

N. 01335/2018REG.PROV.COLL.

N. 07888/2017 REG.RIC.

N. 08297/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 7888 del 2017, proposto dalla Siemens Healthcare s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento con F.R. Engineering s.r.l. di Mestrino (PD), rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Bonatti, Lorella Fumarola e Raffaele Izzo e con questi elettivamente domiciliata in Roma, via Boezio, n. 2, presso lo studio dell'avvocato Raffaele Izzo,

contro

l'Azienda Ulss 5 Polesana, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Calgaro, con domicilio eletto in Roma, via F. Confalonieri, n. 5, presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi; l'Azienda Ulss 19 di Adria e l'Azienda Ulss 18 di Rovigo, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, entrambe non costituite in giudizio, nonché

nei confronti di

Roche Diagnostics s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTI Roche Diagnostics s.p.a. – Edil Piazzatorre s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, presso il cui studio in Roma, via di Ripetta, n. 142, è elettivamente domiciliata;

della Beckman Coulter s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Riccardo Pagani e Corrado Curzi, con domicilio eletto presso la Segreteria della Sezione terza del Consiglio di Stato, Piazza Capo di Ferro, n. 13;

della Abbott s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda Ati con la ditta Belli s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Ferdinando Pinto, con domicilio eletto in Roma, via XX Settembre, n. 3, presso lo studio dell'avvocato Bruno Sassani;

della società Alere s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 8297 del 2017, proposto dalla Beckman Coulter s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Riccardo Pagani e Corrado Curzi, con domicilio eletto presso la Segreteria della Sezione terza del Consiglio di Stato, Piazza Capo di Ferro, n. 13,

contro

l'Azienda Ulss 5 Polesana, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Calgaro, con domicilio eletto in Roma, via F. Confalonieri, n. 5, presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi;

l'Azienda Ulss 19 di Adria e l'Azienda Ulss 18 di Rovigo, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, entrambe non costituite in giudizio, nonché

nei confronti di

Roche Diagnostics s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTI Roche Diagnostics s.p.a. – Edil Piazzatorre s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, presso il cui studio in Roma, via di Ripetta, n. 142, è elettivamente domiciliata;

della Siemens Healthcare s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento con F.R. Engineering s.r.l. di Mestrino (PD), non costituita in giudizio,

della Abbott s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda Ati con la ditta Belli s.r.l., non costituita in giudizio;

della società Alere s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio,

per la riforma

quanto all'appello n. 7888 del 2017, della sentenza del Tar Veneto, sez. III, 20 settembre 2017, n. 839, e, quanto all'appello n. 8297 del 2017, della sentenza del Tar Veneto, sez. III, 20 settembre 2017, n. 840, rese tra le parti, che hanno respinto il ricorso proposto dalla Siemens Healthcare s.r.l. avverso la delibera n. 694 del 7 giugno 2017 del Direttore Generale della Azienda ULSS 5 Polesana, che ha disposto l'aggiudicazione definitiva all'A.T.I. Roche Diagnostics s.p.a. per l'acquisizione di un sistema automatizzato per il consolidamento dell'area siero/plasma del Servizio di Medicina di Laboratorio dell'ex Azienda ULSS 18 di Rovigo, per l'attività in urgenza della sede di Trecenta e per l'attività in routine ed urgenza dell'ex Azienda ULSS 19 di Adria (ora Azienda ULSS 5 “ Polesana”) per il periodo di cinque anni.

Visti i ricorsi in appello nn. 7888 e 8297 del 2017 e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione, nei giudizi nn. 7888 e 8297 del 2017, dell'Azienda Ulss 5 Polesana e le relative memorie;

Visti gli atti di costituzione, nei giudizi nn. 7888 e 8297 del 2017, della Roche Diagnostics s.p.a. e le relative memorie;

Visto l'atto di costituzione, nel giudizio n. 7888 del 2017, della Beckman Coulter s.r.l. e le relative memorie;

Visto l'atto di costituzione, nel giudizio n. 7888 del 2017, della Abbott s.r.l. e la relativa memoria;

Visti tutti gli atti delle cause;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 marzo 2018 il Cons. Giulia Ferrari e uditi altresì i difensori presenti delle parti delle cause, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato in data 9 dicembre 2015 la ex ASL 19 (ora ASL 5 Polesana) ha indetto una gara “per l'acquisizione di un sistema automatizzato per il consolidamento dell'area siero/plasma del Servizio di Medicina di Laboratorio dell'ex Azienda ULSS 18 di Rovigo, per l'attività in urgenza della sede di Trecenta e per l'attività in routine ed urgenza dell'ex Azienda ULSS 19 di Adria, per il periodo di cinque anni con opzione di rinnovo per ulteriori tre anni”.

Alla gara – che prevedeva quale criterio di aggiudicazione della fornitura, comprensiva dei lavori di adeguamento locali per la sede del Laboratorio di Rovigo e la sede del Laboratorio di Adria, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo di complessivo di € 6.408.430,20, IVA esclusa – hanno partecipato quattro raggruppamenti: il RTI Beckman Coulter s.r.l./Alere

s.r.l. (d'ora in poi, Beckman); il RTI Abbott s.r.l. a Socio unico/Belli s.r.l. (d'ora in poi, Abbott); il RTI Roche Diagnostics s.p.a. /Edil Piazzatorre s.r.l. (d'ora in poi, Roche); il RTI Siemens Healthcare s.r.l./F.R. Engineering s.r.l. (d'ora in poi, Siemens);

La gara è stata aggiudicata al RTI Roche, con 96,50 punti (di cui 37,61 punti, su un massimo di 40, per l'offerta tecnica e 58,89 punti per l'offerta economica, pari ad € 4.496.155,95); secondo graduato è il RTI Abbott, con 93,75 punti (di cui 33,75 punti per l'offerta tecnica e 60 punti per l'offerta economica, pari ad € 4.412.841,15); terzo graduato è il RTI Beckman, con 88,17 punti (di cui 31,55 punti per l'offerta tecnica e 56,62 punti per l'offerta economica, pari ad € 4.676.000,20); quarto, e ultimo graduato è il RTI Siemens, con 81,84 punti (di cui 28,18 punti per l'offerta tecnica e 53,66 punti per l'offerta economica, pari ad € 4.933.995,60).

Con nota del 12 giugno 2016, la stazione appaltante (ora ULSS 5 Polesana, subentrata ex lege regionale del Veneto n. 19 del 25 ottobre 2016 alle sopresse ULSS n. 19 di Adria e ULSS n. 18 di Rovigo) ha comunicato alla Siemens di aver aggiudicato la commessa al RTI Roche, con la deliberazione n. 694 del 7 giugno 2017 impugnata in primo grado;

2. Avverso detta delibera n. 694 del 7 giugno 2017 la Siemens (quarta graduata) ha proposto ricorso (817/2017) dinanzi al Tar Veneto.

Ha dedotto innanzitutto di aver accertato, dall'esame dei progetti predisposti dalle altre concorrenti, di essere stata l'unica a rispettare compiutamente le prescrizioni dettate, a pena di esclusione, dal progetto preliminare predisposto dall'Ente.

Con il secondo motivo ha contestato che l'Ing. Rodolfo Fasiol, Responsabile UOC del Servizio Tecnologico dell'ex Azienda ULSS 18 di Rovigo e membro della Commissione tecnica, avesse partecipato alla predisposizione della normativa speciale di gara.

Con il terzo motivo ha dedotto la mancata prefissazione dei sub-criteri di valutazione.

Ha poi contestato (quarto motivo) l'impossibilità di ricostruire l'iter logico seguito dalla Commissione nella valutazione delle offerte, a causa del difetto di motivazione nascente dall'aver la commissione omesso di motivare le ragioni dei punteggi assegnati, pur in presenza di criteri di valutazione del tutto generici.

Con il quinto motivo ha, infine, dedotto la violazione del principio di concentrazione e di continuità della valutazione delle offerte.

3. La sez. III del Tar Veneto, con sentenza n. 839 del 20 settembre 2017, ha respinto il ricorso, condannando alla rifusione delle spese di giudizio la parte soccombente.

4. Avverso la sentenza del Tar Veneto il RTI Siemens ha proposto l'appello (n. 7888/2017), notificato il 27-30 ottobre 2017 e depositato il successivo 9 novembre 2017.

Ha dedotto:

a) Error in indicando - Omessa e comunque errata, inadeguata ed incongrua considerazione dei motivi allegati dalla appellante in relazione al primo motivo di ricorso (Violazione e falsa applicazione di legge (legge speciale di gara - Capitolato speciale e allegati; d.lgs. n. 163 del 2006; principi di parità di trattamento, efficienza e buona amministrazione; artt. 3 e 97 Cost.) - Eccesso di potere per disparità di trattamento, difetto di istruttoria e contraddittorietà della motivazione - Erroneità dei presupposti di fatto e di diritto - Illogicità e contraddittorietà manifesta.

L'oggetto della gara era la riorganizzazione ed il miglioramento della c.d. "area plasma" dei laboratori delle ex ULSS di Rovigo e Adria e l'esecuzione di opere di adeguamento dei locali per le sedi di Adria e Rovigo, destinati ad accogliere le apparecchiature (sistemi diagnostici e relativi reagenti per effettuare esami del sangue dei pazienti dei presidi ospedalieri delle ULSS.). Per l'esecuzione di tali

interventi di adeguamento, la stazione appaltante aveva predisposto un progetto preliminare, in particolare indicando nel "Capitolato Generale Tecnico" le opere da effettuarsi e prevedendo, per quanto qui interessa, il mantenimento di un "corridoio" separato (art. 1 del Capitolato Generale Tecnico, pag. 3, nono cpv.).

Il RTI Siemens è stato l'unico a rispettare compiutamente le prescrizioni dettate, a pena di esclusione, nel suddetto progetto preliminare. Ciò con particolare riferimento alla delimitazione, con pareti divisorie, dell'area del corridoio, al fine di garantire la separazione tra gli ambienti tecnici oggetto delle installazioni di apparecchiature e i percorsi di comunicazione e di esodo dell'area oggetto di intervento.

E' dunque errata la sentenza del giudice di primo grado, che non ha rilevato tale profilo di esclusione di tutte le altre tre concorrenti alla gara.

b) In via subordinata: Error in indicando - Omessa e comunque errata, inadeguata ed incongrua considerazione dei motivi allegati dalla appellante in relazione al secondo motivo di ricorso - Violazione di legge (legge speciale di gara - Capitolato speciale; art. 84, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006; principi di parità di trattamento, efficienza e buona amministrazione; artt. 3 e 97 Cost.) - Eccesso di potere per disparità di trattamento, difetto di istruttoria e contraddittorietà della motivazione - Erroneità dei presupposti di fatto e di diritto - Illogicità e contraddittorietà manifesta.

Come risulta dal frontespizio del Progetto Preliminare - Capitolato Generale Tecnico l'Ing. Rodolfo Fasiol, Responsabile UOC del Servizio Tecnologico dell'ex Azienda ULSS 18 di Rovigo e membro della Commissione tecnica, ha partecipato alla predisposizione della normativa speciale di gara. Ciò in violazione – erroneamente non rilevata dal Tar Veneto – del disposto dell'art. 84, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006, applicabile ratione temporis alla fattispecie secondo cui, nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa,

"I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra finzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta".

c) In via ulteriormente subordinata: Error in indicando - Omessa e comunque errata, inadeguata ed incongrua considerazione dei motivi allegati dalla appellante in relazione al quarto motivo di ricorso - Violazione di legge (legge speciale di gara - Capitolato speciale; art. 3, l. n. 241 del 1990; principi di parità di trattamento, efficienza e buona amministrazione; artt. 3 e 97 Cost.) - Eccesso di potere per disparità di trattamento, difetto e contraddittorietà della motivazione.

La stazione appaltante ha determinato i criteri (punti da C.1. a C.4), indicando per ciascuno di essi i subcriteri senza tuttavia (asseritamente) specificare i relativi subpesi i quali, invece, sarebbero stati individuati dalla Commissione giudicatrice nella seduta del 2 novembre 2016, quando peraltro le offerte tecniche erano già state aperte.

d) In via ulteriormente subordinata: Error in indicando - Omessa e comunque errata, inadeguata ed incongrua considerazione dei motivi allegati in relazione al quarto motivo di ricorso (violazione del principio di continuità e concentrazione delle operazioni di gara. Violazione di legge: art. 2, d.lgs. n. 163 del 2006; art. 1, l. n. 241 del 1990 e art. 97 Cost., nonché dei principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per difetto di motivazione).

Il procedimento di valutazione delle offerte si è esteso per un lasso temporale eccessivo (dal 7 aprile 2016, giorno di apertura delle offerte, al 7 aprile 2017, giorno di verbalizzazione dei punteggi), senza che risultassero configurabili le stringenti condizioni della deroga al principio di concentrazione e di continuità delle operazioni di gara.

Erroneamente il giudice di primo grado non ha ritenuto concretizzato un vulnus alle esigenze di trasparenza e di imparzialità, essendo sufficiente, per giudicare integrata la violazione di queste ultime, il solo pericolo di indebite influenze esterne, e non essendo, quindi, necessaria la dimostrazione di un concreto inquinamento dei giudizi sulle offerte.

La Siemens ha, quindi, chiesto la condanna al risarcimento dei danni per equivalente ove non fosse più possibile quello in forma specifica.

5. Con ricorso 826/17, proposto dinanzi al Tar Veneto, il RTI Beckman Coulter s.r.l. (terzo graduato) ha impugnato l'aggiudicazione della gara a favore del RTI Roche deducendo:

a) con il primo motivo, genericità dei criteri di valutazione fissati dalla stazione appaltante, affermando al riguardo un'assenza di motivazione, e dall'altro che tali criteri sarebbero stati indicati successivamente alla presentazione delle offerte;

b) con il secondo motivo, violazione del principio di trasparenza, a cui inerisce l'obbligo di custodia dei plichi e di verifica della loro integrità;

c) con il terzo motivo, violazione dell'art. 84, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto uno dei membri della Commissione giudicatrice, ossia l'Ing. Rodolfo Fasiol, avrebbe partecipato alla predisposizione del Progetto Preliminare-Capitolato Generale Tecnico.

6. Con appello n. 8297/2017, notificato il 15 novembre 2017 e depositato il successivo 23 novembre, il RTI Beckman ha dedotto:

a) Omessa pronuncia del Tar Veneto sul primo motivo di ricorso, con il quale si affermava:

Violazione dell'art. 64, d.lgs. n. 163 del 2006 e del suo allegato IX A per non aver pubblicato l'USLL n.5 Polesana - subentrata come stazione appaltante nel corso di gara - sul bando di gara la soppressione ed incorporazione dell'originaria

Amministrazione aggiudicatrice (USLL n.19 di Adria) né aver comunicato ufficialmente detta modifica sostanziale alle ditte partecipanti ma solo ai fornitori.

Nel corso della procedura l'Azienda ULSS 18 di Rovigo, con nota datata 16 dicembre 2017 n. 38653 di prot. indirizzata solo ai fornitori (all.12), dava comunicazione che dal 1° gennaio 2017 avrebbe modificato la propria denominazione in Azienda ULSS n. 5 Polesana, mantenendo le propria sede a Rovigo e incorporando la soppressa Azienda ULSS n.19 di Adria. Una vera e propria modifica sostanziale della legge di gara – atteso che il bando riportava come amministrazione aggiudicatrice la soppressa Azienda ULSS n.19 di Adria – a cui non risulta aver fatto seguito alcuna modifica o pubblicazione sul bando di gara oltre ad una specifica comunicazione alle ditte ancora partecipanti alla gara.

b) Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, d.lgs. n. 163 del 2006 - Violazione dell'art. 97 Cost. - Eccesso di potere per violazione della par condicio, dei principi di trasparenza e correttezza, irragionevolezza, carenza di istruttoria e di motivazione.

Ad avviso della Beckman i criteri di valutazione fissati dalla Stazione appaltante sono generici e la valutazione è stata effettuata con soli punteggi attribuiti senza motivazione; i criteri sono stati, inoltre, indicati successivamente alla presentazione delle offerte.

Erroneamente il giudice di primo grado ha ritenuto tale motivo infondato sul rilievo che i punteggi di valutazione sono assegnati sulla scorta di criteri e subcriteri predeterminati e specifici, cui erano stati attribuiti i relativi subpesi, già individuati all'art. 9 del Disciplinare di gara.

c) Violazione dell'art. 2, d.lgs. n. 163 del 2006 del principio di trasparenza e par condicio - Violazione dell'obbligo di custodia dei plichi - Violazione del principio di segretezza - Violazione dell'art. 97 Cost.

E' stato violato il principio di trasparenza, a cui inerisce l'obbligo di custodia dei plichi e di verifica della loro integrità.

Erroneamente il Tar ha respinto il motivo sull'assunto che, al fine di determinare l'annullamento degli atti di gara, non è sufficiente avanzare in modo generico dubbi in ordine alla corretta conservazione dei plichi, essendo al contrario necessario allegare puntuali elementi, i quali depongano nel senso della loro non corretta conservazione.

Il giudice di primo grado non ha considerato che il principio di trasparenza in materia di contratti pubblici ha portata fondamentale, come si evince dall'art. 2, d.lgs. n. 163 del 2006, ed informa profondamente le procedure di gara, sicché la rilevanza della sua violazione prescinde dalla prova concreta delle conseguenze negative derivanti dalla sua violazione, rappresentando un valore in sé, di cui la normativa nazionale e comunitaria predica la salvaguardia a tutela non solo degli interessi degli operatori, ma anche di quelli della stazione appaltante.

d) Violazione di legge - Violazione della legge di gara, del Capitolato speciale dell'art. 84, d.lgs. n. 163 del 2006 e dei principi di buona amministrazione, parità di trattamento ed efficienza; artt. 3 e 97 Cost. – Eccesso di potere per disparità di trattamento, difetto d'istruttoria e contraddittorietà della motivazione - Erroneità dei presupposti di fatto e di diritto, illogicità e contraddittorietà manifesta.

Uno dei membri della Commissione giudicatrice, l'Ing. Rodolfo Fasiol, avrebbe partecipato alla predisposizione della normativa di gara e, in particolare, alla predisposizione del Progetto Preliminare – Capitolato Generale Tecnico, come risulterebbe dal frontespizio del suddetto elaborato (sul quale è indicato il suo nome).

Il nominativo dell'Ing. Rodolfo Fasiol, in qualità di responsabile del U.O.C. e del S.O.C. del Servizio Tecnologico dell'ex ULSS 18 di Rovigo, si ritrova sul frontespizio degli atti stilati dalla stazione appaltante (all.16) relativi: al progetto

preliminare; al capitolato generale tecnico; ai capitolati prestazionali relativi ai settori: edile/elettrico/termomeccanico/piano di sicurezza/quadro economico/relazione tecnica. In detti documenti, ad ulteriore conferma della predisposizione degli atti di gara da parte del citato professionista, risulta l'intestazione dell'ufficio estensore di detta documentazione, che si identifica con il S.O.C. diretto dallo stesso Fasiol.

La Beckman ha, quindi, chiesto la condanna al risarcimento dei danni per equivalente, ove non fosse più possibile quello in forma specifica.

7. Si è costituita, nei giudizi nn. 7888 e 8297 del 2017, l'Azienda Ulss 5 Polesana, che ha affermato l'infondatezza degli appelli.

8. Si è costituita, nei giudizi nn. 7888 e 8297 del 2017, la Roche Diagnostics s.p.a., che ha affermato l'infondatezza degli appelli.

9. Si è costituita, nel giudizio n. 7888 del 2017, la Beckman Coulter s.r.l., che ha affermato l'infondatezza solo di alcuni motivi dedotti con l'appello n. 7888/17, aderendo, invece, a quelli che hanno contenuto identico ai vizi denunciati con l'appello n. 8297/17 da essa stessa proposto.

10. Si è costituita, nel giudizio n. 7888 del 2017, la Abbott s.r.l., che ha affermato l'infondatezza dell'appello.

11. Alla camera di consiglio del 30 novembre 2017 l'esame della richiesta di sospensione cautelare della sentenza impugnata con l'appello n. 7888 del 2017, sull'accordo delle parti, è stato riunito al merito.

12. Alla camera di consiglio del 12 dicembre 2017 l'esame della richiesta di sospensione cautelare della sentenza impugnata con l'appello n. 8297 del 2017, sull'accordo delle parti, è stato riunito al merito.

13. Alla pubblica udienza dell'1 marzo 2018 le cause nn. 7888 e 8297 del 2017 sono state trattenute per la decisione.

DIRITTO

1. Deve in primo luogo essere disposta la riunione degli appelli nn. 7888 e 8297 del 2017, perché, pur avendo ad oggetto l'impugnazione di due diverse sentenze del Tar Veneto (nn. 839 e 840 del 20 settembre 2017), attengono alla medesima vicenda contenziosa, id est l'affidamento, da parte dell'Azienda ULSS 5 Polesana, all'A.T.I. Roche Diagnostics s.p.a. dell'appalto per l'acquisizione di un sistema automatizzato per il consolidamento dell'area siero/plasma del Servizio di Medicina di Laboratorio dell'ex Azienda ULSS 18 di Rovigo, per l'attività in urgenza della sede di Trecenta e per l'attività in routine ed urgenza dell'ex Azienda ULSS 19 di Adria (ora Azienda ULSS 5 “ Polesana”), per il periodo di cinque anni con opzione di rinnovo per ulteriori tre anni.

2. Come esposto in narrativa, alla gara – che prevedeva quale criterio di aggiudicazione della fornitura, comprensiva dei lavori di adeguamento locali per la sede del Laboratorio di Rovigo e la sede del Laboratorio di Adria, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo di complessivo di € 6.408.430,20, IVA esclusa – hanno partecipato quattro raggruppamenti: il RTI Beckman Coulter s.r.l./Alere s.r.l. (d'ora in poi, Beckman); il RTI Abbott s.r.l. a Socio unico/Belli s.r.l. (d'ora in poi, Abbott); il RTI Roche Diagnostics s.p.a. /Edil Piazzatorre s.r.l. (d'ora in poi, Roche); il RTI Siemens Healthcare s.r.l./F.R. Engineering s.r.l. (d'ora in poi, Siemens);

La gara è stata aggiudicata al RTI Roche, con 96,50 punti (di cui 37,61 punti, su un massimo di 40, per l'offerta tecnica e 58,89 punti per l'offerta economica, pari ad € 4.496.155,95); secondo graduato è stato il RTI Abbott, con 93,75 punti (di cui 33,75 punti per l'offerta tecnica e 60 punti per l'offerta economica, pari ad € 4.412.841,15); terzo graduato è stato il RTI Beckman, con 88,17 punti (di cui 31,55 punti per l'offerta tecnica e 56,62 punti per l'offerta economica, pari ad € 4.676.000,20); quarto, e ultimo graduato è stato il RTI la Siemens, con 81,84 punti

(di cui 28,18 punti per l'offerta tecnica e 53,66 punti per l'offerta economica, pari ad € 4.933.995,60).

3. Con l'appello n. 7888 del 2017 il RTI Siemens Healthcare s.r.l./F.R. Engineering s.r.l. ha impugnato gli atti di gara, deducendo vizi volti a far escludere le prime tre concorrenti graduate in posizione potiore (primo motivo) e, in via gradata, a travolgere l'intera procedura (motivi secondo, terzo e quarto).

Con il primo motivo ha affermato che le concorrenti Abbott, Beckman e Roche avrebbero dovuto essere escluse per aver presentato un progetto non conforme a quanto richiesto dal Capitolato di gara a pena di esclusione. Solo il progetto della Siemens si sarebbe scrupolosamente attenuto alla prescrizione di gara, con conseguenti costi che le altre concorrenti non hanno sostenuto.

In particolare, l'oggetto della gara era la riorganizzazione ed il miglioramento della c.d. "area plasma" dei laboratori delle ex ULSS di Rovigo e Adria e l'esecuzione di opere di adeguamento dei locali per le sedi di Adria e Rovigo, destinati ad accogliere le apparecchiature (sistemi diagnostici e relativi reagenti per effettuare esami del sangue dei pazienti dei presidi ospedalieri delle ULSS.). Per l'esecuzione di tali interventi di adeguamento, la stazione appaltante aveva predisposto un progetto preliminare, in particolare indicando nel "Capitolato Generale Tecnico", relativo alla sede del laboratorio di Rovigo, le opere da effettuarsi e prevedendo il mantenimento di un "corridoio" separato (art. 1 del Capitolato Generale Tecnico, pag. 3, nono cpv.).

Il motivo non è suscettibile di positiva valutazione, e ciò consente al Collegio di prescindere dall'esame del profilo di inammissibilità dedotto dalla Roche.

L'art. 1 del Capitolato tecnico generale prevede che "le aree a servizio del Sistema di Analisi del Consolidamento Area Siero dovranno essere opportunamente delimitate da pareti divisorie al fine di garantire separazione tra gli ambienti tecnici

oggetto delle installazioni di apparecchiature e i percorsi di comunicazione e/o di esodo dell'area oggetto di intervento”.

Interesse primario sotteso alla prescrizione era, quindi, garantire la separazione tra gli ambienti tecnici oggetto delle installazioni di apparecchiature e i percorsi di comunicazione e/o di esodo dell'area oggetto di intervento. E' poi irrilevante come tale obiettivo sia raggiunto, id est con pareti divisorie o con diversi accorgimenti. La riprova di tale assunto, che – come si è detto – trova fondamento nella ratio della previsione della *lex specialis*, è anche nella circostanza che nello stesso progetto preliminare posto a base di gara non erano indicate, graficamente, le pareti divisorie.

Come condivisibilmente affermato dal giudice di primo grado, “la prescrizione del Capitolato va intesa nel senso che deve sussistere una netta divisione tra il locale ospitante le apparecchiature del sistema di analisi e il corridoio di esodo, a garanzia, appunto, dell'esistenza di un percorso di comunicazione con l'uscita libero da ingombri, come risulta anche dalla stessa tavola recante il progetto preliminare dei lavori di ristrutturazione predisposto dalla S.A. e richiamata da parte ricorrente: tale elaborato riporta la pianta del progetto con le relative indicazioni grafiche tra le quali non vi è la collocazione di alcuna parete divisoria a delimitazione del corridoio che conduce agli accessi/uscite dai locali, diversamente dunque da quanto affermato dalla ricorrente”.

Tale risultato è stato conseguito dalla Roche con il suo progetto – il cui stralcio è riportato nella memoria depositata il 28 novembre 2017 – che ha previsto un corridoio, libero da cose, separato dall'area di installazione delle apparecchiature come via di fuga.

Ritiene infine il Collegio che è inconferente il rilievo, richiamato dall'appellante, secondo cui, per elaborare un progetto con pareti divisorie, abbia dovuto sostenere maggiori costi, con conseguente necessità di presentare un'offerta economica (pari

ad € 4.933.995,60) meno conveniente delle altre tre, trattandosi di una scelta imprenditoriale della concorrente, che non è in grado di incidere su quella che è l'esatta lettura che deve essere data alla prescrizione contenuta nell'art. 1 del Capitolato generale tecnico.

La corretta formulazione del progetto da parte di un solo concorrente (in particolare, dell'aggiudicataria) rende superfluo verificare se anche le offerte tecniche della seconda e della terza graduata fossero conformi a quanto richiesto dal Capitolato tecnico generale.

4. Con il secondo motivo è dedotta la violazione dell'art. 84, comma 4, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 per illegittima composizione della Commissione di gara, della quale ha fatto illegittimamente parte l'ing. Rodolfo Fasiol, Responsabile UOC del Servizio Tecnologico dell'ex Azienda ULSS 18 di Rovigo, che ha partecipato alla predisposizione della normativa speciale di gara.

Anche questo motivo non è suscettibile di positiva valutazione.

Il Capitolato generale tecnico, per poter essere attribuito anche all'ing. Fasol, avrebbe dovuto essere da questi sottoscritto, alla stessa stregua di quanto avevano fatto l'ing. Giusti e il dott. Orsini. La mancata sottoscrizione non ne attribuisce la paternità.

Non è in grado di superare tale conclusione la circostanza che sul primo foglio del Capitolato sia indicato a stampa, oltre ai nominativi dell'ing. Giusti e del dott. Orsini, anche quello dell'ing. Fasiol. A prescindere dal rilievo che il riquadro contenente il nominativo dell'ing. Fasiol è sbarrato, è assorbente la considerazione che, a fronte di una divergenza tra i due dati, prevale la circostanza di fatto della mancata sottoscrizione e la conseguenza, questa volta in diritto (impossibilità di attribuire il Capitolato anche all'ing. Fasiol), che deriva da tale mancanza.

5. Con il terzo motivo si deduce la violazione dell'art. 83, d.lgs. n. 163 del 2006, per avere la stazione appaltante determinato i criteri (punti da C.1. a C.4) indicando per

ciascuno di essi i subcriteri senza tuttavia (asseritamente) specificare i relativi subpesi.

Il motivo non è suscettibile di positiva valutazione.

Sebbene sia condivisibile il rilievo della Siemens, secondo cui rispetto a tale motivo di doglianza non è possibile offrire la prova di resistenza, considerato l'effetto che un suo eventuale accoglimento avrebbe, il Collegio ritiene, come affermato dal giudice di primo grado, che l'appellante (ricorrente in primo grado) si è limitata a rilevare la genericità dei criteri di massima e dei sub criteri e, conseguentemente, l'insufficienza del solo voto numerico alle diverse componenti l'offerta tecnica, essendo a suo avviso, invece, necessaria una congrua motivazione.

L'affermazione dell'appellante appare però apodittica, non soffermandosi a chiarire quale avrebbe dovuto essere l'ulteriore specificità che avrebbe reso sufficiente il punteggio numerico. In altri termini, cosa – per ogni singola voce – avrebbe dovuto essere previsto per consentire alla Commissione di gara di esprimere la valutazione con l'assegnazione di soli voti numerici.

La difficoltà in cui è incorsa la Siemens, anche in secondo grado - giudizio nel quale avrebbe potuto ovviare ai rilievi già evidenziati dal Tar - è probabilmente da ricondurre alla circostanza che i criteri e sub criteri non sono affatto generici, individuando ciascuno esattamente l'aspetto (o il “particolare – aspetto”, in caso di sub criteri) dell'offerta che si sarebbe andato a valutare e consentendo di cogliere, anche attraverso la lettura del Capitolato e degli elaborati tecnici di gara, quali erano i valori aggiuntivi che sarebbero stati premiati con un maggior punteggio.

Persino la prima voce, “Criterio A) - Lavori di adeguamento locali sede di Rovigo e Adria” (max punti 3) appare, nella sua sinteticità e anche in mancanza di subcriteri, ben definito se letto in combinato disposto con gli elaborati grafici.

Sempre e solo a titolo esemplificativo, anche il sub criterio “Adattabilità alla disposizione degli spazi interni” (max punti 6), appare ben delineato ove letto in

relazione al criterio “Adeguatezza del progetto in relazione agli obiettivi, ai requisiti tecnico costruttivi della attrezzatura e dell’impatto sull’organizzazione/personale (per tutte le sedi)”, nel senso, dunque, di valorizzare la proposta che consenta la disposizione degli spazi con il minor ingombro possibile.

E’ invece inammissibile l’ulteriore censura, anch’essa dedotta con il terzo motivo, con la quale si afferma che sono stati attribuiti punteggi diversi a fronte di offerte identiche.

Rispetto al vizio con la stessa denunciato è, infatti, doveroso operare la prova di resistenza.

La Siemens, in sostanza, denuncia che avrebbe dovuto avere (a tutto voler concedere, essendo in ipotesi possibile che ci sia stata una sovrastimazione dell’offerta della Abbot e che in realtà il voto corretto fosse stato quello attribuito alla stessa appellante) 2,5 punti in più di quelli assegnatigli per le voci C1.6 e C2.1. La forbice tra la prima graduata Roche (con 96,50 punti) e la Siemens, ultima graduata (81,84 punti) è però di 14,66 punti, con la conseguenza che alcun vantaggio l’appellante avrebbe conseguito ove pure le fossero stati attribuiti 2,5 punti in più. La conclusione non ambia se ci fosse stata una sovrastimazione dell’offerta della Abbot, alla quale andrebbero tolti 2,5 punti in più.

6. Anche l’ultimo motivo non è suscettibile di positiva valutazione.

Come chiarito da una giurisprudenza pressochè costante il principio di continuità delle operazioni di gara ha carattere tendenziale, nel senso che non si tratta di un precetto inviolabile ma, al contrario, tollera deroghe alla sua operatività, in particolare in presenza di situazioni peculiari che impediscano obiettivamente l’esaurimento di tutte le operazioni di gara in una sola seduta, purché sia garantita nelle more l’integrità delle offerte e sia quindi assicurata l’imparzialità del giudizio (Cons. St., sez. V, 12 giugno 2018, n. 2811; id., sez. III, 25 novembre 2016, n. 4993; id., sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257).

Nel caso all'esame del Collegio la complessità dell'appalto e la difficoltà di nominare il Presidente della Commissione giustifica il tempo trascorso dalla prima all'ultima seduta di gara. Aggiungasi – ed il rilievo è assorbente di ogni altra considerazione – che l'appellante non ha dimostrato che tale lungo lasso di tempo ha compromesso l'imparzialità e la trasparenza delle operazioni, ad esempio per essere stati lasciati i plichi contenenti le offerte incustoditi. Tale prova era invece necessaria a supportare il motivo dedotto.

Ed infatti, la lunghezza delle operazioni di gara non può tradursi, con carattere di automatismo, in effetto viziante della procedura concorsuale, in tal modo implicitamente collegando alla mancata, tempestiva conclusione della procedura il pregiudizio alla imparzialità e trasparenza della gara.

Pertanto, non è il dato in sé della lunga durata della procedura a poterne determinare l'annullamento quanto – piuttosto – l'eventuale concreta dimostrazione, che nella specie è mancata, di circostanze effettivamente probanti in ordine alla violazione del principio di trasparenza, par condicio ed imparzialità.

7. In conseguenza del rigetto dell'appello deve respingersi anche la domanda risarcitoria.

L'infondatezza nel merito del ricorso comporta infatti il rigetto della domanda di risarcimento del danno atteso che l'illegittimità del provvedimento impugnato è condizione necessaria per accordare il ristoro richiesto; la reiezione della parte impugnatoria del gravame impedisce, infatti, che il danno stesso possa essere considerato ingiusto o illecita la condotta tenuta dall'Amministrazione.

8. Anche l'appello n. 8297/2017, proposto dalla terza classificata A.T.I. Beckman Coulter s.r.l. – con il quale sono dedotti solo vizi volti a far annullare l'intera procedura di gara – non è suscettibile di positiva valutazione.

9. Con il primo motivo l'appellante ripropone una censura asseritamente dedotta dinanzi al giudice di primo grado e da questi non decisa.

Il motivo è invece proposto dinanzi a questo Collegio per la prima volta.

E' ben vero, infatti, che a pag. 8 dell'atto introduttivo del giudizio di primo grado – nella parte relativa all'esposizione in fatto – si dà atto che in data 16 dicembre 2017 l'Azienda Ulss n. 18 di Rovigo aveva comunicato che dall'1 gennaio 2017 la stessa Azienda avrebbe modificato la propria denominazione in Azienda ULSS n. 5 di Polesana, mantenendo la propria sede a Rovigo e incorporando la soppressa Azienda ULSS n. 19 di Adria.

Peraltro, pur volendo prescindere dalla circostanza che tale affermazione non è nella parte “in diritto” del ricorso, è assorbente la considerazione che alla stessa non è stato fatto conseguire l'evidenziarsi di un profilo di illegittimità della procedura, come invece è stato fatto nell'atto di appello. Si tratta, dunque, di un motivo nuovo, in violazione del divieto dei nova sancito dall'art. 104 c.p.a., come tale pacificamente inammissibile. Infatti, nel giudizio di appello il thema decidendum è circoscritto dalle censure ritualmente sollevate in primo grado, non potendosi dare ingresso, per la prima volta in sede di appello, a nuove doglianze in violazione del divieto dei nova sancito dall'art. 345 c.p.c. (Cons. St., sez. VI, 27 novembre 2010, n. 8291), siano dette doglianze in fatto o in diritto (Cons. St., sez. IV, 8 gennaio 2018, n. 76; id. 8 febbraio 2017, n. 549; id., sez. V, 22 marzo 2012, n. 1640).

10. Con il secondo motivo la Beckman afferma che i criteri di valutazione delle offerte, fissati dalla Stazione appaltante, sono generici e la valutazione è stata effettuata con soli punteggi attribuiti senza motivazione.

Il motivo non è suscettibile di positiva valutazione, per le ragioni argomentate sub 5.

11. Privo di pregio è anche il terzo motivo di appello.

Costituisce infatti principio consolidato nella giurisprudenza del giudice amministrativo – sin dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (3 febbraio

2014, n. 8) – che nelle gare pubbliche la mancata e pedissequa indicazione, in ciascun verbale, delle operazioni finalizzate alla custodia dei plichi contenenti l'offerta non può tradursi, con carattere di automatismo, in effetto viziante della procedura concorsuale, in tal modo implicitamente collegando all'insufficienza della verbalizzazione il pregiudizio alla segretezza ed all'integrità delle offerte; ciò anche in ossequio al principio di conservazione dei valori giuridici. A sostegno dell'assunto si pone il principio di conservazione dei valori giuridici – pienamente aderente al caso di specie – il quale porta ad escludere che la procedura di gara possa essere integralmente viziata per incompletezza dell'atto descrittivo delle operazioni materiali, tecniche ed intellettive ad esso preordinate, laddove le contestazioni del concorrente, volte a ipotizzare una possibile manomissione o esposizione a manomissione dei plichi, non siano suffragate da circostanze ed elementi, nel caso in esame mancanti, che, su un piano di effettività e di efficienza causale, possano avere concretamente inciso sulla genuinità della selezione (Cons. St., sez. III, 5 febbraio 2018, n. 695).

12. Anche il quarto ed ultimo motivo di appello non è suscettibile di positiva valutazione, alla luce delle argomentazioni (sub 4) con le quali il Collegio ha respinto analogo motivo (il secondo) proposto con l'appello del RTI Siemens Healthcare s.r.l..

Né tale conclusione può mutare per il solo fatto che la Beckman supporta la fondatezza del motivo richiamando anche altra documentazione di gara nella quale compare prestampato il riferimento all'ing. Fasiol. Si tratta, infatti, sempre di documenti non firmati da detto ingegnere, con la conseguenza che non sono allo stesso riconducibili.

13. Come già chiarito sub 7, l'infondatezza della domanda annullatoria comporta la reiezione dell'istanza risarcitoria, atteso che l'illegittimità del provvedimento impugnato è condizione necessaria per accordare il ristoro richiesto.

14. Le questioni vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

15. Sussistono giusti motivi, in ragione della complessità della vicenda contenziosa, per compensare tra le parti in causa le spese e gli onorari dei giudizi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, nn. 7888 e 8297 del 2017: a) li riunisce; b) li respinge.

Compensa tra le parti di entrambe le cause le spese e gli onorari del grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giulia Ferrari

IL PRESIDENTE
Lanfranco Balucani

IL SEGRETARIO