



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 515 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Elettronica Bio Medica S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Di Carlo, Ilaria Federica Rizzato e Luca Tufarelli, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Milano, via Paradosso, 12

***contro***

Azienda Ospedaliera Fatebenefratelli e Oftalmico, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Larga, 23

***nei confronti di***

Ge Medical Systems Italia S.p.A.;

Siemens S.p.A.;

Maquet Italia, S.p.A.;

Draeger Medical Italia S.p.A.

***per l'annullamento***

dei seguenti atti di gara, relativi alla procedura aperta per l'affidamento del servizio di manutenzione "global service" delle apparecchiature biomediche:

deliberazione n. 814 del 27.12.2010 del direttore generale dell'azienda ospedaliera; comunicazione u.o. acquisti n. 000044 del 12 gennaio 2011; comunicazione dell'azienda ospedaliera "Fatebenefratelli e Oftalmico" prot. 117 del 26.1.2011, nella parte in cui ha negato l'accesso ai bilanci 2009 -2010; della deliberazione di indizione della gara n. 18 del 27 gennaio 2010; della deliberazione n. 519 del 30.7.2009; del disciplinare di gara;

del bando di gara; del capitolato tecnico; dei chiarimenti forniti; dei verbali di gara,

atti impugnati con il ricorso introduttivo;

del diniego di autotutela formatosi in ordine alla domanda avanzata con comunicazione ex art. 243 *bis* del D.lgs. n. 163/2006; del prospetto depositato dall'Azienda in data 7.3.2011 contenente le valutazioni economiche poste a base della revoca,

atti impugnati con motivi aggiunti depositati il 29.3.2011;

della lettera di invito alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. b) del D.lgs. n. 163/06, per il servizio di manutenzione di apparecchiature elettromedicali di produzione Siemens e della relativa deliberazione di autorizzazione ed avvio; della deliberazione conclusiva della suddetta procedura; del contratto eventualmente stipulato nelle more e della relativa deliberazione di autorizzazione alla

stipula; degli atti di avvio del servizio; nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale se ed in quanto lesivo dei diritti e degli interessi della ricorrente;

atti impugnati con i motivi aggiunti depositati il 4.1.2012.

delle deliberazioni nn. 110, 111 e 112 emesse dall'Azienda Ospedaliera Fatebenefratelli ed Oftalmico in data 14 marzo 2012 ed ai relativi contratti;

atti impugnati con i motivi aggiunti depositati il 30 agosto 2012.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Fatebenefratelli e Oftalmico;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2012 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente ha partecipato, in qualità di mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese, alla gara per l'affidamento in *global service* del servizio di manutenzione delle apparecchiature biomediche dell'Azienda Ospedaliera Fatebenefratelli e Oftalmico di Milano, risultando aggiudicataria provvisoria. La stazione appaltante con deliberazione n. 28 in data 27 gennaio 2010 revocava, peraltro, gli atti di gara in considerazione della mancanza delle risorse disponibili per la spesa prevista e del fatto che nelle more della gara il servizio interno di ingegneria clinica era stato in grado di assicurare le attività di manutenzione delle apparecchiature mediche oggetto della gara.

Contro il suddetto atto la ricorrente ha dedotto i seguenti motivi:

I) Eccesso di potere e difetto di motivazione, non avendo l'amministrazione reso palesi le ragioni economiche della sopravvenuta incapacità economica all'affidamento all'esterno del servizio. In particolare, non risulterebbe alcuna valutazione in merito al ribasso offerto dalla ricorrente e alle esigenze di bilancio che giustificerebbero l'adottata revoca. La condotta dell'amministrazione contrasterebbe poi con il fatto che due mesi prima della revoca l'amministrazione avrebbe chiesto alle imprese partecipanti di prorogare la validità dell'offerta per altri 180 giorni;

II) Violazione della L. n. 241/90 sotto vari profili e degli artt. 11, 12 e 79 del D. lgs. 163/2006, dell'art. 6 del disciplinare e difetto di istruttoria. La stazione appaltante avrebbe omesso di comunicare l'avvio del procedimento di revoca ancorché fosse sopravvenuta la consolidazione dell'aggiudicazione provvisoria *per silentium*. Inoltre il responsabile del procedimento, dopo aver aperto le offerte economiche, invece di dichiarare l'aggiudicazione provvisoria, avrebbe riconvocato la commissione aggiudicatrice al solo fine del calcolo del punteggio complessivo. Su tale base la ricorrente ha chiesto la reintegrazione in forma specifica e in via subordinata il risarcimento del danno per equivalente per il comportamento illegittimo della stazione appaltante e in subordine, per il caso in cui la revoca fosse considerata legittima, ha chiesto l'annullamento della revoca per mancata previsione dell'indennizzo e la contestuale condanna al pagamento di € 95.000,00 allo stesso titolo.

La stazione appaltante, costituitasi in giudizio, ha replicato alle suddette censure, sostenendo di aver disposto la revoca della mera aggiudicazione provvisoria, la quale non richiederebbe la preventiva comunicazione di avvio del procedimento, inserendosi in un procedimento ancora aperto e allegando che non sarebbe stato effettuato alcun raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato in sede di motivazione, non vertendosi in materia di autotutela. Il

vizio di motivazione della revoca non potrebbe in ogni caso che condurre alla sola riedizione del potere, trattandosi di un vizio formale compatibile con la ripetizione del medesimo provvedimento. L'impossibilità di attribuire alla suddetta revoca la natura di atto di autotutela escluderebbe anche di dover corrispondere l'indennizzo ex art. 21 *quinquies* della L. 241/90.

Con il primo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato il diniego di autotutela formatosi per silenzio sull'istanza proposta ex art. 243 *bis* del D. lgs. n. 163/06, deducendo contro gli atti originari il seguente ulteriore motivo di ricorso.:

III) Eccesso di potere e difetto di istruttoria, posto che, con la memoria presentata in giudizio ed il documento n. 18 della resistente, la stazione appaltante avrebbe introdotto una motivazione postuma dell'atto di revoca e un calcolo dei risparmi correlati alla gestione della manutenzione da parte di personale dell'Azienda, che non terrebbe conto di diverse voci di spesa.

Con il secondo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato gli atti con i quali la stazione appaltante ha affidato con tre procedure negoziate la manutenzione all'esterno delle apparecchiature mediche di marca Siemens, Draeger e Maquet, contestando:

IV) l'illegittimità derivata in conseguenza della violazione dell'obbligo di contrarre integrata dalla revoca della precedente gara. E' stato, altresì, rappresentato che il corrispettivo posto a base delle tre gare per gli affidamenti diretti sarebbe superiore a quello del servizio originariamente offerto a titolo di *global service*;

V) Illegittimità dell'indizione della gara con il sistema della procedura negoziata perché i diritti esclusivi affermati in capo alle tre imprese invitate non sussisterebbero e per non aver comunque invitato la ricorrente alla gara;

VI) Violazione dell'art. 29, comma 4 e dell'art. 42 del D.lgs. n. 163/06 per violazione del divieto di frazionamento delle forniture.

L'istante ha, quindi, richiesto la reintegrazione in forma specifica e in subordine il risarcimento del danno per equivalente.

Con il terzo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato per vizi derivati l'aggiudicazione dei relativi contratti, effettuata senza la pubblicità prevista dal Codice.

La difesa della stazione appaltante ha eccepito in rito la mancanza dei presupposti per la concessione della rimessione in termini per l'impugnazione delle aggiudicazioni definitive e l'improcedibilità del ricorso con riferimento alle apparecchiature Siemens "ad alta tecnologia", già escluse dal precedente *global service* e più in generale anche per le prestazioni ulteriori, stante il carattere inscindibile dell'offerta. Nei confronti della gara aggiudicata a Siemens sussisterebbe poi carenza di interesse a ricorrere per conflitto di interessi, atteso che essa sarebbe parte del raggruppamento di imprese della quale la ricorrente è capogruppo.

All'udienza del 24 ottobre 2012 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

2. Il ricorso principale è fondato nei limiti che seguono.

2.1 Dall'esame del provvedimento impugnato risulta che la stazione appaltante ha esercitato il potere di rifiutare l'aggiudicazione del contratto previsto dall'art. 6.3 del disciplinare di gara a mente del quale l'ente appaltante si era riservato la facoltà di non aggiudicare l'appalto in caso di eccessiva onerosità per l'Azienda. Si tratta in sostanza dell'esercizio del potere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto, previsto dall'art. 81 comma 3 del Codice dei contratti.

Tale potere si differenzia da quello più generale di revoca previsto dall'art. 21 *quinquies* della L. n. 241/90, in quanto non si fa ivi riferimento a sopravvenuti motivi di pubblico interesse, anche economici, ovvero al caso di mutamento della situazione di fatto o della nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, ma ad una successiva valutazione del servizio che, nella specie, è per l'Azienda necessario, avendo per oggetto la

manutenzione degli strumenti indispensabili per l'erogazione dei servizi sanitari.

Il potere esercitato dall'amministrazione dev'essere quindi più precisamente inquadrato nell'ambito del rifiuto di aggiudicazione non solo alla luce del richiamo nel provvedimento all'art. 6.3. del capitolato che a tale potere si riferisce, ma anche della sua motivazione, che allega la ritenuta idoneità della struttura interna a svolgere il servizio con la conseguente possibilità per l'amministrazione di conseguire un rilevante risparmio di risorse finanziarie.

2.2 Venendo ora alle modalità con le quali tale potere doveva essere esercitato occorre in primo luogo respingere la tesi della ricorrente secondo la quale vi sarebbe stata un'aggiudicazione che sarebbe divenuta definitiva a suo favore a seguito del decorso del termine per l'approvazione di quella provvisoria ai sensi dell'art. 11 del Codice dei contratti: il che integrerebbe una tutela rafforzata connessa all'affidamento costituito dal provvedimento di aggiudicazione definitiva.

La giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. III, 16/10/2012, n. 5282) ha, infatti, affermato che il silente decorso del termine di trenta giorni previsto dall'art. 12 del Codice dei contratti comporta soltanto l'approvazione tacita dell'aggiudicazione provvisoria, ma non la trasforma nell'aggiudicazione definitiva e dunque nell'atto conclusivo del procedimento di gara, che dà l'avvio alla successiva fase contrattuale, salvo l'esercizio del potere di autotutela.

Ne consegue che il secondo motivo del ricorso principale è infondato in quanto nessun obbligo di preventiva comunicazione di avvio del procedimento o di comparazione con gli interessi dell'aggiudicatario gravava sull'amministrazione in considerazione della condizione di aggiudicatario provvisorio della ricorrente.

Tuttavia l'aggiudicatario provvisorio non resta privo di tutela, ove si consideri che con riferimento all'esercizio del potere di rifiuto di aggiudicazione la giurisprudenza ha affermato che "ove in capo ai concorrenti non si sia consolidata alcuna situazione giuridica - come nel caso in cui non sia stato ancora esercitato il potere di approvazione oppure non vi sia stata un'aggiudicazione provvisoria ovvero a questa consegua l'onere di provare il possesso di determinati requisiti - non v'è uno specifico onere di motivazione circa le ragioni di pubblico interesse che hanno mosso l'Amministrazione, essendo sufficiente che sia reso palese il ragionamento seguito per giungere alla determinazione negativa, attraverso l'indicazione degli elementi concreti ed obiettivi, in base ai quali si è ritenuto di non procedere all'aggiudicazione" (Cons. Stato, Sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2838; Cons. Stato, Sez. VI, 18 novembre 1994, n. 1670; id., Sez. IV, 12 settembre 2000, n. 4822).

2.3 Venendo, quindi, all'esame degli elementi forniti dall'amministrazione in base ai quali si è ritenuto di non procedere all'aggiudicazione, la cui insufficienza è stata contestata con il primo motivo, è nella specie dirimente l'idoneità o meno della struttura interna a garantire il servizio con il risparmio di spesa ipotizzato rispetto all'offerta di *global service* prospettata dalla ricorrente, che giustificerebbe il rifiuto di conclusione del procedimento di gara.

In merito all'autosufficienza della struttura interna a svolgere il servizio deve essere immediatamente rilevato che, a distanza di circa 10 mesi dalla revoca della gara precedente, la stazione appaltante ha provveduto ad indire tre gare per l'affidamento con procedura negoziata degli appalti di manutenzione di parte delle apparecchiature che formavano oggetto della precedente gara. La scelta della procedura negoziata è stata giustificata dall'amministrazione con la necessità di rispettare i diritti di esclusiva sulla manutenzione di queste macchine a favore delle ditte produttrici, le quali sarebbero le uniche in grado di espletare tale servizio.

E' chiaro, tuttavia, che così facendo l'Azienda ha reso palese che la struttura interna non era stata in grado di svolgere il servizio, in chiara contraddizione con quanto in precedenza affermato nella motivazione della revoca della gara avente ad oggetto una prestazione di *global service* e dunque a spettro più esteso rispetto a quello affidato al ridetto Settore interno.

Tale conclusione trova puntuale conferma nella valutazione economica posta a fondamento della revoca.: nella

memoria dell'amministrazione depositata in data 7.3.2011 (pagg. 8 e 9) risulta, infatti, che l'offerta presentata dalla ricorrente, che è al ribasso rispetto alla base di gara, è sensibilmente più conveniente rispetto al costo del servizio garantito dal Settore Ingegneria Clinica, tenendo in ciò conto anche delle macchine che non rientrano nell'appalto. Tale valutazione contrasta, quindi, con quella posta a base della gara, atteso che, con atto n. 456 del 7.4.2011 (doc. 23 della stazione appaltante), successivo alla revoca, è stato espressamente dichiarato che quella stima effettuata in sede di indizione della gara era errata.

Ma anche la nuova valutazione di cui al doc. 18 della stazione appaltante, cui si fa del pari riferimento nella memoria dell'amministrazione più sopra richiamata pare altrettanto erronea, ove si ponga a raffronto il costo del contratto del *global service*, pari alla somma di € 368.680,42 per l'anno 2010 e ritenuto troppo costoso rispetto alle esistenti disponibilità finanziarie dell'Azienda, con quello per l'affidamento delle apparecchiature Siemens, Maquet e Draeger, che ammonta per un solo anno ad € 473.000,00, IVA esclusa.

A tale stregua il giudizio finalizzato al conseguimento di maggiori economie, così come posto a fondamento della revoca, appare dunque erroneo: dal che consegue l'accoglimento del primo motivo del ricorso introduttivo.

3. Venendo ora al primo ricorso per motivi aggiunti deve affermarsi che esso è conseguentemente fondato, comportando l'avvenuto accoglimento del ricorso principale la caducazione automatica del diniego di autotutela.

Quanto al successivo rilievo pertinente le contraddizioni tra la deliberazione n. 519/2009, dalla quale emergono le ragioni che giustificavano l'indizione di una gara per l'affidamento in *global service* e quella successiva di revoca della gara sulla base di opposta motivazione occorre rilevare che la stazione appaltante ha già riconosciuto con la nota dell'Area acquisti dell'Azienda ospedaliera prot. n. 456 del 7.4.2011 l'erroneità delle valutazioni contenute nella deliberazione n. 519/2009, con la conseguenza che il difetto di istruttoria ed il contrasto tra diverse manifestazioni di volontà aventi lo stesso oggetto possono essere assorbiti.

4. Prima di passare all'esame del secondo ricorso per motivi aggiunti, occorre disattendere le eccezioni processuali sollevate nei confronti del terzo ricorso per motivi aggiunti. Infatti qualora risultasse l'inammissibilità o l'irricevibilità del ricorso proposto contro l'aggiudicazione delle gare aggiudicate a valle della revoca del *global service*, il ricorrente non avrebbe alcun interesse all'esame del ricorso proposto contro i relativi atti di indizione.

4.1 In primo luogo deve essere rilevato che l'eccezione di tardività sollevata è infondata, in quanto non è stata data prova in giudizio dell'avvenuta conoscenza degli atti di aggiudicazione, privi di qualsiasi forma di pubblicità e depositati in giudizio dalla stazione appaltante soltanto in data 20 giugno 2012, da parte della parte ricorrente.

In ogni caso il Collegio si richiama a quel risalente indirizzo della giurisprudenza sulla base del quale non può ritenersi acquisita la conoscenza piena del provvedimento amministrativo lesivo, quando questa avvenga nel corso del processo da parte del difensore, occorrendo che la conoscenza piena sia acquisita personalmente dal soggetto interessato (Cons. St., Sez.IV, 7 settembre 2000 n.4725; TAR Abruzzo - Pescara, 28 giugno 2002 n. 595).

In relazione a ciò debbono ritenersi superate le eccezioni di tardività dell'impugnazione degli atti di aggiudicazione fondate sulla prospettazione della scadenza dei termini proposta dalla difesa della ricorrente.

4.2 Anche l'eccezione di improcedibilità del ricorso con riferimento alle apparecchiature Siemens "ad alta tecnologia" già escluse dal precedente *global service* e più in generale anche per le prestazioni non ad alta tecnologia stante il carattere inscindibile della prestazione è infondata: l'impugnazione della ricorrente ha invero per oggetto esclusivamente quei contratti che avevano formato oggetto della gara per l'affidamento del *global service* e corrispondenti all'allegato n. 5 del capitolato tecnico della gara revocata. L'interesse della ricorrente è infatti quello di ottenere soddisfazione in merito alla gara revocata e quindi l'impugnazione delle gare indette a valle è limitata alle prestazioni che hanno formato oggetto di successivo affidamento.

4.3 Anche l'eccezione di conflitto di interesse nei confronti della gara aggiudicata a Siemens, già parte dell'a.t.i.

ricorrente, è infondata in quanto a seguito dell'impugnazione dell'aggiudicazione questa non si è costituita, dimostrando così di non avere alcun interesse a mantenere l'aggiudicazione in contrasto con l'interesse della ricorrente.

E' quindi possibile passare all'esame del secondo ricorso per motivi aggiunti, diretto nei confronti degli atti di indizione delle gare successive al rifiuto di aggiudicare il global service in quanto non sussistono impedimenti processuali all'esame del successivo ricorso diretto nei confronti degli atti di aggiudicazione.

5. Venendo al merito, il primo motivo è infondato in quanto l'annullamento della prima gara non comporta l'automatica caducazione degli atti di quella successiva che l'amministrazione abbia nel frattempo bandito con riferimento al medesimo servizio o a parte di esso. Infatti l'amministrazione ha il potere -dovere nel corso del giudizio di predisporre tutti gli atti che siano necessari per la soddisfazione dell'interesse pubblico che essa persegue in mancanza di un atto di sospensione del rifiuto di aggiudicazione.

5.2 Deve essere al contrario condiviso il secondo motivo nella parte in cui è stato contestato il mancato invito della ricorrente alla nuova gara.

La ricorrente, infatti, che aveva partecipato alla precedente procedura per l'affidamento di tutti o di rilevante parte dei servizi che hanno formato oggetto delle tre procedure negoziate, era già stata ritenuta idonea allo svolgimento di tali servizi, anche perché partecipava in a.t.i. insieme ad altre imprese, tra le quali alcune, quali la Siemens, proprietaria di alcune delle macchine in questione.

E' chiaro, quindi, che la stazione appaltante ha precluso la partecipazione alle gare ad un raggruppamento di imprese, pur avendo agli atti la prova che la manutenzione dei macchinari in questione ben poteva essere affidata al r.t.i. di cui la ricorrente era mandante e non soltanto alle imprese invitate alle procedure negoziate in considerazione dei presunti diritti esclusivi che vantavano sulla manutenzione dei macchinari .

Ne consegue che la scelta della stazione appaltante di invitare solo le ditte produttrici dei macchinari costituisce un'indebita limitazione della concorrenza per abusiva applicazione dell'art. 57, comma 2 lettera b) del Codice dei contratti, con assorbimento del correlato motivo con cui è stato denunciato l'arbitrario frazionamento degli appalti.

6. L'accoglimento del secondo ricorso per motivi aggiunti comporta l'accoglimento anche del terzo ricorso per motivi aggiunti in quanto il mancato invito della ricorrente invalida tutta la gara ed i successivi atti di aggiudicazione.

Venendo ora agli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto deve essere posto in evidenza che, ai sensi dell'art. 121, comma 1 lettera b) del Codice del processo amministrativo, l'annullamento dell'aggiudicazione comporta anche l'inefficacia del contratto, quando l'aggiudicazione definitiva sia avvenuta senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti con l'omissione della pubblicità del bando o dell'avviso di gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana.

Non sussistono neppure i presupposti previsti dal comma 2 della norma in questione per mantenere l'efficacia del contratto, quando la stazione appaltante abbia già in passato esercitato tali servizi in economia, dimostrando così che non sussistono motivi imperativi che impongano di mantenere l'efficacia dei contratti stipulati.

Sulla scorta delle argomentazioni che precedono l'annullamento del diniego di aggiudicazione del *global service* alla ricorrente, l'annullamento delle procedure di gara indette dall'amministrazione a valle della revoca della gara originaria e la dichiarazione di inefficacia dei relativi contratti permettono al giudice di riconoscere l'obbligo della stazione appaltante di aggiudicare definitivamente il contratto alla ricorrente, in conformità alla domanda avanzata nell'atto introduttivo e reiterata in quelli con i motivi aggiunti, che diventerà efficace soltanto a seguito dei controlli previsti ai sensi dell'art. 11 del Codice dei contratti.

L'accoglimento della domanda di ristoro in forma specifica comporta la reiezione della domanda di risarcimento

per equivalente.

Il riconoscimento dell'illegittimità degli atti adottati dalla stazione appaltante comporta la reiezione della domanda di indennizzo proposta in subordine.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I) definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, li accoglie nei limiti di cui in motivazione e per l'effetto annulla gli atti impugnati e dichiara inefficaci i contratti stipulati. Dichiarata l'obbligo dell'amministrazione di provvedere all'aggiudicazione definitiva a favore della ricorrente. Respinge la domanda risarcitoria e la domanda di pagamento di un indennizzo per atto lecito.

Condanna la stazione appaltante al pagamento delle spese processuali a favore della ricorrente, che liquida in € 25.000,00, oltre IVA e CPA. Pone a carico della medesima la rifusione del contributo unificato pertinente i quattro ricorsi.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Alberto Di Mario, Primo Referendario, Estensore

Roberto Lombardi, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/11/2012

IL SEGRETARIO

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