



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso numero di registro generale 1558 del 2013, proposto da Rivoira s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Andrea Zanetti e Maurizio Brizzolari, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, via della Conciliazione, 44;

contro

Azienda Ospedaliera S. Antonio Abate di Gallarate, rappresentata e difesa dagli avv. Aldo Travi e Fabio Lorenzoni, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, via del Viminale, n. 54;

nei confronti di

- Sapio Life s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Maria Rosaria Ambrosini, Emanuela Persichetti e Stefano Vinti, con domicilio eletto presso l'ultimo in Roma, via Emilia n. 88;
- Sapio Produzione Idrogeno Ossigeno Srl;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE IV n. 00479/2013, resa tra le parti, concernente affidamento, con procedura di cottimo fiduciario, della fornitura di gas medicinali e gas tecnici all'Azienda Ospedaliera S. Antonio Abate di Gallarate, disposta con delibera n. 183 del 21 dicembre 2012 dal Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera S. Antonio Abate di Gallarate;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera S. Antonio Abate di Gallarate e di Sapio Life s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 maggio 2013 il consigliere Bruno Rosario Polito e uditi per le parti gli avvocati Zanetti, Meloni, per delega dell'avv. Lorenzoni, e Fedeli, per delega di dell'avv. Vinti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con lettera di invito n. 25574 del 16 novembre 2012 l' Azienda Ospedaliera "S. Antonio Abate" di Gallarate invitava la s.p.a. Rivoira a partecipare alla procedura di cottimo fiduciario per la fornitura di gas medicinali e gas tecnici occorrenti all'Azienda Ospedaliera medesima per un anno dalla data di decorrenza del contratto.

La soc. Rivoira non produceva offerta sul rilievo della mancata allegazione alla lettera di invito di un elemento qualificato indispensabile ed essenziale agli effetti della partecipazione alla gara, costituito dal DUVRI (documento unico di valutazione dei rischi di interferenza), approvato dalla stazione appaltante, peraltro non reso disponibile a mezzo di pubblicazione su internet.

Quanto precede malgrado il richiamo nell'allegato 5 della documentazione di gara all'art. 26, comma 6, del d.lgs. n. 81 del 2008, norma che pone a carico di elaborare "un documento di valutazione dei rischi che indichi le misure da adottare per eliminare o, ove ciò non sia possibile, ridurre al minimo i rischi di interferenza". Inoltre né il bando né l'annessa documentazione di gara indicava che l'importo per oneri di sicurezza fosse pari a zero.

Con ricorso e successivi motivi aggiunti proposti avanti al T.A.R. per la Lombardia la soc. Rivoira impugnava gli atti della procedura concorsuale di seguito indicati, assumendone l'illegittimità per motivi di violazione di legge ed eccesso di potere in diversi profili:

- lettera di invito n. 25574 del 16 novembre 2012;

- avviso di procedura di cottimo fiduciario per la fornitura di gas medicinali e gas tecnici occorrenti all'Azienda Ospedaliera per un anno dalla data di decorrenza del contratto, pubblicato sul sito internet della Azienda ospedaliera in data 6 dicembre 2012 ;

- verbale delle operazioni del seggio di gara della seduta del 18.12.2012, recante l'aggiudicazione provvisoria;

- deliberazione n. 193 del 21.12.2012 del Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera, di aggiudicazione definitiva della fornitura a favore di Sapio Life s.r.l.

Con sentenza i forma semplificata n. 479 del 2013 il T.A.R. adito respingeva il ricorso.

Il T.A.R., in particolare, accertava il rapporto di continuità del cottimo fiduciario con la precedente procedura aperta di scelta del contraente - indetta con determina n. 380 del 2012 ed andata deserta - per l'approvvigionamento del medesimo prodotto, cui la stessa ricorrente aveva preso parte, nel cui ambito era stata assicurata la conoscenza dei documenti aziendali di valutazione dei rischi da interferenza sia "unico" che "specifico". Detti rischi erano, inoltre, connessi a prestazioni di servizi e lavori accessori non previsti nel cottimo fiduciario. La soc. Rivoira era, quindi, pienamente edotta della condizioni di rischio per essere il DUVRI accessibile su internet e non rendendosi necessario redigere il DUVRI specifico in assenza di condizioni di rischio inerenti alle prestazioni dedotte nel rapporto.

Sotto ulteriore profilo il T.A.R. rilevava che, ai sensi dell'art. 125, comma 14, del codice dei contratti, il cottimo fiduciario è governato solo dai principi in tema di procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici, nel cui ambito non è riconducibile l'indicazione dei costi di sicurezza in sede di indicazione della procedura selettiva.

Avverso detta sentenza la soc. Rivoira ha proposto atto di appello ed ha contestato le conclusioni del T.A.R. insistendo, anche in sede di note conclusive e di replica, nei motivi articolati in prime cure.

Resiste l' Azienda Ospedaliera "S. Antonio Abate" di Gallarate che, in via preliminare, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione attiva, non avendo la soc. Rivoira presentato domanda di partecipazione al concorso; nel merito ha contraddetto i motivi di impugnativa e concluso per la conferma della sentenza impugnata.

All'udienza del 10 maggio 2013 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

E' fondata l'eccezione di inammissibilità dell'impugnativa dell'esito della gara formulata dalla resistente Azienda Ospedaliera per l'assenza in capo alla soc. Rivoira di un posizione legittimante alla proposizione del ricorso, non avendo la società ricorrente a suo tempo avanzato domanda di partecipazione alla gara di cui si contesta l'esito.

Osserva il collegio che nelle controversie riguardanti l' affidamento di contratti pubblici l'Adunanza Plenaria n. 4 del 7 aprile 2011 ha ribadito che la legittimazione al ricorso spetta di massima, salvo ipotesi residuali e tassative individuate dalla giurisprudenza, esclusivamente ai soggetti che abbiano partecipato alla gara, poiché solo a tale qualità si riconnette l'attribuzione di una posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela.

L'interesse c.d. strumentale al conseguimento del bene della vita consistente nell'affidamento dell'appalto resta, quindi, condizionato al positivo riscontro della legittimazione al ricorso.

L'onere di presentazione della domanda di partecipazione ai fini della qualificazione dell'interesse all'impugnazione viene meno in ipotesi specifiche che l' Adunanza Plenaria ha individuato:

a) nella contestazione in radice della scelta della stazione appaltante di indire la procedura di scelta del contraente;

b) nei giudizi introdotti ad iniziativa dell' operatore economico di settore avverso un affidamento diretto o senza gara;

c) in presenza di clausole del bando che si qualificano escludenti in relazione alla previsione di determinati requisiti di partecipazione.

Nella fattispecie oggetto del contendere non sono introdotte contestazioni riconducibili alle ipotesi descritte alle precedenti lett. a) e b) .

Tantomeno si versa a fronte di clausole escludenti in presenza delle quali viene meno l'onere di produrre la domanda di partecipazione alla gara.

In tale ambito non è riconducibile l'obbligo di dover dichiarare di aver preso visione del DUVRI, onere che l'appellante qualifica non esigibile non essendo stato il documento pubblicato in internet.

Sotto un primo profilo la disciplina di gara non rinvia affatto al sito internet per il reperimento del DUVRI. Era quindi nella disponibilità della soc. Rivoira ogni azione positiva e di contatto con l'Amministrazione per la visione del documento, che non doveva necessariamente essere allegato alla lettera di invito, agli effetti dell'onere di dichiarazione stabilito nella lettera di invito stessa. La regola di gara contestata non si configura, quindi, come escludente, mentre ogni concreta potenzialità lesiva è suscettibile di apprezzamento solo all'esito della gara, anche in relazione alla scelte applicative che la stazione appaltante abbia inteso darne.

Ad analoga conclusione deve pervenirsi quanto alla doglianza che investe la mancata indicazione nella lettera di invito dell'ammontare pari a zero dei costi da rischi da interferenza.

L'ascritta omissione opera su un piano strettamente formale - ove di consideri che, in presenza di dubbi interpretativi, anche per le regole dettate dalla lex specialis del concorso (cui peraltro può ovviarsi a mezzo di richiesta di ogni opportuno chiarimento) vale il broccardo "ubi voluit dixit" - e non si configura affatto preclusiva né dell'ammissione alla gara, né della modulazione dell'offerta.

Va, inoltre, escluso che la legittimazione all'impugnazione possa ricondursi alla qualità di precedente fornitore del prodotto medicinale, in una sorta di diritto di insistenza a conservare la qualità di affidatario; ciò anche alla luce dell'art. 57, ultimo comma, del d.lgs. n. 163 del 2006, che preclude ogni rinnovo del contratto oltre i termini stabiliti nell'iniziale procedura di affidamento.

Per le considerazioni che precedono va dichiarata l'inammissibilità per difetto di legittimazione del ricorso proposto avverso la procedura di cottimo fiduciario per la fornitura di gas medicinali e gas tecnici indetta dall'Azienda Ospedaliera "S. Antonio Abate" di Gallarate

In relazione ai profili della controversia spese ed onorari possono essere compensati fra le parti per i due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) in definitiva pronunzia sull'appello in epigrafe lo dichiara inammissibile e, parimenti, dichiara inammissibile il ricorso proposto avanti al T.A.R.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere, Estensore

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/06/2013

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO

