



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 Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2926 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Philips S.p.a., in persona del suo procuratore p.t., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo RTI con Gowen S.r.l., rappresentata e difesa anche disgiuntamente dagli avv.ti Guido Bardelli, M.Alessandra Bazzani, Francesca M. Colombo e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via F. Confalonieri, 5;

contro

Istituti Fisioterapici Ospitalieri (IFO), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dall'avv. Rosaria Russo Valentini, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Corso Vittorio Emanuele II, 282-284;

nei confronti di

Ge Medical Systems Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Lirosi e Marco Martinelli, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Quattro Fontane, 20;

Soc Capitolium Tech a r.l., non costituita;

per l'annullamento

- della deliberazione del Commissario Straordinario n. 35, in data 28 gennaio 2011, avente ad oggetto “Aggiudicazione ed affidamento a seguito di procedura aperta ex art. 55 D.Lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii. alla A.T.I. GE Healthcare/Capitolium Tech S.p.a. della fornitura chiavi in mano di una risonanza magnetica a 3 tesla occorrente alla S.C. di Radiologia e Diagnostica per immagini degli I.F.O.”;

- di tutti i verbali di gara, nonché di ogni altro atto ad essi presupposto, consequenziale e comunque connesso;

nonché per la condanna

dell'Amministrazione al risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente in conseguenza ai provvedimenti impugnati;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio degli Istituti Fisioterapici Ospitalieri (IFO) e della Soc Ge Medical Systems Italia S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visto il ricorso incidentale proposto da:

GE Medical Systems Italia S.p.a. come sopra rappresentata e difesa per l'annullamento

del verbale n. 1 del 26.10.2010 della Commissione giudicatrice;

dei verbali nn. 2 e 3 rispettivamente del 10 novembre 2010 e del 6 dicembre 2010;

del verbale n. 4 del 20 dicembre 2010 della Commissione giudicatrice nella parte in cui non è stata esclusa l'offerta economica del RTI Philips;

di tutti gli atti di gara nella parte in cui non prevedono l'esclusione del RTI Philips dalla gara;

di ogni ulteriore atto presupposto, connesso e/o conseguente, in parte qua;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2011 il Consigliere Solveig Cogliani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso indicato in epigrafe, la Società istante, avendo preso parte alla procedura avviata dagli Istituto Fisioterapici Ospitalieri IFO per la fornitura della risonanza magnetica sopra specificata impugnavano gli atti della gara, a seguito del mancato riscontro da parte degli IFO alle iniziative ex art. 243 bis d.lgs. n. 163 del 2006, assunte dalla stessa parte ricorrente.

La società ricorrente censurava la procedura di gara per i seguenti motivi:

1 – violazione dell'obbligo di custodia dei plichi, del principio di

trasparenza, di segretezza, di continuità e concentrazione delle operazioni di gara, nonché della par condicio e violazione dell'art. 97 Cost., poiché l'istante, a seguito dell'accesso agli atti, aveva potuto constatare che un esemplare dell'offerta economica senza prezzi dell'A.T.I. GE Healthcare Capitolium Tecli S.p.a. era contenuto anche nella busta n. 2, senza che fossero riportate le sigle di tutti i membri della Commissione. Inoltre nessuno dei verbali delle sedute pubbliche e riservate della gara in contestazione riporta l'indicazione del luogo di custodia delle offerte né delle modalità di custodia delle medesime, né si rinviene alcuna assicurazione in ordine all'integrità delle buste contenenti le offerte tecniche nei verbali nn. 2 e 3 e l'andamento della procedura de qua risulta articolato in sedute di gara svolte a particolare distanza l'una dall'altra;

2 – violazione dell'art. 2, d.lgs. n. 163 del 2006, dei principi di pubblicità e di trasparenza delle operazioni di gara e violazione dell'art. 97 Cost. in ragione della mancata apertura in seduta pubblica delle buste contenenti le offerte tecniche;

3 – violazione dell'art. 78, d.lgs. n. 163 del 2006, contraddittorietà, difetto di motivazione e violazione del dovere di trasparenza e del principio di pubblicità per quanto concerne la verbalizzazione delle sedute;

4 – con riferimento al provvedimento di aggiudicazione, illegittimità derivata per i motivi sopra esposti;

5 – difetto di istruttoria, di motivazione e travisamento per la mancata esclusione dell'A.T.I. controinteressata poiché esso aveva inserito

nella propria offerta un documento assimilabile ad un progetto esecutivo, ma carente dei particolari costruttivi sia dei dettagli richiesti dalla *lex specialis*;

6 –violazione ancora del cit. art. 79 e difetto di motivazione in relazione alla mancanza dei requisiti necessari per la comunicazione della aggiudicazione definitiva.

La ricorrente, pertanto, chiedeva l'annullamento degli atti gravati ed in subordine il risarcimento del danno per equivalente.

Si costituiva la società controinteressata GE Medical Systems Italia S.p.a. eccependo in via pregiudiziale l'irricevibilità del ricorso *ex adverso* proposto per tardività, in ragione della decorrenza della conoscenza piena per lo meno dalla data dell'avvenuto accesso in data 31.1.2011, senza che fosse necessario attendere la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva per iscritto.

Nel merito la controinteressata contestava quanto dedotto dalla parte ricorrente precisando di aver proceduto ad inserire nella busta n. 1, contenente la documentazione amministrativa, un unico documento di 38 pagine, con le condizioni di offerta, come richiesto dall'art. 3 del Capitolato, comprensive della composizione dell'offerta senza prezzi per le prime 36 pagg. e delle condizioni di fornitura nelle ultime 2 pagg. e nella busta n. 2, relativa alla documentazione tecnica, come richiesto dall'art. 3 del Capitolato, la copia dell'offerta economica senza indicazione dei prezzi.

Ancora, la controinteressata precisava che nella prima seduta del 26.10.2010 alla presenza dei rappresentanti del RTI ricorrente, all'atto

dell'apertura del plico esterno, era rinvenuta debitamente sigillata la busta n. 2 del RTI resistente, con garanzia dell'autenticità e della integrità dei plichi; esponeva, altresì, che nel verbale n. 2 la Commissione dava atto che la documentazione tecnica presentata dalle ditte era conforme e contestava la asserita mancanza di sigla da parte della Commissione, poiché i membri della stessa avevano proceduto a siglare l'esterno della busta 2 di tutti e tre i concorrenti, come previsto.

Quanto al secondo motivo di ricorso la controinteressata evidenziava che la giurisprudenza amministrativa ha posto in luce che l'obbligo della pubblicità non si estende all'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica, ma esclusivamente alla verifica dell'integrità dei plichi esterni. Nessun obbligo differente pertanto è da ritenere sussistente, tanto più nel caso di procedure da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Per quanto concerne il terzo motivo di gravame, la società GE controdeduceva l'inconferenza del richiamo all'art. 78, d.lgs. n. 163 cit. poiché relativo alla compilazione del verbale di chiusura della gara .

Infine, la stessa controdeduceva con riferimento ai motivi dedotti dalla ricorrente ai fini della sua esclusione dalla gara su cui si verte.

Si costituivano gli IFO, eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per inesistenza della notifica, in quanto la copia pervenuta reca differente destinatario. Gli Istituti, peraltro, chiedevano la reiezione del ricorso nel merito.

Con ricorso incidentale, la società GE, a seguito dell'accesso agli atti avvenuto in data 8.4.2011, deduceva violazioni da parte del raggruppamento Philips, tali da indurne l'esclusione dalla gara.

Pertanto, proponeva i seguenti motivi, da esaminarsi con priorità rispetto alle censure proposte con ricorso principale:

1 – violazione e falsa applicazione dell'art. 3 del Capitolato sulle modalità di presentazione dell'offerta, eccesso di potere, in particolare con riguardo al difetto di istruttoria, di motivazione, travisamento e falsità di presupposti, nonché sviamento, poiché il plico esterno dell'offerta della ricorrente risulta firmato solo dalla ricorrente Philips e non anche dall'altra società Gowen difformemente da quanto prescritto dalle norme di gara;

2 – analoghe censure con riferimento alla mancanza della firma ai bordi delle tre buste inserite nel plico, da parte anche della società Gowen;

3 – ancora i medesimi vizi, per mancanza della firma della società Gowen dei documenti che compongono l'offerta tecnica da inserire nella busta 2 ad eccezione del doc. n. 1;

4 – violazione e falsa applicazione dell'art. 75, d.lgs. n. 163 del 2006 e degli artt. 3 e 11 del Capitolato in tema di cauzione provvisoria, nonché eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche, con particolare riguardo ad i profili già sopra specificati, poiché l'impegno del fideiussore, richiesto a pena di esclusione dal comma 8 dell'art. 75 menzionato, espressamente richiamato dal capitolato, è stato assunto unicamente nell'interesse di Philips senza alcun riferimento né alla

mandante né all'offerente e poiché Philips, al fine di fruire della dimidiazione dell'importo della cauzione provvisoria, ha segnalato il possesso della certificazione di qualità, producendo tuttavia una mera copia fotostatica senza autocertificarne l'autenticità, con le modalità di legge;

5 – violazione e falsa applicazione degli artt. 35 e ss. del d.P.R. n. 554 del 99, dell'art. 3 del Capitolato e dell'Allegato 4 Disciplinare tecnico in tema di progetto esecutivo dei lavori, nonché eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche, in ragione della genericità della relazione tecnica del progetto della ricorrente.

Con i motivi aggiunti al ricorso incidentale, altresì, il RTI contro interessato deduceva un ulteriore sesto motivo di gravame, così articolato:

6 – violazione e falsa applicazione degli artt. 35 e ss. del d.P.R. n. 554 del 1999, dell'art. 3 del Capitolato e dell'allegato 4 del disciplinare tecnico, in tema di progetto esecutivo dei lavori ed ancora, violazione del d.P.R. 14.1.1997 e dei requisiti minimi per l'accreditamento delle strutture sanitarie pubbliche e private della Regione Lazio, violazione della normativa ISPESL in tema di progettazione per i locali di risonanza magnetica, eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche.

Con ordinanza n. 1457 del 2011 era respinta la richiesta cautelare anche in ragione di profili di fumus boni juris del ricorso incidentale.

A seguito dello scambio di numerose memorie tra le parti e, ritenuta completa l'istruttoria, in base agli atti depositati, la causa era trattenuta in decisione all'udienza del 5.12.2011.

DIRITTO

1 – Preliminarmente, osserva il Collegio che deve essere disattesa l'eccezione di tardività del ricorso principale sollevata dalla società controinteressata, poiché il termine di decadenza per la proposizione dell'impugnativa è iniziato a decorrere nel caso di specie dal momento della comunicazione, come prevista dalla *lex specialis*, dell'atto di aggiudicazione, essendo irrilevante l'eventuale conoscenza dell'aggiudicazione stessa acquisita in altro modo.

Va, altresì, superata l'eccezione di inammissibilità formulata dagli Istituti Fisioterapici Ospitalieri in forza del generale principio in base al quale la irregolarità della notifica deve ritenersi sanata con effetto "ex tunc" per raggiungimento dello scopo, a cagione dell'intervenuta costituzione in giudizio della parte, che nella specie, comparendo nell'intestazione del ricorso, ha potuto compiutamente esplicitare la propria difesa.

2 – Ai fini di economia processuale, va rilevato che, nella controversia in esame, il ricorso incidentale appare diretto a contrastare la legittimazione del ricorrente principale deducendo censure che inficiano la sua ammissione alla procedura di gara. Ne consegue che, seguendo l'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, l'esame del ricorso incidentale assume carattere necessariamente pregiudiziale rispetto a quello del ricorso principale. Infatti, con la pronuncia menzionata, come è noto, il Consiglio di Stato ha precisato che "l'esame del ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale

attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara deve precedere quello del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e indipendentemente dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, dal tipo di censure prospettate con il ricorso incidentale e dalle richieste dell'amministrazione resistente”.

Nello stabilire l'ordine da seguire nell'esame delle censure formulate con il ricorso incidentale non si può prescindere dal principio dispositivo, che regola anche il processo amministrativo e comporta la necessità di esaminare prima quelle doglianze da cui potrebbe derivare un effetto pienamente soddisfacente della pretesa azionata. È evidente, dunque, che in presenza di un motivo diretto ad escludere dalla gara il ricorrente, deve ad esso darsi priorità, poiché l'eventuale estromissione del ricorrente medesimo dalla gara condurrebbe ad una pronuncia di improcedibilità con riferimento al ricorso principale.

Svolte siffatte premesse, deve trovare prioritario esame il quarto motivo del ricorso incidentale inteso a contestare la corretta presentazione dell'offerta da parte della ricorrente con riferimento alla cauzione provvisoria, sia con riferimento all'art. 75, d.lgs. n. 163 del 2006, sia con riguardo agli artt. 3 e 11 del Capitolato che alla predetta norma fanno espresso richiamo.

Infatti, nelle gare pubbliche la garanzia di cui deve essere corredata l'offerta a norma dell'art. 75, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, assolve non certo una funzione meramente formale ma ha il chiaro scopo di

garantire la serietà dell'offerta stessa e di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso in cui la stipula del contratto non avvenga per recesso o per difetto dei requisiti del concorrente. La giurisprudenza ha precisato al riguardo che “in quanto tale, la cauzione provvisoria costituisce parte integrante della offerta e non elemento di corredo della stessa” (cfr. Consiglio Stato , sez. V, 12 giugno 2009 , n. 3746).

Il motivo prospettato dal ricorrente incidentale è fondato e deve essere condiviso.

Infatti, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di chiarire che nel caso di partecipazione di un costituendo raggruppamento temporaneo di imprese ad una gara di appalto, la polizza fideiussoria, mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria, deve essere intestata non solo alla società capogruppo ma anche alle mandanti che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara, ciò al fine di evitare il configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante con riferimento a quei casi in cui l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata ma dalle mandanti. Conseguentemente, il fideiussore, per assicurare in modo pieno l'operatività della garanzia di fronte ai possibili inadempimenti coperti dalla cauzione provvisoria, deve richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente e contestualmente, e deve dichiarare di garantire con la cauzione provvisoria non solo la mancata sottoscrizione del contratto ma anche ogni altro obbligo derivante

dalla partecipazione alla gara. (Consiglio Stato, Ad. Plen., 4 ottobre 2005 , n. 8).

Nella specie, la garanzia per la partecipazione alla gara, presentata da Philips, risulta intestata solo alla designata mandataria e non anche alla mandante e, peraltro, l'impegno ad assumere la garanzia definitiva è assunto unicamente nell'interesse di Philips, senza riferimento né alla mandante né all'offerente raggruppamento di imprese (cfr. doc. 5 e doc. 6 allegati al ricorso incidentale).

Orbene, non si disconosce che nel tempo il giudice amministrativo ha anche, talora, espresso orientamenti difformi, in forza dei quali si è detto che in caso di associazione temporanea di imprese non ancora costituita, ove la garanzia fideiussoria sia prestata dalla sola impresa mandataria, non è necessario che essa sia intestata a tutte le imprese partecipanti al raggruppamento (Consiglio Stato , sez. VI, 4 giugno 2007 , n. 2951).

Tuttavia ritiene il Collegio di aderire alla interpretazione affermata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza sopra richiamata secondo la quale, nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di un raggruppamento temporaneo di imprese, la polizza fideiussoria mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria deve essere necessariamente intestata, a pena di esclusione, non già alla sola capogruppo designata, ma anche alle mandanti, stante l'esigenza di assicurare in modo pieno l'operatività della garanzia fideiussoria di fronte ai possibili inadempimenti.

Ne consegue che sussiste l'obbligo del fideiussore di richiamare la

natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente e contestualmente (cfr. anche Cons., Stato, V. 25 luglio 2006, 4655; IV 19 giugno 2006, n. 3660).

Appare, pertanto, necessario che la polizza fideiussoria sia intestata a tutte le imprese partecipanti al raggruppamento, con la conseguenza che il Raggruppamento ricorrente avrebbe dovuto essere escluso dalla Amministrazione per difformità dell'offerta da quanto prescritto dalla *lex specialis* e per violazione dell'art. 75 citato.

Per quanto sin qui osservato, il ricorso incidentale deve essere accolto, rimanendo assorbiti gli ulteriori motivi in esso prospettati ed i relativi motivi aggiunti, con conseguente annullamento della graduatoria finale stilata dalla Commissione e dei verbali di gara impugnati incidentalmente nella parte in cui non prevedono l'esclusione del RTI Philips.

3 – In forza delle considerazioni iniziali la società ricorrente, in quanto mandataria di un raggruppamento di imprese che doveva essere escluso dalla procedura di gara, non può contestarne gli esiti e la legittimità delle distinte scansioni procedurali. Infatti “il suo interesse, da qualificare di mero fatto, non è diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo ad impugnarne gli atti, pur essendo titolare di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta nel caso di riedizione della medesima gara.” (Consiglio Stato, Sez. IV, 12 gennaio 2011 , n. 127).

Ne consegue che il ricorso principale deve essere dichiarato

improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

In ragione della complessità della fattispecie esaminata, sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater)

definitivamente pronunciando sul ricorso principale, come in epigrafe proposto, lo dichiara improcedibile. Accoglie il ricorso incidentale e, per l'effetto, annulla i provvedimenti ivi impugnati nella parte in cui non escludono il costituendo raggruppamento tra la società ricorrente e la società Gowen S.r.l. dalla gara.

Compensa le spese di lite tra le parti.

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

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

Italo Riggio, Presidente

Maria Luisa De Leoni, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/01/2012

IL SEGRETARIO

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