

N. 00942/2014REG.PROV.COLL.

N. 02356/2013 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 2356 del 2013, proposto da:  
Tecnologie Sanitarie S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Valentino Vulpetti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sabotino, n. 2/A;

contro

Azienda Ospedaliera S. Camillo - Forlanini, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Fratto, Egidio Mammone, Vincenzo Gambardella, con domicilio eletto presso l'Azienda in Roma, piazza C. Forlanini, n.1;

nei confronti di

Siemens S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI con le mandanti Elettronica Biomedicale S.r.l., Esaote S.p.a., Seab Instruments S.r.l., Foretec S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore;  
Elettronica Biomedicale S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore;  
Ingegneria Biomedicale S.r.l.;

Ingegneria Biomedica Santa Lucia S.p.A.;

GE Medical Systems Italia S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI con le mandanti Philips S.p.A. e Ingegneria Biomedica S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Antonio Liroso, Marco Martinelli, Chiara Bassolino, con domicilio eletto presso Grippo&Partners Studio Legale Gianni Origoni, in Roma, via delle Quattro Fontane, n.20;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZIONE III QUATER, n. 10653/2012, resa tra le parti, concernente affidamento appalto per i servizi integrati di gestione e manutenzione delle apparecchiature biomediche Azienda Ospedaliera San Camillo-Forlanini - risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera S. Camillo - Forlanini e di GE Medical Systems Italia Spa in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI;

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 21 novembre 2013 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli avvocati Vulpetti, Fratto e Lirosi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1. - Con delibera n. 2078 del 13.10.2009, l'Azienda Ospedaliera S. Camillo-Forlanini indiceva gara per l'affidamento dell'appalto quinquennale per i servizi integrati di gestione e manutenzione delle apparecchiature biomediche per un importo a base d'asta pari a 31.0000.0000 euro.

La gara veniva provvisoriamente aggiudicata al RTI capitanato da Siemens, mentre Tecnologie Sanitarie S.p.A. si classificava al secondo posto.

2. - Quest'ultima impugnava l'aggiudicazione; tuttavia, con deliberazione n. 902 dell'1.12.2011, l'Azienda disponeva di non procedere all'aggiudicazione definitiva e con delibera n. 142 del 7.2.2012 indiceva nuova gara per un affidamento biennale, per l'importo a base d'asta complessivo di euro 9.400.000.

Con atto per motivi aggiunti depositato il 23.3.2012, veniva impugnato anche tale provvedimento.

3. - In esito alla seconda gara, veniva proclamato aggiudicatario, con delibera n. 1006 del 23.8.2012, il Raggruppamento temporaneo capeggiato da GE Medical Systems Italia Spa.

Tecnologie Sanitarie S.p.A., classificatasi al quinto posto, impugnava con motivi aggiunti l'aggiudicazione definitiva intervenuta il 27.9.2012, deducendone l'illegittimità derivata in conseguenza della illegittimità della disposta "revoca" della prima gara e reiterando i motivi di impugnazione già proposti.

4. - Nelle more dell'affidamento, Tecnologie Sanitarie S.p.A. continuava a svolgere il servizio in virtù di mere proroghe di un affidamento risalente a precedente gara del 2004 e scaduto in data 30.11.2009.

5. - Con motivi aggiunti dell'8.10.2012 e del 15.10.2012, sollevava ulteriori censure volte all'integrale caducazione della gara del 2012.

Con ulteriori motivi aggiunti del 21.11.2012 ha, infine, sollevato censure escludenti nei confronti di tutti e quattro i concorrenti che la precedevano in graduatoria.

6. - Con la sentenza n. 10653/2012 appellata, l'impugnativa è stata rigettata.

7. - Con l'appello in esame, Tecnologie Sanitarie S.p.A. contesta sia la "revoca" della gara bandita nel 2009, sia l'aggiudicazione della seconda gara in favore dell'ATI GE Medical Systems Italia Spa, anche mediante censure caducanti l'intera gara; insiste, nel caso di ritenuta legittimità della revoca, nella domanda di corresponsione dell'indennizzo ex art. 21-quinquies l. n. 241/1990 e nella domanda di risarcimento dei danni per il mancato affidamento.

8. - Infine, in via subordinata, reitera il contenuto delle censure rivolte avverso la gara del 2012, senza riproporre però i motivi di cui all'ultimo atto di motivi aggiunti del 21.11.2012, volto a conseguire l'esclusione delle altre ditte meglio graduate e l'aggiudicazione della gara.

9. - Resistono in giudizio la controinteressata GE Medical System Italia S.p.A., aggiudicataria della gara del 2012, che solleva anche alcune eccezioni di inammissibilità dell'appello, e l'Azienda ospedaliera.

10. - All'udienza del 21 novembre 2013, la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

1. - L'appello non è fondato, pur prescindendo dalle eccezioni preliminari in rito.

1.1. - Va innanzitutto respinto il primo motivo con cui si lamenta la carenza di motivazione della sentenza appellata.

Avendo il TAR ravvisato la manifesta infondatezza del ricorso ha deciso con sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 74 c.p.a. e con sforzo di sintesi ha preso in esame tutti i motivi di gravame, accorpando quelli ripetuti o strettamente connessi.

1.2. – Va condivisa la sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto legittima la delibera n. 902 dell'1.12.2011, che dichiara di non procedere all'aggiudicazione definitiva della gara, aggiudicata solo in via provvisoria il 9.2.2011, e revoca la delibera di indizione della procedura n. 2078/2009, nonché tutti gli atti successivi.

Nelle gare di appalto, l'aggiudicazione provvisoria è atto endoprocedimentale che determina una scelta non ancora definitiva del soggetto aggiudicatario della gara; la possibilità che ad un'aggiudicazione provvisoria non segua quella definitiva è un evento del tutto fisiologico, disciplinato dagli artt. 11, comma 11, 12 e 48, comma 2, del d.lgs. 163/2006, inidoneo di per sé a ingenerare qualunque affidamento tutelabile e obbligo risarcitorio, qualora non sussista nessuna illegittimità nell'operato dell'Amministrazione, a prescindere dall'inserimento nel bando di apposita clausola che preveda l'eventualità di non dare luogo alla gara o di revocarla, clausola, peraltro, inserita all'art. 4 del disciplinare di gara, nel caso in esame (cfr. Consiglio di Stato Sez. III - sentenza 24 maggio 2013, n. 2838).

La delibera impugnata è stata adottata sul presupposto della necessità di contenimento della spesa, in ossequio al decreto del Commissario ad acta della Regione Lazio del 31 dicembre 2010, con cui sono stati approvati i programmi operativi 2011/2012 e si sollecitano forme di contrattazione volte all'immediato contenimento dei costi, nelle more della centralizzazione progressiva delle gare, al dichiarato scopo di economicità ed efficacia della spesa.

Inoltre, la delibera è adeguatamente motivata con la non conformità ai criteri e parametri di valutazione di cui alle sopravvenute Linee Guida da seguire per l'aggiudicazione dei contratti di tipo "Global Service", di cui alla circolare regionale prot. 200627 del 14.11.2011, ed agli obiettivi di risparmio prescritti per il rientro del deficit per il 2011, predisposti dalla Regione Lazio, in attuazione del Piano di rientro regionale di cui alla DGR 149/2007, il che conduce alla valutazione di eccessiva onerosità della gara che si decide di abbandonare.

La nuova aggiudicazione, in esito alla gara del 2012, ha comportato minori oneri rispetto alla gara non aggiudicata, ed il canone annuale, come rileva la sentenza appellata, è comprensivo della sostituzione delle parti di ricambio anche relative all'alta tecnologia.

L'appellante, premessa l'identità dell'oggetto dell'appalto, per smentire tale assunto ed evidenziare la contraddittorietà del comportamento dell'azienda, paragona, invece, la propria offerta nella gara del 2009 con il valore annuo stimato del servizio messo in gara nel 2012 e con l'offerta di ATI GE, aggiudicataria della gara del 2012.

Tali considerazioni, però, comportano un'inammissibile comparazione tra diverse procedure di affidamento, che si sono svolte in tempi diversi e con diverse modalità.

Sebbene le prestazioni richieste fossero in linea di massima confrontabili, la gara del 2009 riguardava l'affidamento quinquennale del servizio, con base d'asta 31.000.000 euro, ovvero annuale di 6.200 euro, oltre iva; mentre la gara del 2012 reca un importo presunto a base d'asta di euro 4.700.000 annui per un totale di euro 9.400.000 per i due anni di durata dell'affidamento, oltre iva.

Il diverso importo annuo a base d'asta è il risultato, come si evince dal preambolo della delibera n. 142 del 7/2/2012 di indizione della seconda gara, dell'adozione dei criteri e parametri di valutazione previsti dalle Nuove Linee Guida che, al fine di contenere i costi, hanno revisionato i parametri di valorizzazione economica del servizio, fondati non più sul valore di acquisto dell'apparecchiatura, ma sui tempi di effettivo e normale funzionamento della stessa.

Sicché, non è corretto il confronto che l'appellante propone tra la propria offerta economica nella gara del 2009 (l'appellante era seconda classificata) e l'offerta economica di ATI GE aggiudicataria della gara nel 2012. Tale ultima offerta (pari ad euro 4.445.182) è comunque inferiore all'offerta di Tecnologie Sanitarie (pari a 4.518.700, oltre iva) e a quella di ATI Siemens nella gara "revocata" (pari a euro 5.878.739,00 oltre iva).

Sulla mancanza di valutazione complessiva della situazione e dei rischi/benefici connessi alla "revoca" (rectius, non conclusione) della gara in precedenza esperita, va osservato che esulavano dalla problematica che la stazione appaltante era tenuta a porsi al momento di scegliere di indire nuova gara, dal momento che a seguito della circolare regionale prot. 200627 del 14.11.2011 era tenuta ad attenersi alle nuove Linee Guida.

Inoltre, la proroga del servizio, nelle more, ha comportato sicuramente dei costi, che possono però ritenersi inevitabili, e

la cui diseconomicità non è dimostrata.

1.3 – Risultato acclarato che si è trattato non di “revoca” in senso tecnico dell’aggiudicazione, ma della mancata conclusione della procedura, non è dovuto neppure l’indennizzo di cui all’art. 21 quinquies l. 241/1990, ipotesi che presuppone la “revoca” in senso tecnico (Cons. St., sez. III, 11 luglio 2012, n. 4116).

L’appellante, peraltro, essendo seconda classificata, avrebbe potuto aspirare all’indennizzo, in ipotesi astratta, solo in dipendenza dell’accertamento di illegittimità degli atti di gara, ove acclarato il suo diritto all’aggiudicazione e, di seguito, l’illegittimità della “revoca”.

Ma la fattispecie in esame esula da tale ipotesi: non è irrilevante, a tal proposito, aggiungere che essendo il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado rivolto avverso un provvedimento di aggiudicazione provvisoria, lo stesso avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile, se non seguito dall’impugnazione dell’atto di aggiudicazione definitiva, provvedimento che, anche quando recepisca i risultati dell’aggiudicazione provvisoria, comporta comunque una nuova ed autonoma valutazione degli interessi pubblici sottostanti (Consiglio di Stato, sez. V, 11/07/2008, n.3433) e che però, nella specie, è (legittimamente) mancato.

1.4. - Inammissibili sono i motivi con cui si denunciano vizi relativi agli atti anteriori alla delibera n. 902 dell’1.12.2011, stante la “non aggiudicazione” in cui sfociano.

1.5. - Va respinta anche la domanda di risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente, essendo pienamente giustificato il comportamento dell’appellata Azienda nell’interesse pubblico; comunque, non essendosi consolidato il provvedimento conclusivo della gara mediante l’aggiudicazione definitiva, nessuna situazione giuridica può dirsi acquisibile né da parte della aggiudicataria provvisoria (Siemens), né da parte dell’appellante, mediante la contestazione in via giudiziaria del risultato della gara, ai fini della configurazione del danno risarcibile.

1.6. - Vanno dichiarati inammissibili i motivi con i quali si fa valere l’illegittimità derivata dell’aggiudicazione definitiva della gara del 2012, disposta con delibera n. 1006 del 28 agosto 2012 in favore dell’ATI capeggiata da GE, essendo legittima la delibera che dispone la non aggiudicazione della precedente gara.

1.7. – Da ultimo, va esaminato il contenuto dei motivi autonomi proposti avverso la gara del 2012.

Va premesso, ai fini della verifica dell’interesse, che l’appellante si è classificata al quinto ed ultimo posto in graduatoria e che non ripropone i motivi del ricorso per motivi aggiunti del 21 novembre 2012, con cui mirava all’esclusione da gara delle prime quattro graduate.

Le altre censure proposte mirano al travolgimento delle operazioni di gara, al fine di far valere l’interesse strumentale al rifacimento della procedura e, su queste, in definitiva, si concentra il riesame in appello.

1.8. - In primis, va esaminata la censura concernente la composizione della Commissione per mancanza dei requisiti di cui ai commi da 3 a 7 dell’art. 84 del D.Lvo 163/2006.

La censura è destituita di prova circa la sussistenza dei motivi ostativi alla nomina contestata; inoltre, si ritiene che i componenti diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcuna altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta, mirando l’incompatibilità a garantire l’imparzialità dei commissari di gara che abbiano svolto incarichi relativi al medesimo appalto, ad es. incarichi di progettazione, di verifica della progettazione, incarichi di predisposizione della legge di gara e simili e non incarichi amministrativi o tecnici genericamente riferiti ad altri appalti. (Consiglio Stato, Sez. VI, 29 dicembre 2010 n. 9577; Sez. III, 15 luglio 2011 n. 4332; Sez. VI, 21 luglio 2011 n. 4438; Consiglio di Stato, sez. V, 22/06/2012, n. 3682).

1.9. - Tecnologie Sanitarie si duole della nomina del membro esterno Ing. Magliulo, dipendente del CNR, per asserito mancato rispetto della procedura di cui all’art. 8 del citato art. 84.

Come chiarito dalla sentenza di primo grado, la nomina dell’ing. Magliulo si giustifica per l’assoluta impossibilità di conferire l’incarico ad un funzionario dell’Amministrazione, atteso che quest’ultima dispone solo di tre dirigenti tecnici, di cui uno nominato come componente della commissione e gli altri due impegnati nell’elaborazione degli atti preparatori della gara e nel controllo dell’esecuzione della stessa;

L’ottavo comma dell’art. 84 cit. stabilisce che i commissari diversi dal Presidente sono selezionati fra i funzionari della stazione appaltante e che, in caso di accertata assenza nell’organico di adeguata professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, sono scelti tra i funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all’art. 3, comma venticinquesimo, ovvero con un criterio di rotazione tra gli appartenenti alle categorie di: a) professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, nell’albo di un elenco,

formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali; b) professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di candidati forniti dalle facoltà di appartenenza.

E' evidente che la norma mira a disciplinare la nomina di membri esterni secondo un criterio imparziale.

In giurisprudenza si ritiene che la disposizione sia espressione di un principio di carattere generale riguardante tutte le gare di appalto di lavori, servizi e forniture, tese a dare concreta attuazione ai principi di imparzialità e buona amministrazione predicati all'articolo 97 della Costituzione; in particolare, si sforza di conciliare i principi di economicità, di semplificazione e di snellimento dell'azione amministrativa con quelli di trasparenza, efficacia ed adeguatezza, obiettivizzando, per quanto possibile, la scelta dei componenti delle commissioni, così sottraendola a possibili elementi di eccessiva discrezionalità o di arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice che possano pregiudicarne proprio la trasparenza e l'imparzialità (Consiglio Stato, Sez. V, 25 luglio 2011 n. 4450).

Tuttavia, la nomina in commento non sembra violare il valore precettivo della disposizione; nè l'appellante deduce in che modo la nomina dell'ing. Magliulo abbia condotto a conseguenze negative a proprio carico, nè ha lamentato alcuna carenza di competenza e professionalità in capo al membro esterno.

1.10. - Quanto alla mancata indicazione del termine di espletamento dell'incarico dei commissari non si tratta di omissione rilevante ai fini della validità della nomina e della gara.

1.11. - Quanto alle prestazioni aggiuntive ammesse dalla lex specialis di gara, si condivide quanto affermato dal primo giudice, ovvero che le stesse – che non costituiscono varianti e non sono soggette quindi alla disciplina prevista dall'art. 76, d.lgs. n. 163 del 2006 – secondo la stessa legge di gara per essere valutabili devono essere attinenti all'oggetto di gara e conformi alle esigenze dell'Azienda sanitaria.

1.12. – La censura proposta avverso la previsione, contenuta nella lex specialis di gara, della possibilità per la stazione appaltante di prorogare automaticamente il contratto alla sua scadenza, è destituita di fondamento, non solo perché, come ritenuto dal TAR, si tratterebbe eventualmente di clausola viziata che non incide sulla validità della procedura e l'interesse alla cui impugnazione potrebbe sorgere solo al momento in cui la stazione appaltante intendesse avvalersene; ma anche perché, secondo la giurisprudenza di questa Sezione, non è illegittima la clausola, conosciuta e accettata da tutti i partecipanti alla gara, che ha formato oggetto dell'insieme di regole sulle quali si era svolto il confronto concorrenziale tra le imprese, nel rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza, sicché tutti i partecipanti hanno potuto formulare le proprie offerte tenendo conto della possibilità del prolungamento della durata del contratto (Consiglio di Stato, sez. III, 5/07/2013, n.3580).

1.13. - E' priva di fondamento la censura con cui l'appellante lamenta che le schede valutative redatte dalla Commissione in relazione alle offerte tecniche "nonostante apparentemente siano state redatte alla fine di ogni seduta, riportano incredibilmente il risultato finale riparametrato". L'anomalia dimostrerebbe che l'esito della gara è palesemente viziato, dimostrando che le offerte tecniche non sono state valutate in modo trasparente e imparziale e che l'effettuazione della riparametrazione dei punteggi tecnici (e in definitiva l'individuazione dell'aggiudicatario ATI GE) sia avvenuta ancor prima dell'ultimazione della valutazione delle offerte.

Come statuito dal TAR, la normalizzazione dei punteggi a 60, ai sensi dell'art. 9 del Disciplinare di gara, è stata effettuata durante la seduta del 23 luglio 2012 (v. verbale n. 13 del 23 luglio 2012). Comunque, non è dimostrato che le modalità di svolgimento della valutazione e della normalizzazione a 60 abbiano determinato alterazione nella collocazione in graduatoria dei concorrenti, né l'esclusione di taluno per mancato raggiungimento della soglia minima, sì da invalidare la procedura.

1.14. - Da ultimo, l'appellante critica la previsione contenuta nella delibera di aggiudicazione di assegnare un ulteriore compenso all'aggiudicataria, per emergenze tecniche, senza gara, e in contrasto alle regole di evidenza pubblica.

L'illegittimità di siffatto affidamento invaliderebbe l'intera gara e, comunque, sarebbe fortemente contraddittorio rispetto all'intento di contenere i costi del servizio in confronto alla gara del 2009.

Come deduce l'Azienda, si tratta di contabilizzazione di somme che vengono accantonate, in via

presuntiva, per sostenere eventuali oneri che, nel corso del rapporto, l'Amministrazione potrà dover affrontare per interventi di emergenza tecnica non compresi nel canone manutentivo, ma che non vanno immediatamente e necessariamente ad integrare il corrispettivo previsto.

Ciò è sufficiente per ritenere che la clausola, seppure possa sospettarsi di illegittimità, non invalidi l'intera la procedura.

1.15. - In conclusione, l'appello va rigettato.

2. - Le spese si compensano tra le parti, attesa la complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/02/2014

IL SEGRETARIO

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