



REPUBBLICA ITALIANA

N.6876/04 Reg.Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Anno

IL CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE

N.959 Reg.Ric.

Sezione Quinta

Anno 2004

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 959 del 2004, proposto dalla GE Medical Systems Italia s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Corrado Diaco e Giovanni Jorda, elettivamente domiciliato presso il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Segreteria della Quinta Sezione in Roma, Piazza Capodiferro

contro

la SIEMENS s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Raffaele Izzo, Bruno Amadio e Rinaldo Bonatti ed elettivamente domiciliata presso il primo in Roma, Via Cicerone 28

e nei confronti

della CONSIP s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia selettivamente domiciliata presso il medesimo in Roma, via Principessa Clotilde 2

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione terza, 20 febbraio 2004 n. 1599, resa tra le parti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle Società appellate;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 25 giugno 2004 il consigliere

Marzio Branca, e uditi gli avvocati Diaco, Amadio e Clarizia.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza in epigrafe è stato accolto il ricorso proposto dalla Siemens s.p.a. per l'annullamento di tutti gli atti della procedura concorsuale per la fornitura di ecotomografi e servizi connessi, lotto n. 2, indetta dalla Consip s.p.a. e conclusasi con l'aggiudicazione alla GE Medical Systems Italia s.p.a., in seguito GE.

La GE ha impugnato il dispositivo, del quale, con decreto presidenziale del 5 febbraio 2004, è stata disposta la sospensione fino al deposito della motivazione della sentenza, avvenuta il 20 febbraio 2004.

Con atto di motivi aggiunti notificato il 26 febbraio 2004 GE ha illustrato le proprie censure chiedendo la sospensione della sentenza.

Con ordinanza 9 marzo 2004 n. 1093, la Sezione ha accolto in parte la domanda cautelare.

La Siemens s.p.a. si è costituita in giudizio per resistere al gravame, e, inoltre ha impugnato con appello incidentale la parte della sentenza con la quale sono state respinte le censure dalla stessa avanzate in primo grado.

Anche la Consip s.p.a. si è costituita in giudizio per opporsi alle tesi della Siemens s.p.a. ed ha depositato un proprio atto di appello chiedendo la riforma della sentenza.

Tutte le parti hanno depositato memorie.

Alla pubblica udienza del 26 giugno 2004 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

La sentenza appellata ha ritenuto infondate tutte le censure avanzate dalla Siemens s.p.a., seconda classificata, nei confronti della gara per la fornitura di ecotomografi alle Aziende sanitarie locali, ad eccezione di quella concernente la effettuazione delle verifiche tecniche sugli apparecchi. Il TAR ha ritenuto che, essendo tali verifiche state eseguite da parte di soli due membri della Commissione aggiudicatrice, anziché dall'intero collegio, fosse stato violato il disciplinare di gara nella parte in cui stabilisce che tali prove "saranno effettuate dalla Commissione". Sarebbe inoltre stata omessa la verbalizzazione delle operazioni eseguite.

Le appellanti GE s.p.a. e CONSIP s.p.a., quindi, censurano la sentenza con riguardo a tale statuizione e sostengono la legittimità dell'operato della Commissione. In particolare espongono che la verifica tecnica non presentava alcun momento di apprezzamento discrezionale, consistendo essenzialmente nella raccolta di un insieme di dati su ciascuna delle diverse apparecchiature offerte, dati che poi sono stati regolarmente valutati dall'intera Commissione.

La censura è fondata.

Il ragionamento dei primi giudici evidenzia una petizione di principio laddove (pag. 12) desume che le operazioni di verifica presentavano un contenuto valutativo, e quindi dovevano essere svolte dal *plenum*, dalla circostanza che il disciplinare ne affidava l'esecuzione alla Commissione nel suo complesso. Il motivo dedotto in prime cure, invece, imponeva di stabilire se le operazioni di verifica, per il loro contenuto obiettivo, avevano contenuto valutativo, e in caso affermativo concludere che non se ne poteva delegare lo svolgimento ad alcuni dei membri della Commissione.

A tale riguardo va richiamato il costante orientamento della giurisprudenza, secondo cui non viola il principio della collegialità delle operazioni di valutazione la delega ad alcuni membri dello svolgimento delle attività istruttorie o preparatorie degli elementi sui quali dovrà poi pronunciarsi il *plenum* (Cons. St., Sez. V, 9 giugno 2003 n. 3247; 28 giugno 2002 n. 3566; Sez. VI, 27 dicembre 2000 n. 6867).

Nella specie emerge con assoluta chiarezza dal disciplinare di gara (pag. 16) che le verifiche tecniche erano destinate a fornire i dati in base ai quali attribuire il punteggio stabilito per le Qualità Funzionali delle apparecchiature (PQ), che sommato al punteggio da attribuire a titolo di Caratteristiche tecniche Migliorative (PC), avrebbe formato il punteggio tecnico totale (PT).

Alla raccolta dei dati da valutare ai fini del PQ, è dedicato un apposito Allegato al disciplinare, il n. 9, che appunto “descrive le modalità di rilevazione dei parametri prestazionali di apparecchiature

ecotomografiche”. Per ogni verifica da effettuare (uniformità dell’immagine, estensione della zona morta, ecc.) il protocollo espone minutamente le operazioni da effettuare e prescrive che per ciascun tipo di verifica si appresti una “documentazione” (fotografica e/o acquisizione digitale della dell’immagine video).

E’ assai significativo, ai fini che qui interessano, che sia stata prescritta ed attuata, durante lo svolgimento dell’operazione di verifica, la partecipazione del tecnico designato dalla impresa produttrice, allo scopo dichiarato di “assicurare il corretto funzionamento dell’apparecchiatura”. Ciò sta a dimostrare che la capacità della macchina di offrire le prestazioni dichiarate non era rimessa al controllo diretto ed esclusivo dei commissari, ma si è inteso far in modo che il funzionamento dell’apparecchio fosse reso al suo livello ottimale mediante la manovra svolta con l’assistenza di un operatore fornito dalla ditta costruttrice, che avrebbe contestualmente indicato il modo di ottenere dal prodotto le migliori prestazioni. E la scelta appare del tutto logica, trattandosi di macchinari nuovi, dei quali, verosimilmente, anche i commissari tecnici potevano ben ignorare il funzionamento, o quanto meno il funzionamento ottimale.

Ne consegue che il compito dei commissari delegati in sede di verifica poteva limitarsi a controllare che la documentazione della prova effettuata, sulla quale poi sarebbe stato attribuito il punteggio (PQ) fosse quella raccolta alla loro presenza e secondo le loro richieste.

Ed è quanto puntualmente certificato con i verbali n. 6 e 7 delle operazioni di gara, che testimoniano della prescritta valutazione del *plenum* sui risultati delle verifiche.

L'accoglimento delle censure in primo grado va dunque riformato.

Ma altrettanto deve concludersi per il profilo attinente al preteso difetto di verbalizzazione delle verifiche. La dichiarazione, che figura nel verbale n. 7, che "Il materiale attestante l'effettuazione delle prove, ivi inclusi i tracciati e foto istantanee, viene allegato al presente verbale per farne parte integrante e sostanziale." appare ampiamente esaustiva della esigenza di certezza giuridica circa la qualità e la natura delle operazioni compiute.

L'accoglimento dell'appello non esaurisce la materia del contendere, posto che la controinteressata Siemens s.p.a. ha proposto appello incidentale avverso i capi di sentenza recanti il rigetto di altre censure avanzate in primo grado.

Il gravame, che doveva essere proposto nel rispetto del termine abbreviato previsto dall'art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971, è stato notificato tardivamente alla Consip s.p.a., ma tempestivamente nei confronti dell'appellante GE, ed è quindi ammissibile ((Cons. St. Sez. IV, 26 maggio 2003 n. 2833).

Con il primo dei motivi aggiunti si ribadisce l'illegittimità della mancata esclusione dalla gara dell'appellante GE a causa della mancata presentazione della documentazione richiesta a pena di esclusione. Si assume in particolare che la Commissione avrebbe errato nel valutare che la dichiarazione di cui all'Allegato 4 del

Disciplinare presentata da GE, sebbene mancante delle dichiarazioni indicate ai numeri da 9 a 13, potesse essere ammessa e suscettibile di completamento, a norma dell'art. 15 del d.lgs. n. 358 del 1992, in tal modo commettendo violazione del principio della *par condicio*.

In punto di fatto, va ricordato che il documento contenuto quale facsimile nell'Allegato 4, è menzionato alla lettera E dell'Allegato 1 tra quelli che dovevano essere prodotti a pena di esclusione. Si trattava di un documento di carattere unitario che si componeva di una serie di successive dichiarazioni, numerate da 1 a 26. Nella specie il documento presentato unitamente all'offerta è risultato mancante delle dichiarazioni di cui ai numeri da 9 a 13.

Deve dunque stabilirsi se nella specie ricorresse una ipotesi di mancanza di documento, sanzionata con l'esclusione, ovvero se fosse conforme ai principi l'esercizio del potere di invitare la concorrente a completare un documento incompleto.

Ritiene il Collegio che non ricorressero i presupposti per l'esclusione.

Va tenuto presente che il disciplinare autorizzava la Consip s.p.a. a richiedere alle concorrenti chiarimenti sui documenti presentati, oppure di completarli a norma dell'art. 58 del d.lgs. n. 358 del 1992, sempre che tali interventi non violassero la *par condicio*.

E una violazione della *par condicio* sarebbe stata compiuta se nella specie potesse parlarsi della omessa presentazione di un documento di quelli elencati nell'Allegato 1, ma appare evidente che nella specie il documento di cui alla lettera E, il già detto insieme di dichiarazioni ex Allegato 4, fu presentato con un contenuto incompleto, recando 22

delle 26 dichiarazioni dovute. Si era quindi in presenza di una ipotesi pianamente ascrivibile al completamento, che è necessariamente aggiunta di un qualcosa che manca, ma all'interno di un adempimento sostanzialmente osservato. Il verbale n. 2, della cui veridicità non è lecito dubitare se non nelle forme di rito, parla espressamente del difetto della “terza di quattro pagine”, per dedurne in modo non illogico che vi sia stato un errore materiale nella confezione del plico, e per ritenere quindi che il documento non fosse mancante ma irregolarmente redatto. La “non conformità” al fac simile come causa di esclusione, su cui insiste l'appellante incidentale, non può essere intesa in termini così assoluti da svuotare completamente di contenuto la facoltà di ammettere al completamento di cui all'art. 58 del d.lgs. n. 358 del 1992.

L'altra doglianza respinta in prime cure, e formante oggetto di appello incidentale, denunciava che il prodotto offerto dalla aggiudicataria non potesse definirsi “di ultima generazione”, come prescritto, secondo l'assunto a pena di esclusione, dall'art. 5 del Disciplinare di gara (“Saranno esclusi i concorrenti che offrano apparecchiature e/o prodotti che non possiedano le caratteristiche minime stabilite nel Capitolato Tecnico”).

Osserva il Collegio che non occorra indugiare sul quesito se l'ecotomografo offerto dalla GE potesse effettivamente considerarsi come un prodotto di ultima generazione. E' sufficiente rilevare che l'invocato precetto di cui all'art. 5 del Disciplinare comminava la esclusione in caso di difetto delle caratteristiche minime indicate dal

Capitolato tecnico. La lettura del paragrafo 3.2.del detto Capitolato, pur intitolato “caratteristiche tecniche minime”, tiene distinte alcune caratteristiche del prodotto (marca e modello, appartenenza all’ultima generazione, modalità completamente digitale), da quelle che vengono specificamente definite “le seguenti caratteristiche minime: Almeno 256 canali...ecc”.

Può dunque legittimamente considerarsi dubbio che la comminatoria di esclusione non si riferisse soltanto alla mancanza di quelle che vengono specificamente e testualmente definite “caratteristiche minime”, stante anche la perfetta coincidenza delle espressioni impiegate dall’art. 5 e dal capitolato.

Ricorrono dunque i presupposti per fare applicazione del noto orientamento giurisprudenziale che, in caso di incertezza della *lex specialis*, sia da preferire l’interpretazione favorevole alla più ampia partecipazione alla gara (Cons. St., Sez. V, 17 febbraio 2003, n. 831). Ne consegue che la Commissione, accertando, nell’esercizio della discrezionalità tecnica, la sussistenza nel prodotto offerto da GE delle caratteristiche minime richieste, ha operato senza incorrere nella violazione del Disciplinare.

L’appellante incidentale e controinteressata ha poi riproposto i motivi rimasti assorbiti nel giudizio di primo grado. Tale riproposizione tuttavia, salvo quanto subito si dirà, non può ritenersi rituale poiché si risolve nel mero rinvio alla esposizione contenuta negli atti del giudizio di primo grado (Cons. St. Sez. V, 18 settembre 2003 n. 5322).

E' conforme invece all'onere di corretta allegazione dei motivi assorbiti, il motivo di cui al § 6 dell'atto notificato il 2 luglio 2003, concernente vizi del provvedimento di nomina della Commissione giudicatrice, sotto il profilo del difetto di istruttoria e di motivazione.

Il motivo tuttavia è inammissibile perché formulato in termini generici. Il dedotto difetto di istruttoria si basa sulla mera supposizione, mentre quanto alle ragioni della preposizione all'incarico dei membri prescelti, non viene indicata alcun elemento atto ad adombrarne l'inidoneità soggettiva e o l'esorbitanza dalle loro funzioni, che avrebbe richiesto una specifica giustificazione.

In conclusione, accolto l'appello, va pronunciato il rigetto del ricorso di primo grado.

Le spese possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello in epigrafe e in riforma della sentenza appellata rigetta il ricorso di primo grado;

dispone la compensazione delle spese;

ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 25 giugno 2004 con l'intervento dei magistrati:

Agostino Elefante

Presidente

Raffaele Carboni

Consigliere

