

**APPALTI - COLLEGAMENTO TRA IMPRESE - OFFERTE IMPUTABILI AD UN UNICO CENTRO DECISIONALE - ESCLUSIONE DALLA GARA - PRESUPPOSTI - VERIFICA**

La sussistenza di una posizione di controllo o di collegamento societario ex art. 2359 c.c., o di una relazione di fatto tra due imprese concorrenti, legittima l'esclusione dalla gara solo qualora inducano a ritenere, all'esito di puntuali verifiche, la riconducibilità delle offerte presentate ad un unico centro decisionale.

L'accertamento del legame partecipativo, il cui onere ricade sulla stazione appaltante o sulla parte che ne affermi l'esistenza, deve basarsi su elementi univoci involgenti l'aspetto formale e sostanziale delle imprese coinvolte, in modo da dimostrare un concreto pregiudizio ai principi di par condicio, segretezza e trasparenza delle offerte.

**TAR, Lazio, Roma, Sez. III quater, sentenza n.11748/2018**

Pubblicato il 04/12/2018

**N. 11748/2018 REG.PROV.COLL.**

**N. 08260/2018 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Terza Quater)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8260 del 2018, proposto da Linde Medicale s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con Società Italiana Acetilene Disciolto – SIAD s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati

Luigi Biamonti, Andrea Lo Gaglio, Federico Mazzella, Niccolo Antonino Gallitto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dei difensori in Roma, Lungotevere Michelangelo n. 9;

***contro***

Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Fratto, Vincenzo Gambardella, Egidio Mammone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Air Liquide Sanità Service s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Brunetti, Maria Buquicchio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Ossigas s.r.l. (ora Rivoira Pharma s.r.l.), Adiramef s.r.l., non costituiti in giudizio;

***per l'annullamento***

- dell'aggiudicazione definitiva – intervenuta con Delibera n. 763 del 7.6.2018 del Direttore Generale Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, comunicata con nota Prot. n. 0017941/2018 del 11.6.2018 – della procedura selettiva avente ad oggetto la “Gara per il servizio di gestione, distribuzione e fornitura dei gas medicinali e tecnici, compreso il servizio di gestione e manutenzione degli impianti forniti a nolo, per un periodo di tempo pari a due anni, eventualmente rinnovabili per egual periodo, presso l'Ospedale San Camillo - Forlanini”;

- di ogni altro atto comunque presupposto, connesso e/o conseguente, ivi compresi tutti gli atti concernenti la suddetta procedura ed i provvedimenti costituenti la lex specialis di gara e, in particolare:

- il bando di gara spedito per la pubblicazione in G.U.C.E. in data 4.5.2015, avente ad oggetto lo “Affidamento del servizio di gestione, distribuzione e fornitura dei gas medicinali e tecnici, compreso il servizio di gestione e manutenzione degli impianti forniti a nolo, per un periodo di tempo pari a 2 anni, eventualmente rinnovabili per egual periodo, presso l'Ospedale San Camillo – Forlanini” (di seguito il “Bando”);

-il disciplinare di gara ed i relativi allegati;

- il capitolato speciale d'appalto ed i relativi allegati;

- i chiarimenti resi nel corso della procedura di gara;

- tutti i verbali di gara e rispettivi allegati;

nonché per la declaratoria dell'inefficacia del contratto nelle more eventualmente sottoscritto per l'affidamento dell'appalto di cui alla gara oggetto di giudizio e del conseguente diritto della ricorrente a tale affidamento;

nonché per la condanna dell'Azienda ospedaliera San Camillo Forlanini al risarcimento dei danni subiti e subendi dalla ricorrente per l'illegittima pretermissione dallo svolgimento dell'appalto di cui alla gara oggetto di giudizio;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini e della società Air Liquide Sanità Service s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 ottobre 2018 il dott. Paolo Marotta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

La società ricorrente, in qualità di mandataria del R.T.I. con la società S.i.a.d. s.p.a., ha partecipato ad una procedura di gara indetta dall'Azienda ospedaliera San Camillo Forlanini, con deliberazione n. 463 del 22 aprile 2015, per l'affidamento del servizio di gestione, distribuzione e fornitura dei gas medicinali e tecnici, compreso il servizio di gestione e manutenzione degli impianti forniti a nolo, per un periodo di tempo pari a due anni, presso l'Ospedale San Camillo – Forlanini.

L'importo posto a base di gara era fissato in € 4.535.940,00 oltre i.v.a.; il criterio aggiudicazione indicato dalla lex specialis di gara era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con assegnazione di punti fino a n. 60 per l'elemento qualità e di punti fino a n. 40 per l'elemento prezzo, a seguito di ponderazione, con la prescrizione del punteggio di qualità minimo di punti 36/60 da conseguire a pena di esclusione.

In esito alla procedura di gara, la società ricorrente (attuale gestore del servizio in questione, in regime di proroga dal 2014) si è classificata nella

graduatoria finale al terzo posto, con punti 69,259 (la società aggiudicataria ha invece conseguito il punteggio di punti 81,538).

Con il ricorso in esame, la ricorrente ha chiesto l'annullamento della deliberazione n. 763 del 7 giugno 2018, con la quale il Direttore Generale dell'Azienda ospedaliera San Camillo Forlanini ha disposto l'aggiudicazione definitiva in favore della società Air Liquide Sanità Service s.p.a. nonché la declaratoria dell'inefficacia del contratto nelle more eventualmente sottoscritto per l'affidamento dell'appalto de quo e il risarcimento dei danni in forma specifica (attraverso il subentro nel contratto) e, in via subordinata, l'annullamento degli atti impugnati, ai fini della riedizione della procedura di gara.

Si sono costituite in giudizio l'Azienda ospedaliera San Camillo Forlanini e la controinteressata (Air Liquide Sanità Service s.p.a.), eccependo l'inaammissibilità delle dedotte censure, delle quali hanno comunque contestato la fondatezza nel merito.

Con ordinanza del 3 agosto 2018 n. 4833 è stata respinta l'istanza cautelare, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente.

Nonostante la reiezione della istanza cautelare, con nota del 29 agosto 2018, la società ricorrente si è sostanzialmente rifiutata di consentire il subentro dell'aggiudicataria a decorrere dal 1° settembre 2018, ritenendolo inattuabile, in considerazione della mancata indicazione delle modalità attuative da parte della stazione appaltante e rivendicando i corrispettivi spettanti per la prosecuzione di fatto della esecuzione del

contratto “..a prescindere dal mancato rinnovo della proroga tecnica del 31 agosto 2018”.

Con memorie depositate nel corso del giudizio, le parti costituite hanno avuto modo di rappresentare compiutamente le rispettive tesi difensive.

All'udienza pubblica del 16 ottobre 2018, su richiesta delle parti, come da verbale, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Con il primo motivo, la ricorrente si duole della mancata esclusione della seconda classificata - ATI Rivoira Pharma s.r.l. (già Ossigas s.r.l.) / Adiramef s.r.l. - ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. m-quater, D.Lgs. 163/2006 e dell'art. 3 del Disciplinare di gara.

Alla base della dedotta censura vi è la considerazione secondo la quale la Rivoira Pharma s.r.l. (già Ossigas s.r.l.) ha dichiarato in sede di gara di rifornirsi di anidride carbonica F.U. per il tramite della società Sapio Produzione Idrogeno Ossigeno s.r.l. che, a sua volta, ha partecipato alla procedura di gara de qua.

In disparte ogni considerazione in relazione alla inammissibilità della censura, atteso che l'esclusione del raggruppamento secondo classificato dalla procedura di gara non consentirebbe alla ricorrente il conseguimento del bene della vita (ossia l'aggiudicazione della procedura di gara ovvero la riedizione della stessa), la censura si rivela infondata nel merito.

Secondo principi consolidati nella giurisprudenza amministrativa, di recente ribaditi (Consiglio di Stato, sez. V, 4 gennaio 2018, n. 58):

- l'art. 38, comma 1, lettera m-quater) del precedente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006) è stato introdotto dal legislatore nazionale (articolo 3, comma 1 del d.l. 25 settembre 2009, n. 135 convertito, con modificazioni, dalla l. 20 novembre 2009, n. 166) al fine di conformarsi ai rilievi sollevati dalla Corte di giustizia UE con la sentenza 19 maggio 2009, in causa C-538/07. La Corte aveva stigmatizzato la previsione di cui all'articolo 10, comma 1-bis della l. 11 febbraio 1004, n. 109, censurando il divieto di sostanziale partecipazione contestuale da parte di imprese per le quali sussistesse un rapporto di controllo o di collegamento ai sensi dell'articolo 2359 Cod. civ., senza lasciare alle imprese coinvolte la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non aveva in realtà influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara;

- la sussistenza di una posizione di controllo societario ai sensi dell'articolo 2359 Cod. civ., ovvero la sussistenza di una più generica "relazione, anche di fatto" (secondo una formulazione comprensibilmente ampia) fra due concorrenti è condizione necessaria, ma non anche sufficiente perché si possa inferire il reciproco condizionamento fra le offerte formulate. A tal fine (recependo un'indicazione fornita in modo netto dalla Corte di giustizia) è altresì necessario che venga fornita adeguata prova circa il fatto "[che] la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili a un unico centro decisionale". Tale prova, riferita alle concrete circostanze del caso, riguarda l'esistenza di un unico centro

decisionale e non anche la concreta idoneità ad alterare il libero gioco concorrenziale. Ciò, in quanto la riconducibilità di due o più offerte a un unico centro decisionale costituisce ex se elemento idoneo a violare i generali principi in tema di par condicio, segretezza e trasparenza delle offerte (in tal senso, ex multis, Cons Stato, V, 18 luglio 2012, n. 4189);

- l'onere della prova del collegamento tra imprese ricade sulla stazione appaltante o, comunque, sulla parte che ne affermi l'esistenza, al fine della loro esclusione dalla gara, dimostrazione che deve necessariamente fondarsi su elementi di fatto univoci – non suscettibili cioè di letture alternative o dubbie – desumibili sia dalla struttura imprenditoriale dei soggetti coinvolti (ossia dal loro assetto interno, personale o societario - cd. aspetto formale), sia dal contenuto delle offerte dalle stesse presentate (cd. aspetto sostanziale). Inoltre, ai fini della predetta esclusione non è sufficiente una generica ipotesi di collegamento “di fatto”, essendo necessario che per tale via risulti concretamente inciso l'interesse tutelato dalla norma, volta ad impedire un preventivo concerto delle offerte (ex multis, Cons. Stato, V, 16 dicembre 2016 n. 5324) tale da comportare un vulnus al principio di segretezza delle stesse (Cons. Stato, V, 11 luglio 2016, n. 3057).

Orbene, l'appalto de quo ha ad oggetto l'affidamento del servizio di gestione, distribuzione e fornitura dei gas medicinali e tecnici, compreso il servizio di gestione e manutenzione degli impianti forniti a nolo, per un periodo di tempo pari a due anni. La fornitura dell'anidride carbonica nell'ambito dei gas medicinali e tecnici, la cui tipologia e quantità sono

specificate nell'allegato 1 al Capitolato speciale d'appalto, costituisce dunque una parte assai limitata dell'oggetto complessivo dell'appalto.

Ne consegue che il fatto che la società Sapio produzione idrogeno ossigeno s.r.l. (che pure ha partecipato alla gara de qua in associazione con la Sapio Life s.r.l.) abbia dichiarato di impegnarsi a fornire con continuità alla società Ossigas s.r.l. i quantitativi necessari di anidride carbonica F.U. per tutta la durata della fornitura non è reputato dal Collegio elemento di per sé solo sufficiente a ritenere adeguatamente comprovata la riconducibilità delle offerte presentate dai due operatori economici ad un unico centro decisionale, non potendo considerarsi preclusiva della partecipazione alle gare d'appalto la mera sussistenza di rapporti commerciali tra imprese del medesimo settore, in assenza del concorso degli altri elementi individuati dalla giurisprudenza quali indici rivelatori del c.d. "collegamento sostanziale" delle imprese.

Con il secondo motivo, la ricorrente si duole della mancata conformità delle offerte di Air Liquide Sanità Service s.p.a. (aggiudicataria) e dell'A.T.I. Rivoira Pharma s.r.l. (già Ossigas s.r.l.) / Adiramef s.r.l. alla lex specialis di gara, in relazione agli artt. 7 (Servizi di gestione – Trasporto e consegna recipienti mobili), 8 (Servizi di manutenzione – Manutenzione ordinaria programmata impianti gas medicinali), 11 (Tempi di intervento e presidio fisso) e 13 (Risorse umane) del Capitolato speciale d'appalto; deduce inoltre errata attribuzione del punteggio tecnico, violazione dell'art. 8 del Disciplinare di gara e mancata sottoposizione alla

procedura di verifica di anomalia dell'offerta (artt. 86 e ss. d.lgs. 163/2006).

In estrema sintesi, la parte ricorrente - dopo aver evidenziato che la stazione appaltante, con riguardo al servizio di manutenzione delle rete dei gas medicinali, ha sostituito il servizio di reperibilità con il servizio di presidio fisso - sostiene che sia la società aggiudicataria che il raggruppamento di imprese classificatosi al secondo posto avrebbero dovuto essere esclusi dalla procedura di gara.

In particolare, a giudizio della ricorrente, l'offerta dell'aggiudicataria sarebbe generica e indeterminata e quindi non conforme a quanto richiesto dagli atti di gara. In subordine, il punteggio assegnato alla relativa offerta, segnatamente con riguardo alla tracciabilità e movimentazione dei contenitori mobili e ai servizi di manutenzione della rete, sarebbe eccessivo.

Con riguardo alla offerta presentata dall'A.T.I. Rivoira Pharma s.r.l. (già Ossigas s.r.l.) / Adiramef s.r.l., il numero degli operatori messi a disposizione sarebbe inferiore a quello richiesto per la corretta esecuzione dell'appalto.

Le censure sono inammissibili per genericità e comunque infondate nel merito.

Sia la società Air Liquide Sanità Service s.p.a. (aggiudicataria) che l'A.t.i. Rivoira Pharma s.r.l. (già Ossigas s.r.l.) / Adiramef s.r.l. (seconda classificata) si sono formalmente impegnate ad assicurare il presidio fisso di intervento rapido per la manutenzione ed una adeguata organizzazione

della reperibilità e della manutenzione, né sono indicate dalla parte ricorrente in maniera puntuale le ragioni per le quali le offerte dei predetti operatori economici sarebbero difformi (in relazione agli elementi sopra richiamati) rispetto a quanto richiesto dagli atti della procedura di gara.

Con riguardo alla richiesta (formulata in subordine) di annullamento degli atti impugnati in relazione ai punteggi attribuiti per la tracciabilità e la movimentazione dei contenitori mobili e per i servizi di manutenzione della rete, il Collegio deve rilevare che, per costante giurisprudenza, le decisioni di natura tecnico –discrezionale adottate dalle Commissioni di gara sono censurabili solo nella misura in cui risultino viziate da manifesta irragionevolezza o illogicità.

Nel caso di specie, il disciplinare di gara, all'art. 8, individuava analiticamente gli elementi tecnici dell'offerta che sarebbero stati oggetto di valutazione, prevedendo i punteggi da assegnare secondo determinati coefficienti di valutazione.

Nell'allegato al verbale n. 12 del 13 novembre 2017, la Commissione di gara formula, con riguardo a ciascun concorrente, il giudizio sintetico relativo al coefficiente di valutazione attribuito a ciascun elemento e stabilisce il punteggio conseguentemente attribuito.

Orbene, il modus operandi della Commissione di gara si presenta coerente con gli atti del procedimento di gara e immune dalle censure dedotte dalla ricorrente, che si rivelano generiche, non supportate da elementi di fatto (che evidenzino una manifesta irragionevolezza dei

punteggi attribuiti dalla Commissione di gara) e comunque inidonee a sovvertire il risultato della procedura di gara, anche in considerazione del considerevole divario esistente tra il punteggio attribuito alla offerta dell'aggiudicataria e quello attribuito alla offerta della odierna ricorrente.

Con il terzo motivo di gravame, la ricorrente lamenta la mancata conformità delle offerte della società Air Liquide Sanità Service s.p.a. e dell'A.T.I. Rivoira Pharma s.r.l. (già Ossigas s.r.l.) / Adiramef s.r.l. alla lex specialis di gara, in relazione agli artt. 1 del Disciplinare di gara e 14 del Capitolato speciale d'appalto (con riguardo ai Servizi particolari – Controlli analitici dei gas medicinali alle prese), deducendo errata attribuzione del punteggio tecnico e violazione dell'art. 8 del Disciplinare di gara.

In buona sostanza, la parte ricorrente sostiene che sia la società Air Liquide Sanità Service s.p.a. che l'A.t.i. Rivoira Pharma s.r.l. (già Ossigas s.r.l.) / Adiramef s.r.l. abbiano presentato offerte tecniche non conformi alla lex specialis, avendo indicato modalità di esecuzione dei controlli dei gas medicinali difformi dal Capitolato, con la conseguenza che avrebbero dovuto essere escluse dalla procedura di gara.

La tesi della ricorrente non è meritevole di accoglimento.

Occorre premettere che, con riguardo al regime dei controlli, il Capitolato speciale d'appalto prevedeva due verifiche annuali quali-quantitative dei gas medicinali (ossigeno medicinale; aria medicinale; protossido d'azoto medicinale), stabilendo che detti controlli dovessero

essere effettuati con prelievo di campione da sottoporre ad un laboratorio terzo accreditato.

Orbene, l'offerta tecnica presentata dalla società aggiudicataria prevede due modalità di esecuzione dei predetti controlli:

- a) modalità test, ossia mediante fiale colorimetriche contenenti reattivi;
- b) modalità production mediante stazione mobile, garantita dalla categoria III della certificazione Accredia dei laboratori autorizzati (secondo quanto rappresentato nella offerta, questa metodologia, pur presentando la stessa affidabilità di quella con prelievo di campione, consentirebbe di avviare tempestivamente procedure di bonifica e di ripristino).

L'offerta presentata dal raggruppamento di imprese Rivoira Pharma s.r.l. (già Ossigas s.r.l.) / Adiramef s.r.l. prevede che i controlli dei gas medicinali siano effettuati con metodologia test e in determinate ipotesi con prelievo di campione da sottoporre a laboratorio esterno accreditato, con analisi aggiuntive (quale offerta migliorativa) rispetto a quanto richiesto dal Capitolato.

Tanto premesso, il Collegio ritiene che la non perfetta coincidenza delle modalità esecutive dei controlli dei gas medicinali (rispetto a quanto indicato dal Capitolato speciale d'appalto) non poteva costituire motivo di esclusione dalla procedura di gara, in quanto non configurata come tale dalla lex specialis di gara, tenendo altresì conto che le predette offerte presentano delle migliorie che evidentemente sono state repute apprezzabili dalla Commissione di gara.

A ciò si aggiunge l'ulteriore considerazione secondo la quale non sono adottati dalla parte ricorrente elementi concreti che consentano di ritenere che le metodologie di controllo indicate nelle offerte contestate non siano idonee ad assicurare la finalità cui detti controlli sono preordinati o di sovvertire le valutazioni di natura tecnico – discrezionale effettuate dalla Commissione di gara.

Con il quarto e ultimo motivo di ricorso, la parte ricorrente deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 14 del Capitolato nonché violazione e falsa applicazione della Circolare del Ministero degli Interni n. 99 del 15.10.1964.

Sostiene la parte ricorrente che la società Air Liquid Sanità Service s.p.a. avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di gara, in quanto il progetto relativo alla installazione dei serbatoi di ossigeno e azoto liquido e del miscelatore di aria medica non sarebbero conformi alla normativa antincendio. A tale riguardo, fa rilevare che, in base alla Circolare del Ministero degli Interni n. 99 del 15.10.1964, tra i contenitori di ossigeno e i fabbricati con muri perimetrali incombustibili o resistenti al fuoco debbono intercorrere almeno mt. 7,5.

Le censure sono infondate.

In disparte ogni considerazione sulla derogabilità delle distanze indicate dalla Circolare sopra richiamata (pure eccepita dalla amministrazione resistente), il Collegio deve rilevare che la dedotta violazione delle distanze indicate dalla predetta Circolare non può essere considerata causa di esclusione dalla gara dell'offerta presentata dalla società Air

Liquide Sanità Service s.p.a., in quanto nella lex specialis non vi è alcun riferimento ad essa.

Oltre a ciò, la validità del progetto di massima presentato dalla aggiudicataria (peraltro, emendabile nelle fasi successive della progettazione) non può essere confinata alla mera valutazione della distanza tra la centrale di stoccaggio e i muri perimetrali, implicando la ponderazione di molteplici aspetti di natura tecnica e progettuale, che evidentemente sono stati ritenuti meritevoli di apprezzamento da parte della Commissione di gara.

In conclusione, il ricorso è infondato e va respinto.

Le spese di giudizio, liquidate nel dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio, liquidate in € 4.000,00 (quattromila /00), oltre accessori, di cui € 2.000,00 in favore dell'Azienda ospedaliera San Camillo Forlanini ed € 2.000,00 in favore della società Air Liquide Sanità Service s.p.a.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Sapone, Presidente

Pierina Biancofiore, Consigliere

Paolo Marotta, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Paolo Marotta**

**IL PRESIDENTE**  
**Giuseppe Sapone**

IL SEGRETARIO