

Pubblicato il 03/10/2024

N. 01415/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00464/2024 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 464 del 2024, proposto da Nippon Gases Pharma S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG B05CBDC6A2, B05CBDD775, B05CBDE848, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Zanetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Regione Calabria, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Naimo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Regione Calabria, non costituita in giudizio;

***nei confronti***

Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Silvia Cumino e Giovanna Oreste, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Azienda Sanitaria Provinciale di Crotona, Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro, Azienda Sanitaria Provinciale di Vibo Valentia, Azienda Sanitaria Provinciale di Reggio Calabria, non costituite in giudizio;

*per l'annullamento*

- della lettera di invito all'appalto specifico n. 9 Regione Calabria - Ossigeno Terapia Domiciliare per i pazienti affetti da IRC, nell'ambito del Sistema Dinamico di Acquisizione della Pubblica Amministrazione Sanità del 14 febbraio 2024;
- del capitolato d'oneri allegato alla lettera di invito;
- del capitolato tecnico relativo all'appalto specifico;
- dello schema di convenzione relativo all'appalto specifico;
- dei chiarimenti relativi alla gara di cui sopra pubblicati in data 13 marzo 2024;
- del decreto del Direttore Generale della stazione unica appaltante della Regione Calabria del 14 febbraio 2024, n. 1835, di indizione della gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Calabria e dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 settembre 2024 il dott. Francesco Tallaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – Nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione della pubblica amministrazione, la Regione Calabria, quale stazione unica appaltante nel settore della sanità, ha indetto, con decreto del Direttore Generale della SUA del 14 febbraio

2024, n. 1835, un appalto specifico per l'affidamento del servizio di ossigenoterapia domiciliare per i pazienti affetti da IRC della Regione Calabria.

2. – Nippon Gases Pharma S.r.l., invitata alla gara, ha inteso impugnarne la *lex specialis* d'innanzi a questo Tribunale Amministrativo Regionale, ritenendosi nell'impossibilità di formulare un'offerta ponderata, informata, consapevole e di sicura convenienza e concorrenzialità, per i motivi che saranno enunciati *ultra*.

Ne ha domandato, dunque, l'annullamento.

3. – Si è costituita in giudizio la Regione Calabria, deducendo l'inammissibilità del ricorso, posto che le censure della ricorrente non riguardano alcuna clausola con effetto escludente, tanto è vero che detto operatore economico ha presentato domanda di partecipazione per due dei tre lotti.

4. – Delle cinque Aziende Sanitarie Provinciali cui il ricorso è stato notificato, si è costituita quella di Cosenza, deducendo la propria estraneità alla lite.

5. – Il ricorso è stato trattato all'udienza pubblica del 25 settembre 2024.

6. – Gli atti impugnati sono imputabili alla sola Regione Calabria, cosicché – così come eccepito dall'Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza – gli altri soggetti cui il ricorso è stato notificato sono, in realtà, estranei alla lite, sicché il ricorso deve essere dichiarato inammissibile nei loro confronti.

7. – Deve premettersi che, ai fini della individuazione delle clausole del bando di gara che devono essere immediatamente impugnate, la tipologia delle clausole cd. escludenti è circoscritta a quelle che precludano *ab initio* la partecipazione alla procedura, o perché fissano requisiti eccessivamente stringenti o sproporzionati, o perché impongono oneri inesigibili, o perché rendono di fatto impossibile la formulazione di un'offerta (da ultimo, Cons. Stato, Sez. III, 5 giugno 2024, n. 5050).

Fatta tale precisazione di carattere di carattere generale, possono essere esaminate le tre censure articolate dalla società ricorrente.

8. – L'art. 5 del Capitolato prevede che *«la durata della Convenzione è di 48 mesi, decorrenti dalla data di sottoscrizione della/o stessa/o. Per durata della Convenzione si intende il periodo entro il quale le Aziende sanitarie contraenti possono emettere Ordinativi di fornitura, vale a dire stipulare contratti con il Fornitore aggiudicatario per ciascun lotto. Gli Ordinativi di fornitura emessi dalle singole Aziende sanitarie contraenti avranno scadenza pari alla Convenzione e della sua eventuale proroga indipendentemente dalla data di emissione degli stessi»*.

Coincidente è la previsione riportata nell'art. 5, comma 3, dello schema di convenzione.

8.1. – La tesi della società ricorrente è che non vi sia certezza in merito alla durata degli ordinativi di fornitura.

Tali prescrizioni sarebbero, quindi, illegittime sia perché violerebbero l'art. 12 del r.d. 18 novembre 1923 n. 2440, secondo cui *«i contratti debbono avere termini e durata certi»*, sia perché l'attivazione dei singoli contratti richiede necessariamente delle spese per investimenti che per potere essere recuperate o ammortizzate necessitano di un tempo minimo certo, in assenza del quale non è possibile preventivare i relativi costi.

Tali prescrizioni renderebbero, quindi, impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara, con conseguente illegittimità della documentazione di gara

8.2. – Il Tribunale ritiene che la censura sia ammissibile, in quanto – ove fondata – l'incertezza denunciata impedirebbe ai concorrenti di formulare un'offerta seria e ponderata.

Tuttavia, le osservazioni critiche non colgono nel segno.

Lo schema contrattuale oggetto di evidenza pubblica è, chiaramente, quello dell'accordo quadro, di cui si occupa l'art. 59 d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, per cui *«le stazioni appaltanti possono concludere accordi quadro di durata non superiore a quattro anni, salvo casi eccezionali debitamente motivati, in particolare con riferimento all'oggetto dell'accordo quadro»*.

*L'accordo quadro indica il valore stimato dell'intera operazione contrattuale. (...) Quando l'accordo quadro sia concluso con un solo operatore economico, gli appalti sono aggiudicati entro i limiti delle condizioni fissate nell'accordo quadro stesso».*

Il precedente art. 14, al comma 16, stabilisce che *«per gli accordi quadro e per i sistemi dinamici di acquisizione, l'importo da prendere in considerazione»* al fine di valutare se ci si trovi al di sotto delle soglie di rilevanza europea, *«è l'importo massimo stimato al netto dell'IVA del complesso dei contratti previsti durante l'intera durata degli accordi quadro o del sistema dinamico di acquisizione».*

Dall'esame di tale normativa, è evidente che l'istituto dell'accordo quadro comporta alcuni profili peculiari di aleatorietà: il concorrente conosce la misura massima delle prestazioni dovute al committente, ma non può conoscere con certezza le prestazioni che gli verranno effettivamente richieste, dipendendo dai singoli ordinativi.

Nel caso di specie, l'alea è data alla durata effettiva degli appalti a valle dell'accordo quadro, la quale dipende dal *quando*, oltre che da *se*, verranno formulati i singoli ordinativi. Ma si tratta di un'alea non anomala, che dunque non è idonea a impedire a un accorto operatore economico di formulare la propria proposta.

D'altra parte, con riferimento all'art. 12 r.d. 2440 del 1923, si osserva che il d.lgs. n. 36 del 2023 è ad esso posteriore e quindi in grado di derogarlo in caso di incompatibilità. Ma, a ben vedere, i rapporti contrattuali da stipulare a valle dell'accordo quadro hanno, come richiesto dall'antico regolamento di contabilità dello Stato, termini certi, coincidenti con il termine fissato proprio dall'accordo quadro.

8.3. – Quanto al precedente giurisprudenziale invocato dalla società ricorrente (TAR Sicilia – Palermo, Sez. I, 23 luglio 2018, n. 1639), esso non appare pertinente, giacché in quella vicenda amministrativa l'incertezza lamentata dalla parte ricorrente riguardava non solo la durata degli affidamenti, ma anche l'utilizzo delle cucine

interne per cucinare i pasti oggetto di appalto, il numero dei pasti da fornire e la quota di ammortamento per gli investimenti a carico dell'appaltatore.

9. – Il Capitolato d'Oneri stabilisce espressamente che *«il prezzo a giornata €/gg per il servizio relativo alla consegna, installazione, assistenza e manutenzione del concentratore fisso, comprensivo della fornitura di bombole di ossigeno gassoso di back up, di materiale di consumo, formazione dei caregivers e utenti, help desk e reportistica»*.

9.1. – La tesi della ricorrente è che tale prescrizione contrasti con quanto prescrive il d.m. Salute del 15 luglio 2004, con cui è stato imposto l'obbligo di tracciabilità dei farmaci, il quale all'art. 3 prevede espressamente che *«i produttori, depositari e grossisti dei prodotti medicinali che forniscono le strutture sanitarie del Servizio sanitario nazionale o private accreditate, con esclusione delle farmacie aperte al pubblico, devono altresì comunicare alla banca dati centrale il valore di fornitura per categoria terapeutica omogenea dei medicinali e inoltre il numero di Defined Daily Doses (DDD) fornite»*.

Infatti, la disposizione del capitolato che stabilisce che nel canone di noleggio del concentratore va ricompresa anche la fornitura di una bombola d'ossigeno, che è un farmaco a tutti gli effetti, ex art. 2 d.m. Salute 29 febbraio 2008, comporterebbe la mancata specifica valorizzazione dell'ossigeno, con conseguente violazione della succitata norma.

9.2. – La censura è, in questa sede, ammissibile, perché si sostiene che la *lex specialis* di gara richieda una prestazione *contra ius*, e quindi impedisca agli operatori economici di formulare un'offerta credibile.

Essa, nondimeno, è palesemente infondata.

Il fatto che, nei rapporti con le Aziende Sanitarie Provinciali il costo delle bombole di ossigeno di *back up* sia ricompreso nel canone giornaliero per il servizio relativo alla consegna, installazione, assistenza e manutenzione del concentratore fisso, non impedisce il rispetto del d.m. Salute del 15 luglio 2004, potendosi comunque

comunicare il valore attribuito dall'operatore economico nel contesto del canone di cui si tratta.

10. – Il terzo motivo attiene al costo della manodopera, non suscettibile di ribasso.

10.1. – La tesi della ricorrente è che tali costi siano stati erroneamente computati, perché calcolati in misura percentuale (20%) anche sul costo di produzione dell'ossigeno, che però non sarebbe direttamente riconnesso alla commessa. Vi sarebbe, dunque, violazione dell'art. 41, comma 14, d.lgs. n. 36 del 2023.

10.2. – Il Tribunale osserva che il costo della manodopera risulta indicato nella *lex specialis di gara*, seppure espresso in misura percentuale del valore dell'attività, cosicché l'operatore è posto nelle condizioni di formulare la propria offerta.

La correttezza del calcolo può, eventualmente, rilevare in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, ma non si comprende come un eventuale errore o imprecisione nell'indicazione del costo possa impedire la presentazione di una congrua e ponderata offerta.

Il motivo è quindi inammissibile.

11. – Il ricorso, nel suo complesso va rigettato.

Le spese di lite tra le parti costituite sono regolate secondo il principio della soccombenza, tenuto conto del valore dell'appalto e della posizione processuale delle amministrazioni intimate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

a) lo dichiara inammissibile nei confronti delle Aziende Sanitarie Provinciali di Catanzaro, Cosenza, Crotone, Reggio Calabria e Vibo Valentia;

b) lo rigetta nei confronti della Regione Calabria;

c) condanna Nippon Gases Pharma S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, alla rifusione, in favore della Regione Calabria, in persona del Presidente in

carica, delle spese e competenze di lite, che liquida nella misura di € 15.000,00, oltre ad accessori di legge.

d) condanna Nippon Gases Pharma S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, alla rifusione, in favore dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, delle spese e competenze di lite, che liquida nella misura di € 5.000,00, oltre ad accessori di legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Ivo Correale, Presidente

Francesco Tallaro, Consigliere, Estensore

Giampaolo De Piazzì, Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Francesco Tallaro**

**IL PRESIDENTE**  
**Ivo Correale**

IL SEGRETARIO