

N. 05246/2015REG.PROV.COLL.

N. 05840/2015 REG.RIC.



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 5840 del 2015, proposto da:

Bioh s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Vincenzo Avolio e dall'Avv. Vittoria Luciano, con domicilio eletto presso l'Avv. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

contro

Sanipur s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Maurizio Zoppolato e dall'Avv. Angela Francesca Canta, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avv. Maurizio Zoppolato in Roma, via del Mascherino, n. 72;

nei confronti di

Azienda Ospedaliera "Sant'Antonio Abate" di Gallarate, appellata non costituita;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE IV n. 01370/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di prevenzione da legionellosi compreso forniture, assistenza tecnica e controlli presso i presidi vari dell'Azienda Ospedaliera S. Antonio Abate – mcp.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Sanipur s.r.l.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2015 il Cons. Massimiliano Noccelli e uditi per le parti l'Avv. Luciano e l'Avv. Canta;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Bioh s.r.l., odierna appellata, si è aggiudicata la procedura negoziata espletata dall'Azienda Ospedaliera "Sant'Antonio Abate" di Gallarate per l'affidamento triennale del servizio di prevenzione da legionellosi, comprensivo di forniture, assistenza tecnica e controlli, per un importo stimato di € 126.000,00, di cui € 120.000,00 negoziabili ed € 6.000,00 per oneri relativi alla sicurezza non ribassabili.
2. Contro tale aggiudicazione è insorta Sanipur s.r.l., lamentando che Bioh s.r.l. non avesse indicato specificamente indicato detti oneri nella propria offerta, e ha chiesto al T.A.R. Lombardia di annullare, previa sospensione, l'aggiudicazione.
3. Nel giudizio di primo grado si sono costituite l'Amministrazione resistente e Bioh s.r.l. per chiedere il rigetto del ricorso.
4. Il T.A.R. Lombardia, con sentenza n. 1370 del 15.6.2015 resa in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a., ha accolto il ricorso, annullando il provvedimento di aggiudicazione.
5. Avverso tale sentenza ha proposto appello Bioh s.r.l., chiedendone, previa sospensione, la riforma.
6. Si è costituita la sola Sanipur s.r.l. per resistere al gravame avversario.
7. Nella camera di consiglio del 16.7.2015, fissata per l'esame dell'istanza sospensiva, la causa è stata rinviata alla pubblica udienza del 22.10.2015 per il sollecito esame del merito.
8. Nella pubblica udienza del 22.10.2015 il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.
9. L'appello di Bioh s.r.l. è infondato e va respinto.
10. Il T.A.R. lombardo, annullando il provvedimento di aggiudicazione di cui alla Deliberazione n. 194 del 2.4.2015, ha evidenziato che Bioh s.r.l. nella propria offerta cartacea aveva inteso specificare i costi per la sicurezza dalla stessa previsti, i quali erano solo quelli cc.dd. "aziendali", ontologicamente diversi da quelli da interferenza, prevedendo peraltro per gli stessi un importo pari ad € 3.600,00 e, pertanto, ben inferiore alla somma di € 6.000,00 contemplata nella *lex specialis*.
- 10.1. Tale determinazione, ha osservato il giudice meneghino, è stata una libera scelta della Bioh s.r.l., non imputabile al sistema Sintel, come aveva sostenuto in primo grado la stazione appaltante, secondo cui il medesimo sistema avrebbe imposto ai concorrenti, in relazione agli oneri non soggetti a ribasso, l'inserimento di un unico valore.
- 10.2. Il T.A.R. lombardo ha ancora stigmatizzato, sotto un altro profilo, l'interpretazione illegittima che il r.u.p. ha dato dell'offerta presentata dalla stessa Bioh s.r.l., interpretazione che, comportando un'alterazione del suo contenuto, si è riverberata irrimediabilmente sul provvedimento di aggiudicazione, disposto in favore di Bioh s.r.l., rammentando la costante giurisprudenza di questo Consiglio, che vieta di sottoporre le offerte ad operazioni manipolative, per violazione della trasparenza e della *par condicio*, ed ammette in via eccezionale la rimodulazione dei costi solo nel subprocedimento relativo alla verifica dell'eventuale anomalia dell'offerta, purché non ne risulti una modifica degli elementi compositivi tale da pervenire ad un *aliud pro alio* rispetto all'offerta presentata in sede di gara, non suscettibile di modifica alcuna.
- 10.3. Il T.A.R. ha rilevato, a tal proposito, che la scelta del r.u.p., mediante la quale egli ha ritenuto che Bioh s.r.l., nella propria offerta digitale, avesse ricompreso, fra gli oneri non soggetti a ribasso, ammontanti ad € 21.600,00, anche i costi da interferenza, pari ad € 6.000,00, era in realtà palesemente smentita dall'offerta cartacea, nella quale la stessa ha espressamente dettagliato le voci che componevano la predetta somma, indicando, da un lato, che gli oneri per la sicurezza ivi previsti erano quelli "aziendali" e non, pertanto, da interferenza e prevedendo, dall'altro, per gli stessi un importo differente da quello previsto dalla *lex specialis*.
- 10.4. L'appellante censura la motivazione della sentenza e fa osservare, in sintesi, che l'offerta digitale era assolutamente legittima, poiché indicava per gli oneri non soggetti a ribasso un importo complessivo di € 21.600,00 di gran lunga superiore a quello di € 6.000,00 previsto per gli unici oneri in effetti non soggetti a ribasso e, cioè, gli oneri per rischio da interferenza.
- 10.5. Il fatto che, poi, nel documento cartaceo Bioh s.r.l. abbia scomposto quell'importo in due sole voci – oneri di sicurezza aziendale e costo del personale – non muterebbe tale conclusione né sotto il profilo formale, perché, a mente della lettera di invito (p. 4), in caso di difformità tra offerta digitale e cartacea, prevaleva la prima, né sotto il profilo sostanziale, perché, al di là del modo in cui Bioh s.r.l. aveva scomposto gli oneri, contava solo che l'offerta fosse in grado di coprire l'importo di € 6.000,00 stimati dalla stazione per i rischi da interferenze.

11. La tesi dell'appellante è smentita *per tabulas* da quanto il T.A.R. ha già correttamente rilevato e, cioè, che nella propria offerta digitale, inserita nella piattaforma Sintel, Bioh s.r.l. aveva indicato in € 21.600,00 l'importo degli oneri non soggetti a ribasso, *sic et simpliciter*, senza individuare separatamente, come invece richiedeva l'art. 8 del capitolato speciale e prevedevano le due voci predisposte dalla piattaforma, il solo valore complessivo di € 6.000,00 per i costi non soggetti a ribasso, mentre nell'offerta cartacea ha scomposto l'importo di € 21.600,00 in € 3.600,00 per oneri di sicurezza propri dell'azienda, ben diversi dagli oneri da interferenza richiesti dall'art. 8 del capitolato speciale (che comunque dovevano essere pari ad € 6.000,00 non negoziabili), e in € 18.000,00 per il costo del personale complessivo per il triennio.

11.1. Il r.u.p. ha tratto infatti l'importo di € 6.000,00 previsto dalla *lex specialis* per gli oneri da interferenza non ribassabili da tale ultimo importo di € 18.000,00 e, sommando alla differenza di € 12.000,00, che ne risultava, sia gli oneri aziendali, pari ad € 3.600,00, che l'importo dell'offerta economica di € 69.000,00, indicato nell'offerta digitale (e in quella cartacea), è giunto ad aggiudicare l'appalto a Bioh s.r.l. sulla base di un importo complessivo di € 84.600,00, mai in alcun modo espressamente indicato nell'offerta, né cartacea né digitale, ma frutto di una interpretazione manipolativa assolutamente non consentita.

11.2. Tale operazione non era consentita perché l'offerta di Bioh s.r.l. si presentava del tutto generica, confusa ed equivoca e, comunque, non aveva rispettato le chiare previsioni della *lex specialis*, che imponevano – nell'art. 8 del capitolato speciale – di indicare espressamente e separatamente nell'offerta gli oneri da interferenza non soggetti a ribasso nella somma di € 6.000,00, senza consentire alcuno spazio a dubbi interpretative o ad operazioni manipolative.

11.3. Si tratta di un elemento essenziale dell'offerta, non surrogabile attraverso ingegnose rimodulazioni e ricostruzioni aritmetiche dell'offerta, elemento, richiesto dalla *lex specialis* in modo chiaro e tassativo, la cui assenza o indeterminazione, come nel caso di specie, costituisce motivo di esclusione, ai sensi dell'art. 46, comma 1-*bis*, del d. lgs. 163/2006, dovendo il concorrente rispettare un elementare obbligo di *clare loqui* almeno rispetto alla previsione, espressa e inequivocabile, di un semplice importo, pari ad € 6.000,00, non ribassabile per gli oneri da interferenza.

11.4. Al riguardo la Sezione ha già precisato che l'indicazione in sede di offerta degli oneri aziendali di sicurezza c.d. interferenziali, non soggetti a ribasso, costituisce – sia nel comparto dei lavori che in quelli dei servizi e delle forniture – un adempimento imposto dagli artt. 86, comma 3-*bis*, e 87, comma 4, del d. lgs. 163/2006 all'evidente scopo di consentire alla stazione appaltante di adempiere al suo onere di verificare il rispetto di disposizioni inderogabili a tutela dei fondamentali interessi dei lavoratori in relazione all'entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura da affidare.

11.5. Non può nemmeno ritenersi consentita, quindi, l'integrazione dell'offerta mediante esercizio del potere/dovere di soccorso da parte della stazione appaltante (ex art. 46, comma 1-*bis*, del d. lgs. 163/2006), pena la violazione della *par condicio* tra i concorrenti (Cons. St., sez. III, 3.7.2013, n. 3565).

12. Ne segue, quindi, la irrimediabile reiezione dell'appello, con piena conferma della sentenza impugnata, che ha ritenuto illegittima l'offerta presentata da Bioh s.r.l.

13. La peculiarità del caso qui esaminato, comunque, costituisce valida ragione per compensare interamente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto da Bioh s.r.l., lo respinge e per l'effetto conferma la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 17/11/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)