



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna**  
**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1197 del 2010, proposto da:  
Promos S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Domenico Greco,  
Pierpaolo Salvatore Pugliano, Federico Tedeschini, con domicilio  
eletto presso Luigi Billi in Bologna, via Saragozza 26 -Palazzo  
Albergati;

***contro***

Azienda Usl Bologna-U.O.C. Acquisti, Azienda Ospedaliera  
Universitaria di Bologna S.Orsola-Malpighi, Azienda Ospedaliera  
Universitaria di Ferrara S.Anna; Azienda U.S.L. di Bologna,  
rappresentato e difeso dagli avv. Stefano Argnani, Rosaria Russo  
Valentini, con domicilio eletto presso Maria Rosaria Russo Valentini  
in Bologna, via Marconi 34;

***nei confronti di***

Bi-Medica S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Gabriele Terzi, Federica Terzi, con domicilio eletto presso Giovanni Delucca in Bologna, via D'Azeglio N.39;

***per l'annullamento***

della Determina prot.54 del 3 agosto 2010, con la quale l'Azienda USL di Bologna ha disposto l'aggiudicazione definitiva in favore della Bi-Medica Srl della procedura ristretta n.31/2010 per la fornitura di sistemi per lo smaltimento di rifiuti biologici per l'Azienda USL di Bologna, l'Azienda ospedaliero-universitaria di Bologna Sant'Orsola Malpighi e l'Azienda ospedaliero-universitaria di Ferrara Sant'Anna;

-della nota prot.n.99670/05-01 del 4 agosto 2010, con la quale la Amministrazione aggiudicatrice ha comunicato - ai sensi dell'art.79 D.Legs n.163/2006 e s.m.i. - l'aggiudicazione definitiva disposta in favore della Bi Medica Srl;

-di tutti i verbali di gara, nella parte in cui è stata ammessa alla procedura la controinteressata; sono stati attribuiti i punteggi massimi alla Bi Medica; è stata collocata al primo posto la Bi - Medica;

-di ogni altro atto presupposto, connesso e comunque consequenziale; ancorchè di data e tenore sconosciuti, che incidano sfavorevolmente nella sfera giuridica della ricorrente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda U.S.L. di Bologna

e di Bi-Medica S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 maggio 2011 il dott. Alberto Pasi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

Oggetto di ricorso è l'aggiudicazione a Bimedica s.r.l., da parte di Azienda USL Bologna e altri, della fornitura quinquennale di sistemi di smaltimento biologici per un totale di Euro 4.504.760, unitamente ai verbali di gara, nelle parti in cui è stata ammessa, valutata e classificata prima Bimedica srl con punti 98/100 contro gli 89.29/100 della seconda classificata Promos s.p.a., odierna ricorrente.

Riferisce la ricorrente che mentre nell'offerta economica è indicato come costo di manutenzione e noleggio delle apparecchiature l'importo annuale di zero euro, nell'offerta tecnica è indicato un dettagliato e dispendioso servizio di manutenzione/assistenza affidato a una ditta esterna.

Di conseguenza la Commissione di gara avrebbe dovuto escludere dalla gara la Bi Medica per l'assoluta contraddittorietà tra offerta economica e offerta tecnica.

Inoltre è stata premiata con il massimo punteggio tecnico una

macchina che, a distanza di quasi due mesi, non riesce ad essere installata: il che dimostra la illegittimità dell'intera procedura nelle parti in cui l'offerta della Bi Medica è stata ammessa e poi valutata più vantaggiosa con 48 punti.

In sede di giustificazioni l'odierna controinteressata si è limitata a dichiarare che la ditta produttrice dei prodotti monouso e delle apparecchiature aveva concesso dei "rilevanti sconti" senza indicare quali, senza spiegare in che modo tale sconto aveva permesso un ribasso di oltre il 43% e senza fornire alcuna motivazione sui costi di manutenzione e di noleggio delle macchine maceratrici pari a zero euro.

Ciò nonostante, nel verbale n. 6 del 29 luglio 2010 la Commissione di gara ha disposto l'aggiudicazione in via provvisoria, così dichiarando: "Si procede alla lettura delle motivazioni che, se pur sintetiche, garantiscono il pieno rispetto delle norme in materia di costi di manodopera, di sicurezza e costi generali "

Ciò comporta la violazione e falsa applicazione dell'art. 3 L. n. 241/1990 e s.m.i., atteso che la Commissione di gara non ha fornito alcuna motivazione sul giudizio di congruità dell'offerta della Bi-Medica.

Sono evidenti sia la chiara anomalia e insostenibilità dell'offerta presentata dalla controinteressata che l'illegittimità del sub procedimento di verifica dell'anomalia compiuto dalla Commissione di gara in aperta violazione di quanto disposto dagli artt. 86-89

D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i., nonché la disparità di trattamento per mancata esclusione della Bi Medica, il difetto istruttorio e di motivazione in quanto la Commissione di gara ha concluso il procedimento di verifica della congruità con esito positivo senza fornire alcuna motivazione, la illogicità e la contraddittorietà tra offerta tecnica ed economica, l'erroneità dei presupposti e il travisamento di atti e fatti, lo sviamento, la manifesta ingiustizia per il danno di entità economica relevantissima alla ricorrente, la violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e la violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.

Dall'esame della documentazione amministrativa è emerso inoltre che la Bi Medica non aveva inserito nella busta amministrativa, come espressamente richiesto dalla lettera di invito, alcuna dichiarazione di subappalto di parte del servizio/fornitura

Il Capitolato Speciale, all'art. 4 prevedeva "La consegna iniziale delle nuove apparecchiature dovrà essere ultimata entro 45 giorni decorrenti dalla data di ricevimento della comunicazione di aggiudicazione della fornitura. Qualora la ditta non provveda alla consegna iniziale delle apparecchiature entro i termini previsti l'Azienda potrà dichiarare decaduta l'aggiudicazione e disporre l'incameramento della cauzione definitiva "

In altri termini l'impresa aggiudicataria aveva l'obbligo - previsto a pena di decadenza dall'aggiudicazione - di consegnare le nuove apparecchiature entro 45 giorni dalla comunicazione

dell'aggiudicazione definitiva.

Sono abbondantemente trascorsi i 45 giorni per la consegna senza che la Bi Medica abbia adempiuto al proprio obbligo.

L'Amministrazione, pertanto, era tenuta - ai sensi dell'art. 4 del Capitolato Speciale - a dichiarare decaduta dall'aggiudicazione la Bi Medica e a disporre, di conseguenza, l'aggiudicazione in favore della PROMOS (collocatasi al secondo posto della graduatoria).

Infine, la lettera di invito - con riferimento alla busta C), pagine 7 e 8 - prevedeva : "Terza busta, ugualmente sigillata, e riportante la dicitura "CONTIENE ELABORATI TECNICI" contenente la seguente documentazione Per i presidi monouso.. 6) Copia del listino di tali prodotti senza l'indicazione del prezzo ".

Orbene, dall' esame della documentazione ottenuta in sede di accesso è emerso che nell'offerta tecnica della Bi - Medica non è presente il documento n. 6, ossia la "copia del listino di tali prodotti senza l'indicazione del prezzo".

Resistono l'amministrazione e la controinteressata aggiudicataria, Bimedica s.r.l.

Secondo la ricorrente, non si giustificerebbe un canone di manutenzione dei macchinari pari a zero euro, a fronte di un subappalto oneroso a carico dell'impresa aggiudicataria.

E' invece pacifico in giurisprudenza come nulla vieti ad un'impresa concorrente di offrire gratuitamente prestazioni accessorie quali manutenzione e noleggio di apparecchiature, a fronte di un costo dei

prodotti di consumo aumentato fino a ricomprendersi anche il corrispettivo del servizio.

Nella fattispecie, mentre Promos S.p.a. propone prodotti monouso ad un costo nettamente inferiore al prezzo offerto da Bi-Medica S.r.l., quest'ultima distribuisce il canone di manutenzione e noleggio delle apparecchiature all'interno del corrispettivo per i beni consumabili.

“Nessuna norma o principio generale vieta alle imprese concorrenti all’aggiudicazione di un appalto di offrire, relativamente a determinate voci dell’offerta, un prezzo pari a zero: ch  anzi si trova condivisibilmente affermato in giurisprudenza che   illegittima, in mancanza di espressa previsione da parte della *lex specialis*, l’ esclusione da una gara di appalto di forniture di un ’impresa concorrente la cui offerta indicava, in relazione ad alcune voci a base d’asta, un prezzo pari a zero, considerato che questo costituisce valida espressione di una proposta economica, conveniente per la stazione appaltante, cui restere  la possibilit  di verificare la congruit  complessiva dell’offerta in chiave di possibile anomalia” (T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 16 settembre 2008, n. 2269; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 3 luglio 2008, n. 6820; T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 3 dicembre 2007, n. 3645, Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 settembre 2009, n. 5583; Consiglio di Stato, Sez. V, 28 novembre 2005, n. 6651).

Dal prospetto di raffronto tra l’offerta economica di Bi-Medica e

l'offerta economica di Promos (doc.n.10 della controinteressata), risulta che, se l'aggiudicataria ha presentato un'offerta economica con canone di manutenzione e noleggio pari a zero, ciò ha trovato compensazione nel prezzo unitario dei presidi monouso dalla stessa offerta, che è mediamente maggiore di quello offerto da Promos S.r.l., talvolta addirittura doppio.

I prezzi praticati dalla controinteressata sui presidi monouso sono infatti mediamente superiori di un volta e mezzo rispetto a quelli praticati da Promos per gli stessi articoli.

La giurisprudenza maggioritaria ha costantemente affermato che "la congruità dell'offerta deve essere valutata globalmente prendendo a tal fine in esame tutti gli elementi che la costituiscono" (Cons. St. n.4949/06, Cons. St. Sez. V, n.4323/03, Cons. St. n.1351/02; Cons. St. Sez. IV n.1787/03; Cons. St. Sez. VI, 2908/00; Tar Trentino – Alto Adige, Trento Sez. I n.154/08; Tar Calabria, Catanzaro, n.1054/07; Tar Lazio, Roma, Sez. III, n.2982/05; Tar Veneto, sez. I n.1204/01)

Il giudizio sull'anomalia deve cioè valutare l'offerta nel suo complesso; l'offerta presenta le necessarie garanzie di serietà ove le voci sottostimate siano compensate da altre sovrastimate, in modo da renderla nel complesso congrua (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, n. 4187/01).

Infatti "il giudizio di congruità delle offerte che appaiono prima facie anormalmente basse, non mira a ricercare specifiche inesattezze di



ogni elemento dell'offerta, bensì a valutare se, globalmente considerata, l'offerta stessa sia seria ed attendibile, e se i prezzi offerti trovino rispondenza nella realtà, sia di mercato che aziendale, cioè se gli stessi siano verosimili in relazione alle modalità con cui si svolge il lavoro, alle dimensioni dell'azienda, alla capacità di effettuare acquisti convenienti o di realizzare particolari economie, anche di scala" (Tar Lazio, Roma, sez. III, n.5313/08).

Nelle sue giustificazioni (doc. 12 della stessa), Bi-Medica ha specificato che la società produttrice dei dispositivi monouso e delle apparecchiature "Vortex", in considerazione dell'entità dell'appalto e del relativo fatturato, dei vantaggi indiretti che esso può procurare in termini di prestigio e di prequalificazione per successivi appalti pubblici, poté praticarle sconti particolarmente rilevanti.

Ciò corrisponde ai criteri di verifica delle offerte anormalmente basse di cui all'art. 87 D.Lgs. 163/2006, laddove alla lett. c) si prevede che le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente rientrino fra le giustificazioni ammissibili (c.f.r. Cons. St. sez. IV, n.882/02, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, n. 6478/08)

E la controinteressata ha prodotto la dichiarazione del sig. James Hardie alla sig.ra Maria Grazia Magnani, legale rappresentante di Bimedica, datata 30/03/2010, contenente l'offerta di rilevanti sconti sui prezzi dei monouso, condizionata ad un ordinativo minimo annuale (c.f.r. doc.n.13).

Peraltro, secondo la giurisprudenza assolutamente prevalente, la

motivazione del provvedimento che ritiene congrua l'offerta anomala può semplicemente essere espressa per relationem, cioè facendo riferimento alle giustificazioni presentate e ritenute persuasive dalla S.A. (Cons. St. , sez. IV n.1658/07; Cons. St. , sez. V n.5314/05; Id., sez. IV, n.3554/04; Id., sez. VI, n.1080/04; Tar Lazio, Roma, sez. III quarter n.2919/08; Tar Toscana, sez. IV n.233/08)

E "mentre il provvedimento amministrativo che ritiene l'offerta anomala deve essere puntualmente motivato, quello che ritiene l'offerta non anomala non abbisogna di una motivazione analitica, essendo sufficiente anche un rinvio alle argomentazioni e giustificazioni della parte che ha formulato l'offerta sottoposta a verifica con esito positivo" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 aprile 2009, n. 2384; Consiglio di Stato, Sez. V, 10 febbraio 2009, n. 748; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 11 settembre 2008, n. 3967).

Va considerato anche che il giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme e costituisce esercizio di un potere tecnico - discrezionale insindacabile in sede di legittimità, salvo che per illogicità, errore di fatto o difetto di istruttoria e/o motivazione (Consiglio di Stato, Sez. V, 9 novembre 2009, n. 6987; Sez. IV, 20 maggio 2008, n. 2348; Sez. VI, 25 settembre 2007, n. 4933; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 11 settembre 2008, n. 3967).

La ricorrente sostiene altresì (secondo motivo) che

l'Amministrazione appaltante avrebbe dovuto escludere Bi-Medica dalla gara o dichiararla decaduta dall'aggiudicazione a causa dei numerosi problemi tecnici verificatisi in sede di installazione dei macchinari, ma tale pretesa non ha nulla a che vedere con la natura esclusivamente impugnatoria dell'azione proposta avverso l'aggiudicazione.

Quanto al terzo motivo, i documenti che devono essere inseriti a pena di esclusione all'interno della busta "B" sono espressamente indicati nella lettera di invito, e fra questi non rientra la dichiarazione prevista dall'art. 118 del D. Lgs. n. 163/2006 in caso di subappalto.

Dunque, quand'anche nell'offerta tecnica l'odierna controinteressata avesse previsto di subappaltare le prestazioni di manutenzione (il che è contestato tra le parti) senza tuttavia inserire l'apposita dichiarazione tra la documentazione amministrativa, ciò non comporterebbe affatto esclusione dell'offerta, mancando nella lettera di invito un'espressa comminatoria in tal senso.

Mentre la questione della subappaltabilità o meno di alcune prestazioni non concerne la procedura di gara, bensì la successiva esecuzione del contratto d'appalto.

Vale a dire che l'assenza tra i documenti amministrativi della dichiarazione ex art. 118 del Codice dei Contratti Pubblici potrebbe al massimo comportare il futuro rigetto dell'istanza di autorizzazione al subappalto, giammai l'esclusione dell'offerta.

Anche la clausola contenuta nell'art. 4 del Capitolato speciale,

invocata con il quarto motivo, riguarda esclusivamente la fase esecutiva del contratto.

La ricorrente non ha alcun interesse ad eccepire un eventuale inadempimento contrattuale dell'appaltatore, posto che il Capitolato speciale disciplina i rapporti tra le parti del contratto e non regola invece la procedura di gara.

Comunque, la USL ha esattamente rilevato che il termine di 45 giorni per la consegna dei macchinari a noleggio non può che decorrere dal raggiungimento dell'accordo con i referenti aziendali, accordo che nel caso di specie è intervenuto il 16 settembre 2010 ed a cui è seguita la richiesta di installazione solo in data 24.9.2010 (doc. 14 della controinteressata).

In ogni caso la decadenza dall'aggiudicazione è una sanzione facoltativa che può essere adottata discrezionalmente dal committente in caso di grave inadempimento.

Non sussiste, pertanto, alcun diritto della ricorrente ad ottenerla.

Da ultimo (quinto motivo), l'aggiudicataria Bi-Medica S.r.l. ha correttamente inserito nella busta "C", contenente l'offerta tecnica, la "Copia del listino di tali prodotti senza l'indicazione del prezzo", depositata in atti dalla USL con il n.45.

Conclusivamente, il ricorso deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente a rimborsare all'amministrazione e alla controinteressata le spese e gli onorari del giudizio, che liquida in euro 8.000 (ottomila) oltre IVA e CPA in favore di ciascuna delle parti resistenti, per complessivi euro 16.000 (sedicimila) oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 5 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Bruno Lelli, Consigliere

Alberto Pasi, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/05/2011

IL SEGRETARIO

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