

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta
ANNO 2008

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 5080/2008,
proposto da Azienda Sanitaria Provinciale
di Vibo Valentia, in persona del Direttore
Generale p.t., rappresentata e difesa
dall'Avvocato Gian Michele Gentile ed
elettivamente domiciliata presso il suo
studio in Roma, via Giuseppe Gioacchino
Belli n.27;

CONTRO

FujiFilm Medical System Italia s.p.a. in
persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli Avvocati
Fulvia Campari ed Arturo Sforza e
domiciliata nello studio del secondo in
Roma via Ettore Rolli n.24/ C11;

e nei confronti di

M.I. Medical s.r.l. in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentata e difesa

dall'Avv.to Luigi Adinolfi ed elettivamente domiciliata presso l'Avvocato Paolo Di Martino in Roma, via dell'Orso n.74;
Medicalray s.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., n.c.;

per la riforma

della sentenza del TAR della Calabria, sede di Catanzaro, Sez. I, n. 317/2008 in data 21/27 marzo 2008;

Visto l'appello con i relativi allegati;

Visti gli appelli incidentali presentati da FujiFilm Medical System Italia s.p.a. e da Mi. Medical s.r.l. ;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Alla udienza del 16 dicembre 2008 relatore il Cons. Roberto Capuzzi, uditi per le parti gli avv.ti Mereu, per delega di Gentile, Adinolfi e Sforza;

FATTO

La società FujiFilm Medical System Italia, ricorrente in primo grado, partecipò alla gara, indetta dall'Azienda Sanitaria n. 8 di Vibo Valentia (oggi Azienda Provinciale Sanitaria di Vibo

Valentia), per l'aggiudicazione dell'appalto di fornitura di beni e servizi per la digitalizzazione dei servizi di Radiologia dei Presidi Ospedalieri dell'Azienda Sanitaria.

Con delibera n. 575 del 27 marzo 2007 del Direttore Generale dell'Azienda venne disposta l'aggiudicazione definitiva all'istituenda ATI tra M.I. Medical S.r.l. e Medicalray S.r.l.

La FujiFilm Medical System Italia S.p.a. impugnò tale provvedimento, deducendo:

1) Violazione dell'art. 75, commi 1 e 6, e dell'art. 37, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006.

In violazione delle norme indicate, la fidejussione prodotta a titolo di cauzione provvisoria sarebbe intestata alla sola Società capogruppo dell'ATI istituenda, aggiudicataria della gara.

2) Violazione del disciplinare di gara.

Contravvenendo alle previsioni del disciplinare l'aggiudicataria non avrebbe proposto un sistema RIS privo del DICOM Conformance Statement e dell'IHE Integration Statement.

3) Violazione, sotto altro profilo, del disciplinare di gara.

Il disciplinare prevederebbe che il sistema informativo RIS deve essere centralizzato a livello aziendale.

Il sistema offerto dall'aggiudicataria non presenterebbe tale caratteristica.

In via subordinata, la Società ricorrente dedusse ulteriori

censure, da esaminare nell'ipotesi in cui venissero disattese le censure di cui sopra.

Si costituirono in primo grado l'A.S.P. di Vibo Valentia e la M.I. MEDICAL S.r.l., deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame.

Il TAR Calabria, sede di Catanzaro, con la sentenza n.317 del 21/27 marzo 2008 accolse il ricorso della società FujiFilm annullando la deliberazione adottata dalla A.S.P. in data 27 marzo 2007 n.575/2007 di aggiudicazione definitiva alla istituenda ATI, ritenendo fondato il primo motivo dedotto ed assorbendo gli altri motivi.

Con atto notificato in data 9 giugno 2008 la Azienda Sanitaria Provinciale di Vibo Valentia ha appellato la sentenza del primo giudice deducendo un articolato motivo di violazione o errata applicazione degli artt. 75 e 37 del d.l.vo n.163/2006 ed eccesso di potere per contraddittorietà o insufficienza della motivazione.

Ha prodotto appello incidentale la M.I. Medical s.r.l. lamentando che il primo giudice non avrebbe esaminato la eccezione di inammissibilità dedotta in primo grado .

Nel merito la Mi Medical ha sostenuto che il richiamo alla Adunanza Plenaria n.8 del 2005 sarebbe inconferente nel caso in esame.

Ha proposto appello incidentale la società FujiFilm Medical System Italia chiedendo il rigetto dell'appello e la conferma della

sentenza in primo grado ed in subordine riproducendo le censure dedotte in primo grado ma assorbite dal TAR.

All'udienza del 16 dic. 2008 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. L'appello non è meritevole di accoglimento.

1.2. Con il ricorso in primo grado Fuji, odierna appellata, aveva impugnato l'aggiudicazione dell'appalto alla istituenda ATI tra M.I. Medical s.r.l. e Medicalray s.r.l. deducendo una serie di censure tra le quali figurava, per prima, quella di violazione del combinato disposto dell'art. 75, commi 1 e 6, e dell'art. 37, comma 8 del d.lgs n. 163/2006 da interpretare secondo l'insegnamento del Consiglio Stato, Ad. Plen. n. 8 del 2005.

1.3. La ricorrente in primo grado si doleva che la polizza fidejussoria era intestata alla sola capogruppo M.I. Medical S.r.l. (designata come capogruppo dell'ATI non ancora costituita al tempo di presentazione dell'offerta) e non anche alla mandante e desumeva da ciò l'inammissibilità dell'offerta presentata dall'aggiudicataria che avrebbe dovuto essere esclusa.

Il TAR con la sentenza appellata ha ritenuto fondate tali doglianze.

1.4. Nell'atto di appello l'Azienda Sanitaria di Vibo Valentia afferma che il disciplinare di gara all'art.1 lett. b ed f, prevedeva espressamente che, in caso di RTI, la documentazione

richiesta fosse presentata da ciascuna delle ditte facenti parti del raggruppamento, ad eccezione del deposito cauzionale provvisorio.

Rileva l'Azienda appellante che il d.l.vo n.163/2006, all'art.75 ed all'art.37 non precisa chi debba essere intestatario della cauzione provvisoria in caso di raggruppamento di concorrenti mentre il richiamo alla decisione dell'Ad. Plen. non sarebbe pertinente dal momento che nel caso di specie il bando non prevedeva espressamente che la garanzia dovesse essere prestata da tutte le componenti dell'ATI.

L'Azienda richiama l'ampia casistica giurisprudenziale vigente all'epoca della gara tutta nel senso che, nel caso di partecipazione provvisoria ex art. 30, l.109/94, la cauzione può essere rilasciata alla sola impresa mandataria cui compete, quale capogruppo, l'obbligo della sottoscrizione del contratto, giacché detta garanzia copre proprio il mancato rispetto di detto incumbente per fatto dell'aggiudicataria.

2.La Sezione ritiene che la sentenza del primo giudice debba essere confermata.

2.1.Come chiaramente affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (decisione 4 ottobre 2005 n. 8) la cauzione provvisoria copre il rischio relativo alla mancata sottoscrizione del contratto d'appalto per fatto dell'aggiudicatario svolgendo nel contempo una funzione più strettamente sanzionatoria in

caso di altri inadempimenti procedurali del concorrente.

Ciò che rileva è che la polizza fideiussoria garantisca i rischi connessi al possibile inadempimento di tutte le imprese dell'ATI costituenda (in particolare il rischio relativo alla mancata sottoscrizione del contratto d'appalto per fatto dell'aggiudicatario), non essendo necessario che ciascuna di esse provveda a sottoscrivere la polizza stessa.

L'esigenza da perseguire, infatti, è che la stazione appaltante sia garantita nei confronti di tutti i partecipanti all'ATI non ancora costituita non essendo rilevante il fatto che tutte le imprese abbiano o meno sottoscritto la polizza, né che la polizza sia intestata alla sola capogruppo, ma piuttosto che la garanzia sia operativa nei confronti di tutti i partecipanti al raggruppamento.

Diversamente ragionando si determinerebbe una carenza di garanzia per la stazione appaltante quante volte la mancata sottoscrizione non sia imputabile alla capogruppo designata ma alle mandanti sia, in ipotesi, perché sono state queste ultime a non conferire il mandato alla capogruppo designata messa così nella impossibilità di sottoscrivere il contratto, sia perché le dichiarazioni non veritiere circa il possesso dei requisiti individuali di partecipazione sono state rese da una delle mandanti; peraltro non è configurabile una ipotesi di responsabilità indiretta o per fatto altrui della capogruppo che non potrebbe essere chiamata a rispondere per fatto di altro

soggetto .

f. E' bene poi sottolineare che contrariamente a quanto affermato dalla Azienda Sanitaria appellante e dalla MI aggiudicataria in primo grado, nessun argomento è desumibile dalla previsione del disciplinare secondo la quale tutti i documenti devono essere presentati da tutti i partecipanti al raggruppamento ad eccezione del deposito cauzionale.

Conseguentemente alcun pregio hanno le eccezioni di inammissibilità del ricorso in primo grado presentato dalla FuJiFilm Medical System Italia s.p.a. per mancata impugnativa del disciplinare.

Ed invero, come esattamente rilevato dal primo giudice, se la polizza, operante nei confronti di tutti, è stipulata da un solo componente del raggruppamento, è chiaro che solo questo sarà in grado di produrre il relativo documento.

Non vi era quindi alcuna necessità da parte della ricorrente in primo grado di impugnare la clausola della *lex specialis*.

4.Ciò premesso, risulta dall'esame della polizza fidejussoria che essa, stipulata dalla sola capogruppo, contempla una garanzia solo nei confronti di questa e non dell'altra partecipante al raggruppamento, in contrasto con i principi desumibili dalla menzionata decisione dell'Adunanza Plenaria in relazione alle previsioni dell'art. 75 del Codice dei contratti

pubblici.

Deve quindi concludersi che correttamente il primo giudice ha ritenuto l'inammissibilità dell'offerta dell'aggiudicataria, che avrebbe dovuto, quindi, essere esclusa dalla gara.

5. Ne consegue la infondatezza dell'appello proposto dall'Azienda Sanitaria Provinciale di Vibo Valentia, la infondatezza dell'appello incidentale proposto da M.I., l'improcedibilità dell'appello incidentale proposto da FujiFilm Medical System Italia s.p.a..

6. Sussistono giusti motivi per compensare fra le parti le spese e gli onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello proposto dall'Azienda Sanitaria Provinciale di Vibo Valentia, dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto da FujiFilm Medical System Italia s.p.a..

Compensa spese ed onorari del giudizio.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 16 dicembre 2008 con l'intervento dei Sigg.ri:

Domenico La Medica	Presidente
Nicola Russo	Consigliere
Gabriele Carlotti	Consigliere
Adolfo Metro	Consigliere
Roberto Capuzzi	Consigliere rel. Est.

L'ESTENSORE

f.to Roberto Capuzzi

IL PRESIDENTE

f.to Domenico La Medica

IL SEGRETARIO

f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....21/04/09.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

F.to Antonio Natale