



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 678 del 2009, proposto da:

Sapio Life S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Maria Rosaria Ambrosini ed Emanuela Gambini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Carlo Iavicoli in Genova, via ss. Giacomo e Filippo, 19/5;

***contro***

Azienda Sanitaria Locale n. 4 "Chiavarese", in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Cocchi, con domicilio eletto presso il suo studio in Genova, via Macaggi, 21/8;

***nei confronti di***

Linde Medicale S.r.l., non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

della procedura di gara a trattativa privata *on line* per la fornitura di ossigeno terapeutico (lotto 1) e protossido di azoto (lotto 2), periodo di fornitura luglio 2009 – giugno 2010, eventualmente prorogabile di ulteriori sei mesi (lettera di invito prot. 21240 del 26 maggio 2009);

di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, compresi il capitolato speciale di appalto, i verbali di gara e le relative operazioni e provvedimenti di aggiudicazione e del relativo contratto se *medio tempore* stipulato; con condanna dell'Azienda Sanitaria Locale n. 4 "Chiavarese" al risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale n. 4 "Chiavarese";

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 novembre 2012 il dott. Richard Goso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

L'Azienda Sanitaria Locale (A.S.L.) n. 4 "Chiavarese" ha indetto, con lettera di invito del 26 maggio 2009, una trattativa privata *on line*, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, per la fornitura di ossigeno terapeutico

(lotto 1) e di protossido di azoto (lotto 2).

La fornitura aveva una durata di dodici mesi, da luglio 2009 a giugno 2010, eventualmente prorogabile di ulteriori sei mesi.

Ricevuta la lettera di invito alla gara, Sapio Life S.r.l., odierna ricorrente, dapprima inviava alla stazione appaltante una lettera contenente contestazioni in ordine a diversi aspetti della procedura concorrenziale, quindi, avendo ricevuto un motivato riscontro negativo dalla stazione appaltante, presentava comunque la propria offerta.

All'esito della valutazione delle offerte, con provvedimento dirigenziale del 25 giugno 2009, la gara è stata aggiudicata a Linde Medicale S.r.l. che aveva formulato, per entrambi i lotti, l'offerta più vantaggiosa.

Con ricorso giurisdizionale notificato il 1° luglio 2009 e depositato in data 8 luglio 2009, Sapio Life S.r.l. impugna la lettera di invito e tutti gli atti della gara, fino all'aggiudicazione definitiva, deducendo, nel contesto di un motivo di gravame formalmente unico, variegate censure di violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

La ricorrente propone anche domanda di risarcimento dei danni.

Con decreto presidenziale n. 223 del 8 luglio 2009, era accolta l'istanza di tutela cautelare provvisoria.

Si è costituita in giudizio l'A.S.L. n. 4, eccependo l'inammissibilità del ricorso e la sua infondatezza nel merito.

Non si è costituita la controinteressata Linde Medicale S.r.l.

Con ordinanza della Sezione n. 272 del 24 luglio 2009, è stata respinta l'istanza cautelare proposta in via incidentale dalla ricorrente.

In prossimità della pubblica udienza, la difesa della A.S.L. ha depositato una memoria con cui ribadisce le proprie argomentazioni; parte ricorrente non ha svolto, invece, ulteriore attività difensiva.

Il ricorso, infine, è stato chiamato alla pubblica udienza del 29 novembre 2012 e ritenuto in decisione.

In pari data è stato pubblicato il dispositivo di sentenza n. 1540/2012.

## DIRITTO

1) L'Amministrazione resistente eccepisce preliminarmente l'inammissibilità del ricorso, atteso che le censure ivi contenute sarebbero tutte riferite a scelte discrezionali della stazione appaltante, inerenti la previsione dei requisiti soggettivi e oggettivi di partecipazione alla gara, e sarebbero quindi rivolte a sostituire le proprie scelte (eventualmente fatte proprie dal giudice adito) a quelle dell'amministrazione.

L'eccezione è destituita di fondamento.

E' vero, infatti, che l'ambito del controllo giurisdizionale nella materia *de qua* non può essere esteso al merito (fatto salvo il limite della manifesta illogicità delle scelte compiute dall'amministrazione che, implicando un vizio della funzione, comporta la riconducibilità delle medesime al controllo di legittimità del giudice amministrativo), ma ciò non significa che le stazioni appaltanti siano libere di predeterminare a proprio arbitrio, affrancandosi da ogni sindacato giurisdizionale, i requisiti di partecipazione alle gare pubbliche.

Ne deriva la valutazione di ammissibilità del ricorso in esame che, accanto a censure effettivamente riferite all'ambito del merito amministrativo, ne contiene altre che concernono sia la mancata previsione di requisiti di partecipazione asseritamente obbligatori sia pretese violazioni di ulteriori norme regolatrici delle gare pubbliche.

2) Procedendo all'esame del merito del ricorso, parte ricorrente sostiene che la legge di gara (e gli atti conseguenti della procedura) sono meritevoli di annullamento in quanto :

a) non è stata prevista la dimostrazione del possesso delle autorizzazioni all'immissione in commercio di gas medicali, obbligatorie ai sensi del d.lgs. n. 219/2006 e del d.M. salute 29 febbraio 2008;

b) il capitolato speciale d'appalto richiede genericamente ai concorrenti di allegare all'offerta "le certificazioni di qualità (ISO – CE)", senza prescrivere il possesso della certificazione di qualità pertinente all'oggetto della

fornitura;

c) non è prescritta l'indicazione degli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso, così precludendo anche l'esperibilità di verifiche in ordine all'anomalia delle offerte;

d) non è stata prevista, infine, l'esecuzione di un sopralluogo congiunto dei concorrenti, in violazione del principio della *par condicio*.

3) Le censure sopra riferite *sub a), b) e d)* non hanno pregio giuridico.

Quanto alla mancata previsione inerente la dimostrazione del possesso dei requisiti autorizzatori all'immissione in commercio di gas medicali, si rileva che l'art. 2 del d.M. salute 29 febbraio 2008 consentiva, in deroga alla disposizione recata dal comma 1 dell'art. 6 del d.lgs. n. 219/2006, di proseguire la commercializzazione dei gas medicali già in commercio alla data di entrata dello stesso decreto ministeriale.

L'efficacia della deroga era limitata al 31 dicembre 2009, nel caso di medicinali composti da solo ossigeno, ed al 30 giugno 2010, nel caso di medicinali composti da solo azoto protossido.

Legittimamente, pertanto, la stazione appaltante ha omesso di prescrivere che i concorrenti possedessero requisiti autorizzatori non obbligatori all'epoca della gara.

Parimenti infondata è la seconda censura, con cui l'esponente lamenta la mancata previsione del possesso di una specifica certificazione di qualità pertinente all'oggetto della fornitura, atteso che nessuna delle disposizioni normative richiamate da parte ricorrente configura un simile obbligo a carico delle stazioni appaltanti.

Il riferimento alla "prassi consolidata" nel settore non può valere, d'altronde, ad individuare un parametro di legittimità degli atti amministrativi.

Questo tipo di doglianza, in realtà, entra nel merito delle scelte discrezionalmente operate dall'amministrazione e, come correttamente rilevato dalla difesa dalla A.S.L., soggiace ad un giudizio di inammissibilità.

Deve essere disattesa anche la censura riferita all'omessa previsione di un sopralluogo da effettuarsi congiuntamente dai concorrenti, non essendo stata indicata la fonte normativa che imporrebbe questo tipo di adempimento preliminare.

E' appena il caso di evidenziare, d'altronde, come la ricorrente non abbia alcuna ragione per dolersi di tale omissione, trattandosi del soggetto che aveva assicurato la fornitura nei due anni precedenti e che, pertanto, conosceva meglio di ogni altro concorrente le relative modalità operative.

4) E' fondata, invece, la terza censura (secondo l'ordine espositivo della ricorrente), riferita all'omessa previsione dei costi per la sicurezza non soggetti a ribasso, in violazione dell'obbligo stabilito dall'art. 86 del codice dei contratti.

La difesa della A.S.L. giustifica l'omissione sul rilievo che l'obbligo di indicare gli oneri per la sicurezza negli atti preliminari della gara sussisterebbe nel solo caso degli appalti di lavori, dove è prevista la predisposizione di un piano di sicurezza, non negli appalti di forniture, dove i costi per la sicurezza sono una componente dell'offerta che è collegata alla più ampia voce del costo del personale.

Questa impostazione non può essere condivisa.

Il comma 3 *bis* dell'art. 86 del codice dei contratti, inserito dall'art. 1, comma 909, della legge n. 296/2006 e successivamente sostituito dall'art. 8 della legge n. 123/2007, stabilisce che "nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture".

Va precisato, al riguardo, che gli oneri della sicurezza vanno distinti tra oneri non soggetti a ribasso finalizzati

all'eliminazione dei rischi da interferenze (adeguatamente quantificati dalla stazione appaltante nel DUVRI) e oneri inclusi nell'offerta (quindi aperti al confronto concorrenziale) concernenti i costi specifici connessi con l'attività delle imprese, da indicarsi a cura delle stesse nelle rispettive offerte, con conseguente onere per la stazione appaltante di valutare la congruità (anche al di fuori del procedimento di verifica delle offerte anomale) rispetto all'entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura.

Ne deriva che i costi relativi alla sicurezza derivanti dalla valutazione delle interferenze devono essere specificamente indicati negli atti preliminari delle gare d'appalto e che, trattandosi di costi necessari per la tutela dell'integrità dei lavoratori, gli stessi sono sottratti alla disponibilità dei concorrenti.

Tali regole non trovano applicazione solo nel settore degli appalti di lavori pubblici, ma anche in quello delle forniture (e dei servizi): tale conclusione si impone sia per l'espressa indicazione in tal senso formulata dal citato comma 3 *bis* sia per la collocazione sistematica dell'art. 86 all'interno della Parte II del Codice, intitolata "Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture" (Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421).

Tanto precisato, è agevole rilevare come la documentazione posta a base della gara in esame non faccia menzione degli oneri derivanti dagli obblighi in materia di sicurezza e neppure faccia rinvio al DUVRI.

Risulta violato, pertanto, l'obbligo per la stazione appaltante di quantificare i costi da interferenze e la violazione si appalesa tanto più grave avendo riguardo all'intrinseca pericolosità del materiale che formava oggetto della fornitura.

Inoltre, non è stato previsto l'obbligo ulteriore per le imprese concorrenti di indicare in sede di offerta i costi della sicurezza afferenti all'attività svolta da ciascuna impresa, prevedendo anzi, per la presentazione delle offerte, modalità tali da precludere la distinta indicazione di tali costi.

Su tali considerazioni fonda la diagnosi di illegittimità degli atti di gara che meritano, pertanto, di essere annullati.

5) Rimane da vagliare, a questo punto, la domanda risarcitoria proposta da parte ricorrente la quale, tenendo conto dell'importo a base d'asta di € 145.000, propone una quantificazione del pregiudizio subito pari all'importo di € 50.000.

In dettaglio, l'esponente (che, si rileva incidentalmente, non si sofferma neppure sulla sussistenza dell'elemento soggettivo dell'illecito) fa sintetico riferimento a due tipologie di danni subiti: la prima sembra riguardare il danno emergente rappresentato dalle spese inutilmente sopportate in vista dell'aggiudicazione della fornitura ("stoccaggio e produzione gas non utilizzabili, personale impiegato e apparato strutturale predisposto"); la seconda al mancato guadagno parametrato al valore percentuale del 10% dell'offerta.

In nessuno dei due casi, però, la pretesa risarcitoria appare suscettibile di accoglimento.

Quanto al danno emergente, infatti, la ricorrente non ha allegato elementi di sorta che potessero in qualche misura orientare, distintamente per le singole voci dedotte, la quantificazione del danno effettivamente subito e tantomeno ha offerto dimostrazione del fatto che il proprio personale e la propria struttura produttiva non siano stati impiegati in altre commesse.

L'accoglimento della domanda di risarcimento del danno da mancato guadagno (o da mancata aggiudicazione) è precluso, invece, dalla stessa natura della censura che ha determinato l'annullamento degli atti di gara, tale da infirmare la gara nel suo complesso, anziché comportare l'aggiudicazione della fornitura in favore della ricorrente.

Per tali motivi, deve essere respinta la pretesa volta al risarcimento dei danni cagionati dall'esecuzione dei provvedimenti illegittimi.

6) Considerata la peculiarità della controversia e l'esito della fase cautelare, le spese del grado di giudizio vanno integralmente compensate fra le parti costituite.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Respinge la domanda di risarcimento dei danni.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 29 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Richard Goso, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/12/2012

IL SEGRETARIO

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