

N. 01090/2011REG.PROV.COLL.  
N. 06000/2010 REG.RIC.



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6000 del 2010, proposto da:

SIEMENS HEALTHCARE DIAGNOSTICS S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Bonatti e Marcello Clarich, con domicilio eletto presso l'avv. Marcello Clarich in Roma, piazza di Montecitorio, n. 115;

***contro***

OSPEDALI RIUNITI DI BERGANO – AZIENDA OSPEDALIERA, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Roberto Massari e Ilaria Romagnoli, con domicilio eletto presso l'avv. Ilaria Romagnoli in Roma, via Livio Andronico, n. 24;

***nei confronti di***

ROCHE DIAGNOSTICS S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Maria Alessandra Bazzani, Jacopo Recla e Filippo Satta, con domicilio eletto presso l'avv. Filippo Satta in Roma, Foro Traiano, n. 1/A;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA, SEZIONE STACCATA DI BRESCIA, SEZ. II, n. 2291 dell'8 giugno 2010, resa tra le parti, concernente APPALTO DELLA FORNITURA IN SERVICE DI UN SISTEMA PER IL TRATTAMENTO PREANALITICO DEI CAMPIONI DI LABORATORIO E DI UN SISTEMA DIAGNOSTICO PER LA BIOCHIMICA CLINICA

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ospedali Riuniti di Bergamo - Azienda Ospedaliera e di Roche Diagnostics Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 ottobre 2010 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Clarich, Romagnoli e Satta;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con provvedimento n. 741 del 10 giugno 2008 l'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti di Bergamo indiceva una procedura

concorsuale ristretta, ai sensi dell'articolo 55, comma 2, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n.163, per la fornitura quinquennale di un sistema di trattamento preanalitico dei campioni di laboratorio e di un sistema diagnostico per la Biochimica Clinica, occorrenti all'U.S.C. Laboratorio di Analisi, per un spesa complessiva di €. 8.200.000,00 oltre I.V.A.

Approvati gli atti di gara ed invitate tutte le dieci società che avevano presentato istanza di partecipazione (giusta delibera n. 1158 del 27 novembre 2008), a seguito dell'istruttoria svolta dalla commissione amministrativa (di cui ai verbali n. 1 dell'8 aprile 2009 e n. 2 del 4 giugno 2009) venivano ammesse alla gara l'A.T.I. Beckman Coulter S.p.A. (capogruppo) – Instrumentation Laboratory – Iverness (Biosite), l'A.T.I. Roche Diagnostic (capogruppo) – Dasit e l'A.T.I. Siemens Healthcare Diagnostic (capogruppo) – Medical Systems (giusta delibera n. 811 del 18 giugno 2009).

All'esito dell'esame (di cui ai verbali in data 4 giugno e 4 agosto 2009) da parte della Commissione tecnica, con delibera n. 1107 del 13 agosto 2009 tutte le offerte presentate erano dichiarate inammissibili e contestualmente si stabiliva di procedere, ai sensi dell'art. 56 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, all'esperimento di una procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando, alla quale sarebbero stati invitati gli stessi soggetti che avevano presentato offerta nella precedente gara.

Con deliberazione n. 1140 del 21 agosto 2009 venivano approvati gli

atti della nuova gara (lettera di invito, capitolato speciale e relativi allegati), dandosi atto che le condizioni contrattuali previste nella gara originaria erano sostanzialmente immutate.

Nominata, giusta delibera n. 1378 del 3 novembre 2009, la commissione amministrativa (per la verifica della tempestività delle domande di partecipazione e della completezza della documentazione presentata) e la commissione tecnica (per la valutazione dei sistemi offerti e l'attribuzione dei relativi punteggi), l'amministrazione all'esito del complesso svolgimento della nuova procedura con delibera n. 1647 del 31 dicembre 2009 approvava gli atti delle commissioni di gara e aggiudicava in via definitiva la fornitura all'A.T.I. Siemens Healthcare Diagnostics – Medical Systems, la cui offerta aveva ottenuto il miglior punteggio (97/100), per un importo complessivo di €. 6.672.525,00 oltre I.V.A.

2. La società Roche Diagnostics S.p.A., che in A.T.I. con Dasit si era classificata al secondo posto ottenendo 84,92 punti su 100, con rituale ricorso giurisdizionale chiedeva al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, l'annullamento: 1) della delibera n. 1647 del 31 dicembre 2009 di aggiudicazione della fornitura all'A.T.I. Siemens Healthcare Diagnostics – Medical Systems; 2) della delibera n. 1107 del 13 agosto 2009, di non aggiudicazione della gara a procedura ristretta e di indizione della gara a procedura negoziata; 3) della nota prot. 24648 del 14 agosto 2009, recante la comunicazione di non

ammissione della sua offerta alla gara a procedura ristretta e di indizione di quella a procedura negoziata; 4) della deliberazione n. 1140 del 21 agosto 2009, recante l'approvazione degli atti di gara per lo svolgimento della procedura negoziata; 5) della lettera in data 25 agosto 2009 di invito alla procedura negoziata; 6) della delibera n. 1378 del 4 novembre 2009 di nomina delle commissioni di gara, amministrativa e tecnica; 7) del verbale n. 2 del 17 dicembre 2009 della commissione amministrativa, recante l'aggiudicazione provvisoria della fornitura all'A.T.I. Siemens Healthcare Diagnostics – Medical Systems; 8) della nota prot. 12557 del 22 aprile 2009, di comunicazione di avvio del procedimento di esclusione dalla gara a procedura ristretta; 9) della nota prot. 15245 del 13 maggio 2009 recante le conclusioni in merito al procedimento di esclusione dalla gara a procedura ristretta; 10) della nota prot. 19338 del 19 giugno 2009 di comunicazione dell'ammissione alla gara a procedura ristretta di tutte le tre A.T.I. che avevano presentato l'offerta; 11) in parte qua del bando di gara per la procedura ristretta.

In particolare la ricorrente lamentava l'illegittimità:

A1) dell'invito all'A.T.I. Siemens a partecipare alla procedura negoziata per “violazione e falsa applicazione dell'art. 56, comma 1, lett. a), D. Lgs. 163/2006. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti e difetto dei presupposti. Violazione degli artt. 34 – 35 D. Lgs. 163/2006”;

A2) della mancata esclusione dell'A.T.I. Siemens dalla procura

ristretta sotto un duplice profilo per “violazione, falsa applicazione e contraddittorietà con la Sez. III, par. III.1.3. del bando di gara e dei successivi chiarimenti al bando. Eccesso di potere per irragionevolezza, travisamento dei fatti e difetto dei presupposti. Violazione del principio di par condicio e di imparzialità”, nonché in via subordinata “violazione del principio di par condicio e di imparzialità. Violazione, falsa applicazione e contraddittorietà con la Sez. III, par. III.1.3. del bando di gara e dei successivi chiarimenti al bando”;

B) in via autonoma della procedura negoziata: B1) quanto alla verifica di anomalia dell’offerta dell’A.T.I. Siemens sotto molteplici profili per “violazione degli artt. 86, 87 e 88 D. Lgs. 163/2006. Incompetenza. Violazione dell’art. 5 della lettera di invito/disciplinare di gara”; B2) quanto alla nomina/conferma delle commissioni di gara (in via subordinata) per “violazione e falsa applicazione dell’art. 84, comma 12 D. Lgs. 163/2006” e “Violazione dell’art. 84, comma 10 D. Lgs. 163/2006”; B3) quanto al bando di gara per “violazione dell’art. 11 D. lgs. 163/2006 – Violazione art. 97 Cost. Violazione legge 241/1990”.

3. Con successivi motivi aggiunti la Roche Diagnostics S.p.A. impugnava anche: 12) la deliberazione n. 811 del 18 giugno 2009, recante la presa d’atto e l’approvazione dell’istruttoria svolta dalla commissione amministrativa nelle sedute dell’8 aprile e del 4 giugno 2009 con la definitiva ammissione alla gara a procedura ristretta

dell'A.T.I. Siemens, nonché 13) i verbali n. 1 dell'8 aprile 2009 e n. 2 del 4 giugno 2009 della commissione amministrativa.

Ad ulteriore sostegno dell'illegittimità dell'invito all'A.T.I. Siemens di partecipare alla procedura negoziata veniva dedotto ancora “violazione e falsa applicazione dell'art. 56, comma 1, lett. a), del D. Lgs. 163/2006. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti e difetto dei presupposti. Violazione degli artt. 34 – 35 D. Lgs. 163/2006”, mentre quanto all'illegittimità della mancata esclusione della predetta A.T.I. Siemens dalla procedura ristretta veniva dedotto sotto altri vari profili “violazione, falsa applicazione e contraddittorietà con la Sez. III, par. III.1.3., del bando di gara e dei successivi chiarimenti al bando. Eccesso di potere per irragionevolezza, travisamento dei fatti e difetto dei presupposti. Violazione del principio di par condicio e di imparzialità. Violazione, falsa applicazione e contraddittorietà con la Sez. III, par. III.1.3. del bando di gara e dei successivi chiarimenti al bando”, oltre che “illegittimità derivata”.

4. In sintesi, attraverso le censure formulate con il ricorso principale e con i motivi aggiunti, la Roche Diagnostics S.p.A. sosteneva innanzitutto che l'A.T.I. Siemens, che si era costituita come tale dopo l'invito a partecipare alla procedura ristretta in violazione delle prescrizioni contenute nel bando di gara (par. III.1.3.), doveva essere esclusa per tale ragione da quella gara e di conseguenza non poteva neppure essere invitata alla successiva procedura negoziata; peraltro

L'aggiudicazione definitiva della fornitura, a seguito della nuova procedura negoziata, a favore dell'A.T.I. Siemens era autonomamente viziata quanto al giudizio di congruità dell'offerta presentata, alle modalità di nomina delle commissioni, amministrativa e tecnica, e in relazione alla previsione del bando di gara, secondo cui "il contratto di intende stipulato mediante invio della comunicazione di aggiudicazione al concorrente assegnatario".

5. L'adito tribunale, sez. II, con la sentenza n. 2291 dell'8 giugno 2010, nella resistenza dell'intimata amministrazione ospedaliera e della controinteressata Siemens Healthcare s.r.l., che aveva spiegato ricorso incidentale integrato da motivi aggiunti, contestando la legittimità delle previsioni del bando che vietavano la costituzione in A.T.I. delle imprese successivamente alla lettera invito, sia in generale, sia con riguardo alla peculiare situazione di fatto, ha:

a) accolto, nei sensi di cui in motivazione, il ricorso principale ed i motivi aggiunti, annullando: a1) le note del direttore amministrativo in data 13 maggio 2009 e 19 giugno 2009, recanti rispettivamente "conclusioni in merito al procedimento di esclusione" e "ammissione alla gara"; a2) le deliberazioni del direttore amministrativo: n. 811 del 18 giugno 2009, nella parte in cui ammetteva l'A.T.I. Siemens alla procedura ristretta per la fornitura di un sistema per il trattamento preanalitico dei campioni di laboratorio e di un sistema diagnostico per la Biochimica Clinica; n. 1107 del 13 agosto 2009, nella parte in cui contemplava l'offerta dell'A.T.I.

Siemens tra quelle esaminate e dichiarate inammissibili e stabiliva di invitare anche la suddetta A.T.I. alla procedura di gara senza pubblicazione di bando di gara; n. 1140 del 21 agosto 2009, nella parte in cui annoverava anche l'A.T.I. Siemens tra i soggetti da invitare alla menzionata procedura negoziata, come da lettera di invito contestualmente approvata; n. 1647 del 31 dicembre 2009, nella parte in cui approvava la graduatoria finale della procedura negoziata ed aggiudicava in via definitiva la fornitura quinquennale alla stessa A.T.I. Siemens;

b) dichiarato, per l'effetto dello scorrimento della graduatoria, determinata dall'esclusione dalla gara dell'A.T.I. Siemens, la ricorrente Roche Diagnostic S.p.A. definitivamente aggiudicataria della fornitura oggetto della procedura negoziata;

c) dichiarato inoltre in parte infondato ed in parte improcedibile il ricorso incidentale, integrato con motivi aggiunti, proposto da Siemens Healthcare Diagnostics s.r.l.;

d) dichiarato infine improcedibile la domanda risarcitoria per equivalente, formulata in via subordinata dalla ricorrente.

Secondo il tribunale, la procedura negoziata senza pubblicazione di bando di gara, all'esito della quale la fornitura quinquennale di un sistema per il trattamento preanalitico dei campioni di laboratorio e di un sistema diagnostico per la Biochimica e l'Ematologia occorrenti all'U.S.C. Laboratorio Analisi dell'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti di Bergamo era stata definitivamente affidata

all'A.T.I. Siemens, costituiva il prosieguo della originaria procedura concorsuale ristretta indetta con bando di gara pubblicato sulla G.U.C.E. del 27 febbraio 2008, realizzando una fattispecie giuridica unitaria a formazione progressiva, giacché non solo la seconda procedura era stata riservata alle imprese già partecipanti alla prima procedura ed in possesso dei requisiti di cui agli articoli da 34 a 45 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, per quanto identico era anche l'oggetto del contratto, tanto più che per espressa previsione normativa (art. 56, comma 1, lett. a), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) “nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto”.

A ciò conseguiva, innanzitutto il rigetto dell'eccezione, sollevata dalla resistente amministrazione ospedaliera, di inammissibilità/tardività dell'impugnazione della mancata esclusione dalla gara dell'A.T.I. Siemens, giacché l'interesse al ricorso era sorto solo al termine dell'unico articolato procedimento di gara, nonché la fondatezza dei motivi di ricorsi imperniati sulla illegittima ammissione alla gara dell'A..T.I. Siemens aggiudicataria: infatti, posto che non poteva dubitarsi della ragionevolezza e della legittimità della previsione dell'originario bando di gara a procedura ristretta, secondo cui era espressamente vietato, successivamente all'invito, il raggruppamento di imprese invitate separatamente, alla seconda fase dell'unico procedimento di gara non potevano essere invitati, secondo quanto disposto nella seconda parte dell'articolo 56, lett. a), del decreto

legislativo 12 aprile 2006, n. 163, i soggetti che non possedessero i requisiti di idoneità soggettiva, indicati nell'unica lex specialis che governava l'intera procedura, e dunque non poteva essere invitata alla gara l'A.T.I. Siemens, essendo formata da imprese invitate separatamente (laddove l'A.T.I. Roche era stata già invitata come tale alla gara e la sua esclusione dalla prima fase della gara era stata determinata soltanto da un vizio dell'offerta presentata).

6. Con rituale e tempestivo atto di appello Siemens Healthcare Diagnostics s.r.l. ha chiesto la riforma di tale sentenza, lamentandone l'erroneità alla stregua di sette motivi di gravame.

In particolare:

- con il primo motivo, denunciando “Error in iudicando – Omessa e comunque errata, inadeguata ed incongrua considerazione dei motivi e delle eccezioni allegate dalla contro interessata e dalla amministrazione – Violazione di legge (art. 56 D. Lgs. 163/06 e Dir. 2004/18)”, l'appellante ha sostenuto che, diversamente da quanto ritenuto dai primi giudici, la gara a procedura ristretta e quella successiva a procedura negoziata costituivano due autonomi e distinti procedimenti e non già una fattispecie unitaria a formazione progressiva (diverse essendo la relativa disciplina), con conseguente irrilevanza di quanto accaduto nella prima rispetto alla seconda;
- con il secondo motivo, rubricato “Error in iudicando – Omessa e comunque errata, inadeguata ed incongrua considerazione dei motivi allegati dalla contro interessata”, l'appellante ha sottolineato

Perroneità e la superficialità dell'assunto dei primi giudici circa la validità della clausola del bando della gara a procedura ristretta che vietata di costituire un'A.T.I. tra le imprese isolatamente qualificate dopo il loro invito, contrastante con il diverso e maggioritario indirizzo giurisprudenziale e fondato su di un'inammissibile equiparazione tra norme di legge e norme della gara; ciò senza contare che, per un verso, posta la generale legittimità della partecipazione delle imprese in raggruppamenti, doveva ritenersi inammissibile e sproporzionato un divieto generale, come quello posto nel bando di gara a pena di inammissibilità, senza alcuna valutazione concreta della peculiare situazione di fatto, e che, per altro verso, la illegittimità della norma del bando, denunciato col ricorso incidentale, risiedeva non tanto e non solo nell'aver vietato il raggruppamento tra imprese singolarmente qualificate, quanto piuttosto nel fatto che tale divieto era stato ritenuto applicabile senza che prima fossero state fornite da parte dell'amministrazione appaltante tutte le informazioni necessarie affinché le imprese singolarmente qualificate potessero valutare se e come partecipare alla gara (questione decisiva che era completamente sfuggita all'apprezzamento dei primi giudici);

- con il terzo motivo l'appellante ha dedotto “Error in iudicando – Omessa e comunque errata, inadeguata ed incongrua considerazione dei motivi allegati dalla controinteressata”, sostenendo che inopinatamente i primi giudici avevano ritenuto che la Siemens

Healthcare Diagnostics s.r.l. non avesse dimostrato l'impossibilità assoluta di costituire un'A.T.I. con altra impresa, non ancora singolarmente prequalificata, ovvero che avesse indicato in modo solo generico le cause ostative all'associazione con altri operatori. In realtà, secondo l'appellante, non solo la prova assoluta negativa invocata dai primi giudici era impossibile, per quanto la scelta di un'altra mandante – possibilità cui avevano fatto riferimento i primi giudici – avrebbe avuto conseguenze negative sulla effettiva possibilità di aggiudicazione della fornitura in ragione delle peculiari specifiche tecniche indicate nel capitolato, così che in definitiva veniva ribadito che il punto nodale della controversia consisteva nella mancata tempestiva conoscenza del capitolato (reso noto dopo la prequalifica) che aveva impedito all'A.T.I. Siemens di stabilire con sufficiente cognizione di causa il da farsi (tanto più che il bando non prevedeva particolari requisiti per la prequalifica, né quanto alla capacità finanziaria, né quanto ai requisiti tecnici, con conseguente astratta possibilità di prequalificazione di tutti gli operatori del settore ed ulteriore massima amplificazione degli effetti preclusivi della concorrenza derivanti proprio dalla carenza di informazione, questioni puntualmente evidenziate con il ricorso incidentale, ma non adeguatamente apprezzate;

- con il quarto motivo, lamentando “Error in iudicando – Omessa e comunque errata, inadeguata ed incongrua considerazione dei motivi e delle eccezioni allegati dalla controinteressata e dalla

amministrazione”, l’appellante ha sostenuto che i primi giudici avevano fatto mal governo dei principi contenuti nell’articolo 56 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, confondendo inopinatamente tra requisiti necessari per la partecipazione alla procedura negoziata e quelli della precedente gara a procedura ristretta, che peraltro non potevano essere applicati avendo sostanzialmente esaurito la loro funzione in quello specifico procedimento;

- con il quinto motivo, denunciando “Error in iudicando – Omessa e comunque errata, inadeguata ed incongrua considerazione dei motivi e delle eccezioni allegati dalla controinteressata e dalla amministrazione”, l’appellante ha rilevato che i primi giudici avevano immotivatamente respinto la censura formulata con il primo ed il quarto motivo del ricorso incidentale con cui era stata dedotta la disparità di trattamento riservata alle due offerte, ritenendo passibile di esclusione quella della Siemens e meritevole di ammissione quella della Roche S.p.A., limitandosi ad affermare l’esistenza di una insussistente e comunque indimostrata differenza tra le due; ciò tanto più che anche l’offerta della Roche Diagnostics S.p.A. era in contrasto con le disposizioni della gara a procedura ristretta;

- con il sesto motivo, intitolato “Error in iudicando – Violazione di legge (art. 56 D. Lgs. 163/06), la società appellante, sempre con riferimento alla corretta interpretazione dell’art. 56 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ha sottolineato che la sua ratio è quella di agevolare la pubblica amministrazione nella selezione delle offerte,

consentendo una semplificazione del procedimento allorquando la procedura ordinaria non abbia avuto un esito positivo, con l'avviamento di una procedura negoziata tra i soggetti che avevano partecipato alla precedente gara con un'offerta seria, così che i criteri di ammissione alla procedura negoziata dovevano essere necessariamente diversi da quelli della procedura ristretta, atteso che diversamente si sarebbe verificato un nuovo infruttuoso esito della gara; ciò tanto più che il divieto di modificazione contenuto nella disposizione rubricata riguarda solo le condizioni iniziali del contratto e non già i requisiti di ammissione;

- con il settimo motivo l'appellante ha dedotto "Error in iudicando – Omessa e comunque errata, inadeguata ed incongrua considerazione dei motivi allegati dalla controinteressata e dalla amministrazione", evidenziando che, essendo frutto di una libera scelta della stazione appaltante quella di procedere o meno alla pubblicazione di un nuovo bando di gara per la procedura negoziata, ugualmente l'annullamento dell'aggiudicazione per la asserita violazione dell'art. 56 del D. Lgs. 12 aprile 2005, n. 163, non poteva comportare lo scorrimento della graduatoria, spettando all'amministrazione la scelta di rinnovare o meno la procedura negoziale, non potendosi condividere la sottostante tesi dei primi giudici circa l'unicità della procedura di gara.

Ha resistito al gravame la società Roche Diagnostics S.p.A., deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza e chiedendone

pertanto il rigetto, riproponendo peraltro i motivi di censura sollevati in primo grado, non esaminati per assorbimento.

Si è costituita in giudizio l'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti di Bergamo, rivendicando la correttezza del proprio operato e concludendo per l'accoglimento dell'appello

7. All'udienza in camera di consiglio del 27 luglio 2010, fissata per la deliberazione della domanda cautelare di sospensione della sentenza impugnata, la causa, su concorde richiesta delle parti, veniva rinviata all'udienza pubblica del 19 ottobre per la decisione di merito.

Le parti hanno ulteriormente illustrato con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive.

All'udienza pubblica del 19 ottobre 2010, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

8. La controversia all'esame della Sezione concerne la legittimità dell'aggiudicazione, all'esito di una procedura negoziata ex art. 56 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, seguita all'infruttuoso esito di una procedura ristretta, all'A.T.I. Siemens Healthcare Diagnostic s.r.l. – Medical System S.p.A. della fornitura quinquennale di un sistema per il trattamento preanalitico dei campioni di laboratorio e di un sistema diagnostico per la Biochimica Clinica e l'Ematologia occorrenti all'U.S.C. Laboratorio Analisi dell'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti di Bergamo per un importo di €. 6.672.525,00, oltre I.V.A..

Tale aggiudicazione è stata ritenuta illegittima dai primi giudici, in

quanto – a loro avviso - l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara a procedura negoziata in quanto non in possesso dei requisiti di partecipazione come A.T.I. alla precedente gara a procedura ristretta, secondo le puntuali previsioni della *lex specialis* di quella procedura.

La Siemens Healthcare Diagnostic s.r.l. chiede la riforma di tale sentenza, deducendo in sostanza che i primi giudici sono incorsi nella violazione e falsa applicazione dell'articolo 56 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

9. Al riguardo la Sezione osserva quanto segue.

9.1. Il citato articolo 56 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, rubricato "Procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara", stabilisce al comma 1, lett. a), che le stazioni appaltanti possono aggiudicare i contratti pubblici mediante procedura negoziata, previa pubblicazione di un bando di gara, "quando, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, tutte le offerte presentate sono irregolari o inammissibili, in ordine a quanto disposto dal presente codice in relazione ai requisiti degli offerenti e delle offerte", aggiungendo, per un verso, che "nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto" e, per altro verso, che "le stazioni appaltanti possono omettere la pubblicazione del bando di gara se invitano alla procedura negoziata tutti i concorrenti in possesso dei requisiti di cui agli articoli da 34 a 45 che, nella

procedura precedente, hanno presentato offerte rispondenti ai requisiti formali della procedura medesima”.

Come si ricava dalla sua formulazione letterale, la norma in esame ribadisce innanzitutto la regola generale secondo cui l'aggiudicazione di un contratto pubblico deve avvenire attraverso l'espletamento delle procedure ristrette aperte e di quelle ristrette, ai sensi degli articoli 54 e 55 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ponendosi rispetto a tale regola generale come deroga, atteso che, secondo quanto stabilito dall'articolo 3, comma 40, del citato decreto legislativo, le procedure negoziate sono caratterizzate dal fatto che le stazioni appaltanti consultano direttamente gli operatori economici da loro prescelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto (articolo 3, comma 40).

Esse costituiscono quindi lo strumento, espressamente previsto dal legislatore, per assicurare nel campo dei contratti pubblici l'attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento fissati dall'articolo 97, attraverso il contemperamento degli opposti principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità, posti a garanzia della più ampia partecipazione possibile degli operatori economici, con quelli di economicità, efficacia e tempestività propri dell'azione amministrativa (così come indicati dall'articolo 2, comma 1, del codice dei contratti pubblici), allorquando sia rimasta senza esito una precedente procedura aperta o ristretta o un dialogo

competitivo per la irregolarità o la inammissibilità delle offerte presentate.

9.2. Pur dovendo ammettersi l'esistenza di un evidente collegamento tra la procedura aperta o ristretta o il dialogo competitivo, infruttuosi, e la successiva procedura negoziata, nel senso tra l'altro che il ricorso a quest'ultima postula proprio l'effettivo infruttuoso svolgimento di una delle prime, occorre tuttavia precisare che le due procedure sono e restano assolutamente autonome e distinte tra di loro, come si desume agevolmente dal fatto che esse siano disciplinate da separati bandi, di tal che per effetto di detto collegamento non si configura una fattispecie unitaria a formazione progressiva.

In altri termini il collegamento tra le due procedure in esame è di natura occasionale, ma non funzionale, nel senso che non vi è una interdipendenza biunivoca e necessaria tra le predette due procedure di gara: infatti le stazioni appaltanti, allorché una precedente procedura aperta o ristretta o un dialogo competitivo non si sia concluso con l'aggiudicazione a causa della irregolarità o inammissibilità delle offerte presentate, non sono obbligate ad attivare una procedura negoziata, ma sono solo autorizzate a tanto (in deroga, come si è visto, alla regola generale che impone l'espletamento di una procedura aperta o ristretta), nulla ostando pertanto che possano, per esempio, anche decidere di espletare nuovamente una procedura ristretta o aperta.

A ciò consegue che non può postularsi neppure alcun vincolo tra le previsioni ed i requisiti di partecipazione contenute nel bando della prima gara, il cui esito è stato infruttuoso, e quelli della gara a procedura negoziata, di cui all'articolo 56 del decreto legislativo, l'unico legame rintracciabile essendo costituito dal divieto di modifica in modo sostanziale delle condizioni iniziali del contratto che, lungi dal costituire una eventuale prova del collegamento funzionale, in coerenza con la scelta dell'amministrazione di procedere alla procedura negoziata, è finalizzato evidentemente a garantire parità di trattamento tra gli operatori economici ammessi alla nuova gara rispetto a quelli che hanno partecipato alla prima procedura di gara, così giustificandosi la nuova procedura anche sotto il profilo dell'adeguatezza, proporzionalità, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa.

9.3. Deve poi ricordarsi che il ricordato comma 1, lett. a), dell'articolo 56 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, consente che la stazione appaltante possa espletare la procedura negoziata omettendo addirittura la pubblicazione del bando di gara, se inviti alla stessa tutti i concorrenti in possesso dei requisiti di cui agli articoli da 34 a 45 che nelle precedente procedura avevano presentato offerte corrispondenti ai requisiti formali della procedura medesima.

Si tratta di un'ulteriore "semplificazione" prevista dal legislatore sempre al fine di garantire efficacia, efficienza, rapidità ed

economicità all'azione amministrativa, semplificazione ritenuta adeguata e proporzionata anche per il rispetto dei principi della più ampia partecipazione alla gara, di parità di trattamento e di trasparenza, assicurati propri dalla ammissione alla procedura di quei candidati che avevano presentato nella precedente gara offerte rispondenti ai requisiti formali della procedura, purchè in possesso dei requisiti generali stabiliti dagli articoli da 34 a 45 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

10. Ciò premesso, la Sezione è dell'avviso che l'appello sia fondato, essendo meritevoli di favorevole considerazione i motivi di gravame con cui è stata contestata la violazione e falsa applicazione del ricordato articolo 56 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (primo, quarto e sesto motivo di appello) da parte della impugnata sentenza.

10.1 Come si ricava dall'esposizione in fatto la originaria gara a procedura ristretta indetta dall'amministrazione ospedaliera ai sensi dell'articolo 55, comma 2, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, giusta provvedimento n. 741 del 10 giugno 2008, si rilevava infruttuosa in quanto tutte le offerte presentate dalle tre ditte ammesse erano dichiarate inammissibili: in particolare, come si ricava, dalla lettura della deliberazione n. 1107 del 13 agosto 2009, quanto all'offerta presentata dall'A.T.I. Beckman Coulter S.p.A. (capogruppo) – Instrumentation Laboratory e Iverness, a causa di carenze progettuali relative all'impianto meccanico, alle opere edili ed alla sicurezza (carenze non sanate dalla documentazione successivamente prodotta

a seguito di apposita richiesta e consistenti nella mancanza del computo metrico sia per le opere edili sia per quelle meccaniche e dal fatto che per la parte edile non vi erano elaborati tecnici che consentissero una valutazione delle scelte progettuali); quanto all'offerta presentata dall'A.T.I. Roche Diagnostic (capogruppo) – Dasit, atteso che i documenti progettuali presentati comprendevano anche il computo metrico estimativo di lavori dal quale risultava anche l'importo dei lavori, laddove tale informazione doveva essere inclusa nell'offerta economica in quanto oggetto di punteggio economico specifico, mentre nella busta della documentazione tecnica doveva essere presente esclusivamente il computo metrico senza prezzi; quanto all'A.T.I. Siemens Healthcare Diagnostic s.r.l. (capogruppo) – Medical Systems, giacchè all'interno del piano sicurezza era presente il computo metrico estimativo degli oneri per la sicurezza da cui si evinceva il costo delle opere che doveva essere invece essere conoscibile solo all'apertura della busta contenente l'offerta economica.

Per quanto dalla ricordata deliberazione n. 1107 del 13 agosto 2009 non emerga espressamente, non è ragionevolmente contestabile che le predette offerte, per quanto formalmente rispondenti ai requisiti formali della procedura di gara indetta (tant'è che ne è stata disposta la loro valutazione), siano state considerate inammissibili per carenze documentali che ne impedivano la valutazione di merito sotto l'aspetto tecnico ovvero per la esposizione di elementi economici già

all'interno dell'offerta tecnica, violando il principio di trasparenza posta a base delle valutazioni della commissione giudicatrice.

Non vi è dubbio pertanto (e d'altra parte su tale profilo non vi è alcuna contestazione tra le parti) che sussistessero effettivamente i presupposti oggettivi fissati dal ricordato articolo 56, comma 1, lett. a), del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, per procedere ad una procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara, cui invitare gli stessi concorrenti che avevano partecipato alla precedente gara a procedura ristretta, tanto più che detti concorrenti – come si è avuto modo di rilevare – avevano presentato offerte rispondenti ai requisiti formali della procedura medesima.

Quanto ai presupposti soggettivi la ricordata disposizione richiede soltanto che i concorrenti che avevano partecipato alla precedente gara a procedura siano in possesso dei requisiti di cui agli articoli da 34 a 45 del codice degli appalti.

10.2. Orbene, nel caso in esame la Sezione è dell'avviso che la tesi sostenuta dalla ricorrente in primo grado e fatta propria dai primi giudici secondo cui l'A.T.I. Siemens Healthcare Diagnostics s.r.l. – Medical Systems non avrebbe potuto essere ammessa alla procedura negoziata perché, pur avendo presentato offerta nella precedente gara a procedura ristretta, avrebbe dovuto essere esclusa da quest'ultima per aver violato le disposizioni contenute nel relativo bando di gara (in particolare in quanto la costituzione dell'A.T.I. era avvenuta dopo l'invito a partecipare alla gara, così come stabilito nel

ricordato bando), non è meritevole di accoglimento.

Essa infatti è fondata su di una inammissibile, non provata e comunque non coerente ricostruzione della fattispecie in esame come fattispecie a formazione progressiva in cui la seconda procedura di gara (negoziata) è la conseguenza necessaria (ed ineludibile) dell'esito infruttuoso della prima gara, con la conseguenza che gli eventuali vizi della prima si riverberano sulla seconda, viziandola a sua volta, laddove invece, com'è stato accennato in precedenza, il collegamento tra le due procedure è soltanto occasionale, nel senso che all'infruttuoso esito di una gara a procedura aperta o ristretta (ed in presenza degli ulteriore requisiti stabiliti dalla norma) l'amministrazione è solamente autorizzata a procedere all'indizione di una procedura negoziata, ma non vi è obbligata (essendo pertanto rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione la scelta eventualmente anche di espletare nuovamente una gara a procedura aperta o ristretta ovvero di provvedere diversamente all'acquisizione dei beni o servizi oggetto della gara ovvero di formulare diversamente lo stesso bando di gara per consentire un esito fruttuoso della gara).

L'autonomia della nuova procedura di gara rispetto alla precedente trova conferma dal punto di vista sistematico dall'espressa previsione di una sua specifica *lex specialis* (bando di gara, la cui pubblicazione, come nel caso di specie, può essere anche omessa), il che esclude qualsiasi ultrattività delle previsioni del bando della prima procedura

di gara con riguardo alla nuova procedura di gara, neppure quanto ai requisiti di partecipazione: del resto, e tale considerazione appare decisiva alla Sezione, i requisiti soggettivi di partecipazione alla (nuova) procedura negoziata, senza pubblicazione del relativo bando di gara, sono espressamente fissati dalla stessa norma in esame e consistono esclusivamente nel possesso, in capo agli stessi concorrenti che avevano partecipato alla precedente gara, dei requisiti indicati dagli articoli da 34 a 45 del codice dei contratti: tale previsione che, come già si è avuto modo di segnalare, costituisce il frutto del giusto contemperamento dei contrapposti principi di massima partecipazione alle gare pubbliche, di parità di trattamento, nonché di trasparenza, imparzialità, economicità, efficacia, adeguatezza e proporzionalità dell'azione amministrativa, impedisce quindi di considerare rilevanti ai fini della partecipazione alla nuova procedura di gara (negoziata) eventuali vizi di partecipazione alla prima procedura di gara.

Con riferimento al caso in esame, non sussistendo (e non essendo stato del resto neppure dedotto in capo all'A.T.I. Siemens Healthcare Dignaostics s.r.l. – Medical Systems) la carenza del possesso dei requisiti di cui agli articoli da 34 a 45 del codice degli appalti (i soli che rilevano ai fini della legittimazione alla partecipazione alla procedura negoziata), detta A.T.I. ben poteva partecipare alla procedura negoziata indetta dall'amministrazione, essendo del tutto irrilevanti i presunti vizi che avrebbero inficiato la sua partecipazione

alla prima procedura di gara.

10.3. Ciò determina l'accoglimento dell'appello, con assorbimento degli altri motivi di gravame e la integrale riforma della sentenza impugnata, con conseguente legittimità – sotto i profili esaminati – dell'aggiudicazione della fornitura all'.A.T.I. Siemens.

11. La Sezione deve pertanto procedere all'esame dei motivi di censura sollevati in primo grado da Roche Diagnostic S.p.A., non esaminati per assorbimento, ma espressamente riproposti in sede di appello: tali motivi riguardano per un verso la dedotta illegittimità, sotto svariati profili, della verifica di anomalia dell'offerta dell'A.T.I. Siemens Healthcare Diagnostics s.r.l. – Medical Systems, aggiudicataria della gara negoziata, e, per altro verso, la illegittimità del provvedimento di nomina della commissione giudicatrice, sia quanto al momento (della nomina), sia quanto alla sua composizione.

11.1. In ordine alla legittimità del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria ed al suo stesso giudizio di non anomalia, la Sezione deve innanzitutto ricordare che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, dal quale non vi è motivo di discostarsi, non solo il giudizio della stazione appaltante costituisce esplicitazione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di illogicità manifesta o di erroneità fattuale (C.d.S., sez. V, 8 luglio 2008, n. 3406; sez. V, 29 gennaio 2009, n. 497), per quanto l'obbligo di motivare in modo completo ed approfondito sussiste solo nel caso in cui la stazione appaltante

esprima un giudizio negativo che faccia venir meno l'aggiudicazione, non richiedendosi, per contro, una motivazione analitica nel caso di esito positivo della verifica di anomalia che confermi la già disposta aggiudicazione, potendo in tal caso la motivazione trovare sostegno anche *per relationem* nelle stesse giustificazioni presentate dal concorrente (C.d.S., sez. V, 1° ottobre 2010, n. 7266; 10 febbraio 2009, n. 748; 23 giugno 2008, n. 3112; 23 agosto 2006, n. 4949; sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708): di conseguenza è stato precisato che incombe su chi contesta l'aggiudicazione l'onere di individuare gli specifici elementi da cui il giudice amministrativo possa evincere che la valutazione tecnico – discrezionale dell'amministrazione sia stata manifestamente irragionevole ovvero sia stata basata su fatti erronei o travisati.

Nel caso in esame la Roche Diagnostic S.p.A. non solo non ha fornito alcuna prova degli eventuali vizi (sub specie della manifesta illogicità o del travisamento dei fatti) che avrebbero inficiato la verifica di anomalia svolta dalla specifica commissione a tanto deputata, né ha evidenziato quali sarebbero le asserite violazioni dei criteri di verifica dell'offerta presentata dall'A.T.I. aggiudicataria, per quanto ha apoditticamente messo in dubbio lo stesso effettivo espletamento della valutazione di anomalia senza tuttavia minimamente indicare adeguati elementi indiziari a supporto di tale convinzione.

Peraltro la circostanza dell'asserito omesso espletamento della

procedura di valutazione dell'anomalia dell'offerta presentata dall'A.T.I. aggiudicataria, oltre che contestata dalle puntuali difese di quest'ultima (sulle quali la ricorrente in primo grado non ha svolto ulteriori controdeduzioni), è smentita in fatto dall'attento esame della stessa impugnata delibera n. 1647 del 31 dicembre 2009, da cui si evince che la valutazione di anomalia (puntualmente prevista dalla *lex specialis*) è stata effettivamente e si è conclusa in senso positivo, nel senso che l'offerta dell'A.T.I. Siemens è stata ritenuta congrua ed adeguata.

Non può costituire elemento di prova contraria la circostanza che la ricordata delibera sul punto in questione si limiti a riportare la comunicazione del Presidente della commissione circa il giudizio positivo di valutazione dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, da tanto non potendo evincersi in alcun modo, in mancanza di altri elementi gravi, precisi e concordanti, né che la valutazione di anomalia non sia stata effettuata, né che la stessa sia stata svolta solo dal Presidente (pur potendo ammettersi che sarebbe stato auspicabile che sul punto in questione il provvedimento impugnato fosse stato redatto in modo più chiaro e più facilmente intellegibile).

Pertanto i profili di censura sollevati sono infondati.

11.2. Quanto alla presunta illegittimità della delibera (n. 1378 del 3 novembre 2009) di nomina e composizione della commissione giudicatrice, si tratta di doglianze infondate.

E' sufficiente osservare che, diversamente da quanto sostenuto dalla

ricorrente Roche Diagnostics S.p.A., per un verso tale delibera è temporalmente successiva alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, fissato al 12 ottobre 2009, e che, per altro verso, è del tutto irrilevante che con la predetta deliberazione sia stata confermata la composizione delle commissioni, amministrativa e tecnica, già nominate per la precedente procedura di gara a procedura ristretta, espletata infruttuosamente (ciò costituendo in ogni caso un nuovo provvedimento, giustificato dai principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa).

12. Deve essere dichiarato improcedibile per carenza di interesse il ricorso incidentale proposto in primo grado dall'A.T.I. Siemens, volto a contestare la legittimità delle previsioni del bando concernente la prima procedura di gara in virtù relazione alle quali la ricorrente in primo grado aveva sostenuto l'illegittimità della sua partecipazione alla gara.

13. In conclusione, alla stregua delle osservazioni svolte, l'appello proposto da Siemens Healthcare Diagnostics s.r.l. deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso, integrato da motivi aggiunti, proposto in primo grado da Roche Diagnostics S.p.A., con conseguente improcedibilità del ricorso incidentale proposto da Siemens Healthcare Diagnostics s.r.l.

La novità delle questioni trattate giustifica la integrale compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da Siemens Healthcare Diagnostics S.p.A. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede staccata di Brescia, sez. II, n. 2291 dell'8 giugno 2010, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, respinge il ricorso proposto in primo grado da Roche Diagnostics S.p.A. e dichiara improcedibile il ricorso incidentale, integrato da motivi aggiunti, proposto da Siemens Healthcare Diagnostics s.r.l.

Dichiara interamente compensate tra le pari le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/02/2011

IL SEGRETARIO

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