

N. 00242/2011 REG.PROV.COLL.

N. 00983/2010 REG.RIC.



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 il Piemonte**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 983 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Ge Medical Systems Italia s.p.a., in persona del presidente e legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Lirosi, Marco Martinelli e Luca Mastromatteo, con domicilio eletto presso lo studio legale Gianni, Origoni, Grippo & Partners, in Torino, c.so Vittorio Emanuele II, 83;

***contro***

Azienda Sanitaria Locale di Cirie', Chivasso, Ivrea - Asl TO 4, in persona del direttore generale p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Bruno Sarzotti,

con domicilio eletto presso lo studio del medesimo, in Torino, corso Re Umberto, 27;

***nei confronti di***

Siemens s.p.a., in persona dei procuratori p.t., rappresentate difesa dagli avv.ti Giuliano Berruti, Vittorio Nosedà, Helga Garuzzo e Sabrina Travet, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima, in Torino, via Legnano, 13;

***per l'annullamento***

- della delibera n. 1245 del 22.07.2010, comunicata a GE con nota del 02.08.2010, con la quale la ASL TO4 ha deliberato: (i) "[...] di disporre l'esclusione della GE Medical System Italia Spa dalla procedura di gara in data 31.05.2010"; (ii) "di revocare la delibera n. 1021 del 11.06.2010 "Aggiudicazione e approvazione verbali procedura ristretta per la fornitura di tomografi computerizzati destinati al Dipartimento di Diagnostica per Immagini dell'ASL TO4" limitatamente, per quanto riguarda i verbali di gara, a quello relativo alla seduta del 31.05.2010, nella parte in cui provvede alla valutazione dell'offerta economica presentata dalla Ditta GE Medical System Italia Spa"; (iii) "di aggiudicare la fornitura in oggetto alla ditta Siemens Spa, seconda in graduatoria a seguito dell'espletamento della procedura di gara, alle condizioni contenute nell'offerta n. 09BS0929 del 14.07.2009, allegata al presente provvedimento deliberativo quale parte integrante e sostanziale"; (iv) "di procedere, per i motivi addotti in premessa, all'acquisto di tomografi

computerizzati presso la ditta Siemens Spa - Via Piero e Alberto Pirelli 10 - Milano, alle condizioni riportate nell'offerta n. 09BS0929 del 14.07.2009";

- di ogni ulteriore atto presupposto, connesso o consequenziale, ancorché non conosciuto;

- per quanto occorrer possa, dell'art. 10 del Disciplinare, nella parte in cui, al punto 2 del co. 4, prevede che: "L'offerta, a pena di nullità, dovrà contenere: [...] 2. importo della fornitura, [...], con distinta analitica del prezzo dei singoli sottosistemi e di tutte le parti incluse nella configurazione offerta, per ciascuna installazione", nei termini meglio precisati nel secondo e nel terzo motivo,

e per la declaratoria di inefficacia

- del contratto di fornitura nelle more eventualmente stipulato.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Cirie', Chivasso, Ivrea - Asl TO 4 e della Siemens s.p.a;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2011 la dott.ssa Manuela Sinigoi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1) Con ricorso ritualmente proposto, la società Ge Medical System Italia s.p.a. è insorta innanzi a questo Tribunale Amministrativo avverso la deliberazione n. 1245 in data 22 luglio, con cui il Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria Locale TO 4 di Ciriè, Chivasso ed Ivrea ha disposto, in autotutela: a) l'esclusione della medesima dalla procedura ristretta per la fornitura di tomografi computerizzati destinati al Dipartimento di diagnostica per immagini dell'Asl, che l'aveva vista originariamente aggiudicataria; b) la revoca della deliberazione d'(originaria) aggiudicazione; c) l'aggiudicazione della fornitura alla società Siemens s.p.a., seconda in graduatoria; d) l'acquisto dei tomografi computerizzati dalla nuova aggiudicataria.

1.1) Ha contestato, inoltre, per quanto necessario, anche l'art. 10 del Disciplinare di gara, nella parte in cui, al punto 2 del comma 4, prevede che: "l'offerta, a pena di nullità, dovrà contenere: [...] 2. importo della fornitura [...] con distinta analitica del prezzo dei singoli sottosistemi e di tutte le parti incluse nella configurazione offerta, per ciascuna installazione".

1.2) Ha chiesto, infine, la declaratoria di inefficacia del contratto di fornitura nel frattempo eventualmente stipulato.

2) La richiesta di annullamento, previa sospensione cautelare anche in via interinale e provvisoria inaudita altera parte, degli atti impugnati è affidata ai seguenti motivi di gravame:

1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 10, comma 4, punto 2, e dell'art. 11 del disciplinare. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e, in particolare, per travisamento ed erronea valutazione dei fatti, difetto di motivazione, falsità di causa e dei presupposti, sviamento.

2. Violazione dell'art. 243-bis del D.Lgs. 163/2006 e dell'art. 21-nonies della legge n. 241/1990. Violazione dell'art. 11 del Disciplinare. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e, in particolare, ingiustizia ed illogicità manifeste. Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Incompetenza.

3. Illegittimità dell'art. 10, comma 4, punto 2, del Disciplinare per violazione dell'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 1 della Legge n. 241/1990, dell'art. 1337 del Codice Civile. Violazione dell'art. 11 del Disciplinare e dei principi di buona fede e correttezza, di trasparenza, ragionevolezza, libertà di concorrenza, legittimo affidamento e del favor participationis. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e, in particolare, ingiustizia ed illogicità manifeste. Violazione dell'art. 97 della Costituzione.

4. Illegittimità dell'art. 10, comma 4 punto 2, del Disciplinare per violazione e falsa applicazione degli artt. 2 del D.Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 1 della Legge n. 241/1990. Violazione del divieto di aggravamento del procedimento ad evidenza pubblica e dei principi di ragionevolezza, di proporzionalità, di economicità dell'azione amministrativa e del favor participationis, eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e, in particolare, per manifesta illogicità, contraddittorietà, carenza di motivazione, falsità causa e sviamento.

3) Si sono costituite in giudizio per resistere al ricorso l'Azienda Sanitaria Locale TO 4 e la controinteressata Siemens s.p.a., deducendone, con separate memorie, l'infondatezza e chiedendone, conseguentemente, il rigetto.

4) All'esito dell'udienza camerale del 9 settembre 2010 il Collegio, in diversa composizione, confermando la prognosi precedentemente formulata in via interinale e provvisoria dal Presidente della II Sezione di questo Tribunale, ha accolto, con ordinanza n. 690/2010, l'istanza cautelare contenuta nel ricorso, disponendo la sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati.

5) Tale provvedimento è stato, tuttavia, riformato dal Consiglio di Stato, il quale, con ordinanza n. 4902/2010 in data 22 ottobre 2010 ha accolto l'appello avverso lo stesso proposto dalla società Siemens s.p.a. ritenendo

“condivisibile la prospettazione... riguardante la violazione delle prescrizioni contenute nel disciplinare di gara”.

6) La società ricorrente, con ricorso per motivi aggiunti depositato il 21 gennaio 2011, ha chiesto la declaratoria d'inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 122 del D.Lgs. n. 104/2010, con conseguente istanza di subentro ai sensi del successivo art. 124, comma 1, primo periodo.

7) Le parti hanno ulteriormente illustrato con memorie le proprie rispettive tesi difensive, alle quali hanno fatto seguire le relative repliche.

8) La causa è stata chiamata alla pubblica udienza del 9 febbraio 2011, all'esito della quale il Collegio, avvalendosi della facoltà di cui all'art. 75, comma 2, del c.p.a., ha differito la decisione alla successiva camera di consiglio del 23 febbraio 2011.

9) E' controversa l'esclusione della ricorrente dalla procedura ristretta in questione, disposta per la ritenuta difformità dell'offerta economica dalla medesima presentata rispetto alle prescrizioni contenute, a pena d'esclusione, nell'art. 10, comma 4, punto 2, del Disciplinare, avuto segnatamente riguardo alla mancata indicazione di una distinta prezzi di tutte le parti incluse nella configurazione offerta.

10) Al riguardo il Collegio, discostandosi dalla prognosi formulata in sede cautelare ed aderendo, invece, alle indicazioni evincibili dall'ordinanza n. 4902/2010 del Consiglio di Stato, osserva quanto segue.

12) Il disciplinare di gara, all'art. 10, comma 1, stabilisce che “la busta C [...] dovrà contenere, pena esclusione dalla gara, l'offerta economica, completa di tutte le indicazioni e le quotazioni richieste, così come di seguito dettagliato”.

Al successivo comma, 4, punto 2, stabilisce, inoltre, che “l'offerta, a pena di nullità, dovrà contenere [...] l'importo della fornitura [...] con distinta analitica del prezzo dei singoli sottosistemi e di tutte le parti incluse nella configurazione offerta, per ciascuna installazione”.

All'ultimo comma, stabilisce, infine, che “non verranno prese in considerazione le offerte economiche che non quotino tutte le voci richieste”.

12.1) L'offerta della Ge Medical, pur recando la distinta analitica di tutte le parti incluse nella configurazione offerta, reca, però, unicamente l'indicazione del prezzo globale offerto per ciascun presidio interessato dalla fornitura e di quello relativo alle componenti opzionali.

12.2) A fronte di tale eloquente circostanza fattuale pare, invero, al Collegio che non vi sia spazio per consentire l'ingresso delle doglianze

mosse dalla società ricorrente alla decisione assunta dall'Azienda Sanitaria.

13) Ma procediamo con ordine.

14) Con il primo motivo di ricorso, la ricorrente sostiene che l'art. 10 del disciplinare avrebbe richiesto, a pena di nullità, solo l'indicazione del prezzo dei singoli sottosistemi, ma non anche quello di tutte le parti incluse nella configurazione offerta, che andavano, invece, unicamente elencate e descritte nelle loro caratteristiche e qualità tecniche.

Ciò sia per il tenore letterale dell'art. 10, che per ragioni di carattere sistematico, da ciò desumibili:

- l'art. 9 del disciplinare prevedeva che nell'offerta tecnica venisse inserita anche la "offerta economica senza prezzi", proprio al fine di far confluire in tale offerta le specificazioni tecnico-qualitative delle parti che compongono la configurazione offerta, che, altrimenti, risulterebbe priva di senso logico;

- l'allegato A prescriveva la dotazione di alcuni elementi tecnici minimi ed indefettibili, con riferimento ai quali l'ASL non si era riservata alcun potere successivo di scelta, risultando, dunque, del tutto indifferente l'indicazione del loro prezzo, atteso che assumeva rilievo solo il miglior prezzo complessivo offerto. L'ASL si era riservata, infatti, potere di scelta solo sulle parti opzionali.

14.1) La prospettazione offerta dalla ricorrente non può essere, però, condivisa.

14.2) La formulazione letterale della norma porta, invero, a ritenere che “la distinta analitica del prezzo” sia riferita sia ai “singoli sottosistemi” che a “tutte le parti incluse nella configurazione offerta, per ciascuna installazione”.

14.3) Come correttamente evidenziato dalla difesa della controinteressata Siemens, la dizione “distinta analitica” è utilizzata una sola volta, si accompagna alla parola “prezzo” (si parla, infatti, di “distinta analitica del prezzo”) e si riferisce sia ai singoli sottosistemi che a tutte le parti incluse nella configurazione offerta.

14.4) Il Collegio osserva, inoltre, che la lettura “sistematica” che la ricorrente intenderebbe offrire dell’art. 10 si scontra, in realtà, con la sua chiara formulazione letterale, che, da un punto di vista interpretativo, consente sicuramente di attribuire prevalenza alle espressioni utilizzate dall’Azienda appaltante.

14.5) Senza tralasciare di considerare, inoltre, che, se l’art. 10, comma 4, punto 2, del disciplinare di gara venisse inteso nel senso prospettato dalla ricorrente, ci si troverebbe di fronte ad un’inutile duplicazione degli adempimenti richiesti ai ricorrenti ovvero l’inserimento della distinta analitica, priva di prezzi, di tutte le parti incluse nella configurazione

offerta sia nella busta contenente l'offerta tecnica che in quella contenente l'offerta economica.

14.6) La previsione, così come formulata ed intesa dall'Azienda Sanitaria, assolve, peraltro, ad una specifica funzione ovvero quella di consentire alla stazione appaltante, all'atto della valutazione, di accertare la serietà dell'offerta e la ponderazione della medesima e, durante la fase esecutiva, di contrattare con maggior cognizione di causa eventuali varianti (o semplici sostituzioni) che dovessero rendersi necessarie.

Nessun rilievo pare, conseguentemente, assumere la circostanza che i requisiti del sistema tecnologico risultassero puntualmente definiti nelle loro caratteristiche e prestazioni essenziali nell'allegato A al disciplinare di gara e che rispetto ad essi la stazione appaltante non si fosse riservata alcun (successivo) potere di scelta.

14.7) In base alle considerazioni svolte, il Collegio non può che concludere, quindi, per l'infondatezza del motivo scrutinato.

15) Con il secondo motivo di ricorso, la società ricorrente ritiene che per esercitare il potere di autotutela la stazione appaltante avrebbe dovuto riconvocare la commissione di gara e/o la commissione tecnica, cui, a norma del disciplinare, spettava valutare la violazione o l'inosservanza delle relative prescrizioni ai fini dell'eventuale esclusione dal prosieguo della gara.

In ogni caso non è stato motivatamente valutato se la ritenuta violazione rispondesse ad un particolare interesse dell'Amministrazione o fosse posta a presidio della par condicio e, quindi, fosse in grado di alterare la gara, se violata.

15.1) Il motivo è infondato.

15.2) Osserva, invero, il Collegio che la competenza della commissione all'adozione di provvedimenti espulsivi è da ritenersi, per regola generale, limitata alla fase di svolgimento della gara, in cui viene in rilievo l'aspetto "valutativo" della procedura.

15.3) Quando l'esigenza di esclusione emerge, invece, nel corso della successiva fase dell'approvazione degli atti di gara o, come nella specie, in una fase ancor successiva, è evidente che il potere di autotutela può essere esercitato unicamente da quel solo soggetto che, in virtù delle proprie attribuzioni, ha il potere di "correggere", in via amministrativa, le operazioni svolte, al fine di ricondurre l'esito della gara a legittimità.

15.4) L'approvazione degli atti di gara e la conseguente aggiudicazione definitiva a favore del miglior offerente sanciscono, infatti, inequivocabilmente la conclusione della "procedura di scelta della migliore offerta" e privano, conseguentemente, la commissione di ogni ulteriore potere in merito, fatte salve le residuali ipotesi in cui,

successivamente alla parziale caducazione degli atti di gara, emerga la necessità di riaprire una “parentesi valutativa”.

15.5) In tal senso depone, peraltro, la formulazione degli artt. 11, comma 5, 12 e 84, comma 1, del D.Lgs. 163 del 2006, che lascia, per l'appunto, intuire quale sia la linea di confine che separa l'attività della “commissione” da quella della “stazione appaltante”.

Tale assunto interpretativo risulta, altresì, avvalorato dalla disposizione di cui al comma 12 dell'art. 84, la quale, nel prevedere l'obbligo di riconvocazione della medesima commissione in caso di rinnovo del procedimento di gara a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, pare, invero, circoscrivere tale incombente alla sola fattispecie espressamente contemplata.

15.6) Nel caso in esame, essendo già intervenuta l'aggiudicazione a favore della società Ge Medicali nel momento in cui l'Azienda resistente, sollecitata in tal senso dalla società che all'esito della procedura di gara era risultata seconda in graduatoria (Siemens s.p.a.), ha ritenuto necessario disporre, in autotutela, l'esclusione della medesima dalla gara, la revoca dell'aggiudicazione disposta in suo favore e, conseguentemente, l'aggiudicazione alla società Siemens, è evidente che le relative determinazioni potevano essere legittimamente assunte dal direttore

generale dell'Azienda, anche avuto riguardo alla circostanza che le decisioni che venivano emendate erano state proprio dallo stesso precedentemente adottate.

15.7) Quanto all'invocato criterio teleologico, che, secondo l'assunto difensivo di parte ricorrente, sarebbe stato disatteso, il Collegio non può esimersi dal rilevare come lo stesso non possa che recedere di fronte ad una comminatoria espressa d'esclusione, atteso che, laddove la scelta sia stata già compiuta in tal senso dall'amministrazione aggiudicatrice con l'inserimento della relativa clausola nel disciplinare di gara, non v'è spazio per ricorrere a criteri interpretativi suppletivi (in termini Tar Lazio, II, 9 ottobre 2009, n. 9861).

15.8) L'esclusione della ricorrente si poneva, quindi, come atto dovuto.

16) Con il terzo motivo di ricorso, parte ricorrente, aggredendo anche il disciplinare di gara, sostiene che il co. 4 punto 2, dell'art. 10 del Disciplinare, se interpretato nel senso inteso dall'Azienda, viene ad assumere un carattere indubbiamente ambiguo ed equivoco, conseguendone che l'ASL avrebbe dovuto farne applicazione nel senso meno restrittivo e ciò a garanzia del più ampio confronto concorrenziale (*favor participationis*), favorendo dunque canoni esegetici di interpretazione oggettiva.

A suo avviso, l'ambigua ed equivoca formulazione della disposizione del disciplinare e la mancata definizione di "installazione" e di "sottosistema" non ha sicuramente aiutato le imprese a formulare l'offerta.

16.1) Il motivo è destituito di fondamento.

16.2) Il Collegio non può che rinviare alle considerazioni svolte in relazione al primo motivo di gravame, ove è già stata messa in evidenza la chiarezza contenutistica della previsione in contestazione.

16.3) Si ribadisce, infatti, che, a fronte dell'espresso e chiaro contenuto precettivo dell'art. 10 del disciplinare, alla mancata quotazione di tutte le voci richieste (e, nello specifico, "dei singoli sottosistemi e di tutte le parti incluse nella configurazione offerta, per ciascuna installazione") non poteva che conseguire l'esclusione dalla gara del concorrente che non avesse provveduto a tale adempimento, senza alcuna possibilità per la stazione appaltante di ricorrere all'applicazione del principio del favor participationis, invocato dalla società ricorrente.

16.4) Come correttamente evidenziato dalla difesa della controinteressata, **per costante ed univoco orientamento giurisprudenziale, tale principio può soccorrere solamente nel caso in cui esista un'effettiva incertezza interpretativa delle clausole della lex specialis e non, invece, laddove, come nel caso di specie,**

**la prescrizione sia imposta espressamente (e in maniera chiara), a pena di esclusione, dalla stessa Amministrazione aggiudicatrice (ex multis C.d.S., V, 8 settembre 2008, n. 4252; Tar Lazio, Roma, II, 9 ottobre 2009, n. 9861).**

**Il ricorso al principio del favor participationis trova, infatti, un limite insuperabile nell'esigenza di garantire la par condicio dei candidati, che verrebbe violata laddove fosse consentito alla stazione appaltante di disapplicare le prescrizioni della lex specialis, imposte a tutti i concorrenti a pena di esclusione.**

17) Con il quarto ed ultimo motivo di gravame, la ricorrente sostiene, infine, che la prescrizione in contestazione, laddove interpretata nel senso ritenuto dall'Azienda, sarebbe in ogni caso illegittima per violazione del principio di proporzionalità.

A suo avviso, la prescrizione di produrre una distinta analitica del prezzo di ogni parte inclusa nella configurazione offerta non ha, infatti, ragione d'essere nell'ambito di una fornitura di macchinari non scomponibili e si traduce nell'imposizione di un onere meramente formale, cui non corrisponde alcun apprezzabile interesse sostanziale dell'Azienda, ma, al contrario, si tratta solo di un ingiustificato ed illegittimo appesantimento burocratico, volto ad aggravare inutilmente la procedura di gara.

Sottolinea, al riguardo, che i tomografi computerizzati oggetto della fornitura sono idonei al loro scopo tecnico solo se considerati nella loro integrità e che la formula matematica applicata valorizza solo il prezzo complessivo offerto.

17.1) Il motivo è infondato.

17.2) Anche in tal caso, non si può, infatti, che fare riferimento alle considerazioni già svolte in relazione al primo motivo di gravame, laddove è stato messo in rilievo che, contrariamente a quanto ritenuto dalla ricorrente, le prescrizioni oggetto di contestazione non erano affatto inutili, ma volte a soddisfare precisi ed apprezzabili interessi della stazione appaltante e precisamente: a) consentire la verifica della composizione dell'offerta economica e, quindi, la corretta determinazione del prezzo finale; b) conoscere i prezzi da applicare qualora dovesse emergere la necessità, nel corso dell'esecuzione dell'appalto, di fare ricorso ad eventuali varianti (possibilità questa, peraltro, espressamente contemplata dall'art. 25 del Disciplinare tecnico).

17.3) Nessun rilievo pare, quindi, assumere la circostanza che oggetto di valutazione fosse solo il prezzo finale.

17.4) Inoltre, pare indubbio che le componenti strutturali delle apparecchiature in questione possano essere sostituite per lo meno in caso di guasto e, quindi, che risulti anche solo per tale aspetto giustificata

l'esigenza di conoscere i loro prezzi unitari e non solo quello complessivo dell'intera fornitura richiesta.

18) In conclusione, all'accertata infondatezza delle censure svolte dalla ricorrente non può che conseguire il rigetto del ricorso introduttivo e, conseguentemente, di quello per motivi aggiunti successivamente proposto, attesa l'insussistenza dei presupposti di legge per dar corso alla declaratoria d'inefficacia del contratto (ad oggi, peraltro, ineseguito, come si evince dalla memoria depositata dall'ASL in data 24 gennaio 2011) e al richiesto subentro nello stesso da parte della ricorrente.

19) Sussistono, tuttavia, giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, avuto riguardo alla particolarità delle questioni sottese al ricorso.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso depositato in data 27 agosto 2010 e sul ricorso per motivi aggiunti depositato in data 21 gennaio 2011, come in epigrafe proposti, li rigetta.

Compensa tra le parti le spese e le competenze del giudizio.

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

Così deciso in Torino, nelle camere di consiglio del 9 e del 23 febbraio  
2011, con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Manuela Sinigoi, Referendario, Estensore

Antonino Masaracchia, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/03/2011

IL SEGRETARIO

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