

## **La mancata associazione ai singoli subcriteri di altrettanti e correlati subpunteggi e la conseguente impossibilità di decifrare la ragione fondante i giudizi numerici.**

*di Christian Longo*

*Data di pubblicazione: 12-11-2020*

*Non potendosi definire quale quota di punteggio sia attribuibile agli elementi descrittivi del macro-criterio ovvero in che misura essi abbiano pesato nella determinazione del punteggio finale, deve ritenersi carente il tenore delle motivazioni numeriche, in quanto prive di riferimenti (numerici o esplicativi) ai fattori ponderali di dettaglio che hanno condotto all'articolazione del giudizio conclusivo.*

### **Guida alla lettura:**

La Società Air Liquide Sanità Service S.p.A. proponeva ricorso innanzi al TAR per chiedere l'annullamento della determinazione del Commissario Straordinario n. 105 del 23 ottobre 2019, comunicata in data 28 ottobre 2019, di aggiudicazione definitiva del Lotto 4 CIG 72604400A1 della "procedura aperta in modalità telematica per la fornitura, suddivisa in sette lotti distinti, per l'affidamento della fornitura di gas medicinali, gas medicali/dispositivi medici, gas di laboratorio/gas tecnici/gas speciali e relativi servizi integrati, nonché servizi integrati di manutenzione full-risk, in unione d'acquisto fra l'ATS Sardegna, l'AOU di Cagliari e l'AO Brotzu, per la durata di anni 5, con opzione di rinnovo per altri due anni più eventuale proroga ai sensi dell'art. 106 c. 11 del Codice", in favore della Sol S.p.A.

In particolare, tra i diversi motivi addotti dalla ricorrente, si rilevava che nel disciplinare di gara, per il lotto 4 erano individuati i seguenti macro-elementi di valutazione: 1) "Sistema informatizzato di gestione e monitoraggio forniture e servizi" (max 15 punti) suddiviso in 27 sub-criteri (da 1.A.1. a 1.D.6) predeterminati senza i relativi sub-pesi; 2) "Forniture dei gas medicinali, gas medicali, dispositivi medici, gas di laboratorio e gas tecnici" (max 2 punti); 3) "Modalità operative per il servizio di campionamento e analisi qualità dei gas" (max 2 punti) suddiviso in 4 sub-criteri di valutazione senza predeterminazione dei relativi sub-pesi; 4) "Centrali per la produzione aria medica per la medicina iperbarica" (max 4 punti); 5) "Proposta migliorativa tecnico gestionale" (max 14 punti) suddiviso in 6 sub-criteri di valutazione senza predeterminazione dei relativi sub-pesi; 6) "Proposta di programma delle verifiche manutenzione periodiche" (max 15 punti) suddiviso in 6 sub-criteri di valutazione senza predeterminazione dei relativi sub-pesi; 7) "Organizzazione e modalità di trasporto ai punti di consegna" (max 5 punti); 8) "Sicurezza e procedure per la gestione delle emergenze"

(max 6 punti) suddiviso in 2 sub-criteri di valutazione senza predeterminazione dei relativi sub-pesi; 9) *“monitoraggio ambientale e concentrazione agenti anestetici”* (max 5 punti) suddiviso in 3 sub-criteri di valutazione (9.1, 9.2 e 9.3) per ciascuno dei quali è predeterminato il rispettivo sub-peso massimo di 2 punti, 1 punto e 2 punti; 10) *“Sostenibilità ambientale”* (max 2 punti).

In sostanza, la ricorrente deduceva la violazione dell'art. 95 del Codice dei contratti pubblici secondo il quale le Stazioni Appaltanti, al fine di garantire la possibilità di una concorrenza effettiva, devono indicare nel bando di gara e nel capitolato d'oneri l'ordine decrescente di importanza dei criteri e “per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, (...)” devono utilizzare metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa. Pertanto, deduceva la estrema attribuzione arbitraria dei punteggi tecnici da parte della Commissione giudicatrice per la mancata previsione e predeterminazione nel bando di gara di una griglia di sub-punteggi correlata alla griglia dei sub-criteri di valutazione.

Le doglianze della ricorrente venivano poi vagliate e ritenute infondate dalla Sezione I del TAR Cagliari che, con la Sentenza TAR, Sez. I, 14 aprile 2020, n. 218, precisava che, in linea generale, “secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, quando i criteri di valutazione degli elementi dell'offerta tecnica siano sufficientemente dettagliati, la mera indicazione numerica (nel caso di specie, come si è visto, tradottasi in un coefficiente compreso tra 0 e 1) è sufficiente a esprimere il giudizio dei singoli componenti e della Commissione nel suo complesso (indirizzo anche di recente confermato: si veda Consiglio di Stato, Sezione V, 15 luglio 2019, n. 4965, secondo cui, in queste ipotesi, *«la limitazione della discrezionalità è assicurata dal fatto che la valutazione affidata ad ogni commissario è ancorata all'attribuzione di un coefficiente variabile da 0 a 1 e che è la media di tale coefficiente a costituire il parametro per l'attribuzione del punteggio»*: punto 5.5.2. della sentenza cit.; nonché, Sezione V, 18 febbraio 2019, n. 1097, secondo cui *«il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione opera alla stregua di una sufficiente motivazione quando l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico e articolato, sì da delimitare adeguatamente il giudizio della Commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo, e da rendere con ciò comprensibile l'iter logico seguito in concreto nel valutare i singoli progetti in applicazione di puntuali criteri predeterminati, permettendo così di controllarne la logicità e la congruità, con la conseguenza che solo in difetto di questa condizione si rende necessaria una motivazione dei punteggi numerici»*: punto 18.1. della sentenza).

Tuttavia, il Consiglio di Stato, con la sentenza in esame (Cons. Stato, Sez. III, 29 ottobre 2020 n. 66189), ha ritenuto fuorviante il ragionamento posto alla base della infondatezza dichiarata dal TAR con la Sentenza TAR, Sez. I, 14 aprile 2020, n. 218, poiché non è stata data una adeguata attenzione alla fattispecie posta all'attenzione del Giudice Amministrativo da parte dell'Operatore Economico, ossia “la denunciata mancata associazione ai singoli subcriteri di altrettanti e correlati subpunteggi e la conseguente impossibilità di decifrare la ragione fondante i giudizi numerici”.

Nel caso di specie vi è una articolata griglia di criteri (10) e subcriteri, ma solo ai primi è

associato un macro-punteggio, mentre alcun sotto-punteggio è affiancato ai secondi.

In materia, il criterio orientativo costantemente predicato dalla giurisprudenza amministrativa è quello per cui il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione opera alla stregua di una sufficiente motivazione solo allorquando l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico e articolato, sì da delimitare adeguatamente il giudizio della Commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo e da rendere con ciò comprensibile, e controllabile nella sua congruità, l'iter logico seguito in concreto nel valutare le proposte in gara. Laddove questa condizione faccia difetto si rende necessaria una motivazione discorsiva dei punteggi numerici (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. V, n. 1097/2019).

## **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 4507 del 2020, proposto da Air Liquide Sanità Service S.p.A, in proprio e in qualità di mandataria del raggruppamento costituito con Medical System S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Brunetti, Alfredo Vitale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avv. Filippo Brunetti in Roma, via XXIV Maggio n. 43;

#### ***contro***

Azienda per la Tutela della Salute - ATS Sardegna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Paola Trudu, Anna Sedda, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto, ex art. 25 c.p.a., presso la Segreteria della terza sezione del Consiglio di Stato in Roma, p.zza Capo di Ferro n. 13;

#### ***nei confronti***

Sol S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta n. 142;

## *per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) n. 00218/2020, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione definitiva del lotto 4 della procedura aperta in modalità telematica indetta per la fornitura di gas medicali/dispositivi medici, gas di laboratorio/gas tecnici/gas speciali e relativi servizi integrati;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ats Sardegna e di Sol S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Vista l'istanza con la quale il difensore di Ats Sardegna ha chiesto il passaggio in decisione della causa senza discussione, ai sensi dei punti 2 e 3 del Protocollo d'Intesa sullo svolgimento delle udienze in vigore dal 16 settembre 2020;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2020 il Cons. Giovanni Pescatore e uditi per le altre parti gli avvocati Alfredo Vitale e Ernesto Papponetti su delega dell'Avv. Giuseppe Franco Ferrari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. - La società Air Liquide Service S.p.A. ha partecipato alla procedura per l'affidamento della fornitura di gas medicinali/dispositivi medici, gas di laboratorio/gas speciali e relativi servizi integrati, indetta dall'Azienda per la Tutela della Salute (A.T.S.) Sardegna in unione d'acquisto con l'Azienda Ospedaliero-Universitaria (A.O.U.) di Cagliari e l'Azienda Ospedaliera Brotzu di Cagliari.

2. - La fornitura è stata distinta in sette lotti, da aggiudicarsi (per i lotti 1, 2, 3, 4 e 6) con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (qualità max. 70 punti - prezzo max. 30 punti).

3. - All'esito delle operazioni di gara, con la deliberazione n. 105 del 23 ottobre 2019 il Commissario Straordinario dell'A.T.S. Sardegna ha approvato l'aggiudicazione per i singoli lotti, in particolare affidando il lotto 4 (destinato alle A.S.S.L. n. 7 di Carbonia e A.S.S.L. n. 8 di Cagliari) alla società Sol S.p.A., premiata con 100 punti.

4. - Con ricorso rubricato al n. 874/2019, successivamente integrato da motivi aggiunti, la società Air Liquide, classificatasi seconda con punti 83,25, ha chiesto l'annullamento dell'aggiudicazione del lotto n. 4.

5. - Si sono costituite in giudizio l'Azienda per la Tutela della Salute - A.T.S. Sardegna e la controinteressata Sol S.p.A.. Quest'ultima, oltre al rigetto delle istanze avversarie, ha insistito per l'annullamento in via incidentale degli atti di gara nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione di Air Liquide dalla gara per il lotto n. 4.

6. - Con sentenza n. 218/2020 il Tar adito ha respinto il ricorso principale e dichiarato improcedibile quello incidentale.

7. - Nel presente giudizio, in resistenza all'appello proposto da Air Liquide si sono costituite l'Azienda per la Tutela della Salute - A.T.S. Sardegna e la controinteressata Sol S.p.A..

8. - Nell'atto di appello principale vengono prospettate sia censure finalizzate all'annullamento integrale della disciplina di gara e dei giudizi valutativi, sia censure atte a contestare l'ammissibilità dell'offerta avversaria con riguardo alla sua sostenibilità economica.

9. - A seguito della rinuncia all'istanza cautelare, espletato lo scambio di memorie ex art. 73 c.p.a., la causa è stata discussa e posta in decisione all'udienza pubblica del 22 ottobre 2020.

## DIRITTO

1. - Occorre premettere che nei due gradi di giudizio la parte ricorrente ha chiesto in via principale *“la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno .. in forma specifica mediante subentro nel contratto”*; ed *“in via subordinata .. l'accoglimento del ricorso di prime cure ai fini della riedizione dell'intera procedura di gara”* (v. pag. 25 del ricorso di primo grado e pagg. 37/38 dell'atto di appello).

1.1) Sebbene non via sia stata gradazione dei motivi di doglianza, va da sé che la riportata articolazione delle domande implica come logicamente prioritaria la disamina delle censure intese ad ottenere in via principale il subentro nel contratto e come succedanea la trattazione delle censure orientate alla riedizione dell'intera gara.

1.2) Al contempo, il vincolo di subordinazione istituito tra le due tipologie di *petita* è tale da consentire l'esame delle istanze subordinate esclusivamente in caso di mancato accoglimento di quelle prioritarie (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 5/2015).

2. - Questa l'articolazione dei motivi dedotti.

2.1) Le censure contenute nel primo motivo di appello prefigurano esiti misti, in parte di rinnovazione delle sole valutazioni delle offerte tecniche ed in parte di possibile rinnovazione dell'intera gara.

-- Air Liquide deduce infatti che:

i) l'Allegato n. 12 al disciplinare di gara, che regolamenta la determinazione del punteggio tecnico, è stato predisposto in violazione dell'art. 95 del codice dei contratti pubblici, in quanto (con eccezione solo dei sub-criteri 9.1, 9.2 e 9.3) non sono stati previsti i sub-punteggi da

assegnare per ciascuno dei sub-criteri nei quali sono stati scomposti i 10 parametri di valutazione dell'offerta tecnica;

*ii)* la Commissione ha attribuito solo punteggi numerici, senza rendere alcuna motivazione discorsiva e senza assegnare per ciascuno dei sub-criteri ponderali il coefficiente valutativo (da 0 a 1) ivi previsto e/o un giudizio esplicativo sintetico.

Tale modalità ha consegnato un eccessivo margine di discrezionalità alla Commissione giudicatrice, per di più impedendo ai partecipanti di ricostruire *ex post* l'iter logico da questa seguito nello svolgimento della propria valutazione (di tal che, prosegue la parte appellante, non è dato comprendere a quali aspetti tecnici si riferisca l'affermata superiorità dell'offerta della SOL rispetto ai tre criteri di valutazione 4, 6 e 7);

*iii)* il disciplinare ha violato sotto un ulteriore profilo i principi di *par condicio*, imparzialità, trasparenza e buon andamento in quanto - relativamente al criterio n. 5, denominato "*Proposta migliorativa Tecnico Gestionale*" (premiabile con max 14 punti) - ha omesso di individuare specificatamente gli aspetti progettuali suscettibili di miglioria;

*iv)* l'attribuzione di coefficienti valutativi prevalentemente identici tra tutti i commissari rivela un vizio di eccesso di potere e di violazione della prescrizione del disciplinare di cui al punto 11.3, la quale, correttamente intesa, richiedeva in prima battuta la formulazione di giudizi individuali e solo in un secondo momento la determinazione di una loro media.

-- Così riepilogata la serie dei rilievi, risulta evidente che quelli di cui ai punti *i)* e *iii)* sono serventi all'interesse strumentale alla riedizione integrale della gara (in quanto toccano profili di asserita illegittimità del disciplinare); mentre le deduzioni di cui ai punti *ii)* e *iv)* sono funzionali ad una riedizione del solo segmento procedimentale relativo alla valutazione delle offerte tecniche e, dunque, potendo innescare un sovvertimento della graduatoria finale, risultano astrattamente idonee a realizzare l'interesse pretensivo al conseguimento dell'aggiudicazione.

2.2) Il secondo motivo di appello è, invece, radicalmente demolitorio, in quanto inteso alla riedizione della intera procedura di gara.

Con esso Air Liquide censura sia la mancata predeterminazione di regole di competenza e trasparenza propedeutiche alla nomina della Commissione Giudicatrice, in asserita violazione dell'art. 216, comma II, del Codice degli Appalti; sia l'omessa esplicitazione, nel provvedimento di nomina della Commissione medesima, delle modalità di selezione dei singoli commissari e di verifica dell'insussistenza in capo agli stessi di eventuali cause di incompatibilità.

2.3) Rispondono al medesimo interesse strumentale anche il terzo e quarto motivo d'impugnazione, in quanto intesi a stigmatizzare una serie di supposte lacune e contraddizioni insite nella disciplina della gara (concernenti l'omessa indicazione della taglia dei serbatoi, del numero di bombole, delle planimetrie dei luoghi e delle piazzole di installazione dei serbatoi), che avrebbero impedito ai concorrenti di formulare una consapevole e idonea offerta tecnica.

2.4) Infine, il quinto motivo di appello concerne il giudizio di congruità reso da ATS Sardegna sull'offerta dell'aggiudicataria SOL. Esso prefigura il possibile subentro di Air Liquide nel contratto di appalto, previa esclusione dell'offerta avversaria.

3. - Da quanto sin qui esposto consegue che:

-- i motivi riferiti alle attività di valutazione delle offerte tecniche (2.1, punti *ii* e *iv*) e al giudizio di anomalia dell'offerta economica (2.4) potenzialmente soddisfano tutti la richiesta di tutela in forma specifica dell'interesse pretensivo al conseguimento della commessa. Come tali essi vanno esaminati in via prioritaria;

-- nell'ambito di detti motivi, occorrerà esaminare con precedenza quelli riferiti alle attività di valutazione delle offerte tecniche, in quanto antecedenti agli altri sul piano logico/giuridico e diacronico/procedimentale (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 5/2015);

-- residuale e subordinata al mancato accoglimento dei precedenti motivi è la trattazione delle censure afferenti alla Commissione e alla legge di gara (2.1 - punti *i* e *iii*; 2.2 e 2.3).

4. - Seguendo quest'ordine di trattazione, vengono dunque in considerazione le censure demolitorie svolte con il primo motivo di appello.

4.1) Il giudice di prime cure le ha respinte facendo applicazione del principio secondo il quale, se i criteri di valutazione degli elementi dell'offerta tecnica sono sufficientemente dettagliati, legittimamente i Commissari possono esprimere i loro giudizi mediante la sola attribuzione di punteggi numerici.

4.2) Il Collegio ritiene, al contrario, che il motivo di appello sia fondato, in relazione ai profili *ii*) e *iv*).

4.3) Occorre premettere che la motivazione resa dal Tar si appalesa ampiamente decentrata rispetto alle questioni dedotte dalla parte ricorrente. L'enunciato principio della sufficienza della motivazione numerica in presenza di criteri ponderali analitici omette, infatti, di affrontare la vera *res controversa*, ovvero la denunciata mancata associazione ai singoli subcriteri di altrettanti e correlati subpunteggi e la conseguente impossibilità di decifrare la ragione fondante i giudizi numerici.

Questo il tema che avrebbe dovuto essere indagato e rispetto al quale, al contrario, la sentenza rende una motivazione del tutto apodittica ed elusiva.

4.4) In materia, il criterio orientativo costantemente predicato dalla giurisprudenza amministrativa è quello per cui il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione opera alla stregua di una sufficiente motivazione solo allorquando l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico e articolato, sì da delimitare adeguatamente il giudizio della Commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo e da rendere con ciò comprensibile, e controllabile nella sua congruità, l'iter logico seguito in concreto nel valutare le proposte in gara. Laddove

questa condizione faccia difetto si rende necessaria una motivazione discorsiva dei punteggi numerici (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, n. 1097/2019).

4.5) Nel caso di specie l'allegato 12 contiene un'articolata griglia di criteri (10) e subcriteri, ma solo ai primi è associato un macro-punteggio, mentre alcun sotto-punteggio è affiancato ai secondi (se non con riguardo ai soli sub-criteri 9.1, 9.2 e 9.3).

In particolare, per il lotto 4 sono individuati i seguenti macro-elementi di valutazione: 1) "Sistema informatizzato di gestione e monitoraggio forniture e servizi" (max 15 punti) suddiviso in 27 sub-criteri (da 1.A.1. a 1.D.6) predeterminati senza i relativi sub-pesi; 2) "Forniture dei gas medicinali, gas medicali, dispositivi medici, gas di laboratorio e gas tecnici" (max 2 punti); 3) "Modalità operative per il servizio di campionamento e analisi qualità dei gas" (max 2 punti) suddiviso in 4 sub-criteri di valutazione senza predeterminazione dei relativi sub-pesi; 4) "Centrali per la produzione aria medica per la medicina iperbarica" (max 4 punti); 5) "Proposta migliorativa tecnico gestionale" (max 14 punti) suddiviso in 6 sub-criteri di valutazione senza predeterminazione dei relativi sub-pesi; 6) "Proposta di programma delle verifiche manutenzione periodiche" (max 15 punti) suddiviso in 6 sub-criteri di valutazione senza predeterminazione dei relativi sub-pesi; 7) "Organizzazione e modalità di trasporto ai punti di consegna" (max 5 punti); 8) "Sicurezza e procedure per la gestione delle emergenze" (max 6 punti) suddiviso in 2 sub-criteri di valutazione senza predeterminazione dei relativi sub-pesi; 9) "monitoraggio ambientale e concentrazione agenti anestetici" (max 5 punti) suddiviso in 3 sub-criteri di valutazione (9.1, 9.2 e 9.3) per ciascuno dei quali è predeterminato il rispettivo sub-peso massimo di 2 punti, 1 punto e 2 punti; 10) "Sostenibilità ambientale" (max 2 punti).

4.6) L'allegato 12 del disciplinare, dopo aver previsto la segmentazione dei criteri/parametri di valutazione in sotto-criteri/sotto-parametri, ha fatto precedere l'elencazione dettagliata dei sotto-criteri dalla seguente indicazione: "Ai fini della valutazione del presente parametro e dell'attribuzione del punteggio saranno presi in considerazione, tra gli altri, i seguenti aspetti: (...)".

Sempre il disciplinare di gara, al punto 11.3, ha imposto che:

a) "i coefficienti saranno determinati come media dei coefficienti attribuiti in modo discrezionale dai singoli commissari sulla base della seguente scala di valutazione: (...)";

b) dovranno essere oggetto di valutazione, mediante attribuzione di coefficiente valutativo selezionato nella scala da 1 a 0, gli "elementi/criteri di valutazione di natura qualitativa riportati nell'allegato 12".

4.7) Per quanto esposto in premessa sulla graduazione dei motivi, deve qui prescindere dalla questione concernente la legittimità della legge di gara.

Appare invece agevolmente constatabile e sindacabile il fatto che l'attribuzione dei punteggi è stata effettuata in forma numerica e solo con riferimento ai macro-criteri (v. verbale n. 6 del 19.10.2018), senza assegnazione, per ciascuno dei numerosi sub-criteri di valutazione, del

coefficiente valutativo (da 0 a 1) ovvero, in alternativa, senza l'enunciazione di una motivazione discorsiva. Tale modalità di ponderazione delle offerte risulta oggettivamente indecifrabile nel suo iter logico, non rendendo in alcun modo comprensibile e verificabile *ex post* il percorso valutativo seguito dalla Commissione nella stima, in termini assoluti e comparativi, delle offerte in lizza. Risulta oscura, in particolare, l'incidenza relativa che hanno assunto nei giudizi della Commissione gli elementi ponderali contenuti all'interno di ciascun macrocriterio. A determinare la cripticità degli esiti del confronto valutativo concorrono la genericità contenutistica dei macrocriteri e l'ampiezza del *range* di punteggio ad essi riconducibile.

4.8) L'opacità del raffronto è tale da non consentire, come si è esposto, una proficua contestazione della razionalità delle differenze di punteggio registratesi tra le proposte concorrenti.

La qual cosa, peraltro, non rileva ai diversi fini della realizzazione dell'interesse strumentale alla parziale rinnovazione della gara, poiché in relazione a tale tipologia di domande non è dovuta alcuna specifica prova di resistenza (Cons. Stato, sez. III, nn. 2258 e 6035/2018).

4.9) In conclusione, non potendosi definire quale quota di punteggio sia attribuibile agli elementi descrittivi del macro-criterio ovvero in che misura essi abbiano pesato nella determinazione del punteggio finale, deve ritenersi carente il tenore delle motivazioni numeriche, in quanto prive di riferimenti (numerici o esplicativi) ai fattori ponderali di dettaglio che hanno condotto all'articolazione del giudizio conclusivo.

4.10) Tutto quanto sin qui esposto impone l'annullamento delle operazioni valutative e la loro riedizione, ad opera della medesima commissione di gara (art. 77 comma 11 d.lgs., n. 50/2016), nell'osservanza dei criteri conformativi innanzi illustrati.

4.11) L'attività di rinnovazione delle operazioni di gara dovrà necessariamente risolversi in un nuovo esercizio del medesimo potere valutativo che, male esercitato una prima volta, è esitato nell'annullamento. Essa non potrà invece risolversi in una inammissibile motivazione postuma, come sarebbe se fosse imposto alla commissione unicamente di esprimersi ora per allora, limitandosi all'integrazione della esplicazione motivazionale mancante (Cons. Stato, sez. VI, n. 6457/2004).

4.12) Non si fa luogo a statuizioni dispositive sul contratto, poiché non risulta che ne sia intervenuta la stipula (v. memoria Air Liquide del 6.10.2020, pag. 3).

5. - Viene quindi in rilievo il quinto motivo di appello.

Questi, nel dettaglio, i rilievi di asserita anomalia dell'offerta economica avanzata da SOL.

l) Con una prima deduzione (punti 5.2-5.3) la parte appellante sostiene che sui costi della manodopera sarebbe stato violato il disposto dell'art. 95, comma 10, d.lgs. 50/2016, in relazione ai minimi salariali indicati nelle tabelle di cui all'art. 23, comma 16, del medesimo d.lgs. ("*nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo*

*posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera sulla base di quanto previsto nel presente comma").*

Ciò in quanto la legge di gara ha mancato di individuare analiticamente detti costi, incidenti per oltre il 50% sui costi complessivi, attraverso l'individuazione analitica del monte ore da considerare, dei profili professionali coinvolti e dei relativi minimi salariali; conseguentemente, il giudizio di congruità sui costi della manodopera esposti dall'aggiudicataria sarebbe stato reso in modo illegittimo, ovvero sulla base di un percorso non orientato da predeterminati parametri oggettivi di riferimento.

-- Il rilievo è infondato.

Secondo la più convincente interpretazione (Tar Lazio, sez. II ter, n. 8327/2018), la mancata determinazione nella legge di gara dei costi della manodopera non osta alla formulazione delle offerte ed alla loro valutazione di congruità, laddove i pertinenti contratti collettivi e le tabelle ministeriali (ex art. 23 comma 16 D.Lgs. n. 50 del 2016), oltre all'organigramma già in forza presso il gestore uscente, suppliscano quali validi parametri di riferimento. Se tanto vale in termini generali e astratti, con specifico riguardo alla fattispecie in esame è inoltre utile considerare che la parte appellante non chiarisce in che termini la lacuna segnalata avrebbe falsato il confronto concorrenziale, ovvero la trasparenza e l'imparzialità del giudizio di sostenibilità economica. Le incongruenze di spesa segnalate più in dettaglio ai punti 5.3-5.14 dell'atto di appello certamente non interferiscono con la doglianza qui in esame se non nel senso di contraddirla, in quanto la contestazione dell'offerta sotto il profilo della sottostima delle voci di spesa presuppone che sia preventivamente individuabile (sebbene non indicato nella legge di gara) un parametro di riferimento utile all'esatta quantificazione dei costi.

Appare infine fuorviante il riferimento alla pronuncia di questa sezione n. 2004/2020, in quanto riguardante il diverso caso in cui la mancata rilevazione ed indicazione dei costi della manodopera aveva inciso nella determinazione dell'importo posto a base di gara, ritenuto illegittimo per difetto di istruttoria.

II) Con un secondo rilievo (punto 5.4), la ricorrente censura come inammissibile la modifica degli oneri della sicurezza aziendali, dapprima indicati in offerta in € 26.860,00, quindi ridotti, nei giustificativi, ad € 19.577,00. Attraverso questa rettifica, l'aggiudicataria SOL avrebbe operato una illegittima modifica postuma della propria proposta, al solo fine di "far quadrare i conti" di una impostazione di calcolo non meditata ed incongrua.

-- Il rilievo è infondato.

Occorre innanzitutto premettere che vengono qui in considerazione gli oneri aziendali e non gli oneri di sicurezza "da interferenze", determinati dalla stazione appaltante e non soggetti a ribasso.

Ciò posto, nel giudicare dell'ammissibilità della variazione apportata da SOL deve tenersi conto sia dell'entità dell'importo a base d'asta relativo al lotto n. 4 (€ 9.253.013,73), sia dell'incidenza percentuale (pari a circa il 2,55%) degli oneri in questione rispetto al valore su

base annua indicato da SOL con riguardo ai servizi di manutenzione (stimati in € 767.732,00), sia della sua proporzione rispetto alle voci annue dei costi generali (€ 61.419,99) e dell'utile di impresa (€ 78.299,00). Apprezzata alla stregua di questi parametri quantitativi di riferimento, la variazione di cui qui si discute non pare superare quel limite di tollerabilità - coincidente con la sostanziale alterazione dei termini essenziali dell'offerta ovvero con la significativa variazione dei suoi importi - in coincidenza del quale può ritenersi compromessa l'affidabilità economica dell'offerta nel suo complesso (Cons. Stato, sez. V, n. 1896/2017).

Occorre poi tenere conto che nella relazione inerente le giustificazioni delle offerte anomale del 28.6.2019 - recettiva delle giustificazioni di parte inoltrate il 26.6.2019 - la stazione appaltante ha fornito una motivata e analitica rappresentazione delle sotto-voci di costo integrate nell'importo € 19.577,00, rilevandone la congruenza e la sovrapposibilità ai valori indicati dagli altri operatori in gara (pag. 28 relaz. 28.6.2019). Nessun rilievo specifico è stato mosso dalla parte ricorrente avverso queste determinazioni.

Tanto basta a respingere il generico e indimostrato rilievo secondo il quale SOL avrebbe operato una sottostima degli oneri della sicurezza anche in relazione alla natura pericolosa dei materiali gestiti (gas infiammabili a rischio di esplosione) e dei connessi servizi.

III) Con una terza deduzione (punto 5.5) la ricorrente sostiene che il 10% delle voci di prezzo/costo non è stato oggetto di verifica, sicché l'analisi di congruità non avrebbe riguardato il 100% dei costi della fornitura gas; aggiunge la ricorrente, inoltre, che i costi analizzati (il 90%) risultano ampiamente sottostimati. In particolare, dalla relazione del 28.06.2019 si desume che i giustificativi analizzano e giustificano il costo dei gas compressi solo con riferimento alle bombole da 14 litri, 50 litri e pacchi bombole. L'incidenza percentuale del costo della manodopera sul costo complessivo da sostenere per la produzione delle bombole da tre litri è tuttavia superiore a quella relativa alle bombole di taglia maggiore in quanto, a parità di volume in litri, aumentando il numero delle bombole (da 3 litri) dotate di minore capacità, aumentano anche i connessi costi del lavoro. Emergerebbe, quindi, una sottostima delle passività pari a circa € 4.000,00.

-- Il rilievo è fondato.

La controinteressata non contesta che, data la minore taglia, a parità di quantitativo di gas le operazioni di riempimento saranno più numerose e, dunque, maggiori risulteranno i costi di manodopera.

Tuttavia, assume di avere correttamente giustificato l'incidenza del costo della manodopera sul riempimento dei gas compressi facendo riferimento non alle specificità del singolo appalto, ma all'incidenza media dei costi del personale risultanti a bilancio, pari al 19% del fatturato aziendale ovvero al 21% dei costi aziendali (vedasi p. 17 relazione del 11.04.2019).

Si tratta, tuttavia, di metodologia non affidabile, in quanto la valutazione della congruità del costo della manodopera, sebbene non ancorata ad un predefinito e inalterabile schema fornito dalla stazione appaltante, deve comunque essere effettuata in rapporto alle specificità del singolo appalto e, quindi, considerando un analitico conteggio del monteore preventivato

dall'impresa concorrente e il costo orario di riferimento per ciascuna prestazione dedotta nei giustificativi.

L'attendibilità della voce di spesa va quindi nuovamente verificata in applicazione di tale metodo di calcolo analitico.

IV) Con un quarto rilievo (punto 5.6) la ricorrente osserva che mentre il costo della manodopera per i gas liquidi criogenici è comprensivo delle attività di produzione e di trasporto, non altrettanto può dirsi per i gas compressi, il che determinerebbe un ulteriore elemento di opacità/anomalia della quantificazione, non chiarito neppure dai giustificativi.

-- La deduzione non appare condivisibile.

Diversamente da quanto sostenuto a pagina 28 dell'atto di appello, il costo della manodopera per i gas compressi comprende produzione e trasporto, descritti rispettivamente a pag. 3 e 4 della relazione SOL del 11.04.2019.

Sulla base di questo riferimento testuale la parte controinteressata ha articolato le sue controdeduzioni difensive, non superate da valide confutazioni avversarie.

Tanto basta alla reiezione della censura.

V) Con un quinto rilievo (punto 5.7) la ricorrente osserva come, nonostante nell'offerta tecnica di SOL (par. 11.5.1.) alle prestazioni di cui al punto 4.3.2 del CSA siano associati tecnici specializzati con almeno due anni di esperienza, nei giustificativi il costo orario di tali prestazioni sia stato contraddittoriamente ragguagliato a quello del tecnico di livello E/2 del CCNL Farmaceutico, ovvero dell' *"Addetto alla segreteria, operatore polivalente, operatore controllo delle proprietà prodotto"*.

Il medesimo CCNL prevede l'inquadramento al livello D/1 dei *"Lavoratori specializzati che svolgono in autonomia la mansione"* (trattamento tabellare base pari ad euro 1.741,03) ed al livello C/1 degli *"Specialisti, possibile coordinamento di alcuni lavoratori"*.

Dunque, la stima dei costi sarebbe stata rapportata ad un profilo professionale non adeguato al livello specialistico delle prestazioni conteggiate, il che determinerebbe una impropria sottostima dei costi, pari ad almeno € 27.904,00 annui.

-- La deduzione è fondata.

La controinteressata sul punto non nega che, ai sensi del CCNL Chimico Farmaceutico, alla qualifica di tecnico specializzato corrisponde l'inquadramento C/1, ma afferma che nell'offerta tecnica sarebbero stati inseriti dei *curricula "tipo"* corrispondenti a dipendenti di livello E/2 *"e dunque idonei a rendere le prestazioni in qualità di tecnici specializzati"*.

La replica non convince: se non è contestato che il tecnico specializzato ai sensi del CCNL chimica è da inquadrare in C/1 e che nell'offerta tecnica di SOL le prestazioni di cui al punto

4.3.2 del CSA vengono assegnate a tecnici specializzati, non si comprende come le stesse prestazioni possano essere conteggiate al costo dell'addetto alla segreteria, dell'operatore polivalente o dell'operatore controllo delle proprietà prodotto (profilo E/2).

Il punto - non affrontato nel corso del procedimento di verifica dell'anomalia e non esaminato dalla stazione appaltante nei suoi scritti difensivi - è sintomatico di una sostanziale incongruenza, meritevole di essere analiticamente vagliata attraverso una compiuta e supplementare fase di verifica.

VI) Con un sesto rilievo (punto 5.8), la ricorrente afferma che nessuna valutazione è stata svolta in merito alla congruità dei costi delle prestazioni dedotte in subappalto, dandosi per buona l'affermazione secondo cui le sub-forniture dei materiali e dei dispositivi avverrebbero a prezzi eccezionalmente favorevoli perché garantite da impresa collegata a quella aggiudicataria dell'appalto. Tuttavia, a dimostrazione della eccezionalità di tali costi non è stata effettuata alcuna allegazione di contratti, preventivi, fatture o altre pezze giustificative.

-- In senso contrario alla tesi testé illustrata e ad integrazione di quanto osservato dal giudice di primo grado – che ha fatto rimando al dettaglio dei giustificativi di cui alla pag. 13 della relazione dell'11 aprile 2019 – la parte appellata sostiene che la stipula dei contratti con i subappaltatori è destinata a perfezionarsi solo a seguito dell'aggiudicazione definitiva e della necessaria autorizzazione dell'Ente appaltante, il che rende inesigibile una produzione *ante litteram* (in sede di offerta o di sua giustificazione) della relativa documentazione. Di contro, a termini di legge di gara non sussiste obbligo alcuno in capo a SOL di allegazione e produzione delle proposte dei subappaltatori, così come alcuna richiesta in tal senso è mai pervenuta da parte della stazione appaltante, in linea con quanto previsto dall'art. 105 d.lgs. 50/2016. L'argomentazione fa il paio con quella spesa dal giudice di primo grado nel senso che *“il riferimento a «prezzi particolarmente favorevoli» per gli acquisti dall'azienda Behringer è spiegato, in maniera del tutto plausibile, con l'appartenenza delle due società al medesimo gruppo”*.

-- Il Collegio ritiene che la censura sia fondata.

La circostanza addotta a comprova della suddetta economia di spesa (l'appartenenza delle due società al medesimo gruppo) offre un dato in sé apprezzabile, ma non sufficiente a superare l'assenza di ulteriori elementi di riscontro. D'altra parte, la tempistica di formalizzazione del subappalto, se certamente non ammette una impropria anticipazione del vincolo negoziale, al contempo non osta all'allegazione di preventivi o di offerte provenienti dagli operatori economici destinati all'incarico di subappalto. Quantomeno su questa prima documentazione (in astratto suscettibile di ulteriore e documentata verifica di congruità, mediante riscontro dei giustificativi allegati dal subappaltatore – si veda Cons. Stato, sez. V, n. 4537/2018) è dunque opportuno svolgere la verifica di sostenibilità dei costi, onde scongiurare un effetto di sostanziale trasferimento sul subappaltatore dell'anomalia dell'offerta (Cons. Stato, sez. V, n. 3341/2017 e n. 6329/2014).

Nel caso di specie non è contestato che alcun preventivo dei subappaltatori è stato versato nel corso del procedimento, il che rende il riferimento astratto alle condizioni economiche da questi

praticate del tutto inidoneo a comprovare *in parte qua* la congruità dell'offerta.

I giustificativi (pag. 13 della relazione dell'11 aprile 2019) non forniscono sul punto indicazioni utili, sicché il richiamo agli stessi da parte del giudice di primo grado appare tautologico e non risolutivo.

VII) Con un settimo rilievo (punto 5.9) la società ricorrente osserva che dall'offerta tecnica della controparte emerge che il personale avrà a disposizione 1 camion ed 1 furgone per l'ASSL 7 ed 1 camion e 3 furgoni per l'ASSL 8. Tuttavia, non sarebbero stati computati ulteriori costi di noleggio (o ammortamento), carburante, manutenzione e assicurazione, per un extraconto (non stimato) di oltre € 50.000,00.

-- Il rilievo è infondato.

I costi qui controversi (come dettagliatamente specificato nel capitolo forniture – costi di trasporto punto B della relazione del 11.4.2019) risultano computati nei costi di trasporto dei gas compressi.

Correttamente il Tar ha osservato che *“l'aggiudicataria chiarisce le diverse componenti prese in considerazione per determinare i costi di trasporto dei gas compressi (dallo stabilimento di produzione di Salerno ai presidi ospedalieri); tra questi è compreso anche il costo dei mezzi, calcolato in termini di costo del mezzo per Km”*.

La parte appellante avversa tale conclusione, assumendo potersi desumere dall'offerta tecnica l'impiego di *“mezzi ulteriori rispetto a quelli che viaggiano da Salerno ai presidi ospedalieri e viceversa”*. Di tali mezzi ulteriori, tuttavia, non viene fornita più chiara indicazione, il che rende l'assunto generico, in quanto argomentato senza riferimenti puntuali ai contenuti dell'offerta e, comunque, non supportato da adeguata dimostrazione.

VIII) L'ottavo rilievo (punto 5.10) prende in considerazione la squadra di emergenza interdisciplinare SOL, composta di 6 unità. Osserva la ricorrente che nei giustificativi risulta computato il costo “fisso” della indennità di reperibilità di sole 3 risorse, quantificato in 300 €/mese - 3600 €/anno (€ 10.800 annui per tre risorse). Nondimeno, secondo il CCNL Chimico Farmaceutico applicato dall'aggiudicataria, l'indennità di reperibilità per 6 unità su base annua ammonta almeno ad € 21.600. Emergerebbe quindi una sottostima pari a circa €. 10.800.

-- Il rilievo è fondato.

I costi per la reperibilità del personale (come dettagliatamente specificato nel capitolo forniture – costi di trasporto punto B della relazione del 11.4.2019) risultano computati nei costi di trasporto dei gas compressi. Sul punto, la parte ricorrente constata che i costi del personale legati alla squadra di emergenza interdisciplinare non sono esclusivi dell'appalto in oggetto, bensì gravano solo in minima quota parte su di esso, in quanto la squadra è allestita per molte altre utenze.

Osserva la stessa ricorrente, tuttavia, come nei giustificativi non risulta quantificato il costo della squadra in questione, né risulta chiarito il metodo d'imputazione "pro-quota", all'appalto di cui trattasi, dei relativi costi, ovvero il criterio di suddivisione e imputazione, tra le varie commesse, del relativo costo annuale.

Il Collegio osserva che il fondamento di tali deduzioni, riscontrabile *ex actis*, non è stato affrontato nel corso del giudizio di anomalia né risulta confutato dalla parti appellate, sicché anche in relazione ad esso si impone una verifica supplementare da parte della stazione appaltante.

IX) Un ulteriore rilievo (punto 5.11) investe la voce dei costi generali (€ 19.577), nella quale risulta ricompreso anche il costo del personale amministrativo non deputato in modo specifico ed esclusivo all'esecuzione del contratto. Secondo la ricorrente, l'entità delle spese generali è bassa (pari all'8%, laddove ex art. 32 DPR 207/2010 il valore dovrebbe essere ricompreso tra il 13% - € 31.812 ed il 17% € 41.601) e come tale inidonea ad assorbire la sottovoce di costo in essa inclusa.

-- Il rilievo è fondato.

E' pacifico che la relazione SOL del 11.04.2019 descrive, tra le voci ricomprese nelle "spese generali", anche "gli oneri per le spese del personale non strettamente legato allo svolgimento del presente Contratto ma a qualche titolo accumulabile".

E' pur vero che l'art. 32 del D.P.R. n. 207 del 2010 si riferisce ai progetti di lavori pubblici e non ai servizi e forniture, come correttamente rilevato dal primo giudice. Tuttavia, al di là della attendibilità della stima dei costi generali operata dall'aggiudicataria, ciò che rileva è che nei suoi giustificativi (pag. 15 della relazione 11.4.2019) l'aggiudicataria elenca un notevole numero di voci di costo da imputare alle "spese generali", senza indicarne la relativa quantificazione ed il criterio di calcolo, il che non consente di appurare se dette spese siano capienti rispetto alle sottovoci in esse incluse. Non può dunque che registrarsi l'obiettivo genericità del controllo di sostenibilità dell'offerta in relazione a tale voce di computo.

X) Gli ulteriori rilievi riguardano, rispettivamente:

-- al punto 5.12 dell'atto di appello (corrispondente al punto 1.7 dei secondi motivi aggiunti), l'asserita sottostima dei costi (per fermo cisterna e trasporto) dei gas liquidi forniti nell'ambito del lotto 4 (Ossigeno AIC e Azoto Criogenico), per una incidenza di circa € 16.590,00;

-- al punto 5.13 dell'atto di appello (corrispondente al punto 1.8 dei secondi motivi aggiunti), il computo di un solo pernottamento in traghetto, un solo tempo di guida ed una sola tratta di attesa in traghetto, sul percorso di viaggio Sardegna - Salerno. Sostiene la parte appellante che, poiché l'autocisterna ha bisogno di un autista anche nel viaggio di ritorno, i costi esposti da SOL a pag. 4 dei giustificativi devono essere raddoppiati, con un ulteriore sottostima di € 11.445,00.

In relazione ad entrambi i profili controversi, la controinteressata non contesta le sottostime

censurate da parte appellante;

-- al punto 5.14 dell'atto di appello (corrispondente al punto 1.9 dei secondi motivi aggiunti), la sottostima dei costi di trasporto, che Sol sostiene di poter effettuare unicamente con una cisterna da 29.900 lt..

Osserva la parte appellante che dai sopralluoghi è emerso che la viabilità di alcuni presidi (almeno tutti quelli afferenti all'ASSL Carbonia e PO Trinità) non è tale da consentire l'accesso a cisterne di tali dimensioni, sicché detti trasporti potranno essere effettuati in sicurezza solo con una cisterna da 10.000 lt.. La riduzione di capacità implica un aumento del numero dei viaggi e, quindi, dei costi di trasporto, con un conseguente extracosto/sottostima di €. 75.170,00.

La controinteressata non contesta, anzi ammette espressamente che a taluni presidi non è possibile accedere con una autocisterna da 29.900 litri.

Nella sua memoria difensiva (pag. 30) afferma che *“gli ospedali in cui non è consentita l'accessibilità ad una cisterna da 29.999 lt verranno riforniti da una cisterna più piccola, con base locale riempita dagli stoccaggi presenti nello stabilimento secondario di Assemini, a loro volta riempiti dalla cisterna da 29.999 lt proveniente dal continente”*.

Nondimeno, nella tabella posta a pag. 18 dei giustificativi del 11.04.2019 non risultano essere stati considerati il costo di utilizzo delle autocisterne più piccole da 10.000 lit ed il costo della relativa manodopera (necessario per le attività di scarico presso Assemini dell'autocisterna da 29.900 lt, carico presso Assemini delle cisterne più piccole, viaggio di queste e scarico presso gli ospedali).

Anche sul punto in esame, pertanto, il controllo di anomalia necessita di un approfondimento supplementare.

5.1) Le lacune del giudizio di anomalia sin qui passate in rassegna giustificano la riedizione delle attività di verifica da parte della stazione appaltante, in quanto superano la prova di resistenza (rapportata al margine di utile indicato nell'offerta economica in € 78.299,00, su base annua).

La riattivazione del subprocedimento amministrativo è conseguente, d'altra parte, al principio secondo il quale il controllo giudiziale sul doveroso utilizzo di regole procedurali conformi a criteri di logicità, congruità e ragionevolezza, non può volgere in una sostituzione dell'opinione del giudice a quella discrezionale dell'amministrazione.

5.2) Pertanto, a seguito dell'annullamento *in parte qua* degli atti di gara, la stazione appaltante è chiamata a rinnovare il giudizio di anomalia in relazione ai profili di censura ritenuti fondati (III, V, VI, VIII, IX, X), fornendo adeguata ed esaustiva motivazione delle proprie valutazioni, in ottemperanza alle indicazioni innanzi illustrate.

6. - In conclusione, l'accoglimento dei motivi sin qui delibati impone:

a) la riedizione della fase di valutazione delle offerte, nell'osservanza dei criteri conformativi innanzi indicati;

b) a seguire, in ragione degli esiti della rinnovata fase valutativa, la riedizione della verifica di anomalia dell'offerta economica formulata da SOL.

7. - L'alterno esito delle due fasi del giudizio, la complessità delle questioni esaminate e la natura dei profili di censura accolti giustificano la compensazione delle spese di entrambi i gradi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in parte motiva e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie nei medesimi limiti il ricorso di primo grado e, conseguentemente:

-- annulla gli atti di gara ai sensi di cui in motivazione:

-- dispone la rinnovazione della valutazione delle offerte tecniche e della verifica di anomalia dell'offerta della controinteressata, secondo i criteri e l'ordine di successione riportati nella parte motiva;

-- compensa le spese di lite relative ad entrambi i gradi di giudizio.

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