



REPUBBLICA ITALIANA
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 2835 del 2013, proposto da:

Vivisol s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di mandataria dell'associazione temporanea d'impresa Ati-Linde Medicale s.r.l., rappresentata e difesa dall'Avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Giuseppe Franco Ferrari in Roma, via di Ripetta, n. 142;

contro

Azienda Unità Sanitaria Locale di Frosinone, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Massimo Colonnello, con domicilio eletto presso l'Avv. Chiara Borromeo in Roma, via Alessandria, n. 25;

nei confronti di

Life Cure s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Maria Rosaria Ambrosini, dall'Avv. Domenico Gentile e dall'Avv. Domenico Galli, con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Domenico Gentile in Roma, via Orsini, n. 19;

Sapio Life s.r.l.;

Regione Lazio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - SEZ. STACCATA DI LATINA: SEZIONE I n. 00134/2013, resa tra le parti, concernente l'affidamento quinquennale del servizio di assistenza domiciliare integrata di alta intensità per pazienti in ventilazione polmonare – risarcimento dei danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Unità Sanitaria Locale Frosinone e di Life Cure s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2013 il Cons. Massimiliano Nocelli e uditi per le parti l'Avv. Ferrari, l'Avv. Colonnello e l'Avv. Gentile;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'A.U.S.L. di Frosinone indiceva gara, mediante procedura aperta, per l'affidamento quinquennale del servizio di assistenza domiciliare integrata ad alta intensità per pazienti in ventilazione polmonare assistita.
2. Il metodo di aggiudicazione prescelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base dei punteggi specificamente fissati nell'art. 4 del capitolato speciale d'appalto.
3. Entro il termine di ricezione fissato il 19.9.2011 pervenivano all'A.U.S.L. di Frosinone 4 plichi contenenti le offerte, tra gli altri, dell'a.t.i. Vivisol s.r.l. – Linde Medicale s.r.l. e dell'a.t.i. Life Cure s.r.l. – Sapio Life s.r.l.
4. In seguito all'esclusione disposta nei confronti delle altre due concorrenti, nella seduta del 17.1.2012, rimanevano in gara i soli raggruppamenti di Vivisol s.r.l., odierna appellante, e di Life Cure s.r.l.
5. Le due concorrenti venivano convocate nella seduta pubblica del 2.4.2012, nel corso della quale il Presidente della Commissione dava lettura del precedente verbale n. 15, comunicando l'esclusione dell'a.t.i. Vivisol s.r.l. – Linde Medicale s.r.l. e l'aggiudicazione provvisoria del servizio all'a.t.i. Life Cure s.r.l. – Sapio Life s.r.l.
6. Dell'intervenuta esclusione e dell'aggiudicazione definitiva, *medio tempore* disposta con deliberazione n. 400 del 13.4.2012, l'a.t.i. Vivisol s.r.l. – Linde Medicale s.r.l. riceveva comunicazione con nota prot. 1933 del 16.4.2012.
7. Avverso tali atti l'a.t.i. esclusa proponeva ricorso avanti al T.A.R. Lazio, Sezione staccata di Latina, per la ritenuta illegittimità della sua esclusione determinata dalla presunta indeterminatezza della sua offerta riconducibile alla mancata indicazione dell'offerta economica al netto degli oneri per la sicurezza, domandando l'annullamento, previa sospensione, degli stessi nonché la declaratoria di inefficacia del contratto, ove nelle more sottoscritto, e del diritto della ricorrente, previa sua riammissione alla gara, a conseguire l'aggiudicazione e a subentrare nel medesimo contratto o, comunque, ad ottenere il risarcimento del danno per equivalente, nell'ipotesi in cui non fosse possibile conseguire il risarcimento in forma specifica.
8. Si costituivano nel giudizio di prime cure sia l'Amministrazione resistente che l'a.t.i. controinteressata, chiedendo entrambe, seppur per diversi motivi, la reiezione del ricorso.
8. Il T.A.R. Lazio, con ordinanza n. 164 del 24.5.2012, rigettava l'istanza cautelare di sospensione e tale provvedimento veniva confermato da questo Consiglio con ordinanza n. 2617 del 7.7.2012.
9. La ricorrente, con atto notificato il 20.6.2012, proponeva intanto ricorso per motivi aggiunti avverso gli stessi provvedimenti già impugnati, deducendone l'illegittimità sotto il profilo della sua esclusione anche nell'ipotesi in cui gli oneri per la sicurezza fossero ascrivibili al novero di quelli interferenziali, come eccepito dalla controinteressata nella memoria difensiva della fase cautelare.
10. L'Amministrazione resistente e la controinteressata contestavano a loro volta, con le successive memorie, tanto l'ammissibilità che la fondatezza anche dei motivi aggiunti.
11. Il T.A.R. Lazio, Sezione staccata di Latina, con la sentenza n. 134 del 7.2.2013, rigettava il ricorso proposto dall'a.t.i. Vivisol s.r.l. – Linde Medicale s.r.l., condannandola alla rifusione delle spese di lite nei confronti dell'A.U.S.L. di Frosinone e dell'ATI controinteressata.
12. Avverso tale sentenza ha proposto appello l'ATI Vivisol s.r.l. – Linde Medicale s.r.l., chiedendone, previa sospensione, l'annullamento e/o la riforma e riproponendo tutte le domande già formulate nel primo giudizio.
13. Si sono costituite entrambe le appellate A.S.L. e ATI Life Cure s.r.l. – Sapio Life s.r.l., chiedendo entrambe di rigettare l'avversario gravame.
14. Alla camera di consiglio del 3.5.2013, fissata per l'esame dell'istanza di sospensione, la causa veniva rinviata all'udienza del 12.7.2013 per la trattazione del merito.
15. All'udienza pubblica del 12.7.2013 il Collegio, uditi i difensori, ha trattenuto la causa in decisione.

16. L'appello deve essere accolto.

17. Dal verbale del 26 marzo 2012 si desume che l'a.t.i. *“viene esclusa dalla procedura di gara poiché, a parere della Commissione, ha prodotto un'offerta economica che, essendo espressa in modo indeterminato, è da ritenersi nulla”*.

17.1. *“In particolare – si legge nel predetto verbale –non vengono determinati né l'esatto ammontare delle tariffe praticate per gli accessi riferiti ai vari tipi di assistenza né l'importo puntuale del “Pacchetto servizi fissi”. Tali valori, infatti, come esplicitati per relationem nel predetto N.B., aggiunto impropriamente sulla scheda di offerta economica allegata al Capitolato (Allegato A), sono già comprensivi degli oneri per la sicurezza. Tali oneri, come prescritto, in maniera chiara sull'Allegato A, si sarebbero dovuti sommare, per l'importo stabilito dalla Stazione Appaltante, all' “Importo annuale dell'offerta economica (Iva esclusa)” per ottenere l' “Importo annuale dell'offerta economica (Iva esclusa) compresi gli oneri annuali per la sicurezza”*.

17.2. L'azienda, come ha anche osservato il giudice di prime cure, ha ricondotto quindi la nullità dell'offerta e l'esclusione al fatto che l'identità degli importi totali, anche alla luce del NB aggiunto all'allegato “A”, certificherebbe come i corrispettivi richiesti per ogni prestazione includano gli oneri di sicurezza e, da tanto, ha tratto la conclusione per la quale, in tal modo, non sarebbero stati *“determinati né l'esatto ammontare delle tariffe praticate per gli accessi riferiti ai vari tipi di assistenza né l'importo puntuale del “Pacchetto servizi fissi”*.

18. Il T.A.R., nel respingere il ricorso proposto dall'a.t.i. Vivisol s.r.l. – Linde Medicale s.r.l., ha ritenuto che dal verbale del 26.3.2012 emerga con chiarezza che per l'esclusione dell'a.t.i. non rilevi la questione degli oneri di sicurezza e della loro distinzione in *“oneri per rischi da interferenze”* ed *“oneri connessi ai costi specifici dell'impresa”*, bensì quella interessante il modo prescelto per formulare l'offerta economica e gli effetti in termini di conformità ed intelligibilità della stessa.

18.1. *“Detto altrimenti – secondo il giudice di prime cure –nella vicenda ha assunto rilievo non l'ammontare dei citati oneri ma il modo in cui esso è stato integrato nella presentazione dell'offerta e le conseguenze di una tale opzione”*.

18.2. Quanto alle modalità, infatti, l'azienda avrebbe predisposto, secondo il T.A.R., un modulo vincolando ogni offerente ai contenuti dello schema e, quindi, all'obbligo di confezionare la proposta in conformità alla struttura dell'allegato atto a contenere gli importi annuali e la quotazione del tipo di servizio in rapporto al numero dei destinatari e delle prestazioni da rendere.

18.3. Quanto agli effetti, invece, la Commissione, attingendo alla citata postilla, ha riscontrato l'assenza di proposte relative e richieste unicamente per il solo corrispettivo degli accessi e del *“Pacchetto servizi fissi”*, rilevando l'inclusione nei valori degli oneri per la sicurezza.

18.4. La conclusione che si dovrebbe trarre da siffatte indicazioni è quindi nel senso che l'azienda aveva chiesto ai partecipanti di quotare ogni prestazione di servizio al netto dei costi di sicurezza i quali avrebbero dovuto poi esser indicati e sommati al totale dei corrispettivi.

18.5. Ciò ha indotto il primo giudice a disattendere la tesi dell'originaria ricorrente nonché odierna appellante, secondo la quale, dal momento in cui è risultata determinante la mancata indicazione dell'importo offerto al netto degli oneri di sicurezza, l'importo si sarebbe potuto ricavare con una semplice operazione matematica.

Tale tesi sarebbe infondata in quanto, avendo l'azienda già fissato l'ammontare degli oneri, con il predisporre le indicazioni da osservare ai fini della formulazione della proposta ha, evidentemente, esplicitato il proprio interesse a conoscere l'importo netto dei corrispettivi.

18.6. Una tale conclusione *“sull'aspetto principale della controversia”*, come ha affermato il primo giudice, gli ha consentito di richiamare, per le restanti censure sostanzianti il motivo in esame, quanto già affermato in sede

cautelare, e quindi di ribadire che: (a) l'obbligo di formulare la proposta discenderebbe da un'espressa previsione contenuta in un allegato che si integra nel complesso delle norme di gara, il che sarebbe dimostrato anche dal testuale richiamo di cui a pagina 6 di pagina 20 del capitolato speciale dal quale si desume poi l'espressa previsione della nullità delle "offerte ... comunque espresse in modo indeterminato"; (b) le modalità richieste dall'azienda, da osservare nella formulazione dell'offerta, non sono state fissate in maniera ambigua deponendo, da un lato, la chiara previsione sulla necessità di indicare le tariffe dei singoli servizi al netto dell'incidenza degli oneri ed un "importo annuale offerta economica (IVA esclusa)" separato da un "importo annuale offerta economica (IVA esclusa) compresi gli Oneri annuali per la sicurezza", dall'altro, l'assenza di possibili contrasti con il capitolato speciale che a detto allegato invece rinvia; (c) infine che non coglie nel segno la dedotta violazione dell'articolo 46, comma 1bis, del d. lgs. 163 del 2006 di possibile nullità di una "clausola espressa di esclusione per l'ipotesi di mancata indicazione dell'importo offerto al netto degli oneri di sicurezza", censura non riferibile alla vicenda che verterebbe sul contenuto dell'offerta ritenuta difforme ed indeterminata perché, includendo gli oneri di sicurezza nelle tariffe relative alla prestazione dei singoli servizi, avrebbe impedito alla stazione appaltante di riscontrare il corrispettivo al netto di detti oneri.

19. Così ricostruito, nelle linee essenziali, l'iter motivazionale del primo giudice, che è pervenuto alla decisione di respingere il ricorso, occorre subito osservare come, contrariamente a quanto ritenuto nella sentenza impugnata, un aspetto non secondario della controversia consista proprio nella qualificazione degli oneri della sicurezza indicati nella *lex specialis*.

19.1. Il necessario approfondimento circa la natura dei costi per la sicurezza indicati nella *lex specialis* e, di conseguenza, in ordine alla conformità e alla completezza dell'offerta economica presentata dall'odierna appellante, aspetto la cui centralità questo Consiglio aveva già sottolineato nell'ordinanza cautelare n. 2617 del 7.7.2012, è stato invece eluso dal primo giudice, che ha fondato il proprio convincimento su erronee e non pertinenti motivazioni.

20. Al riguardo deve anzitutto osservarsi che, diversamente da quanto ha ritenuto il T.A.R., l'offerta economica dell'a.t.i. Vivisol s.r.l. – Linde Medicale s.r.l. non è né generica né indeterminata, poiché in essa (doc. 17 fasc. parte appellante) si leggono chiaramente sia l'importo annuale dell'offerta economica (€ 1.915.812,50) sia l'importo degli oneri annuali per la sicurezza (€ 80.000,00), di importo almeno pari a quello previsto all'art. 3 del capitolato speciale d'appalto, sia, infine, l'importo annuale dell'offerta economica, comprensiva degli oneri annuali per la sicurezza (€ 1.915.812,50).

Nel N.B. apposto in calce all'offerta la concorrente ha precisato espressamente che "gli importi annuali dell'Offerta economica coincidono perché derivanti dall'applicazione delle tariffe/prezzi comprensivi della copertura dei costi della sicurezza" sul presupposto che "questi ultimi, in quanto costi aziendali, devono infatti essere coperti dai ricavi e quindi dall'applicazione delle tariffe".

21. L'a.t.i. Vivisol s.r.l. – Linde Medicale s.r.l. non pare in ciò essersi significativamente discostata dalle prescrizioni del bando.

21.1. Proprio la precisazione contenuta nella nota consentiva alla Commissione di comprendere, come del resto risulta chiaramente dal verbale n. 13 del 13.3.2012, che l'offerta economica era comprensiva degli oneri per la sicurezza, indicati in € 80.000,00 in conformità a quanto previsto dall'art. 3 del capitolato speciale d'appalto.

22. La rigorosa e formalistica interpretazione della *lex specialis*, seguita dall'Amministrazione e, con essa, dal primo giudice, non trova d'altro canto riscontro nelle previsioni del bando e del capitolato speciale d'appalto.

22.1. L'art. 1 del capitolato speciale d'appalto prevede che l'offerta economica sia redatta in italiano e debitamente sottoscritta dal legale rappresentante della ditta, utilizzando la scheda di offerta allegata al capitolato (Allegato A),

e che gli oneri per la sicurezza siano indicati per un importo almeno pari a quello stabilito dal successivo art. 3.

22.2. L'art. 1 prosegue, poi, stabilendo che “*saranno dichiarate nulle quelle offerte che contengano riserve, condizioni, che siano comunque espresse in modo indeterminato o con un semplice riferimento ad altra offerta propria o di terzi*”.

22.3. Ebbene, tutto ciò considerando, l'a.t.i. Vivisol s.r.l. – Linde Medicale s.r.l. si è attenuta alla legge di gara, compilando l'Allegato A predisposto dalla stazione appaltante, senza tuttavia scorporare dall'importo annuale dell'offerta economica gli oneri per la sicurezza, che ha comunque indicato nella somma di € 80.000,00.

22.4. Ciò l'a.t.i. ha consapevolmente fatto nella convinzione, invero non irragionevole né pretestuosa, che tali oneri, per la natura e l'oggetto dell'appalto, non fossero interferenziali, ma da rischio specifico, sicché essi dovevano a suo giudizio essere calcolati, come precisato nella nota contenuta in calce all'offerta economica, quale parte integrante e non separata del prezzo offerto, perché compresi e “coperti” nelle tariffe applicate.

22.5. Ma tale modalità di calcolo non precludeva affatto alla Commissione di verificare l'importo dell'offerta economica dell'a.t.i. al netto degli oneri, posto che, avendo essa indicato in € 1.915.812,50 l'importo complessivo dell'offerta, siccome comprensivo degli oneri, e in € 80.000,00 il costo degli oneri per la sicurezza, ben avrebbe potuto (e dovuto) la Commissione, dopo aver rilevato le “*particolarità*” di tale offerta nel verbale n. 13 del 13.3.2012, procedere ad una semplice e per nulla ambigua operazione di sottrazione, con il risultato di pervenire all'importo di € 1.835.812,50.

22.6. L'offerta economica dell'a.t.i., proprio per le precisazioni contenute a piè di pagina, non lasciava margine di errore o dubbio circa il suo importo effettivo al netto degli oneri, quand'anche la stazione appaltante non avesse ritenuto condivisibile la qualificazione degli oneri proposta dalla concorrente.

22.7. E del resto, se la stazione appaltante avesse avuto dei dubbi circa la regolarità dell'offerta, dubbi – come si dirà – generati proprio dalla mancata specificazione della natura degli oneri in oggetto da parte della stazione stessa, ben avrebbe potuto e dovuto richiedere i necessari chiarimenti all'a.t.i., ai sensi dell'art. 46 del d. lgs. 163/2006, senza trincerarsi dietro una formalistica e sbrigativa declaratoria di nullità dell'offerta, che in nessun modo era ed è giustificata dalle previsioni della *lex specialis*, che si limita a prevedere la nullità di un'offerta generica e soggetta a riserve e condizioni, non di un'offerta che, al limite e a tutto concedere, si presenti ambigua per aver male interpretato il significato di una previsione del capitolato speciale, quella relativa agli oneri per la sicurezza, senza peraltro e comunque violarne il limite minimo annuo stabilito in € 80.000,00.

23. Il vizio genetico di ambiguità, se di ambiguità si vuol parlare, non sta allora nell'offerta economica dell'a.t.i., ma nella mancata definizione stessa degli oneri della sicurezza da parte della stazione appaltante.

23.1. Questa ha solo quantificato, nell'art. 3 del capitolato speciale d'appalto, l'importo di tali oneri per la sicurezza, non soggetti a ribasso, nell'importo minimo annuo di € 80.000,00, senza specificare, tuttavia, la loro natura.

23.2. Si delinea quindi la controversa e centrale questione della loro qualificazione, sulla quale è invece rimasta silente la *lex specialis*.

L'esame di tale questione, tempestivamente sollevata dall'a.t.i. Vivisol s.r.l. con il ricorso per motivi aggiunti solo in seguito alle difese svolte in primo grado dall'a.t.i. controinteressata, che aveva sostenuto la loro riconducibilità agli oneri interferenziali nella propria memoria di costituzione, è stato erroneamente trascurato dal primo giudice, che si è arrestato ad un'interpretazione formalistica della *lex specialis*, non conforme alla sostanza del suo significato né all'effettivo contenuto dell'offerta presentata dall'a.t.i.

23.3. L'appalto di servizi di cui è controversia, preme qui sottolineare, ha ad oggetto la prestazione di assistenza domiciliare integrata presso l'abitazione dei pazienti in ventilazione polmonare assistita.

23.4. Coglie allora nel segno il rilievo dell'a.t.i. appellante, la quale lamenta che proprio la natura dei servizi in oggetto sembri far escludere che si tratti di oneri c.d. interferenziali.

24. Occorre sul punto, per comprendere il significato tecnico di tale doglianza, rammentare quale sia la *summa divisio* in materia di oneri della sicurezza.

25. La Sezione ha sul punto già chiarito che *“gli oneri della sicurezza – sia nel comparto dei lavori che in quelli dei servizi e delle forniture – devono essere distinti tra oneri, non soggetti a ribasso, finalizzati all’eliminazione dei rischi da interferenze (che devono essere quantificati dalla stazione appaltante nel DUVRI) ed oneri concernenti i costi specifici connessi con l’attività delle imprese che devono essere indicati dalle stesse nelle rispettive offerte, con il conseguente onere per la stazione appaltante di valutarne la congruità (anche al di fuori del procedimento di verifica delle offerte anomale) rispetto all’entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura”* (Cons. St., sez. III, 19.1.2012, n. 212).

26. Al riguardo giova qui riportare, per il suo contenuto chiarificatore, anche la determinazione n. 3/2008 del 5.3.2008 dell’Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici.

27. *“Si parla di interferenza nella circostanza in cui si verifica un “contatto rischioso” tra il personale del committente e quello dell’appaltatore o tra il personale di imprese diverse che operano nella stessa sede aziendale con contratti differenti.*

In linea di principio, occorre mettere in relazione i rischi presenti nei luoghi in cui verrà espletato il servizio o la fornitura con i rischi derivanti dall’esecuzione del contratto.

Le Stazioni Appaltanti hanno come unico riferimento per la redazione del DUVRI l’art. 7 del citato D.lgs n. 626/94 riguardante i contratti di appalto o contratti d’opera, che non fornisce indicazioni di dettaglio sulle modalità operative per la sua redazione.

Dal dettato normativo, tuttavia, discende che il DUVRI deve essere redatto solo nei casi in cui esistano interferenze. In esso, dunque, non devono essere riportati i rischi propri dell’attività delle singole imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi, in quanto trattasi di rischi per i quali resta immutato l’obbligo dell’appaltatore di redigere un apposito documento di valutazione e di provvedere all’attuazione delle misure necessarie per ridurre o eliminare al minimo tali rischi.

In assenza di interferenze non occorre redigere il DUVRI; tuttavia si ritiene necessario indicare nella documentazione di gara (bandi, inviti e richieste di offerta) che l’importo degli oneri della sicurezza è pari a zero. In tal modo, infatti, si rende noto che la valutazione dell’eventuale esistenza di interferenze è stata comunque effettuata, anche se solo per escluderne l’esistenza”.

28. L’Autorità, nella citata delibera, ha chiarito che è possibile escludere preventivamente la predisposizione del DUVRI e la conseguente stima dei costi della sicurezza rispetto ai *“servizi per i quali non è prevista l’esecuzione all’interno della Stazione appaltante, intendendo per “interno” tutti i locali/luoghi messi a disposizione dalla stessa per l’espletamento del servizio, anche non sede dei propri uffici”.*

29. Questo essendo il quadro tecnico-regolamentare della materia, dunque, non può non condividersi la doglianza dell’appellante, la quale censura l’ambiguità e l’equivocità della determinazione degli oneri per la sicurezza nel caso di specie.

30. La stazione appaltante ha infatti determinato il loro importo minimo in € 80.000,00, non soggetto a ribasso, senza chiarire se essi fossero dovuti o meno ad interferenze.

31. Non è stato redatto il DUVRI e non è dato comprendere se ciò non sia stato fatto appunto perché la stazione appaltante riteneva che gli oneri previsti rientrassero tra quelli da rischio aziendale o perché, pur essendo essi interferenziali, l’appalto non avrebbe dovuto comunque essere eseguito presso la stazione appaltante.

32. Il capitolato speciale d'appalto, ciononostante, ha quantificato tali oneri per la sicurezza in un importo annuo fisso di € 80.000,00, espressamente dichiarato non soggetto a ribasso, ciò che, invece, sembrerebbe far pensare ad una loro qualificazione in termini di oneri interferenziali.
33. D'altra parte la circostanza che, nel caso di specie, non possa verificarsi un "contatto rischioso" tra il personale del committente e quello dell'appaltatore o tra il personale di imprese diverse che operano nella stessa sede aziendale con contratti differenti, venendo in rilievo un servizio di assistenza domiciliare, lascia ritenere che, proprio per la natura del servizio, ben difficilmente possa parlarsi di oneri da interferenza, anche se la stazione appaltante ha precisato che essi non sono soggetti a ribasso.
34. Anche la mancata predisposizione del DUVRI in via preventiva sembra autorizzare una simile conclusione, considerando, peraltro, che, benché il DUVRI debba essere redatto solo laddove esistano interferenze, nel caso di specie non ipotizzabili, la stazione appaltante avrebbe dovuto "*indicare nella documentazione di gara (bandi, inviti e richieste di offerta) che l'importo degli oneri della sicurezza è pari a zero*", poiché "*in tal modo [...] si rende noto che la valutazione dell'eventuale esistenza di interferenze è stata comunque effettuata, anche se solo per escluderne l'esistenza*", come ha chiarito l'Autorità di Vigilanza nella sopra citata delibera.
35. Di fronte a tale quadro regolamentare della *lex specialis*, ambiguo e lacunoso, non va nemmeno esente da censura la stessa condotta tenuta dalla stazione appaltante, posto che, di fronte all'istanza di chiarimenti sul punto formulata dalla stessa a.t.i. Vivisol s.r.l. – Linde Medicale s.r.l., essa si è limitata a richiamare con la nota prot. 25220 del 28.12.2012 (doc. 3 fasc. parte appellante), in modo laconico ed evasivo, quanto già stabilito, altrettanto non perspicuamente, dal capitolato speciale d'appalto, trincerandosi proprio dietro a quelle equivoche previsioni che, invece, avrebbero potuto costituire oggetto, una volta per tutte, di un doveroso chiarimento.
36. Discende da quanto esposto che l'aggiunta contenuta in calce all'offerta economica di Vivisol s.r.l., nel N.B., appare tutt'altro che peregrina e foriera di ambiguità, riflettendo anzi il dubbio più che fondato, da parte della concorrente, in ordine alla natura degli oneri della sicurezza, dubbio non dissipato, nemmeno e anzitutto, dalla stessa stazione appaltante.
37. In ogni caso tale dubbio, legittimo, non ha generato alcuna indeterminatezza nell'offerta, poiché la Commissione avrebbe ben potuto apprezzare quale fosse il valore economico di tale offerta al netto degli oneri della sicurezza, espressamente indicati in € 80.000,00, proprio alla luce delle precisazioni contenute nell'offerta stessa.
- 37.1. E ciò tanto più perché la modalità di calcolo, contenuta nell'offerta, rispecchiava e ripeteva l'ambiguità di fondo che caratterizzava in radice la mancata specificazione, da parte della stazione appaltante, della natura degli oneri per la sicurezza in questione, sicché non irragionevolmente essi erano stati calcolati dall'a.t.i. come parte integrante, anche se facilmente scorporabile, del prezzo complessivo.
38. Ne segue che è del tutto illegittimo e non conforme alle previsioni della *lex specialis* il provvedimento di esclusione dell'a.t.i., odierna appellante, che pertanto doveva essere ammessa alla gara e anzi, per le ragioni che ora meglio si esporranno, avrebbe dovuto risultarne vincitrice.
39. Quanto alla domanda di risarcimento in forma specifica e di subentro nel contratto *medio tempore* stipulata dall'Azienda con l'a.t.i. Life Cure s.r.l. – Sapio Life s.r.l., formulata dall'appellante ai sensi e nei termini di cui all'art. 122 c.p.a. e di cui all'art. 124 c.p.a., ritiene il Collegio che essa debba trovare accoglimento.
40. Se infatti la Commissione avesse correttamente valutato l'offerta economica dell'a.t.i. appellante, semplicemente scomputando i costi della sicurezza dal totale dell'offerta economica, questa sarebbe stata legittima aggiudicataria della gara.
41. Valgano, al riguardo, le seguenti considerazioni.

41.1. Nel corso della gara l'a.t.i. Vivisol s.r.l. – Linde Medicale s.r.l. ha riportato, per l'offerta tecnica, un punteggio di 55, mentre l'a.t.i. Life Cure s.r.l. – Sapio Life s.r.l. ha riportato un punteggio superiore di 60.

41.2. Quanto all'offerta economica, invece, il capitolato speciale d'appalto ha previsto, all'art. 4, che sarebbe stato attribuito il valore 40 all'offerta economica, riferita al periodo di un anno, avente il prezzo più basso, mentre la graduatoria delle offerte sarebbe avvenuta sulla base della seguente formula:

$$MO:Mn = X:40$$

dove MO sta a significare la migliore offerta economica e Mn l'offerta crescente rispetto alla migliore.

L'art. 4 del capitolato speciale d'appalto ha infine stabilito che *“i due valori ottenuti per ogni ditta (qualità + prezzo) saranno sommati e sarà individuata, come migliore offerta, quella che avrà ottenuto il punteggio più elevato”*.

41.3. Nel caso di specie l'offerta economica dell'a.t.i. Vivisol s.r.l., detratti gli oneri per la sicurezza per le ragioni sopra esposte, era pari ad € 1.835.812,50, mentre l'offerta economica dell'a.t.i. Life Cure s.r.l. era pari ad € 2.119.467,50.

41.4. Applicando la formula di cui sopra, quindi, l'a.t.i. Vivisol s.r.l. – Linde s.r.l. avrebbe ottenuto il punteggio di 95 (55 + 40), mentre l'a.t.i. Life Cure s.r.l. – Vivisol s.r.l. avrebbe ottenuto il punteggio di 94,64 (60 + 34,64), con conseguente aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore della prima.

41.5. Ne segue che, risultando l'odierna appellante legittimamente prima in graduatoria, debba essere annullata l'aggiudicazione definitiva della gara in favore dell'a.t.i. Life Cure s.r.l. – Sapio Life s.r.l.

41.6. L'odierna appellante deve quindi subentrare all'a.t.i. Life Cure s.r.l. – Sapio Life s.r.l. nell'esecuzione dell'appalto, con conseguente declaratoria di inefficacia, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., del contratto stipulato tra l'A.S.L. e l'a.t.i. Life Cure s.r.l. il 13.9.2012 ed eseguito, secondo quanto ha rappresentato l'A.S.L. nella propria memoria difensiva (p. 15), a far data dal 19.11.2012.

41.7. Ritiene il Collegio, dopo aver attentamente valutato, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., gli interessi delle parti, la concreta ed innegabile possibilità, per l'appellante, di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, lo stato di esecuzione del contratto, che non è ancora giunto alla prima scadenza annuale, nonché la mancanza di ostacoli alla accertata possibilità, da parte dell'a.t.i. Vivisol s.r.l. – Linde Medicale s.r.l., di subentrare nel contratto, che quest'ultima possa e debba subentrare nel contratto stesso a far data dal 12.9.2012, coincidente con la prima scadenza annuale del contratto che, giova ricordarlo, ha natura quinquennale.

41.8. Tanto impone, in mancanza di elementi contrari valutabili ai sensi dell'art. 122 c.p.a., il principio di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva e, come tale, totalmente soddisfattiva per il concorrente illegittimamente escluso che, anzi, avrebbe dovuto aggiudicarsi la gara.

41.9. E del resto, merita qui solo aggiungere, il medesimo contratto stipulato dall'A.U.S.L. di Frosinone con l'a.t.i. Life Cure s.r.l. – Sapio Life s.r.l. ha previsto, all'art. 3, che *“l'AUSL di Frosinone si riserva la facoltà di procedere alla risoluzione del presente contratto qualora il Giudice amministrativo dovesse accogliere il ricorso esperito”* dall'a.t.i. Vivisol s.r.l. – Linde Medicale s.r.l.

42. Restano naturalmente salve tutte le prestazioni contrattuali rese dall'a.t.i. Life Cure s.r.l. – Sapio Cure s.r.l. in favore della stazione appaltante sino a quella data, anche in virtù del generale principio sancito dall'art. 1458 c.c., a norma della quale la risoluzione – o comunque, come nel caso di specie, l'inefficacia del contratto – ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'inefficacia non si estende alle prestazioni già eseguite.

43. Le spese di entrambi i gradi di giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza dell'A.U.S.L. di Frosinone.

44. Ritiene invece il Collegio che sussistano gravi ragioni, proprio per l'ambiguità delle previsioni della *lex specialis* e per il comportamento della stazione appaltante, per compensare interamente le spese di lite tra l'odierna appellante e Life Cure s.r.l.

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 integrale riforma della sentenza impugnata, annulla l'esclusione dell'a.t.i. Vivisol s.r.l. – Linde Medicale s.r.l. dalla gara nonché l'aggiudicazione definitiva della gara in favore dell'a.t.i. Life Cure s.r.l. – Sapio Life s.r.l.

Dichiara l'inefficacia del contratto stipulato il 12.9.2012 tra l'Azienda Unità Sanitaria Locale di Frosinone e l'a.t.i. Life Cure s.r.l. – Sapio Life s.r.l., salve le prestazioni effettuate sino alla data del 12.9.2013, e dispone il subentro dell'a.t.i. Vivisol s.r.l. – Linde Medicale s.r.l. nel contratto medesimo da tale data.

Condanna l'Azienda Unità Sanitaria Locale di Frosinone a rifondere in favore di Vivisol s.r.l. le spese di entrambi i gradi di giudizio, che liquida nel complessivo importo di € 8.000,00, oltre gli accessori di legge.

Compensa interamente tra Vivisol s.r.l. e Life Cure s.r.l. le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/09/2013

IL SEGRETARIO

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