

N. 00348/2014REG.PROV.COLL.

N. 04499/2013 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 4499 del 2013, proposto da:
Beckman Coulter S.r.l., in proprio e quale mandataria del RTI con Alere S.r.l.,
in persona del legale rappresentante pro-tempore,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Leopoldo Aperio Bella, Riccardo Pagani e Corrado Curzi, con domicilio eletto presso
lo studio del primo, in Roma, via Avezzana n. 51;

contro

ASL n.5 – “Spezzino”,
in persona del legale rappresentante pro-tempore,
costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mauro Casanova e Guido Francesco Romanelli, con domicilio
eletto presso lo studio di quest’ultimo, in Roma, via Cosseria n. 5;

nei confronti di

Siemens Healthcare Diagnostics S.r.l.,
in persona del legale rappresentante pro-tempore,
costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Bonatti e Raffaele Izzo, con domicilio eletto presso lo
studio di quest’ultimo, in Roma, Lungotevere Marzio n. 3;
Roche Diagnostics S.p.a. Società Unipersonale,
in persona del legale rappresentante pro-tempore,
costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maria Alessandra Bazzani ed Andrea Manzi, con domicilio
eletto presso lo studio di quest’ultimo, in Roma, via F. Confalonieri n. 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LIGURIA – SEZIONE II, n. 00756/2013, resa tra le parti, concernente l’aggiudicazione della
fornitura in service di un "sistema area siero per il laboratorio analisi del P.O. S. Andrea - ASL n. 5 “Spezzino”, per un
periodo di cinque anni.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Asl n. 5 - “Spezzino” e di Siemens Healthcare Diagnostics S.r.l.;

Visto l’atto di costituzione in giudizio, nonché appello incidentale, di Roche Diagnostics S.p.a. Società Unipersonale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2013, il Cons. Paola Alba Aurora Pulatti;

Uditi per le parti, alla stessa udienza, gli avvocati Pagani, Casanova, Bonatti e Reggio D'Acì su delega di Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1.- L'Azienda Sanitaria Locale n. 5 "Spezzino" di La Spezia bandiva, in data 5.11.2011, una gara per l'affidamento della fornitura in service di un "sistema area siero per il laboratorio di analisi del P.O. S. Andrea" per un periodo di 5 anni ed un importo annuo presunto di euro 1.030.000,00 IVA esclusa, di cui 30.000,00 per oneri di sicurezza da interferenza.

Con DUVRI allegato al regolamento di gara, la stazione appaltante specificava quali fossero gli interventi per garantire la sicurezza dei lavoratori dai rischi interferenziali ed il costo stimato.

L'art. 13 del Capitolato Speciale prevedeva che l'offerente fosse tenuta alla redazione di un proprio documento di valutazione dei rischi aziendali e che si obbligasse, in caso di aggiudicazione, all'osservanza delle misure di prevenzione e protezione dei lavoratori, di cui sarebbe stata interamente responsabile.

2. - In esito alla gara, risultava aggiudicataria la Siemens Healthcare Diagnostics S.r.l. con 96,11 punti; seconda Beckman Coulter S.r.l. con punti 85,34 e terza Roche Diagnostics S.p.A. con punti 83,10.

3. - Con ricorso n. 822/2012 proposto dinanzi al T.A.R. per la LIGURIA, Beckman Coulter S.r.l. impugnava l'aggiudicazione di cui alla delibera n. 720 del 9 agosto 2012, rilevando che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, non avendo indicato gli oneri della sicurezza da rischio "aziendale".

Con altro ricorso n. 979/2012 innanzi allo stesso T.A.R., Roche Diagnostics S.p.a. impugnava, a sua volta, il medesimo provvedimento, deducendo che né la prima né la seconda classificata avrebbero indicato nelle rispettive offerte gli oneri per la sicurezza c.d. "da interferenze" e per tale ragione andavano entrambe escluse dalla procedura.

Si costituiva in entrambi i giudizi la ASL n. 5 "Spezzino", evidenziando che, pur sommando gli oneri della sicurezza aziendale in una misura ipotetica massima (ad es. 50.000 euro) ed integrando così il dato mancante all'offerta di Siemens, l'esito della graduatoria non sarebbe mutato per il rilevante distacco tra la valutazione ed i punteggi attribuiti alle varie offerte.

4. - Il Tar riuniva i ricorsi e li respingeva, aderendo alla tesi prospettata dall'Azienda.

5. - Propone appello principale Beckam, contestando l'erroneità della sentenza sotto vari profili.

L'appellante, innanzitutto, critica la sentenza perché ha ritenuto meramente formali le censure concernenti l'omessa indicazione da parte dell'aggiudicataria dei costi della sicurezza ed, in specie, quelli relativi ai rischi c.d. "aziendali", sottoponendo alla c.d. prova di resistenza le offerte delle ditte partecipanti, nonostante la ricorrente avesse puntualmente contestato l'ammissione a gara dell'aggiudicataria.

Ripropone, quindi, i motivi disattesi dal primo giudice e richiama la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, che afferma l'obbligo di indicare sempre e comunque i costi relativi alla sicurezza aziendale, obbligo che nel caso in esame era persino richiesto dal DUVRI, il quale imponeva a ciascuna impresa di trasmettere il proprio documento di valutazione dei rischi specifici e di provvedere all'individuazione delle misure necessarie per eliminarli o ridurli.

In ragione della sua incompletezza l'offerta di Siemens doveva, secondo l'appellante principale, essere dichiarata irricevibile, mentre l'omessa indicazione nella sua offerta degli oneri di sicurezza interferenziali da parte dell'appellante non determinerebbe l'esclusione da gara, essendo gli stessi fissi, predeterminati dalla stazione appaltante e non soggetti a ribasso.

6.- Propone appello incidentale Roche Diagnostics, che, oltre a contestare l'uso della c.d. prova di resistenza da parte

del primo giudice, deduce i motivi proposti col ricorso autonomo di primo grado, chiedendo l'esclusione dalla gara delle prime due graduate, che non avrebbero osservato l'obbligo di dichiarare gli oneri per la sicurezza (Siemens relativamente sia ai costi per la sicurezza cc.dd. "aziendali" che ai costi da "interferenze"; Beckam solo relativamente ai costi per la sicurezza da "interferenze").

6.- Resistono in giudizio la controinteressata aggiudicataria e l'Azienda sanitaria intimata.

7.- All'udienza del 24 ottobre 2013, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - Preliminarmente, vanno esaminate le censure proposte con l'appello incidentale, con il quale la terza classificata ha inteso innestare la sua domanda impugnatoria in quella principale (svolta dalla seconda graduata) in virtù del principio del *simultaneus processus*, dal momento che fondatezza delle censure con lo stesso sollevate avverso l'ammissione a gara sia dell'aggiudicataria Siemens che dell'appellante principale Beckam comporterebbe l'esclusione dalla gara di entrambe le prime due classificate, con conseguente aggiudicazione dell'appalto in favore dell'appellante incidentale, o, in subordine, riconoscimento in suo favore del risarcimento del danno per equivalente.

2. - Sono fondate tutte le censure mosse con l'appello incidentale sicché ne deriva l'inammissibilità per carenza di legittimazione attiva dell'appello principale, così come va accolta la domanda di annullamento dell'aggiudicazione in favore di Siemens e dichiarato il diritto di Roche Diagnostic a conseguire l'affidamento, avendo la stessa, terza classificata, indicato correttamente gli oneri di sicurezza sia per "interferenze" (euro 30.000 annue) che "aziendali" (euro 4.161,56) in sede di offerta, ogni cui eventuale carenza non è sotto alcun profilo sindacabile in questa sede, in mancanza di rituale e tempestivo ricorso incidentale da parte delle contro interessate in primo grado.

2.2 - Fondati sono i motivi coi quali Roche Diagnostics lamenta, sotto vari profili, che il TAR avrebbe utilizzato in modo scorretto la c.d. "prova di resistenza" e che erroneamente non ha rilevato la mancata esclusione dalla gara sia di Beckam che dell'aggiudicataria, le quali hanno entrambe omesso di indicare specificamente nell'offerta gli oneri della sicurezza cc.dd. "da interferenza" e, per quanto riguarda l'aggiudicataria, anche i costi c.d. "aziendali".

Osserva il Collegio che non è condivisibile la risolutiva argomentazione del TAR, secondo cui "le soluzioni prospettate non possono prescindere dal vaglio della prova di resistenza che impone di introdurre nel giudizio sugli appalti un criterio ragionevole di commisurazione della specificità delle censure in relazione al rapporto sostanziale" e nel caso di specie "il punteggio ottenuto dall'offerta Siemens ... non avrebbe potuto comunque essere superato dalle concorrenti".

Ritiene invero il Collegio che il giudizio in materia di appalti non soffre eccezioni riguardo alla verifica dell'interesse ad agire, ovvero al riscontro della utilità concreta conseguibile con la proposizione del gravame; nella specie, avendo le ricorrenti in primo grado, seconda e terza classificate, dedotto l'esistenza di una causa di esclusione dalla gara dell'aggiudicataria (e, per quanto riguarda il ricorso proposto da Roche, anche l'esclusione della seconda classificata), la valutazione del giudice avrebbe dovuto riguardare la fondatezza o meno delle censure, ovvero la possibilità o meno di partecipare alla gara per l'aggiudicataria, mentre nessuna refluenza sulla fondatezza delle dette censure poteva avere la considerazione dell'alto punteggio ottenuto dalla stessa, in quanto un'offerta priva dei requisiti e non ammissibile non può evidentemente conseguire alcun punteggio.

Pertanto, il giudice non poteva sottoporre a prova di resistenza l'offerta dell'aggiudicataria, per rigettare i ricorsi riuniti di Beckam e Roche, dal momento che l'indicazione (o meno) dei costi stessi non incide sul prezzo di aggiudicazione, ma su un elemento essenziale dell'offerta a norma dell'art. 46, comma 1-bis del codice dei contratti.

2.3 - Nel merito, ritiene il Collegio che la mancata indicazione dei costi di sicurezza nelle offerte delle prime due graduate costituisca causa di esclusione delle relative offerte.

Tale omissione determina l'esclusione sia in forza delle plurime concordanti disposizioni di gara contenute nel Bando, nei Chiarimenti, nel Capitolato e nel DUVRI, sia in quanto le norme in materia di oneri per la sicurezza hanno valore cogente ed immediatamente precettivo.

Premessa la distinzione tra oneri di sicurezza per le cc.dd. "interferenze" (che sono predeterminati dalla stazione appaltante e riguardano rischi relativi alla presenza nell'ambiente della stessa di soggetti estranei chiamati ad eseguire il contratto) ed oneri di sicurezza da rischio "specifico" o "aziendale" (la cui quantificazione spetta a ciascuno dei concorrenti e varia in rapporto alla qualità ed entità della sua offerta), va chiarito che secondo il Collegio l'omessa indicazione specifica sia dell'una che dell'altra categoria di oneri comporta la sanzione espulsiva, ingenerando incertezza ed indeterminazione dell'offerta e venendo, quindi, a mancare un elemento essenziale, ex art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici.

La giurisprudenza di questo Consiglio si è già pronunciata nel senso di riconoscere ai costi per la sicurezza da c.d.

“rischio specifico” la valenza di un elemento essenziale, sulla scorta del dato normativo di cui agli artt. 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, del Codice dei contratti, nonché dell'art. 26, comma 6, del d.lgs. 81/2008, “sul fondamentale rilievo del carattere immediatamente precettivo delle norme di legge che prescrivono di indicare tali costi distintamente, norme idonee come tali ad eterointegrare le regole della singola gara, ai sensi dell'art. 1374 c.c., e ad imporre, in caso di loro inosservanza, l'esclusione dalla procedura” (v. C.d.S., III, 19/1/2012, n. 212, 29 febbraio 2012 n. 1172, 28/08/2012, n. 4622, 3 ottobre 2011, n. 542; V, 8 febbraio 2011, n. 846 e 23 luglio 2010, n. 4849).

Sotto tale profilo, l'offerta dell'aggiudicataria Siemens andava esclusa, essendo pacificamente ammesso tra le parti che la ditta non ha incluso i costi inerenti la sicurezza aziendale nella sua offerta.

2.4. – Secondo il Collegio, poi, cui pure l'omessa specificazione dei costi per la sicurezza c.d. “da interferenza” è causa di esclusione dalla gara, sebbene essi vadano indicati nell'esatto ammontare predeterminato dalla stazione appaltante.

Beckam in proposito non contesta la circostanza dell'omissione, ma si difende sostenendo che, essendo i costi “da interferenza” valutati a monte dalla stazione appaltante, si tratterebbe di costi “identificabili” e “scorporabili” ed, inoltre, essendo essi immodificabili, non vi sarebbe obbligo di evidenziarli nell'offerta; essa si è, pertanto, limitata ad indicare espressamente solo i costi aziendali, per un ammontare di euro 1.855,00 annui.

Osserva il Collegio, invece, che la loro mancata indicazione è causa di indeterminazione dell'offerta al pari della mancata specificazione dei costi cc.dd. “aziendali”.

Ai sensi dell'art. 86, comma 3 bis, del D. Lgs. n. 163/2006 (ma v. anche il già citato art. 26, comma 6, del D. Lgs. n. 281/2008), l'offerta deve essere rispettosa del costo relativo alla sicurezza, senza alcuna distinzione; e tale costo nel suo complesso deve risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche della fornitura, in ragione degli interessi di ordine pubblico sottesi a tale previsione, posta a presidio di diritti fondamentali dei lavoratori e della stessa sicurezza pubblica.

Pertanto, l'art. 87, comma 4, sopra citato dispone a sua volta che “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”.

Se gli oneri da interferenza non vengono dunque espressamente indicati, non è possibile dimostrare che tali costi siano stati presi in considerazione ed effettivamente calcolati in sede di predisposizione dell'offerta, né è possibile dedurre la necessaria consapevole formulazione dell'offerta stessa con riguardo ad un aspetto essenziale d'essa.

L'indicazione di tutti i costi di sicurezza, sia da interferenza che specifici, è rilevante ai fini della valutazione di anomalia dell'offerta e non può ipotizzarsi un potere di soccorso della stazione appaltante dopo l'apertura delle offerte economiche, in sede di verifica dell'anomalia, perché si determinerebbe una lesione della par condicio tra i concorrenti se si consentisse l'integrazione postuma di un'offerta originariamente incompleta; peraltro, l'omessa specificazione degli oneri di sicurezza in questione configura un'ipotesi di “mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice”, idoneo a determinare “incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta” per difetto di un elemento essenziale di quest'ultima.

La sanzione per l'omessa indicazione degli oneri stessi – sia aziendali che da interferenza – è, dunque, l'esclusione dell'offerta dalla procedura perché incompleta e/o indeterminata; in caso contrario si giungerebbe alla conseguenza della vanificazione delle disposizioni del codice dei contratti sopra citate, che ne impongono la specifica indicazione.

2.5 - Si aggiunga che, nel caso di specie, anche le previsioni della *lex specialis* di gara conducono alla convinzione dell'obbligo di indicare espressamente la duplice categoria di oneri.

Il bando indica chiaramente la cifra di euro 30.000 da considerare a titolo di oneri per interferenza; i chiarimenti affermano che “l'importo di euro 30.000 per oneri della sicurezza è riconducibile e corrispondente agli importi per i rischi da interferenza previsti e stimati nel DUVRI; l'art. 13 del capitolato e l'art. 11 del DUVRI confermano la necessità di indicare i suddetti oneri per interferenze in modo “distinto” dal prezzo complessivo.

Pertanto, l'assunto della ricorrente in ordine all'indefettibilità dell'indicazione dei costi per la sicurezza da interferenze - adempimento, nel caso di specie, non soddisfatto né dall'impresa proclamata aggiudicataria né da quella che segue in graduatoria - merita accoglimento.

3.- In conclusione, alla luce delle sopra svolte considerazioni, il gravame incidentale è fondato e deve essere accolto.

4. - All'accoglimento dell'appello incidentale consegue il diritto della Società Roche Diagnostics all'aggiudicazione della gara e, versandosi nell'ipotesi di cui all'art. 122 c.p.a., l'intervenuto acquisto, fornitura ed installazione delle

apparecchiature oggetto dell'appalto impedisce la declaratorio di inefficacia del contratto, con conseguente diritto della stessa al risarcimento del danno per equivalente economico, da quantificarsi nella misura del 5 % del valore dell'offerta della Società, quale importo presunto di utile ricavabile dall'affidamento dell'appalto, così determinabile anche per la mancata dimostrazione da parte dell'impresa di non aver potuto utilizzare altrimenti mezzi e maestranze.

La riconducibilità ad un'ipotesi di danno erariale del disposto risarcimento induce peraltro il Collegio a disporre la trasmissione degli atti del giudizio alla competente Procura Regionale della Corte dei Conti.

5. Le spese del doppio grado di giudizio, liquidate nella misura indicata in dispositivo, seguono, come di regola, la soccombenza nel rapporto tra parte vittoriosa e stazione appaltante, nonché in quello con la contro interessata aggiudicataria.

Quanto ad ogni altro rapporto processuale possono integralmente compensarsi..

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe:

- accoglie l'appello incidentale;

- dichiara inammissibile l'appello principale;

- per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, dichiara inammissibile il ricorso in primo grado proposto da Beckmann Coulter ed accoglie il ricorso in primo grado proposto da Roche Diagnostics.

Condanna la ASL n. 5 "Spezzino" al risarcimento del danno in favore di Roche Diagnostics S.p.A., nella misura indicata in motivazione.

Condanna la ASL n. 5 "Spezzino" e Siemens Healthcare Diagnostics S.r.l., in solido, alla rifusione, in favore dell'appellante incidentale, delle spese del doppio grado di giudizio, che liquida in euro 20.000,00=, oltre I.V.A. e C.P.A.

Spese compensate per il resto.

Ordina, a cura della Segreteria, la trasmissione degli atti alla Procura Regionale presso la Corte dei Conti della Regione Liguria.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Cacace, Presidente FF

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 23/01/2014

IL SEGRETARIO

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