



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 3560 del 2013, proposto da:

Linde Medicale S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Alessandro Pace, Ottavio Grandinetti e Alessia Fiore, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Ottavio Grandinetti in Roma, via Alberto Caroncini, n.2;;

contro

Estav Centro - Ente per i Servizi Tecnico Amministrativi Di Area Vasta Centro, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Iaria, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Corso Vittorio Emanuele II, n.18;

Estav Centro - Dipartimento Acquisizione Beni e Servizi - Acquisizione Farmaci e Diagnostici, in persona del legale rappresentante pro-tempore;

nei confronti di

Sapio Life S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Maria Rosaria Ambrosini, Emanuela Persichetti e Stefano Vinti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Stefano Vinti in Roma, via Emilia, n. 88;

Regione Toscana, in persona del Presidente pro-tempore;

Azienda Usl 3 Pistoia, Azienda Usl 4 Prato, Azienda Sanitaria Di Firenze, Azienda Usl 11 Empoli, Gas Tecnici Foligno Srl, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore;

della sentenza del t.a.r. toscana – firenze, sezione i, n. 00141/2013, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio quinquennale per il trattamento domiciliare dei pazienti affetti da insufficienza respiratoria cronica con ossigenoterapia, assistenza ventilatoria meccanica – risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Estav Centro - Ente Per i Servizi Tecnico Amministrativi Di Area Vasta Centro e di Sapio Life S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 ottobre 2013 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli avvocati Fiore e Marrone su delega di Iaria, Picozza su delega di Vinti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - Linde Medicale S.r.l. (Linde) ha partecipato alla gara a procedura aperta indetta dall'ESTAV Centro, con bando pubblicato il 10 giugno 2011, per l'affidamento del servizio quinquennale per il trattamento dei pazienti affetti da insufficienza respiratoria cronica con ossigenoterapia, assistenza ventilatoria meccanica e dispositivi a pressione continua.

2. - Con ricorso al TAR Toscana notificato l'11 gennaio 2012, ha impugnato l'atto di aggiudicazione della gara in favore di Sapio Life S.r.l. (Sapio), di cui al provvedimento dirigenziale n. 720 del 15 dicembre 2011, unitamente agli atti presupposti, tra cui quelli del procedimento di valutazione di congruità dell'offerta; successivamente, con atti per motivi aggiunti, impugnava il provvedimento dirigenziale dell'Estav Centro n. 197 del 19 aprile 2012 di annullamento dell'originaria aggiudicazione, con conseguente rinnovo degli atti di gara a partire dal procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, nonché il provvedimento dirigenziale n. 292 del 7 giugno 2012, con cui si aggiudicava nuovamente la gara alla Sapio Life s.r.l.

A sostegno del ricorso principale Linde ha svolto due ordini di censure, chiedendo, rispettivamente, l'annullamento della graduatoria e dell'aggiudicazione ed, in via subordinata, la riedizione della procedura, impugnando all'uopo la lex di gara.

Con il IV motivo del ricorso principale, in particolare, ha censurato sotto più profili l'incongruità dell'offerta di Sapio e l'illegittimità del secondo subprocedimento di verifica dell'anomalia condotto dalla Commissione.

3. - Con ordinanza n. 158 del 29 febbraio 2012, il TAR Toscana accoglieva l'istanza cautelare; questa Sezione del C.d.S. rigettava l'appello di Sapio, considerata la fissazione a breve dell'udienza per la trattazione del merito.

4. - Proposta impugnazione avverso gli atti successivi, il Tar Toscana, con ordinanza n. 592/2012, respingeva l'istanza cautelare dell'odierna appellante, ritenendo che la rinnovazione della verifica di anomalia fosse stata condotta correttamente; con decreto monocratico del 18 settembre 2012, il Presidente di questa Sezione sospendeva la nuova aggiudicazione al fine di evitare, nelle more della trattazione collegiale dell'istanza cautelare, l'avvio delle operazioni di consegna del servizio all'aggiudicataria, ritenuta prevalente l'esigenza di tutela degli assistiti; il decreto non veniva confermato in sede collegiale.

Il servizio aveva, quindi, avvio in data 1° ottobre 2012.

5.- Con sentenza n.141 del 21.11.2013, il TAR Toscana dichiarava improcedibile il ricorso introduttivo ed il primo atto di motivi aggiunti per l'intervenuto annullamento d'ufficio della prima aggiudicazione, respingendo gli ulteriori motivi aggiunti; respingeva, inoltre, il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria.

6. - Con l'appello in esame, Linde denuncia l'erroneità ed illogicità della sentenza impugnata sotto vari profili, riproponendo le censure disattese e denunciando, altresì, la violazione ed elusione del giudicato cautelare (ordinanza n. 158/2012 del TAR Toscana, confermata in appello).

7. - Si sono costituite in giudizio sia l'Amministrazione che la controinteressata, difendendo la legittimità degli atti impugnati e la correttezza della sentenza.

8. - All'udienza del 10 ottobre 2013, l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. L'appello è infondato.

2. Col primo ordine di censure (definite dall'appellante motivi del gruppo A) si deduce

l'illegittimità dell'ultimo provvedimento di aggiudicazione, derivata dall'illegittimità del provvedimento di annullamento d'ufficio della prima aggiudicazione, e l'erroneità della sentenza del TAR che ha dichiarato l'improcedibilità del ricorso principale e del primo atto per motivi aggiunti, rigettando le censure di cui al secondo atto per motivi aggiunti, volti a denunciare le illegittimità della prima aggiudicazione.

2.1 Sul punto il Collegio, innanzitutto, condivide le argomentazioni della sentenza appellata che ha dichiarato l'improcedibilità del ricorso principale e del primo atto per motivi aggiunti (volto avverso gli atti della Commissione e del RUP), essendo venuto meno l'atto impugnato per effetto dell'esercizio dell'autotutela da parte dell'Amministrazione, cosicché non solo non sussiste nessun "apprezzabile interesse della ricorrente a dolersi di un atto sostanzialmente favorevole", ma anche la scelta dell'Amministrazione di prendere atto dei vizi sostanziali del provvedimento evidenziati dal Tar appare "conforme al giudicato cautelare e ricade nella sfera di discrezionalità dell'Amministrazione".

La declaratoria di improcedibilità di un ricorso giurisdizionale per sopravvenuta carenza di interesse può derivare o da un mutamento della situazione di fatto o di diritto presente al momento della presentazione del ricorso, che faccia venire meno l'effetto giuridico del provvedimento impugnato, ovvero dall'adozione, da parte dell'Amministrazione, di un provvedimento che, idoneo a ridefinire l'assetto degli interessi in gioco, pur senza avere alcun effetto soddisfacente nei confronti del ricorrente, sia tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza (Cons. St., IV, 22 giugno 2004, n. 4397).

E' evidente che, nella fattispecie, il venir meno della prima aggiudicazione nei confronti della controinteressata e la decisione di rinnovare le operazioni di verifica dell'offerta, hanno rappresentato un vantaggio, anche solo strumentale, per la ricorrente.

2.2 Quanto agli atti adottati dall'Amministrazione dietro impulso di statuizioni cautelari del Giudice amministrativo, è altrettanto pacifico che, nel caso in cui il giudice amministrativo abbia sospeso in sede cautelare gli effetti di un provvedimento e l'amministrazione si sia adeguata con un atto consequenziale al contenuto dell'ordinanza cautelare, non è configurabile l'improcedibilità del ricorso o la cessazione della materia del contendere se l'adozione dell'atto consequenziale non è "spontanea", ma di mera esecuzione all'ordinanza cautelare, con rilevanza provvisoria, in attesa che la sentenza di merito accerti se il provvedimento sospeso sia o meno legittimo; mentre, nel caso in cui il contenuto della motivata ordinanza cautelare sia tanto condiviso dall'amministrazione da indurre questa a ritirare il precedente provvedimento già sospeso, sostituendolo con un nuovo atto, senza attendere il giudicato sul suo prevedibile annullamento, può senz'altro ritenersi che l'autonoma valutazione dell'Amministrazione, adeguatamente motivata, determini la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione avverso l'atto originariamente impugnato (Consiglio di Stato, sez. IV, 5 agosto 2005, n. 4165 Consiglio Stato, sez. IV: 23 settembre 2004, n. 6225 e 19 ottobre 2004, n. 6747)).

Nella fattispecie, si ricade in questa ultima ipotesi, avendo l'Amministrazione, dopo l'ordinanza cautelare n. 158/2012 del TAR Toscana, adottato la determina n. 197/2012 con la quale "prende atto del vizio riscontrato dal giudice amministrativo in sede cautelare" e, a prescindere dalla condivisione del decisum cautelare, per l'evidente ragione di evitare una verosimile soccombenza nel giudizio di merito, decide, a tutela dell'interesse pubblico, l'annullamento dell'aggiudicazione e la rinnovazione delle operazioni contestate in sede giurisdizionale, relative alla verifica dell'offerta.

Siffatte valutazioni appaiono, peraltro, legittime anche sotto il profilo dell'interesse pubblico di giungere celermente alla conclusione della gara.

2.3 Le considerazioni sopra svolte dimostrano l'inconsistenza delle ulteriori censure rivolte dalla ricorrente a denunciare la violazione del principio di effettività della tutela cautelare (motivo I.II), nonché la violazione ed

elusione del giudicato (1.III.1): a seguito della motivata misura cautelare che sospende l'aggiudicazione, l'Amministrazione può attendere la decisione di merito, insistendo nella difesa del provvedimento, oppure scegliere di conformarsi alla pronuncia cautelare, con motivazione sia di condivisione dello stimolo del giudice cautelare, sia con mera valutazione di opportunità, come nella fattispecie, senza che ciò comporti lesione alle situazioni giuridiche protette dell'interessata, che consistono, nella sostanza, nella pretesa al legittimo svolgimento del procedimento di gara.

3. Infondato è anche il secondo motivo di appello, concernente l'illegittimità degli atti endoprocedimentali fatti salvi da ESTAV Centro con il provvedimento di autotutela, che inficerebbe in via derivata la seconda aggiudicazione (motivi del punto B).

3.1 Quanto all'ammissione di Sapio Life S.r.l. alla gara, viene contestata perché, pur avendo dichiarato di partecipare in qualità di impresa singola, la ditta ha anche contraddittoriamente dichiarato che il servizio sarebbe stato gestito dalla filiale di Pergine Valdarno "coadiuvata" dalla società Gas Tecnici Foligno, inserendo questa nell'organigramma.

Ad avviso del Collegio, la sentenza ha correttamente statuito che l'indicazione della detta Società nell'organigramma aziendale è coerente con la dichiarazione di voler subappaltare, nei limiti dell'art. 118 D. Lgs. n. 163/2006, la fornitura di ossigeno gassoso, trasporti e manutenzioni; pertanto, la Commissione doveva prendere atto della dichiarazione.

Inoltre, "l'apporto alla struttura organizzativa" della Società Gas Tecnici Foligno non è oggettivamente apprezzabile al di là della generica qualifica di "coadiutrice" della sede logistica dedicata al servizio. Prova ne è, secondo la sentenza, che la verifica dei requisiti tecnico - organizzativi ha investito unicamente l'organizzazione ed i mezzi posseduti dall'aggiudicataria in proprio (ad. es., dati relativi all'ammortamento dei contenitori di ossigeno). L'appellante afferma che dal verbale n. 5 si evincerebbe, al contrario, che l'attribuzione di punti 6 per "struttura organizzativa della ditta" è dipesa anche dalla valutazione della struttura logistica della sede di Foligno di GTS.

Non ritiene il Collegio che sussista il travisamento dei fatti e il vizio logico denunciato.

Dalla lettera del verbale n. 5 – pag. 3 (all. E al doc. 1 di I grado) risulta che "la ditta ha sede operativa a Pergine Valdarno, coadiuvata dalla sede di Foligno per quanto riguarda i gas tecnici"; anche se non si precisa che la sede di Foligno appartiene a GTS, tuttavia la valutazione della Commissione non è incoerente con il criterio di attribuzione del punteggio "struttura organizzativa della ditta, strutture tecniche e logistiche dedicate al servizio, gestione delle urgenze e criticità", che sembra ricomprendere tutte le dotazioni di cui può disporre il concorrente, sia proprie che di terzi. Per il resto, la motivazione di attribuzione del punteggio non fa riferimento specifico alla struttura operativa di GTS, né al personale di questa.

3.2 Sotto altro profilo, ben poteva la Commissione prendere atto, nell'attribuzione del punteggio per la "struttura organizzativa", di tutta la rete logistica di cui dispone la concorrente, anche se la società GTS interviene nel ruolo di "coadiuvante" della sede deputata alla gestione di Pergine Valdarno, nella prospettiva del subappalto, non potendosi desumere dalla lex di gara alcun limite in tal senso: la valutazione dell'offerta tecnica, in applicazione di uno dei criteri dettati dalla lex specialis ("struttura organizzativa") opera su un piano diverso rispetto a quello dell'ammissione a gara in forma individuale o associata e, pertanto, della valutazione dei requisiti di ammissione.

Sotto ulteriore profilo, l'autonoma rilevanza della struttura organizzativa della "coadiuvante" sarebbe esclusa dalla circostanza che le risorse organizzative e dimensionali di GTS non sono descritte nell'offerta tecnica di Sapio.

Va qui ricordato, peraltro, che la previsione di cui all'art. 118, comma 2, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, in tema di dichiarazione di subappalto, deve essere intesa nel senso che essa può essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente sia a propria volta in possesso delle

qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, non la via necessitata per partecipare alla gara; al contrario, la dichiarazione in questione deve contenere anche l'indicazione del subappaltatore e la dimostrazione del possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti di qualificazione, nelle ipotesi in cui il ricorso al subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione (Consiglio di Stato, sez. III, 4 settembre 2013, n. 4431).

Conseguentemente, neppure la rinuncia al subappalto, successivamente intervenuta, rappresentando una facoltà dell'aggiudicataria in fase esecutiva, può far ritenere illegittima l'ammissione a gara di Sapiro, né l'attribuzione del punteggio assegnato per la "struttura organizzativa".

3.3 Con riferimento al servizio di Call Center (II.II.3), l'appellante ha denunciato che l'offerta di Sapiro avrebbe dovuto essere esclusa per mancanza dei requisiti minimi di capitolato o avrebbe dovuto ottenere un punteggio minore, in ragione della minore "qualità" del servizio proposto.

Sapiro non avrebbe garantito la presenza di un operatore specializzato dedicato al numero verde gratuito 24 h su 24, e avrebbe attivato, invece, una segreteria telefonica, esclusa dal capitolato. Inoltre, non potrebbe supplire alla mancata attivazione del Call Center la messa a disposizione di numeri (privati) del personale tecnico di pronta reperibilità per le chiamate urgenti, che non sono gratuiti.

La sentenza ha escluso il denunciato travisamento, in quanto dalla documentazione tecnica di Sapiro risulta indicata l'attivazione di un servizio di Call Center gratuito (numero verde) in conformità all'art. 12 del capitolato, e solo in aggiunta, il contatto diretto con i tecnici.

La sentenza è corretta.

L'art. 12 del capitolato stabiliva che "la ditta dovrà fornire un numero telefonico funzionante 24 h su 24 e garantire un numero verde gratuito per chiamate urgenti". Escludeva l'attivazione di una segreteria telefonica in sostituzione di quanto richiesto.

La disposizione è stata rispettata: è stato organizzato un servizio di assistenza che copre le 24 ore su 7 giorni, fornendo i numeri attivabili caso per caso con il libretto dato al paziente; il servizio comprende anche il Call Center con numero verde gratuito per "chiamate fuori orario riferibili a problemi tecnici urgenti", come prevede il capitolato (doc. 10 sez. E dell'offerta Sapiro, pag. 4).

In aggiunta, Sapiro ha attivato una segreteria telefonica per le chiamate fuori orario relative a problemi non urgenti, cioè relative a richieste di interventi non urgenti per manutenzione delle apparecchiature – dalle 17,30 alle 8.30 dei giorni feriali e il sabato e la domenica (pag. 4 sezione E della documentazione tecnica); ma si tratta, appunto, di un servizio aggiuntivo rispetto a quanto previsto dal capitolato.

3.4 Quanto al parametro "caratteristiche e modalità del piano di manutenzione proposto", per cui Sapiro ha riportato il punteggio di 4 su 5, la pretesa dell'appellante consiste nel ritenere erroneo l'operato della Commissione che ha valutato in modo eguale le due offerte in gara, anche se Sapiro ha offerto un solo numero verde, mentre Linde ha offerto due numeri verdi specializzati.

Il TAR ha giudicato inconferente la doglianza, non ravvisando alcuna attinenza tra le caratteristiche del servizio di Call Center ed il criterio valutativo invocato, riferito alla programmazione della manutenzione ordinaria, mentre la gestione degli interventi a chiamata del paziente rientra nel criterio "struttura organizzativa della ditta – gestione delle urgenze e criticità", in relazione al quale l'appellante ha ottenuto un punteggio maggiore.

A parte ogni considerazione di merito, va rilevata la mancanza di interesse alla censura posto che se anche l'appellante avesse conseguito un punto in più (raggiungendo così il massimo punteggio attribuibile per il detto parametro) non sarebbe risultata aggiudicataria; Linde ha, difatti, conseguito il punteggio totale di 76,20 (44,5

punteggio tecnico e 32,15 punteggio per l'offerta economica), a fronte di punti 85 conseguiti dall'aggiudicataria (punti 35 per l'offerta tecnica e punti 50 per l'offerta economica).

3.5 Con riferimento al criterio "modalità di avviamento del servizio incluso formazione"(punto II.II.4), l'appellante ha denunciato l'illogicità del punteggio assegnato (punti 4,5 a Linde e 3 a Sapio), avendo quest'ultima conseguito per il 90% dei riferimenti valutativi utilizzati dalla Commissione giudizi più sfavorevoli rispetto a quelli di Linde e, tuttavia, ottenendo un punteggio sproporzionato. Il Tar ha ritenuto l'attribuzione di punteggio consequenziale al divario tra le due offerte, in quanto l'offerta Sapio soddisfa in ciascun aspetto le previsioni minime di capitolato, oltre a prevalere in un "sub criterio" (quello del "subingresso") per cui sarebbe giustificato il punteggio attribuito. Linde si sofferma ad illustrare alcuni pregi della propria offerta (avviamento celere del servizio, garanzia delle urgenze entro 2 ore rispetto alle 12 offerte da Sapio, facile consultazione della brochure informativa, etc.) ed alcune carenze dell'offerta Sapio (mancata allegazione di brochure, tempi di subentro, etc.) che rivelerebbero l'inattendibilità di quest'ultima.

Tuttavia, vari elementi contraddicono le affermazioni dell'appellante (ad es. la circostanza che anziché la brochure sia stato fornito un "libretto", che contiene oltre i numeri telefonici dei tecnici, i dati informativi sul servizio e una parte dedicata alla registrazione degli interventi sul dispositivo; la circostanza che i tempi di avvio del servizio sono stati decisi dalla stazione appaltante e concordati e non vengono adottati ritardi imputabili a carenze di Sapio). Sicché, nel complesso, la valutazione non manifesta vizi logici macroscopici, ferma l'insindacabilità nel merito dei punteggi attribuiti.

4. - Quanto al motivo (II.III.) riguardante l'erroneità della sentenza per il mancato accoglimento dei motivi relativi alla violazione della *lex specialis*, nella parte riguardante il versamento della cauzione provvisoria, si osserva che la giurisprudenza più recente, anche di questa Sezione, è attestata sulla tesi sostenuta dal TAR Toscana, che, argomentando dall'art. 46, comma 1 bis, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, il quale ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione dei concorrenti dalle procedure concorsuali (tra le quali non rientra la prestazione di una cauzione provvisoria di importo deficitario), ritiene non costituisca causa di esclusione dalla gara la presentazione di una cauzione provvisoria di importo insufficiente e/o deficitario rispetto a quello richiesto dalla "*lex specialis*", ovvero di una cauzione incompleta, e non già del tutto assente; in tal caso, l'impresa deve essere previamente invitata ad integrare la cauzione, emendando così l'errore compiuto.

L'art. 75, 1° e 6° comma, cod. contr., prescrive l'obbligo di corredare l'offerta di una garanzia pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente, a garanzia della serietà dell'impegno di sottoscrivere il contratto e quale liquidazione preventiva e forfettaria del danno in caso di mancata stipula per fatto dell'affidatario.

La norma non prevede, però, alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta o di esclusione del concorrente per l'ipotesi in cui la garanzia in parola non venga prestata; a differenza di quanto prevede, invece, l'8° comma dello stesso articolo 75, con riferimento alla garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo contrattuale per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario, garanzia che parimenti deve essere presentata unitamente all'offerta.

Tale regola va applicata anche all'ipotesi in cui il concorrente abbia inteso avvalersi del beneficio di prestare la cauzione in misura ridotta, secondo quanto previsto dall'art. 75, c. 7, D.Lgs 175/2006, pur senza fornire la prova del possesso della certificazione ISO mediante la produzione documentale. (Cons. Stato, sez. III, 1° febbraio 2012, n. 493; 4 ottobre 2012, n. 5203).

Inoltre, è condivisibile quanto afferma il TAR, che ai fini del dimezzamento della cauzione provvisoria ai sensi dell'art. 75, comma 7, d.lgs. n. 163 del 2006, non è necessario che la certificazione del sistema di qualità sia allegata

alla domanda di partecipazione: la predetta norma distingue, infatti, tra segnalazione del possesso del requisito e documentazione dello stesso.

La segnalazione può essere anche implicita, ossia manifestarsi con la prestazione della cauzione dimezzata, non essendo previste particolari formalità; la documentazione può essere anticipata al momento della presentazione dell'offerta, se così preferisce il concorrente, ma non vi sono ragioni per escludere che la stessa venga collocata più avanti nel corso della procedura.

Pertanto, l'autorizzazione della Commissione alla successiva integrazione documentale di Sapio è del tutto legittima.

4.1. - Quanto alle contestazioni di irregolarità e/o incompletezza della documentazione che Sapio ha prodotto nella seduta del 30 agosto 2011, si tratta di mere illazioni dell'appellante, supportate da supposizioni e non da prove, neppure indiziarie. Non si rinviene nessuna stranezza nella circostanza che il verbale dia atto della presentazione nel corso della stessa seduta, via fax e via mail, delle certificazioni richieste a integrazione, con scioglimento conseguente della riserva formulata. Neppure la nota postuma del RUP, con cui si sostiene che sarebbe pervenuta in quella seduta la dichiarazione di copia conforme ed il documento di identità del sottoscrittore, sembra in contrasto col verbale, nel quale detti documenti non sono menzionati, ma da cui nulla si può però desumere in senso contrario.

4.2. - L'appellante non contesta neppure funditus che la certificazione ISO fosse stata già prodotta nella busta contenente l'offerta tecnica (certificato 675 in allegato alla Sezione A) come appurato dalla stazione appaltante nel proseguo della procedura e dichiarato dal TAR, ma si limita ad osservare che mentre nell'offerta tecnica viene indicata come sede operativa da cui svolgere e gestire il servizio la Filiale di Pergine Valdarno, invece la certificazione ISO prodotta non si riferisce alla predetta filiale ma ad altre unità operative di Sapio Life s.r.l.(v. doc. 12 nel ricorso I grado).

Tuttavia, il certificato della fideiussione rilasciato a Sapio Life s.r.l. da Intesa San Paolo, all'art. 3, garantisce ab origine l'estensione della cauzione al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, come previsto dall'art. 75, comma 1 d. lgs 163/2006, "salvo che ricorrano le condizioni della riduzione al 50%". Pertanto, la garanzia è stata prestata in misura idonea.

4.3 La dichiarazione di inammissibilità del ricorso introduttivo e del primo atto per motivi aggiunti, determina la carenza di interesse anche alla pronuncia sui motivi proposti avverso il verbale della Commissione del 19 gennaio 2012, riguardante il rifiuto della stazione appaltante ad intervenire in autotutela ai sensi dell'art. 243-bs D.lgs 163/2006, e la valutazione di congruità dell'offerta Sapio Life s.r.l. posta a fondamento della prima aggiudicazione, trattandosi di atti la cui efficacia è venuta meno per effetto dell'annullamento in autotutela della prima aggiudicazione, che il TAR ha ritenuto legittimo, con argomentazioni condivise da questo Collegio, come sopra si è detto.

5. Con riguardo ai motivi proposti avverso la seconda aggiudicazione ed il rinnovato subprocedimento di verifica dell'offerta (IV motivo di appello), va esaminata la censura con cui si contesta l'illogicità del comportamento della Commissione che avrebbe ignorato l'assenza o insufficienza delle giustificazioni rese, e soprasseduto sul rifiuto di Sapio ad inviare i dati e la documentazione richiesti, volti a comprovare "le economie di produzione" che le avrebbero consentito una riduzione dei costi.

Sapio si è limitata a spiegare che sarebbe la capogruppo (Sapio Produzioni Idrogeno Ossigeno s.r.l.) a fornirle il prodotto finito (farmaco ossigeno) e che la stessa sostiene i costi dell'intera filiera: tale giustificazione, secondo l'appellante, si porrebbe in contrasto col divieto di "dumping", in violazione dei principi della libera concorrenza.

L'appellante lamenta, ancora, che la conduzione del subprocedimento di verifica della congruità dell'offerta da

parte della Commissione sarebbe illogica, in quanto prima sono stati richiesti dei documenti e poi se ne è fatto a meno; denuncia la violazione dei principi del giusto procedimento, del divieto di integrazione postuma della motivazione, dei principi di par condicio e trasparenza, l'arbitrarietà, il difetto di motivazione, di istruttoria, l'illogicità, la contraddittorietà ed il travisamento dei fatti.

Sul punto si rinvia a quanto verrà precisato infra (punto 8.1).

6. L'appellante denuncia anche l'illegittimità derivata dalla salvezza degli atti endoprocedimentali pregressi e l'assenza di motivazione nella sentenza riguardo la legittimità della nota del RUP, priva di data, con cui, dopo la prima verifica di congruità, si chiariscono alcuni punti della verifica stessa (costi del personale, costi della fornitura di ossigeno, etc.).

A tal proposito, il Collegio ritiene che si tratta di atti endoprocedimentali non intaccati dalle valutazioni compiute con l'annullamento in autotutela della prima aggiudicazione, la cui salvezza non pregiudica il rinnovamento del procedimento di verifica dell'offerta in assoluta autonomia rispetto alle valutazioni precedenti e, per quanto riguarda la nota del RUP, si tratta di atto superato dalla successiva verifica di congruità.

6.1- Quanto alle affermazioni contenute nel verbale del 23 maggio 2012 ("la Commissione ha rivisto che l'offerta in sé non era anomala"), che sarebbero, secondo l'appellante, il primo segnale dell'inversione di rotta della Commissione rispetto al rigore iniziale, essendo stata esaminata l'offerta solo in ossequio formale al provvedimento dirigenziale n. 197 del 19.4.2011, il TAR avrebbe errato nel ritenere che nessuna anticipazione di giudizio è rinvenibile nel mero riferimento all'apparente coerenza dei giustificativi dell'offerta già prodotti in corso di gara.

Il Collegio ritiene che le affermazioni contenute nel detto verbale siano state enfatizzate dall'appellante, a sostegno della propria tesi.

La constatazione della non anomalia dell'offerta in sé, contenuta nel citato verbale del 23 maggio, non contraddice la scelta, già in precedenza compiuta dalla stazione appaltante, di procedere alla verifica, né consente il sospetto che la verifica sia stata condotta in modo puramente formale.

E' pacifico che l'offerta di Sapio non era anomala, ai sensi dell'art. 86, comma 2, D. Lgs 163/2006 (i punteggi tecnici e i punteggi economici non risultano superiori ai 4/5 del punteggio massimo attribuibile in base al disciplinare di gara, ovvero superiori a 40 punti su 50 previsti per la qualità e per il prezzo, come si legge nella delibera di aggiudicazione n. 720/2011) e, quindi, si è provveduto a sottoporre l'offerta a verifica di congruità per scelta discrezionale, ai sensi del comma 3 del citato art. 86..

6.2 - Anche il capo di sentenza con cui il TAR rigetta le varie censure riguardanti la completezza della verbalizzazione, l'impossibilità di ricostruire l'iter logico seguito dalla Commissione nel formulare i quesiti a Sapio, la mancata indicazione dell'orario di inizio lavori, la decisione di invitare seduta stante la Sapio a presentare ulteriori chiarimenti senza sospendere la seduta, non può censurarsi, non essendo dimostrato che le irregolarità denunciate abbiano compromesso complessivamente lo svolgimento del subprocedimento ed il suo esito.

Le cavillose ipotesi di anomalie comportamentali della Commissione, svolte da Linde nella sua memoria di replica (pag. 14) non sono sufficienti a fornire indizi di scorrettezza e/o mala fede tali da ingenerare il sospetto di decisioni pilotate o non serene, rimanendo mere congetture di parte.

D'altra parte, in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, nessuna rigida regola è imposta all'indagine, che, siccome prevista nell'interesse dell'amministrazione, preordinata all'accertamento della serietà e congruità dell'offerta in relazione alle condizioni del mercato, legittimamente può svolgersi in più riprese ed attraverso più richieste di integrazioni e chiarimenti, anche seduta stante (Consiglio Stato sez. V, 07 febbraio 2003, n. 642; sez. V, 12 settembre 2001, n. 4773).

7. - Così pure il motivo sub IV.III.4 dell'atto di appello, con cui si afferma l'errore della Commissione che avrebbe

esaminato comparativamente le offerte economiche delle ditte partecipanti al fine di elaborare i quesiti da formulare a Sapio, non sembra avere rilevanza invalidante, giacché non si è trattato della valutazione di anomalia dell'offerta condotta con metodo comparativo.

8. - Per quanto concerne il gruppo di motivi svolti avverso il secondo subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, va premesso che la verifica, espletata ai sensi dell'art. 86, comma 3, D.Lgsn. 163/2006, ha preso le mosse dall'inedito ribasso (per il mercato di riferimento), pari a circa il 40%, che Sapio ha formulato con la propria offerta economica rispetto alla base d'asta.

L'appellante sostanzialmente muove due tipi di censure:

1) omessa pronuncia del TAR con riguardo "all'insufficienza dei chiarimenti richiesti" (IV.IV.2) e illegittima ammissione di integrazione della motivazione in sede giudiziaria (questione relativa al costo dei contenitori di ossigeno/liquido e omessa indicazione di costi di ammortamento, manutenzione, installazione di bombole e ventilatori, mancato computo delle spese generali non ricomprese nella voce "costo complessivo delle spese di gestione e della fomitura del servizio");

2) rifiuto della Sapio di fornire documenti e giustificazioni (nota del 17 maggio 2012).

Sulla prima censura va rilevato che anche se le bombole rappresentano un'ampia componente del prezzo, Sapio non era tenuta a fornire giustificazioni non richieste; quanto alla supposta integrazione della motivazione nel corso del giudizio, va considerato piuttosto che la sentenza ha utilizzato in gran parte argomenti tratti da fatti notori, ossia che le bombole sono riutilizzabili e che il mancato computo di apprezzabili costi di ammortamento è derivato dal fatto che le bombole riutilizzabili si trovano nella disponibilità dell'aggiudicataria, impresa leader del settore, che dunque ne ha già ammortizzato i costi (come del resto la ricorrente).

Nessuna contraddittorietà, poi, nella mancata estensione della verifica dei dati sull'ammortamento delle bombole all'ausiliaria società GAS Tecnici Foligno, subappaltatrice designata da Sapio; correttamente il Tar ha ritenuto che la Commissione abbia rivolto la propria attenzione alle sole dotazioni strumentali dell'aggiudicataria, in quanto la possibilità di far ricorso al subappalto era solo un'opzione di riserva.

Logica ed esaustiva appare anche l'argomentazione svolta dal TAR con riguardo sia all'ammortamento del costo delle bombole, da ritenersi ricompreso nel prezzo del prodotto finito, sia alla congruità del costo di ammortamento dei ventilatori, non direttamente forniti, ma presi in carico ai fini della manutenzione, ed il cui numero è convincentemente calcolato dal TAR in misura inferiore ai 2.500, di cui parla la ricorrente, tenendo conto del numero di nuovi assistiti ipotizzato per anno e della durata quinquennale del servizio.

8.1 - Quanto al rifiuto di Sapio di fornire i documenti richiesti con la nota del 3 maggio 2012 (fatture e preventivi dei fornitori) (IV.IV.3.), che vizierebbe la valutazione di congruità dell'offerta per difetto di istruttoria e motivazione, il TAR ha ritenuto che nessun vizio è ravvisabile nella volontà della Commissione di procedere al proprio giudizio in base ai soli dati disponibili, ivi compresi quelli suppletivamente indicati dall'aggiudicataria, in quanto solo se gli elementi mancanti fossero stati ritenuti decisivi la Commissione avrebbe potuto dichiarare l'incongruità dell'offerta.

Linde denuncia nell'appello che la sentenza avrebbe dovuto, viceversa, ritenere quegli elementi necessari, visto che l'Estav Centro aveva richiesto ulteriori giustificazioni; inoltre, generica sarebbe l'affermazione delle "particolari condizioni di costo contrattate con fornitori e terzi" in assenza di documentazione, e che il rifiuto della produzione documentale sarebbe ingiustificato sia per motivi afferenti la tutela della riservatezza, sia perché nessun annullamento di vantaggio competitivo poteva derivare all'interessata trattandosi di rapporti commerciali infragruppo.

Inoltre, Linde evidenzia varie contraddizioni nelle affermazioni della Commissione e di Sapio circa la

sovrapponibilità di cifre e analisi con prezzi che vengono praticati abitualmente dagli operatori di mercato e, viceversa, il carattere di “singolarità” della gara de qua, non paragonabile ad altre (quella di fornitura ospedaliera del novembre 2011), portata a confronto in sede di giustificazioni dalla Sapio.

Infine, ritiene l'appellante che la giustificazione di Sapio integrerebbe un'ipotesi di dumping, ostativa della libera concorrenza.

8.2 – Ad avviso del Collegio, la Commissione non ha compiuto alcuna “inversione di rotta” nella strategia istruttoria.

Non sembra irragionevole che la Commissione, nella sua discrezionalità, abbia svolto il giudizio di congruità sulla base degli elementi forniti, pur in assenza della documentazione relativa ad accordi commerciali particolarmente vantaggiosi stipulati da Sapio, in precedenza richiesti, avendo, comunque, indicato le ragioni del rifiuto di rendere pubblici accordi riservati e collaborato mediante l'indicazione di ulteriori elementi di indagine come elementi di comparazione (offerte in gare significative per entità e tipologia), con cui ha dimostrato che i prezzi praticati rientrano nell'ambito del trend dei “prezzi di mercato”(nota di Sapio del 17 maggio 2012).

Non sembra significativo, ai fini del giudizio rimesso al giudice sulla complessiva logicità e adeguatezza della verifica compiuta dalla Commissione, che le gare messe a confronto si siano svolte in ambiti territoriali diversi e che si sia trattato di forniture diverse (l'una domiciliare e l'altra ospedaliera), atteso che la fornitura è comunque relativa al medesimo prodotto (ossigeno) e che dalle offerte, seppure diverse per la unicità dei singoli progetti, è possibile estrapolare prezzi unitari dei prodotti, quali elementi di valutazione comparativa.

Vanno, poi, ricordati i principi più volte ribaditi in giurisprudenza a proposito dei giudizi di verifica dell'anomalia dell'offerta, ovvero che il giudizio della stazione appaltante costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale, che renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta; di conseguenza il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della p.a. sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, ma non procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera propria della p.a.; ed anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti a dimostrazione della non anomalia della propria offerta rientra nella discrezionalità tecnica dell'amministrazione, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti, oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice di legittimità può intervenire, fermo restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello dell'amministrazione. (Consiglio di Stato, sez. V, 26 settembre 2013, n. 4761; sez. III, 24 settembre 2013, n. 4711)

Inoltre, l'anomalia è frutto di un giudizio sull'offerta di carattere globale e sintetico sull'attendibilità dell'offerta nel suo complesso, in relazione all'incidenza di tutte le singole voci eventualmente giudicate inattendibili, al fine di valutare se la singola inesattezza di una voce del prezzo offerto incida in modo significativo sulla serietà e attendibilità dell'offerta complessiva, tenuto anche conto dell'entità della voce stessa nell'economia dell'offerta, e se trovi rispondenza nella realtà di mercato e aziendale; non è invece ipotizzabile che possa farsi discendere un giudizio di anomalia da una singola voce (Consiglio di Stato, sez. III, 08 ottobre 2012, n. 5238).

8.3 - Improprio, invece, sembra al Collegio il riferimento dell'appellante al fenomeno del c.d. “dumping” interno, per indicare i rapporti commerciali infragruppo tra Sapio Life s.r.l. e Sapio Produzioni Idrogeno Ossigeno s.r.l.; occorrerebbe, infatti, dimostrare che il prezzo particolarmente basso praticato dalla produttrice all'aggiudicataria, appartenente allo stesso Gruppo, non consenta di remunerare il costo di produzione del bene e che, pertanto, ci si trovi in presenza di un atto di concorrenza sleale, anziché in ipotesi di impresa già radicata sul mercato e capace di economie di scala, che la pongono in condizione di praticare prezzi particolarmente vantaggiosi ad una ditta

appartenente allo stesso gruppo.

Ma Linde non offre argomenti in tal senso.

9.- Quanto al gruppo di motivi con cui si censura l'insufficienza e incongruenza delle giustificazioni fornite da Sapiro (motivo IV.IV. 4) relativamente al costo del lavoro, costo complessivo dei trasporti, costo delle forniture, criterio del "costo c.d. medio paziente", costo dei serbatoi dell'ossigeno liquido, costi della sicurezza e spese di gestione e di servizio, si ritiene che la sentenza appellata abbia approfonditamente motivato sui singoli punti oggetto di censura, correttamente concludendo per l'inconsistenza dei rilievi di Linde e per la idoneità delle motivazioni della Commissione a sorreggere il giudizio di congruità.

Alcune censure ripropongono questioni già affrontate (ad es., la mancata giustificazione delle economie di produzione, il rifiuto di Sapiro di produrre la documentazione); altre censure si riferiscono più specificamente al contenuto delle giustificazioni ed alla motivazione con cui il TAR ha respinto i relativi motivi di ricorso.

9.1- Sul costo del personale (IV.IV.4a) Linde contesta il fatto che non sia indicato che ciascuna unità di personale sia dedicata al 100% al servizio e che non sia indicato il costo per l'addetto al Call Center: la sentenza avrebbe sbrigativamente liquidato la questione, ritenendo non contestata l'adeguatezza della quota-parte dell'orario lavorativo di ciascun lavoratore dedicato al servizio, e i costi del Call Center ricompresi tra i costi di gestione e fornitura del servizio, di cui al punto 7 delle giustificazioni.

Secondo l'appellante tale costo cumulativo non sarebbe stato verificato dall'ESTAV.

La motivazione della sentenza appare al Collegio immune da vizi logici e da errori di fatto: il TAR ha colto il profilo essenziale ai fini della valutazione di congruità dell'offerta, ovvero che il calcolo dell'incidenza del costo del personale non è oggetto di contestazione e che, per quanto riguarda il Call Center, il costo ricade nel punto 7 delle giustificazioni, essendo un servizio che viene acquistato da società terze e che rientra, pertanto, tra i costi di "fornitura del servizio", essendo pacifico, tra l'altro, che l'addetto al Call Center non è dipendente Sapiro.

9.2. – Quanto al costo complessivo dei trasporti (IV.IV.4b) Linde contesta la contraddittorietà della sentenza: il TAR, da un lato, riconoscerebbe che i costi chilometrici indicati da Sapiro sono superiori a quelli indicati nella tabella ministeriale, dall'altro respingerebbe la censura ritenendo che i calcoli proposti da Linde considerano una diversa tabella inserita nella medesima pubblicazione.

Osserva il Collegio che, in linea generale, sebbene i prezzi fissati con tabelle ministeriali costituiscano parametri di riferimento, il semplice discostarsi da esse non determini di per sé anomalia (cfr. Consiglio di Stato sez. IV 22 marzo 2013 n. 1633; Consiglio di Stato sez. IV 23 luglio 2012 n. 4206).

Nella specie, le censure sembrano smentite dalla circostanza che Sapiro abbia giustificato i costi applicando la tabella del 2102, aggiornata rispetto a quella del 2011 applicabile *ratione temporis*, il che giustificherebbe l'affermazione del TAR.

Nelle giustificazioni del 17 maggio 2012, il calcolo è stato effettuato sulla base di quanto dichiarato a pag. 20 del progetto e delle informazioni desumibili dal CSA, applicando la tabella del 2012 (con costi aggiornati superiori a quella del 2011)- come chiarisce nella sua memoria Sapiro-, riferiti ad automezzi di tonnellaggio inferiore a 3,5 tonnellate (tenendo conto della stima dei volumi di farmaco ossigeno liquido da somministrare ai pazienti e dell'ambito territoriale, dati incontestati). Quindi, Sapiro perviene alla tariffa di euro 11,40 per ogni consegna, tenuto conto di un dato di percorrenza media giornaliera di 300 Km. (non contestato dall'appellante) e di un numero di consegne medio di 22 contenitori/giorno.

L'appellante contesta alcuni degli elementi segnalati dall'ESTAV Centro (quali l'utilizzo di contenitori di capacità superiore a quella indicata da Linde e la consegna di più serbatoi allo stesso paziente), affermando che i casi segnalati di consegna di più serbatoi ammonterebbero a meno di ¼ del numero complessivo dei pazienti, cosicché i

conti non tornerebbero ugualmente; inoltre, pochi prodotti possono essere trasportati insieme all'ossigeno ed i mezzi di trasporto devono essere adeguatamente strutturati.

Sul punto è convincente la difesa dell'aggiudicataria (memoria conclusionale del 21 giugno 2013), che segnala come i vettori propongono un prezzo non a chilometraggio, ma a consegna, con conseguente possibilità di praticare il proprio "prezzo di mercato" e trattasi di trasportatori fidelizzati con il Gruppo Sapiro; inoltre, i contenitori avrebbero dimensioni maggiori di quelle considerate da Linde, cosicché si abbatte il numero delle consegne.

Quanto alla ventilata ipotesi che i preventivi per il trasporto siano stati "costruiti a tavolino", si tratta di mera congettura, che ben trova confutazione nella circostanza, rilevata dal TAR, della credibilità di dichiarazioni prestampate del medesimo contenuto, sottoscritte da diversi trasportatori.

9.3 - L'appellante critica la sentenza con riguardo alle conclusioni cui è pervenuta in merito agli altri punti delle giustificazioni (punti 3, 4, 5 e 6), denunciando la sostanziale genericità delle stesse, anche per omessa produzione di fatture e preventivi (per la fornitura di ossigeno, per i ventilatori, i serbatoi criogenici, incidenza del 3% dei costi previsti per l'adempimento delle disposizioni in tema di sicurezza) o denunciando l'omessa pronuncia del TAR su singoli aspetti.

Si tratta, in definitiva, di censure che non dimostrano l'inattendibilità nel suo complesso dell'offerta, a fronte di singole giustificazioni che non sembrano illogiche e incongrue.

La Commissione ha, quindi, formulato un non irragionevole giudizio positivo in merito alla possibilità dell'aggiudicataria di fare fronte al servizio; inoltre, il giudizio della Commissione è suscettibile di sindacato giurisdizionale solo in caso di deviazione dai canoni di ragionevolezza o di logicità, oltre che di deficienze motivazionali (Consiglio di Stato, sez. V, 16 agosto 2011, n. 4785).

9.3.1 - Si ritiene di precisare sul punto IV.IV.4c IV.IV.4d dell'appello (riferiti ai punti 3 e 4 delle giustificazioni) coi quali Linde si duole, in definitiva, della mancata dimostrazione della sussistenza di "accordi economici vantaggiosi" che giustificano i costi effettivi dell'ossigeno e dei ventilatori, che la problematica è già stata affrontata al punto 8.1 della motivazione, cui si rinvia.

In realtà, la sentenza ha affermato che il riscontro di Sapiro appare soddisfacente delle richieste della Commissione nella misura in cui chiarisce le circostanze – appartenenza al medesimo gruppo societario – che consentono le economie di scala nell'acquisizione del gas medicale, prodotto e confezionato per conto di Sapiro dalla capogruppo ovvero da terzi. L'incidenza del costo complessivo del prodotto sul costo complessivo dei prodotti offerti è quantificata in euro 1.200.000,00, mentre gli altri costi quali quelli di trasporto, formano oggetto di autonome voci e chiarimenti. Il TAR ha escluso che l'offerta sia in perdita e fuori mercato, avendo la Commissione effettuato la comparazione coi prezzi praticati in altra gara, avente oggetto analogo. Manca invece un'analisi dei prezzi di mercato da parte di Linde nella censura in esame.

9.3.2 - Quanto al punto 6 delle giustificazioni (IV.IV.4f), la sentenza sarebbe illogica laddove pretende di addossare alla ricorrente l'onere di contestare dati non indicati (generica incidenza del 3% dei costi per l'adempimento delle disposizioni in tema di sicurezza).

Si osserva che per quanto generico, il dato (la percentuale indicata) non viene contestato per inadeguatezza con argomenti concreti (voci omesse, sottovalutazioni di costi,etc.); per cui è condivisibile la conclusione del TAR.

9.3.3. Analogamente, per quanto riguarda il punto 7 delle giustificazioni (gestione della fornitura/servizio); ad avviso dell'appellante, il TAR avrebbe ommesso di rilevare che la genericità delle affermazioni di Sapiro ha reso impossibile una più specifica contestazione e verifica del percorso logico della Commissione. Invero, la composizione delle spese generali è stata oggetto di ulteriori chiarimenti, forniti con la nota del 31 maggio 2012, dove sono stati stimati (a fronte di dati effettivi di consumo pregresso) in relazione alla gara in oggetto, le utenze

telefoniche, l'affitto, le utenze elettriche, la guardiania/vigilanza, le utenze varie, precisandosi che "il merito delle trattative commerciali svolte e concluse è riservato, in quanto ove fosse reso pubblico potrebbe venir meno l'interesse del fornitore stesso al mantenimento di quanto proposto". Si vede bene che nessuna illogicità e genericità è riscontrabile in siffatta giustificazione, che elenca partitamente le voci di costo, peraltro non espressamente e specificamente contestate dall'appellante.

9.3.4- Quanto al punto 5 delle giustificazioni (IV.IV.4e), concernente la giustificazione del costo in merito al numero dei serbatoi (criogenici di ossigeno liquido), Linde denuncia l'omessa pronuncia del TAR che ha respinto la censura per la mancanza di "critica sostanziale" dei dati addotti da Sapiro.

Si legge in sentenza che "Le giustificazioni dell'aggiudicataria riportano in dettaglio i costi di manutenzione, ammortamento e installazione dei serbatoi dedicati al servizio precisandone l'incidenza sull'ammontare dell'offerta ed illustrano il metodo di calcolo effettuato a partire dal numero dei pazienti e dall'indice di fornitura "pieno contro vuoto", tenuto conto della vita media di un serbatoio. Poiché nessuno degli elementi allegati da Sapiro è sottoposto a critica sostanziale, il rilievo meramente formale della mancata distinzione fra serbatoi vecchi e nuovi finisce per rivelarsi inconcludente e incapace di inficiare la valutazione di congruità ..(omissis)..la stessa ricorrente non è stata in grado di evidenziare l'indispensabilità della distinzione".

Ed in effetti, Linde, nel III ricorso per motivi aggiunti di primo grado (pag. 56 e 57), si limitava a denunciare che "Sapiro aveva ommesso di distinguere tra 'serbatoi vecchi e nuovi'(come indicato dalla Commissione) limitandosi ad indicare il dato complessivo di 2.300 contenitori", ma non aveva aggiunto alcuna considerazione sulle ragioni per cui la distinzione sarebbe indispensabile ai fini della valutazione di congruità del prezzo dei detti contenitori. Sapiro, indicando il prezzo unitario complessivo dei contenitori che intende utilizzare e distinguendo le voci di dettaglio di incidenza dei costi, ha compiuto un'analisi che va oltre ogni distinzione tra vecchi e nuovi serbatoi.

10.- Quanto alla considerazione della incongruità dell'offerta desunta dall'esigua percentuale di utile (1,9%), si osserva che non può essere fissata una quota rigida di utile al di sotto della quale l'offerta debba considerarsi per presunzione incongrua, dovendosi, invece, avere riguardo alla serietà della proposta contrattuale e risultando in sé ingiustificabile solo un utile pari a zero, atteso che anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio importante, come nel caso di ricadute positive che possono discendere per l'impresa in termini di qualificazione, pubblicità, curriculum, dall'essersi aggiudicata e dall'aver poi portato a termine un prestigioso appalto, ecc. (Consiglio di Stato sez. IV, 23 luglio 2012, n. 4206).

11.- Sul gruppo di motivi proposti avverso la *lex specialis* (punto V dell'appello), volti all'annullamento integrale della procedura, si osserva quanto segue.

A) L'appellante sostiene che la Commissione avrebbe assegnato il punteggio complessivo individuando per ciascun criterio alcuni sub criteri e che il TAR ha illegittimamente ignorato un siffatto "modus agendi", in violazione dell'art. 83, comma 4, del codice dei contratti pubblici, entrando in contraddizione con quanto affermato nel paragrafo 4.4, pag. 22 della stessa sentenza in cui riconosce l'esistenza e l'applicazione di diversi subcriteri.

La censura non ha fondamento.

Il TAR ha affermato che la Commissione non ha elaborato subcriteri e relativi subpunteggi, ma si è limitata a motivare i 5 criteri di aggiudicazione, fissati dal disciplinare di gara, sulla base, per ciascun criterio, dei contenuti dell'offerta tecnica come desumibili dal disciplinare e dal capitolato speciale (artt. 3, 5, 7, 8,11 e 12), conosciuti e conoscibili dai partecipanti alla gara.

Siffatta motivazione non appare in contraddizione con le altre affermazioni contenute in sentenza, cui fa riferimento l'appellante, perché l'utilizzo del termine "subcriterio" da parte del TAR può ritenersi effettuato impropriamente, volendo riferirsi alla specificazione di alcuni elementi minimi richiesti dal capitolato, tra cui, ad es., per quanto

riguarda il criterio relativo a “modalità di avviamento del servizio incluso formazione” l’elemento del “sub ingresso senza soluzione di continuità al fornitore precedente” (pag. 21 della sentenza).

B) Linde censura la sentenza nella parte in cui ha ritenuto che l’Amministrazione non abbia violato l’obbligo di indicare separatamente il costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore.

La sentenza ha, però, correttamente escluso l’applicabilità della norma di cui art. 81, comma 3 bis, del codice dei contratti pubblici, come modificata dal D.L. 13 maggio 2011 n. 70 sul rilievo che la norma stessa è stata abrogata con D.L. 201/2011, entrato in vigore il 6 dicembre 2011, prima ancora dell’originaria aggiudicazione a Sapia, avvenuta con provvedimento n. 720 del 15 dicembre 2011.

L’appellante ritiene che la novella di cui al D.L. n. 70/2011 vada applicata al caso in esame perché entrata in vigore il 14 maggio 2011, anteriormente alla delibera di indizione della gara del Direttore generale datata 7 giugno 2011; ma non tiene conto della sopravvenuta abrogazione, come correttamente rilevato dal TAR, per cui non poteva essere sicuramente applicata al tempo della seconda verifica dell’offerta (maggio 2012), che ha preceduto l’aggiudicazione da ultimo impugnata, secondo la regola per cui la legittimità di un provvedimento va valutata al momento della sua adozione.

13.- Per quanto riguarda il motivo di appello con cui si censura la sentenza nella parte in cui ha respinto il motivo concernente l’omessa indicazione nei verbali delle modalità di custodia, integrità dei plichi e dei documenti presentati dalle imprese partecipanti e delle cautele predisposte per l’integrità dei plichi (verbali nn. 3, 4, 5, redatti nelle sedute del 12 ottobre 2011, 26 ottobre e 3 novembre 2011), il Collegio ritiene di condividere la decisione del TAR, alla luce di copiosa giurisprudenza anche di questa Sezione (cfr. C.d.S., V, 22 febbraio 2011, n. 1094; V, 16 aprile 2013, n. 2105; IV, 4 gennaio 2013, n. 4; III, 14 gennaio 2013, n. 145).

L’integrità delle buste contenenti le offerte tecniche ed economiche, attestata nel verbale di apertura, non è contestabile, fino a querela di falso; mentre nei verbali delle sedute riservate successive non vi è traccia di menomazioni o irregolarità e neppure è stato concretamente argomentato dall’appellante che si possa essere verificata un’alterazione (Consiglio di Stato, sez. III, 24 settembre 2013, n. 4711).

D’altra parte, la sinteticità della formula utilizzata nel verbale per descrivere lo svolgimento dell’attività di verifica dell’integrità dei plichi, la cui apertura è avvenuta in seduta pubblica, non può essere ritenuta idonea a viziare la procedura di gara non dovendo il seggio verbalizzare in maniera minuziosa tutte le attività di fatto materialmente svolte (Cons. Stato, Sez. V, 13 ottobre 2010 n.7470).

Anche l’omessa verbalizzazione delle modalità di custodia delle offerte non può essere motivo di illegittimità in sé, se la censura non è sorretta da allegazione che si sia verificata una manomissione (Consiglio di Stato sez. III, 19 novembre 2012, n. 5820).

Questa Sezione ha affermato che l’impresa partecipante, che denunci la mancata o insufficiente custodia da parte della stazione appaltante delle buste contenenti le offerte, è tenuta a comprovare quanto affermato con elementi circostanziati, tali da far ritenere verosimile o altamente probabile che, per effetto della condotta negligente dell’Amministrazione, si siano verificate manomissioni dei plichi (Consiglio di Stato sez. III, 25 febbraio 2013, n. 1169).

E tale non può ritenersi la mera denuncia negli atti processuali dell’impossibilità di verificare quale documentazione sia stata inviata via fax da Sapia nella seduta pubblica del 30 agosto 2011 (verbale n. 1 del 30 agosto 2011 allegato al doc 1 di I grado), rispetto a quella consegnata a Linde, in sede di esercizio del diritto di accesso.

I meri sospetti e le congetture, non corroborati da indizi seri precisi e concordanti, specie ove alludano a

comportamenti penalmente rilevanti, non possono legittimare ex sé l'annullamento degli atti di gara.

14. – Infine, quanto al motivo sub VI.1, col quale si denuncia l'errata decisione del Tar che ha dichiarato inammissibile per tardività la doglianza con cui si denunciava l'integrazione postuma delle giustificazioni poste a base del rinnovato sub-procedimento di verifica dell'offerta Sapio (costo di ammortamento delle bombole; prezzo di acquisto dell'ossigeno indicato da Sapio comprensivo del contenitore), si osserva che il Tar ha, comunque, rigettato la censura nel merito. Non si è trattato di integrazione postuma della motivazione, ma di osservazioni contenute nelle memorie difensive delle parti miranti ad illustrare le giustificazioni offerte alla Commissione.

Neppure è accoglibile la censura sotto il profilo della contraddittorietà tra le giustificazioni offerte e l'indicazione di volersi avvalere della Gas Tcnici Foligno, essendo stata condotta la verifica di congruità soltanto nei confronti di Sapio, chiamata a comprovare la congruità della propria offerta.

15. – Infine, nessun interesse presenta per l'appellante la critica rivolta alla sentenza per quanto riguarda l'esame dei motivi del ricorso incidentale proposto da Sapio, dal momento che il ricorso incidentale è stato rigettato dal TAR.

16. - In conclusione, l'appello va respinto.

17. - Le spese si compensano tra le parti, considerata la complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/12/2013

IL SEGRETARIO

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

