

Publicato il 27/06/2019

N. 04418/2019REG.PROV.COLL.
N. 06234/2018 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6234 del 2018, proposto da Air Liquide Sanità Service S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Brunetti e Alfredo Vitale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Filippo Brunetti in Roma, via XXIV Maggio n. 43;

contro

Azienda Sanitaria Locale Barletta Andria Trani, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difeso dall'avvocata Andrea Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

- Sapio Life S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Vinti e Maria Rosaria

Ambrosini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

- Rti Crioservice S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del TAR Puglia, Bari, Sez. II, 29 giugno 2018, n. 955 resa tra le parti, concernente aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento del “servizio di gestione, distribuzione e fornitura dei gas medicinali e tecnici, compresa la manutenzione degli impianti di stoccaggio e della rete di distribuzione presso le strutture sanitarie della ASL BT”;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale Barletta Andria Trani e di Sapio Life S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 febbraio 2019 il Cons. Giorgio Calderoni e uditi per le parti gli avvocati Filippo Brunetti, Andrea Sticchi Damiani e Elia Barbieri su delega dichiarata di Stefano Vinti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Si controverte della gara per l'affidamento quinquennale del “servizio di gestione, distribuzione e fornitura dei gas medicinali e tecnici, compresa la manutenzione degli impianti di stoccaggio e della rete di distribuzione presso le strutture sanitarie della ASL BT” (importo: 5.045.000 euro), bandita dall'Azienda Sanitaria Locale Barletta Andria Trani nel 2015, sotto il vigore del precedente Codice

appalti, e aggiudicata a Sapio Produzione, stante la differenza di punteggio tra RTI Sapio Life s.r.l.-Crioservice s.r.l., (1[^] classificato: per brevità anche solo Sapio) e Air Liquide Sanità Service S.p.A. (II[^] classificata: per brevità anche solo Air Liquide) pari a p. 1,71: il contratto è stato stipulato il 12.7.2017.

2. In primo grado Air Liquide ha:

- sostenuto che l'aggiudicataria non avrebbe dimostrato di possedere i requisiti di qualità richiesti, avendo fatto un uso non consentito dell'istituto giuridico, di matrice comunitaria, del cd. avvalimento;
- contestato la valutazione effettuata dalla Commissione mediante l'attribuzione di coefficienti intermedi;
- dedotto, altresì, la difformità tra relazione tecnica allegata all'offerta Sapio e previsione del Capitolato speciale di appalto (C.S.A.).

3. La sentenza impugnata ha disatteso le anzidette censure, respinto il ricorso e compensato le spese di lite.

4. Avverso tale pronuncia, Air Liquide ha interposto il presente appello affidato ai seguenti motivi, mediante i quali si deducono censure di eccesso di potere e violazione di legge sotto molteplici profili:

I) l'avvalimento della certificazione di qualità di Sapio Produzione da parte di Sapio Life non sarebbe ammissibile, trattandosi di produzione di medicinali soggetta ad autorizzazione amministrativa AIFA.

La dichiarazione di avvalimento sarebbe comunque generica e solo cartolare, senza specificazione di mezzi, dotazioni, risorse umane e processi ai sensi del d.lgs 219/2006 (Sapio è titolare di 14 diverse officine farmaceutiche): del tutto irrilevante sarebbe il rapporto di

collegamento societario intercorrente tra Sapio Produzione e Sapio Life.

In ogni caso, altrettanto generico sarebbe l'ulteriore avvalimento di Gascar, sempre del gruppo Sapio.

In definitiva, l'avvalimento non potrebbe essere disgiunto dalla cessione/prestito dell'intero complesso aziendale.

Inoltre, in corso di procedura vi sarebbe stata una modifica - mediante i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante - dei requisiti di partecipazione fissati dalla disciplina di gara e concernenti le certificazioni di qualità: modifiche che avrebbe potuto essere introdotte solo attraverso l'annullamento in autotutela del bando di gara e la sua ripubblicazione;

II) in relazione al subcriterio "Qualità e caratteristiche degli accessori ai punti di utilizzo" (3 punti complessivi), la Commissione Tecnica avrebbe omesso di valutare 3 dei 4 elementi stabiliti dal disciplinare di gara (proposta di monitoraggio e tracciabilità delle attività; tempi proposti per la loro effettuazione; struttura deputata per i rilievi e l'anagrafica tecnica e i *curricula* dei tecnici), limitandosi a prendere in considerazione il solo *sub* elemento "dettaglio delle operazioni di consegna che saranno effettuate" (A21) e altri *sub* elementi (A22, A23 e A24) che in realtà afferirebbero al diverso sub-criterio di valutazione "qualità e caratteristiche dei recipienti mobili" (max punti 6).

Né varrebbe, anche in questo caso, il chiarimento n. 3 (in realtà: 4) fornito dalla stazione appaltante, ma mai pubblicato con le stesse modalità del bando e cioè in GURI e GUCE, bensì solo sul sito *internet* dell'ASL e in prossimità (9 novembre 2015) della scadenza del termine per la presentazione delle offerte (26 novembre 2015);

III) Sapio-Crioservice prevede una metodologia di analisi qualitative dei gas alle utenze del tutto difforme rispetto a quanto previsto dal CSA e dalle prescrizioni previste dalla Farmacopea con il metodo PRODUCTION in categoria III (analisi *in loco* tramite laboratorio accreditato), poiché Sapio propone il prelievo *in loco*, il trasporto presso il laboratorio di analisi e solo successivamente l'effettuazione dell'analisi: quindi Sapio doveva essere esclusa dalla gara.

Alternativamente, l'offerta di Sapio Life s.r.l. doveva essere esclusa anche laddove sembra subordinare il rispetto della specifica tecnica in questione alla disponibilità di locali presso la struttura sanitaria di riferimento, prevedendo, altrimenti, che le analisi vengano effettuate non *in loco*, ma addirittura in altra Regione (Ancona);

IV) in ogni caso, tale difformità avrebbe dovuto comportare, se non l'esclusione, la non attribuzione di punteggio a favore di Sapio, quantomeno per la voce di valutazione "caratteristiche della fornitura" e per il criterio di valutazione "qualità e sicurezza dei rifornimenti", per il quale sono previsti 3 punti, sufficienti a superare la prova di resistenza.

La Commissione di gara avrebbe, inoltre, utilizzato - dopo l'apertura delle offerte - anche coefficienti di ponderazione diversi da quelli fissati dalla disciplina di gara, così discostandosi dai corrispondenti giudizi esprimibili (da ottimo a insufficiente), modificando la graduazione fissata nella disciplina di gara e inficiando il risultato finale.

5. A tali censure, l'appellata Sapio ha controdedotto nella memoria 27.8.2018, sostanzialmente riprodotta nella memoria finale 10.1.2019.

6. Anche l'appellata ASL (memoria di costituzione del 22.8.2018, i cui argomenti sono ripresi nella memoria finale 21.1.2019) controdeduce nel merito alle censure avversarie con argomentazioni in parte coincidenti con quelle di Sapio ed eccepisce la tardività dei motivi aggiunti di primo grado Air Liquide, riproposti in appello (essenzialmente sulla certificazione di qualità e relativo avvalimento).

7. Nella propria memoria finale 22.1.2019, Air Liquide:

- replica all'eccezione ASL di tardività di alcune censure che esse sarebbero conseguenti alla documentazione visionata in sede di accesso;
- insiste in particolare sulla genericità delle dichiarazioni di avvalimento che, invece, anche per l'avvalimento infragruppo dovrebbero essere specifiche;
- insiste, altresì, sull'illegittimità dei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante;
- chiede il subentro nel contratto e il risarcimento per equivalente per quanto non eseguito prima del subentro.

8. ASL e Air Liquide hanno, altresì, dimesso rispettive memorie di replica, nelle quali:

- l'ASL ritorna sulla eccezione di tardività e cita il precedente specifico di questa Sezione III n. 3517/2015, riferito proprio a un avvalimento di certificazione di qualità, ritenuto legittimo, tra Sapio Life e Gascar;
- Air Liquide replica ancora sulla tardività e denuncia - quanto ai chiarimenti pubblicati solo sul sito internet dell'ASL a 17 giorni dal termine di presentazione delle offerte - la violazione dell'art. 83 D.Lgs. 50/2016.

9. Dopodiché, all'odierna pubblica udienza la causa è passata in decisione e, su richiesta della difesa di parte appellante, il giorno successivo (8/02/2019) si è proceduto alla pubblicazione anticipata del dispositivo di sentenza n. 952/2019, del seguente tenore:

<Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del grado compensate>.

10. Di seguito si rendono, pertanto, le motivazioni del suddetto dispositivo.

10.1. E' incontroverso che nel caso di specie venga in rilievo un c.d. "avvalimento infragruppo", a proposito del quale la giurisprudenza di questo Consiglio è nel senso che:

* nelle gare pubbliche l'appartenenza al gruppo societario (e dunque il collegamento in senso ampio) rappresenta un possibile fattore, genetico e giustificativo, dell'avvalimento da parte di un concorrente dei requisiti posseduti da un altro soggetto: cfr. sez. V, 22/09/2017, n. 4432 e 12 marzo 2014, n. 1251;

* nel caso di avvalimento infragruppo l'onere probatorio e documentale risulta semplificato, non sussistendo neppure l'obbligo di stipulare con l'impresa appartenente allo stesso gruppo un contratto di avvalimento, con il quale l'impresa ausiliaria si obbliga a mettere a disposizione del concorrente le risorse necessarie per tutta la durata del contratto, essendo sufficiente una dichiarazione unilaterale attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo: Sez. III, 13 settembre 2017, n. 4336 (richiamata da sez. V, 30/10/2017, n. 4973) e Sez. IV 12/1/2017 n. 52.

Nella specie, siffatta dichiarazione unilaterale è stata resa in data 23 Novembre 2015 da Sapio Life che l'ha indirizzata all'Azienda

Sanitaria Locale BT facendo specifico riferimento, nell'oggetto, alla gara *de qua* e al relativo numero di CIG; tale dichiarazione risponde ampiamente ai canoni individuati dalla giurisprudenza sopramenzionata in quanto specifica espressamente:

- *“di avvalersi della certificazione ISO 9001:2008 inerente il trasporto dei gas oggetto di gara, degli automezzi di cui ai punti 2) e 3) dell'art. 6,2 del Disciplinare di gara e della struttura organizzativa tutta, messi a disposizione dalla società GASCAR S39, per fare fronte a quanto previsto dalla gara in oggetto in tema di trasporto, la quale rende a tal fine dichiarazione di disponibilità totale e continuativa”;*
- *che “Sapio Life S.r.l. e Gascar appartengono al medesimo gruppo societario, nello specifico sia Gascar che Sapio Life S.r.l. sono controllate al 100% dalla Sapio Produzione Idrogeno Ossigeno S.r.l.”*

10.2. Del resto, in una fattispecie analoga (gara pluriennale per la fornitura di gas) questa Sezione (sentenza 14/07/2015, n. 3517, citata dall'ASL) ha ritenuto legittimo l'avvalimento - da parte dell'aggiudicataria (anche in quel caso) Sapio Life - di Gascar per il trasporto e di Sapio Produzione idrogeno e ossigeno s.r.l. per la certificazione di qualità: il che consente di superare anche il profilo di censura del primo motivo di appello con cui Air Liquide contesta l'ammissibilità del ricorso all'avvalimento per la certificazione di qualità *in subiecta materia*, in quanto afferente a produzione di medicinali soggetta ad autorizzazione amministrativa AIFA.

10.3. Quanto all'ultimo profilo di censura del medesimo primo motivo, relativo ai chiarimenti forniti in corso di gara dalla Stazione appaltante, questa Sezione ne ha precisato recentemente (29 gennaio 2019, n. 726) l'ammissibilità nei termini che seguono, richiamando ulteriori precedenti specifici della stessa Sezione (n. 781 del 2018)

ovvero di altra Sezione di questo Consiglio (Sez. V, n. 2097 del 2015):

a) la risposta dell'Amministrazione appaltante ad una richiesta di chiarimenti avanzata dai concorrenti non costituisce un'indebita e perciò illegittima modifica delle regole di gara, ma una sorta d'interpretazione autentica con cui la stazione appaltante chiarisce la propria volontà provvedimentale, precisando e meglio delucidando le previsioni della *lex specialis*;

b) i chiarimenti operano a beneficio di tutti e - laddove trasparenti, tempestivi, ispirati al principio del *favor participationis* e resi pubblici - non comportano alcun pregiudizio per gli aspiranti offerenti, per cui non occorre procedere, a dispetto del principio di economicità, all'autoannullamento del bando e alla sua ripubblicazione.

10.4. Il primo motivo d'appello risulta, pertanto, infondato nel merito, potendosi così prescindere dall'esame delle eccezioni di inammissibilità delle relative censure sollevate dall'ASL appellata.

10.5. Le considerazioni sopra svolte a proposito dei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante consentono, con ogni evidenza, di disattendere anche il secondo motivo di appello, in quanto la mancata valutazione, ivi lamentata, di alcuni *sub* elementi costituisce consequenziale applicazione di uno specifico chiarimento fornito in proposito dalla stazione appaltante: ad inficiare la validità del quale non vale - come pure si adombra nel medesimo secondo motivo - l'intervallo di tempo (17 giorni) che lo separa dal termine di scadenza per la presentazione delle offerte, giacché la giurisprudenza di questo Consiglio non ha dubitato dell'ammissibilità di un chiarimento reso appena una settimana prima di detta scadenza (cfr. sez. VI, 13/02/2018, n. 907, ultimo periodo del capo 8.2.3.).

Né - *ratione temporis* (gara bandita nel 2015) - viene in rilievo nel caso di specie l'art. 83 D.Lgs. 50/2016, invocato d Air Liquide nella sua memoria finale di replica.

10.6. Il terzo motivo d'appello è infondato in punto di fatto, in quanto Sapiro ha offerto effettivamente una metodologia con analisi *in loco* (in un locale indicato dall'ASL), solo prudenzialmente prospettando un'ipotesi alternativa ove il locale messo a disposizione dall'ASL non fosse stato idoneo: nessuna difformità è, dunque, dato ravvisare nella sua offerta rispetto alle previsioni del Capitolato, per cui nessuna esclusione doveva essere comminata nei suoi confronti.

10.7. Per la stessa ragione Sapiro non doveva essere penalizzata con la non attribuzione del punteggio relativo alla voce "caratteristiche della fornitura" e per il criterio di valutazione "qualità e sicurezza dei rifornimenti", come di deduce nel primo profilo del quarto motivo d'appello.

10.8. Quanto al secondo profilo di detto motivo (asserito utilizzo di coefficienti di ponderazione non conformi a quelli fissati dalla *lex specialis*), merita condivisione l'argomento utilizzato dal primo Giudice per disattenderlo (cfr. par. 2 della sentenza appellata) e cioè: *"non è dimostrato che l'attribuzione dei predetti coefficienti abbia inficiato il risultato della gara, avendo invero l'organo straordinario dell'Amministrazione inteso effettuare una valutazione più puntuale, utilizzando una scala di valori più articolata; modalità da ritenersi consentita nell'esercizio della discrezionalità tecnica"*.

Invero, a fronte di censure simili (come quella denunciante l'illegittimità di *sub* punteggi intermedi e la mancata c.d. doppia riparametrazione dei punteggi delle offerte tecniche) la giurisprudenza di questo Consiglio (sez. V, 5/02/2018, n. 726) ha

analogamente statuito (cfr. capo 6.1.) che *<l'appellante avrebbe dovuto dimostrare - e non soltanto apoditticamente sostenere - che, ove si fosse proceduto alla c.d. doppia riparametrazione e all'eliminazione dei punteggi di 0,1 attribuiti alla prima (ed alla seconda) classificata, la società (...) si sarebbe utilmente collocata al primo posto in graduatoria>*.

Dimostrazione tanto più necessaria nel caso qui all'esame, in cui la Commissione di gara (cfr. verbale n. 21 del 13.12.2016) ha:

* non solo effettuato la valutazione degli elementi qualitativi delle offerte secondo il metodo aggregativo-compensatore indicato dal disciplinare e cioè: applicazione della formula ivi prevista; calcolo delle medie dei valori attribuiti da ciascun commissario a ciascun *sub* requisito; moltiplicazione del valore della media originale per il fattore di conversione sino ad ottenere così le medie definitive e i punteggi attribuiti a ciascuno dei 14 requisiti dell'offerta per le 4 offerte pervenute;

* ma, sulla base di tali calcoli, ha, altresì, espresso la motivazione finale che *“la miglior offerta qualitativa è stata quella dell'ATI Sapio Life-Crio Service, che in effetti ha elaborato un prodotto molto ben definito, dettagliato, chiaro e sempre ben rispondente alle richieste sia del capitolato speciale d'appalto che del Disciplinare di gara, come può evincersi da tutti i verbali sottoscritti dalla Commissione esaminatrice”*.

Ebbene, tale motivazione non è stata oggetto di espressa contestazione da parte dell'appellante Air Liquide, per cui per questa ragione e per tutte le altre sin qui esposte, non resta al Collegio che disattendere anche questo ultimo profilo di censura.

11. Conclusivamente, l'appello deve essere respinto.

Le spese del grado possono, tuttavia, essere compensate tra tutte le parti, attesa la obiettiva peculiarità e la prevalente natura interpretativa della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del grado compensate

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Garofoli, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giorgio Calderoni, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giorgio Calderoni

IL PRESIDENTE
Roberto Garofoli

IL SEGRETARIO