



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 1054/2013 RG, proposto dalla Philips s.p.a., corrente in Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Todarello e Giuseppe Fuda, con domicilio eletto in Roma, via Flaminia n. 357, presso lo studio dell' avv. Zampini,

contro

Azienda ospedaliera di Cosenza, in persona del Direttore generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Siciliano, con domicilio eletto in Roma, p.za Capo di Ferro n. 13, presso la Segreteria di questo Consiglio di Stato;

nei confronti di

Siemens s.p.a. a socio unico, corrente in Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e n. q. di capogruppo mandataria con la Ignazio Alì s.p.a., corrente in Gravina di Catania (CT), controinteressata, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Bonatti e Raffaele Izzo, con domicilio eletto in Roma, lungotevere Marzio n. 3,

per la riforma

della sentenza del TAR Calabria – Catanzaro, sez. II, n. 52/2013, resa tra le parti e concernente l'affidamento della fornitura di un impianto angiografico per diagnostica e per le procedure interventistiche cardiologiche e neuro-radiologiche;
Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimato;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, c. 10, c.p.a.;
Relatore all'udienza pubblica del 17 maggio 2013 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi altresì, per le parti, gli avvocati Fuda, Siciliano e Bonatti;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – Con bando pubblicato nella GU del 30 aprile 2012, l'Azienda ospedaliera di Cosenza ha indetto una procedura aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la fornitura, da effettuare presso lo stabilimento ospedaliero dell'Annunziata di Cosenza, di un impianto angiografico per diagnostica e per procedure interventistiche cardiologiche e neuro - radiologiche, per un importo a base d'asta pari a € 1.461.671,75, IVA inclusa.

A tal gara, ha inteso partecipare, tra le altre imprese, pure la Philips s.p.a., corrente in Milano, che ha proposto rituale offerta. In esito alla gara stessa, il 13 agosto 2012 l'Azienda ha comunicato a detta Società l'avvenuta aggiudicazione provvisoria a favore della costituenda ATI tra la Siemens s.p.a. a socio unico, corrente in Milano (capogruppo mandataria) e la Ignazio Ali s.p.a., corrente in Gravina di Catania (mandante). In particolare, detta Società s'è collocata al secondo posto della graduatoria di merito, con punti 89,90, a fronte dei punti 92,21 ottenuti dalla costituenda ATI.

La Philips s.p.a., reputando che tal comunicazione fosse ad una vera e propria aggiudicazione, ha chiesto allora d'accedere agli atti della gara, dalla stazione appaltante poi ammessa solo nella forma della presa visione. In siffatto contesto, la Philips s.p.a. ha appurato che l'ATI Siemens s.p.a. non aveva prestato la garanzia *Full-risk* per la durata di 24 mesi, prevista dalla *lex specialis*.

2. – Dal che il ricorso notificato il 15 ottobre 2012, con cui la Philips s.p.a. ha adito il TAR Calabria - Catanzaro, colà impugnando gli atti della procedura di gara. Essendo nel frattempo intervenuta, in forza della delibera del Direttore generale n. 820 del 3 agosto 2012, l'aggiudicazione definitiva di tal fornitura, detta Società l'ha poi impugnata con i motivi aggiunti notificati il 14 dicembre 2012.

Con sentenza semplificata n. 52 dell'11 gennaio 2013 ed accolta l'eccezione preliminare delle parti intime, l'adito TAR ha dichiarato tardivo il ricorso della Philips s.p.a., stante l'art. 10 del disciplinare di gara per cui «... *la comunicazione di cui all'art. 11, comma 10 d. lgs. 163/06 si intende effettuata ad ogni effetto di legge mediante pubblicazione del relativo provvedimento sull'albo pretorio di quest'Azienda e sul sito internet...*».

Dal che il presente appello, con cui la Philips s.p.a. anzitutto contesta l'erronea declaratoria, da parte della sentenza, della tardività del ricorso di primo grado e, quindi, fa riemergere le censure assorbite in quella sede. Resiste in giudizio l'Azienda ospedaliera intimata, la quale conclude per il rigetto del presente appello. S'è costituita nel presente giudizio pure l'ATI Siemens, concludendo per la correttezza dell'impugnata sentenza e per l'infondatezza dell'appello nel merito.

Alla pubblica udienza del 17 maggio 2013, su conforme richiesta delle parti, il ricorso in epigrafe è assunto in decisione dal Collegio.

3. – Non sussiste l'irricevibilità dell'atto per motivi aggiunti in primo grado, eccepita dalle parti resistenti e fatta propria dal TAR sul presupposto che il relativo atto è stato notificato il 14 dicembre 2012, ben oltre, cioè, il termine di trenta

giorni dalla piena conoscenza della delibera n. 820/2012, pubblicata il precedente 20 agosto all'albo pretorio e sul sito internet dell'Azienda intimata.

S'è già detto, sul punto, dell'art. 10 del disciplinare di gara, in virtù del quale la comunicazione ex art. 10, c. 11 del Dlg 12 aprile 2006 n. 163, ossia quella di cui al successivo art. 79, c. 5 e che concerne pure l'aggiudicazione definitiva.

Tal disposizione della *lex specialis* ha appunto previsto le due citate forme di pubblicazione della comunicazione ex art. 79, c. 5, lett. a), dunque in deroga alle modalità all'uopo poste dal successivo c. 5-bis. Per quest'aspetto, ritenuto dirimente dal TAR ai fini della (non) tempestività dei citati motivi aggiunti, non sfugge al Collegio il principio (cfr., per tutti, Cons. St., V, 14 maggio 2013 n. 2614) per cui la piena conoscenza della motivazione di uno degli atti impugnabili ai sensi e nel termine ex art. 120 c.p.a. implica la decorrenza di quest'ultimo a prescindere dall'invio della formale comunicazione indicata nell'art. 79, c. 5 del Dlg 163/2006. Ciò in quanto il medesimo art. 120, c. 5 non prevede forme di comunicazione esclusive e tassative, di talché non incide sulle regole generali del processo amministrativo, con particolar riguardo al caso di piena conoscenza avvenuta *aliunde* o in forme diverse da quelle di cui al citato art. 79.

Senonché tal principio non opera certamente per quanto attiene alla pubblicazione della delibera n. 820/2012 all'albo pretorio dell'Azienda, giacché tal pubblicità, di per sé sola, non è idonea, nel sistema previsto dal ripetuto art. 79, c. 5, a determinare la decorrenza del termine d'impugnazione.

Infatti, se ad esso non s'accompagna la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva a tutti gli interessati secondo la regola di cui al successivo c. 5-bis, non opera il termine d'impugnazione di trenta giorni ex art. 120, c. 5, c.p.a. In tal caso, si deve far riferimento al precedente c. 2, secondo il quale il termine decorre dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso ex artt. 65 e 225 del Dlg 163/2006 o è pari a sei mesi dalla stipulazione del contratto (arg. ex Cons. St., V,

28 febbraio 2013 n. 1204). Infatti, il termine d'impugnazione ex art. 120, c. 5 può decorrere solo dalla ricezione della comunicazione di cui al ripetuto art. 79, c. 5, lett. a), sempre che sia accompagnata dal provvedimento lesivo e dalla sua motivazione e tranne che non si dimostri la piena conoscenza anteriore della motivazione dell'atto in forza del quale v'è tal aggiudicazione.

Né si può ammettere, come nella specie, una rilevanza indiscriminata di mezzi sostitutivi, ancorché previsti nel disciplinare di gara e quali strumenti per preconstituire la dimostrazione della piena conoscenza. Ogni automatismo, come quello che propugna il TAR sulla scorta dell'art. 10 del disciplinare, tende a determinare se non l'aperta violazione, una grave sottovalutazione del fondamentale diritto di difesa ex art. 24 Cost. e della concreta e seria possibilità di accesso ai mezzi di tutela, tanto più se si considera il dimezzamento del termine di impugnazione in materia di gare pubbliche.

Sicché non è corretto predicare nel caso in esame una piena conoscenza formatasi, in capo all'appellante, prescindendo dalle modalità indicate nel ripetuto art. 79 e solo in base a mezzi di pubblicità lasciati alla mera discrezione della stazione appaltante. Non è dubbio che la dir. n. 18/2004/CE, nel disciplinare l'accesso alla tutela negli appalti pubblici, dà pari dignità alle forme di pubblicità elettroniche e che l'art. 79, c. 5-bis prevede la possibilità di forme alternative alla posta raccomandata, se esse sono autorizzate dall'interessato. Al riguardo, però, non giova affermare che l'appellante avrebbe liberamente assentito all'art. 10 del disciplinare, ché la relativa clausola non è stata contrattata tra le parti ma è unilateralmente imposta da detto provvedimento, onde l'appellante è stata tenuta ad accettarla in blocco con tutte le altre disposizioni di gara. Né basta: poiché detta clausola così rimodula il *dies a quo* d'un termine di decadenza, rende assai gravoso al privato l'esercizio del diritto di difesa, per cui va interpretata in base all'art. 2965 c.c. a favore del non predisponente e dell'interesse generale dell'ordinamento e per

ragioni d'ordine pubblico circa la massima concreta trasparenza nelle procedure di gara ed al fine di meglio favorire l'ordinato accesso alle predette forme di tutela.

4. – Nel merito, l'appello è infondato e va disatteso, per le ragioni qui di seguito indicate.

Non coglie nel segno la doglianza per cui l'ATI Siemens s.p.a. non avrebbe prestato la garanzia *Full-risk* per la durata di almeno 24 mesi, come indicato nella *lex specialis*. Ora, l'indicazione di tal durata a soli 365 giorni è sì presente nelle condizioni generali della fornitura, ma detta ATI l'ha poi estesa al termine biennale e senza limiti nel questionario tecnico dell'offerta. Tal documento, ad onta del nome, in realtà costituisce parte integrante e necessaria dell'offerta e parimenti essenziale, tanto da esser previsto a pena da esclusione, ai fini della valutazione complessiva di questa. Sicché il giudizio sulla completezza e congruità della garanzia va condotta leggendo unitariamente l'offerta e non solo un'indicazione, altrimenti smentita nel corpo di quest'ultima. Né maggior pregio ha poi la censura sull'insufficienza della garanzia biennale per il tubo radiogeno MEGALIT CAT Plus, in quanto limitato a soli UC 250.000, perché non è chiara la prospettazione dell'appellante in ordine a tal pretesa insufficienza rispetto al funzionamento ed alla vita operativa del tubo stesso.

L'appellante afferma altresì che, pur se si volesse leggere tal garanzia come estesa a 24 mesi, essa comunque andrebbe aumentata di € 50.000,00, finendo così per superare l'importo massimo della offerta economica (€ 1.461.671,75) stabilito dall'art. 2 del disciplinare. Anche tale doglianza non appare condivisibile, in quanto, a ben vedere, la somma di € 50.000,00 più IVA esprime non già il valore della garanzia biennale, bensì il prezzo del servizio aggiuntivo (e facoltativo) d'estensione di quest'ultima oltre il 24° mese, servizio al quale appunto si può accedere a tal condizione.

5. – Neppure convince la censura dell'appellante sul mancato scorporo, in sede d'offerta economica, degli oneri di sicurezza per rischio specifico, a suo avviso sempre necessario, anche quando la *lex specialis* non lo preveda espressamente.

Secondo l'appellante, all'uopo citando giurisprudenza di questa Sezione, di tali oneri l'ordinamento prevede comunque l'indicazione di siffatti oneri con norma immediatamente precettiva e tale da eterointegrare ogni diversa regolazione della gara. Detti oneri costituiscono un elemento essenziale dell'offerta, onde l'omessa loro indicazione è vicenda che non sfugge all'elenco delle cause specifiche di esclusione ai sensi dell'art. 46, c. 1-bis del Dlg 163/2006. Se lo scorporo specifico è necessario allo scopo di consentire l'esatta valutazione della congruità dell'offerta, l'indicazione degli oneri stessi non sembra avere, per gli appalti di servizi e di forniture qual è quello in esame, un disciplina simile a quello in tema di ll.pp. —per i quali vige la norma *ad hoc* contenuta nell'art. 131 del Dlg 163/2006—, fermo restando che sul punto non v'è una giurisprudenza univoca di questo Consiglio (cfr. Cons. St., VI, 20 settembre 2012 n. 4999; *contra*, id., III, 28 agosto 2012 n. 4622). Pare invece al Collegio che, quando si tratti di appalti diversi dai ll.pp. e non vi sia una comminatoria espressa d'esclusione ove sia omesso detto scorporo matematico degli oneri stessi, il relativo costo, appunto perché coessenziale e consustanziale al prezzo offerto, rileva proprio ai soli fini dell'anomalia di quest'ultimo, nel senso che, per scelta della stazione appaltante (da interpretare sempre a favore del non predisponente), il momento di valutazione degli oneri stessi non è eliso, ma è posticipato al sub-procedimento di verifica della congruità dell'offerta nel suo complesso.

È solo da precisare che, se gli oneri *de quibus* sono incorporati nel prezzo e non si fornisce alcun serio principio di prova dell'anomalia dell'offerta complessiva, quella dell'ATI Siemens, pari a soli € 1.237.683,65 oltre IVA, non supera il citato importo massimo di cui all'art. 2 del disciplinare.

Deduce ancora l'appellante che non vi sia stata la sottoscrizione degli elaborati progettuali dell'ATI Siemens. Questi ultimi, invece, sono stati sì sottoscritti dall'ing. Stefano Ali, legale rappresentante della mandante Ignazio Ali s.p.a., ma anche come ingegnere progettista iscritto al relativo Ordine, giusta quanto a suo tempo comunicato alla stazione appaltante. Né è perspicuo a quali elaborati fa riferimento l'appellante, se si considera che l'oggetto dell'appalto in esame è la fornitura di un apparecchio angiografico, con correlati, ma limitati lavori di installazione e di distribuzione (cfr. le pagg. 21/23 del capitolato speciale). A tal riguardo, l'ATI Siemens ha proposto una documentazione tecnica volta ad illustrare le caratteristiche sia dell'apparecchiatura, sia dell'organizzazione di lavori e spazi, da recepire, insieme alle testé citate prescrizioni del CSA, nel progetto esecutivo da redigere a seguito dell'aggiudicazione.

Si duole infine l'appellante di varie irregolarità e manchevolezze nel progetto dell'ATI Siemens, in particolare per quanto inoltre attiene alle reti aeruliche, all'impianto di condizionamento, a quello elettrogeno ed al punto di allaccio dei fluidi caldi.

Sul punto, rettamente le parti resistenti precisano che le descrizioni tecniche contenute nelle pagg. 22 e ss. del CSA sono non già norme tecniche, ma solo linee-guida per la redazione del progetto esecutivo, come s'è detto successiva all'aggiudicazione e soggetta ad approvazione dell'Azienda intimata. Sicché si deve condividere l'eccezione di merito delle resistenti stesse, laddove contestano l'esistenza d'un obbligo, a pena d'esclusione, di stretto adeguamento, fin dal computo metrico estimativo, alle citate linee-guida. Infatti, per il CSA richiede un numero minimo di ricambi dei volumi d'aria per le sale di cardiologie, elettrofisiologia, preparazione e comando e controlli e non anche per le altre, così come il preteso sottodimensionamento del gruppo elettrogeno è più una petizione di principio che un'esatta valutazione commisurata ai consumi presunti. Tant'è che

la stazione appaltante ha precisato la sola (e, per vero, intuitiva) necessità dell'adeguatezza del gruppo elettrogeno per tutte le esigenze del reparto, con l'indicazione, anche per la seconda sala d'interventistica, pari a kVA 160. Quanto agli armadi Rack, il CSA li indica, ma non prescrive un progetto di massima per la loro allocazione, onde non v'è un obbligo di indicarli o prevederli in offerta, essendo tali strutture stabilite solo per il collegamento di tutti i punti di rete dislocati nel piano, dell'archivio informatico e del futuro collegamento al *data – base* generale dell'Ospedale.

6. – In definitiva, l'appello va respinto nel merito, donde la conferma, ma con diversa motivazione, della sentenza impugnata. Giusti motivi suggeriscono la compensazione integrale delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. III), definitivamente pronunciando sull'appello (ricorso n. 1054/2013 RG in epigrafe), lo respinge e conferma con diversa motivazione la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 17 maggio 2013, con l'intervento dei sigg. Magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Roberto Capuzzi, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/10/2013

IL SEGRETARIO

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