



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto
(Sezione Terza)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1195 del 2024, proposto da (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati R. C. P. e G. M., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato E. M., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato G. M., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento e/o la disapplicazione

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della relazione del RUP -OMISSIS- Prot. n. 84159 del 19 settembre 2024, recante «*Esclusione offerta (...)*»;
- del disciplinare di gara 26/08/2024, Prot. n. 75764 (...), recante «*procedura di gara aperta telematica, ai sensi dell'art. 71 del d.lgs. N. 36/2023 per l'affidamento di servizi di assistenza medica per le UU.OO.CC. pronto soccorso, ginecologia, pediatria, anestesia e rianimazione delle sedi ospedaliere dell'azienda (...) per il periodo di un anno*», nella parte in cui prevede l'esclusione delle offerte di importo pari o superiore al prezzo di base d'asta (art. 15, punto 2);

- dei verbali della Commissione giudicatrice n. 1 del 17 settembre 2024, di apertura delle buste e n. 3 del 19 settembre 2024, di valutazione delle offerte tecniche ed economiche;

- della deliberazione del Direttore generale n. 1138 del 25 settembre 2024, di aggiudicazione della procedura di gara, limitatamente al Lotto 3 (CIG (...)).

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato dalla controinteressata (...) in data 11 novembre 2024:

- dei verbali della Commissione giudicatrice, nella parte in cui hanno riconosciuto la completezza dell'offerta tecnica della ricorrente principale e hanno attribuito il punteggio tecnico alle diverse offerte.

- della deliberazione del Direttore generale, n. 1138 del 25 settembre 2024, di aggiudicazione della procedura di gara, limitatamente al Lotto 3.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda (...) e della controinteressata (...);

Visto il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2024 il dott. Luca Emanuele Ricci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. (...) (di seguito (...)) ha partecipato alla procedura di gara per l'affidamento dei «*servizi di assistenza medica per le UU.OO.CC. pronto soccorso, ginecologia, pediatria, anestesia e rianimazione delle sedi ospedaliere dell'Azienda (...) per il periodo di un anno*», suddivisa in quattro lotti.

1.1. Con delibera del R.U.P. prot. 84159 del 19 settembre 2024, le offerte della ricorrente – presentate con riferimento ai soli Lotti nn. 2, 3 e 4 – sono state escluse dalla procedura in applicazione dell'art 15.2 del disciplinare di gara («*Saranno escluse le offerte economiche che presenteranno importi pari o superiori alla base d'asta sopra indicata*»), perché di importo esattamente corrispondente alla base d'asta.

2. (...) impugna, quindi, tale provvedimento di esclusione limitatamente al Lotto n. 3 (relativo al «*servizio di assistenza medica presso la UOC di pediatria dei presidi ospedalieri di (...) e (...)*»), per il quale la sua offerta tecnica è stata premiata dalla Commissione giudicatrice con il più elevato punteggio qualitativo (60,40/70esimi, riparametrati a 70/70esimi).

2.1. Domanda, contestualmente, l'annullamento del disciplinare di gara (atto prot. 75764 del 26 agosto 2024), nella parte in cui prevede l'esclusione delle offerte di importo pari alla base d'asta, e dell'aggiudicazione disposta a favore della controinteressata (...) (delibera del D.G. prot. 1138 del 25 settembre 2024).

2.2. Il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

I. *Violazione di legge con riferimento all'art. 10, comma 2, d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36, che impone il principio di tassatività delle cause di esclusione; eccesso di potere per manifesta illogicità*, perché la previsione del disciplinare che impone l'esclusione dell'offerta di importo pari alla base d'asta viola il principio di tassatività delle cause di esclusione (di cui all'art. 10, comma 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici) ed è, quindi, affetta da nullità.

II. «*Violazione di legge con riferimento art. 97, co. 2, Cost., sul buon andamento e sull'imparzialità dell'amministrare pubblico; eccesso di potere per manifesta illogicità della decisione*», perché una clausola che impone l'esclusione dell'offerta di importo pari alla base d'asta neppure risponde ad un interesse pubblico, giacché impedisce la valutazione di un'offerta rispettosa del limite massimo di spesa stabilito per l'erogazione del servizio.

3. Si sono costituite per resistere al ricorso (...) e la controinteressata. L'Azienda sanitaria ha in particolare eccepito l'inammissibilità del ricorso, perché diretto a contestare le scelte discrezionali della stazione appaltante nella redazione della legge di gara.

4. Con ricorso incidentale notificato il 30 ottobre 2024, la controinteressata (...) ha impugnato gli atti relativi alla valutazione dell'offerta della ricorrente, per i seguenti motivi:

I. *Violazione dell'art. 4 del capitolato d'oneri; violazione dell'art. 48 della legge n. 833 del 1978, violazione dell'art. 4, comma 7, della legge 30 dicembre 1991, n. 412; violazione dell'Accordo Collettivo Nazionale stipulato il 10 febbraio 2022 per la disciplina dei rapporti con i medici pediatri di libera scelta ai sensi dell'articolo 8 del d. lgs. n 502/1992*, perché l'offerta di (...) è inammissibile ai sensi dell'art. 4 del capitolato d'oneri, in quanto individua, per l'esecuzione del servizio, quattro pediatri di libera scelta, in condizione di incompatibilità rispetto allo svolgimento dell'attività professionale a favore della ricorrente.

II. «*Eccesso di potere per erroneità e contraddittorietà dei presupposti, manifesta ingiustizia*», per l'irragionevolezza e la contrarietà al disciplinare dei punteggi attribuiti alla ricorrente dalla Commissione giudicatrice con riferimento ai criteri di valutazione relativi alle «*Risorse umane impiegate*» (lett. c) e alla «*Formazione*» (lett. d), nonché per la carenza di motivazione delle operazioni di valutazione.

5. All'udienza in camera di consiglio del 20 novembre 2024, fissata per la trattazione della domanda cautelare, è stato dato alle parti l'avviso relativo alla possibilità di definizione del giudizio con sentenza adottata ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.

DIRITTO

1. Il ricorso viene dunque definito con sentenza ai sensi dell'art. 60, cod. proc. amm., sussistendo tutte le condizioni previste da tale articolo.

2. Deve essere respinta l'eccezione di inammissibilità formulata dall'Azienda sanitaria.

2.1. La discrezionalità dell'amministrazione nella formulazione delle regole di gara – come qualsiasi esercizio di discrezionalità, al di fuori di quella di natura politica (art. 7, comma 1, cod. proc. amm.) – non

è di per sé immune dal sindacato del giudice, sempre tenuto a valutarne la conformità alla legge e ai principi che regolano la materia, nonché l'intrinseca ragionevolezza.

2.2. L'eventuale sconfinamento del ricorso in ambiti di esclusiva competenza dell'amministrazione dipende, quindi, dal contenuto dei motivi, che non possono essere positivamente valutati ove sottendano (non un vero e proprio vizio della determinazione discrezionale, accertabile attraverso il suo raffronto con un parametro logico/tecnico/normativo, quanto) la mera e giuridicamente irrilevante non condivisione delle scelte, inevitabilmente opinabili, del soggetto pubblico.

2.3. Si tratta, quindi, di questione che non attiene al rito, bensì al merito del giudizio, non essendo scrutinabile *in limine litis*, ma solo all'esito dell'integrale esame del contenuto del ricorso.

3. Nel caso di specie (...) con i due motivi proposti lamenta la violazione dell'art. 10, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, nonché dei canoni di ragionevolezza e conformità al buon andamento, profili entrambi pienamente scrutinabili dal giudice.

3.1. I motivi, che possono essere esaminati congiuntamente in ragione della loro intima connessione, sono fondati.

3.2. L'art. 10, comma 2, del Codice dei contratti pubblici vieta alla stazione appaltante di introdurre cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle tassativamente determinate dai successivi artt. 94 e 95. La disposizione, di importanza tale da essere stata elevata a principio della materia *de qua*, non ha riguardo ai soli motivi di esclusione *stricto sensu* intesi – correlati cioè all'accertata carenza di un requisito soggettivo del concorrente – ma è riferibile piuttosto a qualsiasi previsione della *lex specialis* che abbia l'effetto di estromettere l'operatore dalla gara, al di fuori delle ipotesi espressamente tipizzate.

3.3. Se è vero che il principio di tassatività non impedisce in assoluto l'esclusione di un'offerta che non soddisfi determinate caratteristiche minime, fissate dal disciplinare, ciò è consentito solo in quanto esse descrivano requisiti tecnici essenziali del prodotto o del servizio richiesto, inequivocabilmente idonei a qualificarlo (Cons. Stato, sez. III, 12 agosto, 2024, n. 7102). La disapplicazione del principio non può, invece, essere invocata al fine di giustificare adempimenti di carattere formale, privi di incidenza concreta sul contenuto dell'offerta e non sorretti da un interesse apprezzabile (Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2022, n. 3452).

4. Ciò premesso, l'art. 70, comma 4 del Codice – nel prevedere che “*sono inammissibili le offerte ... f) il cui prezzo supera l'importo posto a base di gara, stabilito e documentato prima dell'avvio della procedura di appalto*” – è funzionale a garantire il rispetto del limite economico fissato dall'amministrazione. La *ratio* della disposizione consiste, dunque, nel garantire la sostenibilità finanziaria e la corretta pianificazione degli investimenti, evitando che l'amministrazione possa trovarsi vincolata ad accettare offerte che superino la soglia di spesa programmata.

4.1. L'art. 70, comma 4 non fa invece riferimento alle offerte di importo pari a quello fissato a base di gara, la cui esclusione non risulterebbe conforme allo scopo della norma. L'assenza di ribasso sull'importo-base fissato dalla stazione appaltante rende l'offerta priva di carattere migliorativo sotto il profilo economico – circostanza suscettibile di rilevare in sede di attribuzione del punteggio – ma non espone l'amministrazione ad un esborso ulteriore rispetto a quello stanziato, né impedisce il raggiungimento dello scopo cui la procedura è preordinata.

4.2. In definitiva, con l'art. 15.2 del disciplinare è stato introdotto nella *lex specialis* un requisito di ammissibilità dell'offerta di carattere meramente formale, non sorretto da alcun interesse meritevole, né riconducibile alle cause di esclusione predeterminate dalla legge. Tale disposizione, violando l'art. 10, comma 2, del Codice, è quindi nulla e deve considerarsi non apposta (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22).

5. La disposizione del disciplinare appare, altresì, intrinsecamente irragionevole in quanto, imponendo agli operatori di operare un ribasso, senza però predeterminarne il valore minimo, potrebbe essere formalmente rispettata anche da un'offerta inferiore alla base d'asta per un importo non economicamente apprezzabile, se non addirittura simbolico (“*nummo uno*”). Del resto, come si evince dal verbale di gara n. 3 del 19 settembre 2024, è stata ritenuta ammissibile un'offerta pari a 575.040,00 euro, inferiore di appena lo 0,17 % rispetto alla base d'asta fissata per il Lotto 3 (576.000,00 euro) e quindi tale da non garantire alcun significativo risparmio di spesa, alla luce dei valori in gioco.

5.1. Pertanto, l'esclusione del ricorrente non sarebbe conforme al principio del risultato (di cui all'art. 1 del Codice), volto ad impedire che l'azione amministrativa possa essere vanificata ove non si ravvisino effettive ragioni ostative al raggiungimento degli scopi perseguiti dalla procedura di evidenza pubblica, ossia l'affidamento del contratto al miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo e la sua esecuzione con la massima tempestività (cfr. Cons. Stato, sez. VII, 1° luglio 2024, n. 5789).

5.2. Gli anzidetti obiettivi risulterebbero, invero, frustrati proprio dall'esclusione dell'offerta di (...) che, nonostante la sua netta prevalenza qualitativa (la ricorrente ha ottenuto, infatti, un punteggio tecnico pari, prima della riparametrazione, a 60,40/70 esimi, notevolmente superiore ai 52,20/70esimi attribuiti alla controinteressata (...)), sarebbe estromessa dalla gara in ragione di una mera violazione formale relativa all'elemento economico, sul quale, peraltro, la competizione tra gli operatori è stata minima: tutte le offerte si collocano, infatti, all'interno di un *range* di poco più di mezzo punto, dei 30 complessivamente in palio per l'offerta economica.

6. Il ricorso principale risulta, quindi, fondato e meritevole di integrale accoglimento.

7. Ne consegue che il Tribunale è comunque tenuto ad esaminare il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata (...), dal cui accoglimento potrebbe derivare la rinnovazione della procedura (Cons. Stato, sez. V, 3 marzo 2022, n. 1536)

8. Con il primo motivo, viene dedotta la violazione dell'art. 4 del capitolato speciale che prescrive, quale requisito comune a tutti i lotti, l'«*assenza di incompatibilità previste per legge in materia di pubblico impiego*». Difatti, a detta della controinteressata, (...), avrebbe indicato per l'esecuzione del servizio quattro professionisti (su tredici totali) che sono attualmente pediatri di libera scelta e non potrebbero operare presso strutture in rapporto di convenzione o accreditamento con il SSN.

8.1. Il motivo è manifestamente infondato, per una pluralità di concorrenti ragioni. In primo luogo, l'assenza di incompatibilità in capo al personale medico individuato dal concorrente è espressamente prevista (dallo stesso art. 4 del capitolato speciale) quale requisito di esecuzione dell'appalto, dovendo essere comprovata dall'«*impresa aggiudicataria, prima dell'inizio del servizio*», attraverso la presentazione dei curricula e la produzione di dichiarazioni sostitutive (documenti che la stessa ricorrente incidentale non ha prodotto in fase di gara). Dunque, il requisito di cui trattasi assume rilievo solo al momento della stipulazione del contratto (Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2024, n. 2787) e non ai fini della partecipazione alla gara. La situazione di incompatibilità appare, del resto, suscettibile di essere risolta dal professionista in ogni momento – e, quindi, anche dopo l'aggiudicazione – attraverso l'abbandono dell'attività professionale incompatibile.

8.2. L'art. 4 del capitolato detta, inoltre, una specifica disciplina in ordine al requisito di esecuzione *de quo*, prevedendo che, in caso di accertata inidoneità del personale medico indicato dall'impresa aggiudicataria, questa debba «*individuare, contestualmente e comunque in un termine non superiore ad una giornata lavorativa ... altra unità di personale in possesso dei requisiti professionali richiesti*». La disposizione conferma che il servizio non è qualificato dall'identità soggettiva del personale medico individuato per la sua esecuzione, con conseguente impossibilità di attribuire automatico effetto escludente ad una eventuale incompatibilità accertata in fase di gara.

8.3. La disposizione del capitolato è, in ogni caso, espressamente riferita alle «*incompatibilità previste per legge in materia di pubblico impiego*» e tale non è – secondo un criterio di interpretazione strettamente letterale della *lex specialis*, imposto dal principio di *favor participationis* (Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2024, n. 5871) – quella prevista dall'accordo collettivo nazionale dei pediatri di libera scelta, che non svolgono un «*pubblico impiego*», ma sono liberi professionisti operanti in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale.

8.4. Con riferimento, poi, alle specifiche disposizioni dell'Accordo Collettivo Nazionale stipulato il 10 febbraio 2022 invocate dalla controinteressata, nessuna di queste assume rilievo. Quanto alle lett. b) e h) dell'art. 20, trattasi di disposizioni che hanno riguardo a strutture o enti in rapporto «*di convenzione o accreditamento con il S.S.N.*», ma non risulta che il servizio oggetto dell'affidamento – da svolgersi direttamente a favore dell'Azienda sanitaria – debba essere prestato all'interno di un tale rapporto. Quanto alla lett. c), essa presuppone l'esistenza di un «*conflitto di interessi col rapporto di lavoro con il S.S.N.*», circostanza che il ricorrente incidentale non dimostra in alcun modo.

9. Con il secondo motivo, (...) censura le valutazioni operate dalla stazione appaltante, senza tuttavia fare emergere profili di irragionevolezza delle relative attività.

9.1. Si è già detto in merito all'asserita incompatibilità di quattro professionisti indicati da (...), profilo relativo all'esecuzione del contratto che, come non costituisce causa di esclusione, nemmeno può incidere sull'attribuzione del punteggio tecnico. Quanto poi all'asserita violazione del capitolato, nella parte in cui richiede ai professionisti incaricati di essere «*capaci e fisicamente validi, in età lavorativa prevista dalla legge*» – in disparte la natura congetturale e dubitativa della doglianza, che poggia sulla valorizzazione di un mero dato anagrafico – anche questa censura ha riguardo ad un requisito di esecuzione, insuscettibile di rilevare in questa fase.

9.2. In merito al punteggio attribuito per il criterio relativo alla «*Formazione*» del personale, l'elemento risulta invero adeguatamente descritto all'interno dell'offerta tecnica dell'operatore, senza che assuma rilievo determinante il rinvio operato dal documento ad una fonte esterna (ossia il sito *web* di (...)). Quanto, invece, alla mancata specificazione del monte ore annuo e di altri elementi relativi all'offerta formativa proposta, trattasi di circostanza che non è sfuggita alla Commissione giudicatrice, la quale vi fa espresso riferimento nel motivare il punteggio, appena sufficiente, attribuito a (...) per il criterio in argomento.

9.3. Del tutto generica, infine, risulta la censura incentrata sulla carenza di motivazione delle valutazioni tecniche. Considerata, infatti, la dettagliata illustrazione dei criteri effettuata dalla *lex specialis*, unitamente alla sintetica motivazione che accompagna l'attribuzione del punteggio relativo a ciascuno di essi, le contestate operazioni di giudizio risultano, invece, nel complesso sorrette da una più che adeguata illustrazione delle ragioni sottostanti e, quindi, pienamente comprensibili ai concorrenti.

10. Per le ragioni esposte, viene accolto il ricorso principale, mentre viene respinto il ricorso incidentale.

10.1. Ne consegue la nullità parziale del disciplinare, nella parte in cui (art. 15.2) dispone l'esclusione delle offerte di importo pari alla base d'asta e l'annullamento dell'esclusione di (...) dalla gara relativa al Lotto 3, disposta in applicazione di tale clausola nulla. Dev'essere annullata, altresì, l'aggiudicazione del Lotto 3 disposta a favore di (...), all'esito di una gara contraddistinta dalle anzidette illegittimità.

10.2. Per effetto della presente sentenza, l'amministrazione è tenuta a considerare ammissibile l'offerta economica presentata da (...) per il Lotto 3, sottoponendola a valutazione ed includendola nella graduatoria finale. Restano ferme, per il resto, le valutazioni operate dalla Commissione sulle offerte degli altri concorrenti e sull'offerta tecnica di (...).

11. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate a favore della ricorrente e poste a carico dell'amministrazione resistente e della controinteressata (e ricorrente incidentale), nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposti, accoglie il primo, nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione, e respinge il secondo.

Condanna l'amministrazione resistente e la controinteressata a rifondere alla ricorrente le spese di giudizio, che si liquidano, a carico di ciascuna, nella somma di € 1.500,00, oltre spese generali e accessori di legge.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Polidori, Presidente

Andrea De Col, Primo Referendario

Luca Emanuele Ricci, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Luca Emanuele Ricci

IL PRESIDENTE

Carlo Polidori

IL SEGRETARIO