

*MASSIMA – Estratto punto 6.5 della sentenza.*

*Il principio di diritto enunciato con la sentenza n. 9/2015 dell'Adunanza Plenaria potrebbe, infatti, risultare in contrasto con i principi euro-unitari di matrice giurisprudenziale, della tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, unitamente ai principi di libera circolazione e di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui al Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) nonché con i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza.*

*Nel caso di specie il Collegio non ritiene tuttavia necessario disporre la rimessione anche della presente controversia, in quanto l'appello va comunque respinto in considerazione dell'inapplicabilità dei principi stabiliti dalle sentenze n. 3/2015 e n. 9/2015 dell'Adunanza Plenaria.*

*Infatti la giurisprudenza ha escluso l'applicazione dei suddetti principi non solo agli appalti di servizi di natura prettamente intellettuale (C.d.S., V, 17 giugno 2014, n. 3054; III, 21 novembre 2014, n. 5746), ma anche, in caso di silenzio sul punto da parte della lex specialis di gara, agli appalti di servizi rientranti nelle tipologie di cui all'allegato II B del d.lgs. n. 163/2006, in quanto l'art. 20 dello stesso Codice non reca rinvio alle regole sugli oneri di sicurezza (in tal senso C.d.S., V, 2 ottobre 2014, n. 4907; III, 4 marzo 2014, n. 1030; V, 11 dicembre 2015, n. 5651).*

## **Consiglio di Stato n. 1796 del 05.05.2016**

N. 01796/2016REG.PROV.COLL.

N. 02355/2015 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2355 del 2015, proposto da: Igeamed S.r.l. in proprio e quale Capogruppo-Mandataria del Costituendo R.T.I. con Codime

Compagnia Mediterranea s.r.l., nonché quest'ultima in proprio e quale mandante, entrambe rappresentate e difese dagli avv. Stefano Vinti, Elia Barbieri, con domicilio eletto presso Stefano Vinti, in Roma, Via Emilia n. 88;

contro

Regione Campania, in persona del Presidente della Giunta regionale in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Almerina Bove, domiciliata in Roma, Via Poli n. 29; Giunta Regionale della Campania;

nei confronti di

C.D.I. - Centro Diagnostico Italiano s.p.a.,  
Cds - Centro Diagnostico San Ciro Srl, Innova Srl;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 06911/2014, resa tra le parti, concernente l'affidamento triennale delle attività di sorveglianza sanitaria e delle prestazioni complementari per i dipendenti e la domanda di risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Campania;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2015 il Cons. Sabato Guadagno e uditi per l'appellante l'avvocato Corinna Fedeli su delega dell'Avv. Stefano Vinti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1.- La regione Campania, con decreto n. 67 del 12 agosto 2014 indiceva una procedura ristretta per l'affidamento triennale delle attività di sorveglianza sanitaria e delle prestazioni complementari per i dipendenti della Giunta regionale con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.1.- All'esito della gara, l'Igeamed s.r.l. in proprio e quale capogruppo-mandataria del costituendo R.T.I. con Codime Compagnia Mediterranea s.r.l. impugnava avanti al TAR Campania-Napoli, chiedendone l'annullamento, il decreto dirigenziale n. 4 del 20 febbraio 2014 di aggiudicazione definitiva in favore del C.D.I. - Centro Diagnostico Italiano S.p.A., nonché gli atti di gara della predetta procedura.

2.- L'adito tribunale con la sentenza segnata in epigrafe respingeva il ricorso, ritenendo infondate le

censure sollevate.

3.- Igeamed s.r.l. nella qualità, e Codime Compagnia Mediterranea s.r.l., hanno proposto appello avverso la sentenza, riproponendo le stesse censure articolate in primo grado ed assumendo che: a) la società Codime, facente parte dell'appellante R.T.I. era in possesso della certificazione di qualità nel settore merceologico E.A.: 38 ed aveva i requisiti per l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo di cinque punti per la valutazione dell'offerta economica; b) sussistevano in ogni caso i presupposti per l'attivazione del soccorso istruttorio ex art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006 nella forma dei chiarimenti sulle certificazioni prodotte dalla Codime a dimostrazione del possesso del requisito asseritamente ritenuto mancante; c) doveva essere esclusa dalla gara l'aggiudicataria C.D.I. - Centro Diagnostico Italiano s.p.a. per la mancata indicazione degli oneri di sicurezza nell'offerta economica.

4.- Si è costituita in giudizio la Regione Campania, chiedendo il rigetto dell'appello.

5.- All'udienza pubblica del 15 dicembre 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

6.- L'appello è infondato nel senso di seguito precisato.

6.1.- Le appellanti hanno dedotto l'erroneità della sentenza, per violazione del punto III.2) del disciplinare e dell'art. 8, punto 3, del capitolato; violazione degli artt. 41, 42, 46, 83, 86 e 87 del d.lgs. n. 163/2006, dell'art. 53 della Direttiva UE 18/2004 e dei principi da questa desumibili in ordine ai criteri di valutazione delle offerte secondo il criterio dell'offerta ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e disparità di trattamento.

6.2.- Quanto alla violazione del punto III.2) del disciplinare e dell'art. 8, punto 3, del capitolato speciale per la mancata attribuzione di 5 punti, prevista per i concorrenti in possesso della certificazione di qualità E.A.:38, in corso di validità, per le attività oggetto di gara. Si osserva che quella clausola stabiliva che, in caso di ATI, la suddetta certificazione doveva "essere posseduta da tutti i partecipanti; in caso contrario, non si dà luogo all'attribuzione di alcun punteggio."

Mentre la mandataria Igeamed del costituendo R.T.I. era in possesso di tale specifica certificazione, la mandante Codime era invece in possesso della certificazione di qualità dei servizi resi ISO 9001 edizione 2008, per i settori EA:35 ed EA:37, settori che, secondo le appellanti, erano comprensive anche delle attività del settore merceologico E.A.38, come peraltro appositamente certificato: da ciò l'illegittimità del mancato riconoscimento dei 5 punti previsti dalla lex specialis.

La tesi non può trovare accoglimento.

La Sezione rileva che il settore merceologico EA 38 , denominato "sanità ed altri servizi sociali", include al suo interno varie categorie di attività, concernenti le voci "38a servizi ospedalieri, 38b servizi degli studi medici e servizi degli studi odontoiatrici, 38c altri servizi sanitari: laboratori di analisi cliniche, di igiene e profilassi per immagini, 38d attività professionali paramediche dipendenti e altri servizi sanitari, 38e servizi veterinari e 38f assistenza sociale".

A fronte della varietà di servizi e di prestazioni riconducibili al suddetto settore E.A.:38, le classificazioni E.A.:35 e E.A.:37 denominate rispettivamente "altri servizi" ed "istruzioni", di cui è in possesso la Codime, non possono essere ritenute equipollenti, in quanto la loro stessa denominazione dimostra che trattasi di attività diverse e non riconducibili a quelle del settore EA 38 o comunque un ambito di operatività.

L'attribuzione del punteggio, in presenza della inequivoca e precisa disposizione della *lex specialis*, costituirebbe una palese violazione di quest'ultima e del fondamentale principio di *par condicio*.

6.3- Né nella fattispecie in esame può essere addotta la mancata attivazione del soccorso istruttorio ex art. 46 d.P.R. 163/2006, in quanto la certificazione presentata dall'appellante indicava espressamente il settore merceologico di riferimento, di cui la mandante Codime era in possesso e che faceva espresso riferimento al suddetto settore E.A.38. Non sussistevano, quindi i presupposti per l'attivazione del soccorso istruttorio, che persegue la finalità di pubblico interesse di favorire la massima partecipazione alle gare d'appalto, mentre nella fattispecie in esame la controversia non attiene ai requisiti di partecipazione, ma concerne invece la fase cronologicamente successiva, avente ad oggetto soltanto la quantificazione del punteggio da attribuire ai candidati, che hanno superato la fase iniziale di ammissione alla gara, in base ai titoli posseduti ai fini della formulazione della graduatoria.

Pertanto risulta legittima la mancata attribuzione del suddetto ulteriore punteggio in violazione del bando, del principio della *par condicio* dei concorrenti, che avrebbe determinato un'inammissibile integrazione dell'offerta tecnica e per tale motivo non può aver rilievo giuridico la produzione documentale dell'ente certificatore.

6.4.- Infondata è altresì, la terza doglianza, in quanto la certificazione di qualità non attiene, come prospettato con l'impugnazione, a profili soggettivi del concorrente, ma a profili oggettivi dell'azienda (Cons. Stato, III, 19 novembre 2016 n. 5595; VI, 11 novembre 2014 n. 5608; IV, 3 ottobre 2014 n. 4958).

6.5.- Sotto un distinto ed autonomo profilo, l'appellante deduce l'erroneità del capo della sentenza, con cui è stato respinta la censura, con cui si chiedeva l'esclusione dalla gara dell'aggiudicatario C.D.I. - Centro Diagnostico Italiano s.p.a., la cui offerta economica non conteneva l'indicazione degli oneri aziendali per la sicurezza in violazione degli artt. 86 e 87 del cod. contr., e si assumeva altresì l'illegittimità della stessa *lex specialis* di gara, nella parte in cui, in violazione di tali statuizioni, non aveva inserito nel bando l'obbligo di presentare tale indicazione.

Al riguardo si osserva che, dopo la sentenza di primo grado, sugli oneri di sicurezza si è pronunciata l'Adunanza Plenaria, che, con decisione n. 3/ 2015, ha sancito l'obbligo di indicare i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara e, con la successiva decisione n. 9/2015, ha escluso l'esercizio dei poteri attinenti al soccorso istruttorio, nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali.

Il Collegio, dubitando della fondatezza di tali conclusioni, con ordinanza deliberata nella stessa Camera di Consiglio del 15 dicembre 2015 ha ritenuto di investire l'Adunanza Plenaria al fine di una eventuale rimediazione delle conclusioni cui la stessa è pervenuta, od interrogare la Corte di Giustizia.

Il principio di diritto enunciato con la sentenza n. 9/2015 dell'Adunanza Plenaria potrebbe, infatti, risultare in contrasto con i principi euro-unitari di matrice giurisprudenziale, della tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, unitamente ai principi di libera circolazione e di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui al Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) nonché con i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza.

Nel caso di specie il Collegio non ritiene tuttavia necessario disporre la rimessione anche della presente controversia, in quanto l'appello va comunque respinto in considerazione

dell'inapplicabilità dei principi stabiliti dalle sentenze n. 3/2015 e n. 9/2015 dell'Adunanza Plenaria.

Infatti la giurisprudenza ha escluso l'applicazione dei suddetti principi non solo agli appalti di servizi di natura prettamente intellettuale (C.d.S., V, 17 giugno 2014, n. 3054; III, 21 novembre 2014, n. 5746), ma anche, in caso di silenzio sul punto da parte della lex specialis di gara, agli appalti di servizi rientranti nelle tipologie di cui all'allegato II B del d.lgs. n. 163/2006, in quanto l'art. 20 dello stesso Codice non reca rinvio alle regole sugli oneri di sicurezza (in tal senso C.d.S., V, 2 ottobre 2014, n. 4907; III, 4 marzo 2014, n. 1030; V, 11 dicembre 2015, n. 5651).

La presente controversia, avente ad oggetto un appalto di servizio per attività di sorveglianza sanitaria, rientra nell'ambito della categoria 25, relativa ai "Servizi sanitari e sociali" dell'allegato II B del d.lgs. n. 163/2006 e quindi è soggetta al suddetto regime derogatorio, che prevede per gli appalti per servizi elencati nel suddetto allegato II B la specifica disciplina sancita dal suindicato art. 20 cod. contr.

7.- L'appello va pertanto respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna le appellanti, in solido tra di loro, al pagamento in favore della Regione Campania delle spese del presente grado di giudizio, che liquida complessivamente in € 4.000,00 (quattromila), oltre accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Sabato Guadagno, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/05/2016

IL SEGRETARIO

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