



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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 202 del 2011, proposto da: Philips S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Alessandra Bazzani, Francesca Colombo e Guido Bardelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Paolo Devigili in Trento, via Oss Mazzurana 72;

contro

Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia autonoma di Trento, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Pisoni, Franco Pellizzer e Giacomo Santi, con domicilio eletto presso il Servizio affari legali dell'A.P.S.S. in Trento, via Degasperi 79;

nei confronti di

Siemens S.p.A., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della determinazione del Dirigente del Servizio procedure di gara e contratti dell'Azienda provinciale per i servizi sanitari della Provincia autonoma di Trento n.1161/2011 del 4.8.2011 recante la revoca della procedura aperta per

l'acquisizione, suddivisa in due lotti distinti, di apparecchiature sanitarie occorrenti al Dipartimento di Radiodiagnostica dell'Azienda medesima, limitatamente al lotto 2, riguardante n. 4 TAC 64 strati per gli Ospedali di Arco, Borgo, Cavalese e Tione;

- della nota del Responsabile del Servizio procedure di gara e contratti della sopracitata Azienda, n. prot. 0084595 del 5.8.2011 con la quale è stato comunicato alla S.p.a. Philips il provvedimento suddetto;
 - dei verbali 11.3.2011, 7.6.2011 e 24.6.2011 relativi alle operazioni della commissione giudicatrice;
 - del bando pubblicato in G.U. il 23.9.2011 con il quale è stata avviata una nuova procedura di gara;
- nonché per il risarcimento del danno ingiusto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia autonoma di Trento;

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 22 marzo 2012 il cons. Lorenzo Stevanato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente Philips S.p.A. ha partecipato alla gara indetta, col sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dall'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia autonoma di Trento, per la fornitura, installazione e manutenzione

di quattro tomografi assiali computerizzati (T.A.C.) destinati ai reparti di radiologia degli ospedali di Arco, Borgo, Cavalese e Tione (lotto n. 2).

All'esito della gara, cui hanno partecipato 5 ditte, Siemens S.p.A. si è classificata al primo posto della graduatoria, mentre la ricorrente al secondo posto.

Tuttavia, l'A.P.S.S. non procedeva all'aggiudicazione della fornitura ma revocava l'intero procedimento, motivando tale decisione con l'esigenza di indire una nuova gara per la fornitura unitaria di un altro T.A.C., da destinare all'ospedale di Trento, e di integrare i quattro T.A.C. oggetto del lotto con un sistema di ricostruzione delle immagini di tipo iterativo.

Seguiva l'indizione della nuova gara per la fornitura dei cinque apparati.

A sostegno del ricorso contro la mancata esclusione di Siemens, contro la revoca della gara e contro l'indizione della nuova gara, vengono dedotti i seguenti motivi:

1) violazione degli artt. 3 e 21quinqies della L. 241/1990; violazione dell'art. 97 Cost; eccesso di potere sotto vari profili.

Si sostiene che nessuna delle motivazioni addotte giustifica la revoca, poiché:

a) il sistema di ricostruzione delle immagini di tipo iterativo era già offerto dalla ricorrente come opzionale ed il maggior costo derivante dall'integrazione dell'offerta rispetto a quella base non avrebbe modificato la posizione in graduatoria della ricorrente;

b) la dichiarata esigenza di ricomprendere nella fornitura unitaria l'ulteriore T.A.C. destinato all'ospedale di Trento non giustifica la revoca perché ben si sarebbe potuto procedere con una gara separata;

c) le menzionate "contrapposizioni di tipo legale/giuridico" relative alle osservazioni presentate da Philips e Siemens non potrebbero giustificare l'atto di ritiro;

d) il sistema di integrazione e gestione delle T.A.C., di cui peraltro non si fa menzione nella revoca ma soltanto nella nuova procedura di gara, è normalmente disponibile e consente di collegare apparecchiature di produttori diversi.

2) difetto di istruttoria e violazione dell'art. 88 del D.lgs. 163/2006, nel rilievo che Siemens, aggiudicataria provvisoria, sarebbe dovuta essere esclusa in quanto non poteva riconoscersi alcun errore materiale nell'offerta da essa formulata, relativamente al canone di manutenzione, per una cifra che la stessa Siemens ammette essere valida per una sola apparecchiatura, anziché per quattro.

3) violazione dell'art. 1 della L. 241/1990; violazione dell'art. 97 Cost; carenza di presupposto e di motivazione, essendo stati violati i principi di economicità, efficacia e tempestività dell'azione amministrativa.

4) illegittimità derivata.

L'Amministrazione intimata, costituita in giudizio, ha pregiudizialmente eccepito il difetto di legittimazione e di interesse della ricorrente in quanto il sub procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta di Siemens non si era concluso e Philips non potrebbe considerarsi virtuale aggiudicataria della fornitura. Inoltre la revoca è stata disposta in una fase del procedimento in cui l'Amministrazione eserciterebbe ampia discrezionalità al riguardo.

Nel merito, l'Amministrazione ha diffusamente contestato la fondatezza del ricorso concludendo per il suo rigetto.

Ciò premesso, va anzitutto esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso.

Essa è infondata e va disattesa.

Invero, non si può disconoscere la legittimazione e l'interesse della ricorrente, classificatasi al secondo posto della graduatoria, a sindacare l'esito del procedimento concorsuale ed, in particolare, la mancata esclusione della prima graduata (Siemens) nonché la revoca della gara e la sua rinnovazione, anziché

l'aggiudicazione a se medesima dopo l'(asseritamente) doverosa esclusione di Siemens.

Tuttavia, nel merito il Collegio ritiene che il ricorso non sia fondato.

Anzitutto, occorre considerare che il par. 6 delle “norme di partecipazione” alla gara espressamente riservava all'Amministrazione “la facoltà di rinunciare all'affidamento e/o di avviare una nuova procedura con espressa motivazione”.

In generale, poi, il Collegio osserva che alle stazioni appaltanti va riconosciuto il potere di ritirare gli atti di gara, attraverso lo strumento della revoca, in presenza di sopraggiunte ragioni di pubblico interesse, tali da rendere inopportuna o comunque da sconsigliare la prosecuzione e conclusione della gara.

In particolare, la revoca degli atti del procedimento intervenuta nella fase dell'aggiudicazione provvisoria (disposta nella fattispecie), se giustificata da un nuovo apprezzamento, in base a circostanze sopravvenute, è ammissibile, riguardando ancora la fase della scelta del contraente, in cui l'Amministrazione ha la possibilità di valutare la persistenza dell'interesse pubblico o la permanenza dello stesso nella considerazione e nella consistenza iniziali.

Una motivazione adeguata può allora basarsi, tra l'altro, su una diversa valutazione di convenienza economica e/o tecnica, indotta da circostanze od eventi inizialmente assenti od occulti.

Va quindi presa in esame la motivazione che, nella fattispecie, sostiene la revoca qui censurata.

Essa è articolata su tre argomenti:

- 1) i tempi di definizione dell'eventuale contenzioso relativamente alle posizioni di Siemens e di Philips;
- 2) l'esigenza di inserire nella configurazione base dei quattro T.A.C. il sistema di ricostruzione delle immagini di tipo iterativo, che consente di ridurre la dose di radiazioni ed aumentare così la sicurezza dei pazienti e degli operatori sanitari.

L'Amministrazione ha rilevato, al riguardo, che “tutte le ditte offerenti hanno disponibile questa tecnologia: nella gara conclusa alcune hanno offerto questo sistema nella configurazione base, alcune come opzionale e alcune, non essendo espressamente richiesto in capitolato, non lo hanno offerto, pur avendolo a disposizione”;

3) l'opportunità, per ragioni di economia di scala, di aumentare il numero delle apparecchiature da acquisire con una nuova, unica gara, aggiungendo un T.A.C. ad alte prestazioni destinato a sostituirne due, ormai obsoleti, in esercizio presso l'Ospedale di Trento.

Dunque, l'Amministrazione ha revocato gli atti di gara assumendo, in sostanza, che la procedura di selezione non aveva raggiunto lo scopo (di convenienza e di efficienza, quale sintesi tra le esigenze di efficacia ed economicità dell'azione amministrativa) per la quale era stata indetta.

Perciò, è sull'anzidetto apparato motivazionale che il Collegio deve decidere se sussistevano le condizioni di pubblico interesse, se tali ragioni siano state congruamente esplicitate nella motivazione del provvedimento di autotutela e se esse siano plausibilmente convincenti, nell'ambito del sindacato di legittimità della discrezionalità tecnico-amministrativa.

Ebbene, ritiene il Collegio che la ragione afferente alle lungaggini di un possibile contenzioso non sia condivisibile, posto che, in questo modo, si ammetterebbe la possibilità di far venir meno la tutela dei concorrenti pretermessi o postergati apprestata dall'ordinamento.

Assume rilevanza, invece, l'esposta convenienza economica di associare in un'unica fornitura l'acquisizione dell'ulteriore T.A.C. per l'ospedale di Trento.

La ricorrente sostiene che si sarebbe potuto procedere con una gara separata, e questo è vero; ma è altrettanto vero che accomunando le apparecchiature in

un'unica fornitura è presumibilmente prevedibile e verisimile la realizzazione di una convenienza economica.

La ragione ancor più rilevante e decisiva appare, tuttavia, quella di acquisire una fornitura che comprenda nella T.A.C. il sistema di ricostruzione delle immagini di tipo iterativo, che riducendo la dose di radiazioni garantisce una maggiore sicurezza al paziente ed ai sanitari dei reparti di radiologia.

Sul punto, la ricorrente sostiene che tale sistema era già da lei offerto, come opzionale, ed il maggior costo derivante dalla relativa integrazione dell'offerta (pari ad € 195.580,00) rispetto a quella di base non avrebbe modificato la sua posizione in graduatoria.

Tuttavia, la difesa dell'Amministrazione obietta, condivisibilmente, che su tale elemento del sistema, opzionale ed aggiuntivo, non si è aperto alcun confronto concorrenziale poiché esso non era ricompreso nel valore stimato della fornitura ex art. 29 D.lgs, 163/2006, cioè nell'importo a base d'asta.

Infatti, ai sensi dell'art. 1 del capitolato speciale (che recita: "le ditte, inoltre, potranno quotare a parte ulteriori opzioni che potranno essere oggetto di separata valutazione nell'ambito degli aspetti qualitativi") le opzioni potevano essere apprezzate solo nell'ambito di un giudizio qualitativo e non pure economico.

Dunque, l'offerta opzionale della ricorrente è stata (si presume) valutata in sede di attribuzione del punteggio di qualità, ma non è stata ricompresa (e non poteva esserlo, in quanto la *lex specialis* lo escludeva) nel calcolo del punteggio per il fattore prezzo.

In ogni caso, il fatto che il sistema fosse stato offerto da alcune concorrenti nella configurazione base e da altre come opzione onerosa esigeva la riapertura di un confronto concorrenziale.

In conclusione sul punto, la motivazione della revoca dell'intera gara appare sufficiente ed adeguata, nonché convincente, ricorrendo i presupposti di

sopravvenuto interesse pubblico (per le esposte ragioni tecnico-economiche) per non far luogo all'aggiudicazione definitiva e per indire una nuova gara.

Deve infine aggiungersi che, trattandosi di una procedura di gara non ancora conclusa (essendo stata adottata la sola aggiudicazione provvisoria), non può non assumere rilevanza, nella valutazione della legittimità dell'atto di autotutela e della sufficienza della relativa motivazione, il dato temporale nell'adozione della scelta dell'Amministrazione di revocare l'intero procedimento. Invero, com'è noto, l'aggiudicazione provvisoria è un atto ad effetti instabili, a fronte del quale non possono configurarsi situazioni di vantaggio stabili in capo al beneficiario e, con riferimento al caso di specie, *a fortiori* ciò vale per la ricorrente seconda graduata.

Occorre al riguardo considerare, soprattutto, che Siemens aveva inviato le proprie giustificazioni nel sub-procedimento (non concluso) di verifica di anomalia e non è scontato che tale procedimento dovesse necessariamente concludersi con la sua esclusione, poiché sarebbe potuto essere effettivamente riconosciuto l'errore materiale nell'offerta del canone di manutenzione, per una cifra formulata per una sola apparecchiatura anziché per quattro.

Né il Collegio, come pretenderebbe la ricorrente, può sostituirsi all'Amministrazione nel giudizio sull'anomalia dell'offerta che non è stato portato a termine.

In conclusione, per le ragioni che precedono il provvedimento di revoca resiste alle censure svolte dalla ricorrente, anche relativamente all'illegittimità derivata, ed il ricorso va perciò respinto.

L'azione risarcitoria segue la sorte negativa dell'azione impugnatoria.

Concorrono peraltro motivi sufficienti, in considerazione dell'oggettivo ripensamento dell'Amministrazione, per compensare le spese del giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese del giudizio compensate.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere, Estensore

Fiorenzo Tomaselli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/04/2012

IL SEGRETARIO

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