



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2968 del 2010, proposto da:

RIVOIRA S.P.A. in proprio e quale rappresentante del r.t.i. con SIAD SPA e DELTA SPA, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Zanetti, con domicilio eletto presso l'avv.to Paola Boano in Milano, piazzetta Guastalla, n. 7

***contro***

AZIENDA OSPEDALIERA DI DESIO E VIMERCATE, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Cannone, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Milano, Corso di Porta Romana, n. 116/A

***nei confronti di***

SAPIO LIFE SRL, rappresentata e difesa dall'avv. Maria Rosaria Ambrosini, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Milano, via Sottocomo, n. 3

***per l'annullamento:***

- della deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera di Desio e Vimercate n. 1151 del 29 ottobre 2010, limitatamente all'aggiudicazione definitiva del lotto 2 alla Sardo Life S.r.l., avente ad oggetto la fornitura di gas per uso medico, i controlli analitici e le manutenzioni degli impianti presso i diversi PP.00. dell'Azienda Ospedaliera;
- della nota prot. n. 021220 in data 29 ottobre 2010, pervenuta alla ricorrente in data 2 novembre 2010, di comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione definitiva del lotto 2 alla ditta Sapio Life s.r.l.;
- del verbale del 14 settembre 2010, per la parte ed i motivi di cui al presente ricorso;
- della deliberazione n. 1028 del 4 ottobre 2010 per la parte ed i motivi di cui al presente ricorso;
- del verbale della prima riunione della Commissione nominata per la valutazione tecnico - qualitativa delle offerte pervenute, in data 18 ottobre 2010, unicamente per la parte in cui è stata valutata anche l'offerta presentata dalla Sapio Life s.r.l.;
- del verbale della seconda riunione della Commissione nominata per la valutazione tecnico - qualitativa delle offerte pervenute, in data 19 ottobre 2010, unicamente per la parte in cui è stata valutata anche l'offerta presentata dalla Sapio Life s.r.l.;
- del verbale della seduta di apertura e valutazione delle offerte economiche, in data 22 ottobre 2010, unicamente per la parte in cui è stata valutata anche l'offerta presentata dalla Sapio Life s.r.l.;
- di ogni altro atto preordinato e connesso con i precedenti;
- nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto d'appalto che fosse stato eventualmente stipulato nelle

more del giudizio tra l'intimata Amministrazione e la Sapio Life s.r.l., e per la condanna, mediante reintegrazione in forma specifica, dell'intimata Amministrazione ad affidare il contratto per il lotto 2 della gara di cui sopra al costituendo raggruppamento temporaneo tra Rivoira s.p.a., SIAD s.p.a. e Delta P s.r.l.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda Ospedaliera di Desio, di Vimercate e di Sapio Life s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 maggio 2013 il dott. Dario Simeoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

I. L'Azienda Ospedaliera di Desio e Vimercate aveva indetto un gara per l'affidamento della fornitura di gas medicali e tecnici, della manutenzione degli impianti di stoccaggio e della rete di distribuzione e del servizio di analisi quali - quantitativa dei gas medicinali per i diversi PP.OO. L'appalto era stato diviso in due lotti: l'uno concernente la fornitura del servizio in favore dei Presidi Ospedalieri di Desio, Seregno, Carate Brianza e Giusano (lotto 1); l'altro concernente la fornitura del servizio in favore del Presidio Ospedaliero di Vimercate (lotto 2). La gara è stata aggiudicata alla Sapio Life s.r.l.

I.1. L'impresa Rivoira, in proprio e quale rappresentante di r.t.i., avendo partecipato alla gara senza successo, ha impugnato l'aggiudicazione del lotto 2, chiedendo la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica, previa declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto che fosse stato eventualmente stipulato nelle more del giudizio. La stazione appaltante e la controinteressata, costitutesi in giudizio, hanno diffusamente argomentato l'infondatezza della pretesa azionata.

I.2. Con ordinanza n. 85 del 13 gennaio 2011, la Sezione "*considerato: che il ricorso, all'esame sommario consentito in sede cautelare, non presenta profili di fondatezza atteso che, sussistendo la dichiarazione complessiva di possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del codice dei contratti, resa dalle imprese ausiliarie conformemente alla lex specialis, ai soli fini dell'ammissione alla gara, la richiesta di una dichiarazione espressa ulteriore costituisce aggravamento del procedimento, fermo restando il potere - dovere dell'amministrazione di verificare successivamente l'effettiva sussistenza dei requisiti dichiarati; che gli ulteriori profili introdotti non appaiono fondati alla luce del prevalente orientamento giurisprudenziale; ritenuto: che non sussistono i presupposti per la concessione della misura cautelare*"; tanto premesso, ha respinto la domanda incidentale di sospensione con condanna della ricorrente al pagamento delle spese della fase cautelare in favore delle parti costituite in solido tra loro (liquidati in complessivi € 3.000,00 da corrispondersi a ciascuna di esse nella misura del 50%, oltre al rimborso forfetario delle spese generali del 12,50%, nonché oneri previdenziali e fiscali come per legge)". Il Consiglio di Stato ha confermato tale statuizione.

I.3. Sul contraddittorio così instauratosi, la causa è stata discussa all'udienza pubblica dell'8 maggio, per poi essere riconvocata in camera di consiglio per taluni approfondimenti ritenuti necessari dal Collegio. Di seguito le motivazioni rese nella forma redazionale semplificata di cui all'art. 74 c.p.a.

II. Deve ora procedersi, partitamente, all'esame dei motivi di ricorso.

III. Con il primo motivo di ricorso, l'istante ha dedotto che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto tutte e tre le imprese ausiliarie, di cui la medesima aveva dichiarato di avvalersi ai fini della

partecipazione alla gara (nel dettaglio: Sapiro Produzione Idrogeno Ossigeno s.r.l., Eurogas s.r.l. e Gascar s.r.l.), avrebbero omesso di produrre in gara la dichiarazione in merito al rispetto della normativa sul diritto al lavoro dei disabili prescritta, a pena di esclusione dalla gara, dall'art. 17 della L. n. 68/1999. Si aggiunge, inoltre, che lo stesso regolamento di gara avrebbe richiesto la presentazione di una dichiarazione del concorrente attestante di essere in regola con la normativa sui disabili (sarebbe, in particolare, stata richiesta la seguente dichiarazione: *“di impegnarsi, a richiesta, a presentare la certificazione di cui all'art. 17 della legge n. 68/99 disciplinante il diritto al lavoro dei disabili (art. 38, comma 1, lett. l) del d.lgs. n. 163/2006) e di essere in regola con tale normativa ...”*).

III.1. Il motivo non può essere accolto.

Non vi è dubbio che, tra i requisiti generali di cui all'art. 38, vi sia quello relativo alla presentazione della certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68 (sub lett. l), la quale, secondo quanto stabilito dal secondo comma del medesimo art. 38, può essere sostituita da una dichiarazione sostitutiva attestante il possesso di tale certificazione. Sicuramente, inoltre, in base al combinato disposto degli artt. 49 e 38 del codice dei contratti pubblici tutti i soggetti, che a qualunque titolo concorrono ai pubblici appalti, in veste di affidatari, sub-affidatari, consorziati, componenti di a.t.i. e ausiliari in sede di avvalimento, sono tenuti non solo ad essere in possesso dei requisiti previsti dal cit. art. 38, ma anche a dichiarare il possesso e a fornire la relativa dimostrazione a termini di legge e in conformità alla disciplina di gara.

Nel caso di specie, tuttavia, occorre partire dalla constatazione empirica che tutte le citate imprese ausiliarie avevano comunque reso dichiarazione di essere in possesso di tutti i requisiti di cui all'art. 38, sia pure senza accompagnare alla medesima la specifica attestazione sui disabili. E', altresì, incontestato che tutte le imprese fossero, sotto il profilo sostanziale, rispettose delle norme sul diritto al lavoro dei disabili. A questo punto, posto di fronte all'alternativa di decidere se la lamentata omissione dichiarativa dovesse condurre irrimediabilmente all'estromissione della controinteressata dalla gara, ovvero se la predetta attestazione (inerente al rispetto degli obblighi della legge n. 68/1999) potesse, ai soli fini della ammissione alla gara, ritenersi contenuta nella (più ampia) dichiarazione di essere in possesso di tutti i requisiti generali previsti dall'art. 38, ritiene il Collegio sia corretta quest'ultima soluzione (ciò nella consapevolezza di un contrario orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa: cfr. Cons. Stato n. 1135/2010, secondo cui non potrebbe essere considerata funzionalmente equipollente agli adempimenti procedurali puntualmente imposti dall'art. 17 della L. n. 68/1999, la mera e generica dichiarazione sostitutiva attestante, in modo omnicomprensivo, l'ottemperanza della disciplina contributiva, previdenziale e di tutela e sicurezza del lavoro).

Per affermare ciò, non è necessario prendere posizione sulla (perdurante) divaricazione giurisprudenziale tra quanti ritengono che, con riguardo alla dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il ricorrente possa essere escluso per il solo fatto dell'omissione formale, e quanti pervengono ad una valutazione sostanziale della sussistenza delle cause di esclusione, nella considerazione che il primo comma dell'art. 38 citato ricollegghi l'esclusione dalla gara soltanto al dato del mancato possesso dei requisiti indicati (questione attualmente al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, dopo esserne stata investita da ordinanza di rimessione di questo stesso Tribunale).

Difatti, in assenza di apposita prescrizione contraria (il secondo comma dell'art. 38, difatti, si limita a stabilire che il candidato o il concorrente attesti il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, senza aggiungere alcunché in ordine alla specifica ipotesi per cui è causa), l'opzione ermeneutica, di ritenere sufficiente la dichiarazione complessiva resa dalle imprese ausiliarie di essere in possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del codice dei contratti (ovviamente ai soli fini dell'ammissione alla gara e fermo restando

il dovere dell'amministrazione di verificare successivamente l'effettiva sussistenza dei requisiti dichiarati), appare preferibile per le seguenti tre ragioni.

In primo luogo, la richiesta di una dichiarazione espressa ulteriore costituirebbe un inutile aggravamento del procedimento e, inoltre, il principio di tassatività delle cause di esclusione deve indurre ad interpretare l'art. 38 nel senso in cui non sia suscettibile di interpretazione tale da introdurre ulteriori e non previste cause ostative.

Inoltre, l'interpretazione proposta è coerente con la considerazione che il processo amministrativo si è evoluto ad uno stadio in cui la tutela giurisdizionale viene ad essere "dimensionata" alla consistenza concreta dell'interesse materiale che si assume inciso dall'azione amministrativa e non copre più l'intera latitudine dell'"equivalenza" delle violazioni accertate (al riguardo, viene in rilievo non solo l'art. 21 octies della L. 241/1990; ma anche, e forse più significativamente, l'art. 121 c.p.a., alla cui stregua, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto soltanto qualora la violazione di cui alle lettere C e D del primo comma, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento). La garanzia pubblicistica dell'interesse strumentale (che pure resta il tratto qualificante del giudizio di impugnazione), a questa stregua, ove non riacordato alla tutela di un interesse pur sempre "sostanziale", finisce per prestare ossequio ad un mero orpello burocratico.

Da ultimo, sul piano dell'accertamento dei requisiti di ordine generale, secondo una recente giurisprudenza, alla equiparazione tra gli operatori economici offerenti e quelli in rapporto di avvalimento non corrisponderebbero identici oneri dichiarativi. Partendo dalla lettera dell'art. 49 c.c.p. (alla cui stregua, il concorrente deve semplicemente allegare "una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'art. 38"), è stato all'uopo sostenuto (sia pure con specifico riferimento ai requisiti dei soggetti cessati dalla carica) che ben diverso e ben più stringente sarebbe il tenore della disposizione di cui all'art. 38 relativamente alla dichiarazione che deve essere resa dai concorrenti. La ratio della differente formulazione delle norme in esame andrebbe rinvenuta nella diversa posizione dei soggetti coinvolti, poiché ai sensi dell'art. 49, comma 10, solo il concorrente aggiudicatario è chiamato ad eseguire il servizio e solo ad esso è rilasciato il certificato di esecuzione; ne conseguirebbe che all'ausiliario non possano estendersi i rigorosi criteri limitativi propri del concorrente (cfr. Cons. Stato n. 911/2013).

IV. Con altro motivo di ricorso, si deduce che la ditta aggiudicataria Sapio Life s.r.l, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto non sarebbe ammissibile l'avvalimento relativamente alle certificazioni che attengono a requisiti soggettivi dell'impresa, tra cui in particolare le certificazioni relative alla marcatura CE dei dispositivi medici e le certificazioni di qualità, trattandosi di requisito di natura soggettiva. All'uopo, si ricorda come il regolamento di gara prescrivesse il possesso, necessario per l'ammissione alla gara ed espressamente a pena di esclusione, di diverse certificazioni e abilitazioni, quali: la certificazione UNI EN ISO 9001:2008 e UNI EN ISO 13485:2004; la certificazione di cui alla Direttiva 97/23/CEE in materia di attrezzature a pressione (Direttiva PED); la certificazione del centro di collaudo apparecchi a pressione trasportabili (bombole) di cui alla Direttiva 99/36/CEE (direttiva TPED); l'abilitazione per l'installazione delle centrali gas medicinali di cui alla legge n. 46/90; l'attestazione per la marcatura CE degli impianti di cui al d.lgs. n. 46/97; l'abilitazione alla marcatura CE dei gas utilizzati come dispositivi medici. Pertanto, la dichiarazione sostitutiva presentata in gara dalla Sapio Life, con la quale quest'ultima dichiara di essere in possesso di tutte le certificazioni e abilitazioni di cui al punto 6 del Regolamento di gara, non corrisponderebbe al vero.

IV.1. Anche tale motivo è destituito di fondamento.

In primo luogo, nelle gare d'appalto, l'istituto dell'avvalimento risponde all'esigenza della massima partecipazione consentendo ai concorrenti, che siano privi dei requisiti richiesti dal bando, di concorrere ricorrendo ai requisiti di

altri soggetti. Il Collegio condivide l'orientamento secondo cui tutti i requisiti di capacità tecnica, economica e professionale devono essere sussunti nella categoria dei requisiti che possono essere oggetto di avvalimento e, quand'anche la certificazione di qualità riguardasse una qualità soggettiva dell'impresa, ugualmente potrebbe essere oggetto di avvalimento, rientrando tra i requisiti soggettivi che possono essere comprovati mediante tale strumento, attesa la sua portata generale (Consiglio di Stato, sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5408).

Una volta ammessa l'astratta operatività dell'avvalimento per le attestazioni e le certificazioni, effettivamente non può essere trascurata l'evidente difficoltà "pratica" di dimostrare, in concreto, l'effettiva disponibilità di un requisito che, per le sue caratteristiche, è collegato all'intera organizzazione dell'impresa, alle sue procedure interne, al bagaglio delle conoscenze utilizzate nello svolgimento delle attività (cfr. Cons. Stato 18 aprile 2011, n. 23446). Tuttavia, nel caso di specie, non è stato fornito alcun elemento utile anche soltanto a far emergere il dubbio che l'impresa ausiliaria si fosse impegnata semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore formale, senza assumere anche l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (e quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti).

Fermo restando quando appena evidenziato, è poi dirimente osservare come, alla stregua della documentazione in atti (cfr. doc. 4 e 5 – fasc. controinteressata), al contrario di quanto lamentato dalla ricorrente, Sapio Life s.r.l. fosse in possesso (in proprio) di tutte le certificazioni dichiarate in gara (tra cui: UNI EN ISO 9001:2008 e UNI EN ISO 13485:2004; abilitazione alle marcature CE secondo il d.lgs. n. 46/97, dir. 93/42/CEE; abilitazioni ed attestazioni previste dal punto 6, pag. 10, del regolamento di gara). Tra l'altro, poiché il Gruppo Sapio di cui Sapio Life fa parte (quest'ultima, difatti, è interamente controllata da Sapio Produzione Idrogeno e Ossigeno), dispone di un sistema di assicurazione della qualità e della relativa organizzazione imprenditoriale, che è a disposizione di tutte le singole imprese che ne fanno parte, ricorreva la fattispecie di cui all'art. 49, lett. g (alla cui stregua, nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo, l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo).

V. Con ulteriore motivo, si sostiene che la dichiarazione della Sapio Life s.r.l., seppure qualificata formalmente come avvalimento, determinerebbe in realtà un sostituzione integrale nella esecuzione dell'appalto della Sapio Life S.r.l. con la Sapio Produzione Idrogeno Ossigeno S.r.l. Sarebbe evidente, infatti, che nell'esecuzione dell'appalto, se tutta la struttura tecnico -organizzativa, compresi gli stabilimenti e i loro prodotti, gli automezzi e le filiali, si rivelasse utile per l'esecuzione dell'appalto in oggetto e per tutta la durata dello stesso fosse quella propria di Sapio Produzione Idrogeno Ossigeno s.r.l., ciò significherebbe che era questa, e non Sapio Life S.r.l., l'esecutrice dell'appalto, ciò in aperta violazione del comma 10 dell'art. 49, che stabilisce che il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara. Per gli stessi motivi, sussisterebbe la violazione dell'art. 118 del Codice dei Contratti che ammette il subappalto nei limiti del 30%, poiché, come si è visto, alla Sapio Produzione Idrogeno Ossigeno S.r.l. sarebbe, in realtà, affidato lo svolgimento dell'intera commessa.

V.1. Il motivo, al pari degli altri non può essere accolto.

La censura svolta, in prima battuta, sembra obliterare le differenze strutturali che intercorrono tra l'avvalimento, volto a consentire a un imprenditore il possesso mediato e indiretto dei requisiti di partecipazione ad una gara, ed il subappalto, contratto secondario o derivato, posto "a valle" del contratto di appalto ed attinente alla sua esecuzione. Il subappalto rappresenta un modo di essere dello svolgimento dei lavori, nel senso che un soggetto, pienamente qualificato e in possesso di tutti i requisiti, può subappaltare ad altro imprenditore una parte dei lavori, ma ciò avviene dopo l'eventuale aggiudicazione, mentre i requisiti devono essere posseduti al momento della

presentazione dell'offerta di gara e non possono, naturalmente, che essere del soggetto partecipante. Mediante l'avvalimento, per contro, il concorrente può integrare, nel caso ciò non sia vietato ragionevolmente dal bando, le proprie carenze in materia di requisiti, che è un istituto di soccorso al concorrente già in sede di gara.

Orbene, in disparte la considerazione che l'impresa ausiliaria ben può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati (cfr. art. 49, comma 10, c.c.p.), la sicura disponibilità da parte di Sapio Life di tutti mezzi dichiarati per la durata dell'appalto (anche tramite la struttura organizzativa e dei prodotti del Gruppo di cui fa parte), non contraddice in alcun modo l'impegno (contrattuale) assunto quale esecutrice dell'appalto. Per il resto, ai fini del rigetto, valgono le medesime considerazioni espresse sub IV.1.

VI. Le spese di lite seguono la soccombenza come di norma.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (sez. I), definitivamente pronunciando:

- rigetta il ricorso;
- condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore dell'amministrazione resistente e della controinteressata, che si liquidano in € 5.500,00 ciascuna, oltre IVA e CPA come per legge; restano ferme le somme già liquidate in fase cautelare.

Così deciso in Milano nelle camere di consiglio dei giorni 8 maggio 2013, 26 giugno 2013, 9 ottobre 2013, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Dario Simeoli, Primo Referendario, Estensore

Angelo Fanizza, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/10/2013

IL SEGRETARIO

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