

Pubblicato il 28/09/2020

N. 05713/2020REG.PROV.COLL.
N. 02401/2020 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 2401 del 2020, proposto dalla società Sincronis Medical s.r.l. (già Novaura s.r.l.), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andreina Degli Esposti, Riccardo Villata, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. prof. Riccardo Villata in Roma, via G. Caccini n. 1;

contro

Estar Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Iaria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II;

nei confronti

Ernesto Invernizzi s.p.a., Kosmed s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, entrambe rappresentate e difese dall'avvocato Marco Orlando, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e

domicilio eletto presso lo studio AOR Avvocati dell'Avv. Antonietta Favale in Roma, via Sistina n. 48;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza) n. 00010/2020.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Estar, Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, e delle società controinteressate Ernesto Invernizzi S.p.A. e Kosmed S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 settembre 2020 il Cons. Umberto Maiello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Sincronis Medical s.r.l. (già Novaura s.r.l.) chiede la riforma della sentenza n. 10/2020 con cui il TAR per la Toscana (Sezione Terza) ha respinto il ricorso proposto avverso gli esiti della consultazione preliminare di mercato e l'affidamento a Kosmed della procedura negoziata concernente la convenzione triennale avente ad oggetto il servizio di riparazione di sistemi ottici per indagini endoscopiche da destinare alle aziende sanitarie ed ospedaliere della Regione Toscana.

1.1. La società appellante evidenzia che:

- nel novembre 2016 partecipava alla procedura indetta da ESTAR per l'affidamento della convenzione triennale avente ad oggetto la fornitura ed il servizio di riparazione di sistemi ottici per indagini endoscopiche da destinare alle aziende sanitarie ed ospedaliere della Regione (lotto 2);
- l'offerta in quella sede presentata da Sincronis prevedeva, in via migliorativa, (anche) la sostituzione delle ottiche Storz presenti nelle strutture con i dispositivi Hipp commercializzati da Sincronis;

- la procedura selettiva si concludeva il 5 luglio 2018 con l'aggiudicazione della gara a Sincronis, che superava nella graduatoria proprio le odierne contointeressate, distributrici ufficiali delle citate ottiche Storz;
- ciò nondimeno, pochi giorni dopo (24 luglio) ESTAR indiceva una consultazione preliminare di mercato ex art. 66 d.lgs. 50/16 al fine di individuare gli operatori idonei a curare la manutenzione delle ottiche rigide di produzione Storz per le strutture sanitarie della Regione Toscana:
- nel corso della procedura di consultazione il RTI Invernizzi/Kosmed deduceva che:
 - a) le ottiche Storz sono fabbricate esclusivamente presso i siti di produzione della medesima Storz, la quale non distribuisce le parti di ricambio di tali dispositivi né la relativa documentazione;
 - b) Storz attua tuttavia il proprio programma di repair/exchange, avente ad oggetto non già la manutenzione oggetto dell'indagine di mercato, ma la sostituzione di ogni ottica guasta con ottiche nuove al prezzo della riparazione;
- in definitiva, il sistema prescelto da Storz non rientrava affatto nel concetto di manutenzione, ma in quello di nuova fornitura ed era incentrato, come riconosciuto dalla stessa stazione appaltante, su una logica protezionistica volta a favorire fenomeni di lock-in;
- all'esito della consultazione Estar aggiudicava la procedura negoziata a Kosmed.

1.2. Con la sentenza qui appellata il TAR ha dichiarato, in parte, inammissibile il ricorso, quanto alla denunciata sovrapposizione della consultazione di mercato con la precedente gara, e, comunque, lo ha respinto anche nel merito siccome infondato.

2. Avverso la detta decisione, con il mezzo qui in rilievo, la società appellante deduce che:

- a) tramite procedura informale ESTAR ha di fatto affidato a Invernizzi/Kosmed una (nuova) fornitura di dispositivi in realtà già oggetto

di convenzione con Sincronis, stipulata a seguito di regolare procedura aperta. Il TAR non avrebbe colto la reale dinamica della procedura qui in rilievo che, indetta come manutenzione dei dispositivi esistenti Storz, sarebbe stata infine trasformata in una fornitura di nuovi dispositivi Storz tramite il sistema del *repair/exchange*, consistente nell'integrale sostituzione dei dispositivi esistenti (e pertanto nella fornitura di nuove apparecchiature). In tal modo, si sarebbe verificata la denunciata sovrapposizione tra le due procedure: ed, infatti, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, la convenzione affidata a Sincronis non era limitata alla sola implementazione del numero degli strumenti ottici presenti ma già prevedeva (per effetto della proposta migliorativa) la sostituzione di ottiche Storz non riparabili;

b) l'operato di Estar si porrebbe in aperta violazione dei principi della concorrenza, non rilevata dal TAR, privilegiando un soggetto incorso in comportamenti anticoncorrenziali volti a conservare la propria posizione di fornitore, evenienza peraltro riconosciuta anche da Estar. Verrebbe dunque ulteriormente alimentata la rilevata situazione di monopolio dal momento che la negoziazione ha avuto come esito reale la fornitura di nuove apparecchiature (in luogo della loro manutenzione), fornitura rispetto alla quale non sussistevano i presupposti giustificativi della procedura negoziata.

2.1. Resistono in giudizio Ernesto Invernizzi S.p.A. e Kosmed S.r.l., che hanno concluso per il rigetto del ricorso siccome inammissibile ed infondato. Si è, altresì, costituita in giudizio Estar che, parimenti, ha chiesto il rigetto del ricorso.

2.2. Il contratto (della validità di 12 mesi) veniva sottoscritto nel novembre del 2019 ed, in sede cautelare, l'istanza proposta veniva respinta, dapprima, con decreto presidenziale n. 1741 del 3.4.2020 e, poi, con ordinanza n. 2169 del 23.4.2020, “*..in considerazione del fatto che il contratto è stato da tempo stipulato e che le esigenze conservative del rapporto in essere assumono, in questa fase, decisa prevalenza onde assicurare continuità al servizio in atto di manutenzione dei sistemi diagnostici qui in*

rilievo, in uso presso le Aziende toscane, da ritenersi indispensabili per un'adeguata assistenza terapeutica rispetto a gravi patologie”.

2.3. Le parti hanno depositato memorie illustrative con le quali hanno ribadito le proprie tesi, replicando a quelle avverse. All'udienza del 24.9.2020 il ricorso, infine, è stato trattenuto in decisione.

3. L'appello è infondato e, pertanto, va respinto.

Vale premettere che i temi controversi veicolati con il mezzo qui in rilievo si sviluppano lungo due direttrici che involgono, da un lato, la possibile sovrapposizione della procedura di gara oggi in contestazione (manutenzione ottiche rigide Storz) con quella precedentemente indetta da Estar nel 2016 ed avente ad oggetto la fornitura ed il servizio di riparazione di sistemi ottici per indagini endoscopiche da destinare alle aziende sanitarie ed ospedaliere della Regione, procedura aggiudicata a Sincronis Medical s.r.l. (lotto 2) e, dall'altro, l'affidamento diretto del servizio di manutenzione all'ATI con Invernizzi mandataria.

Ai suddetti temi corrispondono i capi di decisione in cui si articola la decisione appellata, entrambi attratti nel fuoco della contestazione.

4. Orbene, quanto al primo tema di discussione, l'appellante anche nell'ottica di superare i rilievi di irricevibilità sollevati dal giudice di prime cure con la pronuncia appellata precisa che la procedura di consultazione di mercato si sarebbe impropriamente “trasformata” da una iniziale procedura indetta per la sola manutenzione dei dispositivi *Storz* in una fornitura di nuovi dispositivi, favorendo così l'emersione dell'interesse di Sincronis a contestarne gli esiti.

Ritiene il Collegio che la decisione appellata rifletta sul punto una sufficiente capacità di resistenza alle doglianze mosse dall'appellante, non ravvisandosi una sovrapposizione delle due procedure nei termini prospettati.

4.1. Le due procedure avevano, infatti, un oggetto diverso: la prima, quella cioè indetta nel 2016 ed aggiudicata a Sincronis, concerneva la fornitura di “nuove” ottiche per la chirurgia mini-invasiva con i relativi servizi

manutentivi, ivi inclusi il *repair/exchange* delle ottiche non in garanzia, per un numero massimo di 87 ottiche e n. 25 riparazioni.

Di contro la procedura di consultazione qui in contestazione concerneva la manutenzione di tutte le ottiche Storz (per tutte le procedure chirurgiche) in uso presso tutte le Aziende Sanitarie Toscane e nell'avviso che ha dato ad essa corso – e che non risulta fatto oggetto di gravame - la manutenzione veniva conformata secondo le seguenti rigide specifiche:

- 1) svolgimento della manutenzione secondo le prescrizioni delle vigenti leggi/norme e le prescrizioni del fabbricante, con garanzia del mantenimento delle caratteristiche originali dell'apparecchiature che hanno portato alla marcatura CE;
- 2) la disponibilità di tecnici adeguatamente formati dal fabbricante e costantemente aggiornati;
- 3) il possesso delle necessarie documentazioni tecniche aggiornate e più in generale di tutto quanto necessario per una corretta manutenzione effettuate in conformità alle prescrizioni del fabbricante;
- 4) disponibilità di parti di ricambio nuove ed originali.

4.2. E' pur vero che la nota migliorativa allegata (allegato A2 richiamato dall'art. 1 della convenzione stessa) alla convenzione stipulata da Sincronis ad esito della prima gara recava una promessa aggiuntiva del suddetto operatore nel senso che *“se Estar avesse delle ottiche Storz (o di altra marca) danneggiate..., in occasione di ogni singola nuova fornitura Novaura si dichiara disponibile a valorizzarle al prezzo forfettario di euro 150 più IVA cadauna, e ciò indipendentemente dallo stato in cui si trovano, portandone il relativo valore a deconto della fornitura del nuovo”*; in quella gara, dunque, la ricorrente offriva in via aggiuntiva il proprio impegno al ritiro delle ottiche Storz e la loro sostituzione, a un prezzo scontato, con le ottiche da lei fornite aventi marca Hipp.

Tale proposta migliorativa, che si dispiega pur sempre nell'ottica del rinnovo del parco ottiche in uso alle Aziende toscane e che, comunque, non genera un vincolo cogente in capo al destinatario di tale promessa, potendo questi

fruirne o meno, non determina, però, di per se stessa, e con la pretesa automaticità, una sovrapposizione rispetto alla nuova procedura di consultazione che aveva ad oggetto il distinto servizio di manutenzione (e non la nuova fornitura) di tutte le ottiche Storz esistenti nelle strutture sanitarie della Regione, pari a circa 2000 dispositivi, rispetto alla quale la sostituzione delle ottiche già in uso mediante il servizio “*repair/exchange*” costituisce una modalità esecutiva.

Tanto è sufficiente per il rigetto dell’appello dovendo ritenersi assorbiti in tale statuizione i distinti profili relativi alla (aggiuntiva) dichiarazione di irricevibilità della censura contenuta nella sentenza appellata.

5. In relazione al secondo tema in contestazione che involge l’affidamento mediante procedura negoziata all’ATI con Invernizzi mandataria del servizio di manutenzione delle ottiche Storz, occorre qui ribadire che il fabbisogno organizzativo e funzionale a presidio del quale si poneva *ab imis* l’iniziativa di approvvigionamento coltivata da Estar era incentrato non già sul rinnovo del parco ottiche di marca Storz in uso alle Aziende sanitarie toscane ma unicamente sulla loro manutenzione.

Da qui, come sopra anticipato, la pubblicazione dell’avviso di consultazione del mercato riferito al suddetto servizio in cui venivano riportate tutte le caratteristiche tecniche minime richieste.

5.1. E’ acquisito agli atti che la divisata procedura evidenziava che il servizio in argomento, per come conformato, risultasse gestito unicamente da Storz (ovvero da operatori ad esso collegati) e che, pertanto, avesse il predicato dell’esclusività tecnica: l’unica opzione per effettuare il servizio di manutenzione in conformità alle prescrizioni del fabbricante e quindi garantire il mantenimento delle caratteristiche originali delle apparecchiature che hanno portato alla marcatura CE si rilevava, invero, l’affidamento al produttore stesso o a soggetti cui esso avesse trasferito il know how.

Nessuno degli altri operatori, inclusa la stessa Sincronis, riusciva a dimostrare di possedere ricambi originali e il know-how adeguato. D’altronde, era la

stessa ditta Karl Storz a comunicare di non fornire a soggetti terzi, diversi dai propri distributori autorizzati, parti di ricambio e know-how.

Tanto in ragione delle peculiarità del mercato di riferimento di cui dava atto Estar che giustappunto rilevava “la situazione di mercato esistente, in cui un solo operatore è autorizzato ad intervenire sui dispositivi Storz e quindi ad effettuare la manutenzione, con il sistema della sostituzione (repair exchange), sulle ottiche Storz presenti nelle strutture sanitarie della Regione. La scelta dell’operatore idoneo a provvedere alla manutenzione è quindi una scelta vincolata, dettata da una situazione di monopolio che giustifica il ricorso alla procedura negoziata”.

5.2. Le divise emergenze procedimentali esaurendo il primo snodo della vicenda qui in rilievo hanno, dunque, consegnato alla Stazione appaltante elementi conoscitivi ben precisi che – indipendentemente dai fattori che avevano causato un’obiettiva barriera di ingresso per gli altri operatori - restringevano il ventaglio delle soluzioni tecniche effettivamente praticabili: l’alternativa che, invero, si poneva alla stazione appaltante era quella di rinunciare *tout court* alla gestione manutentiva delle ottiche Storz già in uso, indipendentemente cioè dalla loro funzionalità e dal loro valore economico programmando da subito – e senza tener conto dell’epoca di acquisto e dalla consumazione del periodo di relativo ammortamento - la loro sostituzione, ovvero rivolgersi agli unici operatori presenti sul mercato in grado di svolgere il servizio richiesto alle condizioni dai medesimi previste.

6. Estar ha privilegiato tale seconda opzione ed a giudizio del Collegio le determinazioni assunte, e qui fatte oggetto di contestazione, si rivelano coerenti, come correttamente accertato dal TAR in primo grado, con la disciplina di settore ed immuni dai vizi giuridici e logici sollevati con il mezzo qui in rilievo.

Ed, invero, la stazione appaltante ha giustificato, con adeguata motivazione, le ragioni del ricorso alla procedura negoziata, dando conto in modo analitico della sussistenza dei relativi presupposti giustificativi sulla scorta di elementi

fattuali che trovano peraltro conferma negli atti istruttori richiamati nella gravata deliberazione.

6.1. Segnatamente, nel caso di specie, viene in rilievo la fattispecie di cui all'articolo 63 comma 2 lettera b) e c) n. 2 che ammette l'utilizzo di siffatta metodica di affidamento nel caso in cui la concorrenza è assente per motivi tecnici.

E ciò vieppiù in relazione a macchinari impiegati nella diagnosi e cura di malattie gravissime dei quali occorre assicurare evidentemente – ed in via di urgenza - la perfetta funzionalità.

Da qui la necessità del ricorso alla procedura negoziata attesa anche l'urgenza di assicurare copertura manutentiva al parco macchine in questione giusta le sollecitazioni in tal senso pervenute al seggio di gara.

6.2. Né, si badi bene, il comportamento di ESTAR può dirsi anticoncorrenziale per aver “autorizzato” la pratica manutentiva del *repair exchange* in virtù della quale il produttore, in luogo della riparazione delle ottiche danneggiate, opta per la loro sostituzione con ottiche nuove al prezzo della riparazione.

E' pur vero che, a rigore, con il termine manutenzione si intende usualmente la combinazione di tutte le azioni tecniche, amministrative e gestionali, durante il ciclo di vita di un'apparecchiatura, volte a mantenerla o riportarla in uno stato in cui possa eseguire la funzione richiesta, sottintendendo dunque la conservazione del bene nella sua identità fisica.

6.3. Ciò nondimeno, a giudizio del Collegio, e nella particolarità del caso qui in rilievo, il suindicato concetto deve essere adeguato nella sua rigida valenza semantica alla ordinarie dinamiche di mercato che individuano il *repair exchange* come una comune pratica manutentiva frequentemente in uso, come alternativa modalità esecutiva, nei rapporti di manutenzione di apparecchiature sofisticate come quella in argomento e, peraltro, adottata anche dalla stessa odierna appellante finanche nella precedente gara

aggiudicata sempre da Estar e qui richiamata a sostegno delle tesi sviluppate con il primo motivo di appello.

6.4. Non è superfluo evidenziare che l'oggetto dell'affidamento aggiudicato, come da relative determina autorizzativa (n. 1094 del 2.8.2019) e di aggiudicazione (n. 1183 del 27.8.2019), resta il “*servizio di manutenzione di sistemi ottici rigidi di fabbricazione Karl Storz*”.

La stessa convenzione sottoscritta, in base ai documenti versati in giudizio, recepisce quali prestazioni contrattuali il “*servizio di manutenzione di sistemi ottici rigidi di fabbricazione Karl Storz da destinare alle Aziende sanitarie ed ospedaliere dell'Area Vasta Centro*”, a fronte del quale è stato previsto come corrispettivo, ed in via cumulativa per le ottiche in questione, un canone annuale, che copre qualsiasi tipologia di danno fino al raggiungimento di un numero massimo di sostituzioni (220).

Resta, dunque, confermato il fatto che l'affidamento in questione ha ad oggetto pur sempre la manutenzione, vale a dire il mantenimento in funzione dei sistemi ottici Storz in uso presso le Aziende Sanitarie Toscane, rispetto al quale l'obbligo di riparazione gravante sull'affidataria – per quanto emerso nel corso della consultazione di mercato - risulterebbe (implicitamente) conformato con facoltà alternativa nel senso che STORZ può sostituire piuttosto che riparare nei limiti però degli interventi massimi programmati.

Vi è, infine, da registrare – a fronte delle sollecitazioni dell'appellante - l'impegno anticipato da Estar nei propri scritti difensivi a scongiurare, per il futuro, ulteriori fenomeni di lock in attraverso la previsione nel capitolato in fase di predisposizione per l'acquisto di nuove ottiche di una clausola in virtù della quale, trascorso il periodo di ammortamento decorrente dall'acquisizione iniziale, alla successiva rottura che dovesse verificarsi, l'ottica verrebbe messa fuori uso e dunque dovrebbe essere indetta una gara per l'acquisto di nuova fornitura oppure dovrebbe essere acquistata la nuova ottica dal fornitore medio tempore individuato con gara.

Conclusivamente, l'appello va respinto.

La peculiarità della vicenda scrutinata giustifica la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Garofoli, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Umberto Maiello

IL PRESIDENTE
Roberto Garofoli

IL SEGRETARIO