

Pubblicato il 20/03/2023

**N. 02804/2023REG.PROV.COLL.
N. 00983/2022 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 NON DEFINITIVA

sul ricorso numero di registro generale 983 del 2022, proposto da Linde Medicale S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Luigi Biamonti, Federico Mazzella, Niccolò Antonino Gallitto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luigi Biamonti in Roma, Lungotevere Michelangelo, n. 9;

contro

Asl Roma 1, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandra Belletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Guido D'Arezzo, n. 26;

Regione Lazio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Fiammetta Fusco, domiciliataria ex lege in Roma, via Marcantonio Colonna n. 27;

nei confronti

Sico - Società Italiana Carbuoro Ossigeno Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giancarlo Turri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Vitalaire Italia S.p.A., Sapio Life S.r.l., Vivisol S.r.l., Medigas Italia S.r.l. Società Unipersonale, Respiraire S.r.l., Nippon Gases Pharma S.r.l., Domolife S.r.l., non costituiti in giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Medicair Centro S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Soncini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza n. 11063 del 28 ottobre 2021 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sede di Roma, sez. III, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Asl Roma 1, della Regione Lazio e di Sico - Società Italiana Carbuoro Ossigeno Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 febbraio 2023 il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Visto l'art. 36, comma 2, cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Linde Medicale S.r.l. ha impugnato l'aggiudicazione – limitatamente ai lotti n. 1, 2 e 4 – della “gara ponte”, a procedura aperta, bandita dalla ASL RM 1 per l'affidamento, tramite accordo quadro, del servizio di ventiloterapia meccanica domiciliare.

La medesima ha lamentato, dinanzi al TAR per il Lazio, vizi comuni a tutti i suddetti lotti, in particolare, censurando:

- a) la illegittimità delle operazioni di valutazione svolte dalla Commissione di gara in asserita violazione delle disposizioni di normative e della lex specialis di gara in merito al metodo del cd. “confronto a coppie”, unitamente al difetto di motivazione in relazione alla (parimenti censurata) genericità dei criteri di attribuzione del punteggio tecnico previsti nel disciplinare di gara (primo motivo di ricorso);
- b) una serie di vizi istruttori in punto di valutazione dei modelli offerti e delle relative schede tecniche (secondo motivo di ricorso);
- c) la violazione del principio della prevalenza della prescrizione terapeutica con conseguente eccesso di potere per illogicità (terzo motivo di ricorso).

2. - Il TAR ha respinto il ricorso con la sentenza in epigrafe indicata.

3. - Linde ha proposto appello esclusivamente in relazione al mancato accoglimento del primo motivo.

3.1 - Nel giudizio di appello si è costituita l'ASL Roma 1, chiedendo la reiezione del gravame.

3.2 - Si è anche costituita la Regione Lazio, la quale ha eccepito la carenza di legittimazione passiva, poiché l'Amministrazione che ha bandito la gara risulta essere l'Azienda Sanitaria Locale – Roma 1, ente avente una propria personalità giuridica distinta da quella della Regione Lazio.

3.3 - Si è anche costituita la s.p.a. Sico - Italiana Carbuoro Ossigeno, aggiudicataria della gara, e dunque controinteressata, la quale ha chiesto la reiezione del gravame, in quanto infondato.

4. La causa è stata esaminata nella camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare e, su accordo delle parti, è stata rinviata per la decisione all'udienza pubblica del 9 giugno 2022.

4.1 - In vista dell'udienza di discussione le parti hanno prodotto memorie, sviluppando ulteriormente le rispettive argomentazioni.

5. - All'udienza del 9 giugno 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. - Con il primo motivo, l'appellante ha sollevato una questione sulla quale la Sezione ha ritenuto, stante la non univocità del quadro giurisprudenziale, che

dovesse esprimersi l'Adunanza Plenaria.

6.1 - La fattispecie concerne l'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica e le modalità con le quali i commissari esprimono le proprie valutazioni, in particolare, quando il metodo prescelto dalla stazione appaltante sia quello del confronto a coppie.

Nel caso di specie, il disciplinare di gara ha disciplinato le modalità e le operazioni per l'attribuzione del punteggio tecnico agli elementi qualitativi dell'offerta, prevedendo all'art. 18.2., e in coerenza con il paragrafo V delle Linee Guida n. 2 emanate dall'ANAC, che: *“A ciascuno degli elementi qualitativi cui è assegnato un punteggio discrezionale nella colonna “D” della tabella, è attribuito un coefficiente sulla base del metodo del “confronto a coppie”. A tal fine la Commissione procede all'attribuzione di un coefficiente preliminare $C(a)_{pi}$ definito attraverso la media dei coefficienti calcolati dai singoli commissari mediante il “confronto a coppie”, seguendo il criterio fondato sul calcolo dell'autovettore principale della matrice completa dei confronti a coppie, sulla base dei seguenti criteri di preferenza: Preferenza massima 6; Preferenza grande 5; Preferenza media 4; Preferenza piccola 3; Preferenza minima 2; Parità 1”*.

6.2 - La tesi sostenuta da Linde dinanzi al TAR del Lazio è che l'espressione delle preferenze da parte dei commissari di gara sarebbe avvenuta in modo collegiale e non individuale, in violazione della lex specialis di gara e delle norme di legge in conformità alle quali la prima è stata redatta, come risulterebbe dai seguenti indizi, tutti asseritamente convergenti:

- i) i verbali delle operazioni di gara darebbero atto che i lavori della Commissione si sono svolti integralmente in modo collegiale, non essendovi stato alcun riferimento alle valutazioni che i commissari erano chiamati a svolgere singolarmente ed autonomamente;
- ii) dalle schede allegate ai verbali, si evincerebbe che tutti e tre i commissari hanno espresso le valutazioni di cui al “confronto a coppie” all'interno della

stessa unica scheda (contenente nel medesimo foglio, una accanto all'altra, le tre tabelle con le preferenze dei commissari);

iii) la stazione appaltante non avrebbe mai fornito alcuna prova documentale contraria, non essendovi alcuna allegazione – né agli atti di gara né a quelli del processo – delle tre tabelle in fogli distinti e separati;

iv) tutte le 2688 preferenze espresse dai commissari, in cui si è espletato il “confronto a coppie”, sarebbero risultate esattamente identiche.

7. - Il TAR ha disatteso la censura, poiché *“dalla circostanza che dai verbali in questione a essere citata è «la Commissione», e non i singoli commissari, non può evincersi che la valutazione sia stata collegiale, anziché, come previsto, dei singoli commissari; d'altra parte, il Collegio non rinviene motivo per discostarsi dal condivisibile orientamento della giurisprudenza, secondo cui, in assenza di un espresso obbligo di specifica verbalizzazione imposto dal disciplinare di gara, non vi è ragione per derogare dal principio generale secondo il quale gli apprezzamenti dei commissari sono destinati a essere assorbiti nella decisione collegiale finale, costituente momento di sintesi della comparazione e composizione dei giudizi individuali; mentre la separata enunciazione dei punteggi attribuiti dai singoli Commissari assume valore di formalità interna relativa ai lavori della Commissione esaminatrice, i cui giudizi, ai fini della verbalizzazione e della pubblicità esterna, sono sufficientemente documentati con la sola attribuzione del voto complessivo finale (cfr. Cons. St., sez. V, 14/02/2018 n. 952, che richiama Id., Sez. III, 13.10.2017 n. 4772, e Sez. V, 08.09.2015 n. 4209 e Sez. IV, 16.02.2012 n. 810)”*.

Ha aggiunto il TAR: *“Quanto al fatto che i giudizi dei commissari siano uguali, è veramente illogico sostenere che solo una valutazione differenziata avrebbe potuto essere considerata normale. Se non altro, perché ciò significherebbe limitare la discrezionalità dei singoli commissari. Per cui il Collegio condivide l'orientamento secondo cui l'insussistenza di differenziazioni tra i punteggi attribuito dai vari commissari non costituisce*

«sicuro sintomo di condizionamento potendo anche astrattamente essere giustificata con concordanza di valutazioni effettuate nell'ambito di un collegio perfetto, non essendo oltretutto prevista la segretezza delle valutazioni espresse dai singoli commissari nell'ambito di detto collegio» (Cons. St., sez. V, 24 marzo 2014 n. 1428; Id., 11 agosto 2017 n. 3994)».

8. - Secondo l'appellante, le statuizioni di prime cure sarebbero errate, poiché il disciplinare era chiaro nello stabilire che il confronto a coppie dovesse essere effettuato da ciascun commissario singolarmente, e non dalla commissione collegialmente, in coerenza con il paragrafo V delle Linee Guida n. 2/2016, emanate dall'ANAC in attuazione dell'art. 95, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, nelle quali si chiarisce che: *“Ciascun commissario confronta l'offerta di ciascun concorrente indicando quale offerta preferisce e il grado di preferenza, variabile tra 1 e 6”*.

Inoltre, non corrisponderebbe al vero che la doglianza di Linde si baserebbe unicamente sulla *“mera circostanza di fatto che sui progetti essi [i commissari] avrebbero espresso «il medesimo giudizio di preferenza»”*.

Al contrario l'identità dei giudizi era solo uno dei tanti indici di prova dai quali desumere la violazione contestata (altri ne erano stati indicati: unica scheda contenente nel medesimo foglio, una accanto all'altra, le tre tabelle con le preferenze dei commissari; costante riferimento, nei verbali, alla Commissione intesa nella sua collegialità). La verbalizzazione della *“separata enunciazione dei punteggi attribuiti dai singoli Commissari”*, ben lungi dall'esaurirsi in una mera *“formalità interna”* – come sostenuto dal primo giudice - avrebbe piuttosto consentito, ove correttamente formalizzata, di *“evincere il contenuto del preventivo giudizio del singolo commissario”*.

8.1 - Nelle memorie conclusive Linde ha precisato la sua tesi, sostenendo che *“il confronto a coppie non viene svolto con un unico metodo: può derivare dal confronto collegiale tra i commissari oppure prevedere che ognuno dia le proprie preferenze all'oscuro di quelle degli altri. Quest'ultima modalità è proprio quella prescelta dalla ASL nel disciplinare di gara. In questa seconda*

modalità, invero, il giudizio del singolo deve necessariamente essere segreto – nel senso che gli altri non lo devono conoscere prima di esprimere il proprio – perché deve ritenersi escluso che l'espressione della preferenza possa essere preceduta da un confronto dialettico (confronto che, a bene vedere, è proprio della prima modalità)”.

8.2 - Di tenore nettamente opposto risulta la posizione difensiva dell'amministrazione e del controinteressato, secondo i quali *“Nel caso di specie l'insussistenza di una valutazione collegiale è documentata dalla redazione di singole tabelle di valutazione da parte di ogni commissario, che conferma che ciascuno di loro ha potuto esprimere il proprio giudizio, senza doverlo necessariamente conformare a quello della maggioranza, elemento che distingue appunto il metodo di valutazione individuale da quello collegiale. Al di là delle concrete modalità pratiche con cui si possono svolgere le operazioni di valutazione delle offerte, l'inesistenza di alcun obbligo di segretezza o riservatezza tra i componenti della commissione esclude che l'omogeneità dei giudizi espressi da commissari possa essere inconciliabile con il modello di valutazione individuale delle offerte”.*

Nel caso di specie il disciplinare prevedeva che dovesse essere svolta la valutazione individuale di ciascun commissario seguita dalla sintesi meramente aritmetica della Commissione; vi potrebbe essere uno scambio di opinioni tra i commissari, dotati di distinte competenze, ma la valutazione deve essere individuale in base al proprio personale convincimento.

Ciò implica che l'apprezzamento non può essere assorbito nella valutazione finale della Commissione, dovendo ricostruirsi tutto l'iter, il che comporta l'obbligo di documentazione della valutazione singola mediante verbalizzazione.

9. - L'ordinanza ha quindi sottoposto all'Adunanza Plenaria i seguenti quesiti:
“a) se, nell'ambito della valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta tecnica, i commissari, cui è demandato il compito di esprimere una preferenza o un coefficiente numerico, possano confrontarsi tra loro e

concordare liberamente il punteggio da attribuire, salvo declinarlo poi individualmente, ovvero se ciò costituisca una surrettizia introduzione del principio di collegialità in valutazioni che devono essere, alla luce del vigente quadro regolatorio, di natura esclusivamente individuale;

b) se le valutazioni espresse dai singoli commissari, nella forma della preferenza o del coefficiente numerico non comparativo, debbano essere oggetto di specifica verbalizzazione, o se le stesse possano ritenersi assorbite nella decisione collegiale finale in assenza di una disposizione che ne imponga l'autonoma verbalizzazione”.

10. - Con la sentenza n. 16/2022 l'Adunanza Plenaria ha così statuito:

“a) nel diritto dei contratti pubblici, i commissari di gara cui è demandato il compito di esprimere una preferenza o un coefficiente numerico, quando procedono alla valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta tecnica, possono confrontarsi tra loro in ordine a tali elementi prima di attribuire individualmente il punteggio alle offerte, purché tale confronto non si presti ad una surrettizia introduzione del principio di collegialità, con la formulazione di punteggi precostituiti ex ante, laddove tali valutazioni debbano essere, alla luce del vigente quadro regolatorio, anzitutto di natura esclusivamente individuale;

b) con riferimento al metodo del confronto a coppie, in particolare, l'assegnazione di punteggi tutti o in larga parte identici e non differenziati da parte dei tutti i commissari annulla l'individualità della valutazione che, anche a seguito della valutazione collegiale, in una prima fase deve necessariamente mantenere una distinguibile autonomia preferenziale nel confronto tra la singola offerta e le altre in modo da garantire l'assegnazione di coefficienti non meramente ripetitivi e il funzionamento stesso del confronto a coppie;

c) le valutazioni espresse dai singoli commissari, nella forma del coefficiente numerico non comparativo, possono ritenersi assorbite nella decisione collegiale finale, in assenza di una disposizione che ne imponga l'autonoma

verbalizzazione, mentre per il confronto a coppie la manifestazione della preferenza è e deve essere anzitutto in una prima fase individuale, nel senso sopra precisato, e in quanto tale individualmente espressa e risultante dalla verbalizzazione.

[...] Spetterà alla Sezione rimettente valutare, alla luce dei principi sin qui affermati, se la ripetizione dei medesimi punteggi nelle tre tabelle, compilate dai commissari, innumerevoli volte, anche alla luce di tutte le ulteriori circostanze concrete dedotte dalle parti nel giudizio, costituisca corretta applicazione o meno, nel caso di specie, di tali principi, discendendone la reiezione, nella prima ipotesi, o l'accoglimento, nella seconda ipotesi, dell'appello, con tutte le conseguenti determinazioni del caso, anche quelle inerenti alle spese del giudizio”.

11. - A seguito della pubblicazione della sentenza dell'Adunanza Plenaria del 14 dicembre 2022 n. 16 è stata fissata l'udienza pubblica del 23 febbraio 2023 per la definizione della controversia.

11.1 - In data 2 febbraio 2023 la società appellante ha depositato alcuni documenti relativi al fatturato derivante dallo svolgimento del servizio di ventiloterapia (doc. 1, 2 e 3).

11.2 - La Asl Roma 1 il 3 febbraio 2023 ha prodotto la determina della Regione Lazio G16911 del 2/12/2022, relativa all'aggiudicazione della gara regionale relativa al servizio di ventiloterapia domiciliare, e la successiva determina regionale n. G18365 del 21/12/2022, di rettifica della precedente determinazione sopra richiamata.

11.3 - In data 7 febbraio 2023 le parti hanno depositato memorie ex art. 73 c.p.a.; l'appellante Linde e la Asl Roma 1 hanno depositato anche memorie di replica.

11.4. - All'udienza pubblica del 23 febbraio 2023, l'appello è stato trattenuto in decisione.

12. - L'appello va parzialmente accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, in accoglimento del ricorso di primo grado, va disposto

l'annullamento della determina della ASL Roma 1 n. 534 del 20 aprile 2021, di aggiudicazione della gara relativa ai lotti 1, 2 e 4. Quanto alla domanda risarcitoria vanno disposti incombenti istruttori.

13. - Il Collegio è chiamato a verificare se, nel caso di specie, siano stati rispettati i principi sopra enucleati dall'Adunanza Plenaria, tenendo conto della disciplina recata dal disciplinare di gara.

13.1 - Nella sentenza n. 16 del 2022 dell'Adunanza Plenaria è stata ricostruita la disciplina di gara.

“L'art. 18.2 del disciplinare ha disposto che «la Commissione procede all'attribuzione di un coefficiente preliminare $C(a)_{pi}$ definito attraverso la media dei coefficienti calcolati dai singoli commissari mediante il 'confronto a coppie', seguendo il criterio fondato sul calcolo dell'autovettore principale della matrice completa dei confronti a coppie, sulla base dei seguenti criteri di preferenza».

23.2. Nella specie, l'assegnazione del punteggio finale doveva avvenire, conformemente al metodo del 'confronto a coppie', in due fasi:

a) una prima fase, in cui ciascun singolo commissario procede alla valutazione dei concorrenti con il metodo del 'confronto a coppie';

b) una seconda fase, in cui la commissione assegna il “coefficiente preliminare $C(a)_{pi}$ ” al fine di determinare il punteggio da attribuire agli operatori in modo proporzionale secondo i punti previsti da ciascun criterio.

23.3. Vi è una prima fase in cui i tre commissari, applicando il 'confronto a coppie', assegnano i giudizi di preferenza ai concorrenti e, terminato il 'confronto a coppie', segue una seconda fase nella quale, tramite operazioni matematiche svolte mediante foglio elettronico, si trasforma la valutazione di ciascun commissario per ciascun operatore nel valore P_i/P_{max} (riquadro in rosso).

23.4. La commissione, globalmente e unitariamente intesa, è chiamata ad attribuire a ciascun concorrente un coefficiente preliminare $C(a)_{pi}$, rappresentato dalla media dei coefficienti assegnati individualmente dai

singoli commissari mediante il 'confronto a coppie' e, cioè, dalla media del valore P_i/P_{max} di ciascun commissario per ciascun concorrente.

23.5. Il coefficiente $C(a)_{pi}$ è poi stato moltiplicato per il numero dei punti assegnati dal singolo criterio, così da definire il punteggio proporzionalmente spettante a ciascun concorrente per quel singolo lotto”.

13.2 - Nella sentenza viene quindi sottolineato che “i voti espressi dai tre commissari risultano essere del tutto identici tra di loro e l'identità dei giudizi dei commissari comporta che i coefficienti P_i/P_{max} siano stati gli stessi per tutti gli operatori.

23.7. Ne consegue che il coefficiente preliminare $C(a)_{pi}$ attribuito dalla commissione e corrispondente alla media dei coefficienti assegnati individualmente dai singoli commissari mediante il 'confronto a coppie' coincide con i coefficienti derivanti dai giudizi dei singoli commissari (P_i/P_{max}) e sembra esservi una totale sovrapposizione, se non un annullamento, tra il momento di valutazione proprio di ciascun commissario e l'assegnazione del coefficiente preliminare aritmeticamente individuato dalla commissione ($C(a)_{pi}$), come espressamente indicato dal disciplinare”.

“23.8. Infatti, come risulta dalle tabelle allegate ai verbali delle sedute riservate, i commissari di gara, pur disponendo di diversi gradi di giudizio (da 1 a 6) per valutare i 16 criteri stabiliti dall'art. 18.1 del disciplinare, nell'esaminare i diversi progetti presentati dai concorrenti e le numerose schede tecniche nonché dichiarazioni allegate, hanno sempre assegnato lo stesso giudizio di preferenza e ciò è accaduto in ciascun criterio e in tutti e tre i lotti”.

“23.9. Dovrebbe quindi ritenersi che, a fronte della possibilità di esprimere un giudizio di preferenza con 6 diversi gradi di intensità, i tre commissari, muniti di specifica competenza differenziata come si evince dai loro curricula (giacché il presidente della commissione è ingegnere clinico e i due componenti sono rispettivamente uno specialista di pneumologia e di

anestesia), nel valutare tutta la documentazione proposta dai concorrenti, abbiano sempre raggiunto la medesima conclusione, preferendo sempre il medesimo concorrente rispetto agli altri con giudizio omogeneo e uniforme o, per meglio dire, standardizzato....”.

14. - Alla luce dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n 16 del 2022 l'appello risulta fondato, in quanto:

- il confronto a coppie deve essere effettuato da ciascun commissario individualmente;
- nel caso di specie, l'identità dei punteggi assegnati da tutti i componenti della commissione, pur titolari di differenti professionalità, depone nel senso che le valutazioni siano state previamente concordate tra i componenti e siano state, quindi precostituite;
- *“è infatti impossibile [...] che l'individualità delle preferenze espresse dal singolo commissario ad una singola offerta rispetto a tutte le altre, di volta in volta poste a confronto nella tabella, possa ripetersi indefinitamente e pedissequamente con l'assegnazione degli stessi punteggi per ogni coppia in riferimento a tutti i sub-criteri contemplati dalla legge di gara da parte degli altri commissari” (cfr. Cons. Stato, A.P. n. 16/2022, §29.2);*
- non può ritenersi, pertanto, legittimo un giudizio comparativo sempre identico tra i singoli commissari, in quanto il giudizio comparativo a coppie, essendo relativo, deve riflettere una individualità del singolo giudizio nella preferenza nettamente distinguibile da quella degli altri;
- nel caso di specie, l'espressione degli stessi punteggi, invariabilmente riportati nelle tabelle, non dimostra solo l'assenza di una pur minima autonomia nell'espressione del giudizio comparativo, finanche nella graduazione di questo, da parte dei singoli commissari, ma scardina il funzionamento delle tabelle laddove, nell'uguaglianza dei punteggi, i coefficienti dei singoli commissari finiscono per rappresentare il singolo coefficiente che è chiamato ad esprimere la commissione, vanificando nel sistema del confronto a coppie il fondamentale passaggio dal coefficiente

individuale di ciascun commissario (prima fase) a quello collegiale della commissione giudicatrice (seconda fase), vanificato se i due coefficienti si trovino a coincidere (cfr. A.P. n. 16/2022 §31.2);

- l'espressione delle preferenze deve avvenire in modo autonomo e distinto l'una dall'altra e deve essere verbalizzata dalla commissione; l'osservanza di questa regola formale è una condizione necessaria, ma non sufficiente *“se la coincidenza delle preferenze e l'indistinzione dei singoli profili annullano la imprescindibile individualità che, nella prima fase del confronto a coppie, deve necessariamente contraddistinguere il giudizio del singolo commissario”*; (cfr. A.P. n 16/2023);

- in altre parole, non è richiesta necessariamente la segretezza o la riservatezza della preferenza assegnata dai singoli componenti della commissione; è però necessario che risulti dai verbali la valutazione individuale effettuata dai singoli commissari; inoltre, le valutazioni, non devono essere standardizzate, dovendo percepirsi l'individualità dei singoli giudizi.

15. - Ebbene, venendo al caso di specie, tali principi non risultano osservati.

Dalla disamina della documentazione prodotta in giudizio si evince che:

- i verbali di gara danno atto che i lavori della Commissione sono stati svolti integralmente in modo collegiale; nei verbali non è presente l'attestazione del fatto che ogni commissario abbia compilato autonomamente la propria tabella triangolare o a matrice complessa;

- le valutazioni rese dai commissari sono identiche e, quindi, non vi è alcun elemento dal quale poter desumere che vi sia stata una effettiva valutazione individuale, come richiesto dal confronto a coppie, tenuto conto che le differenze di punteggio devono ritenersi fisiologiche, costituendo esse stesse un'indiretta testimonianza di autonomia di giudizio da parte del singolo componente della commissione.

16. - L'appello va, dunque, parzialmente accolto nella parte relativa alla domanda di annullamento dell'aggiudicazione, disposta dall'ASL Roma 1 con

determina n. 534 del 20 aprile 2021, e di conseguenza, la sentenza di primo grado va riformata sul punto.

17. – L'annullamento dell'aggiudicazione comporta la disamina delle domande conseguenti, così formulate in primo grado, e reiterate in appello, relative:

- alla declaratoria di inefficacia dei contratti relativi ai lotti 1, 2 e 4, unitamente agli eventuali

affidamenti da essi derivati;

- alla condanna della ASL Roma 1 alla rinnovazione – da parte di una diversa Commissione – delle operazioni di gara, a partire dalla impugnata valutazione delle offerte tecniche, limitatamente ai lotti 1, 2 e 4, o comunque alla riedizione integrale della procedura selettiva, limitatamente ai medesimi lotti 1, 2 e 4;

- alla condanna della stessa ASL Roma 1, in subordine, in caso di eventuale impossibilità a disporre la rinnovazione delle operazioni di gara o la riedizione della procedura selettiva, al risarcimento dei danni subiti e *subendi* per l'illegittima pretermissione dallo svolgimento dell'appalto di cui alla gara oggetto di giudizio, limitatamente ai lotti 1, 2 e 4, unitamente al risarcimento del relativo danno curriculare.

17.1 - Come è noto, il Collegio, nella disamina della domanda risarcitoria, è vincolato all'ordine di graduazione formulato dalla parte appellante (cfr. Cons. Stato. A.P. n. 5/2015): nel caso di specie, deve essere esaminata, preventivamente, la domanda di risarcimento in forma specifica, prospettata, in via principale.

17.2 - La ASL Roma 1, nella memoria del 6 febbraio 2023, ha rilevato che l'appellante ha agito in giudizio facendo valere l'interesse strumentale alla rinnovazione di parte della procedura di gara, ovvero alla sua integrale ripetizione: ciò comporta che l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione non può comportare l'aggiudicazione a favore dell'appellante,

ma esclusivamente la necessità di procedere nuovamente alla valutazione delle offerte o all'indizione di una nuova procedura.

Senonché, ha aggiunto la ASL Roma 1, la gara oggetto di impugnazione era stata strutturata come gara ponte, per affidare – senza ricorrere ad una nuova proroga tecnica –, il servizio di ventiloterapia domiciliare nelle more della celebrazione della gara indetta dalla Regione Lazio per l'affidamento di tale servizio; nel frattempo, non solo tutti i contratti affidati dalla ASL Roma 1 sono stati stipulati (come già documentato in atti), ma anche la gara regionale si è conclusa ed è stata aggiudicata con Determinazione del 2.12.2022 n. G16911, seguita dalla successiva delibera di rettifica, versate in atti: secondo la ASL Roma 1, quindi, non sarebbe possibile rinnovare la gara a suo tempo bandita, essendo venute meno le ragioni che avevano determinato la sua indizione.

A tal proposito, ha chiarito la ASL Roma 1, che il decreto del Commissario ad Acta in materia di pianificazione biennale degli acquisti in materia sanitaria della Regione Lazio, n. U00255 del 4/7/2019, vigente al momento dell'avvio della procedura contestata, annoverava il suddetto servizio di ventiloterapia tra quelli per i quali era stata programmata una gara centralizzata per l'annualità 2020, riprogrammata anche per il 2021. In attuazione della disciplina vigente in materia di centralizzazione degli acquisti [tra le altre, art. 1, comma 449, l. 296/2006 e art. 1 comma 548, l. 208/2015, in materia di obbligatorio approvvigionamento per le ASL utilizzando convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento; art. 9 d.l. 66/2014; DPCM 11 luglio 2018; Nota MEF/MS 20518/2016 in materia di attuazione dell'art. 9 d.l. 66/2014 in ambito sanitario; DCA Regione Lazio nn. 287/2017 e 255/2019], la centrale acquisti regionale aveva inteso procedere, anche per l'acquisizione del servizio di ventiloterapia domiciliare per le ASL della Regione Lazio, all'attivazione di un'apposita convenzione da affidare previo espletamento della procedura di gara centralizzata.

Nonostante tale determinazione, è rimasta in ogni caso impregiudicata, ai sensi del punto 6, lett. b, del DCA 255/2019, la facoltà per le Aziende Sanitarie, fino all'attivazione del servizio sulla base della futura convenzione centralizzata, di procedere, in analogia a quanto chiarito con nota MEF/MS 20518/2016, all'utilizzo degli istituti in essa indicati, compreso quello della "gara ponte", per il tempo necessario all'attivazione dell'iniziativa centralizzata e con previsione di apposita clausola di risoluzione anticipata del contratto.

Pertanto, secondo la ASL Roma 1, lo svolgimento e l'aggiudicazione della gara centralizzata da parte della Regione Lazio, comporta che sarebbe del tutto inutile e controproducente per l'interesse generale e l'interesse delle parti disporre l'inefficacia dei contratti nel frattempo stipulati con gli aggiudicatari dei Lotti 1, 2 e 4, in quanto il servizio di ventiloterapia domiciliare in corso in base ai contratti già stipulati e prodotti gli atti non potrebbe essere interrotto, atteso che l'eventuale dichiarazione di inefficacia del contratto determinerebbe la contemporanea necessità di disporre la proroga del servizio da parte dell'attuale operatore, giacché la sostituzione dell'attuale operatore arrecherebbe un pregiudizio al paziente, specie in considerazione che a questa sostituzione ne seguirebbe - comunque a breve - una ancora ulteriore, determinata dalla prossima sostituzione dell'operatore (attuale) con quello risultato aggiudicatario della gara regionale.

Sulla base di tali considerazioni, la ASL Roma 1 ha dedotto la sopravvenuta carenza di interesse dell'appellante, sostenendo che non sarebbe possibile ripetere la gara ponte.

17.3 - La prospettazione della ASL Roma 1 necessita un approfondimento istruttorio.

La ASL Roma 1 ha precisato che:

- la gara regionale relativa al servizio di ventiloterapia domiciliare è stata aggiudicata con determinazione del 2/12/2022 n. G16911, seguita dalla successiva determinazione n. G18365 del 21/12/2022, di rettifica della precedente determinazione, relativamente all'assegnazione delle percentuali;

- ai sensi del punto 6, lett. b, del DCA 255/2019, le Aziende Sanitarie possono ricorrere alle “gare ponte” *“fino all’attivazione del servizio sulla base della futura convenzione centralizzata”*.

Da ciò si evince che, il discrimine a cui è legata la impossibilità di rinnovare parzialmente la gara o di ripeterla, è correlato alla concreta attivazione del servizio sulla base della convenzione centralizzata. Non basta, quindi, la sola aggiudicazione della gara, come sostenuto dalla ASL Roma 1 nella propria memoria.

17.4 - Dagli atti di causa non è possibile comprendere se, a seguito della aggiudicazione della gara regionale, sia stata stipulata la convenzione centralizzata e se siano stati attivati i relativi servizi di ventiloterapia domiciliare relativamente alla ASL Roma 1, relativi all’oggetto dei lotti 1, 2 e 4 della gara in questione; in altre parole, il Collegio – per poter decidere sull’istanza di risarcimento in forma specifica, tenuto conto, da un lato della natura di gara ponte della procedura in esame, dall’altro lato, della conclusione della gara centralizzata regionale - deve avere cognizione certa della situazione di fatto, non potendo basarsi, esclusivamente, sulla sola determinazione di aggiudicazione: quest’ultima, infatti, nel frattempo, avrebbe potuto essere stata impugnata in sede giurisdizionale, sospesa in via cautelare o, addirittura, annullata.

Inoltre, l’aggiudicazione da parte della Regione Lazio non comporta, in via automatica, la sostituzione di un operatore all’altro nella gestione del servizio, che consegue, invece, alla stipulazione della relativa convenzione da parte delle singole ASL: ne consegue che, per quanto rileva nel presente contenzioso, la decisione sulla possibilità di disporre la reintegrazione in forma specifica, necessita di documentati chiarimenti in ordine all’avvenuta stipulazione o meno, da parte della ASL Roma 1, della convenzione con i vincitori della gara centralizzata regionale, ed alla conseguente attivazione del servizio di ventiloterapia in favore dei pazienti destinatari del servizio oggetto della gara ponte, relativo ai lotti n. 1, 2 e 4.

È opportuno ribadire, infatti, che il DCA 255/19 sopra richiamato, fa riferimento all'attivazione della convenzione centralizzata, e non alla sola aggiudicazione della gara regionale.

18. - Ne consegue che il presente appello può essere definito nella sola parte relativa all'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione; in merito alla domanda risarcitoria, invece, il Collegio ordina alla Regione Lazio e alla ASL Roma 1 di fornire i documentati chiarimenti di cui al punto precedente, entro il termine di giorni 30 dalla data di comunicazione, o di notificazione, se anteriore, della presente decisione.

19. - Con la sentenza definitiva verrà definito il regime delle spese e degli onorari di giudizio.

P.Q.M.

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

- lo accoglie in parte, e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie in parte, nei termini indicati in motivazione, il ricorso di primo grado, ed annulla la determina della ASL Roma 1 n. 534 del 20 aprile 2021 nella parte in cui dispone l'aggiudicazione dei lotti n. 1, 2 e 4;
- dispone, per il resto, gli incumbenti istruttori di cui in motivazione, da eseguirsi nel termine ivi indicato.

Rinvia alla decisione definitiva la pronuncia sulle spese e sugli onorari di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Pierfrancesco Ungari, Presidente FF

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefania Santoleri

IL PRESIDENTE
Pierfrancesco Ungari

IL SEGRETARIO