

N. 03517/2015REG.PROV.COLL.

N. 09346/2014 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 n. 9346/2014 RG, proposto dalla Rivoira Pharma s.r.l., corrente in Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Zanetti, con domicilio eletto in Roma, c.so Vittorio Emanuele II n. 18,

contro

l'Azienda di servizi alla persona – ASP *Golgi – Redaelli* di Milano, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Federico Tedeschini e Giangiacomo Ruggeri, con domicilio eletto in Roma, l.go Messico n. 7 e

nei confronti di

- SAPIO LIFE s.r.l., corrente in Monza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, controinteressata, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe De Vergottini, Maria Rosaria Ambrosini ed Emanuela Persichetti, con domicilio eletto in Roma, via A. Bertoloni n. 44 e

- SICO s.p.a., corrente in Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Francesco Romanelli, Filippo Canepa, Giancarlo Turri e Sergio Fabrizi, con domicilio eletto in Roma, via Cosseria n. 9,

per la riforma

della sentenza breve del TAR Lombardia - Milano, sez. IV, n. 2513/2014, resa tra le parti e relativa all'aggiudicazione definitiva della gara per la fornitura di medicinali;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimato;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, c. 10, c.p.a.;

Relatore all'udienza pubblica del 19 febbraio 2015 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi altresì, per le parti, gli avvocati Zanetti, Tedeschini, Romanelli e De Vergottini;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – Con determinazione dirigenziale n. 144 del 20 dicembre 2013, l'Azienda di servizi alla persona – ASP *Golgi – Redaelli* di Milano ha indetto una procedura aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relativa alla fornitura triennale di gas (medicali, per laboratorio analisi, per esami spirometrici, per uso tecnico, per uso alimentare), comprensiva del servizio di manutenzione di impianti e dispositivi medici presso gli istituti Geriatrici amministrati, per un importo a base d'asta pari a complessivi € 1.005.675, 35 oltre IVA.

Alla gara in questione, ha inteso partecipare, tra le altre imprese, pure la Rivoira Pharma s.r.l., con sede in Milano e fornitrice uscente, proponendo rituale offerta. In esito alla gara stessa, tal Società s'è classificata al terzo posto della graduatoria di merito, dietro la SICO s.p.a. (seconda) e la SAPIO LIFE s.r.l. Quest'ultima è stata poi dichiarata aggiudicataria definitiva della fornitura, in forza della determinazione del Direttore Generale n. 76 dell'8 agosto 2014.

2. – Avverso tal statuizione ed i verbali delle sedute del seggio di gara nei giorni 5 e 24 giugno e 14 e 31 luglio 2014, nonché per la reintegrazione in forma specifica nell'aggiudicazione della fornitura a posto della SAPIO LIFE s.r.l. è allora insorta detta Società innanzi al TAR Milano, con il ricorso n. 2626/2014 RG.

Al riguardo, la ricorrente ha dedotto, nei confronti dell'aggiudicataria: A1) – la violazione dell'art. 87, c. 4 del Dlg 12 aprile 2006 n. 163, avendo quest'ultima omesso d'espone in modo espresso in offerta l'importo degli oneri per la sicurezza aziendale, la cui indicazione, a differenza di quelli per il rischio da interferenza, spettano all'impresa partecipante; A2) – il mancato possesso del requisito di qualificazione UNI EN ISO 22000:2005 sulla fornitura del CO₂, per il quale intende avvalersi, per il trasporto, della GASCAR s.r.l. e, per la produzione, della certificazione di qualità della SAPIO Produzione idrogeno e ossigeno s.r.l., quando, com'è noto, non è possibile avvalersi della qualità altrui, che attiene ai requisiti soggettivi dell'impresa. Contro la posizione della SICO s.p.a., essa lamenta che: B1) – tal impresa, per quanto concerne il CO₂ alimentare da subappaltare alla BASF s.p.a. nello stabilimento di Torre Alfina, ha reso una dichiarazione ex art. 75 del DPR 28 dicembre 2000 n. 445 in parte non veritiera (tal impianto, di cui si predica un produzione giornaliera di t 120, è chiuso ed inattivo dalla fine del 2012) e in parte confessoria della mancanza del requisito (la certificazione di qualità è posseduta dalla BASF SE e NON dalla subappaltatrice BASF s.p.a.); B2) – in ogni caso, poiché il CO₂ è richiesto in bombole, l'accordo tra la SICO s.p.a. e la BASF SE riguarda la sola produzione primaria e non anche quella secondaria (bombole).

Con sentenza breve n. 2513 del 20 ottobre 2014, l'adito TAR ha respinto la pretesa attorea relativa all'aggiudicataria, in quanto: I) – «... anche in considerazione delle prescrizioni della *lex specialis* di gara e dei modelli messi a disposizione..., dall'omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali nell'offerta dell'aggiudicataria non poteva derivarne l'esclusione, trattandosi di profili che possono rilevare solo nel caso di contestazione della congruità dell'offerta, circostanza che non si è verificata...» nel caso in esame; II) – «... nel caso di appalti non aventi ad oggetto... lavori pubblici e il cui bando non contenga una comminatoria espressa, l'omessa indicazione nell'offerta dello scorporo matematico degli oneri di sicurezza per rischio specifico non comporta di per sé l'esclusione dalla gara - anche alla luce dei criteri di tassatività della cause espulsive... -, ma rileva ai soli fini dell'anomalia del prezzo offerto, nel senso che, per scelta della stazione appaltante, il momento di valutazione dei suddetti oneri non è eliso, ma è posticipato al sub procedimento di verifica della congruità dell'offerta nel suo complesso...»; III) – l'aggiudicataria s'è avvalsa della certificazione di qualità non «... come valore astratto, ma ne ha puntualmente definito l'oggetto, mediante la messa a disposizione da parte dell'ausiliaria Gascar S.r.l. dei mezzi e della struttura organizzativa cui la certificazione si riferiva... (essendo orientamento noto) ...che, nelle gare pubbliche la certificazione... rientra tra i requisiti soggettivi di carattere tecnico-organizzativo (di cui ci si può avvalere) ...a condizione che l'impresa ausiliaria si impegni a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità...».

La sentenza ha quindi dichiarato improcedibile, per carenza d'interesse, l'impugnazione rivolta nei riguardi della SICO s.p.a.

3. – Appella dunque detta Società, con il ricorso in epigrafe, deducendo anzitutto l'erroneità della sentenza perché: A) – l'art. 87, c. 4 del Dlg 163/2006 non consente giustificazioni sugli oneri, ed impone l'espressa indicazione degli oneri per la sicurezza da rischio specifico, a prescindere da un espresso richiamo nella *lex specialis* e non rilevando la mancanza d'una clausola espulsiva, che l'esclusione si ricollega ad ogni violazione delle norme del decreto n. 163, che rechino adempimenti doverosi ed inderogabili; B) – tal principio non sconta limiti nemmeno negli appalti diversi da quelli per i lavori pubblici; C) – l'omessa specifica indicazione di tali oneri, per la natura costituzionalmente sensibile degli interessi protetti dalla norma, costituisce uno dei casi d'esclusione previsti dall'art. 46, c. 1-bis del Dlg 163/2006. L'appellante fa riemergere in questa sede tutte le doglianze a suo tempo espresse contro la seconda graduata SICO s.p.a.

Resiste in giudizio l'Azienda appaltante, che conclude per il difetto d'interesse all'appello e, nel merito, per il rigetto di esso. Entrambe le contro interessate si son costituite nel presente giudizio e concludono, ciascuna per la propria posizione e con dovizia d'argomenti, per il rigetto dell'appello.

Alla pubblica udienza del 19 febbraio 2015, su conforme richiesta delle parti, il ricorso in epigrafe è assunto in decisione dal Collegio.

4. – Per ragioni di priorità logica nella trattazione dell'appello, come s'è visto proposto dall'impresa terza graduata in esito ad un appalto di forniture, occorre valutarne le doglianze proposte col ricorso in epigrafe nei confronti della Società aggiudicataria. Ciò posto, circa tal peculiare aspetto l'appello non può esser condiviso e va respinto, per quanto qui di seguito indicato.

Lamenta anzitutto l'appellante il mancato scorporo matematico, da parte dell'aggiudicataria, degli oneri per la sicurezza da rischio specifico in offerta, per vero non avvenuto, ancorché non consti un obbligo specifico nella *lex specialis* di gara.

Ora, non sfugge al Collegio che, per gli appalti pubblici diversi da quelli sui lavori pubblici, vige la norma dettata *ad hoc* dall'art. 131 del Dlgs 163/2006, in virtù del quale la relativa quantificazione è rimessa al piano di sicurezza e coordinamento ex art. 100 del Dlgs 9 aprile 2008 n. 81, predisposto dalla stazione appaltante, fermo sempre restando l'obbligo di verifica dell'adeguatezza degli oneri stessi per tutti i contratti pubblici in forza dell'art. 86, c. 3-bis del medesimo decreto n. 163 (cfr., p. es., Cons. St., V, 3 febbraio 2015 n. 512).

Ma per gli appalti di forniture e di servizi, nei cui riguardi vige una disciplina differente, il principio da questa desumibile è nel senso che, ove la *lex specialis* non commini espressamente la sanzione espulsiva, l'omessa indicazione nell'offerta dello scorporo matematico di detti oneri non comporta di per sé l'esclusione dalla gara (cfr., per tutti, Cons. St., V, 2 ottobre 2014 n. 4907; id. III, 15 maggio 2015 n. 2388). L'indicazione, o meno, degli oneri rileva sì, ma ai fini dell'eventuale anomalia del prezzo offerto, nel senso che il momento di valutazione dei suddetti oneri è non già eliso, bensì solo differito al sub-procedimento di verifica della congruità dell'offerta nel suo complesso (cfr. così Cons. St., V, 23 febbraio 2015 n. 884; id., III, n. 2388/2015, cit.). La ragione va rinvenuta appunto nell'art. 87, c. 4 del Dlgs 163/2006, laddove «... nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture...». Il dato testuale non conclude nel senso dell'obbligo d'uno scorporo matematico specifico a pena di esclusione in sede d'offerta, ché, invece, detti oneri sono elementi dell'offerta stessa che vanno specificati e verificati ai soli fini del giudizio d'anomalia.

La *ratio* del puntuale richiamo, nell'art. 87, c. 4, Il per., circa la specifica indicazione dei costi per la sicurezza per le offerte negli appalti di servizi e forniture si riferisce alla particolare tipologia delle prestazioni richieste per essi rispetto a quelli per lavori, non già come obbligo delle imprese che vi partecipano (se non in termini di congruità complessiva delle rispettive offerte) e men che mai a pena d'esclusione, neanche implicita o in via d'eterointegrazione della *lex specialis* (arg. ex Cons. St., III, 24 giugno 2014 n. 3195, con ampi riferimenti a precedenti conformi; id., VI, 5 gennaio 2015 n. 18). È appena da soggiungere che l'eterointegrazione in tanto trova una giustificazione, in quanto occorra conformare il contenuto del programma di obbligazioni dedotte in un contratto ad esigenze imperative non disponibili dalle parti. Ebbene, la Sezione (cfr. Cons. St., III, 18 ottobre 2013 n. 5069) ha chiarito che l'eterointegrazione della *lex specialis* si ha solo con riguardo ed in presenza di norme imperative che già in sé rechino in modo rigoroso, evidente e predefinito l'elemento che si deve sostituire alla clausola difforme, e non quando alle parti spetti di definire in via autonoma il *quantum* del corrispettivo e dei relativi elementi.

Sicché, è vero che nelle procedure a evidenza pubblica la regola di specificazione (o di separata indicazione) dei costi di sicurezza, ai sensi di citati artt. 86 e 87, opera in via primaria nei confronti dei soggetti aggiudicatori nel predisporre le gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia. Non per ciò solo, tuttavia, l'assenza di tal scorporo, fin dalla fase di presentazione dell'offerta, si risolve in una causa d'esclusione automatica dalla gara, né in sé, né con riguardo al principio di tassatività della cause espulsive previsti dal precedente art. 46, c. 1-bis.

Di ciò il TAR ha dato buona e precisa contezza, nei termini fin qui visti e, di conseguenza, non vi sono ragioni per riformare l'appellata sentenza sul punto e, nonostante il diverso avviso di altra Sezione in ordine alla rimessione all'Adunanza plenaria di questione analoga.

5. – Non a diversa conclusione deve il Collegio pervenire con riguardo all'avvalimento, sempre da parte dell'aggiudicataria, delle certificazioni di qualità, per l'uso delle quali l'appellante predica in radice l'impossibilità.

Nella specie, sulla fornitura del CO2 l'aggiudicataria ha dichiarato di volersi avvalere del certificato di qualità UNI EN ISO 22000:2005, per il trasporto, della GASCAR s.r.l. e, per la produzione, della certificazione di qualità della SAPIO Produzione idrogeno e ossigeno s.r.l. Deduce l'appellante che non è possibile avvalersi della qualità altrui, ché attiene ai requisiti soggettivi dell'impresa, ma pare al Collegio che, prima ancora del TAR, la stessa Azienda appaltante abbia fatto corretto governo dei criteri che disciplinano il sistema dell'avvalimento, anche per ciò che attiene a tal certificazione. In particolare, un'impresa ha formulato taluni quesiti sul punto, cioè se il possesso della certificazione di qualità per il trasporto dei gas potesse esser soddisfatto con l'avvalimento. L'Azienda ha risposto che pure tal possesso può esser oggetto d'avvalimento ai sensi dell'art. 49 del Dlgs 163/2006, poiché si tratta d'un requisito dell'impresa di natura tecnico-organizzativo.

Ebbene, nella specie, anche l'aggiudicataria s'è adeguata all'avviso dell'Azienda, il quale, si badi, è coerente con la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio, specie se si tien conto dell'assenza di un'espressa preclusione della *lex specialis* al riguardo. Infatti, l'impresa ausiliata può senz'altro utilizzare tutti i requisiti afferenti alla capacità economica e tecnica dell'impresa ausiliaria, tra cui la certificazione di qualità, in quanto quest'ultima, essendo connotata dal precipuo fine di valorizzare gli elementi d'eccellenza dell'organizzazione complessiva, è anch'essa requisito d'idoneità tecnico - organizzativa dell'impresa (Cons. St., IV, 3 ottobre 2014 n. 4958). Essa, dunque, s'inserisce tra gli elementi idonei a dimostrare la capacità dell'impresa, cui sarà affidato il servizio o la fornitura, di effettuare la prestazione nel rispetto di quel livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò predisposto ed indipendente (cfr. così Cons. St., V, 6 marzo 2013 n. 1368; id., 20 dicembre 2013 n. 6125; id., 24 luglio 2014 n. 3949).

Certo, come in tutti gli altri casi d'avvalimento, l'unico limite dell'istituto è e resta la condizione che l'avvalimento sia effettivo e non fittizio, non potendosi ammettere il c.d. "prestito" della sola certificazione di qualità quale mero documento e senza quel minimo d'apparato dell'ausiliaria atta a dar senso al prestito stesso, a seconda dei casi i mezzi, il personale, il *know how*, le prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti (cfr. così, Cons. St., V, 11 luglio 2014 n. 3574).

Sul punto, la Sezione (cfr., per tutti, Cons. St., III, 7 aprile 2014 n. 1636) ha chiarito che siffatta certificazione, in quanto finalizzata ad assicurare l'espletamento del servizio o della fornitura da una impresa secondo il livello qualitativo accertato dall'apposito organismo e sulla base di parametri rigorosi delineati a livello internazionale —che danno rilievo all'organizzazione complessiva della relativa attività ed all'intero svolgimento delle diverse fasi di lavoro—, non può essere oggetto di avvalimento senza la messa a disposizione di tutto o di quella parte del complesso aziendale del soggetto al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità, occorrente per l'effettuazione del servizio o della fornitura.

L'art. 49 del Dlg 163/2006, che non può non esser letto in coerenza con la norma UE correlata, non tollera perciò limitazioni sull'*an* dell'istituto, pur imponendo, come d'altronde già prevede l'ordinamento generale, la serietà dell'impegno nel *quid* e nel *quomodo* dell'ausiliaria verso l'ausiliata, al fine di garantire l'effettività ai fini dell'adempimento dell'appalto. Tanto perché, com'è ovvio, nelle gare pubbliche, il requisito di ammissione dimostrato dall'impresa partecipante mediante l'avvalimento deve rassicurare la stazione appaltante circa l'affidabilità della futura offerta allo stesso modo in cui ciò avverrebbe se il requisito fosse posseduto in via diretta dalla partecipante alla gara (giurisprudenza consolidata).

Questi essendo i capisaldi della giurisprudenza sull'argomento, l' Azienda ed il TAR, ciascuno per il proprio ambito di competenza, ne hanno fornito corretta applicazione nel caso in esame, onde non può il Collegio disattenderla, *maxime* a fronte di argomenti dell' appellante comunque non idonei a confutarla.

6. – Il rigetto dell'appello nei confronti dell'aggiudicataria rende inutile ogni ulteriore esame sulle doglianze inerenti alla posizione dell'impresa seconda graduata, che restano così assorbite. Giusti motivi suggeriscono, tuttavia, la compensazione integrale, tra tutte le parti, delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. III), definitivamente pronunciando sull'appello (ricorso n. 9346/2014 RG in epigrafe), lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 19 febbraio 2015, con l'intervento dei sigg. Magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 14/07/2015

IL SEGRETARIO

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