Pubblicato il 20/02/2018

N. 01956/2018 REG.PROV.COLL.

N. 05998/2017 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso R.G. n. 5998 del 2017, proposto da: "CRISTANINI spa", in persona del legale rappresentante pro-tempore, sig. Adolfo Cristanini, corrente in Rivoli Veronese (VR), rappresentata e difesa dagli avvocati Gian Luca Menti (cod. fisc.: MNTGLC76H10D969U), e Isabella Maria Stoppani (cod. fisc.: STPSLL55T60H501W), con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Isabella Maria Stoppani, in Roma, via Brenta, n. 2/A;

contro

Ministero della Difesa, in persona del Ministro pro-tempore e Ministero della Difesa – Marina Militare – Ufficio Generale del Centro di Responsabilità Amministrativa – Ufficio in persona del Dirigente pro-tempore, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti di

"Losberger Rds sas", in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

a) dell'Atto Dispositivo n. 26 in data 23/05/2017 del Capo dell'Ufficio Generale del Centro di Responsabilità Amministrativa Marina Militare, ai sensi dell'art. 32, comma 5, del D.Lgs. 18/4/2016 n. 50 di aggiudicazione della procedura di affidamento relativa al Lotto 2 - CIG 697343114F – CUP D59D16002470007, fornitura di stazioni operative di decontaminazione con relative docce, a favore della società Losberger RDS sas con sede secondaria in Italia, via Santa Rita da Cascia n. 33, 20143 Milano (MI), sede legale in 58/A Rue du Dessous des Berges 75013 – Parigi (Francia) comunicato con nota a mezzo pec 23/5/2017;

- di ogni atto presupposto, connesso e/o consequenziale, anche ad oggi non conosciuti, da intendersi qui esplicitamente impugnati ed in particolare ove a contenuto provvedimentale i processi verbali:

B) della commissione di gara e del RUP n.14 del 4/5/2017 nella parte in cui ritiene idonea l'offerta tecnica presentata da "Losberger RDS sas" per il lotto 2 attribuendole punti 60, C) nn. 16 e 17 del 8/5/2017 nella parte in cui attribuiscono il punteggio all'offerta economica della Losberger RDS sas, D) n. 23 del 18/5/2017 nella parte in cui valuta congrua ex art. 97 D.Lgs. 50/2016 l'offerta presentata dalla "Losberger RDS sas", confermando la graduatoria e E) n. 24 del 22/5/2017 nella parte in cui ha proposto l'aggiudicazione del lotto 2 alla Losberger RDS sas;

nonché per il risarcimento del danno

in forma specifica anche previa dichiarazione di inefficacia del contratto medio tempore eventualmente stipulato dall'Amministrazione ex artt. 121 e 122 CpA mediante aggiudicazione alla ricorrente, siccome utilmente posizionatasi al secondo posto nella graduatoria, del Lotto 2 CIG 697343114F – CUP D59D16002470007 o, in via subordinata, per equivalente, condannando l'Amministrazione intimata e/o la controinteressata, solidalmente, cumulativamente, alternativamente e/o come meglio ritenuto al risarcimento del danno per equivalente, nella misura pari a €

53.200,41, di cui 43.200,41 a titolo di lucro cessante pari al margine industriale dell'azienda sull'importo dell'offerta economica ed € 10.000,00 a titolo di danno emergente equitativamente determinato per i costi di partecipazione alle fasi di gara, con ogni consequenziale pronuncia anche in ordine alle spese;

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero della Difesa;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore, alla pubblica udienza del giorno 15 novembre 2017, il cons. Concetta Anastasi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con atto notificato in data 21.6.2017 e depositato in data 26.6.2017, la ricorrente società premetteva di aver presentato istanza di partecipazione alla procedura ristretta accelerata, quanto al Lotto n. 2 – CIG 697343114F – CUP D59D16002470007, indetta dal Ministero della Difesa – Marina Militare Centro di Responsabilità Amministrativa Ufficio Generale, per la "*Fornitura di una unita' di biocontenimento, di stazioni operative e apparati portatili di decontaminazione e di apparecchiature sanitarie*", pubblicato sulla GUUE S30 e sulla GURI in data 11.2.2017, in esecuzione del *Grant Agreement n. HOME/2016/ISFB/AG/EMAS/0029*, stipulato tra la Commissione Europea e la Marina Militare Italiana, avente ad oggetto il finanziamento, con risorse emergenziali del Fondo Europeo per la Sicurezza Interna 2014¬2020 (ISF), per l'acquisizione dei beni utili per l'assistenza sanitaria nelle operazioni di soccorso in mare.

Precisava che, in seguito, riceveva la nota prot. N. M_D MUGCRA RG17 0002786 del 28.3.2017 ("*Lettera d'invito*" o "*Disciplinare di gara*"), con allegata la Specifica Tecnica, quale parte integrante della stessa lettera d'invito.

Esponeva che:

- in data 21.4.2017, la Commissione di gara, aperte le buste, verificava la conformità della documentazione prodotta, ammetteva la "Losberger RDS sas" (per il tramite della propria rappresentanza italiana) e la ricorrente;

-in data 2.5.2017, la Commissione apriva le buste contenenti le offerte tecniche e quindi, in seduta riservata, procedeva alla valutazione, secondo i criteri precisati con la nota prot. N. M_D MUGCRA RG17 0002786 del 28.3.2017 ed attribuiva 60 punti a "Losberger RDS sas" e 45 punti a "Cristanini spa";

-in data 8.5.2017 (verbale n. 16 del 8.5.2017), procedeva all'apertura delle offerte economiche, dalle quali risultava che "Losberger RDS sas" aveva offerto un ribasso del 35%, con conseguente attribuzione di 30 punti e che "Cristanini spa" aveva offerto un ribasso dello 0,50%, con conseguente attribuzione di 0,042 punti, per cui, nella graduatoria per il lotto in questione, "Losberger RDS sas" otteneva 60 punti per l'offerta tecnica nonché 30 punti per l'offerta economica, per un totale di 90 punti, mentre "Cristanini spa" otteneva 45 punti per l'offerta tecnica nonché 0,042 punti per l'offerta economica, per un totale di 45,42 punti.

Precisava che, a fronte dei suddetti risultati, il RUP, con verbale n. 17 del 8.5.2017, sospettando che l'offerta della "Losberger RDS sas" potesse essere anomalmente bassa, sospendeva il seggio di gara, avviando il *sub-procedimento* di verifica dell'offerta economica, ai sensi dell'art. 97, comma 3°, del D.Lgs. 50/16.

Esponeva che, come precisato nel verbale n. 23 del 18.5.2017, la commissione di gara, nella seduta riservata del 16.5.2017, valutate le giustificazioni relative all'offerta presentata dalla "Losberger RDS s.a.s." con foglio in data 15.05.2017, rese, in particolare, con riferimento al costo dei componenti, degli oneri per la sicurezza e

dell'utile d'impresa, ai sensi dell'art. 97 comma 5 del D.Lgs. 50/2016, concludeva per la congruità della offerta esaminata.

Precisava che, pertanto, il RUP, alla luce delle determinazioni della commissione di gara, con l'Atto dispositivo n. 26 del 23.5.2017, proponeva l'aggiudicazione del Lotto n.2 in favore della odierna controinteressata "Losberger RDS sas" .

Esponeva che, all'esito dell'accesso agli atti (chiesto in data 23.5.2017 ed ottenuto in data 14.6.2017), avrebbe rilevato svariati profili di illegittimità dell'aggiudicazione, e, in particolare, evidenziava che l'offerta tecnica della "Losberger RDS sas" non sarebbe conforme ai requisiti previsti nella Specifica Tecnica della lettera d'invito, quanto alle dimensioni della stazione polifunzionale di decontaminazione, quanto alla carenza di conformità allo *standard* di qualità, quanto all'assenza di un centro manutentivo italiano nonché quanto all'offerta di un materiale di cui Losberger RDS sas non avrebbe disponibilità per il mercato italiano, a causa di brevetti ancora vigenti.

Assumeva altresì che l'analisi dei costi, effettuata dalla Commissione di gara nell'ambito del procedimento di verifica della congruità dell'offerta, ai sensi dell'art. 97 D. Lgs. 50/2016, oltre a non essere completa, dimostrerebbe, a suo avviso, la materiale non sostenibilità del ribasso proposto, poiché non terrebbe conto dei costi di sicurezza.

A sostegno del proprio ricorso, deduceva:

a) quanto all'Atto Dispositivo n. 26 del 23/5/2017 in via di illegittimità diretta, ove i presupposti atti siano privi di autonomo valore provvedimentale, o in via di illegittimità derivata dall'illegittimità dei presupposti verbali, ove questi ad autonomo valore provvedimentale, n.14 del 4/5/2017 nella parte in cui ritiene idonea l'offerta tecnica presentata da "Losberger RDS sas" per il lotto 2 attribuendole punti 60, n. 16 dell'8/5/2017 nella parte in cui conferma l'attribuzione di punti 60 all'offerta tecnica e n. 24 del 22/5/2017 di proposta di aggiudicazione del lotto 2 alla "Losberger RDS sas":

1) violazione disciplinare di gara – Violazione Specifica Tecnica - Erroneità e falsità del presupposto – Difetto istruttorio – Difetto di motivazione;

L'offerta tecnica presentata dalla "Losberger RDS sas" non sarebbe compatibile con le previsioni della *lex specialis di gara*, in quanto indicherebbe una tenda a struttura pneumatica con una superficie di circa 63 mq, mentre le specifiche tecniche richieste avrebbero previsto una tenda avente una superficie compresa tra 40 e 60 mq.

Inoltre, l'offerta della controinteressata sarebbe carente del sistema di qualità aziendale conforme alla normativa UNI EN ISO 9001:2000/2008 o equivalente internazionale, risultando inconferente rispetto all'oggetto dell'appalto il certificato BCS 28/9/2016 presentato dalla "Losberger RDS sas", unitamente alla domanda di partecipazione alla gara.

Infine, nella specie, non sarebbe stato rispettato il precetto di cui alla Specifica Tecnica- Allegato 4 al Disciplinare di Gara, impositiva dell'obbligo di assicurare un servizio di assistenza tecnica sul territorio italiano, poiché la controinteressata non solo non avrebbe dimostrato l'esistenza di siffatto servizio manutentivo dei prodotti forniti in Italia, ma, addirittura, avrebbe dichiarato di avere un *mantenance site* in Mornac, Francia.

2) violazione artt. 105 D.Lgs. 50/2016 – Falsità ed erroneità del presupposto – Violazione diritti di proprietà industriale della Cristanini spa;

b) Sempre quanto all'Atto Dispositivo n. 26 del 23/5/2017 in via di illegittimità diretta, ove i presupposti atti siano privi di autonomo valore provvedimentale, od in via di illegittimità derivata dall'illegittimità dei presupposti verbali, ove questi ad autonomo valore provvedimentale, n. 16 e 17 del 8/5/2017 nella parte in cui attribuiscono il punteggio all'offerta economica della Losberger RDS sas, n. 23 del 18/5/2017 nella parte in cui valuta congrua ex art. 97 D.Lgs. 50/2016 l'offerta presentata dalla Losberger RDS sas confermando la graduatoria e n. 24 del 22/5/2017 di proposta di aggiudicazione del lotto 2 alla Losberger RDS sas

Sebbene la controinteressata avesse dichiarato l'intenzione di non ricorrere a subforniture, i prodotti da impiegare nell'ambito della commessa sarebbero oggetto di privativa industriale in favore della " Cristanini spa".

3) violazione art. 97 D.Lgs. 50/2016 – Violazione punto 8 disciplinare di gara - Offerta anormalmente bassa – Falsità del presupposto – Difetto di istruttoria – Necessità esclusione;

Alla luce delle giustificazioni fornite dalla "Losberger RDS sas", consistenti in un mero elenco di prezzi riferiti ai singoli beni e servizi costituenti la fornitura, oltre che nell'indicazione dell'utile di impresa atteso dalla commessa, l'offerta della controinteresata risulterebbe inaffidabile, non contemplando i costi per la sicurezza e, comunque, un'effettiva giustificazione del ribasso offerto.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso, con vittoria di spese e per il risarcimento dei danni.

Con atto formale depositato in data 4.7.2017, si costituiva la P.A., la quale, con memoria depositata in data 10.7.2017, svolgeva diffusamente le proprie argomentazioni difensive, producendo, nel contempo, una cospicua documentazione.

Anche la ricorrente, in data 19.10.2017, depositava documentazione.

La difesa erariale depositava ulteriore documentazione data 25.10.2017 e produceva memoria in data 30.10.2017.

La ricorrente società replicava con memoria depositata in data 30.10.2017.

Con memoria depositata in data 4.11.2017, la difesa erariale sollevava eccezione di inammissibilità, con riferimento ad alcune censure, che, a suo avviso, sarebbero dovute essere proposte dalla ricorrente avverso il provvedimento di ammissione alla gara della controinteressata, ai sensi dell'art. 120 , comma 2° bis, cpa. Inoltre, replicava alle deduzioni di controparte e produceva documentazione.

La ricorrente, previa istanza di autorizzazione tardiva al deposito di documenti, in data 7.11.2017, produceva certificato EU.

Alla pubblica udienza del giorno 15 novembre 2017, il ricorso passava in decisione.

DIRITTO

1. Può prescindersi dalla disamina delle eccezioni di inammissibilità, sollevate dalla difesa erariale con riferimento ad alcune censure, dal momento che il ricorso si appalesa infondato nel merito.

2. Con il primo articolato mezzo, parte ricorrente deduce illegittimità dell'aggiudicazione in favore della "Losberger Rds sas", per incoerenza dell'offerta tecnica, sotto svariati profili, quali la violazione della *lex specialis* di gara, con particolare riferimento alle dimensioni della tenda a struttura pneumatica (a suo avviso, eccedenti quelle prescritte), la carenza di un sistema di qualità aziendale conforme alla normativa UNI EN ISO 9001:2000/2008 o equivalente internazionale, l'inesistenza in Italia di un *mantenance site*.

2.1. Quanto alla prima doglianza relativa alla violazione della *lex specialis* di gara per eccedenza delle dimensioni della tenda a struttura pneumatica, risulta che la società "Losberger RDS sasa", al paragrafo II.2.3 dell'offerta tecnica (pag. 11, in basso, ultimo paragrafo), nell'ambito del capitolo specificamente riferito alla tenda gonfiabile per la decontaminazione di persone, ha precisato che le "*dimensioni e la configurazione della tenda*" sono estese per una lunghezza di *7.55 mt* ed una larghezza di *5.6 mt*, per complessivi *42,28 mq*.

Ciò risulta altresì confermato nel documento titolato "*Tabella riepilogativa per l'attribuzione dei punteggi – Annesso A Lotto 2*", riportato nella prima pagina dell'offerta tecnica, ove, al punto 1, si indica la misura di 42 mq, a fronte di "*dimensioni accettabili superficie da 40 mq a 60 mq"* , peraltro richieste anche dall'Annesso 2, diramato alle ditte partecipanti con nota del 6.4.2017.

Alla luce dei suddetti elementi, non risultano comprovate in punto di fatto le deduzioni di parte ricorrente.

2.2. Quanto alla doglianza con cui si deduce inadeguatezza dei requisiti del sistema di gestione della qualità aziendale, con riferimento alla certificazione della controinteressata, va premesso che il bando di gara, al paragrafo III.1.3, stabilisce che gli operatori economici partecipanti devono possedere "*una valida certificazione del proprio sistema di gestione per la qualità conforme alla norma UNI EN ISO 9001:2015/2008 nel settore di attività oggetto dell'appalto*".

L'oggetto dell'appalto, per il lotto 2, è individuato dai "*Codici CPV supplementari*" "*35100000*" e *"33000000",* come riportato al par. II.2.2) dell'avviso di gara, pubblicato sulla GUUE S30 del 11.2.2017.

Il "*Codice CPV supplementare*" "*35100000*" corrisponde al settore delle "*apparecchiature di emergenza e sicurezza*".

Il certificato presentato dalla ditta aggiudicataria è riferito all'attività di "*progettazione, vendita, sviluppo e manutenzione di soluzioni/infrastrutture modulari associate a servizi di assistenza operativa per la protezione di persone e apparecchiature, nonché per eventi e attività sportive*".

L'attività indicata può essere ritenuta riconducibile al settore oggetto dell'appalto *de quo*.

Il suddetto certificato è valido fino al 14 settembre 2018, riporta la conformità del sistema di gestione adottato alla norma NF EN ISO 9001:2008 (equivalente internazionale alla certificazione UNI EN ISO) e, pertanto, anche sotto gli indicati aspetti, non può essere ritenuto incoerente con le previsioni di cui al par. 9 delle Specifiche Tecniche allegate alla Lettera di invito del 28.03.2017.

Inoltre, in sede di presentazione della domanda di partecipazione alla gara(allegato n.47 alla domanda), l'odierna controinteressata ha dichiarato, con riferimento al sistema di gestione della qualità aziendale, che "*la procedura di gestione della qualità di Losberger RDS soddisfa i requisiti internazionali con quelli industriali, secondo la norma ISO 9001:2008 ...*" e, inoltre, che "*...si assume la responsabilità di produrre e fornire le*

tendostrutture in tutte le fasi di lavorazione, come richiesto nelle specifiche tecniche della gara in oggetto, incluse le caratteristiche e la qualità di tutte le materie prime usate per questo contratto. I materiali utilizzati potranno essere oggetto di analisi. Ogni fornitura effettuata da Losberger RDS sarà processata e realizzata in conformità ai requisiti ISO 9001".

Pertanto, le evidenziate circostanze non confermano gli assunti di parte ricorrente, a prescindere dalla disamina della questione circa la tempestività della deduzione svolta avverso il provvedimento di aggiudicazione e non avverso il provvedimento di ammissione alla gara in favore della controinteressata, ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis, cpa.

2.3. Non appare fondata neanche l'ulteriore censura con cui si deduce che la ditta aggiudicatrice non avrebbe la disponibilità, nel territorio italiano, di un *mantenance site,* come richiesto dalla Specifica Tecnica al paragrafo 4*,* giacchè, dalla documentazione presentata anche in sede di domanda di partecipazione, risulta che la "Losberger RDS sas" ha dichiarato di avere la propria sede principale in Francia ed una sede secondaria in Italia, a Milano, via Santa Rita da Cascia, n. 33, alla quale sono conferite ampie competenze.

In particolare, dalla visura della Camera di Commercio (allegato n.48 alla domanda di partecipazione) emerge che, presso la sede secondaria, la "Losberger RD sas" svolge una serie di attività riconducibili all'oggetto sociale di impresa, fra cui indica la *"... - partecipazione a gare pubbliche per la fornitura di prodotti destinati al settore militare, alla protezione civile e dell'emergenza; - manutenzione e revisione di tende di ogni tipo e relativi accessori; - progettazione, produzione e distribuzione di accessori campali quali condizionatori, riscaldatori, gruppi elettrogeni, impianti elettrici, shelter e containers; attività di ricerca e sviluppo, così come progettazione, produzione, distribuzione e locazione di strutture pneumatiche e metalliche e dei relativi accessori da impiegare in ambito campale destinati ai settori militari e dell'emergenza civile*".

3. Non appare meritevole di adesione neanche l'ulteriore censura, con cui parte ricorrente deduce che la società controinteressata avrebbe reso una dichiarazione

non veritiera nel Documento di Gara Unico Europeo, ove, in sostanza, avrebbe affermato di non voler ricorrere a subforniture.

Invero, la lettera di invito richiede alle ditte di indicare la terna di subappaltatori, per il caso in caso in cui la ditta partecipante alla gara intenda ricorrere al subappalto (par. 11, lettera d).

Nel Documento di Gara Unico (allegato n. 49 alla domanda di partecipazione), nella parte relativa ad "*Informazioni sui subappaltatori sulle cui capacità l'operatore economico non fa affidamento*"), la "Losberger RDS sas" ha dichiarato che non intende subappaltare parte del contratto a terzi (sub parte II, lettera D, pag. 4 del DGUE 23/2/2017).

Com'è noto, il subappalto costituisce, ai sensi dell'art. 105 del D. Lgs. 18.4.2016 n. 50, un "*contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto*".

Invero, il contratto subappalto, previsto dall'art. 1676 e segg. c.c., prevede che l'appaltatore trasferisca a terzi l'esecuzione di parte della prestazione negoziale, così configurando un vero e proprio appalto che si caratterizza, rispetto al *contratto-tipo,* solo per essere un *contratto- derivato* da altro contratto stipulato a monte, che ne costituisce il presupposto.

L'art.1, comma 1°, della Legge 18 giugno 1998 n. 192 ("*Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*") stabilisce che: "*Con il contratto di subfornitura un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente*".

In sostanza, mentre il subappaltatore assume di eseguire in tutto o in parte una prestazione dell'appaltatore (art. 1655 e ss. c.c.) a beneficio della stazione appaltante, il subfornitore si impegna soltanto a porre nella disponibilità dell'appaltatore un

prodotto e rileva fondamentalmente sotto il profilo privatistico dei rapporti commerciali fra le aziende.

Il contratto di *subfornitura* si configura, pertanto, come una forma non paritetica di cooperazione imprenditoriale, nella quale la dipendenza economica del subfornitore si palesa, oltre che sul piano del rapporto commerciale e di mercato, anche su quello delle direttive tecniche di esecuzione, assunte nel loro più ampio significato, sicché il requisito della "*conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente*" si riferisca a tutte le fattispecie ivi descritte, compresa la "*lavorazione su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente*" *(conf.:* Cass. Civ. Sz. III, 25.8.2014 n. 18186).

Alla stregua dei criteri rivenienti dai dati testuali legislativi, emerge la differenza fra il *contratto di subappalto* -ontologicamente caratterizzato dal coinvolgimento dell'assetto imprenditoriale dell'impresa subappaltatrice nell'attività dell'impresa aggiudicataria dell'appalto- ed il *contratto di subfornitura*, il quale prevede l'inserimento del subfornitore in un determinato livello del processo produttivo, sotto le direttive del fornitore che determinano la *dipendenza tecnica* del subfornitore quanto a *progetto*, *specifiche* e *know how* di realizzazione della subfornitura.

La rilevanza della *dipendenza tecnica* è insita nel fatto che la lavorazione affidata in subfornitura interviene necessariamente ad un determinato livello (più o meno avanzato) del processo di produzione interno ed in vista della commercializzazione del prodotto-finito su un mercato, che è soltanto del fornitore e non anche del subfornitore.

Conseguentemente, è proprio l'inserimento del subfornitore nel ciclo produttivo del fornitore a richiedere che la lavorazione da parte del primo avvenga secondo la progettualità e le direttive tecniche impartite dal secondo (rispondenti alle esigenze di mercato da quest'ultimo intercettate), per cui la cosiddetta *dipendenza tecnica* - da valutarsi, come è ovvio, caso per caso ed in rapporto alla natura della lavorazione in

concreto affidata in subfornitura- si pone come il risvolto operativo attraverso il quale normalmente si denota la dipendenza economica, di cui è elemento qualificante e sintomatico.

Sul piano contrattuale, questo elemento diversifica il *rapporto di subfornitura commerciale* (suscettibile di essere realizzato attraverso altri schemi negoziali) dal *sub- appalto d'opera o di servizi*, nel quale il sub-appaltatore è chiamato, nel raggiungimento del risultato, ad *una prestazione rispondente ad autonomia non solo organizzativa ed imprenditoriale, ma anche tecnico-esecutiva,* con conseguente maggior ampiezza della sua responsabilità per i vizi della cosa e per la sua non perfetta rispondenza a quanto convenuto.

Orbene, alla stregua delle superiori considerazioni, si perviene alla conclusione secondo cui la dichiarazione di non avvalersi di subappalatori non possa essere ritenuta come perfettamente equipollente alla dichiarazione di non voler ricorrere alla subfornitura, come invece sembra ritenere parte ricorrente.

Pertanto, applicando le precitate coordinate ermeneutiche al caso di specie, si può ritenere che la dichiarazione di non voler ricorrere al subappalto, resa dalla odierna controinteressata nel DGUE, non può ritenersi preclusiva anche della facoltà di avvalersi di aziende esterne per l'acquisizione di prodotti parte della fornitura, da consegnare poi alla P.A. per l'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto.

4. Con un ulteriore mezzo, parte ricorrente deduce che la ditta aggiudicataria avrebbe fornito il decontaminante BX 29 ed il decontaminante bonificante BX 24, di cui la "Cristanini spa" avrebbe l'esclusiva, coperta da brevetto.

Invero, in sede di documentazione allegata alla domanda di partecipazione, la "Losberger RDS s.a.s." ha indicato i dati inerenti la propria catena di approvvigionamenti, precisando di essere munita di un "*ufficio acquisti*", avente il precipuo compito di selezionare i fornitori di materie prime e servizi .

In tale ottica, nella propria offerta tecnica, la società Losberger RDS s.a.s. riporta i prodotti inclusi nella fornitura oggetto dell'affidamento contestato, fra cui il

decontaminante BX 29 ed il decontaminante bonificante BX 24, senza dichiararne la produzione in proprio, ma riportando semplicemente una scheda tecnica del prodotto.

Invero, allorquando un prodotto brevettato viene regolarmente immesso in commercio nel mercato europeo e, quindi, viene destinato alla vendita sul mercato dal titolare del brevetto o da un soggetto da questi autorizzato, la protezione accordata dal brevetto si esaurisce, limitandosi la privativa industriale a garantire la produzione del prodotto ovvero la sua immissione in commercio, senza che il produttore possa impedire che il bene circoli sul mercato o venga utilizzato dall'acquirente nella propria attività professionale o personale, in base alla disciplina prevista dall'art. 5 D.Lgs. 10.2.2005 n. 30.

Diversamente opinando, si perverrebbe alle inammissibili conclusioni secondo cui, in presenza di un prodotto regolarmente brevettato, immesso in commercio nel mercato europeo dal titolare del brevetto o dai suoi distributori autorizzati: a) nessun operatore economico, diverso dal produttore, potrebbe presentare un'offerta implicante il suo utilizzo nell'ambito dell'appalto in affidamento, pur avendo lecitamente acquistato il prodotto brevettato; b) l'operatore economico non produttore dovrebbe dichiarare il subappalto della prestazione al titolare del brevetto, non potendo che offrire esclusivamente i propri prodotti.

Pertanto, nella specie, poiché la controinteressata non ha dichiarato di produrre in proprio prodotti oggetto dell'altrui privativa industriale, non risultano comprovati i macroscopici profili di illegittimità denunziati né elementi sufficienti per poter ritenere lesi i diritti di privativa della società ricorrente.

Va, per completezza, precisato che, dalle prescrizioni espresse dalla stazione appaltante nel bando di gara e nella lettera di invito, non emergono disposizioni volte ad obbligare la produzione in proprio delle materie prime o dei materiali, anche accessori, compresi nella fornitura.

Pertanto, la censura non merita adesione.

5. Con l'ultimo mezzo, parte ricorrente censura la non validità delle giustificazioni rese dall'aggiudicataria in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta economica.

Va premesso che il giudizio sull'anomalia dell'offerta economica è connotato da ampi profili di *discrezionalità tecnica* e che non è sufficiente a rendere incongrua un'offerta il solo fatto che alcuni dei suoi elementi costitutivi risultino anomalmente bassi, ma è necessario che la riscontrata sottostima dei costi sia tale da erodere completamente l'utile dichiarato (*ex plurimis*: Cons. di Stato, Sez. V, 17/11/2016, n. 4755; Sez. III, 6/2/2017, n. 514; Cons. Stato, Sez. V, 13/2/2017, n. 607 e 25/1/2016, n. 242; Sez. III, 22/1/2016, n. 211 e 10/11/2015, n. 5128).

Nella specie, dalla documentazione in atti, risulta che, in esito alla richiesta della P.A. del 10.5.2017, la "Losberger RDS sas", nelle giustificazioni rese il 15.5.2017, ha analiticamente indicato i costi sottesi all'offerta proposta in sede di gara, evidenziando, per ciascuna delle voci dedotte nella fornitura in questione, i costi unitari ed il costo per la quantità totale oggetto dell'appalto.

In particolare, ha riportato i costi per la sicurezza nell'ambito dell'offerta economica, poiché espressamente ha dichiarato che "*i costi relativi all'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro ammontano a euro 2.687,75 e sono compresi nell'importo complessivo offerto*", in coerenza con le previsioni rivenienti dalla clausola di cui al par. 3, lettera c), della lettera di invito.

Invero, grava su colui che voglia denunciare l'anomalia dell'offerta l'onere di allegare, con specifico e dettagliato motivo, quale sia il maggior costo complessivamente da sostenere per l'esecuzione della commessa e quale la sua incidenza sull'utile prospettato (*conf.*: Cons. Stato, Sez. V, 12.5.2017 n. 2228).

Nella specie, gli elementi indicati dalla parte ricorrente, a sostegno della dedotta sottostima dei costi del lavoro indicati dall'aggiudicataria, non risultano sufficienti a comprovare, in modo specifico e concreto, con riferimento alle singole voci di spesa,

quale sarebbe il maggior costo complessivamente da sostenere per l'esecuzione della commessa e quale sarebbe la sua incidenza sull'utile prospettato, al fine di dimostrare la carenza dell'utile di impresa .

Il complesso dei costi documentati dalla ditta è stato oggetto di specifico esame da parte della Commissione, la quale, con verbale n. 23 del 18.5.2017, vista l'offerta e la documentazione presentata a sostegno delle giustificazioni, ha concluso per la congruità dell'offerta, con motivazione che non appare inficiata dai profili di macroscopica erroneità o irragionevolezza denunziati.

Pertanto, la censura non può essere accolta.

6.In definitiva, il ricorso si appalesa infondato e va rigettato.

7. Dall'infondatezza del ricorso discende l'inammissibilità della domanda risarcitoria proposta dalla parte ricorrente.

8. Nondimeno, tenuto conto della complessità e della delicatezza delle questioni esaminate, le spese di giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Concetta Anastasi, Presidente, Estensore

Floriana Rizzetto, Consigliere

Paola Patatini, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Concetta Anastasi

IL SEGRETARIO