

**Giustizia amministrativa**

A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

**Consiglio di Stato****Tribunali Amministrativi R**[Torna alla pagina precedente](#)**N. 06276/2015 REG.PROV.COLL.****N. 14429/2014 REG.RIC.**Allegato n° 01 alla deliberazione

del

Composto di n° 20 fogli**REPUBBLICA ITALIANA****IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio****(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 14429 del 2014, proposto da:

Soc Ge Medical Systems Italia Spa in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Chiara Bassolino, Antonio Lirosi e Carmine Pepe, con domicilio eletto presso Gianni Origoni & Partners in Roma, Via Quattro Fontane, 20, come da procura a margine del ricorso;

***contro***

Soc Consip Spa in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Cecilia Martelli e Andrea

Guarino, con domicilio eletto presso lo studio di medesimi in Roma, p.zza Borghese, 3, come da procura a margine dell'atto di costituzione in giudizio;

*nei confronti di*

Soc Ingegneria Biomedica Santa Lucia Spa in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, Via Principessa Clotilde, 2, come da procura a margine del controricorso;

Soc Draeger Medical Italia Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Achille Chiappetti, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, Via Paolo Emilio, 7, come da procura a margine della memoria di costituzione;

Soc D&D Med Com Spa, Soc Tecnologie Sanitarie Spa, Soc Mercury Endoscopia Italiana Spa, Soc Prima Vera Spa, Soc Sof Spa, Soc Hcm Engineering Srl, Soc Poliedra Ingegneria Clinica Srl, Soc Cymbula Srl, non costituite in giudizio;

*per l'annullamento*

del provvedimento di estremi e contenuto ignoti con cui e' stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara per la prestazione dei servizi integrati per la gestione delle apparecchiature elettromedicali in favore del RTI Santa Lucia (lotto 3).

Visti il ricorso e i relativi allegati;  
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Soc  
Consip Spa e di Soc Ingegneria Biomedica Santa  
Lucia Spa e di Soc Draeger Medical Italia Spa;  
Viste le memorie difensive;  
Visti tutti gli atti della causa;  
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25  
marzo 2015 il consigliere Achille Sinatra e uditi  
per le parti i difensori come specificato nel  
verbale;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto  
segue.

#### FATTO e DIRITTO

I. - Con ricorso spedito per notifica il 17 novembre 2014 e depositato il giorno 21 successivo, GE Medical Systems Italia s.p.a. ha impugnato l'esito della gara per la prestazione dei servizi integrati per la gestione delle apparecchiature elettromedicali indetta da Consip s.p.a. con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana il 26 marzo 2013, suddivisa in cinque lotti territoriali e da aggiudicarsi mediante il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a seguito dell'attribuzione di punteggi risultanti dalla attribuzione del 35% del valore all'offerta

tecnica ed al 65% del valore all'offerta economica.

II. - Gli importi a base d'asta, fissati dal Disciplinare di gara, erano costituiti dal valore di rinnovo delle apparecchiature.

Questi valori erano differenziati per sei gruppi di apparecchiature, contraddistinti dalle lettere A-F, e separati a seconda della incidenza dal costo di manutenzione (da "altissima" a "bassa" incidenza); per ciascuno di tali gruppi la legge di gara prevedeva una "Base d'asta per canone di base" fissata in misura percentuale (dal 12% al 3%).

I concorrenti avrebbero dovuto offrire sia i servizi di base ricompresi nel canone che dei diversi servizi "a richiesta".

La convenzione da stipulare con **Consip** avrebbe avuto durata pari ad un anno, ma i singoli contratti attuativi avrebbero dovuto avere una durata di tre oppure di quattro anni.

L'offerta avrebbe dovuto essere formulata partendo da una percentuale di incidenza del costo di manutenzione inferiore a quella posta a base d'asta, per ciascuno dei sei gruppi di apparecchiature.

Il vero e proprio corrispettivo, consistente in un canone trimestrale, sarebbe stato definito in fase di adesione alla convenzione da parte delle

singole Amministrazioni, al momento del necessario censimento del parco apparecchiature.

Il criterio di attribuzione del punteggio tecnico e di quello economico si basava, anch'esso, sulla articolazione in sei gruppi, prevedendo un coefficiente (detto alfa) di peso per ciascuno dei gruppi.

In particolare, per stabilire il punteggio economico (65%) occorreva eseguire il seguente calcolo: PE (canone di manutenzione offerto) =  $65 \times S$ , in cui S è lo sconto medio ponderato; esso è eguale al canone posto a base d'asta meno il rapporto tra canone offerto \ canone offerto in percentuale.

Il risultato va moltiplicato per il suddetto coefficiente di peso alfa.

III. - Il ricorso in epigrafe (n. 14429\2014 r.g.) riguarda il lotto territoriale n. 3, aggiudicato al RTI capeggiato da Ingegneria Biomedica Santa Lucia s.p.a., prima graduata su undici concorrenti, mentre il RTI di cui faceva parte la ricorrente si è classificato al settimo posto, ed ha proposto la prima delle offerte non sottoposte alla verifica di anomalia da parte della Commissione di gara.

IV. - L'impugnazione è affidata a quattro motivi:

1) Violazione degli articoli 41 e 97 Cost., 2, 83, 88, 89 del d.lgs. n. 163\2006, dei principi di par condicio e clare loqui, contraddittorietà, difetto assoluto di istruttoria, eccesso di potere sotto altri profili.

Innanzitutto, la ricorrente sostiene che le offerte, alla luce dei criteri su esposti, avrebbero dovuto essere formulate non in relazione al valore economico delle apparecchiature ricomprese nei singoli gruppi, bensì in rapporto al numero complessivo di apparecchiature, nel senso che a maggiore coefficiente avrebbe dovuto corrispondere maggiore ribasso (e dunque attribuzione di maggiore punteggio), e viceversa, come sarebbe stato evidenziato anche da Consip in risposta a talune richieste di chiarimenti.

Tuttavia, secondo la ricorrente:

a) la competizione si sarebbe svolta su di un piano meramente astratto, non ancorato a reali valori economici, perché ciascuno dei concorrenti avrebbe potuto a suo piacimento dare un valore al coefficiente alfa, in quanto non sarebbero stati noti né il valore economico del parco apparecchiature nel suo complesso né il numero ed il gruppo di appartenenza delle apparecchiature, sicché le offerte non sarebbero state comparabili tra di loro, ed il criterio di

aggiudicazione avrebbe falsato la graduatoria; infatti ciascuno degli offerenti avrebbe potuto elaborare un proprio "case mix", ossia un parco-apparecchiature virtuale e non ancorato a valori oggettivi.

b) Altro vizio sarebbe disceso dalla previsione per cui i concorrenti avrebbero potuto formulare offerte sia per un periodo di tre anni che per un periodo di quattro anni, mentre l'importo degli ordinativi per servizi base non avrebbe potuto essere inferiore a 300.000,00 euro, con facoltà (e non obbligo), per i concorrenti, di accettare ordinativi di importo inferiore: per questo sarebbe necessario che le singole Amministrazioni aderenti alla convenzione possiedano un parco apparecchiature di valore assai rilevante per i contratti di tre anni, ed ancora più alto per quello di quattro anni, evenienza possibile solo per le strutture sanitarie di massime dimensioni, ma non per tutte le altre. In tal modo, gli aggiudicatari potrebbero, secondo la legge di gara, fornire effettivamente i propri servizi solo alle strutture maggiori, e non alle altre; di fatto, sarebbero stipulabili solo contratti triennali; e l'ipotesi prevista come residuale dalla stazione appaltante (facoltà dell'aggiudicatario di rifiutare gli ordinativi) si rivelerebbe, in realtà, quella

ordinaria.

2) Violazione degli articoli 41 e 97 Cost., 2, 83, 88, 89 del d.lgs. n. 163\2006, dei principi di par condicio e clare loqui, contraddittorietà, difetto assoluto di istruttoria, eccesso di potere sotto altri profili.

a) L'assenza di un parco-apparecchiature di riferimento unico per tutti gli offerenti nella individuazione del valore del coefficiente alfa, inoltre, non rispecchiava gli effettivi quantitativi di apparecchiature su cui operare, oppure Consip avrebbe, in realtà, tenuto in non cale il peso delle offerte economiche;

b) il prezzo dei servizi non sarebbe stato neppure determinabile, con conseguente nullità della legge di gara;

c) la stessa previsione di un coefficiente su cui pesare le offerte economiche sarebbe stata vana.

3) Violazione degli articoli 2, 81, 82, 83, 88, 89 del d.lgs. n. 163\2006, eccesso di potere per contraddittorietà, violazione della par condicio, difetto assoluto di istruttoria.

Anche le modalità di assegnazione del punteggio tecnico sarebbero errate, posto che il disciplinare non contemplava la possibilità di graduare i punteggi; tanto che tutti i concorrenti avrebbero ottenuto il medesimo punteggio tecnico, così che il criterio di aggiudicazione



reale sarebbe stato quello del prezzo più basso, inadeguato alle caratteristiche della gara.

4) Violazione dell'art. 84 d.lgs. n. 163\2006, eccesso di potere in tutte le sue manifestazioni.

La previsione che i commissari sarebbero stati funzionari di Enti sanitari sarebbe insufficiente a garantire la qualificazione professionale dei prescelti, e sarebbe altresì affetta da difetto di motivazione.

V. - La ricorrente ha dunque chiesto l'annullamento o la declaratoria di nullità degli atti impugnati, previa loro sospensione cautelare, nonché la dichiarazione di inefficacia della convenzione e dei contratti "a valle", ove stipulati nelle more del giudizio.

VI. - Si sono costituite in giudizio Consip ed i controinteressati, che, con le rispettive memorie, hanno eccepito la tardività del ricorso, che avrebbe dovuto in tesi essere proposto entro sessanta giorni dalla pubblicazione del bando di gara, nonché la sua infondatezza; su quest'ultimo punto, in particolare, le resistenti hanno evidenziato come il meccanismo di gara oggetto delle censure di parte ricorrente sia stato adottato anche nelle precedenti edizioni della gara in questione; e che, inoltre, il coefficiente numerico alfa sarebbe determinabile, in quanto legato non già al numero di apparecchiature

presenti in ciascuna struttura sanitaria (sostanzialmente non censibili in via preventiva), bensì al numero di tipi di apparecchiature, suddivisi per gruppi e noti ai concorrenti.

Inoltre, la stazione appaltante ed i controinteressati hanno evidenziato che nelle more del giudizio le convenzioni tra gli aggiudicatari di lotti posti a gara e Consip sono state stipulate, e che in esse è previsto l'obbligo del fornitore di accettare anche ordinativi di importo inferiore a 300.000,00 euro.

VII. - In esito all'adunanza camerale, il Collegio ha ritenuto idonea misura cautelare la sollecita fissazione dell'udienza per la trattazione del merito, ai sensi dell'art. 55 comma X c.p.a., alla data del 25 marzo 2015, nella quale il ricorso è stato posto in decisione.

VIII. - In via preliminare deve essere delibata l'eccezione di tardività dell'impugnazione formulata dalla parti resistenti.

Essa va respinta.

Se è infatti vero che le doglianze della ricorrente si appuntano sul modo in cui la legge di gara ha congegnato il meccanismo di valutazione delle offerte da parte della stazione appaltante, risulta, tuttavia, dirimente la considerazione per cui le relative clausole del bando e del disciplinare non avevano l'effetto di impedire ai concorrenti la

partecipazione alla gara, come è evidente dai fatti di causa; sicchè la loro lesività poteva essere apprezzata dai concorrenti solo nel momento in cui la gara è stata aggiudicata ai controinteressati (Cons. Stato, A.P. n.1 del 2003).

Neppure è possibile affermare, per le stesse ragioni, che la legge di gara imponesse ai concorrenti oneri manifestamente eccessivi, ovvero incidesse direttamente sulla formulazione dell'offerta, impedendone la corretta e consapevole elaborazione (TAR Lazio, sez. III, 13 gennaio 2015 n. 399 ).

Peraltro, il ricorso si palesa ammissibile anche sotto il profilo sollevato da Consip nella sua memoria di replica, secondo il quale, avendo GE Medical System potuto partecipare alla gara, dedurrebbe una impossibilità a formulare le offerte che non le sarebbe riferibile.

Al riguardo è sufficiente ribadire che l'interesse utile a radicare l'ammissibilità dell'impugnazione dell'odierna ricorrente è dato, senza dubbio, dal bene della vita costituito dall'aggiudicazione, che, nella circostanza, non le ha arriso.

E che, inoltre, l'eventuale accoglimento delle censure proposte condurrebbe alla caducazione dell'intera procedura di gara.

IX. - E' dunque possibile passare all'esame del

merito dei ricorso, che è fondato, e va accolto, nei termini di cui si dirà appresso: con la preliminare avvertenza che, sebbene detto accoglimento verta su di un motivo di per sé assorbente gli altri, in quanto comporta la riformulazione della legge di gara (come rilevato anche dalla ricorrente), il Collegio ritiene opportuno esaminare partitamente tutte le censure sollevate.

IX.1 – Non possono trovare ingresso le censure che partono dal presupposto per cui la competizione si sarebbe svolta su di un piano meramente astratto, non ancorato a reali valori economici, perché ciascuno dei concorrenti avrebbe potuto a suo piacimento dare un valore al coefficiente alfa, formando il proprio “case mix” preferito di apparecchiature, in quanto non sarebbero stati noti né il valore economico del parco apparecchiature nel suo complesso né il numero ed il gruppo di appartenenza delle apparecchiature; il che avrebbe anche l’effetto di rendere sostanzialmente indeterminato il prezzo finale della fornitura.

Si tratta delle censure che aprono il primo motivo (fino a quella rubricata sub 1.3.3.) e di quelle contenute nel secondo motivo.

Ritiene innanzitutto il Collegio che non sia stata operazione irragionevole, da parte della stazione

appaltante, quella di ancorare la base d'asta dell'appalto in questione al costo dei macchinari, inteso quale "valore di rinnovo", ovvero quale valore attuale delle apparecchiature.

Tale valore, in termini concreti, deve ovviamente scaturire dal censimento delle apparecchiature presenti presso ogni Amministrazione sanitaria, che dovrà però essere effettuato "a valle" da ciascun aggiudicatario, ed a seguito della stipulazione della convenzione con la singola Amministrazione che fruirà dell'acquisto centralizzato di servizi garantito dal sistema della centrale di committenza.

Questo dato -che, se inteso in termini assoluti, porterebbe a condividere le censure di parte ricorrente sull'indeterminabilità a priori del case mix e del prezzo d'appalto- è però corretto, in modo determinante, dalla suddivisione in gruppi dei macchinari astrattamente "trattabili" dagli aggiudicatari, distinti per tipologia di macchinario e a seconda della incidenza dal costo di manutenzione (da "altissima" a "bassa" incidenza).

E non distinti, invece, per numero di macchinari, come postula la ricorrente.

Come detto, per ciascuno di tali gruppi la legge di gara prevedeva una "Base d'asta per canone di

base" fissata in una misura percentuale variabile dal 12% al 3%.

A tale scala parametrica di riferimento fa riscontro la circostanza, certo ineludibile, ed evidenziata dalla difesa di Consip (v. ad esempio pag. 6 della memoria conclusionale), per cui ogni partecipante alla gara deve avere maturato un dato -rilevante- fatturato specifico nella fornitura e nella manutenzione degli apparecchi elettromedicali; si tratta, in concreto, di aziende multinazionali che operano nel capo della produzione di tali apparecchi.

E' quindi evidente che le operazioni di confezione dell'offerta economica (nonché, a valle, del prezzo finale) non potrà che essere ancorata a valori di mercato noti o comunque certamente determinabili da ciascun operatore.

L'elemento variabile, quindi, risulta individuabile solo nella scelta, da parte di ciascuno dei partecipanti secondo il proprio interesse, di applicare ad ogni gruppo una data percentuale di sconto (da cui deriva, nella formula di calcolo, l'elemento S, ossia lo sconto medio ponderato); si tratta, all'evidenza, di un elemento non sufficiente a rendere aleatoria l'offerta, e comunque diverso da quello indicato dalla ricorrente.

Ne segue il rigetto delle censure in esame.

IX.2 - E' invece fondato il rilievo, svolto nel primo motivo, alla censura rubricata sub. 1.3.3, che si appunta sulla previsione per cui i concorrenti avrebbero potuto formulare offerte sia per un periodo di tre anni che per un periodo di quattro anni e sarebbero stati obbligati ad accettare richieste di ordinativi superiori a 300.000,00 euro; ma avrebbero avuto solo la facoltà di accettare (e, quindi, bene avrebbero potuto rifiutare) richieste di intervento per servizi base inferiori all'importo di 300.000,00 euro (cfr. pag. 9, paragrafo 3, del capitolato tecnico).

Si tratta di una censura che la ricorrente propone anche al fine di corroborare gli assunti che la precedono, ma che, in realtà, può e deve essere letta anche in assolut rispetto alle altre.

Ciò in quanto si può convenire con la ricorrente sulla irrazionalità e potenziale distorsività di tale sistema, giacchè, come è evidente, il fatto stesso di porre una soglia minima al disotto della quale il concorrente che ha stipulato la convenzione con Consip può non accogliere la richiesta della singola Amministrazione di stipulare uno dei contratti "a valle", limita, per ciò solo, la potenziale platea di Amministrazioni fruitrici dei servizi forniti dalla centrale di committenza pubblica a quelle di maggiori dimensioni,

tagliandone fuori le strutture minori.

Con l'evidente risultato, in netta contraddizione con le ragioni stesse dell'esistenza di un sistema centralizzato di acquisti nella Pubblica Amministrazione (legate a risparmi complessivi nella spesa pubblica) di mantenere la parcellizzazione del mercato di riferimento.

In definitiva, le impugnate clausole della legge di gara conducono ad uno scenario nel quale l'operatore che ha sottoscritto con **Consip** la convenzione ha la facoltà di scegliere, sotto una data soglia di canone, le Amministrazioni alle quali intende fornire i servizi.

Evenienza, questa, che si palesa ancora più irragionevole, ove si pensi che, per quanto espressamente dispone l'art. 3 del Capitolato tecnico, l'attivazione dei servizi a richiesta sarà possibile solo se si sono attivati i servizi a canone; tuttavia tra servizi a richiesta è ricompresa una fondamentale attività preliminare, costituita, secondo l'art. 3.2. del medesimo capitolato, da censimento e valorizzazione del parco-apparecchiature, testualmente definito "propedeutico all'adesione alla convenzione".

Per tali ragioni non risulta decisivo, nel senso della reiezione della censura in esame, la mera facoltà che l'operatore decida, del tutto



discrezionalmente, di impegnarsi ad accettare ordinativi che prevedano canoni inferiori a 300.000,00 euro.

A ciò si deve aggiungere che, secondo quanto disponeva il punto 5.1.2 del Disciplinare di gara, nello stabilire le modalità di attribuzione del punteggio alle offerte economiche, Consip ha previsto –per quanto qui interessa- che il coefficiente da considerare nel calcolo sia, per i contratti triennali, pari a 0,4, mentre per i contratti quadriennali sia pari a 0,6: pertanto, l'offerta relativa contratti di quattro anni apporta al concorrente un punteggio maggiore rispetto a quella relativa ai contratti di tre anni.

Questa disposizione ha l'effetto di rendere più vantaggiose in termini di punteggio, per gli operatori, le offerte relative ai contratti quadriennali, che, per conseguenza, saranno meno onerose per le Amministrazioni aderenti alla convenzione.

Ma la fissazione di un importo minimo annuo del canone pari a 300.000,00 euro non può, ragionevolmente, che indurre le Amministrazioni aderenti ad optare per il contratto triennale, per esse meno vantaggioso sotto il profilo economico.

X. – Il terzo motivo, con cui la ricorrente si duole anche del criterio di attribuzione del

punteggio tecnico, che non sarebbe stato adeguatamente selettivo, tanto che quasi tutti i partecipanti avrebbero conseguito il massimo, deve essere respinto.

Al riguardo è sufficiente evidenziare che la censura, evidentemente condizionata dall'esito della gara (per l'appunto, la diffusa conquista del massimo punteggio da parte dei concorrenti), non tiene conto del dato essenziale, per cui la procedura in questione riguarda operatori in che devono necessariamente possesso, per la natura dei beni e dei servizi in gioco, di altissima qualificazione in ogni parte del processo produttivo, e dunque anche in quelle parti di esso che Consip ha posto a base della tabella dei punteggi (tempo d'intervento su apparecchiature non critiche, tempi di risoluzione dei guasti, parametro di disponibilità di apparecchiature, formazione tecnici interni, digitalizzazione documentazione pregressa).

Peraltro, tale tabella attribuisce un punteggio diverso a seconda che l'offerente sia in grado di offrire un risultato maggiore o eguale ad un valore di riferimento per ciascuno dei parametri su citati; per cui la gradazione dei parametri, della cui assenza si duole la ricorrente, in realtà sussiste, ed è stata stabilita entro un'area di discrezionalità riservata alla stazione appaltante.

XI. - Va infine respinto anche l'ultimo mezzo, in quanto la lamentata carenza di idonei requisiti di professionalità in capo ai componenti della Commissione di gara non è supportata da principio di prova alcuno, e si ferma alla stregua di una mera petizione di principio; mentre non è contestato che si tratti, effettivamente, di funzionari dipendenti da enti sanitari.

XII - In conclusione il ricorso, nella sua parte demolitoria, è fondato, e va accolto, sotto i profili sopra esaminati.

Per le medesime considerazioni, alla luce dell'art. 122 c.p.a., e per quanto qui occorra, il Collegio ritiene che debba essere pronunciata l'inefficacia della convenzione stipulata, posto anche il breve lasso di tempo tra detta stipulazione e la data di pubblicazione della presente sentenza.

XIII. - Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) accoglie il ricorso in epigrafe, e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Dichiara l'inefficacia della convenzione stipulata tra Consip e l'aggiudicataria.

Condanna Consip e l'aggiudicataria al

pagamento in solido delle spese di lite in favore della ricorrente, che forfetariamente e complessivamente liquida in complessivi euro 10.000,00 (diecimila\00) oltre IVA, CPA e contributo unificato.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 marzo 2015 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Corsaro, Presidente

Vincenzo Blanda, Consigliere

Achille Sinatra, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**Il 30/04/2015**

**IL SEGRETARIO**

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