

N. 05433/2009 REG.DEC.

N. 05614/2008 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso in appello numero di registro generale 5614 del 2008, proposto dalla: società per azioni Siemens, con sede in Milano, in persona dell'ingegner Vincenzo Giori, amministratore delegato e dell'avvocato Maurizio Biassoni, in proprio e nella qualità di capogruppo del raggruppamento temporaneo di imprese (RTI o ATI) con le società Impresa Giunta s.r.l., Ignazio Ali s.p.a., Master Elettronica s.r.l. e Thermitalia s.r.l., appresentata e difesa dagli avvocati Giuliano Berruti, Vittorio Nosedà e Franco Gaetano Scoca, con domicilio eletto presso l'avvocato Franco Gaetano Scoca in Roma, via Giovanni Paisiello 55;

contro

la società per azioni Ge Medical Systems Italia, con sede in Milano, e l'impresa individuale Edilminniti di G. Minniti, con sede in Reggio Calabria, costituitisi in giudizio in persona, rispettivamente, del signor Vito Anelli, presidente, e del titolare, signor Giovanni Minniti, rappresentate e difese dagli avv. Natale Carbone, Giovanni Iorda e Giovanni Leone, con domicilio eletto presso l'avvocato Natale Carbone in Roma, via Germanico 172;

nei confronti di

- l'Azienda Ospedaliera Bianchi Melacrino Morelli, con sede in Reggio Calabria, non costituita in giudizio;
- l'associazione temporanea di imprese (ATI) tra le società per azioni Philips Medical Systems, con sede in Milano, mandataria, Arcobaleno Lavori e Mucciola Piero, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, 27 luglio 2008 n. 408, che ha annullato l'aggiudicazione definitiva all'ATI da costituire tra la società Siemens e le altre sopra indicate, disposta con atto 21 settembre 2007 del direttore

generale dell'azienda ospedaliera Bianchi-Melacrino- Morelli, dell'appalto delle opere nel complesso denominate "progetto OORR 12".

Visto il ricorso in appello contro il dispositivo di sentenza 4 giugno 2008 n. 2 e i successivi motivi aggiunti contro la sentenza;

visti il controricorso, l'appello incidentale e la memoria difensiva della società Ge Medical Systems Italia e dell'impresa Edilminniti di G. Minniti

vista la propria ordinanza 26 agosto 2008 n. 4568, con la quale è stata respinta l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata;

visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

relatore, nell'udienza pubblica del giorno 26 giugno 2009, il consigliere Filoreto D'Agostino e uditi per le parti i difensori indicati nel verbale d'udienza;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

L'Azienda ospedaliera Bianchi Melacrino Morelli di Reggio Calabria indiceva, con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee del 28 dicembre 2006 e successivamente modificato, una gara aperta di forniture i lavori di sola esecuzione per la realizzazione del progetto OORR/12 "Cardiochirurgia del centro cuore degli Ospedali riuniti di Reggio Calabria".

L'originaria sola esecuzione veniva, infatti, modificata in progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori a seguito di deliberazione del direttore generale n. 245 del 2 aprile 2007. La procedura selettiva (indicata anche come appalto concorso) indicava, giusta le prescrizioni del disciplinare, il criterio di aggiudicazione in quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla selezione partecipavano tre raggruppamento di imprese rispettivamente con capogruppo mandataria Siemens s.p.a., Ge Medical System Italia s.pa. e Philips Medical System s.p.a.

La selezione si concludeva con il provvedimento di aggiudicazione a favore dell'odierna appellante, impugnato avanti il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria - Sezione staccata di Reggio Calabria - da Ge medical system Italia s.pa.

Seguiva una complessa vicenda processuale nella quale il giudice di primo grado disponeva consulenza tecnica affidata al professor Marcello Benassi.

In esito alla disposta perizia il giudice di prime cure riteneva fondato il ricorso di Ge Medical System, la quale assumeva essere i progetti delle controinteressate non conformi alle prescrizioni di gara con specifico riferimento sia alla schermatura con pannelli di 2 mm di piombo delle pareti

delle sale Emodinamica 2, locale "02 e Emodinamica 1, locale E04 sia con riguardo alla schermatura radiofrequenza del locale E10 destinato ad elettrofisiologia.

Avverso quella decisione ha proposto appello l'aggiudicataria contestando le conclusioni raggiunte dal Tribunale amministrativo, soprattutto per quel che riguarda la ritenuta difformità dal progetto guida elaborato dall'Azienda sanitaria.

Si sono costituiti l'impresa ricorrente in primo grado e l'Azienda intimata, che, nel frattempo, in spontanea esecuzione della pronuncia qui in contestazione, ha riformulato la graduatoria ed affidato l'appalto misto all'Ati costituita da Ge Medical System ed Edil Minniti.

All'udienza di discussione i patroni delle parti hanno richiesto l'accoglimento delle rispettive conclusioni.

DIRITTO

L'appello è infondato e va respinto.

Le questioni sottoposte all'esame del Collegio concernono la conformità delle conclusioni alle quali è pervenuto il giudice di primo grado che, nell'esaminare una vertenza relativa all'aggiudicazione di un appalto misto di forniture, progettazione esecutiva e lavori per la realizzazione del progetto relativo alla cardiocirurgia degli Ospedali riuniti di Reggio Calabria, ha ritenuto contraria alle prescrizioni di gara la progettazione dell'appellante con peculiare riguardo alla schermatura delle pareti delle sale Emodinamica 1 e 2 nonché del locale destinato ad elettrofisiologia.

Le conclusioni in parola non sono tuttavia il frutto di una dissertazione scientifica del giudice di prime cure, ma costituiscono l'esito di un giudizio asseverato dalla funzione di consulente tecnico conferita ad un esperto della materia.

Quest'ultimo ha risposto ai quesiti del tribunale che nelle planimetrie esaminate della Siemens erano chiaramente indicate le schermature in piombo da installare, ma che non si rinveniva nel computo metrico estimativo nessuna valutazione della predetta schermatura. Inoltre il C.t.u. rispondeva negativamente al quesito relativo all'installazione della schermatura radiofrequenza, aggiungendo, anche in questo caso, che nulla risultava in proposito dal citato computo metrico estimativo.

Sulla base di queste affermazioni, che lascerebbero uno spazio quanto meno contestativo alla decisione del giudice di primo grado di considerare mancanti sia le schermature delle pareti (per mancata coerente indicazione del costo delle opere), si sviluppano le doglianze di Siemens s.p.a.

La prima censura concerne la mancata valutazione, da parte del Tar, della natura della procedura di gara, che il disciplinare indica all'articolo 1 nell'appalto concorso.

La specifica procedura è una forma di gara utilizzata quando l'amministrazione ha necessità di avvalersi di imprese particolarmente idonee a predisporre progetti di opere che, caratterizzate da obiettiva complessità tecnica, richiedano profonda competenza ed abilità costruttiva ed inventiva non possedute dalla stazione appaltante; la sua finalità è, pertanto, quella di selezionare un progetto, oltre che per l'aspetto finanziario, anche in relazione all'idoneità al caso concreto delle soluzioni progettuali offerte dal concorrente (C.d.S., VI, 11 maggio 2005, n. 2392).

Ove si fosse vagliata la *lex specialis* della gara alla stregua di tale presupposto, molto probabilmente non si sarebbe disposta la C.t.u.

Secondo l'appellante vi è stata una inversione logica così che sono state considerate decisive prescrizioni prive di tale valore nel disciplinare così che, in esito a ciò, il giudice amministrativo ha finito per sovrapporre il proprio apprezzamento a quello della stazione appaltante e della Commissione giudicatrice.

Tutta l'argomentazione del primo motivo si fonda, in definitiva, sulla natura della gara, indicata come appalto concorso.

La Sezione rileva che, alla luce di quanto prevede il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, l'appalto concorso non è più previsto quale metodo di aggiudicazione degli appalti pubblici. Il riferimento contenuto nel disciplinare (in particolare: art. 1) deve essere letto per quello che probabilmente è: un refuso frutto di una predisposizione del bando di qualche mese antecedente la pubblicazione dello stesso (l'anno è il 2006, nella seconda metà del quale è entrato in vigore il codice dei contratti pubblici).

Il metodo correttamente indicato nella comunicazione pubblicata sulla G.U.C.E. è costituito dall'offerta economicamente più vantaggiosa, nell'ambito di previsioni perfettamente coerenti alle previsioni degli articoli 14, 15, 53, 54, 55 e 83 del citato decreto legislativo n. 163/2006. Rispetto a tali precetti è scomparsa la previsione dell'appalto concorso, il quale non può essere invocato per l'indubbio contrasto con la nuova struttura e funzione delle metodiche contrattuali ammesse dallo stesso codice recato nel citato decreto legislativo n. 163/2006 più volte corretto.

Cade, pertanto, l'argomento presupposto dell'intero mezzo e, con esso, la teorica di una possibile divergenza tra progetto guida elaborato dalla Azienda sanitaria locale e progettazione esecutiva, che deve, per contro, porsi in assoluta aderenza a quello.

Tali osservazioni si estendono anche a buona parte del secondo motivo d'appello (come specificato nei motivi aggiunti), che presuppone, proprio in ragione dello specifico strumento costituito dall'appalto concorso, la possibilità di un adeguamento successivo alle prescrizioni recate nel progetto guida proposto dall'Amministrazione. Ciò non è più consentito dall'ordinamento del settore e questa osservazione travolge ogni rilievo volto a immettere nella materia una figura procedurale ormai espunta.

A completamento della disamina del secondo mezzo si rileva come assuma maggior rilievo e obiettivamente rinforzi la metodica esegetica seguita dal primo giudice la rilevanza del computo metrico estimativo come elemento proprio del progetto esecutivo e, sotto questo riguardo, idoneo a individuare gli elementi propri dell'offerta tecnica in sé considerati.

Ne consegue che, contrariamente a quanto prospettato, la sentenza impugnata ha fatto, sotto questo riguardo, buon uso delle norme relative alla progettazione esecutiva e ha correttamente individuato nel computo metrico estimativo lo strumento utile per valutare la presenza oggettiva, la congruità e la conformità degli elementi dei quali si compone l'offerta tecnica.

Si tratta, invero, di elementi strutturali e funzionali di immediata operatività (le schermature di ambienti esposti a radiazioni), rispetto ai quali non è concesso alcun sindacato di idoneità progettuale quale espressione paradigmatica della discrezionalità tecnica.

Le mancanze riscontrate non costituiscono, in altre parole, un lieve scostamento in sede di offerta tecnica (C.d.S., VI, 19 luglio 2007, n. 4043), per la precisa funzione di presidio della salute degli operatori e degli utenti che alle schermature in questione è agevolmente riconosciuta.

Deve concludersi sul punto per la vincolatività del progetto predisposto dalla p.a. (C.d.S., IV, 26 maggio 2006, n. 3190 e 3192), tale da non lasciare spazio ad una autonoma valutazione tecnico discrezionale, senz'altro praticabile (C.d.S.; V; 21 gennaio 2009, n. 282) laddove le carenze riguardino l'idoneità generale del progetto e non già la presenza di specifici e necessari presidi di tutela della salute.

Va, infine, respinto il tentativo dell'appellante di riproporre una lettura delle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio diversa da quella resa palese nel relativo documento e utilizzata dal tribunale amministrativo reggino per valutare la difformità rispetto al progetto guida.

Ove questa Sezione seguisse tale impostazione, si finirebbe per travolgere quanto accertato in sede istruttoria da professionista particolarmente qualificato e si modificherebbe sulla base di giudizi privi del necessario supporto la realtà accertata da quel soggetto.

Quest'ultima metodica è certo da evitare, anche perché, per la natura eminentemente tecnica e specializzata della materia, ogni affermazione in senso contrario si rivelerebbe sostanzialmente arbitraria.

Sembra tuttavia equo, tenuto conto della difficoltà di conoscere le ragioni che si opponevano all'aggiudicazione a favore dell'appellante, di compensare interamente le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quinta, respinge l'appello.

Spese compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Raffaele Carboni, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Consigliere

Filoreto D'Agostino, Consigliere, Estensore

Gabriele Carlotti, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/09/2009

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

Il Direttore della Sezione

LAVORI PUBBLICI