

Publicato il 03/11/2016

N. 04613/2016 REG.PROV.COLL.  
N. 02309/2016 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 2309 del 2016, proposto da:  
Siri S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e  
difeso dagli avvocati Corrado Diaco C.F. DCICRD60D03I820W,  
Simona Gambardella C.F. GMBSMN68P62F839F, con domicilio  
eletto presso Alberto Linguiti in Roma, viale G. Mazzini, 55;*

**contro**

*Azienda Unità Sanitaria Locale di Rieti, in persona del legale  
rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Nicola  
Marcone C.F. MRCNCL59P21H501M, con domicilio eletto presso il  
suo studio in Roma, piazza dell'Orologio, 7;*

**nei confronti di**

*Biesse Medica S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentato e difeso dagli avvocati Domenico Giugni C.F.  
GGNDNC81D04G975T, Giampaolo Delli Cicchi C.F.*

*DLLGPL79C27C479B, Vincenzo Del Duca C.F.  
DLDVCN78T26I712V, con domicilio eletto presso Domenico  
Giugni in Roma, via degli Scipioni, 268a;*

*per la riforma*

*della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III QUA n.  
01539/2016, resa tra le parti, concernente affidamento fornitura in  
noleggio di un sistema ris/pacs a supporto dell'attività di gestione  
per un periodo di sei anni – risarcimento danni;*

*Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;*

*Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Unità Sanitaria  
Locale di Rieti e di Biesse Medica S.p.a.;*

*Viste le memorie difensive;*

*Visti tutti gli atti della causa;*

*Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;*

*Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 settembre 2016 il  
Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Corrado  
Diacò, Nicola Marcone, Domenico Giugni e Giampaolo Delli  
Cicchi;*

*Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.*

### *FATTO e DIRITTO*

*1. Nel 2010 la AUSL di Rieti ha espletato una gara per  
l'affidamento della fornitura in noleggio di un sistema RIS/PACS  
(a supporto dell'attività di gestione, archiviazione, stampa e  
trasmissione delle immagini, dei referti e dei dati clinici prodotti  
dalle Unità Operative di Radiologia) per un periodo di 6 anni con  
opzione di riscatto, aggiudicandola con deliberazione n. 1030 in  
data 23 agosto 2010 alla SIRI S.p.a., odierna appellante principale.*

2. Il r.t.i. *Biesse Medica S.r.l. – Philips S.p.a.*, settimo classificato, ha impugnato l'aggiudicazione, ma il TAR del Lazio ha respinto il ricorso con sentenza n. 1172/2011, passata in giudicato.
3. A seguito della trasformazione in ambulatori degli ospedali di *Magliano Sabina* e di *Amatrice* e della concentrazione delle prestazioni radiologiche presso l'*Ospedale San Camillo de Lellis* di *Rieti*, con delibera n. 90/DG in data 1 febbraio 2012 la gara e l'aggiudicazione sono state revocate.
4. *SIRI* ha impugnato la revoca dinanzi al TAR del Lazio, chiedendo il riconoscimento del diritto alla conclusione del contratto nonché la condanna della *AUSL* di *Rieti* al risarcimento dei danni, quantificati in 600.000 euro (NRG 1888/2012, tuttora pendente).
5. Essendo poi intervenuto il DCA n. 412 del 26 novembre 2014, che ha previsto di potenziare l'offerta dei posti letto di lungodegenza in alcune zone territoriali tra cui il Polo Unificato *Rieti-Amatrice*, sia la struttura sanitaria di *Magliano Sabino* che l'*Ospedale* di *Amatrice* sono tornati attivi, con la conseguenza che si è resa nuovamente necessaria l'installazione di un sistema RIS/PACS.
6. La *AUSL* di *Rieti*, dopo aver acquisito l'avviso della Regione Lazio (la quale, nel parere favorevole di cui alla nota prot. 125795 in data 6 marzo 2015, ha sottolineato che il sistema RIS/PACS "dovrà rispondere pertanto alle esigenze aziendali, aggiornato all'ultima versione tecnologica e comunque di ultima generazione") e le osservazioni di *SIRI* e *Biesse Medica*, con deliberazione n. 376 in data 20 maggio 2015 ha revocato la deliberazione n. 90/2012 ed ha incaricato il r.u.p. di formalizzare l'aggiudicazione a *SIRI*.

7. La decisione è motivata con riferimento alla permanente rispondenza del sistema (tecnologicamente aggiornato) offerto in gara alle esigenze della AUSL (anche tenuto conto delle somme attualmente spese per lo svolgimento di tale servizio), alla riduzione dell'8% dell'importo di aggiudicazione, ed alla estinzione del giudizio risarcitorio pendente.

8. Biesse Medica ha impugnato la deliberazione n. 376/2015, lamentando che la nuova aggiudicazione del sistema RIS/PACS, tecnologicamente aggiornato e ad un prezzo diverso da quello originariamente stabilito, contrasta con il principio dell'immutabilità dell'offerta e costituisce una sorta di affidamento diretto, disposto in assenza dei presupposti previsti dall'art. 57 del d.lgs. 163/2006.

9. Il TAR del Lazio, con la sentenza appellata (II-quater, n. 1539/2016) ha accolto il ricorso ed ha annullato la delibera n. 376/2015.

Ciò, in particolare, affermando che:

(a) non può essere seriamente contestato che gli aggiornamenti richiesti vengono ad innovare e a modificare sotto essenziali aspetti tecnologici il sistema a suo tempo offerto, dato che aggiungono funzionalità e soluzioni cliniche e diagnostiche non disponibili nel sistema precedente, migliorano le prestazioni e risolvono problemi di stabilità dell'applicativo ed i relativi problemi di sicurezza;

(b) ne discende, quindi, che rappresentando il nuovo sistema della controinteressata un *quid novi* rispetto a quello a suo tempo offerto, l'amministrazione era tenuta a bandire una nuova gara, in quanto l'aver ripescato la precedente offerta chiedendo peraltro aggiornamenti sostanziali, viene a concretizzare, come

*correttamente osservato dalla società ricorrente, una sorta di affidamento diretto, posto in essere in assenza dei prescritti presupposti di legge;*

*(c) l'obbligo di aggiornamento tecnologico gravava sull'aggiudicatario durante il periodo di esecuzione della fornitura, è successivo alla fase di aggiudicazione e non è in alcun modo lesivo del principio dell'immodificabilità dell'offerta in quanto attiene proprio ad una fase successiva all'aggiudicazione.*

*10. Nell'appello, SIRI prospetta censure articolate su due motivi.*

*10.1. Con il primo motivo, sostiene che non vi è contrasto con il principio di immutabilità dell'offerta e non vi è stato affidamento diretto in assenza dei presupposti di cui all'art. 57 del d.lgs. 163/2006, in quanto:*

*- la modifica tecnologica è di lieve entità, ed il servizio di aggiornamento tecnologico è ordinariamente previsto in tutti i bandi, andando ad integrare sostanzialmente l'oggetto dell'appalto, e la fornitura di prodotti "di ultima generazione" era prevista dall'art. 1 dello stesso capitolato, rispondendo all'interesse pubblico di assicurare l'erogazione di un servizio conforme all'evoluzione scientifica che si è avuta nel corso della durata della procedura, evitando che vengano forniti sistemi/prodotti obsoleti;*

*- per quanto concerne il prezzo, lo sconto del 5% sarebbe dovuto ai sensi dell'art. 8, comma 8, lettera a), del d.l. 66/2014, convertito in legge 89/2014, e l'ulteriore sconto del 3% è stato disposto in applicazione della revisione prezzi di cui all'art. 115 del d.lgs. 163/2006.*

*10.2. Con il secondo, lamenta l'erroneità della sentenza per omessa valutazione delle ragioni fatte valere in primo grado, in quanto:*

- *il ricorso era inammissibile per carenza di interesse della Biesse Medica, la quale non poteva ottenere l'affidamento della fornitura, mentre nulla lascia intendere che a seguito dell'annullamento la stazione appaltante proceda ad una nuova gara e Biesse Medica abbia una chance di partecipazione ed aggiudicazione;*
- *il TAR non ha valutato che la revoca era legittima per evidenti ragioni di interesse pubblico (attualità delle esigenze delle strutture sanitarie, rapida attivabilità della fornitura per migliorare il servizio e risparmiare risorse, esistenza di un'offerta economicamente e tecnologicamente vantaggiosa);*
- *l'adeguamento tecnologico è proprio anche della fase della aggiudicazione, sussistendo un obbligo dell'aggiudicatario di espletare l'appalto con prodotti non obsoleti ma performanti, che divengono funzionali solo nella fase esecutiva;*
- *il provvedimento annullato è in realtà atto dovuto, per evitare le conseguenze del giudizio risarcitorio pendente.*

*11. SIRI chiede anche, per l'ipotesi in cui non possa ottenere esecuzione in forma specifica, il risarcimento del danno per equivalente, pari al 18% complessivo del valore dell'appalto.*

*12. Controdeduce puntualmente la AUSL di Rieti.*

*13. Si è costituita in appello anche la Biesse Medica e controdeduce, anche riproponendo, ex art. 101, comma 2, cod. proc. amm., il secondo motivo di ricorso, incentrato sulla violazione del giusto procedimento, dell'art. 97 Cost., nonché sull'eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, assorbito dal TAR.*

*13.1. In primo grado ha lamentato, in buona sostanza, che la comparazione tra l'offerta originaria e quella modificata non è stata possibile poiché il provvedimento non indica le caratteristiche della*

*nuova offerta e in che misura incidano rispetto all'offerta originaria.*

*Precisa ora che il provvedimento si riferisce lapidariamente ad un "aggiornamento tecnologico", e vi è poi nelle difese di controparte soltanto il riferimento al fatto che una componente dell'offerta si chiamava logic 9 ed oggi si chiamerebbe logic 14, ma non è mai stato chiarito quali fossero le innovazioni tecnologiche rispetto all'offerta originaria, a quale marca/modello appartengano, e in che misura incidessero rispetto ad essa.*

*13.2. In primo grado ha inoltre lamentato che non è stato specificato in quali termini si avrebbe l'asserito risparmio economico e l'ottimizzazione delle risorse (né sulla base di quale dato sia stata stabilita la riduzione dell'importo del contratto dell'8%).*

*Precisa ora che non risulta compiuta un'indagine di mercato da cui evincere gli attuali prezzi; se ciò fosse avvenuto, la AUSL avrebbe potuto appurare una riduzione dei prezzi di mercato che si attesta su circa il 40%; neanche è stata effettuata una valutazione del calo dei prezzi dell'hardware (sottolinea, a titolo esemplificativo, che un sistema di storage il cui costo medio nel 2009 si aggirava sui 60.000 euro, oggi è acquisibile sulla piattaforma MEPA ad un prezzo inferiore ai 30.000 euro).*

*13.3. Inoltre, prospetta che la riduzione del 3% è illegittima, in quanto l'art. 115 del d.lgs. 163/2006 non era applicabile, posto che l'art. 19 del capitolato consente la revisione solo dopo il primo anno, richiede una domanda scritta della parti che non risulta agli atti, ed un'istruttoria basata sul raffronto con prezzi di mercato e listini ISTAT, CCIAA ed i prezzi delle convenzioni Consip, mentre non risulta alcuna domanda scritta di revisione formulata dalle parti.*

14. *Le parti private hanno presentato memorie in vista dell'udienza.*

15. *Il Collegio ritiene di dover esaminare anzitutto le censure sollevate da SIRI con il secondo motivo dell'appello.*

15.1. *Non può ritenersi che il ricorso fosse inammissibile, in quanto – esclusa la possibilità attuale di ottenere l'affidamento della fornitura in luogo dell'aggiudicatario – non poteva escludersi anche l'interesse strumentale a partecipare ad una nuova procedura di gara.*

*Tale eventualità, una volta contestata efficacemente la possibilità di ripristinare l'aggiudicazione adeguando tecnologicamente l'oggetto della fornitura, era probabile, non essendo mai stato adombrato dalla AUSL il venir meno delle esigenze da soddisfare per le UU.OO. radiologiche oppure la possibilità di utilizzare procedure indette centralmente ovvero convenzioni stipulate da altre Aziende ed aperte all'adesione di terzi.*

*E, in relazione ad una nuova gara, con prescrizioni tecniche aggiornate a distanza di cinque anni da quella originaria, in un settore soggetto a rapida evoluzione/obsolescenza, non poteva certo escludersi che la Biesse Medica avesse differenti e maggiori chances di successo.*

15.2. *Le ragioni di opportunità addotte a supporto del provvedimento impugnato non potevano comunque rilevare per controbilanciare un profilo di illegittimità dedotto in primo grado e ritenuto fondato dal TAR.*

15.3. *La pendenza di un giudizio risarcitorio per la precedente revoca non rendeva il ripristino dell'aggiudicazione atto dovuto, ma costituiva semmai uno degli elementi da ponderare in sede di valutazione sul modo di conseguire la fornitura ritenuta necessaria.*



15.4. Il TAR, dopo aver affermato la differenza tra il sistema offerto originariamente e quello (individuato quale) oggetto della nuova aggiudicazione, e quindi la violazione del principio di immutabilità dell'offerta, ha aggiunto che la possibilità/doverosità dell'adeguamento tecnologico rilevarebbe solo in fase di esecuzione (e pertanto, sembra di poter desumere, non varrebbe ad escludere che vi sia stata una modificazione).

Il Collegio ritiene condivisibile che dell'adeguamento tecnologico, inteso come obbligo di fornire prodotti non obsoleti ma aggiornati, ci si debba far carico al momento di definire il contenuto della prestazione, e che ciò, in coerenza con i principi di trasparenza e leale cooperazione, possa avvenire anche prima dell'aggiudicazione per scongiurare il rischio di contenziosi in fase esecutiva.

L'affermazione del TAR, pertanto, se letta nel senso di impedire tale valutazione ai fini dell'aggiudicazione, può risultare discutibile.

La questione dirimente, tuttavia, resta sempre quella dell'esistenza o meno di una modificazione, che trascenda il previsto e doveroso adeguamento/aggiornamento tecnologico del prodotto offerto. Questione oggetto del primo motivo di appello di SIRI.

16. Passando ad esaminare detto primo motivo, può convenirsi che la possibilità, ed anzi la doverosità dell'aggiornamento tecnologico, inteso come obbligo di adeguare la fornitura agli sviluppi tecnologici intervenuti in corso di gara, e comunque di fornire la versione più aggiornata ("ultima generazione") del prodotto offerto, discendesse dall'art. 1 del capitolato d'appalto, in coerenza con principi generalmente accettati nelle gare ad evidenza pubblica.

Come sottolinea la AUSL, infatti, l'art. 1 del capitolato prevedeva (come oggetto della fornitura) "...eventuale adeguamento software e

*hardware che si rendesse necessario (nuove releases)” e che “Qualora siano immessi sul mercato nuovi aggiornamenti di hardware e software o qualora siano prodotte nuove apparecchiature ... la ditta aggiudicataria dovrà aggiornare le release ed eseguire gli upgrading che derivano dalla piattaforma di base dell’installazione iniziale”.*

*Si tratta, tuttavia, di accertare se le modificazioni previste ai fini dell’aggiudicazione nel 2015 costituissero o meno aggiornamento tecnologico, nel senso predetto, e non piuttosto, come ritenuto dal TAR, una modificazione ulteriore, stante la diversità del prodotto da fornire.*

*Ai fini di tale valutazione, non è sufficiente affermare che le funzionalità assicurate erano le stesse (in mancanza di ciò, si tratterebbe di prestazione del tutto diversa), ma sarebbe stato necessario stabilire le caratteristiche qualificanti (marca, modello, requisiti strutturali e funzionali dei diversi componenti) del sistema offerto originariamente e di quello “aggiornato”. Ciò che, invece, non risulta avvenuto in occasione dell’adozione del provvedimento impugnato in primo grado, né può si evincersi dagli atti di causa.*

*A tal fine, non può ritenersi sufficiente la circostanza che uno dei componenti del sistema abbia lo stesso nome con un numero maggiore di quello offerto originariamente (logic 9-14).*

*Ritiene il Collegio che, stante il principio di immutabilità dell’offerta ed il quinquennio trascorso, sarebbe stato onere della stazione appaltante dar conto della ricomprensione delle modifiche nell’ambito dell’aggiornamento tecnologico, e sembra indiscutibile che tale valutazione non sia stata fatta, o comunque non sia stata adeguatamente esternata. Né, anche volendo considerare rilevanti le (contrapposte) argomentazioni svolte da SIRI e da Biesse Medica al*

riguardo, sicuri elementi al riguardo possono trarsi dagli atti di causa, risultando carenti di valutazioni tecniche specifiche e supporti documentali (anche il parere tecnico depositato da SIRI si risolve nell'affermazione secondo la quale "tecnicamente l'offerta rimane immutata", senza spiegazioni o riferimenti tecnici circostanziati).

In mancanza di una dimostrazione della riconducibilità all'aggiornamento tecnologico, dunque, resta il dato oggettivo della modificazione del prodotto da fornire.

17. Quanto appena esposto in ordine all'infondatezza delle censure dedotte da SIRI, dimostra, per contro, che è fondata la prospettazione di Biesse Medica, parimenti riproposta in appello, concernente, in sostanza, la mancanza di una valutazione aggiornata e comparativa della convenienza economica dell'offerta.

A distanza di cinque anni dalla presentazione dell'offerta, in un settore soggetto a rapida evoluzione/obsolescenza e con prezzi in tendenziale continua diminuzione (a fronte della medesima prestazione), detta valutazione era certamente necessaria, e, oltre che dell'opportunità di ottenere una diminuzione del prezzo dell'8%, di definire la fornitura in tempi brevi e di eliminare i rischi altrimenti derivanti dal contenzioso in essere (elementi favorevoli considerati nel provvedimento), avrebbe dovuto considerare anche le condizioni economiche ottenibili sul mercato e rilevabili, anzitutto, dalle forniture pubbliche effettuate in tempi più recenti.

La sola diminuzione dell'8% del corrispettivo (da considerarsi per intero, anche perché la censura di Biesse Medica sull'illegittimità della componente relativa alla rivalutazione prezzi non era contenuta nel ricorso originario ed è pertanto inammissibile, quale *ius novi*, ai sensi dell'art. 104, cod. proc. amm.) non può ritenersi

*sostitutiva di tale valutazione comparativa, che è pacifico non sia avvenuta o comunque non sia stata esternata dalla AUSL.*

*Anche sotto questo profilo, nelle difese si trovano comparazioni con l'esito di gare espletate dalle Aziende di Lecco, Biella e Viterbo, da cui le parti private traggono conclusioni opposte; tuttavia, da ciò, in assenza di riferimenti più circostanziati e soprattutto di una base omogenea di confronto, è possibile trarre solo la conferma della imprescindibilità della valutazione comparativa da parte della AUSL.*

*18. L'appello si dimostra pertanto infondato, mentre risultano fondate le censure riproposte dall'appellata Biesse Medica.*

*Conseguentemente, vanno confermate le conclusioni della sentenza appellata, sulla base della parzialmente diversa motivazione sopra esposta.*

*19. Le spese del grado di giudizio, stante la relativa novità di alcuni aspetti delle questioni affrontate, possono essere integralmente compensate tra le parti.*

*P.Q.M.*

*Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, anche in accoglimento delle censure riproposte dalla società appellata, conferma, con motivazione parzialmente diversa, la sentenza appellata.*

*Spese del grado di giudizio compensate.*

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

*Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:*

*Marco Lipari, Presidente*

*Carlo Deodato, Consigliere*

*Manfredo Atzeni, Consigliere*

*Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore*

*Stefania Santoleri, Consigliere*

**L'ESTENSORE**  
**Pierfrancesco Ungari**

**IL PRESIDENTE**  
**Marco Lipari**

*IL SEGRETARIO*