

Publicato il 26/09/2019

N. 06459/2019REG.PROV.COLL.
N. 03809/2019 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 3809 del 2019, proposto da Medicair Sud S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Soncini, Gabriele Di Paolo, Claudio Sironi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

InnovaPuglia S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Ceniccola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Sapio Life S.r.l. in proprio e quale mandante del Rti con Puglia Life S.r.l., Asl Taranto, Asl Bat – Barletta, Andria e Trani, Asl Bari, Asl Foggia, Asl Lecce non costituiti in giudizio;

Asl Brindisi, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Nunzio Cesare Friolo,

con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Barbara Cataldi in Roma, via Antonio Corseto n. 29;

nei confronti

Puglia Life S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Rosaria Ambrosini, Stefano Vinti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Stefano Vinti in Roma, via Emilia, n. 88;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza) n. 00440/2019, resa tra le parti, concernente del provvedimento 15 novembre 2018 prot. n. 181115010

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Innova Puglia S.p.A, della Asl Brindisi e di Puglia Life S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 luglio 2019 il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati Stefano Soncini, Luca Agliocchi su delega di Enrico Ceniccola, Ugo De Luca su delega di Maurizio Nunzio Cesare Friolo e Sonia Macchia su delega di Stefano Vinti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con bando di gara pubblicato in GURI il 13 giugno 2018, InnovaPuglia Spa (di seguito InnovaPuglia) ha posto a gara, tramite procedura aperta in forma aggregata, l'aggiudicazione "del servizio di

ossigenoterapia domiciliare a lungo termine per i fabbisogni delle Aziende sanitarie della Regione Puglia”, per un valore a base d’asta complessivo stimato pari a € 30.789.408,34, IVA esclusa.

La gara è stata suddivisa in sei lotti:

1. Asl Brindisi: € 2.416.619,00 (importo biennale presunto);
2. Asl Taranto: € 3.459.788,00 (importo biennale presunto);
3. Asl Bat: € 2.247.650,00 (importo biennale presunto);
4. Asl Bari: € 9.992.859,99 (importo biennale presunto);
5. Asl Foggia: € 4.463.276,00 (importo biennale presunto);
6. Asl Lecce: € 8.209.213,00 (importo biennale presunto).

2. - Medicaïr Sud Srl (in RTI con Vivisol – di seguito Medicaïr) ha presentato offerta per i lotti nn. 1, 3, 4 e 5 tramite la piattaforma telematica Empulia entro il termine di scadenza stabilito.

3. - Nel corso della seduta della Commissione di gara del 9 ottobre 2018 (doc. 6), all’esito dell’esame della documentazione amministrativa, alla quale aveva partecipato il rappresentante di Medicaïr, venivano ammessi al prosiegua della gara, tra gli altri, il RTI Puglia Life/Sapio Life e il RTI Medicaïr/Vivisol.

In quella seduta il rappresentante della Medicaïr aveva eccepito la mancata esclusione di alcuni operatori (differenti dai controinteressati nel presente giudizio) per aver partecipato, a pena di esclusione, a più lotti in formazioni differenti, contrariamente a quanto stabilito dall’art. 2 del Disciplinare di gara.

4. - Con PEC del 16 novembre 2018 (doc. 2) Medicaïr ha ricevuto la comunicazione del 15 novembre 2018 prot. n. 181115010 (doc. 1) avente ad oggetto il provvedimento di ammissione ed esclusione al prosiegua della gara (art. 29 c.1 D.lgs. 50/2016).

Con tale provvedimento InnovaPuglia ha dato comunicazione che erano stati ammessi al prosieguo della procedura di gara i seguenti concorrenti:

1. RTI PUGLIA LIFE - SAPIO LIFE S.R.L.
2. RTI MEDICAIR SUD SRL - VIVISOL
3. LINDE MEDICALE
4. VITALAIRE ITALIA.

Come risulta dal provvedimento di ammissione 15 novembre 2018 InnovaPuglia ha dato atto che *“La documentazione di gara, fatto salvo quanto disposto dall’art. 53 comma 2 del D.lgs. 50/2016, è disponibile presso l’Ufficio Gestione Amministrativa di InnovaPuglia: Vito Giampietro, e-mail: uga.sarpulia@innova.puglia.it, PEC: uga.sarpulia@pec.rupar.puglia.it, tel.: 0804670545.*

Il presente provvedimento sarà pubblicato nella sezione “Società-Trasparente” del sito di InnovaPuglia: www.innova.puglia.it ai sensi dell’art. 29 comma 1 del D.lgs. 50/2016 “ ..Al fine di consentire l’eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell’articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni esito della verifica della documentazione attestante l’assenza dei motivi di esclusione di cui all’articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali....”.

Ai sensi dell’articolo 120 comma 2-bis del codice del processo amministrativo, il presente provvedimento potrà essere impugnato nel termine di 30 (trenta) giorni dalla sua pubblicazione.

Data di pubblicazione del presente atto nella sezione “Società-Trasparente” del sito di InnovaPuglia: www.innova.puglia.it: 16/11/2018”.

In data 30 ottobre 2018 Medicaire aveva chiesto l'accesso agli atti di gara al fine di conoscere la documentazione attestante l'assenza di motivi di esclusione delle ditte concorrenti ammesse alla gara.

In data 19 ottobre 2019 la società appellante ha effettuato l'accesso seguendo le indicazioni fornite da InnovaPuglia; ha quindi acquisito in quella data – per quanto di interesse – la documentazione prodotta dalla RTI Puglia Life/Sapio Life in sede di gara.

Alla luce di tale documentazione, Medicaire ha ritenuto che il RTI Puglia Life/Sapio Life non disponesse dei requisiti di partecipazione alla gara in quanto:

a) si era presentato come un RTI di tipo verticale in violazione della lex specialis di gara che consentiva la partecipazione di soli raggruppamenti di tipo orizzontale;

b) non aveva adeguatamente specificato le categorie di prestazioni che sarebbero state eseguite dai singoli operatori economici raggruppati, ex art. 48, comma 4, del D.lgs. 50/16;

c) non aveva dimostrato, in sede di offerta, il possesso del requisito della capacità economico finanziaria ai sensi dell'art. 2.2.2, lett. b, pag. 11 del disciplinare (doc. 22), avendo presentato solo il 18 settembre 2018 (Sapio Life – doc. 13) e il 24 settembre 2018 (Puglia Life – doc. 14), attestazioni bancarie, a suo dire, inidonee (peraltro a seguito di soccorso istruttorio da ritenersi, a suo dire, inammissibile).

5. - Ha quindi impugnato dinanzi al Tar Puglia, con ricorso ex art. 120, comma 2 bis, notificato il 6 dicembre 2018, i provvedimenti di ammissione del RTI Puglia Life/Sapio Life.

5.1 - Si sono costituiti in giudizio l'Asl di Brindisi e Puglia Life; InnovaPuglia, invece, non si è costituita fino alla Camera di Consiglio del 30 gennaio 2019 nella quale la causa è stata trattenuta

in decisione. Si è costituita in data successiva al momento in cui la causa è passata in decisione, ed ha depositato anche una memoria difensiva.

6. - Con la sentenza 22 marzo 2019 n. 440 il ricorso è stato dichiarato irricevibile, in quanto il TAR ha ritenuto che il termine di 30 giorni per la proposizione dell'impugnazione non dovesse decorrere dalla data di pubblicazione del provvedimento di ammissione, ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. 50/2016, ritenendo che si fosse formata – in una data anteriore – la piena conoscenza di tale provvedimento.

7. - Avverso tale decisione la società Medicair ha proposto appello rappresentando – innanzitutto – che InnovaPuglia si era costituita tardivamente (in data 11 febbraio 2019) sebbene la causa fosse già passata in decisione il 30 gennaio 2019; oltre a costituirsi aveva anche depositato una memoria in data 13 febbraio 2019, nella quale aveva sollevato l'eccezione di irricevibilità, poi accolta dal TAR che, nella propria sentenza viene espressamente richiamata.

Nelle premesse dell'atto di appello l'appellante ha stigmatizzato tale decisione lamentando che di tali elementi sopravvenuti il Collegio di primo grado non avrebbe dovuto tener conto, essendo stati introdotti in modo irrituale.

7.1 - Con il primo motivo di appello ha poi censurato la statuizione di irricevibilità del ricorso di primo grado; ha quindi reiterato il primo ed il secondo motivo del ricorso di primo grado con i quali aveva sollevato le doglianze relative all'illegittimità dell'ammissione del RTI Puglia Life-Sapio Life alla gara.

Con particolare riferimento al primo motivo, relativo alla natura di ATI verticale della controinteressata, ha anche formulato – ove la

propria prospettazione non fosse stata condivisa dal Collegio – la richiesta di rinvio della questione all’Adunanza Plenaria o alla Corte di Giustizia UE formulando apposito quesito.

Ha quindi insistito per l’accoglimento delle proprie doglianze con riforma della sentenza appellata.

7.2 - Si sono costituite per resistere Puglia Life S.r.l., InnovaPuglia S.p.A. e la ASL di Brindisi.

Le parti hanno depositato memorie e memorie di replica.

8. - All’udienza pubblica del 18 luglio 2019 l’appello è stato trattenuto in decisione.

8.1 - Va innanzitutto esaminato il primo motivo di appello, diretto a contestare la pronuncia di irricevibilità del ricorso di primo grado.

Per quanto concerne tale aspetto è opportuno sottolineare che al di là di possibili imprecisioni contenute nella sentenza impugnata, non vi è stata alcuna violazione del diritto di difesa della società Medicaire, tenuto conto che la questione relativa alla asserita tardività del ricorso era stata già sollevata nel giudizio dinanzi al TAR e su di essa la società Medicaire aveva svolto le proprie difese; in ogni caso, si tratta pacificamente di questione rilevabile d’ufficio da parte del giudice.

9. - Svolte queste premesse è possibile procedere alla disamina della censura.

Il TAR, dopo aver richiamato la disposizione recata dall’art. 120 comma 2 bis c.p.a., secondo cui “Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del

committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1 del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11” e dopo aver ricordato che l'applicazione di tale norma mira ad evitare la proposizione di ricorsi “al buio”, ha però ritenuto che, nel caso di specie, fosse comunque applicabile il principio generale relativo alla piena conoscenza, ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione.

Ha quindi ritenuto che ricorresse la piena conoscenza dell'atto di ammissione alla gara del RTI Puglia Life da parte di Medicaid fin dalla data della seduta di gara del 9 ottobre 2018 alla quale avevano partecipato i propri delegati.

In quella seduta, infatti, secondo il TAR, la società ricorrente aveva contestato l'ammissione di altri concorrenti, ma nulla aveva eccepito nei confronti del RTI Puglia Life, sebbene fosse pienamente consapevole degli *“elementi inerenti i requisiti di ammissione della controinteressata, contestati con il ricorso”* che *“erano entrati nella sfera di effettiva conoscenza della ricorrente, anche in ragione della presenza avvertita e diligente del delegato”*.

Da ciò ha desunto che il ricorso, notificato il 6 dicembre 2018 dovesse ritenersi tardivo, considerando quale *dies a quo*, quello della seduta del 9 ottobre 2018.

9.1 - Nell'appello l'appellante ha contestato le affermazioni del TAR, negando che si fosse concretizzata la piena conoscenza, rilevando che i delegati non avevano potuto prendere visione dei documenti prodotti dal RTI controinteressato e non avrebbero potuto, quindi, avere cognizione del contenuto dei documenti depositati in sede di gara, circostanza intervenuta solo dopo aver potuto esaminare la

documentazione prodotta in gara all'esito dell'accesso intervenuto il 19 novembre 2018.

Ha quindi dedotto che il ricorso, notificato il 6 dicembre 2018, sarebbe stato tempestivo considerando non solo la data dell'accesso, ma anche prendendo in considerazione la data di comunicazione, ex art. 29 del d.lgs. 50/2016 del provvedimento di ammissione (16 novembre 2018), o la data della stessa pubblicazione ex art. 29 cit. (15 novembre 2018).

10. - La doglianza è fondata.

E' opportuno richiamare l'orientamento della Sezione secondo cui l'onere di immediata impugnativa dell'altrui ammissione alla procedura di gara senza attendere l'aggiudicazione, prevista dal comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a. (applicabile *ratione temporis* alla gara in questione), è ragionevolmente subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura, perché diversamente l'impresa sarebbe costretta a proporre un ricorso "al buio" (Cons. Stato Sez. III, 26-01-2018, n. 565).

Occorre tener conto, infatti, sia della specialità della normativa dettata dall'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., sia dei presupposti in base ai quali lo stesso legislatore ha ricondotto la decorrenza del termine per l'impugnazione: in base al comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a., infatti, il termine inizia a decorrere solo dopo la pubblicazione, ex art. 29 del codice degli appalti, della determinazione sulle ammissioni/esclusioni dei concorrenti (cfr. Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2018, n. 1765): il rispetto degli oneri previsti dall'art. 29 cit., primo tra tutti quello della pubblicazione del provvedimento di ammissione/esclusione, assicura la piena ed effettiva conoscenza degli atti di gara

L'esigenza di "cristallizzazione" della platea dei partecipanti ad una gara pubblica in un momento antecedente all'esame delle offerte, voluto dal legislatore con l'introduzione del cd. "rito superspeciale" di cui al comma 2-bis dell'art. 120 c. proc. amm., implica, quanto più possibile, la sincronicità dei tempi delle differenti azioni giurisdizionali che i diversi partecipanti possono esperire, che può essere tendenzialmente perseguita solo a partire dall'individuazione di un "dies a quo" per l'impugnazione dei provvedimenti di ammissione/esclusione uguale per tutti i concorrenti e agevolmente individuato in quello di pubblicazione dei relativi provvedimenti, regola che, pur soffrendo di alcune eccezioni (mancata pubblicazione, conoscenza anticipata) delinea una sub-fase che attiene all'ammissione delle offerte e che comprende anche il loro esame estrinseco/formale al fine di riscontrare l'assenza di irregolarità ovvero carenze documentali tali da comportarne l'esclusione a termini di "lex specialis" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21/11/2018, n. 6574).

10.1 - Pertanto, di norma, il termine per l'impugnazione non decorre se non vi è stata la pubblicazione ai sensi dell'art. 29 cit. corredata dai successivi oneri di comunicazione ivi contemplati, che assicurano la effettiva conoscenza o conoscibilità degli atti di gara; l'accertamento del presupposto della c.d. piena conoscenza deve essere in questa materia particolarmente rigoroso da parte del giudice, anche alla luce dei principi espressi nell'ordinanza della Corte di Giustizia UE del 14 febbraio 2019.

Occorre inoltre tener conto che la gara – indetta con bando pubblicato il 13 giugno 2018 – si è svolta dopo l'entrata in vigore del secondo correttivo al codice degli appalti.

Come è noto, con il d.lgs. 19/04/2017, n. 56 contenente “Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”, pubblicato nella Gazz. Uff. 5 maggio 2017, n. 103, sono state apportate modifiche al codice degli appalti. Con l’art. 19 di tale decreto è stato modificato il precedente testo dell’art. 29 del d.lgs. n. 50/2016, nei seguenti termini:

“Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell' articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali. Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, di detto provvedimento, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione”.

10.2 - Come è agevole rilevare, il nuovo testo dell’art. 29 del codice di appalti prevede espressamente non soltanto l’obbligo di pubblicazione sul profilo del committente del provvedimento di ammissione/esclusione delle concorrenti, ma anche quello di comunicazione di tale provvedimento ai concorrenti (secondo le

modalità indicate dalla stessa norma) con la precisazione che “Il termine per l’impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione”.

Ne consegue che il principio della piena conoscenza deve essere particolarmente rigoroso, non potendosi intendere per piena conoscenza la mera consapevolezza dell’avvenuta ammissione alla gara, essendo necessario che ricorra una situazione “equivalente” a quella derivante dal rispetto degli oneri previsti dall’art. 29 cit. che assicurano al concorrente la possibilità di conoscere gli atti di gara, e dunque le ragioni dell’ammissione (sul concetto di piena conoscenza, cfr. Cons. St., Sez. V, 21 giugno 2017, n. 3040; Cons. St., Sez. III, 7 gennaio 2015, n. 25; Cons. St., Sez. V, 31 gennaio 2012, n. 467; Cons. St., Sez. V, 16 settembre 2011, n. 5191; Corte giust. UE, Sez. V, 8 maggio 2014, C-161/13).

10.3 - Ne consegue che non può ritenersi sufficiente la mera presenza di un rappresentante del concorrente alla seduta in cui viene decretata l’ammissione di un altro concorrente, per far decorrere il termine per l’impugnazione del provvedimento di ammissione alla gara di quest’ultimo, in mancanza della specifica prova sulla percezione immediata ed effettiva del contenuto della documentazione prodotta (cfr. anche Cons. Stato, Sez. III, 20/8/2018 n. 4983; id. 27/3/2018 n. 1902).

Dalla lettura dell’ordinanza della Corte di Giustizia si evince chiaramente che il testo novellato dell’art. 29 cit. è conforme alla direttiva ricorsi in quanto prevede le stesse garanzie assicurate dalla disciplina europea (rispetto di termini minimi per la presentazione del ricorso, obblighi di comunicazione della decisione da parte

dell'Amministrazione corredata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti).

10.4 - La Corte di Giustizia ha quindi ritenuto che: “La direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, e in particolare i suoi articoli 1 e 2 quater, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede che i ricorsi avverso i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione o esclusione dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici debbano essere proposti, a pena di decadenza, entro un termine di 30 giorni a decorrere dalla loro comunicazione agli interessati, a condizione che i provvedimenti in tal modo comunicati

siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti tale da garantire che detti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata”.

In risposta al secondo quesito ha chiarito che “ La direttiva 89/665, come modificata dalla direttiva 2014/23, e in particolare i suoi articoli 1 e 2 quater, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui

trattasi nel procedimento principale, che prevede che, in mancanza di ricorso contro i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione degli offerenti alla partecipazione alle procedure di appalto pubblico entro un termine di decadenza di 30 giorni dalla loro comunicazione, agli interessati sia preclusa la facoltà di eccepire l'illegittimità di tali provvedimenti nell'ambito di ricorsi diretti contro gli atti successivi, in particolare avverso le decisioni di aggiudicazione, purché tale decadenza sia opponibile ai suddetti interessati solo a condizione che essi siano venuti o potessero venire a conoscenza, tramite detta comunicazione, dell'illegittimità dagli stessi lamentata”.

10.5 - Venendo al caso di specie è agevole rilevare che:

- dalla lettura dei verbali della seduta del 9 ottobre 2018 (anche se letto in correlazione con i precedenti verbali) non si evince che i rappresentanti degli operatori (tra i quali quello di Medicaid) hanno potuto prendere visione dei singoli documenti allegati alle domande di partecipazione dei concorrenti avendo così cognizione del loro contenuto;
- dalla lettura del verbale si evince, solo che “all’esito della lettura e della valutazione della documentazione integrativa prodotta, avendo riscontrato la conformità della documentazione e delle dichiarazioni fornite, il presidente ammette l’operatore economico al prosieguo del procedimento”: tale affermazione indica soltanto che la Commissione ha esaminato i documenti prodotti all’esito dell’integrazione disposta nella seduta del 23 luglio 2018 (relativa ai punti 2, 3, 4, 5, e 6) e li ha ritenuti idonei all’ammissione dell’operatore economico alla gara.

Come ha condivisibilmente rilevato l'appellante, i propri rappresentanti si sono limitati ad assistere al regolare svolgimento delle varie fasi della procedura, hanno potuto verificare la presenza fisica dei documenti, la corretta apertura delle buste, prendere atto che la Commissione aveva ricevuto ed esaminato i chiarimenti forniti dalle parti, ma dal verbale non risulta affatto che abbiano potuto conoscere il contenuto dei singoli documenti, e quindi, rendendosi conto dell'asserita illegittimità del provvedimento di ammissione del RTI controinteressato.

Ed infatti, il rappresentante di Medicaire in quella sede si è limitato ad evidenziare l'illegittimità dell'ammissione di alcuni operatori che partecipavano a più lotti in formazione differente, questione che era stata sollevata in un precedente giudizio, e che peraltro era di facile rilievo, essendo sufficiente verificare la partecipazione di ogni concorrente nei diversi lotti in cui era suddivisa la gara.

10.6 - Ne consegue che va accolto il primo motivo di appello e che va quindi riformata la statuizione di irricevibilità del ricorso di primo grado contenuta nella sentenza appellata.

11. - Occorre dunque esaminare i motivi di primo grado, riproposti in appello.

Con il primo motivo l'appellante ha dedotto l'illegittimità dell'ammissione del RTI Puglia Life-Sapio Life per essersi presentato come RTI di tipo verticale. Ha quindi denunciato l'illegittimità per violazione di legge (art. 48, commi 2, 4 e 5 del D.lgs. 50/16) e della lex specialis di gara (art. II.1.2 del Bando e art. 2 del Disciplinare), la violazione dei principi generali di economicità, di efficacia, di imparzialità dell'azione amministrativa, nonché del divieto di aggravamento del procedimento, i vizi di eccesso di potere per

difetto del presupposto, difetto di istruttoria, illogicità manifesta e carenza della motivazione, travisamento, disparità di trattamento e sviamento.

11.1 - In sede di offerta, il RTI Puglia Life-Sapio Life ha dichiarato *“che la suddivisione dei compiti inerenti l'esecuzione della fornitura in oggetto per tutti i lotti a cui si partecipa è la seguente:*

- PUGLIA LIFE S.r.l., capogruppo mandataria, svolgerà compiti per il 90% (La percentuale indicata è a titolo di quota di partecipazione e di esecuzione) e si occuperà del servizio di ossigenoterapia;

- SAPIO LIFE S.r.l., mandante, svolgerà compiti per il 10% (La percentuale indicata è a titolo di quota di partecipazione e di esecuzione) e si occuperà del servizio di ossigenoterapia, del servizio di farmacovigilanza, della mobilità interregionale e della gestione della piattaforma informatica/ Software”.

Questa ripartizione dei servizi sarebbe propria di un RTI verticale sebbene la gara non consentirebbe questo tipo di aggregazione: il bando di gara prevede espressamente una sola prestazione principale: *“Codice CPV principale: 85111700-7 – Servizi di ossigenoterapia”.*

Il bando e gli altri atti di gara non prevedono e non indicano, in nessuna loro parte, prestazioni secondarie: ne deriva che la prestazione oggetto di gara è unica e non può essere suddivisa ad opera dei concorrenti che si sono presentati in forma raggruppata.

L'onere di specificazione delle parti di servizio eseguite da ciascun componente del raggruppamento assolve alla finalità di riscontro della serietà e affidabilità dell'offerta e a consentire l'individuazione dell'oggetto e dell'entità delle prestazioni che saranno eseguite dalle singole imprese raggruppate; l'indicazione delle parti della prestazione che saranno eseguite dai singoli operatori raggruppati

implica la sola ripartizione orizzontale interna dell'esecuzione della prestazione unitariamente considerata, tra le singole ditte.

La possibilità di dar vita a raggruppamenti di tipo verticale sussiste solo laddove la stazione appaltante abbia preventivamente individuato negli atti di gara le prestazioni principali e quelle secondarie, non potendo il concorrente provvedere di sua iniziativa alla scomposizione del contenuto della prestazione, distinguendo tra quelle principali e quelle secondarie.

11.2 - Peraltro, la descrizione delle singole prestazioni in capo a ciascun componente del RTI sarebbe talmente generica da non consentire di individuare le categorie di prestazioni che sarebbero eseguite dai singoli componenti del raggruppamento.

11.3 - Inoltre, la ripartizione 90% in capo alla mandataria e 10% in capo alla mandante sarebbe comunque incongruente, atteso che all'interno del 10% spettante a Sapio Life vi è sia il 10% del servizio di ossigenoterapia che l'integralità dei servizi di farmacovigilanza, della mobilità interregionale e della gestione della piattaforma informatica/software, e che – comunque – il servizio di farmacovigilanza deve procedere unitamente alla fornitura stessa (come pure la gestione informatica), con la conseguenza che la quota del 10% in capo a Sapio Life sarebbe non corrispondente alla reale quota di servizio svolto.

11.4 - Peraltro, la mandataria Puglia Life non sarebbe titolare di tutte le competenze necessarie per svolgere il servizio: il servizio di farmacovigilanza è un obbligo di legge imposto a qualunque impresa che sia titolare di AIC di un farmaco e, nel caso di specie, tale autorizzazione è stata rilasciata a Sapio Life S.r.l., con la conseguenza

che la mandataria Puglia Life non dispone di tale capacità tecnica necessaria per lo svolgimento del servizio che si è assunta.

Tale attività è espressamente prevista nel capitolato tecnico (art. 5) sotto il profilo dei “controlli”; inoltre il prodotto offerto (ossigeno terapeutico) è un farmaco soggetto ad AIC e quindi non può prescindere dalle operazioni di farmacovigilanza, così come definite dall’AIFA.

Tale servizio può essere svolta dalla sola Sapio Life e non anche da Puglia Life, non essendo titolare dell’AIC, a dimostrazione del mancato possesso di tale capacità tecnica in capo alla mandataria con conseguente configurazione dell’ATI come verticale.

Anche con riferimento alla mobilità interregionale rileva l’appellante che la mandataria non disporrebbe del requisito: la stessa controinteressata avrebbe precisato che all’interno del Gruppo Sapio tale servizio sarebbe stato “centralizzato” presso la sede di Sapio Life, con la conseguenza che Puglia Life, mandataria, non disporrebbe di un modello organizzativo in grado di eseguire il servizio.

La situazione sarebbe identica anche in relazione alla gestione della piattaforma informatica/software essendo centralizzata presso Sapio Life, con la conseguenza della carenza di tale capacità tecnica in capo alla mandataria.

Ha quindi sottolineato l’appellante che l’ATI Puglia Life/Sapio Life non potrebbe considerarsi un ATI orizzontale, in quanto il suo componente non possiede tutte le competenze necessarie per l’esecuzione del servizio oggetto di gara: nel caso di società appartenenti ad uno stesso gruppo industriale la strada da seguire sarebbe stata quella dell’avvalimento infragruppo e non quella della

formazione di un'ATI verticale, non ammessa, mascherandola da ATI orizzontale.

L'appellante deduce, pertanto, che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

11.5 - Nel replicare a tale doglianza la controinteressata ha rilevato che:

- l'ATI sarebbe di tipo orizzontale in quanto la ripartizione sarebbe “quantitativa” e non “qualitativa” con divisione omogenea di tutte le prestazioni ed attività che la compongono previste nel capitolato;
- i servizi di farmacovigilanza, mobilità interregionale e gestione della piattaforma informatica/Software non sarebbero attività ricomprese nell'oggetto dell'appalto, così come individuate nell'art. 1 del Capitolato Tecnico;
- il servizio di farmacovigilanza non è una prestazione che può essere richiesta da un appaltatore: essa è connaturale a qualsiasi impresa che sia titolare di AIC di un farmaco quale è Sapio Life;
- neppure la “mobilità interregionale” è una specifica prestazione, ma soltanto un modello organizzativo del Gruppo Sapio che monitora le richieste di forniture e servizi di tutte le società del gruppo che è stata centralizzata presso la sede di Sapio Life;
- quanto alla piattaforma informatica/software il servizio oggetto di gara prevede solo l'attivazione del software a supporto della gestione della fornitura di ossigenoterapia: anche per questa attività vi è stata la centralizzazione da parte del Gruppo Sapio presso la Sapio Life;
- le due società hanno dichiarato di svolgere le medesime prestazioni omogenee atte a realizzare l'esecuzione dell'oggetto dell'appalto nella quota dichiarata;

- il disciplinare di gara sarebbe ambiguo in merito ai raggruppamenti, potendo essere interpretato nel senso di ritenere ammissibile la distinzione qualitativa delle prestazioni nell'ambito dell'ATI orizzontale, tanto da essere stato impugnato.

11.6 - Analoghe considerazioni ha svolto anche la stazione appaltante chiedendo il rigetto della doglianza.

12. - La doglianza è fondata.

E' opportuno premettere che i principi affermati dall'appellante in ordine all'individuazione dell'ATI orizzontale e verticale si rinvencono comunemente in giurisprudenza (cfr. Cons. Stato sez. V, 22/10/2018, n.6032); in taluni casi particolari, nei quali veniva in rilievo lo svolgimento di un piccolo segmento di un servizio complessivamente unitario, la Sezione ha seguito un'interpretazione più ampia delle norme recata dall'art. 48, commi 2 e 4 del d.lgs. n. 50/16, ritenendo compatibile con la struttura dell'ATI orizzontale una ripartizione per quote dell'unica prestazione complessa oggetto del servizio posto a base della gara con l'attribuzione di un segmento di tale attività complessa ad un solo componente; ha comunque ritenuto indefettibile che le imprese partecipanti all'ATI orizzontale dovessero essere titolari delle necessarie qualificazioni e competenze, tanto che ciascuna di esse dovesse essere in grado, per le competenze possedute, di poter partecipare all'esecuzione dell'unica prestazione oggetto di gara.

Nella propria giurisprudenza questa Sezione ha richiamato la sentenza della Sezione Quinta di questo Consiglio di Stato del 4 gennaio 2018, n. 51 che ha ricostruito la distinzione tra ATI orizzontale e verticale – partendo dalla decisione dell'Adunanza Plenaria 13 giugno 2012 n. 22.

In tale decisione è stato affermato che deve respingersi la tesi che “deduce” la pretesa natura “di raggruppamento temporaneo di tipo verticale. ... “dalla mancanza di omogeneità delle prestazioni erogate dalle imprese partecipanti al raggruppamento”... “ E ciò in quanto “Cons. Stato, Ad. plen., 13 giugno 2012, n. 22, ha chiarito: “La distinzione tra a.t.i. orizzontali e a.t.i. verticali – oggi enunciata sul piano legislativo dall’art. 37, commi 1 e 2, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/Ce e 2004/18/Ce) - poggia sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione a una determinata gara: in linea generale, l’a.t.i. orizzontale è caratterizzata dal fatto che le imprese associate (o associande) sono portatrici delle medesime competenze per l’esecuzione delle prestazioni costituenti oggetto dell’appalto...”. Il testuale riferimento legislativo al «tipo» di prestazione (e non alla prestazione concretamente svolta, e così ad un concetto astratto piuttosto che concreto) va inteso, insomma, nel senso che ciascun operatore economico dev’essere in grado, per le competenze possedute, di partecipare all’esecuzione dell’unica prestazione; quest’ultima, poi, altro non può essere che la prestazione oggetto del servizio da affidare (in tal senso, cfr. Cons. Stato, V, 16 aprile 2013, n. 2093) e le competenze non possono essere che quelle richieste dal bando di gara. Ciò significa... che la diversità delle prestazioni, tale da escludere il carattere orizzontale del raggruppamento, ricorre solo se ciascuna delle imprese possiede specializzazioni e competenze diverse da quelle richieste dal bando, finalizzate all’esecuzione di un’attività non corrispondente a quella oggetto del contratto”.

8.3 - E' stato quindi ribadito che ciò che caratterizza il raggruppamento di tipo verticale è la disomogeneità e la differenziazione delle capacità e dei requisiti posseduti dai componenti del raggruppamento medesimo, portatori – nel caso di ATI verticali – di competenze distinte e differenti (che vengono riunite ai fini della qualificazione per una determinata gara); nelle ATI orizzontali le imprese che compongono il raggruppamento sono invece titolari delle medesime competenze e sono in grado di svolgere l'intero servizio.

Pertanto, facendo applicazione di tali principi, occorre verificare se, nel caso di specie, entrambe le componenti dell'ATI dispongano delle competenze richieste in sede di gara per l'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto.

9. – Il Collegio condivide la prospettazione dell'appellante, in quanto:

- le componenti dell'ATI hanno effettuato una ripartizione dei servizi non solo in termini quantitativi (90% e 10%), ma anche qualitativi (farmacovigilanza, mobilità interregionale, gestione della piattaforma informatica/software in capo alla sola Sapio Life) come è agevole desumere dalla semplice lettura della “Presentazione RTT”, doc. n. 12);
- tali servizi, contrariamente a quanto dedotto dall'appellata, costituiscono prestazioni da fornire necessariamente nell'ambito del servizio oggetto di gara;
- in merito alla farmacovigilanza, l'art. 5 del capitolato speciale relativo ai “controlli” vi fa espresso riferimento, e dunque, costituisce parte integrante della prestazione; in ogni caso, trattandosi della fornitura domiciliare di un farmaco, quale è l'ossigeno terapeutico, sussistono necessariamente gli obblighi di farmacovigilanza previsti

dall'AIFA per i medicinali che devono essere assicurati dal soggetto che dispone dell'AIC (e cioè da Sapio Life);

- nel caso di specie il 90% del servizio di ossigenoterapia viene svolto da Puglia Life, che non essendo titolare di AIC, non dispone delle competenze necessarie per assicurare tale servizio obbligatorio, con la conseguenza che la mandataria si è assunta lo svolgimento di un'attività per la quale non dispone di tutte le competenze necessarie;

- anche la mobilità interregionale (modello organizzativo del Gruppo Sapio, per il quale presso Sapio Life s.r.l. è stata realizzata una struttura “centralizzata” che monitora le richieste di forniture e servizi di tutte le società del gruppo (tra queste appunto Puglia Life) e su tutto il territorio nazionale, come dichiarato dalla controinteressata) può essere svolta dalla sola Sapio Life non disponendo Puglia Life delle necessarie competenze, essendo state accentrate in capo all'altro componente dell'ATI;

- tale servizio, contrariamente a quanto dedotto dalla parte controinteressata, è indefettibile in quanto non può svolgersi l'esecuzione del servizio di consegna domiciliare senza un adeguato sistema di controllo; inoltre; ai sensi dell'art. 3, pag. 11 del capitolato, si prevede che “in caso di variazione di domicilio o di trasferimento temporaneo in una località nel territorio Nazionale, la ditta dovrà provvedere al trasporto e alla consegna dell'apparecchio nel nuovo domicilio che l'utente dovrà comunicare con un preavviso minimo di 7 giorni (prevedere il caricamento dei dati sulla piattaforma nelle modalità concordate con la stazione appaltante)”;

- lo stesso deve ritenersi con riferimento al programma software per la gestione del servizio (espressamente indicato non solo nel capitolato tecnico, ma anche nel disciplinare di gara nell'ambito

dell'oggetto del servizio, pag. 2): tenuto conto della scelta del gruppo Sapio di centralizzazione del servizio informatico in capo a Sapio Life, ne consegue la mancanza delle necessarie competenze in capo a Puglia Life, che pure si è assunta lo svolgimento del 90% del servizio di ossigenoterapia;

- l'appartenenza ad un gruppo non esonera le partecipanti all'ATI dal rispetto delle regole connesse alla partecipazione alla gara secondo tale modalità, tenuto conto che l'ordinamento prevede altri strumenti per porvi rimedio;

- come già precisato dall'Adunanza Plenaria n. 22/2012, nell'ATI orizzontale le imprese associate o associande sono portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni oggetto di appalto e quindi tutte devono essere in grado di svolgere ogni segmento del servizio complesso oggetto di gara;

- nelle ATI verticali, invece, l'impresa mandataria apporta competenze incentrate sulla prestazione prevalente, diverse da quelle delle mandanti, che possono avere competenze differenziate anche tra di loro, sicchè nel raggruppamento di tipo verticale un'impresa ordinariamente capace per la prestazione prevalente, si associa ad altre imprese provviste della capacità di prestazioni secondarie scorporabili;

- tali prestazioni secondarie devono essere espressamente individuate dalla stazione appaltante, circostanza che non ricorre nel caso di specie;

- nel caso di specie è stata operata una ripartizione all'interno dell'ATI che non rispetta tali principi, in quanto un componente del raggruppamento non dispone di tutte le competenze necessarie per lo svolgimento del servizio oggetto di gara;

- l'asserita ambiguità del bando di gara non consente comunque la partecipazione di un'ATI verticale, non essendo distinte le prestazioni principali e secondarie; quanto alla particolare ripartizione delle prestazioni operata dalla controinteressata valgono i principi sopra esposti.

Ne consegue che l'ATI controinteressata non ha natura di ATI orizzontale, bensì verticale, non ammessa nella presente gara: è opportuno ribadire che l'ammissione dell'ATI verticale presuppone un'espressa scelta in tal senso a cura della stazione appaltante e l'individuazione delle prestazioni principali e di quelle secondarie, circostanze che non ricorrono nella fattispecie.

10. - Va quindi accolto il primo motivo del ricorso di primo grado, riproposto in appello.

Ne consegue che può prescindersi dal rinvio all'Adunanza Plenaria ex art. 99 c.p.a. e alla Corte di Giustizia, atteso che entrambe le richieste sono state sollevate subordinatamente al rigetto della censura.

11. - Può anche disporsi l'assorbimento del secondo motivo del ricorso di primo grado, relativo all'asserita inidoneità delle referenze bancarie e all'asserita illegittimità del ricorso al soccorso istruttorio.

12. - Quanto alle spese del doppio grado sussistono i presupposti per disporre la compensazione tra le parti tenuto conto della particolarità della fattispecie e dell'alternativo esito dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

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

proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata accoglie il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Garofoli, Presidente

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefania Santoleri

IL PRESIDENTE
Roberto Garofoli

IL SEGRETARIO