



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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 225 del 2012, proposto da:
Vitalaire Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Roberto Santucci, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Massimo Viola in Trento, via S. Francesco D'Assisi, n. 10

contro

Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari di Trento, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Marco Pisoni e Silvia Dal Ri, con domicilio eletto presso il Servizio Affari Legali in Trento, via Degasperi, n. 79

nei confronti di

Vivisol S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Franco Ferrari, Sergio Dragogna e Giuliana Dragogna, con domicilio eletto presso lo studio

di questi ultimi in Trento, via Mancini, n. 18

per l'annullamento

quanto al ricorso principale:

- della determinazione dell'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia autonoma di Trento n. 1082/2012, del 29 giugno 2012, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva a favore della Vivisol della "gestione del servizio di ossigenoterapia e ventiloterapia domiciliare" (lotto n. 2);

nonché, per quanto di ragione,

- del bando di gara, delle norme di partecipazione, del capitolato speciale;

- dei verbali delle sedute della commissione giudicatrice tenutesi in seduta riservata e in seduta pubblica;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali anche non noti;

quanto al ricorso incidentale:

- degli atti di gara nella parte in cui non hanno escluso dalla procedura l'offerta presentata da Vitalaire Italia S.p.a.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Provinciale Per i Servizi Sanitari di Trento;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Vivisol S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto da Vivisol S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 febbraio 2013 il cons. Alma Chiettini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determinazione del 19 agosto 2011 l'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari di Trento (di seguito APSS o Azienda) ha indetto una procedura aperta, suddivisa in due lotti, per l'affidamento per cinque anni della fornitura di gas medicinali e tecnici di servizio. Per l'aggiudicazione era stato prescelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa da individuarsi in base ai seguenti parametri: 50 punti per l'offerta tecnica e 50 punti per quella economica.

2. La vicenda contenziosa in esame concerne il lotto n. 2, riguardante la fornitura dell'ossigeno-terapia e della ventilo-terapia domiciliari, avente un importo annuo presunto pari a 1.620.000,00 €.

Entro il termine stabilito, alla Stazione appaltante sono pervenute 5 offerte.

Nel verbale di data 17 maggio 2012 si legge che, concluse le operazioni di gara, la società ricorrente Vitalaire - che si era collocata al primo posto della graduatoria concernente l'offerta tecnica (con 50 punti) e al secondo posto di quella per l'offerta economica (con 37,10 punti) - si è conclusivamente graduata al secondo posto con 87,10

punti, a fronte dei 94,36 punti ottenuti dalla società controinteressata Vivisol, risultata quindi aggiudicataria provvisoria (la quale aveva ottenuto 44,36 punti per l'offerta tecnica e 50,00 punti per quella economica).

3. Tuttavia, in applicazione dei criteri di cui all'art. 86 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, l'offerta vincitrice è risultata anormalmente bassa. L'Amministrazione ha pertanto chiesto dapprima giustificazioni e quindi chiarimenti, forniti dall'impresa interessata con note datate 31.5.2012 e 14.6.2012, rispettivamente valutate dalla Stazione appaltante nelle sedute di data 11.6.2012 e 22.6.2012. L'istruttoria si è quindi conclusa favorevolmente per la società Vivisol.

Di conseguenza, con determinazione del 29 giugno 2012 il lotto n. 2 è stato definitivamente aggiudicato alla società qui controinteressata.

4. Con ricorso ritualmente notificato e depositato la società Vitalaire ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione, oltre agli altri atti indicati in epigrafe, deducendo la seguente, articolata censura in diritto:

- violazione e falsa applicazione degli artt. 86 e 87 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, e dei principi di trasparenza, imparzialità e correttezza della Pubblica amministrazione; eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza; difetto di istruttoria e di motivazione.

La ricorrente sostiene che l'offerta dell'aggiudicataria sarebbe incongrua e irrazionale: in particolare, il prezzo offerto per l'ossigeno (1,30 €/mc.) sarebbe inferiore a quello di produzione (pari a 1,68 €/mc.) dichiarato dalla stessa Vivisol in una recente, analoga gara

bandita dall'Azienda sanitaria di Udine; inoltre, anche altre componenti dell'offerta dimostrerebbero la non sostenibilità della stessa, fra cui l'assenza della dichiarata struttura sul territorio.

5. La ricorrente ha inoltre chiesto la sospensione dei provvedimenti impugnati e il risarcimento del danno, sia in forma specifica che, in subordine, per equivalente.

6. Nei termini di rito si è costituita in giudizio l'intimata Amministrazione pubblica chiedendo la reiezione del ricorso nel merito.

7. Si è costituita in giudizio anche la Società controinteressata per chiedere anch'essa la reiezione del ricorso.

8. Contestualmente, la controinteressata ha introdotto ricorso incidentale impugnando i verbali di gara nella parte in cui è stata ammessa alla procedura la società Vitalaire, nonché le risposte fornite dalla Stazione appaltante ai quesiti n. 1 e n. 24, deducendo il seguente motivo:

- violazione e falsa applicazione degli artt. 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; dell'art. 26, comma 6, del D.Lgs. 9.4.2008, n. 81; dell'art. 46, comma 1 bis, del D.Lgs. n. 163 del 2006; dell'art. 3 della l. 7.8.1990, n. 241; violazione dei principi di imparzialità e parità di trattamento, eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.

La ricorrente incidentale rileva che, in sede di offerta economica, la società Vitalaire non ha indicato gli oneri per la sicurezza da rischio specifico o aziendale: detta omissione avrebbe dovuto comportare

l'esclusione dalla procedura, rimanendo irrilevante che l'obbligo di indicare il costo relativo alla sicurezza, imposto ex lege, non fosse contenuto nella disciplina speciale di gara.

9. Con ordinanza n. 117, adottata nella camera di consiglio del 13 settembre 2012, la domanda cautelare è stata respinta.

10. In prossimità dell'udienza di discussione le parti hanno depositato ulteriore documentazione (fra cui il contratto stipulato fra l'Azienda sanitaria e la Società aggiudicataria in data 18.9.2012) e presentato memorie illustrative delle rispettive posizioni.

Alla pubblica udienza del 7 febbraio 2013 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. Occorre esaminare preliminarmente il gravame incidentale perché diretto a far valere una ragione che potrebbe condurre ad escludere dalla gara la società Vitalaire Italia, e quindi a far venir meno il suo interesse all'annullamento dell'aggiudicazione disposta a favore di Vivisol (cfr., C.d.S., Ad. Pl. n. 4 del 2011).

2. L'aggiudicataria/contro interessata Vivisol ha denunciato la mancata estromissione dell'offerta della ricorrente principale perché nell'offerta economica Vitalaire non ha indicato gli oneri per la sicurezza da rischio specifico o aziendale, come invece imposto dal combinato disposto degli artt. 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, nonché dall'art. 26, comma 6, del D.Lgs. 9.4.2008, n. 81 (recante norme in materia di tutela della salute e di sicurezza nei luoghi di lavoro).

3. Inoltre, non giustificerebbe l'omissione dell'indicazione del costo della sicurezza la mancata relativa prescrizione da parte della lex specialis di gara essendo, quelle richiamate, norme imperative ed eterointegratrici delle regole di ogni gara. A supporto della tesi prospettata la ricorrente incidentale cita copiosa giurisprudenza (cfr., per tutte, C.d.S., sez. III, 28.8.2012, n. 4622).

4. Venendo alle osservazioni del Collegio, è pacifico che Vitalaire non ha indicato in sede di offerta il costo per la sicurezza (cfr., doc. n. 6 produzione ricorrente incid.) sui presupposti - stando alle allegazioni di parte - da un lato dell'equivocità delle risposte che l'Azienda sanitaria avrebbe fornito ai quesiti n. 1 e n. 24 e, per diverso profilo, perché il disciplinare di gara non prevedeva tale obbligo né, tanto meno, la sanzione dell'esclusione per il relativo inadempimento.

5. In effetti, né il bando, né le norme per la partecipazione, né il capitolato speciale avevano prescritto che le imprese partecipanti alla gara dovessero indicare i costi aziendali della sicurezza.

All'opposto, a pag. 11 delle norme di partecipazione era prescritto che l'offerta economica dovesse essere redatta secondo il modello predisposto di cui all'allegato C, il quale neppure esso conteneva la prescrizione in parola.

Né il bando - che resta la normativa speciale applicabile alla gara e che deve esplicitare in modo tassativo gli adempimenti richiesti ai concorrenti - aveva stabilito la pena dell'esclusione dalla gara in caso di omessa allegazione della dichiarazione di detti costi.

L'offerta della concorrente Vitalaire si è dunque risolta nella

scrupolosa compilazione dello schema predisposto in fac-simile dalla Stazione appaltante.

6. Così chiariti i presupposti in fatto, il ricorso incidentale non merita accoglimento.

Infatti, assume valore dirimente il fatto che la Stazione appaltante abbia predisposto, per la compilazione dell'offerta, un modulo non recante la dichiarazione degli oneri della sicurezza.

Ebbene, l'utilizzazione di detto modulo, esplicitamente consigliata, non può riverberarsi a danno del concorrente che ha fatto affidamento sull'esatta esaustività di quel modulo, il cui uso "*facoltativo*" non ha alcun rilievo. Questo Tribunale ha già avuto occasione di affermare che la modulistica predisposta dalla Stazione appaltante assolve a molteplici fini (rende omogenee le offerte, ne semplifica l'esame comparativo assolvendo ad una funzione acceleratoria) tra i quali v'è quello di agevolare i partecipanti, riducendo il rischio di errori. Quest'ultima fondamentale finalità, rispondente al principio cardine della massima partecipazione, sarebbe evidentemente frustrata ove i concorrenti, attenti a non esporsi al rischio di esclusioni per errori e omissioni nella redazione del fac-simile, siano poi ugualmente penalizzati per non aver integrato quel modulo predisposto dalla stessa amministrazione e perciò stesso ingenerante un obiettivo affidamento (cfr., T.R.G.A. Trento, 16.12.2011, n. 317).

L'aberrante risultato di una siffatta conclusione e la totale confusione e incertezza che deriverebbe alle procedure di gara non necessitano di

particolare illustrazione.

Basti solo considerare che gli essenziali valori dell'affidamento e della buona fede impediscono che le conseguenze di una condotta, erronea e/o omissiva, della Stazione appaltante, non immediatamente percepibile, possano essere trasferite sui partecipanti sanzionandoli con l'esclusione (cfr., in termini, C.d.S., sez. V, 22.5.2012, n. 2973; T.A.R. Umbria, 11.7.2012, n. 274).

Con la puntuale compilazione del modulo allegato agli atti di gara il concorrente ha pienamente rispettato gli ordinari canoni di diligenza e buona fede e non può dunque essergli imposto l'obbligo di soggiungere dichiarazioni ulteriori rispetto a quelle che la stessa Amministrazione ha reputato sufficienti ed esaustive (cfr., C.d.S., sez. III, 14.1.2013, n. 145); rischiando a sua volta di essere escluso per indebite (o comunque non richieste) aggiunte o integrazioni.

7. Peraltro, neppure gli invocati artt. 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, del Codice dei contratti pubblici prevedono la sanzione dell'esclusione per la mancata indicazione dei costi relativi alla sicurezza, e nemmeno in tal senso dispone l'art. 26, comma 6, del D.Lgs. n. 81 del 2008, con ciò implicitamente consentendo, ove necessario, la regolarizzazione della relativa documentazione (cfr., in termini, C.d.S., sez. III, 4.10.2012, n. 5203).

8. In conclusione, il ricorso incidentale deve essere respinto.

9. Il Collegio deve pertanto esaminare le censure mosse con l'atto introduttivo del giudizio.

Con un'unica, articolata censura Vitalaire denuncia l'illegittimità

dell'aggiudicazione disposta a favore di Vivisol, la cui offerta sarebbe incongrua e irrazionale: in particolare, il prezzo offerto per l'ossigeno (1,30 €/mc.) sarebbe al di sotto di quello di produzione; peraltro, anche altre componenti dell'offerta dimostrerebbero la non sostenibilità della stessa, fra cui l'assenza della dichiarata struttura sul territorio.

Inoltre, la sostenibilità dell'offerta aggiudicataria sarebbe smentita dall'operato della stessa Vivisol che, in una recente, analoga gara indetta dall'Azienda sanitaria di Udine, per l'ossigeno aveva offerto il prezzo di 1,68 €/mc.

10. La censura non coglie nel segno.

In linea generale, va ricordato che il giudizio positivo espresso dalla Stazione appaltante, cui è rimessa la tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto, è espressione di discrezionalità tecnica, non sindacabile in sede giurisdizionale in assenza di profili d'illogicità e di incongruità (cfr., C.d.S., sez. V, 28.11.2012, n. 6007; sez. IV, 23.7.2012, n. 4206; sez. V, 19.11.2012, n. 5846).

Inoltre, la valutazione della congruità di un'offerta potenzialmente anomala ha natura complessiva, unitaria e sintetica, vertendo essa sulla serietà della proposta nel suo complesso e non con riferimento a singole voci di prezzo, avulse dalla incidenza che potrebbero avere sull'offerta economica nel suo insieme (cfr., C.d.S., sez. III, 8.10.2012, n. 5238; sez. VI, 7.9.2012, n. 4744; sez. V, 12.3.2012, n. 1369), restando possibile solo un giudizio di inattendibilità di una o più voci che, per il loro peso e la loro incidenza complessiva, potrebbero

rendere l'intera operazione economica implausibile e, per l'effetto, insuscettibile di accettazione da parte dell'Amministrazione.

Va altresì ricordato che il giudizio negativo di anomalia richiede una motivazione rigorosa ed analitica, mentre non è richiesta una motivazione approfondita nell'ipotesi di esito positivo, essendo sufficiente una motivazione *per relationem* alle (adeguate) giustificazioni del concorrente (cfr., C.d.S., sez. V, 10.9.2012, n. 4785 e 29.2.2012, n. 1183).

Di conseguenza, in questa seconda evenienza incombe su chi contesti l'aggiudicazione l'onere di individuare gli specifici elementi da cui il Giudice amministrativo possa evincere una manifesta irragionevolezza o erroneità o travisamento (cfr., C.d.S., sez. V, 6.6.2012, n. 3340).

11. Tanto precisato in via generale, va innanzitutto rimarcato che l'APSS, constatata l'anomalia dell'offerta della controinteressata, le ha immediatamente chiesto le relative giustificazioni (cfr., doc. n. 3 in atti dell'Amministrazione).

Vivisol, con nota di riscontro del 31.5.2012, ha precisato che godeva di "economie di scala", perché presente "nel territorio limitrofo"; che presentava un duraturo utile di bilancio, oltre a solidità patrimoniale, ed ha fornito dati sui costi della sicurezza e del personale nonché una tabella indicante l'incidenza delle principali voci di costo (materie prime, personale, apparecchiature e ammortamenti, materiali di consumo, trasporti, costi generali, margine) sul prezzo complessivo (cfr., doc. n. 4 in atti dell'Amministrazione).

La stazione appaltante, pur “*apprezzando lo sforzo illustrativo*”, ha però ritenuto di richiedere ulteriori chiarimenti per la voce “*ossigeno-terapia domiciliare, sia nella parte ossigeno liquido che nella parte concentratori*” (cfr., doc. n. 4 bis e n. 5 in atti dell’Amministrazione).

In data 14.6.2012 Vivisol ha fornito - sia con riferimento al richiesto fabbisogno di 260.000 mc. di ossigeno liquido, sia per i concentratori di ossigeno – i dati relativi l’incidenza dei costi di produzione, di confezionamento, di ammortamento, di manutenzione, di consegna, delle spese generali e del margine previsto. Ha altresì precisato che la bassa incidenza della voce ammortamento (pari al 5%) era conseguente all’esito di alcune recenti gare che avevano “*comportato un consistente disimpegno di beni in parte già ammortizzati permettendo così a Vivisol di poterne disporre per il contratto in oggetto*” e che la durata contrattuale prevista (cinque anni) permetteva di conseguire vantaggiosi accordi contrattuali con i fornitori (cfr., doc. n. 6 in atti dell’Amministrazione).

L’istruttoria si è conclusa con la riunione del 22.6.2012 quando, esaminata l’ultima produzione di Vivisol, la Commissione ha ritenuto soddisfacenti le precisazioni fornite (doc. n. 7 in atti dell’Amministrazione).

Così riepilogate e analizzate le operazioni poste in essere dalla Stazione appaltante, il Collegio ritiene che esse resistano alle censure di difetto di istruttoria e di motivazione, poiché il giudizio conclusivo positivo, espresso *per relationem* ai chiarimenti resi dall’impresa vincitrice, è sufficiente - in base ai ricordati principi di diritto - a

sorreggere la motivazione del provvedimento impugnato.

12a. Quanto, poi, alle censure incentrate sulla comparazione con dati ricavati da una procedura aperta per l'affidamento di identici servizi recentemente vinta dall'attuale ricorrente Vitalaire e impugnata da Vivisol, seconda graduata in quella gara, e quindi decisa dal T.A.R. Trieste con sentenza n. 298, del 7.8.2012, che ha respinto il ricorso, esse sono del pari infondate.

12b. In primo luogo, perché è stato affermato dalla controinteressata (e non smentito da Vitalaire) che quella fornitura presentava per un verso un grado di complessità non comparabile con quella in esame e, per altro profilo, una durata inferiore - pari a quattro anni (doc. n. 15 in atti della Società aggiudicataria).

In secondo luogo, perché nella presente gara, a differenza di quella indetta dall'A.S.L. di Udine, occorre indicare il prezzo dell'ossigeno distinto dai canoni mensili di assistenza infermieristica e per i materiali di consumo: cosicché non è corretto equiparare *tout court* i prezzi unitari dell'ossigeno liquido offerto nelle due distinte gare.

Ciononostante, non può non rilevare il Collegio che la ricorrente Vitalaire si è aggiudicata la gara friulana offrendo per l'ossigeno liquido il prezzo onnicomprensivo pari a 1,27 €/mc. - quindi inferiore al prezzo che la stessa qui contesta alla contro interessata - al quale, come già detto, per poter essere paragonato a quello dell'altra gara, dovrebbero essere aggiunti i canoni mensili per l'assistenza e i materiali di consumo. Tale calcolo è stato eseguito - ai soli fini di giudizio - dall'intimata Vivisol e da esso emerge la coerenza delle

offerte da essa presentate (pagg. 17 e 18 memoria dd. 11.9.2012).

12c. Del tutto non pertinenti (anzi, errate) appaiono poi le ulteriori argomentazioni svolte per tentare di dimostrare la non congruità della voce relativa all'ossigeno dell'offerta vincitrice. Infatti:

- Vivisol non ha affermato che i costi aziendali sono pari all'11%, bensì che incidono sull'intera offerta per il 16% e che solo sulla voce ossigeno liquido gravano per l'11%;
- anche il confronto effettuato dalla ricorrente con le due tabelle a pag. 16 della memoria del 22.1.2013 non è funzionale alle tesi da essa sostenute, perché compara tabelle aventi oggetti diversi: la prima riguarda il prezzo complessivo offerto per il lotto n. 2 mentre la seconda specifica l'incidenza percentuale dei vari costi rispetto all'importo della sola voce dell'ossigeno liquido;
- quanto agli ammortamenti, si è già detto che l'aggiudicataria aveva precisato che l'esito di alcune recenti gare avevano *“comportato un consistente disimpegno di beni in parte già ammortizzati permettendo così a Vivisol di poterne disporre per il contratto in oggetto”*;
- per quanto concerne, invece, il costo dei materiali di consumo, asseritamente *“non menzionato”*, la normativa di gara aveva richiesto che esso fosse compreso nella specifica voce di offerta *“canoni mensili di assistenza infermieristica e materiali consumo pazienti”*;
- da ultimo, circa le contestate *“economie di scala”*, si osserva che Vivisol ha affermato non di avere strutture operanti nel territorio della Regione Trentino - Alto Adige, bensì nel *“territorio limitrofo”*: su questo punto la stessa Azienda sanitaria di Trento ha precisato (non

contraddetta) che Vivisol ha forniture in corso con aziende sanitarie sia della Regione Lombardia che della Regione Veneto;

- inoltre, l'aggiudicataria ha dichiarato di avere uno stabilimento di produzione primaria a Verona che le permette di servire l'Azienda sanitaria trentina con un significativo vantaggio competitivo.

13. In conclusione, alla luce delle suesposte considerazioni anche il ricorso principale deve essere respinto.

14. All'infondatezza della domanda di annullamento consegue, inevitabilmente, il rigetto di quella risarcitoria.

15. Le spese di lite possono rimanere compensate, anche per la soccombenza reciproca delle due concorrenti.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica)

definitivamente pronunciando sul ricorso n. 225 del 2012,

- quanto al ricorso incidentale, lo respinge;

- quanto al ricorso principale, lo respinge.

Compensa le spese di giudizio.

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'Autorità amministrativa

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Alma Chiettoni, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/03/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)