

Pubblicato il 19/08/2020

**N. 05140/2020REG.PROV.COLL.**  
**N. 03270/2020 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 3270 del 2020, proposto dalla società SICO Società Italiana Carburo Ossigeno s.p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Giancarlo Turri e Laura Erika Negri, con domicilio digitale come da PEC da Registri Giustizia e domicilio fisico eletto presso la Segreteria del Consiglio di Stato, sita in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

*contro*

Alisa Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria, Asl 1 Imperiese, Asl 2 Savonese non costituite in giudizio;

Medicair Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Soncini, Claudio Sironi e Gabriele Di Paolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri Giustizia e domicilio fisico eletto in Roma Viale Liegi n. 35/B – *appellante incidentale*;

*per la riforma*

*quanto al ricorso principale*

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria, Sezione Seconda, del 17 febbraio 2020, n. 124;

*quanto al ricorso incidentale*

della medesima sentenza sopra indicata.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale spiegato dalla società Medicaire Italia s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 luglio 2020 il Cons. Umberto Maiello e uditi per le parti gli avvocati Giancarlo Turri e Stefano Soncini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. L'odierno giudizio ha ad oggetto gli esiti della gara indetta da A.L.I.S.A. – Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria (di seguito ALISA) per l'affidamento del contratto per la fornitura del servizio di ossigenoterapia domiciliare occorrente alle AA.SS.LL., EE.OO e I.R.C.C.S. della Regione Liguria.

Il lotto qui in contestazione è il lotto n. 2 riguardante l'ASL n. 1 Imperiese e l'ASL n. 2 Savonese

1.1. Alla gara in questione partecipavano due sole concorrenti: l'odierna appellante SICO e il R.t.i. costituendo tra Medicaire e Vivisol (di seguito anche R.t.i. Medicaire o anche solo Medicaire).

1.2. Nella graduatoria finale SICO conseguiva il primo posto con il punteggio di 98,72, seguita da Medicaire con il punteggio di 95,30, con uno scarto di punteggio pari ad appena 3,42 punti. La gara veniva, pertanto, aggiudicata a SICO con determinazione n. 309 del 28 agosto 2019.

1.3. Avverso gli esiti della detta selezione spiegava ricorso, innanzi al TAR per la Liguria, Medicaire che lamentava la mancata esclusione della concorrente aggiudicataria per difetto dei requisiti minimi essenziali della fornitura prescritti dalla legge di gara, nonché l'erroneità dei punteggi assegnati dalla

commissione di gara nello scrutinio dell'offerta tecnica. In via subordinata, chiedeva l'annullamento dell'intera procedura di gara, lamentando la violazione delle norme sulla composizione della commissione esaminatrice, nonché l'applicazione in corso di procedura di una scala di valori difforme da quella confezionata dalla *lex specialis*.

2. Il TAR, con la sentenza qui appellata, accoglieva il ricorso limitatamente ai motivi sub 3 (primo profilo), 5 e 6, 9, 10 di seguito sintetizzati:

- Medicair deduceva, al 3 motivo di ricorso, che nell'applicativo informatico descritto nel progetto di SICO mancherebbe completamente, quanto al servizio di ossigenoterapia, la "*segnalazione scostamento sia in aumento che in diminuzione rispetto al prescritto superiore al 25%*", richiesta alla lettera f) dei requisiti minimi. Il TAR accoglieva la censura in argomento rilevando che il capitolato tecnico prestazionale, sul punto (art. 3.3, lett. f), prescriveva che l'applicativo collegabile al sistema informatico aziendale comprendesse, quanto al servizio di ossigenoterapia – tra l'altro – la "*segnalazione scostamento sia in aumento che in diminuzione rispetto al prescritto superiore al 25% (per permettere di gestire immediatamente casi eclatanti)*". L'applicativo offerto da SICO, di contro, pur consentendo la misurazione degli scostamenti in grado di rilevare quelli superiori o inferiori al 25% rispetto al consumo "reale" del farmaco, non prevedeva un sistema di allerta (segnalazione o cd. *alert*) al fine di portare prontamente all'attenzione della struttura sanitaria eventuali scostamenti, senza bisogno di consultare appositamente il report con il monitoraggio dei dati di *compliance* di ogni paziente;

Tale funzione, peraltro, era specificamente prevista dal capitolato come requisito minimo della fornitura, con la conseguenza che la carenza dell'offerta sotto tale profilo non solo non giustificava l'attribuzione del pieno punteggio (12/12) riconosciuto, ma avrebbe dovuto comportare l'esclusione dell'operatore SICO;

- Medicair deduceva, con i motivi 5 e 6 trattati congiuntamente dal TAR, l'erroneità del punteggio assegnato rispetto al parametro previsto dal

capitolato tecnico prestazionale, al punto 4, con specifico riferimento alla *copertura delle aree geografiche extra Italia* (punto 2.4 – max punti 5). La contestazione, valorizzata in primo grado, era incentrata sul fatto che, ai sensi del capitolato (punti 3.1 e 3.1.C.) e dei chiarimenti nn. 9 e 32, la prestazione extra Italia avrebbe dovuto intendersi limitata al territorio dell'Unione europea e che, pertanto, restava esclusa la possibilità di apprezzare una copertura anche nei paesi extraeuropei, peraltro nemmeno analiticamente elencati da SICO, come invece prescritto dal capitolato;

- Medicaid deduceva, con il nono motivo di ricorso, l'erroneità del punteggio assegnato rispetto al criterio premiante previsto dal capitolato tecnico prestazionale, al punto 4, con riferimento specifico al "*concentratore fisso varietà di gamma e capacità di erogazione*" per la non conformità alle caratteristiche minime richieste di 6 dispositivi su 15 (punto 3.1) offerti da SICO. Segnatamente, le specifiche tecniche dei concentratori fissi previste dal capitolato tecnico prestazionale (concentrazione di O<sub>2</sub> a 1-3 L pari al 95% ± 3 %, a 4 L pari a 92% ± 3 %, a 5 L pari a 90% ± 3 %) ammettevano una tolleranza nelle misurazioni degli scostamenti del ± 3%, che applicata ai valori di concentrazione restituiva i seguenti intervalli: 1) 1-3 L: da 92% a 98%; 2) 4 L: da 89% a 95%; 3) 5 L: da 87% a 93%. Di contro, il TAR rilevava che dalla scheda tecnica dei tre concentratori OXYBREATH Mini 3 – 5 e HIKONEB Oxybreath 10 offerti da SICO si ricavava che la saturazione dell'ossigeno per il modello 3L fosse pari a 93 ± 3%, cioè da 90% a 96%, inferiore a quella minima richiesta dal capitolato (tra 92% e 98%).

Analogamente, per i due concentratori Newlife Intensity 8 Alto Flusso e Newlife Intensity 10 Alto Flusso, le relative schede tecniche indicavano, per un flusso compreso tra 2 e 7 LPM, una concentrazione di ossigeno pari a 92% ± 3 (da 89 a 95), cioè inferiore a quella minima richiesta (92%) per un flusso inferiore a 3 LPM; da qui il giudice di prime cure rilevava l'erroneità della motivazione ("*15 concentratori che rispondono a quanto richiesto*") e

l'incongruenza del punteggio massimo attribuito a SICO in base al suindicato criterio di valutazione;

- Medicair deduceva, con il decimo motivo di ricorso, l'erroneità del punteggio assegnato rispetto al criterio premiante previsto dal capitolato tecnico prestazionale, punto 4, con riferimento specifico al "*materiale di consumo caratteristiche dei prodotti proposti ed assortimento*" (punto 3.5). Il TAR ha rilevato che i prodotti offerti dai due concorrenti sono stati ritenuti dall'amministrazione aggiudicatrice "*idonei con assortimento soddisfacente*", pur tuttavia nelle valutazioni svolte dalla Commissione non sarebbe stato adeguatamente considerato il diverso assortimento dei prodotti, attesa la maggiore ampiezza della gamma di prodotti offerti da Medicair.

2.1. Per effetto dell'accoglimento del terzo motivo, con cui veniva censurata la mancata esclusione di SICO dalla gara, e dei motivi *sub* 5, 6, 9 e 10, volti a censurare l'attribuzione di punteggio a SICO, il TAR ha, dunque, annullato l'impugnata delibera di aggiudicazione, assorbito gli ulteriori motivi dedotti in quanto sorretti da un interesse meramente strumentale alla riedizione dell'intera procedura di gara e condannato, in solido, SICO e ALISA al pagamento delle spese del giudizio.

3. Avverso la sentenza di primo grado SICO ha interposto l'appello qui in rilievo, affidato ai seguenti, articolati motivi di gravame:

a) sarebbe, anzitutto, erroneo il capo della decisione appellata che ha valorizzato il motivo di ricorso *sub* 3. Contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di prime cure, nell'offerta tecnica di SICO sarebbe espressamente valorizzata anche quella funzionalità che il TAR ha, invece, ritenuto assente e consistente nella "*creazione di report ed alert standard e/o personalizzati in funzione delle esigenze dell'Ente e con cadenza periodica*". Sulla scorta della suddetta formula d'impegno assumerebbe una valenza neutra il fatto che SICO non abbia espressamente indicato che il software proposto è in grado di indicare il dato minimo richiesto per la rilevazione degli scostamenti nel consumo reale del farmaco (superiore al 25%), per due ordini di ragioni: anzitutto, perché

l'applicativo offerto contempla numerose funzionalità aggiuntive che ricomprendono sicuramente quelle minime richieste; in secondo luogo perché con la presentazione dell'offerta SICO ha integralmente accettato tutti i termini, le condizioni e le specifiche minime richieste dalla *lex specialis*, per cui ogni questione relativa alla mancata menzione della segnalazione del citato scostamento perderebbe qualsivoglia rilevanza;

b) del pari sarebbe erroneo il capo della sentenza appellata recante l'accoglimento dei motivi d'impugnazione *sub* 2 e 4. In relazione al motivo *sub* 2 non sarebbe dato rintracciare nella sentenza alcuna motivazione. In relazione al motivo *sub* 4 il giudice di primo grado non avrebbe inteso correttamente l'offerta presentata da SICO. Da un lato, infatti, l'elenco degli Stati in cui SICO può garantire l'assistenza nei paesi extra UE sarebbe stato reso disponibile mediante rinvio *per relationem* al sito di Oxygen Worldwide. L'espressione riportata nell'offerta, per cui Oxygen Worldwide sarebbe in grado di fornire il servizio di ossigenoterapia "*in ogni luogo del pianeta in cui tale servizio possa essere effettuato con adeguati standard di sicurezza*" non costituirebbe, inoltre, una limitazione tale da inficiare in modo significativo la distribuzione del servizio di ossigenoterapia per il tramite del partner di SICO e sarebbe stata correttamente considerata dalla Commissione di gara come un mero avvertimento cautelativo;

c) illegittima si rivelerebbe anche la statuizione di accoglimento del motivo di ricorso *sub* 9. Ed, invero, anche a voler escludere 5 dei 15 concentratori fissi offerti da SICO, le offerte dei due concorrenti sarebbero assolutamente equiparabili, poiché Medicaire avrebbe offerto 10 dispositivi. La gamma dei concentratori offerti dai concorrenti differirebbe, infatti, per un solo dispositivo: Medicaire non ha offerto il modello "*Invacare perfecto2V*" pediatrico (offerto, viceversa, da SICO) mentre SICO, di converso, non ha offerto il modello "*Airsep Newlife Elite*" offerto dal RTI Medicaire. In secondo luogo, il Tar avrebbe argomentato la propria decisione facendo riduttivamente riferimento soltanto al numero dei concentratori, senza considerare le

previsioni della legge di gara che individuava un criterio di portata più ampia incline a valorizzare la varietà di gamma dei concentratori offerti. Infine, il Tar avrebbe comunque errato nel ritenere che i concentratori in questione non rispettassero le richieste del capitolato speciale.

d) la decisione appellata andrebbe riformata anche nella parte in cui ha accolto il motivo d'impugnazione *sub* 10. Il criterio Q1 applicato per la valutazione dei prodotti consumabili implicava, infatti, un giudizio di natura qualitativa, di guisa che i suddetti prodotti non erano misurabili numericamente, come invece erroneamente ritenuto dal TAR;

e) SICO lamenta, infine, l'ingiustizia della condanna alle spese.

4. Si è costituita in giudizio il raggruppamento Medicaïr, che ha spiegato appello incidentale, per mezzo del quale ha chiesto la riforma della sentenza del Tar limitatamente ai capi della decisione di primo grado recanti statuizioni di rigetto:

a) l'appellante incidentale lamenta, anzitutto, l'illegittimità della sentenza di primo grado nella parte in cui il TAR, pur accogliendo i relativi motivi di impugnazione, ha ritenuto che la diversa attribuzione dei punteggi o comunque la dichiarazione di inammissibilità dell'offerta tecnica di SICO non potesse condurre all'accoglimento della domanda di risarcimento in forma specifica mediante aggiudicazione a Medicaïr;

b) deduce, inoltre, che il giudice di primo grado erroneamente non ha rilevato l'inammissibilità dell'offerta tecnica di SICO in relazione all'improprio utilizzo di risorse di un soggetto terzo (deposito autorizzato di Alma s.r.l.). Sul punto, soggiunge che, in disparte la mancanza di una conferente prova sulla disponibilità del deposito, sarebbe stato, comunque, necessario un diretto coinvolgimento della società terza nell'offerta tramite avvalimento o subappalto, trattandosi di un segmento del servizio posto a base di gara. Inoltre, la disponibilità del deposito di ALMA in Pietra Ligure, non consentirebbe a SICO di assicurare le tempistiche proposte (1 ora dalla

- chiamata del paziente): da qui l'illegittimità del punteggio assegnato a SICO per il parametro in argomento;
- c) l'appellante incidentale lamenta l'illegittimità della sentenza di primo grado nella parte in cui non ha rilevato la mancata allegazione da parte di SICO di uno specifico piano di subentro al fornitore uscente, con ciò non consentendo alla stazione appaltante di avere idea dell'organizzazione che verrà posta in essere nelle fasi di start-up della commessa, in violazione del punto 3.3 lett. g) del capitolato, che indicava il piano di subentro tra le condizioni minime;
- d) del pari, il TAR non avrebbe rilevato le carenze dell'offerta SICO che non recherebbe specifica evidenza del personale addetto alla consegna e degli automezzi dedicati;
- e) sarebbe, altresì, illegittima la decisione del Tar nella parte in cui ha respinto la censura incentrata sul difetto di motivazione dell'attribuzione dei punteggi anche a cagione della genericità degli indicatori all'uopo confezionati (punti 1.1, 2.4, 3.1, 3.2 e 4.2);
- f) sarebbero erroneo – e di ciò il TAR non si sarebbe avveduto - il punteggio assegnato a SICO per la telemetria dedicata (punto 1.2 del paragrafo 4), non avendo questi minimamente descritto il servizio di telemetria offerto ad un pool di 15 pazienti, secondo quanto specificato dal chiarimento al quesito n. 75;
- 4.1 Con memoria depositata, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 101 c.p.a., Medicaire ha, poi, riproposto i motivi di censura non delibati in prime cure:
- l'applicativo offerto da SICO difetterebbe dell'ulteriore requisito di minima consistente nella produzione di un tracciato record mensile di fornitura ossigeno liquido entro il giorno 5 del mese successivo;
  - in subordine, illegittimità ed erroneità nell'attribuzione dei punteggi per violazione del metodo di applicazione del coefficiente di valutazione previsto dall'art. 17.2 del disciplinare e nella scala dei valori ivi prevista;
  - in subordine, errata composizione della commissione.



4.2. Alla pubblica udienza del 30 luglio 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

5. L'appello è infondato e, pertanto, va respinto. Conseguente al rigetto del suddetto mezzo la declaratoria di improcedibilità dell'appello incidentale nei limiti e nei sensi di seguito indicati.

6. In prospettiva metodologica, vanno passati in rassegna, anzitutto, i motivi con i quali l'appellante principale contesta la decisione di primo grado nella parte in cui, in accoglimento del ricorso della controinteressata Medicaire, ha ritenuto che SICO dovesse essere esclusa dalla gara a cagione di deficienze strutturali dell'offerta tecnica presentata siccome priva delle caratteristiche minime richieste dal capitolato tecnico.

Segnatamente, nel ventaglio delle doglianze articolate in prime cure da Medicaire e valorizzate dal TAR, tale attitudine espulsiva è stata riconosciuta dal giudice territoriale in relazione al motivo di ricorso *sub* 6 nella parte in cui censurava il mancato allineamento alle prescrizioni capitolari di cui alla lett. f) del punto 3.3 non recando evidenza il progetto SICO della capacità di segnalare lo scostamento, sia in aumento che in diminuzione rispetto al prescritto, ove superiore al 25%.

6.1 Segnatamente, il capitolato tecnico prestazionale di gara, al punto 3.3 *“Descrizione del servizio”* ha previsto che *“Il Servizio di Ossigenoterapia domiciliare” deve intendersi assunto ed eseguito con il rispetto delle condizioni minime di seguito indicate*”. Tra le condizioni minime richieste, il punto 3.3 lett. f) rubricato *“Applicativo informatico per la gestione del paziente e della fornitura di ossigeno comprendente tutti i dati richiesti del flusso informativo mensile obbligatorio Sistemi LOX”* chiarisce che il fornitore dovrà mettere a disposizione un applicativo collegabile al sistema informatico aziendale, ovvero accessibile via *web* con adeguati livelli di sicurezza, per la gestione informatica della cartella clinica del paziente comprendente le informazioni ivi elencate. Al punto 3.3. lett. f), sono indicate, in dettaglio, le informazioni di base di cui il software applicativo deve assicurare la gestione per il servizio di ossigenoterapia, tra cui

risulta annoverata nella relativa elencazione la “*segnalazione scostamento sia in aumento che in diminuzione rispetto al prescritto superiore al 25% (per permettere di gestire immediatamente casi eclatanti)*”.

6.2. Di contro, il TAR, in accoglimento di una mirata censura (motivo *sub* 3) contenuta nell’originario ricorso di primo grado, ha ritenuto che dalla descrizione dell’applicativo offerto da SICO emergesse la carenza della funzionalità di segnalazione degli scostamenti, sia in aumento che in diminuzione del consumo del farmaco rispetto al prescritto, superiore al 25% per la gestione immediata di casi eclatanti.

Segnatamente, il giudice di primo grado ha rilevato che l’applicativo offerto da SICO dovesse ritenersi inadeguato non tanto perché non contemplasse effettivamente un sistema di misurazione degli scostamenti in grado di rilevare anche quelli superiori o inferiori al 25, quanto perché non prevedeva un sistema di allarme (segnalazione o cd. *alert*) in grado di portare prontamente all’attenzione della struttura sanitaria eventuali scostamenti, senza bisogno di consultare appositamente il report con il monitoraggio dei dati di *compliance* di ogni paziente.

Peraltro, il TAR ha efficacemente rimarcato l’importanza di tale prescrizione siccome rispondente ad un rilevante interesse pubblico espressamente esplicitato nel capitolato (gestire “immediatamente” i casi di scostamento eclatanti, in quanto > 25%).

6.3. Con il mezzo qui in rilievo l’appellante principale oppone che il TAR non avrebbe correttamente valutato i contenuti dell’offerta SICO. Ed, invero, secondo tale operatore da una piana lettura dell’offerta tecnica si evincerebbe che l’applicativo proposto (cd. *I-SICO*) contempli la possibilità di creazione di report e alert standard e/o personalizzati in funzione delle esigenze dell’Ente e con cadenza periodica.

L’ampiezza della formulazione di tale impegno sarebbe di per sé idonea ad assorbire anche la funzionalità oggetto di contestazione. Di contro, nel costruito giuridico dell’appellante assumerebbe una valenza neutra il fatto che

SICO non abbia espressamente indicato che il software proposto è in grado di indicare il dato minimo richiesto per la rilevazione degli scostamenti nel consumo reale del farmaco (superiore al 25%), per due ordini di ragioni: anzitutto perché l'applicativo offerto contempla numerose funzionalità aggiuntive che ricomprendono sicuramente quelle minime richieste; in secondo luogo perché con la presentazione dell'offerta SICO ha integralmente accettato tutti i termini, le condizioni e le specifiche minime richieste dalla *lex specialis*, per cui ogni questione relativa alla mancata menzione della segnalazione del citato scostamento perderebbe, in una visione di insieme, qualsivoglia rilevanza. In via subordinata il TAR avrebbe dovuto disporre una verifica.

6.4. Le tesi difensive sviluppate da SICO, per quanto suggestive, non possono essere condivise.

Ed, invero, nell'offerta in questione sono analiticamente descritte l'architettura del sistema e le modalità di utilizzo della piattaforma dal cui esame, però, non è possibile trarre nessuna utile indicazione sulla funzionalità in contestazione.

Segnatamente, nel paragrafo descrittivo degli indicatori viene compiutamente descritto il profilo della *compliance*, quale consumo reale del farmaco rispetto al prescritto, onde registrare il dato clinico che misura l'aderenza della terapia al paziente.

Una serena lettura del progetto tecnico in argomento conferma il rilievo operato dal giudice di prime cure – e non contestato, in punto di fatto, da SICO – secondo cui il sistema offerto non reca esplicita evidenza della funzionalità qui in rilievo, qualificata nell'economia della disciplina di gara come requisito di minima, vale a dire la segnalazione degli scostamenti nel consumo reale del farmaco superiori al 25%, non figurando il suddetto dato tra le informazioni che il sistema I-SICO, sulla scorta sia delle specifiche indicazioni fornite nella corrispondente voce degli indicatori che quelle illustrate in via riepilogativa, è dichiaratamente in grado di produrre.

6.5. E' pur vero che, nell'illustrare le potenzialità dell'applicativo, l'offerta in argomento contempla la possibilità di “*creazione di report ed alert standard e/o personalizzati in funzione delle esigenze dell'Ente e con cadenza periodica*”, ciò nondimeno all'interno di tale dichiarata attitudine la caratteristica di minima qui in rilievo si porrebbe, al più, come miglioria da sviluppare per effetto di un'implementazione dei contenuti del sistema, ad oggi, non tarati sulle specifiche prescrizioni capitolari.

Tanto più che tra le possibili informazioni che tali report e alert sono in grado di fornire nemmeno è indicata, neppure a titolo di esempio, la funzionalità in argomento di cui, peraltro, non viene, nemmeno *de futuro*, comprovata l'agevole ed immediata predicabilità. E' poi di tutta evidenza che la produzione di un documento tecnico inadeguato non può essere qualificata come "carenza di un elemento formale dell'offerta" ai sensi ai sensi dell'art. 83, comma 9 del decreto legislativo n. 50 del 2016 di guisa che ad essa non può sopperirsi con forme di soccorso istruttorio né in sede procedimentale né in sede processuale comportando tali irrituali opzioni una sorta di impropria rimessione in termini per la produzione di documenti tecnici di carattere nuovo e diverso rispetto a quelli prodotti in gara (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 13/02/2019 n.1030).

In definitiva, rispetto alle caratteristiche dell'applicativo offerto, che consente la creazione di reportistica a domanda del committente (senza peraltro annoverare la specifica funzionalità qui richiesta) e comprende un indicatore di generica *compliance* intesa come aderenza del consumo “reale” del farmaco rispetto al prescritto, il prodotto richiesto dalla stazione appaltante si differenziava per la possibilità di segnalare gli scostamenti e gestire casi eclatanti indipendentemente dall'input dell'operatore, cioè senza bisogno di consultare appositamente il report con il monitoraggio dei dati di *compliance* di ogni paziente, ma attraverso uno specifico avvertimento (*alert*) compreso nella dotazione di base dello strumento.

6.6. L'offerta di SICO appare, dunque, redatta, sotto tale specifico aspetto, in modo carente o quantomeno generico e indeterminato, laddove al contrario l'elencazione delle caratteristiche di minima richieste dalla stazione appaltante era formulata in modo puntuale ed avrebbe, pertanto, meritato un riscontro altrettanto specifico e puntuale sull'attitudine del sistema offerto a garantire, di base e nell'immediato, la funzionalità richiesta. Non è al riguardo superfluo rammentare che il disciplinare di gara, all'articolo 2, terzo periodo, precisava che *“la fornitura e i servizi connessi dovranno rispettare i requisiti minimi, considerati quali elementi essenziali dell'offerta, richiesti a pena di esclusione dalla gara, stabiliti nel Capitolato tecnico e nei relativi allegati”*. Tanto in piena aderenza alla disciplina di settore e segnatamente al combinato disposto degli artt. 59 comma 3 lettera a), 56 comma 6, 94 comma 1 del codice dei contratti il cui principio informatore ribadisce quale condizione minimale per l'aggiudicazione di un'offerta la sua piena rispondenza alle prescrizioni tecniche prescritte dalla legge di gara.

6.7. Orbene, alla stregua delle argomentazioni sopra rassegnate, il giudice di prime cure ha fatto buon governo dei principi predicabili *in subiecta materia*.

Le caratteristiche essenziali e indefettibili (ossia i requisiti minimi) delle prestazioni o del bene previste dalla *lex specialis* costituiscono una condizione di partecipazione alla procedura selettiva (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 25/07/2019, n.5260). È principio pacifico, invero, che le difformità dell'offerta tecnica che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto ai requisiti minimi previsti dalla Stazione appaltante per il contratto da affidare legittimano l'esclusione dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto (cfr. Consiglio di Stato , sez. III , 26/02/2019 , n. 1333; Cons. Stato, Sez. III, 26 aprile 2017, n. 1926). Ciò anche in ossequio alla pacifica giurisprudenza per la quale nelle gare pubbliche le offerte tecniche devono essere improntate alla massima linearità

e chiarezza, onde prefigurare alla Pubblica amministrazione un quadro certo dei rispettivi doveri ed obblighi contrattuali in corrispondenza agli atti di gara (cfr. da ultimo Tar Lazio, Roma, Sez. III-*quater*, 19 marzo 2019, n. 3644; Cons. Giust. Amm. Regione Sicilia, 18.1.2017 n. 23).

Né è possibile ritenere che le divise lacune descrittive dell'offerta potessero trovare valida compensazione nella generica dichiarazione di accettazione delle prescrizioni capitolari che ciascun operatore era chiamato a rendere. Un'opzione ermeneutica di tal fatta si risolverebbe nella sostanziale vanificazione del confronto competitivo che, viceversa, e vieppiù in un confronto concorrenziale orientato alla stregua del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, necessita di una chiara declinazione dei contenuti dell'offerta tecnica intorno ai quali deve necessariamente formarsi il consapevole consenso della stazione appaltante.

Parimenti nemmeno è possibile ovviare alle divise carenze strutturali dell'offerta tecnica ricorrendo, come pur prospettato dall'appellante, ad un approfondimento istruttorio, atteso che le rilevate lacune riflettono una carenza essenziale dell'offerta, tale da determinarne incertezza assoluta o indeterminatezza del suo contenuto e, come tali, non sono suscettive né di soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9 del decreto legislativo n. 50 del 2016 (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 13/02/2019, n. 1030) né di un intervento suppletivo del giudice.

6.8. La portata escludente del suddetto rilievo assume nell'economia della *res iudicanda* rilievo dirimente in quanto vale già di per sé a reggere la statuizione di annullamento della decisione di primo grado, privando il concorrente della disponibilità di interessi qualificati a contestare, quanto agli ulteriori profili, le modalità di svolgimento e le valutazioni compiute dal seggio di gara.

Ed, invero, la conferma della detta sentenza nella parte in cui ha censurato la mancata esclusione di SICO a cagione delle rilevate deficienze strutturali dell'offerta presentata comporta il venir meno dell'interesse a coltivare i residui argomenti censori che involgono esclusivamente la legittimità dei

punteggi assegnati dalla Commissione di gara, tema di discussione che evidentemente ha ragione d'essere unicamente rispetto ad offerte giudicate ammissibili e regolari e che, pertanto, possono ancora competere per l'utile conseguimento del bene della vita.

D'altro canto, è *ius receptum* in giurisprudenza il principio secondo cui laddove una sentenza amministrativa sia sorretta da una pluralità di ragioni, distinte ed autonome, ciascuna delle quali giuridicamente e logicamente sufficiente a giustificare la decisione adottata, è sufficiente che una sola di esse resista al vaglio in sede giurisdizionale perché divengano inammissibili, per difetto di interesse, le censure relative alle altre ragioni parimenti ostative (cfr. Consiglio di Stato , sez. IV , 03/12/2018 , n. 6827; Consiglio di Stato , sez. IV , 28/06/2018 , n. 3972).

6.9. Infine, non hanno pregio le doglianze dell'appellante quanto al governo delle spese di giudizio avendo il TAR fatto corretta applicazione del principio di soccombenza, al quale può derogarsi in presenza di gravi ed eccezionali ragioni, qui non in rilievo.

7. Il suddetto arresto decisorio comporta l'improcedibilità dell'appello incidentale salvo che per la prima censura la quale riflette un autonomo interesse correttivo in ordine alla portata conformativa del *dictum* di accoglimento essendo funzionale al conseguimento di un'utilità ulteriore ed aggiuntiva rispetto a quella rinveniente dall'effetto demolitorio dell'aggiudicazione pronunciata nei confronti di SICO.

Ed, invero, Medicaïr rivendica, in aggiunta, quale effetto dell'accoglimento del proprio ricorso di primo grado, anche un positivo riscontro della formulata domanda di risarcimento in forma specifica mediante aggiudicazione diretta a suo favore.

Sul punto, il Collegio ritiene sia corretta la valutazione operata dal giudice di primo grado in quanto l'effetto conformativo di tale sentenza implica l'obbligo della stazione appaltante di riavviare il procedimento selettivo muovendo dagli arresti decisorî compendiatî nel suindicato *decisum* che vede,

dunque, ad oggi, Medicair quale unico operatore rimasto in gara. L'annullamento dell'aggiudicazione, non risultando medio tempore la stipula del contratto, costituisce rimedio in forma specifica totalmente soddisfacente. Al contempo, alla stregua dei contenuti della procedura qui in rilievo, residuano adempimenti valutativi (verifica di eventuale anomalia dell'offerta, controllo del possesso dei requisiti) cui resta tenuta la stazione appaltante ed alla quale non può sostituirsi il giudice in ossequio al principio di cui all'articolo 34 comma 3 del c.p.a.

Nella conferma della sentenza di primo grado restano altresì assorbiti i motivi riproposti dall'appellante incidentale con la memoria ex art. 101, comma 2 c.p.a., sorretti in parte da un interesse meramente strumentale alla riedizione dell'intera procedura di gara.

Conclusivamente, ribadite le svolte considerazioni, l'appello principale va respinto. Analoga soluzione reiettiva s'impone per l'appello incidentale per i profili suindicati dovendo, per il resto, tale mezzo essere dichiarato improcedibile.

Le spese del presente grado di giudizio, in ragione della parziale reciproca soccombenza e della peculiarità della vicenda scrutinata, vanno compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così provvede:

- 1) respinge l'appello principale;
- 2) dichiara in parte improcedibile l'appello incidentale ed in parte lo respinge.
- 3) spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 30 luglio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere



Giulia Ferrari, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Umberto Maiello**

**IL PRESIDENTE**  
**Franco Frattini**

IL SEGRETARIO