

N. 00280/2016REG.PROV.COLL.

N. 03079/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 3079 del 2015, proposto da Sirimed s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Andrea Scuderi ed Emiliano Luca, con domicilio eletto presso il primo in Roma, Via Stoppani, n.1;

contro

- Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti Marche Nord, rappresentata e difesa dall'avv. Riccardo Pagani, con domicilio eletto in Roma, Via Angelo Bellani, presso l'avv. Davide Achille;
- ditta Savini Fabio Savini Luca & c. s.n.c., in proprio e quale capogruppo e mandataria di a.t.i., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Vernacchio, con domicilio eletto in Roma, piazza Capo di Ferro, presso il Consiglio di Stato, segreteria della Sezione;

nei confronti di

L' Idea s.r.l., non costituitasi in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. MARCHE - ANCONA: SEZIONE I n. 00157/2015, resa tra le parti, concernente l' affidamento progettazione ed esecuzione lavori per la rifunionalizzazione ed adeguamento blocco operatorio

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell' Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti Marche Nord e della Ditta Savini Fabio Savini Luca & C. s.n.c., in proprio e quale capogruppo e mandataria di a.t.i.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 novembre 2015 il consigliere Bruno Rosario Polito e uditi per le parti gli avvocati Raffaele Ferola, per delega dell'avv. Andrea Scuderi, Riccardo Pagani, in proprio ed anche in delega dell' avv. Giuseppe Vernacchio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando del 19 dicembre 2013 l' Azienda Ospedaliera *Ospedali Riuniti Marche Nord*, indiceva pubblico incanto per l'affidamento dell'appalto relativo alla progettazione esecutiva ed all'esecuzione dei lavori per la rifunionalizzazione ed adeguamento del blocco operatorio al piano interrato dell'ala "Pupita" del P.O. di Fano, da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In esito alla procedura comparativa era dichiarata aggiudicataria provvisoria l' a.t.i. formata dalla ditta Savini Fabio - Savini Luca & C. s.n.c. e da "L'idea s.r.l." (in prosieguo di trattazione a.t.i. Savini) con il punteggio complessivo di 93,95 (dei quali 59,63 su 60 per l'offerta tecnica). Al secondo posto si classificava Sirimed s.r.l. con il punteggio complessivo di 86,73 (dei quali 56,89 per l'offerta tecnica).

L' offerta dell' a.t.i. Savini, superando la soglia dei 4/5 del punteggio massimo sia per gli aspetti qualitativi che per quelli quantitativi, era sottoposta, con esito positivo, alla verifica di congruità prevista dagli artt. 87 e 88 del d.lgs. n. 163 del 2006

Seguiva il provvedimento di aggiudicazione definitiva n. 745 del 21 ottobre 2014 a firma del direttore dell' A.O. *Ospedali Riuniti Marche Nord*.

Avverso l'atto conclusivo della procedura ed ogni altro atto presupposto connesso e/o consequenziale, ivi compresi ove occorra i verbali della commissione giudicatrice, insorgeva avanti al T.A.R. per le Marche la soc. Sirimed, seconda classificata, formulando contestazioni in ordine:

- a) alla mancata presentazione da parte dell' a.t.i. Savini delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione in capo agli amministratori e ai direttori tecnici della Cioni S.r.l., un cui ramo di azienda era stato acquisita dalla ditta Savini nel mese di febbraio 2014,;
- b) al mancato possesso in capo alla società mandataria della certificazione di qualità UNI EN ISO 9000 per le lavorazioni ascrivibili alla categoria OG11, classifica III;
- c) all'aver prestato una cauzione provvisoria dimidiata, nonostante la carenza di idonea certificazione di qualità, in violazione dell'art. 75, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006;
- d) all'inadeguatezza della proposta progettuale dell' a.t.i. Savini, per ciò che concerne gli aspetti organizzativi e funzionali, in quanto scarna e poco chiara nei contenuti, priva dei dettagli costruttivi e di elaborati grafici, delle relative schede tecniche, redatta inoltre in violazione della prescrizione del disciplinare di gara che imponeva l'uso della lingua italiana per tutta la documentazione tecnica, aspetti tutti che rendono ingiustificato l'elevato punteggio assegnato, pari a punti 59,63 sui 60 complessivamente previsti;
- e) alla manifesta incongruità dell'offerta presentata dall' a.t.i. Savini restata priva di giustificazione in sede del procedimento di verifica dell'anomalia.

Con sentenza n. 3079 del 2015 il T.A.R. adito respingeva il ricorso.

Avverso la decisione di rigetto la soc. Sirimed ha proposto atto di appello ed ha contrastato le conclusioni del primo giudice rinnovando le doglianze articolate in primo grado.

Resistono l' Azienda Ospedaliera *Ospedali Riuniti Marche Nord* e l' a.t.i. Savini che, con le rispettive memorie, hanno contraddetto i motivi di appello e concluso per la conferma della sentenza del T.A.R.

In sede di note di replica le parti hanno insistito nelle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 5 novembre 2015 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

2. Con il primo mezzo Sirimed ripropone il motivo disatteso dal T.A.R. secondo il quale l' a.t.i. Savini avrebbe dovuto essere esclusa dal concorso per non aver presentato, in quanto cessionaria di un ramo di azienda della ditta Cioni s.r.l., la dichiarazione sul possesso dei requisiti di moralità personale e professionale in capo agli amministratori e al direttore tecnico dell'impresa acquisita.

Osserva il collegio che la decisione dell' adunanza plenaria n. 10 del 2012 - nel tracciare il percorso ermeneutico di interpretazione estensiva dell'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, volto a comprendere nell'area di verifica dei requisiti di ordine generale per l'affidamento dei contratti pubblici anche i casi di cessione di azienda – nel quadro del principio di *tipicità e tassatività delle cause di esclusione*, che non consente di *introdurre ulteriori e non previste cause ostative alla partecipazione* alle gare, ha dato rilievo in ordine alla fattispecie di cui si discute alla necessità di verificare la *sostanziale continuità del soggetto imprenditoriale a cui* (i requisiti di partecipazione) *si riferiscono, sicché il soggetto cessato dalla carica sia identificabile come interno al concorrente*. Precisa la decisione dell' Adunanza Plenaria che *in caso di mancata presentazione della dichiarazione e sempre che il bando non contenga al riguardo un' espressa comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione*.

Il T.A.R., nel respingere il motivo, ha dato corretta applicazione ai principi che si enucleano dalla decisione dell' A.P. n. 10 del 2012.

Ed invero, sotto un primo profilo, la cessione di cui si controverte ha avuto ad oggetto solo un ramo dell' azienda cedente, riferito alla categoria di lavori OG 2 (restauro e manutenzione di immobili sottoposti a tutela), che non ha inciso sull' originario assetto organizzativo e di gestione della ditta Cioni cedente, restato integro negli organi di governo e di indirizzo tecnico. Non si è determinato, quindi, alcun rapporto di continuità sul piano oggettivo e soprattutto soggettivo, in base al quale possa ipotizzarsi una condizione di influenza dei quadri dirigenziali dell'azienda cedente nei confronti della cessionaria, cui debba ricondursi l'obbligo dichiarativo ex art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Sotto un secondo profilo l' A.P. n. 10 del 2012, in un prudente approccio sostanziale alla questione *de qua*, ha ricondotto la sanzione dell'esclusione ai soli casi in cui effettivamente sussista il difetto del requisito di partecipazione nei confronti degli amministratori con potere di rappresentanza o del direttore tecnico dell'impresa che ha ceduto le risorse aziendali e che la comminatoria di esclusione sia espressamente prevista dalla disciplina di gara (in termini analoghi si è pronunciata la decisione dell' A.P. n. 21 del 2012 nei casi di incorporazione o fusione societaria).

Nel caso di specie nessuna situazione ostativa o pregiudizio penale sono emersi a carico dell' amministratore unico della ditta Cioni, né allegazione è stata data al riguardo.

La *lex specialis* di gara prevedeva, inoltre, l'obbligo di dichiarazione del possesso dei requisiti generali elencati all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 nei soli confronti degli amministratori delle società partecipanti cessati dalla carica nell' anno antecedente alla pubblicazione del bando , senza prendere in considerazione i casi di cessione di azienda o di ramo aziendale. Segue il perfetto affidamento della soc. Sirimed sulla regolamentazione di gara e sugli oneri da essa derivanti in sede di domanda di ammissione, restando impedita, in base al principio di tassatività delle cause di esclusione che si enuclea dall'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, ogni statuizione espulsiva non riconducibile al quadro normativo sui pubblici appalti e tantomeno a provvedimenti di esso attuativi.

2.1. Non va condiviso il secondo motivo di appello con il quale la soc. Sirimed sostiene il difetto di idoneità tecnica dell' a.t.i. Savini all'esecuzione delle opere in affidamento, perché non in possesso della certificazione di qualità UNI EN ISO 9000 per i lavori della categoria OG11 classifica III.

Al riguardo le parti resistenti hanno documentato la produzione di attestazione SOA riferita ad una pluralità di categorie e classifiche di qualificazione, comprensive della OG11 classe.

Ai sensi dell'art. 40, comma 3, lett. a), del d.lgs. n. 163 del 2006 il rilascio della SOA presuppone il possesso in capo ai soggetti qualificati della *certificazione di sistema di qualità alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 e alla vigente normativa nazionale rilasciata da soggetti accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e UNI CEI EN ISO/IEC 17000*.

Precisa l'art. 63, comma 3, del d.P.R. n. 207 del 2010 *che il possesso della certificazione di qualità aziendale, rilasciata da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie della certificazione di qualità UNI CEI EN ISO/IEC 17000 al rilascio della certificazione nel settore delle imprese di costruzione, è attestato dalle SOA*

La certificazione SOA prodotta dall' a.t.i. convenuta dà prova del possesso a monte dell' attestazione di qualità aziendale secondo il sistema di qualità UNI EN ISO 9000. Tale conclusione trova testuale conferma nel punto 11.1 del disciplinare di gara che, oltre la separata certificazione, individua l' *attestato SOA* come mezzo per la dimostrazione del possesso della certificazione del sistema di qualità.

2.2. Una volta acclarato il possesso del requisito di qualità l'importo della garanzia a corredo dell'offerta poteva essere ridotto nella misura del 50 %, ai sensi dell'art. 75, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006. Segue l'infondatezza del terzo motivo di appello, che investe il *quantum* della garanzia prestata, muovendo dall'insussistenza dei presupposti per avvalersi del beneficio della dimidiazione.

3. Con il quarto motivo la soc. Sirimed reitera il complesso di doglianze tese a dimostrare l' inadeguatezza e l' incompletezza nel suo complesso dell'offerta tecnica dell' a.t.i. Savini, tali da tradursi in una sostanziale inammissibilità dell'offerta stessa, restando quindi inficiato il giudizio valutativo di segno positivo espresso dalla commissione giudicatrice.

3.1. Il collegio reputa di condividere la conclusione cui è pervenuto il primo giudice, muovendo dalla metodologia del confronto a coppie delle offerte prodotte dalle ditte partecipanti osservata dalla commissione per la formulazione dei giudizi di merito tecnico.

In tale ipotesi, invero, il livello qualitativo dell'offerta scaturisce dai singoli segmenti procedurali in cui ha avuto luogo la valutazione delle due offerte prese in considerazione ed il punteggio non può essere messo in discussione introducendo, in via trasversale, come parametro valutativo i contenuti di altra offerta non presa in considerazione al momento del confronto.

3.2. La società appellante valorizza, inoltre, il maggior dettaglio, esaustività, completezza della propria proposta tecnica, rassegnata in 16 complessivi elaborati, grafici, schede tecniche e tre relazioni composte da oltre 110 pagine, rispetto al più ridotto contenuto ed agli scarni criteri redazionali ed espositivi osservati dall' a.t.i. Savini, per un totale di 17 pagine, due elaborati grafici, tre relazioni e 5 schede tecniche, alcune delle quali totalmente in inglese.

Osserva il collegio che il punto 12.2 del disciplinare gara indicava i contenuti essenziali della relazione, riferiti in particolare per oggetto all'organizzazione funzionale, all' aspetto prestazionale ed ai materiali utilizzati.

Il metodo redazionale osservato - in un caso più analitico, in altro caratterizzato da sinteticità - non può costituire vizio dell'offerta, in assenza di specifici limiti al riguardo dettati a pena di esclusione, né un maggior impegno espositivo e descrittivo può essere elevato ad indice per l'attribuzione di un più elevato punteggio.

3.3 Analoghe considerazioni valgono in ordine all'obbligo di produrre tutta la documentazione in lingua italiana (punto 8.4. del disciplinare), posto che la redazione in lingua inglese (di diffusa conoscenza) di taluni *depliant* illustrativi dei prodotti può, tutto al più, costituire presupposto per l'attivazione di un procedimento di regolarizzazione, ai sensi dell'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, con richiesta di traduzione, ma non esplicare effetto invalidante dell'offerta nel suo complesso ad impedimento del suo esame.

3.4. La soc. Sirimed introduce una serie di considerazioni volte a sostenere evidenti carenze dell'offerta progettuale dell' a.t.i. Savini, tali da renderla al di sotto degli *standard* previsti dal disciplinare di gara e che, a suo dire, farebbero emergere una sopravvalutazione del punteggio assegnato in raffronto ai più qualificati contenuti della propria offerta invece graduata al secondo posto.

3.5. In ordine all'ultimo profilo di doglianza va ribadito quanto già illustrato al precedente punto 3.1 della presente motivazione, e cioè che in presenza della metodologia di valutazione basata sul confronto a coppie non può invocarsi, a sostegno della non congruità del punteggio assegnato, un'offerta diversa da quella assunta a parametro di raffronto in quella sede.

3.6. La soc. Sirimed contesta le soluzioni progettuali rassegnate dall' a.t.i. Savini, per l'inidoneità dei percorsi c.d. sporco/pulito per accedere alle sale operatorie e per l' eliminazione di due ambienti previsti nel progetto a base di gara.

Risulterebbero, inoltre, carenze in ordine ai sistemi di schermatura a protezione delle radiazioni provenienti da apparecchiature con tecnologia IORT; all'omessa indicazione delle caratteristiche delle pareti antibatteriche, difforni per finiture e qualità da quelle previste nel progetto base; alla descrizione dell'impiantistica e della sua integrazione con quella esistente.

Le doglianze formulate – nella misura in cui muovono dal raffronto dell'offerta dell' a.t.i. Savini con quella prodotta dall' appellante - introducono valutazioni di merito tecnico tese a dequotare singoli aspetti ed elementi contenutistici dell'offerta formulata dall' a.t.i. controinteressata, che restano estranee all'economia del presente giudizio di legittimità, che non può dare luogo alla riedizione del confronto competitivo.

In punto di fatto le planimetrie prodotte in giudizio dalla resistente Azienda Ospedaliera mostrano che nel progetto dell' a.t.i. Savini è stato tenuto conto della separazione fra i percorsi c.d. sporco/pulito.

Quanto alla distribuzione e destinazione di alcuni locali la progettazione definitiva posta a base di gara non si presentava vincolante in assoluto per il concorrente, essendo consentite dall'art. 5 del disciplinare varianti sia come distribuzione funzionale, sia come elementi strutturali e di finitura, e ciò vale anche per le scelte effettuate in ordine alle pareti divisorie ed ai materiali utilizzati.

L' idoneità delle misure di radioprotezione è stata asseverata dall' a.t.i. Savini – secondo quanto prescritto dall'art. 12.2 lett. c) del disciplinare - a mezzo di apposita ed articolata relazione specialistica a firma di ingegnere nucleare esperto nel settore e le conclusioni ivi rassegnate non trovano contestazione in atti di professionista parimenti qualificato.

3.7. A sostegno della lamentata sopravvalutazione dell'offerta tecnica la soc. Sirimed pone, inoltre, in rilievo carenze nel contenuto della relazione prevista alla lett. d) del punto 12.2 del disciplinare di gara.

Osserva il collegio che si tratta di una delle componenti dell'offerta da redigersi con regola *sintetica*, secondo quanto indicato nel disciplinare. Alla relazione in questione non può, quindi, ricondursi un ruolo di pedissequa ripetizione degli obblighi di prestazione già indicati nel capitolato, salvo gli aspetti migliorativi cui è dato rilievo.

4. In ordine alle censure che investono la congruità dell'offerta dell' a.t.i. Savini risulta in atti che il giudizio dell' Amministrazione è intervenuto dopo l'acquisizione e verifica degli elementi giustificativi prodotti dall'impresa aggiudicataria, che hanno investito i tratti essenziali e significativi dell'offerta, e ciò esclude ogni lamentato difetto istruttorio nella fase procedimentale *de qua*.

4.1. Quanto all' adeguatezza e sufficienza della motivazione dell'atto di giudizio, per concorde indirizzo in giurisprudenza la stazione appaltante è onerata a fornire una motivazione puntuale solo laddove intenda respingere le giustificazioni presentate e non qualora intenda accettarle, potendo in tal caso la sua valutazione essere motivata per implicito in relazione alle stesse giustificazioni prodotte (*ex multis* Cons. Stato, Sez. VI, n. 6154 del 2014; n. 5890 del 2014).

4.2. La soc. Sirimed lamenta l' eccessiva riduzione in sede di giustificazioni dell'utile di impresa, commisurato dall' a.t.i. Savini al 5 % del corrispettivo.

, La conclusione del primo giudice che ha disatteso la doglianza della ricorrente trova conforto in conforme giurisprudenza secondo la quale anche un utile all'apparenza modesto può comportare un vantaggio significativo, sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa (il mancato utilizzo dei fattori produttivi è comunque un costo), sia per la qualificazione, la pubblicità, il *curriculum* derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e dall'aver portato a termine un appalto pubblico (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, n. 3137 del 2015; Sez. V, n. 3785 del 2014), cosicché nelle gare pubbliche non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulti pari a zero (cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 2953 del 2015; Sez. III, n. 5128 del 2015).

4.3. La società appellante individua quali elementi che avrebbero dovuto condurre alla dichiarazione di incongruità dell'offerta, la mancata analisi di tutte le voci aggiuntive al progetto posto a base di gara, nonché l' omessa documentazione con elementi di comparazione dell'analisi dei prezzi offerti in diminuzione.

Rileva il collegio che la giurisprudenza è concorde nel ritenere che nelle gare di appalto la valutazione da parte della stazione appaltante della congruità dell'offerta comporta un approccio globale e sintetico, e cioè una valutazione dell'offerta nel suo complesso, non parcellizzato ad individuate voci di prezzo ritenute incongrue, che singolarmente possono non assumere una portanza decisiva sull'offerta economica nel suo insieme - tale da rendere non plausibile e carente di affidabilità l'intera operazione economica - e che possono trovare bilanciamento in altri elementi dell'offerta (*ex multis* Cons. Stato, Sez. VI, n. 963 del 2015; Sez. V, n. 1667 del 2014).

Si versa, inoltre, a fronte di un giudizio espressione di una sfera di discrezionalità tecnica, suscettibile di solo sindacato esterno. Ciò vale per i ribassi offerti in talune voci di prezzo, in ordine ai quali non sono offerti dalla ricorrente elementi di comparazione a dimostrazione della loro evidente e manifesta illogicità e incongruità e, in ogni caso, la loro incidenza decisiva sull'economia complessiva dell'offerta.

Non si configura, infine, inconferente il rilievo dato dal primo giudice, con autonomo apprezzamento, alle economie di scala realizzabili dall' a.t.i. aggiudicataria per la vicinanza della sede della società capogruppo al luogo di esecuzione dell'appalto ed a lavori in corso in altri presidi ospedalieri nella Regione Marche che, agli effetti predetti, non devono presentare assoluta identità con quelli oggetto dell'affidamento di cui si controverte.

Per le considerazioni che precedono l'appello va respinto.

In relazione ai particolari profili della controversia spese e onorari del giudizio possono essere compensati fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Sergio Fina, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/01/2016

IL SEGRETARIO