



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 5019 del 2011, proposto da:
Draeger Medical Italia S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Riccardo Carboni,
Giuseppe Inglese, con domicilio eletto presso Gianluca Contaldi in Roma, via
Pierluigi da Palestrina, 63; RVM Impianti S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv.
Giuseppe Inglese, con domicilio eletto presso Mario Contaldi in Roma, via
Pierluigi da Palestrina, 63;

contro

Asl n.1 - Imperiese, rappresentata e difesa dagli avv. Ernesto Lavatelli, Anna
Lagonegro, con domicilio eletto presso Anna Lagonegro in Roma, via Boezio, 92;

nei confronti di

Maquet Italia S.p.A., Siram S.p.A., Ar.Co.Lavori Società Cooperativa Consortile,
Favero Health Projects S.p.A., rappresentate e difese dall'avv. Daniele Spinelli, con
domicilio eletto presso Daniele Spinelli in Roma, piazza dell'Orologio, 7;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LIGURIA - GENOVA: SEZIONE II n. 00654/2011, resa tra le parti, concernente DELIBERA AGGIUDICAZIONE N.861/2010 DI PROCEDURA RISTRETTA/LICITAZIONE PRIVATA PER L'AFFIDAMENTO REALIZZAZIONE NUOVO BLOCCO OPERATORIO OSPEDALIERO. RIS. DANNI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Asl N.1 - Imperiese e di Maquet Italia S.p.A. e di Siram S.p.A. e di Ar.Co.Lavori Società Cooperativa Consortile e di Favero Health Projects S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2011 il Cons. Lanfranco Balucani e uditi per le parti gli avvocati Carboni, Inglese, Lagonegro, Marcone su delega di Spinelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso proposto dinanzi al TAR Liguria DRAEGER Medical Italia s.p.a. ha impugnato gli atti con cui la ASL n.1 Imperiese ha aggiudicato l'appalto per la realizzazione del nuovo blocco operatorio dell'Ospedale di Sanremo a MAQUET Italia s.p.a., che nella graduatoria finale ha preceduto la ricorrente società.

Con sentenza 20 aprile 2011, n. 654, resa in forma semplificata, il TAR adito ha ritenuto fondato il ricorso incidentale proposto da MAQUET con il quale si deduceva che l'offerta di DRAEGER, stante l'errato calcolo dell'IVA (al 10% anziché al 20%), sfiorava il tetto massimo dell'importo posto a base d'asta violando in tal modo le clausole della lex specialis; ha pertanto dichiarato inammissibile il ricorso principale di DRAEGER.

Con il presente atto di appello DRAEGER censura il disposto accoglimento del ricorso incidentale sotto due distinti profili:

- in quanto le prescrizioni contenute nella legge di gara e ribadite dalla stazione appaltante in sede di chiarimenti indicano l'IVA applicabile a tutto l'appalto nella misura agevolata del 10%;

- in quanto l'eventuale errore non poteva condurre alla esclusione dalla gara, ma semmai poteva essere rilevante ai fini della valutazione della anomalia della offerta.

DRAEGER ha poi contestato la fondatezza dei motivi del ricorso incidentale non esaminati dalla sentenza impugnata ove si lamentava:

- che dagli elaborati progettuali di DRAEGER non sarebbe possibile evincere con chiarezza ed immediatezza il numero di sale operatorie proposte nella tipologia del prefabbricato;

- che sarebbe inadeguato il sistema di sterilità offerto da DRAEGER.

Infine ha riproposto i motivi di gravame già dedotti in primo grado avverso il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto in favore di MAQUET. I motivi attengono ad asserite violazioni della *lex specialis* in relazione alla offerta presentata da MAQUET, e possono essere così riassunti:

- a) il capitolato speciale d'appalto prevedeva una percentuale presunta del 60% per le forniture e del 40% per i lavori, mentre l'offerta di MAQUET presenta una incidenza del costo dei lavori del 57,28%;

- b) nonostante il capitolato speciale prevedesse un vincolo relativamente all'area destinata al nuovo complesso ospedaliero, è stato realizzato un ampliamento dell'area di intervento di circa 17 mq.;

- c) l'offerta di Maquet è carente di alcune dotazioni minime: è previsto un solo termodisinfettore invece di due; manca la trave testaleto; non v'è nemmeno una sala operatoria dotata di classe di sterilità ISO 5;

d) la offerta stessa contiene soluzioni non idonee relativamente a: quadri elettrici, filtro ingresso pazienti, locale bonifica carrelli, fasi di lavorazione, prezzario di base, informatica.

Con successive memorie le parti hanno puntualizzato le rispettive tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 16.12.2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - E' fondato il motivo di appello con il quale viene censurato quanto statuito dal TAR in ordine al ricorso incidentale di MAQUET.

Con il motivo di ricorso condiviso dal primo giudice il ricorrente incidentale aveva denunciato che calcolando correttamente l'IVA (al 20% anziché al 10% con riferimento alle prestazioni per la progettazione, direzione dei lavori e coordinamento della sicurezza) la offerta di DRAEGER veniva a superare l'importo posto a base d'asta, e conseguentemente avrebbe dovuto essere esclusa.

Al riguardo deve anzitutto rilevarsi che DRAEGER si è pienamente conformata alle prescrizioni poste dalla lex specialis secondo cui l'offerta complessiva di ciascun concorrente doveva essere "in ribasso rispetto alla base d'asta fissata in euro 2.500.000,00 IVA al 10% inclusa". L'offerta di DRAEGER è stata infatti di 2.498.701,94, IVA inclusa.

E' vero che nella formulazione dell'offerta dovevano essere indicate, in aggiunta al prezzo complessivo, le singole componenti di prezzo, ed in tale sede sarebbe stata calcolata erroneamente l'IVA al 10% con riferimento alle spese tecniche. Ma, in disparte la considerazione che erano stati gli stessi atti di gara ad indicare l'aliquota del 10% e che tale misura era stata confermata anche in sede di chiarimenti forniti dalla stazione appaltante, deve comunque ritenersi che il calcolo dell'IVA al 10% anziché al 20% non avrebbe potuto condurre alla esclusione dalla gara, rimanendo comunque ferma l'offerta economica complessiva nei limiti dell'importo posto a base d'asta.

Dal momento che le singole componenti del prezzo dovevano essere formulate ai fini della verifica della anomalia della offerta, la indicazione di una aliquota IVA inferiore a quanto stabilito per legge (per talune voci) avrebbe avuto solo l'effetto di riassorbire all'interno del prezzo totale di euro 2.498.701,94 la differenza tra l'IVA calcolata e quella dovuta, e dunque avrebbe potuto semmai incidere ai fini della verifica della anomalia dell'offerta.

Ne consegue l'infondatezza del motivo dedotto con il ricorso incidentale e la ammissibilità del ricorso principale di DRAEGER:

2. - Ritiene nondimeno il Collegio che il ricorso di quest'ultimo debba essere respinto stante la palese infondatezza dei motivi ivi dedotti.

2.1 - Con il primo motivo era stata denunciata la difformità dell'offerta di MAQUET rispetto al capitolato speciale – che qualificava la gara come “appalto di fornitura misto” con una percentuale presunta di fornitura del 60% -, posto che detta offerta prevedeva una incidenza del costo dei lavori pari al 57,28%.

Ma la censura non può essere condivisa in quanto muove dall'erroneo presupposto che criterio guida per individuare l'oggetto del contratto nel caso di contratti misti caratterizzati anche dalla previsione dei lavori, sia quello quantitativo.

Come ha avuto occasione di rilevare la giurisprudenza (cfr. Cons. St. V, 30 maggio 2007, n. 2765) negli appalti misti, al fine di individuare la disciplina da applicare non viene in rilievo l'aspetto quantitativo delle prestazioni, ma il carattere accessorio o meno delle prestazioni. Pertanto nella fattispecie in esame la percentuale più elevata del costo dei lavori non vale a modificare l'oggetto dell'appalto, stante che nell'appalto in esame, destinato essenzialmente alla “fornitura di tutti i componenti...per il corretto e razionale funzionamento del blocco operatorio”, come specificato nel capitolato, hanno un ruolo accessorio rispetto al valore delle forniture essendo strumentali alla installazione di quanto necessario per il funzionamento delle sale operatorie.

E' dunque del tutto influente sull'inquadramento dell'appalto come fornitura la circostanza che le percentuali di forniture e lavori siano diverse da quelle indicate in via presuntiva dalla stazione appaltante, né per tale ragione la offerta di MAQUET può ritenersi difforme dagli atti di gara.

2.2 - Infondato è il secondo motivo del ricorso principale con il quale DRAEGER deduce la violazione di “vincoli inderogabili” con riferimento all'asserito ampliamento dell'area destinata al nuovo complesso operatorio, di circa 17 mq.

La censura in esame non tiene conto, infatti, che la misura dell'area in questione era indicata in modo approssimativo essendo specificato che essa comprende “una superficie lorda di ampliamento complessivamente pari a circa 350 mq. oltre agli spazi entro i quali insiste attualmente un blocco operatorio di due sale...”; sì che il modesto ampliamento di mq.17 (secondo la prospettazione del ricorrente) non risulta incompatibile con l'indicazione non del tutto precisa della superficie anzidetta.

2.3 - Quanto poi alla censura di cui al terzo motivo, secondo cui l'offerta di MAQUET sarebbe stata carente di alcune dotazioni minime, la stessa appare infondata in punto di fatto.

Come ha puntualmente rilevato l'Azienda nella sua memoria difensiva, non contestata da DRAEGER, non corrisponde al vero:

- che MAQUET avrebbe offerto un solo termo disinfettore, poiché nella documentazione allegata alla sua offerta ne sono invece previsti due;
- che non abbia offerto travi testaleto, perché dalla stessa documentazione risultano invece presenti nella offerta;
- che l'offerta non contenga la fornitura di alcuna sala operatoria dotata di sterilità ISO 5, essendo invece previsto che nella sala operatoria n.1 sarà installato un plafone filtrante per garantire i requisiti ISO 5.1.

2.4 - Infine non può essere condiviso l'ultimo motivo di gravame con il quale si deduce che l'offerta di MAQUET presenterebbe soluzioni non idonee relativamente ad una serie di elementi (quadri elettrici, filtro ingresso pazienti, ecc...), sia perché trattasi di rilievi del tutto generici che non incidono sulla validità della offerta, sia perché la idoneità delle soluzioni offerte è comunque riservata alle valutazioni della Commissione giudicatrice.

3. - Per quanto precede, stante la ritenuta infondatezza dei motivi dedotti con il ricorso introduttivo, e riproposti in questa sede, l'appello di DRAEGER deve essere respinto, e per l'effetto deve essere confermata la sentenza di primo grado anche se con diversa motivazione, dovendosi dichiarare infondato anziché inammissibile il ricorso introduttivo.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di giudizio tra le parti in causa.

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 con diversa motivazione la sentenza appellata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Luigi Lodi, Presidente

Lanfranco Balucani, Consigliere, Estensore

Salvatore Cacace, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/02/2012

IL SEGRETARIO

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