

Pubblicato il 17/08/2021

N. 05895/2021REG.PROV.COLL.

N. 00722/2021 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 722 del 2021, proposto da

Canon Medical Systems S.r.l. A Socio Unico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Valentina Lipari, Valentino Vulpetti, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio eletto presso lo studio Lipari Valentina in Roma, via Sabotino 2/A;

contro

Azienda Socio Sanitaria Territoriale dei Sette Laghi, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta 142;

Regione Lombardia - Azienda Socio Sanitaria Territoriale (Asst) Lariana non costituita in giudizio;

nei confronti

Crs Impianti S.r.l. in proprio e quale Mandante del Rti, Ruggeri Costruzioni Civili e Ospedalieri S.r.l. in Liquidazione in proprio e quale Mandante del Rti non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda) n. 1985/2020, resa tra le parti, del 23 ottobre 2020, non notificata, concernente per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della determina dirigenziale n. 488 del 6 aprile 2020 con la quale è stata disposta l'aggiudicazione della procedura aperta in forma aggregata tra l'ASST dei Sette Laghi e l'ASST Lariana espletata mediante l'utilizzo della piattaforma informativa regionale SINTEL per l'affidamento della fornitura completa di contratto di manutenzione full risk della durata di anni 7, di n. 2 tomografi assiali computerizzati (CIG 7563696F61);
 - del provvedimento ASST Sette Laghi del 9 aprile 2020 con il quale è stata comunicata l'aggiudicazione definitiva in favore del RTI Philips – Ruggeri;
 - della determina n. 533 del 20 aprile 2020 con la quale è stato tra l'altro autorizzato il subentro della CRS Impianti s.r.l. in sostituzione della mandante Ruggeri Costruzioni Civili e Ospedaliere s.r.l. in concordato preventivo;
 - dei verbali di gara tutti in parte qua e di ogni atto attraverso cui la Commissione ha assegnato alle offerte tecniche dei partecipanti i punti indicati nei verbali e nel provvedimento di aggiudicazione definitiva;
 - di ogni provvedimento, verbale e/o atto attraverso cui la stazione appaltante, la Commissione di gara e/o ogni altro organo della stazione appaltante hanno disposto l'ammissione dal RTI Philips alla gara;
 - di ogni provvedimento, verbale e/o atto attraverso cui la stazione appaltante, la Commissione di gara e/o ogni altro organo della stazione appaltante hanno ritenuto idonea e conforme alla lex specialis l'offerta presentata dal RTI Philips;
 - della deliberazione del Direttore Generale n. 1405 del 3 dicembre 2018 in parte qua;
 - del bando, del disciplinare e del capitolato in parte qua;
 - nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti.
- nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con l'impresa aggiudicataria e per la conseguente condanna a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente monetario nella misura che sarà determinata in corso di causa;
- per quanto riguarda l'appello incidentale presentato da Philips S.p.A. A Socio Unico in proprio e quale Capogruppo Mandataria del RTI il 22 febbraio 2021:
- nella parte in cui i primi giudici hanno decretato l'improcedibilità del ricorso incidentale proposto da Philips S.p.A., stante il rigetto del ricorso principale proposto da Canon Medical Systems S.r.l.,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'art. 6, comma 1, lett. e) del d.l. 1 aprile 2021 n. 44, con il quale è stato prorogato il regime per lo svolgimento delle udienze da remoto fino alla data del 31 luglio 2021;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale dei Sette Laghi;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di ed il ricorso incidentale proposto dalla ricorrente incidentale Philips S.p.A. A Socio Unico in proprio e quale Capogruppo Mandataria del Rti;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza con modalità da remoto del giorno 17 giugno 2021 il Cons. Solveig Cogliani e uditi per le parti gli Avvocati come da verbale d'udienza;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - Il giudizio in esame attiene alla procedura aperta in forma aggregata tra l'ASST dei Sette Laghi e l'ASST Lariana, avente ad oggetto l'affidamento della "fornitura, completa di contratto di manutenzione full risk della durata di anni 7, di n. 2 Tomografi Assiali Computerizzati, per l'importo complessivo di euro 3.100.000,00 oltre Iva" (CIG n. 7563696F61).

Il criterio di aggiudicazione previsto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo la ponderazione:

- Punteggio Tecnico: 70 punti
- Punteggio Economico: 30 punti.

Con nota del 9 aprile 2020 l'ASST appellata comunicava l'aggiudicazione della fornitura oggetto di causa in favore del R.T.I. con Philips S.p.A. mandataria, disposta con determinazione Dirigenziale n. 488 del 6 aprile 2020. Successivamente, con deliberazione n. 553 del 20 aprile 2020 l'ASST dei Sette Laghi confermava l'aggiudicazione intervenuta in data 6 aprile 2020, dando atto che il soggetto aggiudicatario della fornitura delle n. 2 TAC era il RTI Philips Spa/CRS Impianti Srl, a seguito di autorizzazione al subentro della CRS Impianti S.r.l. nella medesima posizione giuridica della mandante originaria del RTI concorrente Ruggeri Costruzioni Civili e Ospedaliere S.r.l..

Canon impugnava l'aggiudicazione, unitamente a tutti i verbali di gara, agli atti e ai provvedimenti preordinati, nonché la determina n. 553 del 20 aprile 2020 nella parte in cui autorizzava il subentro di CRS Impianti S.r.l. in sostituzione della mandante Ruggeri Costruzioni Civili e Ospedaliere S.r.l..

Era respinta l'istanza cautelare sia in primo che in secondo grado.

Il Tribunale di primo grado respingeva il ricorso.

In ordine al primo motivo di ricorso, diretto a rilevare l'inammissibilità dell'offerta del RTI Philips – Ruggeri Costruzioni in conseguenza della perdita sin dal luglio 2019 dei requisiti generali di partecipazione della mandante Ruggeri Costruzioni (sottoposta a liquidazione ed a concordato preventivo), il TAR riteneva "tempestiva" la richiesta datata 18 febbraio 2020, con la quale Philips domandava il subentro di altra mandante (CRS Impianti) e legittima la scelta della stazione appaltante di aggiudicare la gara prima al RTI Philips con mandante la Ruggeri Costruzioni (determina dirigenziale n. 488 del 6 aprile 2020) e dopo al RTI Philips con la mandante subentrante CRS Impianti (deliberazione n. 544 del 20 aprile 2020).

Il TAR respingeva, poi, il secondo, il terzo e il quarto motivo di ricorso diretti a rilevare l'inammissibilità di due modelli diversi di TAC da parte del medesimo concorrente RTI Philips asserendo che:

- I) la normativa di gara non richiederebbe l'offerta di un medesimo prodotto, ma si limiterebbe a indicare le caratteristiche minime necessarie del prodotto offerto;
- II) Canon non avrebbe dimostrato la sussistenza di sostanziali differenze tra i due modelli TAC offerti dal RTI Philips, le cui caratteristiche tecniche sarebbero invece conformi ai requisiti minimi;
- III) la stessa Canon avrebbe offerto due diversi modelli di TAC.

Quanto al quinto motivo di ricorso, il giudice di primo grado riteneva, dunque, l'offerta del RTI Philips conforme alla normativa di gara (ai sensi dell'art. 5 del CSA), da interpretarsi nel senso che la base d'asta non poteva essere superata nel totale e nelle voci a+b riferite a ciascuna ASST e non, singolarmente, nella voce "b" per opere edili.

In ordine al sesto motivo, diretto a rilevare la non conformità dell'offerta economica PHILIPS rispetto alle tassative previsioni degli artt. 16 e 17 del CSA (che prescrivevano di dettagliare il prezzo delle singole componenti dell'offerta economica, ossia apparecchiatura base e accessori come da allegato C alla normativa di gara), il TAR concludeva per l'infondatezza della censura, affermando, altresì, che l'eventuale violazione della lex specialis sul punto non sarebbe stata comunque da sanzionare con l'esclusione.

Anche il settimo motivo, con il quale Canon aveva censurato l'operato della Commissione di gara per aver asseritamente introdotto un criterio di valutazione delle offerte tecniche non previsto dalla normativa di gara, era stato ritenuto infondato: secondo il TAR la Commissione di gara, effettuando una valutazione pesata

sulle differenze tra le due apparecchiature di Philips, avrebbe agito nel rispetto della *lex specialis* che differenzia la fornitura in relazione alla specifica azienda di destinazione.

Per quanto riguarda l'ottavo motivo, diretto a rilevare gli errori di fatto e di valutazione della Commissione di gara nell'attribuire i punteggi all'offerta tecnica Philips con riguardo ai criteri A2 e A5, il TAR ha ritenuto la censura infondata in fatto.

Infine, quanto alla nona censura sull'illegittimità della clausola di adesione, il TAR ha deciso che - posta l'ammissibilità dell'offerta di due TAC tarate in misura differente per ognuna delle aziende sanitarie destinatarie della fornitura - la clausola di adesione sarebbe ritenuta idonea a consentire a ciascuna azienda aderente la scelta del prodotto più confacente alle proprie esigenze e dunque legittima.

L'appellante rivolge molteplici censure agli atti di gara; ed in particolare contesta la violazione del principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione, dell'art. 80 co. 5°, lett. c bis) del d.lgs. 50/2016, l'omessa dichiarazione da parte della mandante Ruggeri Costruzioni Civili e Ospedaliere srl in ordine allo stato di liquidazione volontaria ed alla richiesta ed ammissione a concordato preventivo, la violazione del principio di correttezza di cui all'art. 30 del d.lgs. 50/2016 ed anche l'ammissibilità dell'offerta tecnica del RTI Philips di due modelli diversi di TAC da parte del RTI Philips: ICT 256 e IQon, la violazione dell'art. 3 del CSA e dell'art. 16 del Disciplinare di gara, l'inammissibilità dell'offerta del RTI Philips perché sarebbe duplice e condizionata, la non conformità del modello IQon alle caratteristiche minime indispensabili del Capitolato Speciale, ed ancora l'inammissibilità dell'offerta economica dell'aggiudicatario per superamento della base d'asta delle opere edili.

L'appellante contesta che l'offerta del RTI aggiudicatario sarebbe affetta da vizi tali da compromettere non solo l'affidabilità soggettiva dell'operatore aggiudicatario, ma anche l'idoneità tecnica delle apparecchiature, destinate a svolgere un delicato ruolo nell'ambito dell'attività sanitaria demandata alle Aziende sanitarie e che la mancata sospensione dell'esecutorietà della sentenza appellata rischierebbe di pregiudicare in modo irreparabile l'interesse della appellante, che verrebbe privata della commessa nonostante abbia formulato la migliore offerta.

Deduce i motivi di appello di seguito specificati.

I - Error in procedendo, travisamento di fatto, erroneità contraddittorietà ed illogicità della motivazione sul primo motivo di ricorso: in relazione al difetto del requisito di cui all'art. 80 co. 5° lett. b) del d.lgs. 50/2016 in capo a Ruggeri Costruzioni Civili e Ospedaliere srl, alla violazione del principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione, alla violazione dell'art. 80 cit., all'omessa dichiarazione da parte della mandante dello stato di liquidazione volontaria e della richiesta ed ammissione a concordato preventivo, alla violazione del principio di correttezza di cui all'art. 30 del d.lgs. 50/2016, all'eccesso di potere per ingiustizia grave e manifesta, la disparità di trattamento e manifesta irragionevolezza, difetto di istruttoria e di motivazione, alla violazione e falsa applicazione del Patto di integrità:

II. Erroneità, contraddittorietà, illogicità ed insufficienza della motivazione della sentenza appellata sul secondo, terzo, quarto, quinto e sesto motivo di ricorso, errore nei presupposti di fatto, errore su un punto decisivo della controversia, travisamento di fatto, erroneità ed illogicità della motivazione, difetto di istruttoria, omessa pronuncia in relazione agli asseriti vizi dell'offerta tecnica del RTI Philips, all'inammissibilità dell'offerta del RTI Philips di due modelli diversi di TAC, alla violazione dell'art. 3 del CSA e dell'art. 16 del Disciplinare di gara, all'inammissibilità dell'offerta del RTI Philips perché duplice e condizionata, alla violazione dell'art. 32 c. 4 del d.lgs. 50/2016 e dell'art. 16 del Disciplinare di gara, alla non conformità del modello IQon alle caratteristiche minime indispensabili del Capitolato Speciale, alla violazione dell'art. 3 del Capitolato speciale e dell'art. 68 del d.lgs. 50/2016, l'eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.

III. Vizi dell'offerta economica del RTI Philips, inammissibilità ed illegittimità della medesima offerta e per superamento della base d'asta delle opere edili (voci B dell'imposto a base d'asta), per violazione dell'art. 5 del Capitolato speciale e dell'art. 59 del d.lgs. 50/2016 e del c.d. autovincolo.

IV. Non conformità dell'offerta di Philips e conseguente necessità di esclusione, per omessa compilazione dell'Allegato C contenente il dettaglio dei prezzi unitari e violazione degli artt. 16 e 17 del Disciplinare di gara ed inammissibilità di offerte reticenti e incomplete, violazione dei principi di concorrenza e di par condicio.

V. Error in procedendo, per travisamento di fatto, erroneità, contraddittorietà ed illogicità della motivazione sul sesto motivo di ricorso proposto in via subordinata, relativo ai vizi del procedimento di valutazione delle offerte tecniche, all'illegittimità delle valutazioni delle offerte tecniche per inammissibilità del criterio di valutazione delle offerte tecniche asseritamente non previsto dalla normativa di gara, per violazione dell'art. 95 del d.lgs. 50/2016, per dedotta arbitraria valutazione di offerta eterogenea, avente ad oggetto

apparecchiature diverse, per violazione dei principi di concorrenza, trasparenza e par condicio e illegittimità delle valutazioni della commissione di gara per errore di fatto, illogicità e contraddittorietà.

VI. Error in procedendo sul settimo motivo di ricorso proposto in via ulteriormente subordinata, erroneità, contraddittorietà, illogicità della motivazione.

VII. Riproposizione della domanda di risarcimento del danno.

Si è costituita Philips impugnando, in via subordinata, la sentenza n. 1985/2020, nella parte in cui i primi giudici hanno dichiarato improcedibile per carenza di interesse il ricorso incidentale proposto.

Deduce a riguardo i seguenti motivi di censura.

I - Violazione e falsa applicazione del Capitolato Speciale, eccesso di potere sotto vari profili, difetto di istruttoria, errata valutazione dei documenti presentati dall'attuale appellante, attestanti il possesso dei requisiti tecnici di "di minima", difetto di motivazione, eccesso di potere per irragionevolezza ed erroneità nei presupposti, violazione del principio della par condicio e del giusto procedimento, violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e ss. della l. n. 241 del 1990, poiché Canon avrebbe dovuto essere assolutamente esclusa dalla gara per avere confezionato un'offerta parziale e incompleta. Il C.S.A. disponeva, infatti, che i concorrenti dovessero offrire all'ASST dei Sette Laghi anche il seguente "materiale per il controllo di qualità". Dall'esame dell'offerta tecnica di Canon risulterebbe, tuttavia, che tale concorrente non avrebbe offerto i "N° 2 schermi fluorescenti per la valutazione in tempo reale della posizione e dimensione del fascio radiante, in tutte le tecniche radiologiche", ma solo il multimetro e le lastre piane.

II – I medesimi profili anche perché Canon avrebbe proposto per l'ASST dei Sette Laghi (Varese) una configurazione della TAC completa di una funzionalità diversa e ulteriore non presente sull'apparecchiatura destinata all'ASST Lariana (Como).

Anche l'ulteriore dotazione "COT-49D/GB (SUREXtension)", "5810 (64-BIT) (HP 5810 Long Life PC)" e "RADIFORCE MX191 (1MP Medical Display Monitor)" sarebbe stata offerta solo per la TAC destinata all'ASST dei Sette Laghi di Varese.

Il "pacchetto" di dotazione aggiuntivo offerto da Canon su quest'ultima TAC, configurerebbe un'offerta duplice e/o alternativa.

III – Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, co. 5° lett. c bis) del d.lgs. 50/2016, del CSA, eccesso di potere per vari profili, difetto di istruttoria, errata valutazione dei documenti presentati da Canon, violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e sss. L. n. 241 del 1990. Canon avrebbe dovuto essere esclusa anche in quanto, allo scopo di conseguire un maggior punteggio qualitativo, avrebbe allegato in gara documentazione falsa e/o fuorviante in risposta a uno dei parametri di valutazione delle offerte (sub-criterio A8).

Il capitolato speciale riservava, infatti, l'attribuzione di punti 3 per l'elemento "immagini cliniche per valutazione qualitativa delle immagini" (cfr. sub-criterio "A8"): i concorrenti avrebbero dovuto allegare in gara "immagini cliniche" ottenute con lo specifico modello di TAC offerto.

Tuttavia, per il caso "Coronaro TC 90 bpm" Canon avrebbe prodotto in gara immagini cliniche non ottenute con lo stesso modello di tomografo computerizzato proposto in gara.

Ciò sarebbe anche confermato dalle risultanze della deliberazione dirigenziale n. 1415 del 21 settembre 2016 in cui si legge che l'Amministrazione aggiudicatrice aveva aggiudicato la procedura selettiva a Toshiba Medical Systems S.p.A. (azienda poi acquisita da Canon) che aveva offerto la TAC mod. "Aquilione One Vision Edition".

Ed ancora dall'esame dell'offerta tecnica di Canon si evincerebbe che la stessa avrebbe proposto in gara la TAC mod. "Aquilione One Genesis" con "codice prodotto" "TSX-305A", modello tuttavia immesso in commercio dapprima da Toshiba Medical Systems S.r.l. nel 2016 e poi da Canon nel 2018. Tuttavia, l'iscrizione a "repertorio" sarebbe condizione essenziale per la commerciabilità di una determinata apparecchiatura elettromedicale, sicché le immagini cliniche che Canon avrebbe dovuto allegare alla propria offerta avrebbero dovuto recare data successiva a quella del 9 luglio 2016 (data dell'immissione in commercio dell'"Aquilione One Genesis").

L'ulteriore caso clinico "Addome 4 Fasi BMI 22" allegato in gara da Canon risulterebbe, però, acquisito il 21 ottobre 2015, di talché non potrebbe essere stato ottenuto con il modello di TAC offerto.

Lo stesso per le immagini relative al caso clinico "Coronaro TC Fibrillazione Atriale (BMI 26)".

Né risulterebbe alcuna segnalazione a riguardo da Canon.

Deduce, dunque, che si verterebbe nella fattispecie escludente di cui all'art. 80, co. 5, lett. c) bis, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui la stazione appaltante esclude dalla gara il concorrente che "... abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o

fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”.

IV – Violazione e falsa applicazione del CSA, eccesso di potere sotto vari profili, difetto di istruttoria, errata valutazione dei documenti e violazione degli artt. 3 e ss. l. n. 241 del 1990.

In ogni caso, anche non si volesse accedere alla tesi illustrata nel motivo che precede, la Commissione giudicatrice avrebbe comunque dovuto attribuire alla sua proposta contrattuale punti “0” per il sub- criterio “A8” e non “3” come invece accaduto sulla base di immagini cliniche ricostruite da un modello di apparecchiatura differente rispetto a quello proposto in gara e vieppiù in mancanza di qualsivoglia dichiarazione allegata dal concorrente.

La formulazione del sub-criterio “A8” sarebbe chiarissima nel prevedere che le immagini cliniche dovessero essere “... acquisite in centri sanitari dichiarati” (.

Orbene, di tutte le immagini cliniche prodotte da Canon solamente quelle aventi ad oggetto il caso clinico “Coronaro TC 90 bpm” risulterebbero acquisite in un centro sanitario “dichiarato”, ovvero al “P.O. Iannelli di Cetraro”, tra l’altro con un modello di TAC (mod. “Aquilion One Vision Edition”) differente rispetto a quello offerto (mod. “Aquilion One Genesis”).

V – Violazione e falsa applicazione del CSA, eccesso di potere per vari profili, difetto di istruttoria, errata valutazione dei documenti presentati dalla appellante principale e violazione degli artt. 3 e ss l. n. 241 del 1990 poiché Canon avrebbe proposto in gara una TAC con due diverse configurazioni che offrono funzionalità differenti alla TAC destinata all’ASST dei Sette Laghi, rispetto a quella da installarsi presso l’ASST Lariana.

VI – Violazione e falsa applicazione del CSA, eccesso di potere per vari profili, difetto di istruttoria, errata valutazione dei documenti presentati dalla appellante principale e violazione degli artt. 3 e ss l. n. 241 del 1990, poiché l’ATI Philips aveva inoltre osservato in prime cure che il disciplinare di gara non prevedesse nemmeno un’espressa comminatoria di esclusione per il caso in cui i concorrenti non avessero esposto in offerta economica le voci di costo di ciascun singolo componente delle TAC offerte ma, al contrario, che “... Il valore totale complessivo, al netto di IVA, sarà il solo elemento di valutazione economica al fine dell’aggiudicazione della fornitura”.

VII - Violazione e falsa applicazione del CSA, eccesso di potere sotto vari profili per difetto di istruttoria, errata valutazione dei documenti presentati, violazione degli artt. 3 e ss l. n. 241 del 1990. Espone l’appellante incidentale che con l’ultimo motivo di impugnazione Canon aveva contestato innanzi al T.A.R. Milano la legittimità della clausola di adesione di cui all’art. 7 del C.S.A., nella parte in cui la stessa dispone che nei 24 mesi successivi all’aggiudicazione si sarebbe potuto richiedere all’aggiudicatario di estendere la fornitura anche a una o più delle ASST ivi indicate, alle medesime condizioni contrattuali e sino a un massimo del 400% del valore aggiudicato. L’appellante incidentale aveva tuttavia, replicato che una volta appurato che i due modelli di TAC proposti in gara dall’ATI Philips rispettano le caratteristiche tecniche “essenziali” previste dal Capitolato e che le uniche differenze tra le apparecchiature non erano idonee a impattare sui parametri di valutazione delle offerte, risulterebbe evidente che spetti solo alle ASST beneficiarie scegliere quale modello acquistare, purché ciò avvenga alle medesime condizioni contrattuali di aggiudicazione e sino a un massimo del 400% del valore complessivo netto aggiudicato.

Per come formulata e per quanto sopra osservato la predetta “clausola di adesione” risulterebbe, pertanto, formalmente corretta e affatto “indeterminata” come assume l’appellante.

Di seguito l’appellata si è difesa con memoria ribadendo di aver correttamente informato la stazione appaltante.

L’Amministrazione, costituitasi per resistere, ha evidenziato che è stato stipulato il contratto tra l’ASST appellata e il RTI affidatario e la TAC oggetto di fornitura è stata già definitivamente installata.

Nel dettaglio, ad esito della sottoscrizione del contratto nell’ottobre 2020, l’Azienda ha compiutamente proceduto con la messa in funzione, presa in carico e avvio del nuovo tomografo aggiudicato in data 30 dicembre 2020, con la accettazione del sistema in data 15 gennaio 2021, una volta superato positivamente il collaudo tecnico della nuova apparecchiatura. In data 18 gennaio 2021, in ossequio a quanto contrattualmente previsto, è iniziata la formazione del personale (presso il reparto di Radiologia).

Nella fase cautelare, la causa era rinviata al merito.

Con memoria per l’udienza di discussione l’appellante ha ribadito che la parte appellata controinteressata ha insistito per il rigetto e solo in via subordinata, per l’accoglimento dell’appello incidentale.

L’Amministrazione ha precisato che ad esito della sottoscrizione del contratto nell’ottobre 2020, l’Azienda ha compiutamente proceduto con la messa in funzione, presa in carico e avvio del nuovo tomografo aggiudicato. Ribadisce che l’Azienda resistente sarebbe stata compiutamente resa edotta della situazione

verificatasi in capo al R.T.I. poi risultato aggiudicatario (v. nota datata il 6 febbraio 2020 e caricata da Philips su apposita piattaforma il 18 febbraio 2020),

Sul primo motivo, espone che non sarebbe applicabile nella specie il principio di cui alla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 27 maggio 2021, secondo cui “d) l’art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione, nella fase di gara, del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese, che abbia presentato domanda di concordato in bianco o con riserva a norma dell’art. 161, comma 6, l. fall, e non sia stata utilmente autorizzato dal tribunale fallimentare a partecipare a tale gara, solo se tale sostituzione possa realizzarsi attraverso la mera estromissione del mandante, senza quindi che sia consentita l’aggiunta di un soggetto esterno al raggruppamento”.

Ribadisce la legittimità dell’autorizzazione al subentro della nuova mandante del R.T.I. in corso di gara, l’A.S.S.T. Sette Laghi, in quanto sarebbe in linea con quanto stabilito dai commi 18 e 19 ter dell’art. 48 d.lgs. 50/2016 (che consentirebbero al mandatario, anche in fase di gara, di “indic[are] altro operatore economico subentrante [...] in possesso dei prescritti requisiti di idoneità”), così come interpretati da un ampio - indirizzo giurisprudenziale (ex multis, TAR Toscana-Firenze, Sez. II, 10.2.2021, n. 217; Corte Costituzionale n. 85 del 7 maggio 2020) già richiamato dalla amministrazione in sede cautelare ed in una certa misura valorizzato anche dalla stessa sentenza n. 9 del 2021 dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Afferma che una corretta applicazione dei principi espressi dalla Adunanza Plenaria menzionata – che comunque, atterrebbe ad una fattispecie concreta diversa da quella in esame – non comporterebbe nemmeno l’immediato, automatico ed integrale annullamento della aggiudicazione disposta, bensì la sollecitazione della riedizione del potere amministrativo da parte della stazione appaltante, con mero “arretramento” al relativo segmento procedimentale.

Sul secondo motivo di appello, ribadisce che tutte le contestazioni e controdeduzioni di Canon si sostanzierebbero in indimostrate assunzioni di principio, prive di qualsiasi effettivo riscontro nella legge di gara e/o nella disciplina normativa di riferimento.

Ribadisce che tutti i tomografi offerti in sede di gara risponderebbero puntualmente alla “destinazione d’uso” indicata dal C.S.A., sarebbero, dunque, idonei ad effettuare gli “esami su tutti i distretti corporei, con e senza mezzo di contrasto, di ogni tipologia”, risultando, dunque, l’offerta di Philips conforme a tutte le caratteristiche tecniche richieste dalla lex specialis, ivi incluse quelle minime indispensabili di cui all’art. 3.1 del Capitolato.

Irrituale sarebbe la nuova censura introdotta in appello, concernente la classificazione CND propria della TAC iQon Spectral offerta da Philips in quanto non contenuta nel ricorso di primo grado, ma introdotta in quella sede solo con memoria non notificata del 26 giugno 2020.

Inoltre, contrariamente a quanto dedotto le apparecchiature offerte dal R.T.I. aggiudicatario soddisferebbero le caratteristiche tecniche minime anche sotto il profilo del “Numero di file di detettori non inferiore a 64 nel caso di array separati o non inferiore a 128 per tecnologia a singolo array”. Quanto all’asserita non conformità del modello IQon, insiste nel rilevare che il tomografo offerto da Canon si caratterizza per 320 file di detettori su singolo array lungo l’asse z; invece l’iCT256 di Philips consterebbe di 128 file di detettori su singolo array lungo l’asse z, laddove poi l’IQon offerto sempre dal R.T.I. aggiudicatario possiede 128 file di detettori distribuiti su 2 livelli (ciascuno di 64) su singolo array lungo l’asse z (investiti da un unico fascio radiogeno). Le file di detettori non sono contigue ma distinte su 2 piani: il CSA non avrebbe richiesto la contiguità. Il CSA prescriveva un “Numero di file di detettori fisicamente presenti e indipendenti non inferiore a 96 nel caso di array separati o non inferiore a 128 per tecnologia a singolo array” (Art. 3.1, pag. 6 del C.S.A.).

Il sistema IQon Spectral CT offerto si sostanzierebbe in un array di detettori composto da 128 file di rivelatori, 64 file lungo l’asse longitudinale (per due strati/piani sovrapposti).

Il requisito indicato nel CSA non avrebbe dunque fornito alcuna indicazione su come dovessero essere distribuite le file di detettori nell’ambito dei singolo array.

L’unica limitazione sarebbe esclusivamente relativa al numero minimo di file di rivelatori di cui l’array. Da ciò conseguirebbe che l’Azienda resistente avrebbe quindi correttamente considerato il sistema IQon Spectral CT.

L’Azienda appellata avrebbe quindi correttamente fatto affidamento nelle dichiarazioni rese dalla controinteressata, palesandosi le apparecchiature offerte dal RTI aggiudicatario conformi alla destinazione d’uso, ai requisiti tecnici e alle caratteristiche di minima dettagliate nel Capitolato tecnico.

Sul terzo motivo del ricorso in appello, l’appellante si limiterebbe a replicare, a pagina 12 e ss. della sua memoria, che “L’affermazione secondo cui la normativa di gara prevedrebbe l’insuperabilità della sommatoria tra le voci a + b e non delle singole voci a e b, è palesemente smentita dalla lex specialis di

gara". Sarebbe, invece, evidente che l'espressione "a+b" avrebbe in vero portata decisiva e comporterebbe che gli stessi vadano comunque considerati come sommatoria di tali due voci.

Sul quarto motivo, insiste nel puntualizzare l'infondatezza della tesi di Canon, che afferma che "parte resistente omette strumentalmente di rilevare che l'omessa specificazione dei costi, richiesta - tra l'altro - dall'allegato C allegato alla lex specialis, rileva quale violazione di tassative prescrizioni di gara e comporta la lesione dei principi di certezza e completezza dell'offerta".

Secondo l'appellante, l'offerta Philips sarebbe inammissibile alla luce degli "artt. 16 e 23 del Disciplinare di gara (secondo i quali non sono ammesse offerte incerte nel contenuto o che difettano di elementi essenziali, quali per l'appunto la specificazione delle componenti di costo richieste".

Tale censura sarebbe priva di fondamento in quanto non vi sarebbero infatti disposizioni della legge di gara che prevedevano la sanzione dell'esclusione per la mancata indicazione di tali dati.

Sul quinto motivo, la pretesa di parte appellante sarebbe pretestuosa, senza dimostrazione e mirante a sindacare l'operato della commissione.

Sul sesto motivo, sarebbe un assunto privo di fondamento.

Insiste nella richiesta di rigetto della conseguente domanda di risarcimento del danno avanzata da Canon.

Le parti hanno presentato altre memorie

Si è costituita per resistere l'Azienda socio sanitaria territoriale dei Sette laghi.

Con memoria per l'udienza di discussione Canon eccepisce l'inammissibilità dell'appello incidentale senza riformulazione della condizione subordinata.

Sostiene poi che l'accoglimento del rimo motivo di appello principale, riguardante l'illegittimità della sostituzione della mandante Ruggeri Costruzioni, attenendo alla fase della qualificazione in gara, precluderebbe l'esame delle censure proposte da Philips in ordine all'ammissibilità dell'offerta tecnica, che si pongono evidentemente in una fase successiva e logicamente subordinata all'ammissione della concorrente in gara.

Inammissibile sarebbe poi la domanda formulata sub lettera c) dell'appello incidentale, con la quale Philips chiede "b) in estremo subordine nel caso in cui le due impugnative contrapposte dovessero essere ritenute entrambe fondate, l'intera gara di appalto dovrà essere annullata". Siffatta domanda in quanto nuova non può trovare ingresso in appello in forza del divieto di proposizione di nuove domande ex art. 104 c.p.a..

Nel merito, sottolinea che la mancata previsione degli schermi sia nel Capitolato tecnico sia nei questionari tecnici confermerebbe che gli schermi in questione non costituiscono requisiti essenziali minimi della fornitura.

Canon avrebbe offerto a entrambe le ASST macchine dello stesso modello e dunque identiche. L'offerta delle componenti aggiuntive per la TAC destinata all'ASST di Lariana (pacchetti DUAL ENERGY) non ha e non avrebbe potuto rendere l'offerta duplice.

Viceversa, il RTI Philips avrebbe offerto due eterogenei modelli di TAC (IQon e iCT Elite 256) in violazione della lex specialis.

Inammissibile sarebbe il terzo motivo di appello incidentale, posto che la stessa Philips avrebbe prodotto in gara immagini cliniche affette dai medesimi asseriti vizi contestati a Canon. Le immagini Philips, infatti, non sono state ottenute con lo stesso modello di Tomografo Computerizzato offerto in gara e non sono sarebbero acquisite presso centri sanitari riconosciuti.

In ogni caso la censura in esame sarebbe infondata in quanto né la legge né la lex specialis di gara prescriverebbero di produrre in offerta immagini cliniche della stessa apparecchiatura offerta e di non poter utilizzare immagini delle versioni precedenti della medesima apparecchiatura.

Con memoria di replica l'Azienda sostiene che il caso esaminato dall'Adunanza plenaria sarebbe differente e che in ogni caso sarebbe consentita una riedizione del potere "secondo un principio di c.d. sostituibilità procedimentalizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara".

Sia Canon che Philips hanno depositato memoria in replica.

All'udienza di discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

II – La controversia oggetto di esame si appalesa estremamente complessa anche, in relazione, all'evolversi degli orientamenti giurisprudenziali e all'affermazione dei principi d'interesse da parte della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

III – Con riferimento al primo motivo di appello, appare infondata la censura relativa all'informazione come correattata evidenziata dal primo giudice.

Risulta infatti, per tabulas, che, nel corso della procedura selettiva di cui è causa, Philips abbia diligentemente notiziato l'ASST dei Sette Laghi della situazione in cui versava la propria mandante (Ruggeri Costruzioni Civili e Ospedaliera S.r.l.), chiedendo contestualmente ad essa l'autorizzazione a sostituirla con altro operatore economico in bonis (ovvero con la CRS Impianti S.r.l.) il 18 febbraio 2020, quindi prima dell'aggiudicazione definitiva della gara (approvata con determinazione dirigenziale prot. n. 488 del 6 aprile 2020). L'appellata aveva, infatti, trasmesso alla stazione appaltante su piattaforma Sintel, in una ai giustificativi di prezzo anche un'istanza di sostituzione della Ruggeri Costruzioni Civili e Ospedaliera S.r.l. con la ditta CRS Impianti S.r.l. così come previsto dall'art. 48, co. 18, del d.lgs. n. 50/2016 in combinato disposto del comma 19-ter, stesso articolo.

IV – Tuttavia, ai fini della decisione, il Collegio non può prescindere dai principi dettati dall'Adunanza Plenaria, con le decisioni 9 e 10 del 2021.

L'amministrazione e l'appellata seguono l'interpretazione secondo cui il comma 18, dell'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016, modificato dall'art. 32, co. 1, lett. e), del d.lgs. n. 56/2017, ammetterebbe la possibilità di escludere dal raggruppamento una mandante, ovvero di sostituirla con un'altra, come accaduto nel caso che occupa "... in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione ...". Il comma 19-ter, aggiunto pure dall'art. 32, co. 1, lett. h), del d.lgs. citato stabilisce che "le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verifichino in fase di gara".

Tuttavia, deve prendersi atto che l'Adunanza Plenaria, con sentenza 27 maggio 2021 n. 9 ha precisato che la procedura di gara assume il carattere di strumento di scelta non solo dell'offerta migliore, ma anche del contraente più affidabile e che il principio di immodificabilità soggettiva risponde ad esigenze di sicurezza giuridica per la stazione appaltante durante l'iter di formazione e di esecuzione del contratto, oltre che al principio di concorrenza, di rilievo europeo, garantendo così il primato giuridico della gara, la massima partecipazione, il principio di personalità del contratto, quale specchio fedele della gara stessa e della sua tendenziale incedibilità, ammessa solo a determinate condizioni dalla legge.

La presentazione di una domanda di concordato in bianco o con riserva, ai sensi dell'art. 161, comma 6, legge fallimentare, non integra una causa di esclusione automatica dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, essendo rimesso in primo luogo al giudice fallimentare in sede di rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 186 bis, comma 4, legge fallimentare, e al quale l'operatore che ha chiesto il concordato si deve tempestivamente rivolgere fornendo all'uopo le informazioni necessarie, valutare la compatibilità della partecipazione alla procedura di affidamento in funzione e nella prospettiva della continuità aziendale. L'autorizzazione giudiziale alla partecipazione alla gara pubblica deve intervenire entro il momento dell'aggiudicazione della stessa, non occorrendo che in tale momento l'impresa, inclusa quella che ha presentato domanda di concordato in bianco o con riserva, sia anche già stata ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale.

Orbene, per quanto in questa sede più interessa l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione, nella fase di gara, del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese, che abbia presentato domanda di concordato in bianco o con riserva a norma dell'art. 161, comma 6, l. fall, e non sia stata utilmente autorizzato dal tribunale fallimentare a partecipare a tale gara, solo se tale sostituzione possa realizzarsi attraverso la mera estromissione del mandante, senza quindi che sia consentita l'aggiunta di un soggetto esterno al raggruppamento. L'evento che conduce alla sostituzione interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità procedimentalizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara.

Anche l'Adunanza ha poi precisato con sentenza n. 10 del 27 maggio 2021 che il suddetto art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione meramente interna del mandatario o del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese con un altro soggetto del raggruppamento stesso in possesso dei requisiti, nella fase di gara, e solo nelle ipotesi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione o, qualora si tratti di imprenditore individuale, di morte, interdizione, inabilitazione o anche liquidazione giudiziale o, più in generale, per esigenze riorganizzative dello stesso raggruppamento temporaneo di imprese, a meno che – per questa ultima ipotesi e in coerenza con quanto prevede, parallelamente, il comma

19 per il recesso di una o più imprese raggruppate – queste esigenze non siano finalizzate ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara.

Tale principio non può essere superato nella specie.

Ciò comporta che in applicazione del dettato delle menzionate sentenze dell'Adunanza Plenaria, l'Appello deve essere accolto nei limiti di seguito precisati, non essendo necessario procedere all'ulteriore vaglio delle ulteriori censure proposte dall'appellante.

L'Amministrazione, infatti, alla luce dell'interpretazione resa dalle menzionate decisioni non avrebbe potuto legittimamente ammettere la sostituzione con un soggetto estraneo in coerenza con i precisati cardini dell'immodificabilità soggettiva dell'offerta.

V – Va sin d'ora, con tutta evidenza, precisato che deve escludersi a riguardo qualsiasi profilo di responsabilità dell'Amministrazione, in ragione della menzionata evoluzione interpretativa, avendo trovato applicazione una lettura ermeneutica che trova giustificazione nelle precedenti letture date alle norme in questione. Deve essere, pertanto, escluso l'elemento soggettivo della colpa.

VI – Ai fini della decisione, conseguentemente, deve trovare esame l'appello incidentale al fine di verificare l'ammissibilità dell'appello principale in termini di interesse.

VII – Quanto dunque all'appello incidentale, va precisato che l'eccezione di inammissibilità per la mancata riproposizione della formula subordinata può intendersi superata alla luce dell'ulteriore questione, sollevata da parte appellante, dell'inammissibilità delle questioni sollevate perché inerenti la valutazione dell'offerta tecnica – come è palese – successiva alla fase di qualificazione delle offerenti. A tale fase si deve intendere arrestato l'iter procedimentale, con le precisazioni di seguito svolte.

VIII – Tuttavia per completezza deve precisarsi che l'appello incidentale risulta infondato anche nel merito.

IX – In particolare, come valutato anche dall'Amministrazione, quanto alla dedotta carenza di n. 2 schermi fluorescenti per la valutazione in tempo reale della posizione e dimensione del fascicolo radiante, dall'esame del Capitolato speciale prodotto in atti emerge la mancata previsione degli schermi predetti così come anche nei questionari tecnici. Ciò smentisce la tesi dell'appellante incidentale quanto alla configurabilità degli stessi come requisiti essenziali minimi della fornitura.

Il dubbio nascente dal confronto con le prescrizioni di cui al capitolato tecnico, invocate da parte appellante incidentale, non possono che essere interpretate nel senso del maggior favore per la partecipazione.

X – Per quanto concerne la censura di duplicità e difformità dell'offerta di Canon in ordine alle TAC, in disparte l'eccezione di inammissibilità dell'appellante, risulta confermato già in primo grado dall'ASST di Varese che Canon ha offerto a entrambe le ASST macchine dello stesso modello. Mentre, l'offerta delle componenti aggiuntive per la TAC destinata all'ASST di Lariana (pacchetti DUAL ENERGY) non comporta la duplicità dell'offerta.

XI – Altresì risultano infondate le censure attinenti all'asserita produzione di documentazione falsa e/o fuorviante in risposta al parametro A8 del CSA e della pretesa violazione e falsa applicazione dell'art. 80 c. 5 lett cbis) del D.lgs. 50/2016, nonché alla conseguente attribuzione del punteggio; infatti, anche in questo caso in disparte dalle eccepite inammissibilità per difetto di interesse, le censure risultano infondate in quanto la lex specialis di gara non prescriveva di produrre in offerta immagini cliniche della stessa apparecchiatura offerta e di non poter utilizzare immagini delle versioni precedenti della medesima apparecchiatura.

XI – Per tutto quanto sin qui precisato, l'appello incidentale si appalesa infondato, oltre che inammissibile.

X - Ciò posto e tornando all'esame dell'appello principale, una volta esclusa la carenza di interesse, deve trovare accoglimento – proprio alla luce dei principi sanciti dall'Adunanza Plenaria – la prospettazione dell'Amministrazione quanto alla portata conformativa della presente pronuncia.

Infatti, in virtù del principio di conservazione degli atti giuridici, gli atti di gara devono essere annullati sino al momento della valutazione positiva dell'ammissibilità dell'offerta di Philips a seguito della informazione in ordine della controversa sostituzione, nel senso che deve essere disposta la riedizione del potere che consenta di assegnare al raggruppamento un congruo termine per verificare la possibilità di riorganizzazione dell'assetto interno i Philips tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara.

XI – Per quanto sin qui ritenuto, l'appello principale deve essere accolto in parte ai fini della predetta riedizione del potere.

XII – In considerazione della complessità della materia e dei diversi orientamenti espressi su di essa dalla giurisprudenza, sussistono giusti motivi per compensare le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte nei limiti indicati in motivazione. Respinge l'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio da remoto del giorno 17 giugno 2021 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Solveig Cogliani

IL PRESIDENTE

Michele Corradino

IL SEGRETARIO