

Limiti del divieto di offerta al rialzo fra vecchio e nuovo Codice degli Appalti

di Domenico Menorello

Data di pubblicazione: 28-9-2016

Il principio relativo al divieto di offerte in aumento, ricavabile dagli artt. 82 e 83 D. Lgs. n. 163/2006, deve essere interpretato conformemente alla sua *ratio*, al fine, cioè, di evitare che la Pubblica Amministrazione venga esposta a un maggior aggravio economico rispetto a quanto preventivato a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto. Tale principio, coordinato con il disposto di cui all'art. 46, comma 1 *bis*, del precedente Codice degli Appalti, conduce, tuttavia, a ritenere possibile il superamento della soglia massima eventualmente indicata dalla disciplina di gara per singole voci di costo, purché l'offerta finale, nella sua globalità, rispetti il prezzo complessivamente indicato dalla Stazione Appaltante (1).

(1) Sulla opinione per cui *“il combinato disposto degli artt. 82 e 83 d. lgs. n. 163/2006 e 283, comma 3, del d.pr. n. 207/2010”* condurrebbe a *“ritenere che sia normativamente previsto il divieto di offerte in aumento anche in caso di applicazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa”* cfr. TAR Campania, Salerno, Sez. I, 13 gennaio 2016, n. 7 e TAR Lombardia, Milano, IV, 9 gennaio 2015, n. 28. Non risultano precedenti sotto il profilo di coordinare detto divieto con l'art. 46, comma 1 *bis*, D. lgs n. 163/2006 con riferimento alla possibilità di superare singoli voci di costo emergenti da previsioni *della lex specialis*.

[Guida alla lettura](#)

La sentenza sopra riportata affronta una pluralità di questioni giuridiche, ripercorrendo noti insegnamenti in tema di giustificazione dell'offerta ovvero precisando che la quantificazione delle spese generali fra il 13% e il 17% di cui all'art. 32, comma 2, lett. b), DPR 5.10.2010, n. 207 deve considerarsi applicabile ai soli appalti di lavori pubblici.

Particolari accenti di interesse si rinvengono soprattutto con riferimento a un ulteriore argomento, riferibile all'esplorazione del **rapporto fra il superamento di singole voci di costo componenti un prezzo finale, il divieto di offerte in aumento, nonché il divieto di esclusione da una gara ex art. 46, comma 1 bis**, del precedente Codice degli Appalti. La questione appare attuale anche nella prospettiva della nuova normativa di cui al D. lgs 18

aprile 2016, n. 50, ove, sul punto, non si rinvencono più precise declinazioni normative rispetto al precedente Codice degli Appalti.

Nel merito, il caso ha proposto una pubblica procedura di una Unità Sanitaria veneta per l'affidamento di un appalto di fornitura domiciliare a pazienti affetti da insufficienza respiratoria cronica di ossigeno, comprensivo delle relative apparecchiature in uno con i servizi di assistenza. In tale contesto, il disciplinare specificava anche l'ammontare di alcune singole voci di costo facenti parte del prezzo finale, in particolare indicando che *"il noleggio dei ventilatori e degli aspiratori di backup dovrà essere pari al 50% del costo giornaliero per il noleggio delle apparecchiature principali"*, non comminando, però, al mancato rispetto di tale previsione la conseguenza dell'esclusione.

Avendo l'aggiudicataria proposto un prezzo finale nei limiti globali, ma a sua volta composto anche dalla voce di costo in oggetto quantificata in misura **superiore** alle previsioni del disciplinare, ne veniva chiesta dal ricorrente l'esclusione.

La decisione giurisdizionale avvia il proprio argomentare logico facendo preliminarmente eco alla più recente giurisprudenza citata in nota alla massima, secondo cui in effetti esiste il **divieto normativo di presentare l'offerta economica in aumento**, derivabile in via interpretativa dagli artt. 82 e 83 del D. Lgs n. 163/2006, nonché dall'art. 283, comma 3, D.P.R. 207/2010, riproposti, per quanto di interesse, dall'art. 95 del D. Lgs 18 aprile 2016, n. 50 (cfr. TAR Campania, Salerno, Sez. I, 13 gennaio 2016, n. 7 e TAR Lombardia, Milano, IV, 9 gennaio 2015, n. 28).

Dunque, il **superamento dell'ammontare definitivo del prezzo** a base d'asta avrebbe dovuto determinare l'esclusione dell'offerta, vigendo in allora l'art. 46, comma 1 *bis*, del D. Lgs. n. 163/06, ove si prevedeva che una siffatta estromissione potesse essere disposta solo in presenza di tassativi presupposti, fra i quali, appunto, il mancato adempimento alle prescrizioni previste dal Codice degli Appalti Pubblici. Ed anche nel nuovo D. Lgs. n. 50/16 il principio di tassatività delle cause di esclusione è riproposto, in termini probabilmente più sintetici, all'art. 83, comma 8, secondo periodo, per il quale *"I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle"*.

Tuttavia, dopo aver riconosciuto l'inderogabilità - per volere codicistico - del valore globale di un appalto, il TAR Veneto ha acutamente distinto il prezzo finale dell'offerta dalle singole voci di costo della stessa, anche se espressamente descritte dalla disciplina di gara. Si è riflettuto, cioè, sul fatto che lo stesso *"art. 46, comma 1-bis, D.Lgs n.163/2006, nel prevedere in via tassativa le ipotesi di esclusione dei candidati o concorrenti da una procedura d'appalto, e nel sancire la nullità delle clausole dei bandi che contengano ulteriori prescrizioni a pena di esclusione, preclude sia alla Stazione Appaltante, sia all'interprete, la possibilità di enucleare ulteriori prescrizioni a pena di esclusione, con la conseguenza che nessuna conseguenza escludente può derivare per il fatto di aver superato la soglia percentuale massima"* ipotizzata dal disciplinare per una singola voce di costo.

Pertanto, è stata individuata una articolata opzione ermeneutica, che appare coerente con il più generale principio del *favor participationis* oltre che con la lettera delle norme positive in vigore, in base alla quale, in sintesi, si deve ritenere che **“il divieto di offerte in aumento opera solo e soltanto con riguardo alla offerta economica finale, intesa nella sua globalità”**, rimanendo, entro tale limite, **possibile** che **alcune voci di costo vengano prospettate in aumento** rispetto alle indicazioni fornite dalla disciplina di gara.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 952 del 2016, proposto da:

Vitalaire Italia spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Brunetti e Francesco Scanzano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuseppe Duca in Venezia-Mestre, viale Ancona 12;

contro

Azienda Ulss n. 9 di Treviso, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Diego Signor, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Acerboni in Venezia-Mestre, via Torino, 125;

nei confronti di

Sico-Società Italiana Carbuoro Ossigeno spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giancarlo Turri e Alessandro Veronese, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Venezia, via delle Industrie 19/C8

per l'annullamento

della deliberazione del direttore generale Azienda ULSS 9 di Treviso n. 603 del 30.06.2016 di aggiudicazione definitiva a SICO Spa della gara per l'affidamento dell'appalto relativo alla fornitura domiciliare a pazienti affetti da insufficienza respiratoria cronica di Ossigeno, di Apparecchiature e dei relativi servizi di assistenza - Cig. 633040604B e della relativa comunicazione prot. 0074312 dell'1.07.2016;

della nota ULSS 9 prot. 56780 del 18.05.2016 nella parte in cui limita la richiesta di giustificativi a SICO all'utile d'impresa e alle spese generali;

della comunicazione Azienda ULSS 9 di Treviso n. 59638 del 25.05.2016 e della mancata esclusione della ditta SICO ad esito del subprocedimento di verifica avviato con provvedimento Azienda ULSS 9 di Treviso n. 49251 del 3.05.2016;

di tutti i verbali della Commissione di gara e tutti i verbali della Commissione giudicatrice, con i relativi allegati ed in particolare il verbale della commissione di gara n. 7 del 21.04.2016 con cui è stata rigettata l'istanza presentata dalla ricorrente con nota prot. 155/Ug-Dom/mf del 22.04.2016 e non si è adottata l'esclusione di SICO dalla gara;

della nota ULSS n. 9 prot. 7160 del 22.06.2016 di conferma della nota prot. 59638 del 25.05.2016;

del Bando di gara, del Disciplinare di gara, con relativi modelli allegati, e del Capitolato Speciale d'Appalto, se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente;

di ogni altro atto e/o provvedimento ai primi preordinato, connesso e/o consequenziale, se ed in quanto lesivo degli interessi del ricorrente, nonché per la declaratoria, del diritto del ricorrente all'aggiudicazione della gara ed alla stipula del contratto di appalto e/o per la declaratoria dell'inefficacia del contratto e subentro nel medesimo qualora medio tempore stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda Ulss n.9 di Treviso e della Sico-Società Italiana Carbuoro Ossigeno Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 settembre 2016 il dott. Michele Pizzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Sentita la richiesta di parte ricorrente per la pronuncia di sentenza in forma semplificata, la non opposizione delle parti resistenti e la rinuncia ai termini di cui all'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Vitalaire Italia s.p.a. odierna ricorrente ha partecipato alla gara, indetta dalla Azienda Ulss n.9 di Treviso, per l'affidamento dell'appalto, della durata di 60 mesi, relativo alla fornitura domiciliare, in favore di pazienti affetti da insufficienza respiratoria cronica, di ossigeno, di apparecchiature e dei relativi servizi di assistenza.

L'appalto è stato successivamente aggiudicato alla SICO s.p.a. odierna controinteressata, la quale, prima dell'aggiudicazione, è stata destinataria di un sub-procedimento (conclusosi positivamente) attivato, su segnalazione della odierna ricorrente, dalla Azienda Ulss n.9 di Treviso per la verifica della congruità dell'offerta economica.

Avverso tutti gli atti di gara, meglio indicati in epigrafe, è insorta la Vitalaire Italia s.p.a., con ricorso notificato il 29 luglio 2016, chiedendone l'annullamento, previa domanda cautelare di sospensione, e chiedendo, altresì, che venga dichiarato il diritto della odierna ricorrente all'aggiudicazione della gara ed alla stipula del contratto d'appalto, con conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto medio tempore stipulato con la SICO s.p.a.

Con il primo motivo di ricorso viene lamentata violazione del divieto di offerte in aumento, violazione degli artt. 2, 11, 12 e 46 D.Lgs n.163/2006, violazione del D.P.R. n.207/2010, eccesso di potere per erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, irragionevolezza, difetto di motivazione, disapplicazione della disciplina di gara e del "bando tipo" Anac, per non aver la Stazione Appaltante escluso dalla gara la SICO s.p.a. a fronte del fatto che l'offerta economica presentata da quest'ultima si porrebbe in contrasto col divieto di offerte in aumento.

Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente denuncia, sotto un diverso profilo, la violazione del divieto di offerte in aumento, la violazione degli artt. 2 e 46 del D.Lgs n.163/2006, la violazione del D.P.R. n.207/2010, eccesso di potere per erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, irragionevolezza, difetto di motivazione, disapplicazione della disciplina di gara, per non aver la Stazione Appaltante escluso dalla gara la SICO s.p.a. per indeterminatezza dell'offerta, avendo quest'ultima, nel modulo dell'offerta economica, espresso due distinti ribassi percentuali con riferimento al prezzo ex factory per l'ossigeno gassoso.

Con il terzo ed ultimo motivo di ricorso viene lamentata omessa e/o erronea motivazione su un punto decisivo della controversia, oggettiva sottostima dei costi di manodopera, oggettiva mancanza di utile d'impresa, violazione degli artt. 86, 87 e 88 D.Lgs n.163/2006, violazione dell'art. 32 D.P.R. n.207/2010, eccesso di potere per erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, contraddittorietà ed illogicità, difetto di motivazione e di istruttoria, sviamento, violazione dei trattamenti salariali minimi inderogabili, per non aver la Stazione

Appaltante escluso dalla gara la SICO s.p.a. per incongruità ed anomalia dell'offerta economica, in quanto l'importo offerto in sede di gara non sarebbe idoneo, sotto molteplici voci, a coprire i costi dell'appalto e condurrebbe ad una attività imprenditoriale in perdita.

Si sono costituite in giudizio, con ampie ed articolate memorie, la Azienda Ulss n.9 di Treviso e la SICO s.p.a., insistendo entrambe sulla infondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

DIRITTO

Il primo motivo di ricorso è manifestamente infondato.

Infatti il Disciplinare di Gara (All.12 del fascicolo di parte ricorrente), nella parte in cui prevede, con riguardo alla Busta C "Offerta economica", che: "il prezzo del noleggio dei ventilatori e degli aspiratori di backup dovrà essere pari al 50% del costo giornaliero per il noleggio delle apparecchiature principali", non specifica, come invece accade in numerose altre previsioni del Disciplinare, che tale requisito di prezzo è previsto a pena di esclusione; inoltre, come già correttamente rilevato dalla Azienda Ulss con la nota prot. n.59638 del 25 maggio 2016 (All.8 del fascicolo di parte ricorrente), il superamento di tale soglia massima di prezzo non può comportare l'esclusione della ditta SICO s.p.a. in quanto la suddetta soglia "non può essere ricondotta ad una delle ipotesi tassativamente previste dal legislatore nell'art. 46 comma 1-bis del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i. sopra riportato".

In effetti l'art. 46, comma 1-bis, D.Lgs n.163/2006, nel prevedere in via tassativa le ipotesi di esclusione dei candidati o concorrenti da una procedura d'appalto, e nel sancire la nullità delle clausole dei bandi che contengano ulteriori prescrizioni a pena di esclusione, preclude sia alla Stazione Appaltante, sia all'interprete, la possibilità di enucleare ulteriori prescrizioni a pena di esclusione, con la conseguenza che, nella presente fattispecie, nessuna conseguenza escludente può derivare in danno della SICO s.p.a. per il fatto di aver superato la soglia percentuale massima del prezzo del noleggio dei ventilatori e degli apparecchi di backup, proprio in ragione del fatto che tale soglia, non prevista dal Disciplinare a pena di esclusione, non rientra nemmeno in alcuna delle ipotesi tassative di cui all'art. 46, comma 1-bis cit.

Né l'offerta economica della SICO s.p.a., contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, può essere dichiarata inammissibile per aver l'odierna controinteressata presentato un'offerta in aumento rispetto all'importo a base d'asta (con riguardo al prezzo del noleggio dei ventilatori e degli apparecchi di backup, in quanto superiore alla soglia del 50% del costo del noleggio per le apparecchiature principali).

Infatti il principio relativo alla necessità che le offerte economiche siano pari o inferiori all'importo posto a base d'asta, con conseguente inammissibilità delle offerte in aumento (principio ricavabile dagli artt. 82 e 83 D.Lgs n.163/2006, nonché dall'art.283, comma 3, D.P.R. 207/2010), deve comunque essere interpretato conformemente alla sua ratio, al precipuo fine di evitare che la Pubblica Amministrazione venga esposta ad un maggior aggravio economico (rispetto a quanto preventivato) a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto.

Di conseguenza il divieto di offerte in aumento opera solo e soltanto con riguardo alla offerta economica finale, intesa nella sua globalità, senza che si possano artificiosamente suddividere le singole voci di costo, in quanto è ben possibile che, pur a fronte di alcune voci più onerose, il totale complessivo dell'offerta economica si ponga comunque, come è appunto avvenuto nel presente caso, ad un livello inferiore rispetto all'importo a base d'asta.

Il primo motivo di ricorso, pertanto, deve essere rigettato.

Il secondo motivo di ricorso è manifestamente infondato.

In primo luogo si osserva che l'utilizzo del Modello 5 (in allegato al Disciplinare di Gara) per la presentazione dell'offerta economica non era previsto come obbligatorio per l'impresa offerente, tanto è vero che lo stesso Disciplinare afferma, al riguardo, che l'offerta economica deve essere presentata utilizzando "preferibilmente" il suddetto Modello 5, con ciò palesandosi per tabulas la possibilità, in capo a ciascuna impresa offerente, di redigere l'offerta economica anche discostandosi da tale Modello 5.

In secondo luogo il Disciplinare ha previsto, come obbligatoria, l'indicazione dello sconto ex factory per ossigeno liquido e l'indicazione dello sconto ex factory per ossigeno gassoso e, nel presente caso, entrambi gli sconti sono stati indicati dalla SICO s.p.a. nell'offerta economica presentata in sede di gara (All.14 del fascicolo di parte ricorrente).

La mera circostanza che nell'offerta economica della SICO s.p.a. via sia stata una ulteriore suddivisione dello sconto ex factory praticato per l'ossigeno gassoso (con riferimento sia all'ossigeno gassoso tout court, sia all'ossigeno gassoso-bombole di riserva dei concentratori) non inficia la correttezza dell'offerta economica e, lungi dal creare incertezza o indeterminazione, fornisce una maggiore precisione ed un maggior dettaglio dell'offerta economica rispetto a quanto previsto dal Modello 5.

Il secondo motivo di ricorso, pertanto, deve essere rigettato.

Da ultimo anche il terzo motivo di ricorso è manifestamente infondato.

Innanzitutto occorre precisare che nel presente caso, come già correttamente rilevato dalla Azienda Ulss nella nota del 25 maggio 2016 (All. 8 del fascicolo di parte ricorrente), il prezzo offerto dalla SICO s.p.a. non presenta carattere anormalmente basso, in quanto la soglia di anomalia di cui all'art. 86, comma 2, D.Lgs n.163/2006 viene superata "solo per il punteggio prezzo, non per il punteggio qualità".

Si deve, pertanto, escludere che nel presente caso la Stazione Appaltante abbia posto in essere un sub-procedimento per la verifica della anomalia dell'offerta, avendo invece la Azienda Ulss semplicemente intrapreso un supplemento istruttorio sulla scorta delle contestazioni della Vitalaire, in un'ottica di diligenza, buona fede e fattiva collaborazione tra parte pubblica e operatore privato.

Inoltre, se anche fosse venuta in luce una ipotesi di offerta anormalmente bassa (con

ragionamento a fortiori applicabile nella presente fattispecie), per consolidato orientamento giurisprudenziale la valutazione dell'anomalia dell'offerta economica deve essere compiuta in modo globale e sintetico, e deve essere riferita all'intera offerta e non con riferimento alle singole voci di costo ritenute incongrue, ed avulse dall'incidenza che potrebbero avere sull'offerta economica nel suo insieme (sulla necessità, in subiecta materia, di una valutazione globale e sintetica, da ultimo Cons. St., sentenza n.2751/2016; Cons. St., sentenza n.2547/2016; TAR Lazio-Roma, sentenza n.6616/2016).

In secondo luogo la valutazione della congruità delle offerte è espressione di discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, con la conseguenza che il Giudice Amministrativo, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità del giudizio di anomalia (e a fortiori qualora sia chiamato a pronunciarsi sulla legittimità del giudizio di congruità espresso dalla Stazione appaltante qualora non vi sia nemmeno il superamento della soglia di anomalia), può sindacare le valutazioni rese dalla Pubblica Amministrazione solo sotto i profili della loro logicità e ragionevolezza, della carenza di istruttoria e della erroneità dei fatti (sindacato estrinseco), senza che possa procedere autonomamente alla verifica della congruità o dell'anomalia dell'offerta, sovrapponendo la propria valutazione tecnico-discrezionale al giudizio non macroscopicamente erroneo, né illogico, reso dall'Organo amministrativo, al quale la Legge attribuisce la tutela dell'apprezzamento dell'interesse pubblico nel caso concreto (sui limiti del sindacato del Giudice Amministrativo in subiecta materia, da ultimo Cons. St., sentenza n.3359/2016; Cons. St., sentenza n.2524/2016; Cons. St., sentenza n.2547/2016).

Come di recente ribadito dal Consiglio di Stato, con ragionamento a maggior ragione applicabile nel caso di specie (ove non viene in luce una ipotesi di offerta anormalmente bassa): "Nelle gare pubbliche il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni compiute in sede di verifica di anomalia delle offerte è circoscritto ai soli casi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, in considerazione della discrezionalità che connota dette valutazioni, come tali riservate alla stazione appaltante cui compete il più ampio margine di apprezzamento." (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n.3372/2016)

Precisati tali orientamenti giurisprudenziali, cui il Collegio ritiene di dare continuità, si osserva come, nel presente caso, non sussistano ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza del giudizio positivo espresso dalla Azienda Ulss in merito alla congruità dell'offerta economica della ditta SICO s.p.a..

Al riguardo si osserva innanzitutto come la mera circostanza che la Stazione Appaltante, in sede di sub-procedimento per la verifica della congruità dell'offerta economica, non abbia richiesto a SICO s.p.a. il dettaglio delle voci di costo, ed in particolare il dettaglio del costo della manodopera e degli oneri della sicurezza, non possa inficiare di per sé l'istruttoria compiuta dalla Stazione Appaltante la quale, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica, ha ritenuto opportuno richiedere alla SICO s.p.a., con motivazione non irragionevole, l'indicazione in termini percentuali del margine di utile e delle spese generali (richieste entrambe tempestivamente evase dalla SICO che ha fornito il valore percentuale dell'utile di impresa e dei costi generali in relazione al valore dell'appalto).

Inoltre la valutazione in ordine alla adeguatezza del valore economico dell'offerta rispetto al

costo del lavoro, ai sensi dell'art. 86, comma 3, D.Lgs n.163/2006, è stata correttamente eseguita dalla Azienda Ulss la quale, in modo ragionevole, logico ed esente da profili di censura, ha rilevato come tale adeguatezza ben possa essere desunta dal fatto che l'offerta economica presentata dalla SICO, in relazione al costo del servizio erogato per la consegna dell'ossigeno, è pari ad € 65.444,50 annui (IVA esclusa) e che tale cifra non si discosta di molto da quelle presentate, per la medesima voce di costo, da altre Ditte partecipanti alla gara: in particolare la Ditta Vivisol ha offerto € 59.276,00 annui (Iva esclusa) e la Vitalaire ha presentato un'offerta di € 83.913,50 annui Iva esclusa (pag. 4 della nota della Azienda Ulss prot. n.59638 del 25.05.2016 – All.8 del fascicolo di parte ricorrente).

Sul punto, con ragionamento esente da profili di illogicità o di irragionevolezza, la Stazione Appaltante ha evidenziato come, se si volesse aderire alla tesi della odierna ricorrente e si volesse considerare, con riguardo al personale che espleta il servizio di fornitura dell'ossigeno, un costo unitario annuo di € 33.783,60 da moltiplicare per tre unità di personale, si arriverebbe ad un costo complessivo annuo (per il personale di servizio) pari ad € 101.350,80, importo che - di per sé - è superiore anche all'offerta presentata dalla odierna ricorrente (che per tale voce di spesa ha offerto € 83.913,50 annui).

Da ciò si desume, a meno di non voler considerare incongrua anche l'offerta della odierna ricorrente, che il giudizio positivo espresso, in modo globale e sintetico, dalla Stazione Appaltante, nei confronti dell'offerta economica della SICO, non evidenzia alcuno dei lamentati profili sintomatici di eccesso di potere, alla luce dell'istruttoria svolta e della logicità della motivazione contenuta nel provvedimento positivo, conclusivo del sub-procedimento di verifica della congruità.

Né è possibile calcolare la percentuale delle spese generali utilizzando il criterio presuntivo di cui all'art. 32 D.P.R. n.207/2010, dato che tale articolo si applica unicamente all'appalto pubblico di lavori.

Allo stesso modo non è condivisibile la prospettata inadeguatezza dell'offerta economica della SICO s.p.a. in relazione al costo del lavoro, laddove la ricorrente (pagg. 18 e 19 del ricorso) procede ad un'analisi astratta dei presunti costi per il personale addetto al "Centro operativo SICO di Camposampiero", asserendo una incompatibilità in relazione ai costi della manodopera con riguardo ai minimi salariali.

E' escluso che, nella presente sede giurisdizionale, sia possibile analizzare o sindacare le diverse ed eterogenee scelte strategiche ed imprenditoriali di ciascun offerente, in virtù del principio costituzionale di libertà dell'iniziativa economica; al riguardo, si ritiene sufficiente osservare, in punto di asserita violazione dei minimi salariali, che se fosse sicuramente attendibile l'analisi delle voci di costo del personale addetto, così come illustrata nel ricorso, ne risulterebbe con tutta evidenza che anche l'odierna ricorrente (che ha offerto per tale voce € 83.913,50 annui) si porrebbe al di sotto della asserita soglia minima, con conseguente incongruità dell'offerta economica presentata dalla stessa Vitalaire, senza considerare che un'altra Ditta (la Vivisol), per il costo della manodopera addetta al servizio di consegna dell'ossigeno, ha offerto una cifra inferiore a quella della SICO, giungendo addirittura € 59.276,00 annui (Iva esclusa).

Da ciò discende che la tesi illustrata dalla ricorrente, in merito alla presunta spesa minima per il personale addetto al servizio, non offre margini di attendibilità ed è, altresì, contrastante con la stessa offerta economica presentata dalla Vitalaire.

Di conseguenza tale analisi sul costo minimo del personale, non presentando alcun margine di sicura attendibilità o garanzia, non può essere posto a criterio di giudizio per sindacare la legittimità della valutazione positiva operata dalla Stazione Appaltante in merito all'offerta economica presentata dalla SICO s.p.a..

Inoltre, con riguardo alla lamentata sottostima degli oneri aziendali di sicurezza, la ricorrente non offre alcuna prova, al di là di generiche considerazioni, in ordine alla asserita incongruità dell'importo (€ 14.000 annui) offerto dalla SICO s.p.a.

Per quanto concerne la lamentata incongruità del prezzo annuo offerto dalla SICO per la fornitura dell'ossigeno (€ 59.432,48 IVA esclusa), si ritiene sufficiente osservare che, anche in questo caso, se fosse sicuramente attendibile l'analisi svolta dalla ricorrente in merito al limitato margine di manovra, per gli operatori del settore, nella predisposizione dei prezzi (a fronte della fissazione del prezzo ex factory dell'ossigeno liquido e gassoso con determina AIFA), e se fosse, pertanto, sicuramente vero che la SICO non avrebbe mai potuto avere un margine di manovra così ampio nella fissazione del prezzo per la fornitura dell'ossigeno, non si spiegherebbe come mai la stessa ricorrente abbia potuto godere di un altrettanto ampio margine di manovra nella fissazione del prezzo dell'ossigeno, se solo si considera (come emerge dai dati offerti dalla stessa Vitalaire a pagina 20 del ricorso) che il prezzo annuo offerto dalla SICO per la fornitura dell'ossigeno (€ 59.432,48) si discosta, in termini assoluti, dal prezzo offerto dalla ricorrente (€ 197.992,48) per una differenza (di circa € 138.000) che è quasi identica alla differenza di prezzo intercorrente tra il prezzo offerto dalla ricorrente (€ 197.992,48) e quello offerto da una ulteriore Ditta partecipante alla gara (€ 330.246,00), dato che, anche in tal caso, la differenza di prezzo per la fornitura dell'ossigeno si attesta in circa € 132.000.

E' evidente, pertanto, che sussiste comunque nel mercato dell'ossigeno, nonostante la delibera AIFA di fissazione del prezzo ex factory, la possibilità per le imprese del settore di praticare prezzi concorrenziali, non essendovi alcuna uniformità dei prezzi dell'ossigeno praticati dalle imprese che operano nel mercato in questione.

Di conseguenza il ribasso offerto dalla SICO non può di per sé essere usato a criterio di valutazione per dichiarare illegittimo il giudizio positivo espresso dalla Stazione Appaltante in merito all'offerta economica della suddetta Ditta, né la SICO era tenuta a fornire spiegazioni in merito alle favorevoli condizioni economiche di cui gode e che le consentono di praticare un prezzo dell'ossigeno così concorrenziale.

Infondata è, altresì, la censura relativa al fatto che la Stazione Appaltante, in sede di sub-procedimento per la verifica della congruità dell'offerta economica della SICO, non abbia chiesto "la produzione di contratti e fatture inerenti l'acquisizione delle apparecchiature e materiale di consumo dalle ditte produttrici" (pag.21 del ricorso).

Al riguardo si ritiene sufficiente rilevare che sussiste in capo alla Stazione Appaltante la più ampia libertà, in sede di verifica della congruità dell'offerta, di richiedere alla Ditta sottoposta a controllo o a supplemento istruttorio i documenti e le informazioni ritenute di volta in volta necessarie e sufficienti, senza che l'istruttoria possa essere ritenuta carente sol perché non si è proceduto all'acquisizione dei contratti e delle fatture per l'acquisizione delle apparecchiature e dei materiale di consumo dalle imprese produttrici.

L'istruttoria richiesta dalla odierna ricorrente (di cui viene lamentata l'omissione) non solo appare irragionevolmente gravosa e contrastante con i principi di celerità dell'azione amministrativa e di non aggravamento del procedimento, ma appare altresì illogica, ben potendo essere tali contratti e fatture ancora inesistenti in rerum natura, dato che solo a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto l'impresa aggiudicataria procede ad acquisire, almeno in parte, le apparecchiature ed i materiali necessari.

Da ultimo, con riguardo alla lamentata incongruenza dell'offerta economica con le "proposte migliorative dell'appalto" (di cui al Capitolo VI dell'offerta tecnica della SICO – All. 15 del fascicolo di parte ricorrente), si osserva come i calcoli eseguiti dalla Vitalaire (pag.23 del ricorso), al fine di dimostrare l'incongruità dell'offerta della Ditta aggiudicataria, non siano condivisibili per vari ordini di ragioni: in primo luogo la ricorrente non tiene conto della possibilità che la SICO (impresa operante nel settore dell'ossigeno) possa già disporre di un certo stock di contenitori criogenici senza dover procedere all'acquisto ex novo dell'intera scorta; in secondo luogo la ricorrente non tiene conto del fatto che, come emerge dalla offerta tecnica, la fornitura del contenitore criogenico è subordinata alla richiesta di ogni singola farmacia e che, pertanto, non vi è alcuna certezza che tutte le farmacie presenti nel territorio della Azienda Ulss n.9 di Treviso (che la ricorrente afferma siano pari a 100) richiedano tale contenitore; infine la ricorrente calcola che, in ogni anno dell'appalto, ciascuno dei 100 contenitori (asseritamente richiesto da ciascuna delle 100 farmacie) debba essere ricaricato (in quanto utilizzato), giungendo in tal modo a calcolare un consumo complessivo annuo di 5.100 mc di ossigeno, senza considerare che è altamente implausibile che tutti gli eventuali contenitori, presenti nelle farmacie, siano utilizzati ogni anno e che, pertanto, ogni anno debbano essere tutti ricaricati.

L'analisi svolta dalla ricorrente, pertanto, non offre alcuna prova in merito alla incongruità dell'offerta economica presentata dalla SICO s.p.a. e non riesce ad intaccare la legittimità del giudizio positivo già espresso sul punto dalla Azienda Ulss n.9 di Treviso.

Di conseguenza il terzo motivo di ricorso deve essere rigettato.

Il ricorso va in definitiva respinto.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite liquidate in € 2.000,00 oltre spese generali, IVA e CPA, in favore di ciascuna delle parti resistenti.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 8 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Oria Settesoldi, Presidente

Marco Rinaldi, Referendario

Michele Pizzi, Referendario, Estensore