellante, con il ribasso del 18.63733%, pari ad € 2.689.425,00.

4.4. All'aggiudicataria, che aveva per contro offerto il risibile ribasso dello 0,10832% (pari ad € 15.630,00), erano spettati punti 21,53 e, in ipotesi, ad un concorrente che avesse offerto un ribasso pari a zero, sarebbero spettati, comunque, punti 21,42 su 30 in applicazione di tale formula matematica e, quindi, uno scarto inferiore a 9 punti su 30, nonostante l'abissale differenza di ribasso.

5. Si sono costituiti nel primo grado del giudizio l'Azienda e Medicasa instando per il rigetto del ricorso siccome infondato.

6. Con l'atto notificato il 9 ottobre 2020 e depositato il successivo 12 ottobre, parte ricorrente, assumendo che Medicasa aveva opposto il veto al rilascio di

gran parte della documentazione tecnica e, per la precisione, quella dettagliatamente elencata nella comunicazione “ostativa” della suddetta società del 9 settembre 2020, ma che dalla documentazione rilasciata emergerebbe, tuttavia, che all’aggiudicataria erano stati erroneamente assegnati 4 punti per la “reportistica”, ha articolato, avverso gli atti già gravati con il ricorso introduttivo, in un unico motivo di ricorso per motivi aggiunti una censura incentrata sulla dedotta violazione dell’art. 15 del capitolato.

6.1. Nella prospettazione della ricorrente in prime cure, l’art. 15 del capitolato stabilirebbe che la Commissione potesse assegnare 10 punti per la “*qualità sistema informatizzato*” e, tra questi, 4 punti, al massimo, erano riservati per la reportistica, da attribuirsi al concorrente che avesse presentato nel confronto con gli altri concorrenti, il numero di elementi più elevato.

6.2. Le caratteristiche “minimali” richieste dall’art. 10 (pag. 19) del capitolato erano le seguenti: «*Durata Accessi, Tipologia prestazione, Rendiconto sulla quantità e tipologia di materiale usato, Dati paziente, Ulteriori elementi*».

6.3. La ricorrente in primo grado ha lamentato al riguardo che il software da essa offerto sarebbe in grado di fornire almeno 16 report differenti, come evidenziato nell’offerta tecnica, mentre, per contro, dalla documentazione di Medicasa, rilasciata a seguito dell’accesso, risulterebbe che detta società aveva evidenziato che il software offerto era in grado di generare n. 8 report.

6.4. Pertanto, del tutto erroneamente ed inspiegabilmente, la Commissione aveva assegnato 4 punti – e, cioè, il massimo – a Medicasa, mentre alla parte ricorrente 3 punti, per effetto della attribuzione del coefficiente 0,75 rispetto al punteggio massimo.

7. Con un atto separato, del pari notificato il 9 ottobre 2020 e depositato il successivo 12 ottobre 2020, Vivisol ha avanzato istanza di accesso incidentale, ai sensi dell’art. 116 c.p.a., richiedendo l’esibizione dell’offerta tecnica della controinteressata ed assumendo la violazione e la falsa applicazione dell’art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016.

8. Con l'ordinanza n. 5329 del 18 novembre 2020 il Tribunale ha accolto l'istanza di accesso incidentale, formulata ai sensi dell'art. 116 c.p.a.
9. Avendo l'Azienda resistente ottemperato alla citata ordinanza collegiale con il deposito dei richiesti documenti il successivo 1° dicembre 2020, l'odierna appellante ha presentato, con atto notificato in data 17 dicembre 2020 e depositato in pari data avanti al Tribunale, un secondo ricorso per motivi aggiunti, con cui ha formulato plurime censure, che saranno esaminate meglio, nel prosieguo, trattando il secondo motivo dell'appello proposto da Vivisol, tendenti a dimostrare che dal raffronto tra le offerte tecniche di Medicasa e Vivisol si ricaverebbe che i punteggi rispettivamente attribuiti dalla Commissione non rispetterebbero il criterio enunciato dall'art. 15 del capitolato né le ulteriori prescrizioni dettate dal medesimo capitolato per l'offerta tecnica.
- 9.1. L'Azienda, l'8 gennaio 2021, ha prodotto nel primo grado del giudizio una dettagliata relazione con relativo allegato con la quale la Commissione di gara ha controdedito rispetto a tutti i motivi contenuti nel secondo ricorso per motivi aggiunti.
- 9.2. In vista della trattazione nel merito del ricorso avanti al primo giudice, le parti hanno prodotto memorie difensive, ai sensi dell'art. 73 c.p.a., e documenti (fra cui il contratto stipulato l'8 febbraio 2021) e la nota dell'Azienda con cui la stessa ha invitato Medicasa a dare inizio all'appalto di cui è causa, di durata triennale, a decorrere dal 1° marzo 2021.
10. All'esito del giudizio, il Tribunale, dopo avere disatteso le eccezioni preliminari sollevate dall'Azienda e dalla controinteressata Medicasa, con la sentenza n. 4113 del 16 giugno 2021 ha respinto il ricorso, siccome integrato dai motivi aggiunti, e ha condannato Vivisol a rifondere le spese di lite nei confronti dell'Azienda e della controinteressata.
11. Avverso tale sentenza ha proposto appello Vivisol, articolando tre motivi di censura, che di seguito saranno esaminati, e ne ha chiesto la riforma, con ogni conseguenza di legge.

11.1. Si sono costituiti l'Azienda e la controinteressata Medicasa per opporsi all'accoglimento del gravame, di cui hanno eccepito l'inammissibilità, sotto svariati profili, e comunque l'infondatezza nel merito.

11.2. Le parti hanno depositato le loro rispettive memorie difensive nei termini loro assegnati ai sensi dell'art. 73 c.p.a.

11.3. Nella pubblica udienza del 25 novembre 2021 il Collegio, dato atto di quanto a verbale, ha trattenuto la causa in decisione.

12. L'appello è infondato nel merito, prescindendosi, per il principio della ragione più liquida, da tutte le questioni di inammissibilità di questo – peraltro meritevoli di condivisione – sollevate *in limine litis* dall'Azienda e dalla controinteressata Medicasa nelle loro memorie.

13. Con il primo motivo (pp. 27-30 del ricorso), anzitutto, l'appellante deduce che erroneamente la sentenza impugnata abbia respinto il motivo dell'originario ricorso, di cui sopra si è dato breve ragguaglio, con cui Vivisol aveva dedotto che Medicasa dovesse essere esclusa dalla gara per avere prodotto in gara il decreto n. 8402 del 27 agosto 2012 della Regione Lombardia, inidoneo, a suo dire, a consentire la partecipazione di Medicasa, in quanto non espressamente rilasciato ai sensi e per gli effetti degli artt. 8-*bis* e 8-*quater* del d. lgs. n. 502 del 1992 e, soprattutto, non valido al di fuori della Regione Lombardia.

13.1. Come l'appellante afferma di aver diffusamente dimostrato nel giudizio di primo grado, infatti, l'accreditamento istituzionale, da un lato, sarebbe rilasciato dalla Regione ai soggetti erogatori delle prestazioni sanitarie esclusivamente in ambito regionale e, dall'altro, sarebbe funzionale alla programmazione regionale, che varia da Regione a Regione ed è rilasciato ad operatori in possesso di requisiti generali e specifici che variano anche essi da Regione a Regione.

13.2. Ne conseguirebbe, ad avviso dell'appellante, l'inidoneità di un accreditamento istituzionale rilasciato da una Regione ai fini dell'esercizio di prestazioni sanitarie in altre Regioni.

13.3. Il motivo, anche prescindendo qui dall'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Azienda, è privo di fondamento.

13.4. La sentenza impugnata, nel richiamare le sentenze n. 6617 del 22 novembre 2018 e n. 1985 del 20 marzo 2020, resa, quest'ultima, in sede di ottemperanza, di questa Sezione, ha fatto corretta applicazione dei principi di diritto in esse declinati e applicabili *in subiecta materia* e altrettanto correttamente ha quindi affermato, nel respingere il motivo, che i soggetti in possesso dell'accreditamento previsto dal Regolamento regionale 4/2014 – come, del resto, quelli in possesso dell'accreditamento di cui all'art. 8-*bis* del d. lgs. n. 502 del 1992 – possono eseguire tutte le prestazioni di assistenza domiciliare integrata (ADI), a qualunque livello.

13.5. L'equiparazione tra l'accreditamento istituzionale e l'accreditamento previsto dal Regolamento regionale 4/2014 deve intendersi relativa e abilitante alla partecipazione a tutte le procedure per l'affidamento del servizio di tutte le cure domiciliari, senza distinzione tra quelle relative a prestazioni socioassistenziali e quelle relativi a servizi specificamente sanitari.

13.6. La sentenza n. 6617 del 22 novembre 2018 di questa Sezione nel § 28 ha stabilito, espressamente, che l'inserimento delle prestazioni sanitarie, per le quali è previsto l'accreditamento (cure mediche a domicilio), insieme ad altre, di natura, invece, prettamente socio-assistenziale, in un unico contesto coordinato di assistenza domiciliare integrata (per espressa disposizione normativa), consente l'affidamento del servizio unitariamente inteso mediante gara pubblica, ferme restando la necessità per parteciparvi di un accreditamento che sottenda la verifica preventiva del possesso in capo al soggetto erogatore di determinati requisiti idoneativi.

13.7. Ancora più esplicita, all'esito di apposito giudizio in sede di ottemperanza, è stata la sentenza n. 1985 del 20 marzo 2020 di questo Consiglio, che ha chiarito, nel § 5, come la mancata, espressa replica di tale riferimento generale in tutti i successivi passaggi motivazionali della sentenza n. 6617 del 2018 non consente di argomentare una limitazione delle

successive conclusioni, sia in ragione della chiara indicazione iniziale, sia a causa dell'assenza di un plausibile e logico sviluppo argomentativo, consapevole ed esplicito, in tal senso, e *«del resto, una simile limitazione, oltre a non essere autorizzata da una non parziale ricognizione del significato della sentenza, non avrebbe coerenza logica alla luce del dedotto e del deciso»*.

13.8. Va altresì evidenziato, poi, che il possesso dell'accreditamento rilasciato da altre Regioni – nel caso di specie, dalla Regione Lombardia – si pone quale requisito di affidabilità ulteriore, pienamente e pianamente abilitante anche in altre Regioni, sicché anche su questo punto la censura dell'appellante è destituita di fondamento, dovendosi qui rilevare che, essendo la previsione del possesso di accreditamento istituzionale regionale collegata anche alla presupposta autorizzazione regionale, un soggetto autorizzato ed accreditato in Lombardia – come è nel caso di specie – deve essere necessariamente ammesso alla partecipazione alla gara per l'affidamento dell'appalto, di cui si controverte, perché i requisiti per ottenere l'autorizzazione sanitaria e l'accreditamento non differiscono da Regione a Regione.

13.9. Ne segue, dovendosi qui richiamare, anche ai sensi dell'art. 88, comma 2, lett. d), c.p.a., i principî affermati dalle sentenze n. 6617 del 2018 e n. 1985 del 2020, pienamente applicabili al caso di specie, la reiezione del motivo in esame, al di là della sua genericità, essendo Medicasa, come bene ha rilevato il primo giudice con motivazione ampia ed argomentata e, in quanto tale, meritevole di totale conferma in ogni sua parte, pienamente legittimata a partecipare alla gara, secondo i principî statuiti da questa Sezione nelle sentenze n. 6617 del 2018 e n. 1985 del 2020, appena richiamate, e pienamente applicabili anche alla vicenda qui controversa.

14. Con il secondo motivo di censura (pp. 30-35 del ricorso), ancora, l'appellante censura la sentenza impugnata per avere respinto sia il primo che il secondo ricorso per motivi aggiunti in ordine a quelli che, a suo avviso, sarebbero gli errori compiuti dalla Commissione di gara nella valutazione delle offerte censurati in primo grado con otto distinti motivi.

14.1. Il motivo di appello in esame, prescindendosi qui da ogni eccezione preliminare sollevata sull'ammissibilità del mezzo in esame sia dall'Azienda che dalla controinteressata nelle loro memorie difensive, è infondato.

15. Quanto al primo motivo del primo ricorso per motivi aggiunti (p. 30 del ricorso), l'appellante contesta che il Tribunale abbia erroneamente individuato "macrocategorie" all'interno delle quali il *software* di Medicasa sarebbe in grado di sviluppare ulteriori "report" che la Commissione avrebbe dovuto valutare, in quanto le "sottocategorie" non costituiscono altrettanti, autonomi report.

15.1. Il motivo è destituito di fondamento perché la censura, al di là della sua inammissibile genericità, si scontra con il contenuto documentale, chiaro ed inequivoco, dell'offerta di Medicasa, correttamente apprezzato dal primo giudice.

15.2. Il Tribunale ha infatti rilevato che l'offerta di Medicasa è suddivisa in 8 macrocategorie di report all'interno delle quali sono generati complessivamente 80 report e, quindi, in misura maggiore di quelli sviluppabili da Vivisol.

16. Quanto al primo motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti (p. 31 del ricorso), l'appellante lamenta che Medicasa, producendo i *curricula* del personale sanitario residente a Roma e Salerno, avrebbe offerto minori garanzie di mantenimento dello stesso personale di quanto non abbia offerto la stessa appellante indicando personale già residente sul territorio dell'Azienda, ciò per ragioni logistiche, che impedirebbero al personale della prima di sostenere continuamente trasferte per assistere i pazienti in carico, motivi che, a dire di Vivisol, avrebbero giustificato l'attribuzione di un punteggio inferiore a Medicasa rispetto a quello conseguito dall'appellante.

16.1. La censura è anche essa infondata perché ciò che conta, ai fini della valutazione, è che Medicasa abbia espressamente garantito, nel par. 1.11 della propria offerta, di essere in grado di rispondere alla richiesta del criterio di

valutazione per il quale è stato attribuito il punteggio e di impegnarsi in tal senso.

16.2. I *curricula* erano richiesti solo nella documentazione tecnica, ai fini dell'«*elenco e qualifiche professionali del personale messo a disposizione con relativi curricula*», e gli stessi non dovevano essere oggetto di valutazione ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico.

16.3. Medicasa ha indubabilmente ottemperato a quanto richiesto dal capitolato, offrendo l'impiego di un numero di operatori che garantisca la copertura totale dei servizi richiesti, e anzi ha indicato un numero superiore a quello previsto al capitolato al fine di garantire la normale turnazione in caso di ferie, malattia, permessi, pur non sovradimensionando l'offerta.

16.4. A titolo meramente esemplificativo basti osservare che la richiesta di ore di assistenza desumibile dal capitolato per la figura dell'infermiere è pari a 113.500 ore per il primo anno, corrispondente all'impegno lavorativo *full time* di 75 operatori, considerando i tempi di spostamento, la turnazione e le ferie, mentre Medicasa ha proposto 105 infermieri, con l'obiettivo di garantire al singolo paziente la continuità assistenziale con gli stessi operatori.

16.5. È dunque incontrovertibile, con riferimento al sub-criterio in questione, che entrambi i concorrenti abbiano assunto l'impegno nell'offerta tecnica e che si tratti di un criterio di valutazione a carattere *on/off*, mentre il Tribunale ha correttamente rigettato anche la prospettazione dell'odierna appellante, secondo cui l'impegno di questa sarebbe maggiormente attendibile, rispetto a quella di Medicasa, ritenendola infondata perché, a tacer d'altro, assegnerebbe all'operatore uscente una rendita di posizione per il sol fatto di avere svolto il servizio con personale già impegnato, e impiegato, sul territorio.

16.6. La censura, dunque, va respinta.

17. Quanto al secondo motivo («*numero verde dedicato*») e al settimo motivo («*posizione della sede centrale operativa e della sua accessibilità sul territorio dell'ASL NAPOLI 2 NORD*») del ricorso per motivi aggiunti (pp. 31-35 del ricorso), ancora, l'appellante deduce che entrambe le censure sono state respinte dal

Tribunale sul presupposto che, in base all'art. 15 del capitolato, fosse sufficiente il mero "impegno", mentre dall'esame del contenuto dell'art. 15 del capitolato non emerge alcun riferimento alla sufficienza del mero "impegno" del concorrente per l'attribuzione del relativo punteggio.

17.1. Tra l'altro, aggiunge Vivisol, dalla documentazione successivamente acquisita in sede di accesso agli atti effettuato dall'appellante stesa l'11 febbraio 2021, emergerebbe che i contestati requisiti (numero verde e sede operativa) non fossero in possesso dell'aggiudicataria nemmeno all'atto della stipula del contratto.

17.2. Il motivo è destituito di fondamento perché, come ha ben rilevato il primo giudice, il capitolato richiedeva l'impegno vincolante ad attivare numero verde e sede operativa in sede di offerta e non già, come vorrebbe l'appellante secondo una lettura fuorviante della legge di gara, e del tutto irragionevolmente, la loro attivazione prima (e, addirittura, nell'incertezza) dell'aggiudicazione.

17.3. Tra l'altro, la deduzione secondo cui detti servizi non sarebbero stati aggiudicati nemmeno una volta stipulato il contratto, oltre ad essere inammissibile in questa sede per la sua novità in violazione dell'art. 104 c.p.a., è del tutto fallace perché è la stessa appellante a ricordare che il subentro di Medicasa nel servizio è avvenuto il 1° aprile 2021.

17.4. Anche questa censura va dunque respinta.

18. Quanto al terzo motivo aggiunto (p. 33 del ricorso), ancora, l'appellante lamenta che il numero degli elementi offerti dall'appellante avrebbe giustificato almeno l'attribuzione dello stesso punteggio assegnato a Medicasa.

18.1. Il motivo è inammissibile, per la sua genericità, perché dalla lettura del suo contenuto argomentativo, non si rileva il criterio valutativo a cui l'appellante faccia riferimento, né vi è adeguata critica al percorso logico seguito dal primo giudice nel disattendere il terzo motivo aggiunto.

19. Quanto al quarto motivo aggiunto (p. 34 del ricorso), ulteriormente, l'appellante deduce che l'offerta tecnica di Medicasa conteneva una parte

riservata alla formazione «con riferimento al *Know-how* specifico riguardo al servizio da gestire» e ciò, al limite, avrebbe potuto consentire l'attribuzione del medesimo punteggio, mentre non giustificherebbe, in ogni caso, i quattro punti assegnati a Medicasa e i 2 punti dati all'appellante.

19.1. La censura va pure essa disattesa, prescindendo qui da ogni rilievo sulla sua genericità, in quanto il primo giudice ha correttamente rilevato che Medicasa ha descritto chiaramente la formazione nel capitolo 7, nei paragrafi 7.1. e 7.2., offrendo corsi sia interni che esterni e riportando, a p. 47, gli argomenti trattati durante i corsi di formazione permanente e la durata dei corsi, descrivendo in modo più dettagliato dell'appellante l'implementazione delle competenze apportata dai propri corsi di formazione.

19.2. Il punteggio che la Commissione ha attribuito, secondo le previsioni della disciplina di gara, è da ritenersi pertanto proporzionato all'aumento del *know how* specifico riguardo al servizio da gestire e pertanto, anche in riferimento a tale sub-criterio, la Commissione, con valutazione discrezionale scevra da evidenti vizi logici o errori manifesti, ha ritenuto correttamente che l'attività formativa offerta da Medicasa sia suscettibile di far conseguire alla stazione appaltante un aumento del *know how* specifico riguardo al servizio da gestire maggiore rispetto a quello conseguibile con la formazione offerta dall'appellante.

19.3. La censura, oltre che inammissibile, è dunque del tutto destituita di fondamento.

20. Quanto al sesto motivo aggiunto (p. 34 del ricorso), ancora, l'appellante lamenta genericamente la non persuasività delle argomentazioni con cui il Tribunale ha respinto la censura, dato che il capitolato, a suo dire, prevedeva inequivocabilmente l'attribuzione di 2 punti per l'organizzazione della segreteria, con ciò presupponendo di distinguere quest'ultima dalla centrale operativa, sicché la commistione effettuata da Medicasa tra centrale operativa e segreteria non avrebbe mai potuto condurre all'attribuzione del relativo punteggio all'aggiudicataria.

20.1. Anche questo motivo è destituito di fondamento perché, prescindendo anche in questo caso da ogni rilievo sulla genericità della censura, Medicasa si è attenuta, nel descrivere i compiti della centrale operativa che si occupa anche della logistica/segreteria (pp. 49 e 50 della relativa offerta tecnica), alle prescrizioni del capitolato, che non richiedeva di separare graficamente o descrittivamente le attività di segreteria da quelle della centrale operativa.

20.2. Correttamente la Commissione di gara, dunque, ha attribuito i 2 punti contestati all'offerta di Medicasa.

20.3. Quanto all'ottavo ed ultimo motivo aggiunto (p. 34 del ricorso), infine, l'appellante lamenta che il Tribunale ha ritenuto sufficiente la messa a disposizione dell'auto degli O.S.S., mentre in realtà il capitolato avrebbe richiesto «*automezzi dedicati al servizio in esclusiva*», idonei ad ospitare ausili e materiali vari da trasportare al domicilio dei pazienti.

Anche questa ultima censura, tuttavia, deve essere respinta perché, anche in questa ipotesi volendo prescindere dalla genericità della censura, il Tribunale, con motivazione che va esente da censura, ha ben rilevato che «*il punteggio per gli automezzi dedicati in via esclusiva è rispettato in quanto Medicasa, a supporto e a garanzia di un servizio continuativo, mette a disposizione degli operatori n. 5 veicoli dedicati al servizio delle cure domiciliari acquisiti mediante procedura full leasing*» e «*pertanto correttamente la commissione di gara le ha assegnato il punteggio massimo, in perfetta aderenza al dettato del capitolato, a nulla rilevando che la ricorrente, cui del pari è stato assegnato il punteggio massimo, avesse offerto un numero di automezzi maggiore*».

20.4. La censura quindi, oltre a trascurare le chiare e insuperabili argomentazioni del primo giudice, dimentica che Medicasa ha dedicato in esclusiva all'appalto, oltre agli automezzi privati degli O.S.S., 5 automezzi acquisiti in *leasing*, con la conseguente legittima assegnazione dei due punti, dato che il capitolato, per il loro riconoscimento, richiedeva esclusivamente che il numero di automezzi messo a disposizione fosse superiore a 4, come è stato incontestabilmente nell'offerta di Medicasa.

20.5. Anche questa censura, dunque, va respinta.

21. Complessivamente, pertanto, il secondo motivo di appello è destituito di fondamento, risultando corretta, e scevra da evidenti errori valutativi o manifesti vizi logici, l'attribuzione dei contestati punteggi all'offerta tecnica di Medicasa, risultata conseguentemente legittima aggiudicataria della gara, ancorché con l'esiguo – ma pur sempre determinante – scarto di soli 0,71 punti.

22. Con il terzo motivo di censura (pp. 35-38 del ricorso), infine, l'appellante torna a contestare in questa sede, come già aveva fatto con il secondo motivo del ricorso introduttivo proposto in primo grado di cui sopra, ricostruendo la vicenda processuale, si è dato ampio ragguaglio, l'art. 15 del capitolato nella parte in cui stabilisce che il punteggio da attribuire alla componente “prezzo” debba essere determinato secondo una formula matematica che finirebbe palesemente, a suo dire, per determinare un appiattimento dei punteggi attribuiti alle offerte economiche, in contrasto con un orientamento giurisprudenziale, invero fatto proprio anche da alcune pronunce di questo Consiglio, secondo cui nell'ambito delle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sarebbe necessario che nell'assegnazione dei punteggi venga utilizzato tutto il potenziale differenziale previsto per il prezzo, al fine di evitare uno svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica dell'offerta.

22.1. Il Tribunale ha respinto la censura perché ha ritenuto di aderire al diverso orientamento giurisprudenziale, secondo cui tale formula matematica è legittima se, nell'intento di ridurre il peso marginale della parte economica ai fini dell'aggiudicazione, consente comunque di differenziare in maniera significativa il punteggio delle offerte che hanno un prezzo via via più alto.

22.2. Ma l'appellante ritiene questa argomentazione lacunosa e contraddittoria perché, applicando i principî declinati dal Tribunale al caso di specie, appare contestabile che una significativa diversificazione dei punteggi vi sia stata nel caso di specie, ove, a fronte di una potenziale oscillazione tra 0 e 30 punti, il punteggio massimo per l'offerta economica (30 punti) è stato attribuito al

Consorzio Luna, con un ribasso del 28,32017%, pari ad € 4.086.600,00, rispetto all'importo a base d'asta di € 14.484.000,00, mentre all'aggiudicataria, che avrebbe offerto il risibile – così si legge a p. 38 del ricorso – ribasso dello 0,10832% (pari ad € 15.630,00), sono spettati 21,53 punti e, in ipotesi, a un concorrente che avesse offerto un ribasso pari a zero sarebbero spettati 21,42 punti su 30.

23. Il motivo, anche per le ragioni che qui si vengono ad esporre, deve essere respinto.

24. La tesi dell'appellante, come ha bene osservato il primo giudice, fa invero leva su di un orientamento giurisprudenziale (di cui a Cons. St., sez. V, 28 agosto 2017, n. 4081; ma cfr. anche, *inter multas*, Cons. St., sez. V, 7 giugno 2017, n. 2739; Cons. St., sez. V, 22 marzo 2016, n. 1186; Cons. St., sez. V, 15 luglio 2013, n. 3802; Cons. St., sez. V, 31 marzo 2012, n. 1899) secondo cui *«nell'ambito delle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è necessario che nell'assegnazione dei punteggi venga utilizzato tutto il potenziale differenziale previsto per il prezzo, al fine di evitare uno svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica dell'offerta»*.

24.1. Secondo tale orientamento le formule matematiche di attribuzione di punteggi che hanno l'effetto di sterilizzare le differenze fatte registrare tra i ribassi offerti non potrebbero sottrarsi ad eventuali censure di contraddittorietà, irragionevolezza ed arbitrarietà, nella misura in cui abbiano l'effetto di alterare il peso della componente prezzo nell'ambito dell'equilibrio complessivo con la componente tecnica.

24.2. Ciò, infatti, costituirebbe elemento valutabile in chiave sintomatica di un non corretto esercizio della pur ampia discrezionalità di cui godono le stazioni appaltanti nel determinare le formule in base alle quali attribuire il punteggio per la valutazione dell'offerta economica.

24.3. Tale orientamento è stato seguito anche di recente dal Consiglio di Stato, sez. V, con sentenza del 10 aprile 2020, che ha confermato una sentenza dello stesso Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Napoli,

sez. VI, 4 aprile 2019, n. 1880, relativo peraltro ad una fattispecie in cui era stato incluso nel valore dell'offerta economica su cui calcolare il ribasso anche il costo del personale e degli oneri di sicurezza, per espressa previsione della *lex specialis* di gara non soggetti al ribasso, ed in cui lo schiacciamento era assai pregnante essendo stato assegnati ben 27,48 punti all'offerta aggiudicataria (sebbene con un ribasso complessivo pari a poco più del 5,5 per cento) riconoscendo, per converso, all'offerta della parte ricorrente 30 punti a fronte, però, di un ribasso, assai più consistente, del 97 per cento, realizzando così il censurato "svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica dell'offerta".

24.4. Anche il Tribunale stesso ha fatto riferimento a tale orientamento giurisprudenziale con le sentenze n. 3176, n. 3181 e n. 3182 del 17 luglio 2020 del medesimo Tribunale, richiamate dall'appellante in primo grado, relative peraltro ad una fattispecie in cui l'annullamento dell'intera procedura di gara è stata determinato in primo luogo dalla non chiarezza della formula matematica, stante la contraddittorietà delle norme del capitolato sul punto e la non corrispondenza della formula in concreto applicata ai criteri indicati nel disciplinare di gara.

24.5. Sul punto il primo giudice ha inveroo evidenziato, peraltro, come tali sentenze siano state confermate in sede di appello con le recentissime sentenze di questo stesso Consiglio di Stato, sez. III, 3 marzo 2021, n. 1816, n. 1804 e n. 1813 sul rilievo ritenuto assorbente della palese contraddittorietà delle diverse previsioni contenute nel disciplinare e nel capitolato, che hanno reso incerta la *lex specialis* di gara su un punto di rilevante importanza quale è il criterio di individuazione dell'offerta economica, facendosi in alcuni casi riferimento alla sommatoria dei ribassi e, in altri, al prezzo.

24.6. Peraltro il Collegio di prime cure ha ritenuto, *re melius perpensa*, tenuto conto delle concrete circostanze del caso all'esame, di aderire a quel diverso – e, come si dirà oltre, più recente e ormai prevalente – orientamento giurisprudenziale secondo il quale, a fronte di un criterio di attribuzione del

punteggio per le offerte economiche ancorato (non già all'entità del ribasso, bensì) al valore assoluto dell'offerta economica, con la conseguenza di «*compattare i punteggi per le offerte economiche, rendendo estremamente difficile (salvo che in presenza di ribassi assai significativi) l'attribuzione di punteggi molto differenziati*», è da escludersi, in linea generale e in astratto, che si tratti di “*un criterio di determinazione del punteggio economico [...] manifestamente abnorme e/o irragionevole*”, atteso che “*l'opzione per un criterio di attribuzione [...] volto ad “accorciare la graduatoria” per ciò che concerne l'offerta economica risulta coerente con la (comprensibile) scelta di rendere marginale il peso degli elementi economici ai fini dell'aggiudicazione*” (Cons. St., sez. V, 23 novembre 2018, n. 6639).

24.7. E invero la più recente giurisprudenza amministrativa si è sempre più orientata nel senso di ritenere “*non contrarie a legge o irragionevoli formule matematiche volte a rendere marginale il peso degli elementi economici attraverso vari elementi correttivi*” (così Cons. St., sez. V, 26 novembre 2020, n. 7436; Cons. St., sez. V, 23 dicembre 2019, n. 8688; Cons. St., sez. V, 23 novembre 2018, n. 6639, cit.).

24.8. Tale evoluzione è avvenuta sulla base del “*mutato contesto*” (così, ancora, la citata pronuncia 23 dicembre 2019, n. 8688 di questo Consiglio di Stato) «*conseguente all'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in relazione al quale nelle Linee-guida n. 2, sull'offerta economicamente più vantaggiosa, l'ANAC ha segnalato la possibilità di impiegare formule matematiche in funzione dissuasiva rispetto ad una competizione eccessiva sul prezzo e dunque in funzione correttiva del metodo tradizionale dell'interpolazione lineare*».

24.9. La stessa sentenza n. 8688 del 2019 di questo Consiglio di Stato ha, ulteriormente, posto in evidenza che i precedenti difformi sono riferiti a procedure di gara soggette al previgente codice dei contratti pubblici, di cui al d. lgs. n. 163 del 2006, dal quale non era ricavabile alcuna preferenza per criteri legati alla componente prezzo rispetto a quelli di carattere qualitativo, come invece dall'art. 95 del codice dei contratti pubblici attualmente in vigore

(si rinvia a quest'ultimo riguardo ai principi formulati dall'Adunanza plenaria di questo stesso Consiglio di Stato nella sentenza del 21 maggio 2019, n. 8).

25. Fermo il consolidato orientamento giurisprudenziale per cui la stazione appaltante gode di ampia discrezionalità nel determinare le formule in base alle quali attribuire il punteggio per la valutazione dell'offerta economica (v., *ex multis*, Cons. St., sez. III, 11 gennaio 2019, n. 276; Cons. St., sez. V, 10 aprile 2018, n. 2185; Cons. St., sez. V, 10 agosto 2016, n. 3579), ha osservato correttamente il Collegio di prime cure come, nella fattispecie all'esame, la formula prescelta, se attribuisce il punteggio massimo al prezzo più basso offerto, ha determinato, proporzionalmente, e effettivamente diversificato, in maniera niente affatto irrilevante, il punteggio delle altre offerte che hanno proposto un prezzo via via più alto.

25.1. Secondo la sentenza impugnata non sarebbe, invero, dato apprezzare il carattere manifestamente distorsivo della previsione di che trattasi: tale da consentire, a fronte della ravvisata illogicità della stessa, la penetrazione del sindacato di legittimità in un ambito, altrimenti presidiato da lato apprezzamento discrezionale, la cui censurabilità transita attraverso la constatata emersione di tipologie inficianti, sub specie della manifesta irragionevolezza e/o della palese illogicità.

25.2. Piuttosto, tale formula – evidentemente, al pari di qualunque altra, opinabile – preserva, ha ancora osservato – e sempre condivisibilmente – il primo giudice, una correlazione di tipo proporzionale tra il prezzo offerto e il punteggio attribuito, di tal guisa che, al ridursi del prezzo offerto, aumenta il punteggio attribuito.

25.3. La struttura matematica, che vede al numeratore il prezzo minimo e al denominatore il prezzo offerto dal concorrente, consente infatti:

- a) l'attribuzione del punteggio massimo al concorrente che abbia offerto il prezzo più basso;
- b) l'attribuzione di un punteggio, progressivamente inferiore, ai concorrenti che abbiano offerto un prezzo via via più alto; sottraendosi, per l'effetto, ad

un giudizio in termini di illogicità e/o irragionevolezza, a fronte della parametrizzazione, sul prezzo più basso offerto, del punteggio da riconoscere agli altri concorrenti (con offerte meno convenienti per la pubblica amministrazione), fino a quello che rechi il prezzo più alto (al quale, corrispondentemente, andrà assegnato il punteggio più basso, ancorché non pari a zero).

25.4. Tale orientamento giurisprudenziale, invero, tanto più meriterebbe applicazione, secondo la sentenza impugnata, avuto riguardo alla circostanza che l'applicazione di tale formula matematica nell'ipotesi di specie, sebbene non potesse portare ad assegnare tutti i 30 punteggi previsti per l'offerta tecnica (*rectius*, non abbia in concreto assegnato punteggi compresi tra 0 e 30), ha comunque consentito, sulla base del concreto andamento della gara, uno scarto non irrilevante (come argomentato dalla stessa ricorrente), pari a circa 9 punti con un'offerta a ribasso pari a zero.

25. Le argomentazioni del primo giudice, sin qui riassunte, meritano invero totale condivisione sia in punto di diritto che in punto di fatto.

26. Sul piano giuridico, anzitutto, ad esse va solo qui doverosamente aggiunto che ben di recente, con la sentenza n. 6735 dell'8 ottobre 2021, questa stessa Sezione, nel revocare per errore di fatto una delle tre sentenze di questo Consiglio richiamate dal Tribunale (e, cioè, la sentenza n. 1813 del 3 marzo 2021 di questo Consiglio di Stato: v., *supra*, § 24.5. delle presenti motivazioni), ha fatto proprio l'orientamento più recente, e invero ormai maggioritario, seguito dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato e condiviso dal primo giudice.

26.1. Si devono qui in sintesi rammentare i principî applicati dalla richiamata sentenza n. 6375 del 2021 di questa Sezione, principî qui tutti da ribadirsi anche ai sensi dell'art. 88, comma 2, lett. d), c.p.a.

26.2. La più recente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, benché non manchino, come si è accennato, anche pronunce di segno contrario, soprattutto nell'applicazione dell'ora abrogato d. lgs. n. 163 del 2006, e spesso

incentrate sulla specificità della vicenda, è orientata nell'ammettere la legittimità della c.d. *formula inversamente proporzionale* che, per l'assegnazione dei punteggi economici nell'ambito di una gara da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prenda quale punto di riferimento per lo sviluppo del calcolo matematico i prezzi proposti dai concorrenti anziché i ribassi sulla base d'asta.

26.3. Numerose pronunce di questo Consiglio, ormai, vengono affermando che questo criterio non è manifestamente abnorme e/o irragionevole perché, sebbene non comporti eccessive differenziazioni tra le singole offerte (pure a fronte di ribassi apprezzabilmente diversi), garantisce comunque – come è nel caso di specie – un apprezzabile collegamento proporzionale tra l'entità del ribasso e al conseguente attribuzione del punteggio (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 10 aprile 2018, n. 2185).

26.4. Si esclude quindi la necessità di assegnare il punteggio massimo al maggiore ribasso e un punteggio pari a zero al minore ribasso che, anzi, un siffatto criterio – anche se astrattamente rispondente alla possibilità di assegnare l'intero *range* di punteggio alla componente economica – determinerebbe l'effetto – anch'esso opinabile e, in ultima analisi, irragionevole – di produrre ingiustificate ed “estreme” valorizzazioni delle offerte economiche anche laddove, come è nel caso qui in esame per tutte le ragioni sopra evidenziate, il minimo ribasso e quello massimo si differenzerebbero per pochi punti percentuali (v., sul punto, Cons. St., sez. V, 9 marzo 2020, n. 1691; Cons. St., sez. V, 26 novembre 2020, n. 7436).

26.5. Insomma la più recente giurisprudenza amministrativa si è orientata nel senso di ritenere «*non contrarie a legge o irragionevoli formule matematiche volte a rendere marginale il peso degli elementi economici attraverso vari elementi correttivi*»: così la sentenza del 23 dicembre 2019, n. 8688 (conforme anche il precedente di cui alla sentenza, sempre della V Sezione, del 23 novembre 2018, n. 6639, in essa richiamato).

26.6. Ha rilevato ancor più puntualmente la sentenza della sez. V, 26 novembre 2020, n. 7436 che la descritta evoluzione, come ha ben evidenziato anche la sentenza qui impugnata, è avvenuta sulla base del «*mutato contesto*» (così anche la sentenza del 23 dicembre 2019, n. 8688) conseguente all'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in relazione al quale nelle *Linee-guida* n. 2, sull'offerta economicamente più vantaggiosa, l'ANAC ha segnalato la possibilità di impiegare formule matematiche in funzione dissuasiva rispetto ad una competizione eccessiva sul prezzo e dunque in funzione correttiva del metodo tradizionale dell'interpolazione lineare (cfr. il § IV delle *Linee-guida* in esame).

26.7. La stessa sentenza del 23 dicembre 2019, n. 8688, come pure ha ricordato la sentenza qui impugnata, ha poi segnalato che i precedenti contrari sono invece riferiti a procedure di gara soggette al codice dei contratti pubblici ora abrogato, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, dal quale non era ricavabile alcuna preferenza per criteri legati alla componente prezzo rispetto a quelli di carattere qualitativo, come invece dall'art. 95 del codice dei contratti pubblici attualmente in vigore (si rinvia a quest'ultimo riguardo ai principi formulati dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza 21 maggio 2019, n. 8).

26.8. L'orientamento seguito dal primo giudice insomma, anche alla luce degli argomenti sin qui espressi, non può che meritare piena adesione in punto di diritto da parte del Collegio.

27. Sul piano fattuale, infine, si deve qui osservare che, diversamente da quanto si era verificato nel caso concreto esaminato dalla sentenza n. 6375 dell'8 ottobre 2021 di questo Consiglio (in cui punteggi attribuiti alle sei offerte in gara erano contenuti in un intervallo di 1,3 punti (che, su un totale di 30 punti a disposizione, costituiscono il 4,3%), essendo peraltro tale risultato coerente con l'intervallo in valore assoluto – € 276.000,00, circa – in cui erano contenuti i ribassi offerti, che rappresenta invero il 4,17% della base

d'asta pari ad € 6.607.134,00), nel caso di specie, come ha rilevato correttamente la sentenza impugnata, la forbice tra i punteggi, atteso lo scarto considerevole tra il ribasso più alto, quello del Consorzio Luna, e quello dell'aggiudicataria Medicasa, è stata di quasi 9 punti, un intervallo che, alla luce dei principî sin qui enunciati, è di notevole entità e, *a fortiori* (rispetto al citato precedente di questo Consiglio, ove lo scarto era di 1,3 punti, come detto), non appare né illogico né irragionevole.

27.1. La formula in esame, lungi dall'essere aprioristicamente irragionevole, ha dunque avuto la evidente, e legittima, finalità di attribuire decisiva rilevanza alle componenti qualitative dell'offerta, a scapito o comunque in preferenza rispetto a quelle economiche, che tuttavia non sono state eccessivamente comprese o addirittura annullate nelle valutazioni, ed è pienamente giustificata in un appalto ad elevato tasso tecnico, come quello di cui è causa, relativo all'affidamento del servizio di cure domiciliari di primo e secondo livello nel territorio dell'Azienda per il fabbisogno di tre anni e, dunque, attinente a fondamentali diritti della persona, bisognosa di cure e di assistenza a domicilio, materia nella quale, anche nel settore degli appalti, è il profilo qualitativo che, per prevalenza dei principî costituzionali prima che ancora per cogenza logica, deve assumere un rilievo preponderante rispetto alla mera convenienza economica e alle pure ragioni di mercato.

28. Conclusivamente, anche per tutte le ragioni aggiuntive sin qui esposte, il terzo e ultimo motivo di appello va anche esso disatteso.

29. Conseguente da quanto esposto che l'appello di Vivisol, infondato in tutti i suoi motivi, vada respinto, con la piena conferma della sentenza impugnata, anche per le ragioni sin qui esposte.

30. Le spese del presente grado del giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza dell'odierna appellante Vivisol.

30.1. Rimane a suo carico sempre per la soccombenza il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

30.2. Deve essere respinta la domanda di condanna al risarcimento per lite temeraria ai sensi dell'art. 26, comma 1, c.p.a. e dell'art. 96, comma 3, c.p.a., proposta dalla controinteressata Medicasa nella propria memoria (pp. 37-38), perché, quantomeno con riferimento al terzo motivo di appello appena esaminato, l'orientamento della giurisprudenza non è univoco e, come ricorda la stessa Vivisol nella memoria di replica depositata il 12 novembre 2021 (p. 4), in quella ipotesi – che però afferiva ad un giudizio per revocazione – è stata disposta la compensazione delle spese di lite.

30.3. Nel caso di specie, questa incertezza giurisprudenziale, se non può giustificare la compensazione delle spese inerenti a questo grado del giudizio (dato che l'orientamento seguito dal primo giudice era ben noto all'appellante e precedeva la proposizione del gravame), certamente esclude la temerarietà della lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, proposto da Vivisol Napoli s.r.l., lo respinge e per l'effetto conferma, anche ai sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata.

Condanna Vivisol Napoli s.r.l. a rifondere in favore dell'Azienda Sanitaria Locale Napoli 2 Nord e di Medicasa Italia s.p.a. le spese del presente grado del giudizio, che liquida nell'importo di € 3.000,00 per ciascuna di dette parti, oltre accessori come per legge.

Respinge la domanda risarcitoria proposta ai sensi dell'art. 96 c.p.a. da Medicasa Italia s.p.a. nei confronti di Vivisol Napoli s.r.l.

Pone definitivamente a carico di Vivisol Napoli s.r.l. il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 25 novembre 2021, con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE
Massimiliano Noccelli

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO