

Pubblicato il 29/07/2021

**N. 05609/2021 REG. PROV. COLL.**  
**N. 09519/2020 REG. RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 9519 del 2020, proposto da Linde Gas Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Biamonti, Federico Mazzella, Niccolo Antonino Gallitto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luigi Biamonti in Roma, Lungotevere Michelangelo 9;

*contro*

Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.P.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Sapio Produzione Idrogeno ed Ossogeno S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Rosaria Ambrosini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per la riforma della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione Seconda) n. 01367/2020, resa tra le parti.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.P.A. e di Sapio Produzione Idrogeno ed Ossigeno S.r.l.;

Visto l'appello incidentale dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.P.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 15 luglio 2021 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Mazzella, Ambrosini e dello Stato Collabolletta, in collegamento da remoto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia ha accolto il ricorso proposto da Linde Gas Italia s.r.l. ("Linde") contro l'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato (IPZS) e nei confronti della Sapio Produzione Idrogeno ed Ossigeno s.r.l. ("Sapio"), per l'annullamento del provvedimento di esclusione della società ricorrente e della successiva aggiudicazione alla controinteressata relativi alla procedura negoziata indetta dall'IPZS ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016, svolta in modalità telematica, per la fornitura, per il periodo di 36 mesi, di gas tecnici necessari ai processi produttivi dello stabilimento di Foggia, con il criterio di aggiudicazione del minor prezzo.

1.1. Il primo giudice - dato atto che con il primo dei gravati provvedimenti, in data 5 agosto 2020, l'IPZS aveva concluso la procedura di verifica di anomalia dell'offerta di Linde, contenente il minor prezzo, e l'aveva esclusa sulla scorta della seguente motivazione: *"in quanto i costi della manodopera dichiarati pari ad euro 17.000,00 sono superiori al prezzo offerto in sede di gara pari ad euro 15.150,00 oltre iva"* - ha ritenuto l'errore della stazione appaltante "sotto diversi profili" illustrati in motivazione.

Ha quindi affermato quanto segue in merito alle domande caducatorie: *"L'errore materiale in cui è incorsa la Stazione appaltante e la lacunosità della procedura di verifica di anomalia - la quale, condotta in modo equivoco e contraddittorio, non ha*

*consentito all'IPZS di evitare la svista - sono evidenti e inficiano irrimediabilmente non solo l'esclusione di Linde, ma anche la successiva aggiudicazione - disposta con il censurato provvedimento del 6.8.2020 - in favore di Sapiro."*

1.2. Non ha accolto invece la domanda risarcitoria (sia in forma specifica, sia per equivalente) *"perché il contratto con la Sapiro non risulta essere stato ancora stipulato dalla Stazione appaltante, con la conseguenza che la ditta istante, ricorrendone i presupposti, potrà essere dichiarata aggiudicataria dell'appalto per cui è causa e, conseguentemente, conseguire in forma specifica il soddisfacimento del bene della vita cui ambiva con l'instaurazione del presente giudizio."*

1.3. Date le argomentazioni di cui sopra, gli atti impugnati sono stati annullati *"per quanto d'interesse della ricorrente"*.

Le spese processuali sono state compensate.

2. Avverso la sentenza Linde ha avanzato appello con un unico motivo, volto a censurare, anche per errore revocatorio, la statuizione della sentenza concernente il mancato accoglimento della domanda risarcitoria.

2.1. L'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato s.p.a. si è costituito in giudizio per resistere al gravame ed ha proposto appello incidentale con un unico motivo, volto a censurare l'accoglimento del ricorso della società Linde.

2.2. Sapiro ha resistito all'appello principale e aderito all'appello incidentale.

2.3. All'udienza del 15 luglio 2021 la causa è stata discussa e assegnata a sentenza, previo deposito di memoria conclusiva delle due società e di memoria di replica dell'appellante principale.

3. Pregiudiziale è l'esame dell'appello incidentale.

In punto di fatto va premesso che:

- l'importo complessivo dell'appalto era stimato in € 198.260,00 (iva esclusa), di cui, in base alla lettera d'invito (pag. 12) e al capitolato (pagg. 3 e 4), solo € 36.260,00 soggetti a ribasso, per le seguenti attività: i) la fornitura e posa in opera dell'impianto di stoccaggio; ii) il noleggio del serbatoio criogenico di azoto; iii) il noleggio delle bombole; iv) la formazione (del personale IPZS);

- la fornitura di azoto liquido (€ 120.000,00) e di gas tecnici (€ 21.000,00) non era soggetta a ribasso;
- la *lex specialis* di gara indicava anche l'importo di "manodopera e materiali eventualmente necessari", parimenti non soggetto a ribasso e stimato in € 15.000,00 (cfr. pag. 4 del capitolato);
- Linde presentava un'offerta economica di € 15.150,00 e indicava in € 17.000,00 il costo della manodopera complessiva;
- l'offerta di Linde risultava essere il miglior prezzo e veniva sottoposta a verifica di congruità ai sensi dell'art. 97 del decreto legislativo n. 50/2016.

3.1. Il subprocedimento di verifica dell'offerta si svolgeva come segue:

- l'IPZS inviava una prima richiesta di giustificazioni con nota del 10.6.2020 che riguardava "*a titolo esemplificativo e non esaustivo*" le seguenti attività: i) fornitura e posa in opera dell'impianto di stoccaggio; ii) noleggio del serbatoio criogenico di azoto (quota annuale); iii) noleggio delle bombole (quota annuale); iv) formazione;
- con la medesima nota l'IPZS allegava anche un modello che veniva "suggerito" di seguire "*per fornire la corretta spiegazione dei fattori che hanno concorso alla determinazione del prezzo di gara*";
- Linde forniva le prime giustificazioni in data 25.6.2020, senza utilizzare tale modello;
- in data 3.7.2020 l'IPZS faceva pervenire una seconda richiesta di giustificazioni, con la quale veniva espressamente richiesto di indicare "*il personale che sarà dedicato al presente appalto per lo svolgimento di tutte le attività (dalla fornitura e posa in opera di impianto di stoccaggio fino alla formazione) indicando per ognuno la specifica mansione, il contratto collettivo nazionale applicato e la qualifica (livello)*" oltre ai "*costi della manodopera stimati per lo svolgimento dell'appalto*";
- a fronte di ciò, Linde in data 8.7.2020 trasmetteva le ulteriori giustificazioni richieste, riferendo i dati al "*personale che sarà dedicato al presente appalto per lo svolgimento di tutte le attività*";

- con il gravato provvedimento del 5.8.2020 l'IPZS concludeva la procedura di verifica di anomalia ed escludeva l'offerta di Linde sulla scorta della motivazione sopra riportata.

3.2. Il Tribunale amministrativo regionale ha ritenuto l'errore della stazione appaltante sotto i seguenti profili:

- i costi indicati da Linde nell'importo di € 17.000,00 sono stati riferiti all'«intero appalto» quindi alla complessiva somma di € 177.677,00 (importo pari a quello di € 162.000,00 non soggetto ribasso più l'importo di € 15.150,00, offerto quale minor prezzo sulla somma di € 36.260,00 soggetta a ribasso), in ragione della quale la società si sarebbe aggiudicata la gara, se non fosse stata esclusa;

- pertanto il costo della manodopera dichiarato nell'importo di € 17.000,00 andava riferito all'importo complessivamente offerto di € 177.677,00, e non alla somma di € 15.150,00, offerta per voci soggette a ribasso;

- in sede di verifica di anomalia Linde ha chiaramente indicato i costi sottesi a tale ultima offerta - pari ad € 11.087,50 - e il relativo utile del 26,82% rispetto alla sola parte di appalto soggetta ribasso, di per sé solo sufficiente ad escludere che l'offerta fosse in perdita.

Dato ciò, il primo giudice ha ritenuto che la stazione appaltante, invece di concludere negativamente la verifica di anomalia, *“avrebbe ben potuto e, quindi, dovuto proseguire il contraddittorio con Linde al fine di chiederle ulteriori chiarimenti e fugare ogni dubbio generato dall'equivoco in cui lo stesso IPZS era caduto”*.

3.3. Con l'unico motivo di appello incidentale (*Errores in iudicando: omessa od insufficiente considerazione dei presupposti di fatto e di diritto e delle risultanze istruttorie*)

il Poligrafico dello Stato, costituito per il tramite dell'Avvocatura dello Stato, contesta che sia stata la stazione appaltante ad incorrere in errore e travisare i fatti e sostiene che le carenze e la lacunosità che, secondo il Tribunale amministrativo regionale, avrebbero viziato la procedura di verifica dell'anomalia, sarebbero invece da rinvenire nelle giustificazioni rese dalla Linde sin dai primi chiarimenti.

In particolare, la società non aveva utilizzato lo schema tipo, contenente tutti gli elementi necessari ad evidenziare gli elementi del prezzo praticato, suggerito dalla stazione appaltante per le prime giustificazioni e, rispondendo “autonomamente”, non sarebbe riuscita a giustificare l’offerta. La Linde stessa aveva infatti riferito l’utile del 26,82%, pari all’importo di € 4.062,50, esclusivamente alla parte dell’appalto ribassabile, del tutto in linea, d’altronde, con l’impianto della gara avente ad oggetto prestazioni per lo più non ribassabili in quanto inerenti a meri costi di fornitura (come per la fornitura di azoto liquido o di gas tecnici, quantificati dalla stazione appaltante rispettivamente negli importi per il triennio di € 120.000,00 e di € 21.000,00, come da prezzi di listino individuati nell’apposito tariffario indicato al par. 2.2 del capitolato, o per il servizio di trasporto comprensivo della tassa per materiali pericolosi indicato in € 6.000,00).

3.3.1. Ad avviso dell’appellante, perciò, sarebbe dovuto gravare semmai sulla Linde l’onere di allegare e comprovare la circostanza per la quale avrebbe ricavato un utile anche dalla parte non ribassabile; in mancanza, il costo della manodopera pari ad € 17.000,00 avrebbe eroso completamente l’utile preventivato nella misura del 26,82% del prezzo offerto, finendo per rendere l’offerta in perdita, quindi, per definizione, inattendibile.

3.3.2. L’appellante aggiunge che, d’altronde, la manodopera, essendo prevista per la “quasi totalità” nella fase iniziale della fornitura riguarderebbe le prestazioni ribassabili (come da esemplificazione contenuta nell’atto di appello incidentale e come riscontrato dalle stesse giustificazioni della società, riferite alle figure contrattuali di due installatori, un responsabile tecnico, un installatore impianti e un manutentore), mentre le prestazioni non ribassabili erano riferite “per lo più” a mere forniture di gas che comportavano “esigui costi per la manovalanza”.

3.3.3. La difesa erariale osserva che, malgrado i chiarimenti richiesti dalla stazione appaltante, la società non avrebbe fornito alcun elemento per superare la presunzione che gli importi non ribassabili costituissero per la

concorrente un mero costo di fornitura e conclude che perciò, attesa l'evidente contraddittorietà dell'offerta, la procedura di verifica di congruità, condotta con l'ausilio di un gruppo di lavoro per esaminare la documentazione prodotta, si sarebbe dovuta ritenere esente da vizi.

### 3.4. Il motivo è infondato.

Del tutto insignificante è la mancata utilizzazione da parte di Linde del modello o schema tipo suggerito per le giustificazioni da parte della stazione appaltante, essendo rilevanti esclusivamente i contenuti delle giustificazioni, in relazione ai costi ivi esposti, non certo la modalità prescelta dall'impresa per fornire i dati richiesti ai sensi dell'art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Non risulta nemmeno che l'utilizzazione di detto schema tipo fosse richiesto dalla legge di gara, tanto è vero che la difesa erariale si limita a dire che la sua utilizzazione venne "suggerita" dalla stazione appaltante per la formulare le giustificazioni.

3.4.1. Nel merito rileva piuttosto la motivazione del provvedimento di esclusione, fondato soltanto sulla ritenuta anomalia dell'offerta perché risultata in perdita, all'esito del procedimento di verifica *"in quanto i costi della manodopera dichiarati pari ad euro 17.000,00 sono superiori al prezzo offerto in sede di gara pari ad euro 15.150,00 oltre iva"*.

Evidentemente erroneo è il presupposto di fatto dal quale la stazione appaltante ha preso le mosse, vale a dire che i costi della manodopera indicati nell'importo di € 17.000,00 fossero riferiti soltanto alla parte ribassabile dell'appalto. L'erroneità si manifesta evidente sol che si consideri che il ragionamento seguito dalla stazione appaltante finisce per attribuire alla concorrente la formulazione di un'offerta *prima facie* incongruente e dichiaratamente in perdita, perché i costi -ove riferiti, come preteso dall'IPZS, alle prestazioni soggette a ribasso- risultavano superiori non (solo) all'utile, ma addirittura al prezzo offerto.

3.4.2. Riguardo al contenuto dell'offerta, la lettera d'invito (pag. 12) precisava che il modello di offerta economica generato dal sistema, trattandosi di gara

svolta con modalità telematiche, “*conterrà l’indicazione dei costi della manodopera e gli oneri aziendali per la sicurezza sui luoghi di lavoro (diversi da quelli da interferenza non soggetti a ribasso) relativamente all’appalto in oggetto*”. Sebbene l’inciso tra parentesi sia coerente con l’interpretazione sostenuta dalla stazione appaltante nel senso che non si sarebbero dovuti indicare i costi della manodopera riguardanti le prestazioni non soggette a ribasso, l’espressione utilizzata nella lettera d’invito presenta profili di ambiguità che, tenuto conto del riferimento finale ai costi “relativamente all’appalto in oggetto”, consentono di giustificare il fraintendimento nel quale è incorsa la Linde, indicando il costo complessivo della manodopera per l’intero appalto, quindi per tutte le prestazioni, comprese quelle non soggette a ribasso.

3.4.3. Tale fraintendimento - che, contrariamente a quanto sembra assumere la difesa di Sapio è sostanzialmente irrilevante ai fini dell’esclusione e comunque non è posto a fondamento del provvedimento impugnato - è stato tuttavia chiarito con le giustificazioni rese nel corso del procedimento di verifica di anomalia, dato che la società:

- nei primi giustificativi ha scorporato i costi delle voci dell’appalto soggette a ribasso, indicando questi costi nell’importo complessivo di € 11.087,50, di cui, con riferimento al costo del personale, € 4.300,00 per la fornitura e posa in opera dell’impianto di stoccaggio ed € 240,00 per la formazione del personale, precisando quindi l’utile nell’importo di € 4.062,50, pari al 26,82% del prezzo offerto di € 15.150,00;

- nei secondi giustificativi ha fornito, su corrispondente richiesta della stazione appaltante, l’indicazione delle mansioni del personale “*dedicato al presente appalto per lo svolgimento di tutte le attività*” e del costo complessivo, confermato nell’importo di € 17.000,00, in riferimento all’importo complessivo di aggiudicazione dell’appalto pari ad € 177.677,00.

Ottenuti tali chiarimenti, la stazione appaltante avrebbe dovuto valutare la congruità dell’offerta sia in relazione alle voci indicate nella *lex specialis* come soggette a ribasso (tenendo conto dei costi della manodopera specificati nei

primi giustificativi) sia in relazione al complesso delle prestazioni oggetto dell'appalto (tenendo conto dei costi della manodopera residuali e riferiti alle prestazioni non soggette a ribasso). Del resto, la stessa difesa erariale riconosce che le prestazioni non ribassabili contemplavano costi di fornitura che, sia pure in misura non prevalente od "esigua", contenevano però anche costi di manodopera (pur se tratti da prezzari o da disposizioni di settore che prevedono minimi inderogabili).

3.4.4. In ogni caso, in disparte la congruità dei costi della manodopera indicati da Linde, sia in riferimento alle prestazioni soggette a ribasso che in riferimento all'intero appalto, è da escludere che, in considerazione del tenore delle giustificazioni offerte dalla società, l'offerta di quest'ultima potesse essere considerata in perdita.

In sintesi, la motivazione del provvedimento di esclusione, oltre ad essere fondata su un presupposto di fatto errato, è viziata perché non ha in alcun modo tenuto conto delle giustificazioni della società, basandosi esclusivamente sul tenore dell'offerta (erroneamente inteso).

3.5. Ogni altra considerazione svolta dalla difesa erariale è irrilevante ai fini della decisione, perché prescinde dall'unico motivo posto a fondamento del giudizio di non congruità dell'offerta espresso dalla stazione appaltante e, tentando di supportarlo, finisce per fornire al provvedimento di esclusione una diversa ed ulteriore motivazione, inammissibile *ex post*.

3.5.1. Analogamente è a dirsi per le argomentazioni svolte dalla controinteressata Sapio.

Quest'ultima, con un primo ordine di rilievi, entra inammissibilmente nel merito delle giustificazioni presentate da Linde (sostenendo la mancanza del dettaglio dei costi ivi indicati), finendo per contestare la congruità dell'offerta della ricorrente e l'operato della stazione appaltante per motivi diversi da quelli *sub indice*. Come correttamente eccepito dall'appellante principale, si tratta di rilievi che avrebbero potuto e dovuto trovare ingresso nel presente

giudizio unicamente con la proposizione di ricorso incidentale in primo grado.

Con un secondo ordine di rilievi, la difesa di Sapio critica la sentenza appellata per asserita erronea considerazione dell'offerta di Linde, cioè per aver considerato quest'ultima complessivamente in riferimento all'intero appalto (per l'importo offerto di € 177.677,00), piuttosto che soltanto in riferimento alle voci ribassabili (per l'importo offerto di € 15.150,00), pervenendo perciò all'errata conclusione dell'accoglimento del ricorso. In disparte quanto detto sopra a proposito dell'infondatezza di taluni rilievi coincidenti con quelli esposti dalla difesa erariale, si conviene con la difesa di Linde nel giudizio di inammissibilità delle (ulteriori) argomentazioni spese da Sapio, perché non fatte oggetto di appello incidentale.

L'appello incidentale invece proposto da IPZS va respinto.

4. Con l'unico motivo dell'appello principale (*Errore revocatorio ai sensi del combinato disposto dell'art. 106 c.p.a. e art. 395, co. 1, n. 4, c.p.c. consistente nel fondamento della decisione sull'erronea supposizione che il contratto di fornitura di cui alla gara n. 7742501 non sia stato firmato tra la Stazione appaltante e l'aggiudicataria*) la società Linde evidenzia come il primo giudice sia incorso in errore quando ha affermato, alla data della decisione (13 ottobre 2020) che il contratto con la Sapio non era ancora stato stipulato dalla stazione appaltante. Invece il contratto era stato stipulato il 7 settembre 2020 (con decorrenza dal 24 agosto 2020 al 23 agosto 2023) ed era stato anche prodotto in giudizio.

Ad avviso dell'appellante questa svista, qualificabile come errore di fatto revocatorio, avrebbe condizionato la decisione di rigetto della domanda risarcitoria, per come risulterebbe dalla motivazione della sentenza.

Si sarebbe trattato quindi di un errore riguardante un elemento decisivo della controversia, con la conseguenza che la sentenza, pur se favorevole alla ricorrente, si è limitata a dichiarare l'illegittimità dell'esclusione, mentre – se non vi fosse stato l'errore – avrebbe dichiarato l'inefficacia del contratto stipulato da Sapio e adottato le statuizioni consequenziali.

4.1. In sintesi, sotto il profilo rescindente la domanda di revocazione di Linde concerne la statuizione relativa al rigetto delle domande di declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra le parti e di risarcimento dei danni in forma specifica o per equivalente, perché emessa sulla base di un inequivocabile errore di percezione su un elemento decisivo ai fini del decidere.

Sotto il profilo rescissorio l'appellante chiede la riforma della sentenza nella parte in cui non ha dichiarato l'inefficacia del contratto stipulato tra la stazione appaltante e Sapio e dunque non ha condannato la stazione appaltante al risarcimento del danno, per equivalente o in forma specifica, disponendo (i) il subentro di Linde nel contratto già firmato oppure (ii) la sottoscrizione di un nuovo contratto di fornitura triennale.

5. Il motivo non merita di essere accolto.

Sebbene il primo giudice sia incorso nell'errore di percezione denunciato dall'appellante - essendo provate *per tabulas* la stipulazione del contratto in data precedente la decisione e la sua produzione in giudizio - esso è privo della decisività richiesta dall'art. 395 n. 4 cod. proc. civ. per la riforma della sentenza nel senso preteso dalla società appellante.

L'ostacolo all'accoglimento della domanda risarcitoria - sebbene letteralmente individuato dal giudice di prime cure nella mancata stipulazione del contratto - è piuttosto costituito dalla circostanza che non è, ad oggi, accertata la "possibilità di subentrare nel contratto" (arg. ex art. 122 cod. proc. amm.) in capo alla Linde e che tale mancato accertamento ed anche la mancata aggiudicazione a quest'ultima sono date per presupposte dalla sentenza.

5.1. La ricorrente ha infatti azionato il proprio interesse strumentale all'annullamento del provvedimento di esclusione, a causa dell'illegittimità della verifica di congruità dell'offerta, e ad ottenere perciò la riammissione in gara. L'aggiudicazione può conseguire solo all'esito della rinnovazione del procedimento di verifica di congruità dell'offerta, dal momento che l'una e l'altra sono di spettanza della stazione appaltante, senza che possa il giudice

amministrativo adito per l'annullamento del provvedimento di esclusione pervenire per via autonoma all'individuazione quale aggiudicatario del ricorrente vittorioso.

L'effetto della pronuncia di primo grado, come confermata a seguito del rigetto dell'appello incidentale, non consiste nell'annullamento *tout court* dell'aggiudicazione a Sapio e nella immediata sostituzione di Linde quale aggiudicataria, bensì nella riammissione di questa in gara, con rinnovazione, in via conformativa, della fase giustificativa della sua offerta.

5.2. In proposito rilevano i seguenti principi di diritto che seguono.

5.2.1. In primo luogo, è incontestato che l'illegittimità di un atto endoprocedimentale determina la regressione del procedimento all'inizio del segmento procedimentale in cui esso si colloca. Nel caso di annullamento dell'esclusione dalla gara per illegittimità del giudizio di incongruità dell'offerta, l'effetto conformativo comporta, come detto, la riammissione alla procedura e la regressione di questa ad un nuovo subprocedimento di verifica, atteso che l'offerta va comunque vagliata, sotto il profilo di anomalia, da parte della stazione appaltante.

5.2.2. Di regola, infatti, a fronte della riammissione alla gara residuano in capo alla stazione appaltante margini di ri-esercizio del potere di apprezzamento della serietà e sostenibilità dell'offerta.

Si tratta di potere schiettamente tecnico e non sindacabile in sede giurisdizionale se non per manifesta irragionevolezza, illogicità ed arbitrarietà (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 12 febbraio 2020, n. 1066), non potendo il giudice amministrativo compiere un'autonoma verifica di congruità dell'offerta e delle singole voci se non invadendo una sfera propria della pubblica amministrazione (cfr., tra le altre, Cons. Stato, V, 29 gennaio 2017, n. 1465).

5.2.3. Pertanto, in definitiva, anche quando, unitamente all'esclusione dalla gara venga annullata, per illegittimità derivata, l'aggiudicazione ad altro concorrente, all'annullamento di questa aggiudicazione non consegue mai

automaticamente la dichiarazione di inefficacia del contratto frattanto stipulato, dovendosi verificare che sia possibile, oltre che richiesto, il subentro nel contratto da parte del concorrente escluso e che l'aggiudicazione in favore di questi sia possibile senza necessità di rinnovare la gara o anche soltanto un suo segmento, come è per il caso di mancato esito favorevole del giudizio di anomalia ex art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016.

5.3. Il Tribunale amministrativo regionale non si è discostato dai principi appena esposti.

5.3.1. Coerente con questi ultimi è l'affermazione della sentenza che l'IPZS, invece di concludere la procedura di verifica di anomalia, avrebbe dovuto *“proseguire il contraddittorio con Linde al fine di chiederle ulteriori chiarimenti e fugare ogni dubbio generato dall'equivoco in cui lo stesso IPZS era caduto”*.

5.3.2. Dato ciò, contrariamente a quanto sostiene l'appellante principale, il primo giudice non è affatto addivenuto ad affermare la congruità dell'offerta di Linde, essendosi limitato a riscontrare i vizi del procedimento di verifica di anomalia e del suo provvedimento conclusivo.

Pertanto, la pronuncia è “vincolante” nei confronti della stazione appaltante soltanto nei limiti in cui impone di tenere conto delle giustificazioni fornite dalla società migliore offerente (secondo quanto sopra esposto), ma non di trarre necessariamente dalle giustificazioni rese da Linde la conclusione di congruità dell'offerta economica.

5.3.3. Parimenti è da escludere che il primo giudice abbia affermato che l'aggiudicazione dovrebbe essere disposta in favore di Linde, considerata la motivazione di accoglimento; e precisamente:

- sia la parte in cui, non individuando Linde come aggiudicataria, ne riconosce soltanto la possibilità di essere dichiarata (dalla stazione appaltante) aggiudicataria dell'appalto *“ricorrendone i presupposti”*;
- sia la parte in cui gli atti impugnati sono stati annullati *“per quanto d'interesse della ricorrente”*.

5.4. All'evidenza, si tratta di un annullamento condizionato che, per quanto riguarda l'aggiudicazione in favore della Sapio, dipende dal sub-procedimento di verifica della congruità dell'offerta di Linde da rinnovarsi da parte della stazione appaltante, secondo le indicazioni risultanti dalla decisione di accoglimento del ricorso.

Solo dopo tale rinnovazione potrà risolversi l'alternativa tra:

- esito favorevole per la Linde, che comporterà, previa verifica della sussistenza dei requisiti, l'aggiudicazione a quest'ultima da parte della stazione appaltante, essendo poi rimessa alla fase esecutiva la decisione sulle eventuali conseguenze risarcitorie;
- esito negativo, che lascerà fermi l'aggiudicazione alla Sapio e il contratto stipulato con quest'ultima.

5.5. Conseguentemente, allo stato, non può trovare accoglimento la domanda di riforma della sentenza di primo grado nella parte in cui non ha dichiarato l'inefficacia del contratto e non ha accolto la domanda risarcitoria della ricorrente.

A maggior ragione, non si può disporre con la presente decisione, come richiesto sotto il profilo rescissorio, il subentro di Linde nel contratto già firmato oppure la sottoscrizione di un nuovo contratto di fornitura triennale.

6. In conclusione, vanno respinti sia l'appello principale che l'appello incidentale.

6.1. Le spese del grado di appello vanno compensate per soccombenza reciproca.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, principale e incidentale, come in epigrafe proposti, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 15 luglio 2021, tenuta ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, convertito dalla legge n. 176 del 2020, come modificato dall'art. 6, comma 1, lett. e), del d.l. n. 44 del 2021, convertito dalla legge n. 76 del 2021, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Giuseppina Luciana Barreca**

**IL PRESIDENTE**

**Fabio Franconiero**

**IL SEGRETARIO**