



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 7087 del 2011, proposto da:
Carestream Health Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante
p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Zanetti e Maurizio
Brizzolari, con domicilio eletto presso Andrea Zanetti in Roma, via
della Conciliazione n. 44;

contro

l'Azienda Ospedaliero Universitaria Santa Maria della Misericordia di
Udine, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e
difeso dagli avvocati Stefano Coen e Federico Rosati, con domicilio
eletto presso Stefano Coen in Roma, piazza di Priscilla n. 4;

nei confronti di

Esaote S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato
e difeso dagli avv. Vincenzo Roppo e Gennaro Terracciano, con

domicilio eletto presso Gennaro Terracciano in Roma, largo Arenula n. 34;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per il Friuli Venezia Giulia, Sezione I, n. 348 del 14 luglio 2011, resa tra le parti, concernente la gara per la fornitura e l'installazione di sistemi multidisciplinari di archiviazione, trasmissione e visualizzazione di immagini diagnostiche.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda Ospedaliero Universitaria Santa Maria della Misericordia di Udine e di Esaote S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2011 il Cons. Dante D'Alessio e uditi per le parti gli avvocati Zanetti, Rosati e Terracciano;

Vista la richiesta dell'avv. Federico Rosati, per l'Azienda Ospedaliero Universitaria Santa Maria della Misericordia di Udine, di pubblicazione anticipata del dispositivo rispetto alla sentenza;

Visto il dispositivo di sentenza n. 5989 dell'11 novembre 2011;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La Carestream Health Italia S.r.l. (di seguito Carestream), aveva

partecipato alla procedura ristretta indetta dall'Azienda Ospedaliera Universitaria Santa Maria della Misericordia di Udine (di seguito Azienda Ospedaliera) per l'affidamento della fornitura ed installazione di sistemi multidisciplinari di archiviazione, trasmissione e visualizzazione di immagini diagnostiche (PACS), ed era risultata aggiudicataria provvisoria per essersi classificata al primo posto della graduatoria di merito con il punteggio di 89,26335.

La Carestream veniva tuttavia esclusa dalla procedura di gara per aver indicato nella sua offerta un canone WSD2 non univoco, in difformità di quanto disposto dagli artt. 5 e 6 delle norme di partecipazione, nonché per l'omessa esplicitazione degli oneri per la sicurezza da rischio specifico.

La Carestream impugnava quindi davanti al T.A.R. per il Friuli la determinazione, n. 759 del 4 giugno 2010, del Direttore del Dipartimento Servizi Condivisi della suddetta Azienda Ospedaliera, con cui era stata disposta la sua esclusione dalla gara ed individuata quale migliore offerente la società Esaote S.p.A. Proponeva poi motivi aggiunti per ottenere la dichiarazione di inefficacia del contratto nel frattempo stipulato fra la stazione appaltante e l'Esaote.

2.- Il T.A.R. per il Friuli Venezia Giulia, dopo aver respinto la domanda cautelare (con ordinanza n. 153 del 14 luglio 2010, confermata in appello dalla Sezione V di questo Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 4522 del 28 settembre 2010), ha respinto il ricorso con la sentenza della Sezione I, n. 348 del 14 luglio 2011.

Il T.A.R., dopo aver ricordato che quando un provvedimento d'esclusione è sorretto da due distinte ed autonome motivazioni "è sufficiente a sorreggerne la legittimità la conformità a legge anche di una sola di esse", ha poi rilevato che risultava "pacifica" e non "trascurabile" la circostanza che la società ricorrente aveva ommesso di indicare nella propria offerta gli oneri per la sicurezza da rischio specifico. Con la conseguenza che "correttamente la stazione appaltante, una volta resasi conto della mancata indicazione nell'offerta economica della ricorrente dei costi da rischio (aziendale) specifico, ne ha disposto l'esclusione ed aggiudicato la gara a favore della società Esaote s.p.a."

3.- La Carestream ha ora appellata l'indicata sentenza ritenendola erronea sotto diversi profili.

Per quanto riguarda l'asserita omessa indicazione degli oneri di sicurezza, dopo aver richiamato le disposizioni normative dettate in materia, Carestream ha sostenuto che non solo, nella sua offerta, aveva espressamente indicato l'ammontare esatto dei costi per la sicurezza per rischio da interferenza (quantificati dalla stazione appaltante in € 9.640,00) ma aveva altresì dichiarato di aver tenuto conto, nella formulazione del prezzo offerto, dei costi per la sicurezza per rischio specifico. L'indicazione fornita non poteva quindi consentire l'immediata ed automatica esclusione dalla procedura, essendo stata rispettata sia la normativa generale sia la *lex specialis* di gara.

Aggiunge l'appellante che, poiché i costi per la sicurezza da rischio specifico (o aziendali) costituiscono una componente dell'offerta economica che è valutabile in sede di verifica dell'anomalia, tali costi dovevano essere ricompresi nell'offerta economica ma non era affatto necessaria, tanto meno a pena di esclusione, la loro esatta quantificazione in tale offerta.

In conseguenza l'amministrazione avrebbe potuto (al più) aprire un procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ma non poteva di certo escluderla dalla gara.

Nell'ipotesi in cui le norme di partecipazione fossero poi interpretate nel senso di imporre, a pena di esclusione, la quantificazione in sede di offerta (anche) dei costi di sicurezza da rischio specifico, tali disposizioni, aggiunge Carestream, si devono ritenere illegittime anche per il contrasto con la Direttiva 2004/18/CE che prevede la richiesta di precisazioni scritte per il caso di offerte che appaiono anomale.

4.- Al riguardo si deve ricordare che, come affermato di recente da questa Sezione (con la sentenza n. 5421 del 3 ottobre 2011, richiamata dalle parti, ed anche con la sentenza n. 4330 del 15 luglio 2011), l'art. 86, comma 3 bis, e l'art. 87, comma 4, del Codice dei Contratti Pubblici impongono, anche per gli appalti di servizi e forniture, la specifica indicazione nell'offerta economica di tutti i costi relativi alla sicurezza.

In particolare gli oneri della sicurezza – sia nel comparto dei lavori

che in quelli dei servizi e delle forniture – devono essere distinti tra oneri, non soggetti a ribasso, finalizzati all’eliminazione dei rischi da interferenze (che devono essere quantificati dalla stazione appaltante nel DUVRI) ed oneri concernenti i costi specifici connessi con l’attività delle imprese che devono essere indicati dalle stesse nelle rispettive offerte, con il conseguente onere per la stazione appaltante di valutarne la congruità (anche al di fuori del procedimento di verifica delle offerte anomale) rispetto all’entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura.

L’art. 86, comma 3-bis, e l’art. 87, comma 4, del d. lgs. n. 163 del 2006 impongono la specifica stima ed indicazione di tutti i costi relativi alla sicurezza, tanto nella fase della “predisposizione delle gare di appalto” (e quindi nella predisposizione della documentazione di gara) quanto nella fase della formulazione dell’offerta economica.

4.1.- Peraltro, anche l’art. 26, comma 6, del d. lgs. n. 281 del 9 aprile 2008 (recante norme in materia di tutela della salute e di sicurezza nei luoghi di lavoro), emanato in attuazione della delega prevista dall’art. 1, comma 1, della legge n. 123 del 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 ed al costo relativo alla sicurezza, “che deve essere

specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture”.

4.2.- Ciò significa che, negli atti di gara, devono essere specificamente indicati, separatamente dall'importo dell'appalto posto a base d'asta, i costi relativi alla sicurezza derivanti dalla valutazione delle interferenze, per i quali è precluso qualsiasi ribasso (art. 86, comma 3-bis. e comma 3-ter, del d. lgs. n. 163/2006), trattandosi di costi ritenuti necessari per la tutela dei soggetti interessati. Gli atti di gara devono poi prevedere che, nell'offerta economica, siano indicati gli altri oneri per la sicurezza (da rischio specifico) che sono variabili perché legati all'offerta economica delle imprese partecipanti alla gara.

4.3.- A loro volta le imprese partecipanti devono includere necessariamente nella loro offerta sia gli oneri di sicurezza per le interferenze (nella esatta misura predeterminata dalla stazione appaltante), sia gli altri oneri di sicurezza da rischio specifico (o aziendali) la cui misura può variare in relazione al contenuto dell'offerta economica, trattandosi di costi il cui ammontare è determinato da ciascun concorrente in relazione alle altre voci di costo dell'offerta.

5.- Applicando tali principi al caso di specie, le doglianze sollevate dalla appellante Carestream, nei confronti della sentenza del T.A.R. per il Friuli che ha respinto il suo ricorso avverso il provvedimento con il quale era stata disposta la sua esclusione dalla gara in

questione, sono infondate.

Infatti l'appellante, come è pacifico, si era limitata ad indicare nella sua offerta economica gli oneri di sicurezza per le interferenze (nella misura predeterminata dalla stazione appaltante) ma non aveva anche quantificato gli altri oneri di sicurezza da rischio specifico (o aziendali) che avrebbe dovuto invece quantificare, in rapporto alla sua offerta economica, sia per quanto indicato nelle richiamate (ed inderogabili) disposizioni normative sia perché anche le regole di gara (agli articoli 5 e 6) espressamente prevedevano tale necessaria indicazione.

L'art. 5 delle norme di partecipazione prevedeva infatti, a pena di esclusione, la specifica indicazione dei costi RS, e cioè dei “costi annui per gli oneri per la sicurezza da Rischio Specifico, propri di ogni datore di lavoro in base a diretta responsabilità nei confronti dei propri dipendenti ex D. Lgs. 81/2008”, e l'art. 6 confermava l'esclusione dalla gara (anche) per la mancata indicazione di tali costi.

5.1.- L'omessa indicazione di un elemento necessario dell'offerta economica ha quindi determinato l'esclusione dalla gara dell'appellante, risultando tale offerta, come pure affermato nella sentenza appellata, incompleta sotto un profilo particolarmente rilevante, alla luce della natura costituzionalmente sensibile degli interessi protetti (in termini fra le più recenti: Consiglio di Stato, Sez. III n. 4330 del 15 luglio 2011 cit.; Sez. V, n. 17 del 21 gennaio 2011).

5.2.- Del resto, come affermato dal giudice di primo grado, la

richiesta di indicare separatamente (dal corrispettivo offerto per l'esecuzione della prestazione) i costi per la sicurezza risponde anche alla finalità di consentire alla stazione appaltante di verificare la congruità e l'attendibilità dell'offerta.

5.3.- Non ci sono poi ragioni per condividere la tesi dell'appellante secondo cui l'obbligo per le imprese di indicare i costi per la sicurezza da rischio specifico, diversamente da quanto previsto per i costi da rischio di interferenza, poteva essere soddisfatto anche dopo la presentazione delle offerte, tenuto conto che non sono diverse le esigenze che le indicate norme hanno inteso salvaguardare.

Né comunque l'amministrazione avrebbe potuto consentire alla Carestream di poter specificare l'ammontare dei costi di sicurezza dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica, o in sede di verifica, in contraddittorio, dell'eventuale anomalia dell'offerta, perché così facendo, come giustamente osservato dal T.A.R., avrebbe determinato una "lesione della par condicio tra i concorrenti", consentendo "l'integrazione postuma di un'offerta originariamente incompleta in palese violazione delle disposizioni della lex specialis di gara".

Per tali ragioni non sussiste nemmeno il lamentato contrasto del provvedimento di esclusione con la Direttiva 2004/18/CE.

6.- La reiezione delle doglianze sollevate con riferimento all'esclusione dalla gara per l'omessa indicazione degli oneri di sicurezza rende inutile l'esame delle questioni sollevate dalla

Carestream sull'altro motivo di esclusione.

7.- In conclusione l'appello deve essere respinto e la sentenza del T.A.R. per il Friuli Venezia Giulia, Sezione I, n. 348 del 14 luglio 2011 deve essere integralmente confermata.

Le spese del grado di appello seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento di € 5.000,00 (cinquemila) in favore di ciascuna delle parti resistenti, per un totale di € 10.000,00 (diecimila), per spese e competenze di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Lanfranco Balucani, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/12/2011

IL SEGRETARIO

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