



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 9808 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Siemens s.p.a. in proprio e quale capogruppo mandataria dell' a.t.i. costituita con l'impresa individuale De Tullio Nicola, rappresentata e difesa dall'avv. Marcello Clarich, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, piazza del Popolo, n. 18;

contro

Ge Medical Systems Italia s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Antonello Lirosi e Marco Martinelli, con domicilio eletto presso lo studio Gianni Origoni in Roma, via delle Quattro Fontane, n. 20;

nei confronti di

Azienda Sanitaria Locale Lecce, non costituitasi in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE:

SEZIONE seconda, n. 2074 del 2011, resa tra le parti, concernente
AFFIDAMENTO FORNITURA ED INSTALLAZIONE DI N° 4
TOMOGRAFI COMPUTERIZZATI MULTIDETETTORI (TAC)
CON TECNOLOGIA SPIRALE MULTISLICE

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ge Medical System Italia
s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2012 il consigliere
Bruno Rosario Polito e udito per il ricorrente l'avv. Carli per delega
dell'avv. Clarich;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto avanti al T.A.R. per la Puglia, Sezione staccata di Lecce, GE Medical Systems Italia s.p.a. – che aveva partecipato, classificandosi al secondo posto, alla procedura aperta, indetta dall'Azienda Sanitaria Locale di Lecce con il metodo dell'offerta economica più vantaggiosa, per la fornitura e installazione di n. 4 tomografi computerizzati multidetettori (TAC) con tecnologia spirale multislice di nuova generazione, da destinare ai presidi ospedalieri di Lecce, Casarano, Gallipoli e Scorrano, per un importo a base d'asta di € 2.500.000,00 I.V.A. – impugnava, chiedendone l'annullamento, i seguenti provvedimenti:

- deliberazione del Commissario Straordinario dell'Azienda sanitaria locale di Lecce n. 1071 del 28/6/2011, comunicata con nota del 5 luglio 2011 alla soc. GE, Medical Systems Italia ai sensi dell'art. 79, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006, di aggiudicazione definitiva della procedura aperta della fornitura e installazione delle predetta apparecchiature in favore dell'a.t.i. costituita fra Siemens s.p.a. e l'impresa individuale De Tullio Nicola;
- ove necessario, la graduatoria definitiva della gara nella parte in cui è stata inclusa al primo posto l' a.t.i. Siemens e tutti i verbali della Commissione nella parte in cui non è stata esclusa la stessa l' a.t.i. Siemens, nonché nella parte in cui è stato attribuito un errato punteggio;
- ogni ulteriore atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto, ivi compresa la nota dell'A.S.L. del 5 luglio 2011 di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva;

La soc. GE Medical Systems Italia formulava, altresì, domanda per il conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto, previa declaratoria della sua inefficacia, eventualmente stipulato tra l'Azienda e l'A.T.I. Siemens, con espressa dichiarazione di disponibilità al subentro nello stesso ai sensi degli artt. 122 e 124, comma 1, cod. proc. amm.

A seguito di accesso alla documentazione tecnica prodotta da GE Medical Systems Italia la soc. Siemens proponeva ricorso incidentale, chiedendo l'annullamento degli atti di gara nella parte in cui era stata disposta l'ammissione della società risultata seconda classificata malgrado la produzione da parte della stessa di documentazione

tecnica gravemente incompleta.

Con sentenza n. 2074 del 2012 – preceduta dalla pubblicazione del dispositivo – il T.A.R. adito respingeva il ricorso incidentale ed accoglieva quello principale proposto da GE Medical System.

Il T.A.R. in particolare:

- quanto alla posizione di GE Medical System, dequotava il dato formale della mancata produzione delle schede tecniche circa le caratteristiche e specifiche dei prodotti, ove queste potessero rinvenirsi nella relazione tecnica e nel questionario di accompagnamento dell'offerta; negava, inoltre, l'eccezione difetto delle qualità tecniche del prodotto rispetto a quanto formalmente indicato nei documenti illustrativi;

- riconosceva come illegittima la partecipazione alla gara dell' a.t.i. Siemens in raggruppamento verticale poiché, trattandosi di appalto misto, *“trova applicazione il secondo comma dell'art. 37 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che, per le forniture o servizi, consente di costituire raggruppamenti di tipo verticale e, quindi, di ripartire le prestazioni richieste tra le imprese partecipanti a seconda della natura (principale o secondaria), a condizione che la stazione appaltante abbia chiaramente indicato quali di esse abbiano tale connotazione”*.

Avverso detta sentenza la soc. Siemens, in proprio e nella qualità di capogruppo dell'a.t.i. costituita con l'impresa individuale Di Tullio Nicola, ha proposto appello prima contro il dispositivo e poi, con motivi aggiunti, contro il contenuto della motivazione ed ha contestato le statuizioni di reiezione del ricorso incidentale e di

accoglimento di quello principale, insistendo anche in sede di note conclusive nei motivi tutti articolati in prime cure .

Resiste GE Medical Systems Italia s.p.a. che, in sede di note e a difesa e di replica, ha contrastato con diffuso ordine argomentativo i motivi di impugnativa e chiesto la conferma della sentenza impugnata.

La A.S.L. Lecce non si è costituita in giudizio.

All'udienza del 23 marzo 2012 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

2. Va disatteso il primo mezzo di impugnativa con il quale la soc. Siemens rinnova il motivo dedotto in via incidentale avanti al T.A.R. teso all'esclusione dalla gara dalla soc. GE Medical Systems Italia, risultata aggiudicataria, per non aver prodotto "*schede tecniche*" e "*depliant illustrativi*" in ordine alle specifiche tecniche ed al livello qualitativo dei prodotti offerti, in tal modo asseritamente contravvenendo alle modalità di presentazione dell'offerta prescritte dall'art. 8 del capitolato speciale d'appalto.

Ritiene sul punto il Collegio che, al contrario a quanto dedotto dall'appellante, il T.A.R. ha posto in essere una corretta lettura della disciplina di gara.

Ed invero, l'art. 8 del capitolato speciale individuava quale documento essenziale ai fini della "*documentazione tecnica*" da inserirsi in busta B "*una relazione tecnica*" descrittiva delle "*caratteristiche tecniche generali del prodotto*", da compilarsi sulla base di apposito "*questionario tecnico (allegato A1)*". Pertanto, l'onere di produzione documentale a carico del concorrente – sanzionato con l'esclusione dalla gara in caso di

mancato assolvimento - era circoscritto alla presentazione di detta relazione ed alla compilazione del questionario, e non era comprensivo di altri documenti, che la soc. Siemens individua nella produzione di *schede tecniche* e *depliants* illustrativi delle caratteristiche dei prodotti.

Tali ultimi aspetti, sul piano formale, potevano essere riportati nella relazione tecnica, con il limite contenutistico di porre in condizione la stazione appaltante di verificare, come stabilito nel disciplinare, la coerenza delle specifiche tecniche indicate con ogni altro documento di supporto prodotto, volto a certificare e divulgare le caratteristiche del prodotto.

In tale ultima ipotesi la disciplina di gara riservava alla stazione appaltante il potere di disporre l'esclusione, e cioè sulla base di una effettiva ed acclarata discordanza dei dati sulla scorta degli elementi rassegnati, e non sulla base del mero dato formale della mancata produzione di separati *depliants* illustrativi e *schede tecniche*.

Tale conclusione si configura del resto in linea con la novella introdotta dall' art 4 del d.l. n. 70 del 2011, che ha aggiunto il comma 1 – bis all'art. 46 del codice degli appalti approvato con d.lgs. n. 163 del 2006, ove è recepito il criterio di tassatività (*rectius* tipicità) delle cause di esclusione, che sul piano ermeneutico porta a configurare come di stretta interpretazione le clausole delle disciplina di gara cui possa ricondursi la sanzione espulsiva del concorrente.

3. Con il secondo mezzo la soc. Siemens lamenta la discordanza fra i valori di potenza del generatore indicati, nella relazione, nel valore

equivalente di 100 KW e, nel questionario, nel valore nominale in 72 KW . In disparte ogni questione di stretto merito tecnico circa la valorizzazione della potenza del generatore in raffronto agli altri sistemi T.A.C. in commercio, rileva che ai fini dell'attribuzione del punteggio la commissione di gara ha tenuto conto della potenza nominale indicata nel manuale di riferimento pari a 72 KW, attribuendo un punteggio inferiore a quello riconosciuto alla società appellante, che aveva indicato per il prodotto offerto un potenza pari a 80 KW.

3.1. Anche con riguardo ai valori di corrente erogabili il punteggio è stato assegnato in relazione alle specifiche tecniche evidenziate nel questionario, e non ai valori enfatizzati in rapporto di equivalenza agli altri sistemi T.A.C. attualmente in commercio.

3.2. In ordine alle doglianze che investono le modalità di indicazione da parte della società convenuta della capacità termica dell'anodo non emergono profili di contraddittorietà, posto che il valore di 6.3 MHU si riscontra nel manuale tecnico di riferimento ed in tali termini è stato confermato dalla soc. GE Medical Systems Italia su istruttoria del r.u.p. volta al ragguaglio del valore in questione alla normativa IEC 606013.

Non assurge, inoltre, ad elemento viziante l'offerta tecnica della soc. GE Medical Systems Italia il richiamo, in sede di relazione, ai risultati clinici conseguiti con altra tipologia di prodotto, trattandosi di indicazioni - di cui in relazione è stata posta in rilievo la natura solo "*informativa*" - volte a valorizzare la tecnologia ASIR che caratterizza

le apparecchiature in gara, comune alla gamma di produzione della ditta concorrente.

4. La soc. Siemens censura, inoltre, la sentenza impugnata nella parte in cui ha accolto il primo motivo del ricorso avanti al T.A.R., riconosciuto assorbente, con il quale è stata negata la possibilità di costituire, ai fini della partecipazione alla gara, un raggruppamento di imprese di tipo verticale, incorrendo in conseguenza l' a.t.i. Siemens nell'esclusione dal concorso.

4.1. Sul punto il T.A.R. ha statuito:

- che gli atti di gara individuano univocamente la tipologia dell'appalto con esclusivo riferimento alle *“forniture”* (cfr. sezione II, punto II.1.2.) come ribadito all'art. 6 del capitolato speciale che, in caso di a.t.i., prevede che nell'offerta tecnico qualitativa *“dovranno essere specificate le parti di fornitura che dovranno essere eseguite dalle singole imprese”*;
- che non emergono elementi testuali in base ai quali l'appalto possa essere come qualificato rivolto alla stipula di un contratto misto;
- che l'art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006 per le forniture ed i servizi consente solo su espressa previsione la costituzione di a.t.i. verticali;
- che in assenza di una siffatta determinazione il singolo concorrente non può assumere un ruolo suppletivo, come avvenuto ad iniziativa della soc. Siemens, tanto più che per i lavori mancherebbe l'indicazione della loro categoria, della classifica e dei richiesti requisiti di qualificazione dell'impresa esecutrice.

La sentenza sul punto merita conferma.

Ritiene il collegio che la fattispecie contrattuale di cui è controversia,

in relazione alle prestazioni che caratterizzano l'offerta, riceva qualificazione dall'art. 14 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Detta disposizione si occupa di contratti che congiuntamente investono le diverse categorie degli appalti di lavori, servizi e forniture. Fra essi la disposizione in esame prende in considerazione quelli aventi per oggetto *“lavori e forniture”*. Il comma 2, lett. a), dell'art. 14 prevede, in particolare, che *“un contratto pubblico avente ad oggetto la fornitura di prodotti ed, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione è considerato un <appalto pubblico di forniture>”*

In tale tipologia di contratto rientra quello di cui alla gara indetta dalla A.S.L. Lecce per la fornitura ed installazione di n. 4 tomografi computerizzati, come reso evidente dalla disciplina concorsuale che ha dato preminente ed assorbente rilievo all'oggetto della fornitura ed ha assegnato un ruolo meramente accessorio e marginale all'installazione delle apparecchiature diagnostiche, senza dettare la riguardo prescrizioni circa l'entità dei lavori, la categoria e classifica richiesta, il valore economico, i requisiti di qualificazione SOA.

La configurazione del contratto in questione come di fornitura comporta l'applicazione delle disciplina dettata nei casi di raggruppamento di imprese dall'art. 37, comma 2, del d.lgs. n. 163.

Stabilisce al riguardo la menzionata disposizione che *“per raggruppamenti di imprese si intende un raggruppamento di concorrenti in cui il mandatario esegue la prestazione di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie”*. Dopo avere indicato la tipologia del raggruppamento orizzontale come

quella in cui gli operatori economici eseguono la medesima prestazione, l'art. 37, comma 2, precisa che “*le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie*”.

Siffatta previsione non si rinviene nel bando di gara.

Segue, quindi, la preclusione per il partecipante alla gara di poter procedere di sua iniziativa alla scomposizione del contenuto della prestazione, distinguendo fra prestazioni principali e secondarie. con riferimento nella specie alla fornitura ed ai lavori di installazione delle apparecchiature, come dichiarato dalla soc. Siemens e dall'impresa individuale De Tullio Nicola agli effetti della costituzione in raggruppamento verticale ai sensi dell'art. 37 del d.lgs. n. 263 del 2006.

La *lex specialis* del concorso ha carattere autoritativo. Essa, in quanto garante della *par condicio* dei concorrenti in relazione alle regole dettate per la fase di qualificazione e per quella di apprezzamento delle offerte, non è cedevole rispetto a scelte dell'impresa che partecipa al concorso. A tale riguardo l'ammissione in a.t.i. riceve integrazione ed ulteriore specificazione dall'art. 37, secondo comma, del d.lgs. n. 163 del 2006, che assegna alla stazione appaltante il ruolo di definire e selezionare le prestazioni dedotte nel rapporto ed i relativi requisiti di qualificazione.

La fondatezza dell'esaminato motivo esime il collegio dalla disamina delle ulteriori censure rinnovate dalla soc. GE Medical Systems Italia s.p.a. nella memoria depositata il 7 marzo 2012 avverso l'ammissione alla gara dell' a.t.i. con capogruppo la soc. Siemens

Per le considerazioni che precedono l'appello va respinto.

In relazione ai peculiari profili della controversia spese ed onorari del presente grado di giudizio possono essere compensati fra le parti.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Botto, Presidente FF

Bruno Rosario Polito, Consigliere, Estensore

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/05/2012

IL SEGRETARIO

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