

Pubblicato il 11/09/2017

N. 04275/2017REG.PROV.COLL.

N. 00467/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
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 467 del 2017, proposto da:
Crimo Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato
e difeso dagli avvocati Fabio Buchicchio, Maria Rita Fiorelli, Giovanni
Corbyons, con domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons in
Roma, via Cicerone 44;

contro

Egas-Ente per la Gestione Accentrata dei Servizi Condivisi, in persona
del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati
Federico Rosati, Stefano Coen, con domicilio eletto presso lo studio
Stefano Coen in Roma, piazza Priscilla N. 4;
Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia non costituito in giudizio;

nei confronti di

Higèa S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e
difeso dall'avvocato Pierpaolo Salvatore Pugliano, con domicilio eletto
presso il suo studio in Roma, largo Messico 7;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. FRIULI VENEZIA GIULIA – TRIESTE,
SEZIONE I, n. 00555/2016, resa tra le parti, concernente procedura
aperta per l'affidamento dei servizi manutentivi di ottiche rigide, ottiche
flessibili, sistemi di videoendoscopia, strumentario chirurgico
specialistico, motori chirurgici, sonde ecografiche e telecamere
endoscopiche di proprietà delle aziende del SSR;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Egas-Ente per la Gestione
Accentrata dei Servizi Condivisi e di Higèa 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 13 luglio 2017 il Cons. Umberto
Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Giovanni Corbyons, Federico
Rosati e Pierpaolo Salvatore Pugliano;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Crimo Italia S.r.l. impugna la sentenza del Tar Friuli con cui è stato respinto il suo ricorso diretto all'annullamento del lotto n.2 per l'appalto -- della durata di 36 mesi e per un importo complessivo per il triennio di € 247.500 -- concernente la fornitura ed i servizi di manutenzione delle ottiche rigide, ottiche flessibili, sistemi di videoendoscopia, strumentario chirurgico specialistico, motori chirurgici, sonde ecografiche e telecamere endoscopiche.

L'appello è affidato a cinque rubriche di gravame con cui:

-- si lamenta rispettivamente l'errore in giudicando, l'illegittimità del rifiuto di autotutela;

--si ripropone la richiesta risarcitoria introdotta in prime cure.

Si è costituita in giudizio l'Ente per la Gestione Accentrata dei Servizi Condivisi che, con memoria in data 14 febbraio 2017, ha analiticamente confutato le tesi di parte ricorrente.

La controinteressata Higèa, con rituale atto di costituzione del 15 febbraio ha riproposto, ai sensi articolo 101 del c.p.a. ultimo periodo, le domande e le eccezioni dichiarate assorbite nella sentenza impugnata; con la successiva memoria del 24 febbraio 2017 ha eccepito l'inammissibilità del primo, secondo e quarto motivo di appello e sottolineato l'infondatezza nel merito della seconda e della terza rubrica d'appello.

Con ordinanza n. 940/2017 la Sezione ha respinto la richiesta di sospensione cautelare della sentenza.

Con i relativi scritti difensivi e le relative repliche le parti hanno insistito nelle proprie argomentazioni. In particolare la Higèa ha contestato la tardività della documentazione depositata in data 21.6.2017, ulteriormente confutando le contrarie conclusioni.

All'udienza pubblica di discussione i difensori hanno richiamato le proprie argomentazioni insistendo per il rigetto.

DIRITTO

Può prescindere dall'esame delle eccezioni preliminari dell'appellata in ragione dell'infondatezza nel merito del gravame.

1.§. Per ragioni di economia espositiva possono essere esaminati congiuntamente i primi due capi di doglianza che attengono al medesimo nucleo argomentativo.

1.§.1. Con la prima rubrica la società appellante contesta l'affermazione della sentenza impugnata nella parte in cui si è ritenuto che:

-- non sussistevano gli estremi per considerare "offerta condizionata", la dichiarazione aggiuntiva della controinteressata, nella quale si era specificato che "...tutte le parti di ricambio previste nell'ambito dello svolgimento dei servizi oggetto di gara, ove disponibili presso la casa costruttrice del dispositivo e/o fornitore autorizzato, saranno originali";
-- in ogni caso tale specifica non avrebbe reso incerta l'offerta della medesima.

Per l'appellante invece:

-- il Tar avrebbe riduttivamente interpretato la prescrizione di cui al punto 3, lettera E "Ricambistica utilizzata" del CSA per cui, a testimonianza della serietà ed affidabilità dell'offerta, il concorrente avrebbe dovuto specificare l'"elenco dei fornitori dei ricambi originali": al contrario la mancanza di tale elenco avrebbe impedito alla stazione appaltante di

accertare la possibilità del concorrente di fornire ricambi originali da una fonte autorizzata;

-- Higéa non avrebbe fornito la prova che i produttori indicati dalla stessa offerente fossero realmente disponibili ad approvvigionarla direttamente di ricambi originali.

La riserva posta dall'aggiudicataria sarebbe stata un indizio della volontà di escludere la prestazione nel caso in cui la stessa fosse divenuta impossibile per una causa non imputabile all'aggiudicataria ed, in realtà, avrebbe implicitamente dimostrato un'impossibilità originaria di garantire la fornitura promessa.

Il TAR non avrebbe considerato che l'impossibilità sopravvenuta sarebbe stata introdotta solo in via postuma dalla stazione appaltante quale ulteriore criterio per cui sarebbe stato un criterio inutilizzabile ai fini della decisione giurisdizionale. Di qui l'erroneità dell'affermazione del primo giudice per cui la riserva apposta avrebbe avuto rilievo esclusivo nella fase di esecuzione per il fatto che il capitolato avrebbe ab origine escluso il caso di impossibilità, anche sopravvenuta, di fornire pezzi di ricambio originali.

L'erroneità sul punto della sentenza emergerebbe laddove si afferma (a pag.9 ed a pag. 10) che la dichiarazione della controinteressata comporterebbe, in caso di indisponibilità dei ricambi originali, la disponibilità di fornire "ricambi equivalenti" -- dotati del marchio di qualità e fornita da distributori certificati ISO 9000 -- secondo le prescrizioni del CSA. A tale riguardo l'Higéa non avrebbe invece prodotto alcun documento attestante l'equivalenza dei ricambi compatibili proposti con quelli originali.

In ogni caso i ricambi proposti potrebbero essere al più considerati "idonei all'utilizzo" e quindi avrebbero dovuto essere apprezzati con pt. 0, ai sensi della tabella di cui a pagina 57 del CSA.

1.§.2. Sempre erroneamente la sentenza avrebbe rigettato la seconda censura ritenendo legittima l'attribuzione alla controinteressata del punteggio massimo ancorché questa in luogo di allegare l'elenco dei fornitori di ricambi originali -- come tassativamente richiesto al paragrafo E (pag. 55) -- aveva indicato come fornitori dei pezzi di ricambio i produttori stessi delle apparecchiature elettriche.

Il ricorso all'espressione "fornitori" nel bando avrebbe indicato chiaramente che i ricambi originali avrebbero potuto essere forniti solo da rivenditori autorizzati, salva la prova contraria da parte dell'aggiudicatario, nel caso di specie non fornita. Erroneamente il Tar ha ritenuto di poter considerare equivalenti produttori e fornitori dato che, per fatto notorio ex articolo 115 c.p.c., le case produttrici non forniscono direttamente i pezzi di ricambio, e spesso nemmeno il prodotto finale agli utenti ultimi, ma si avvalgono di una rete di assistenza e ricambi, formata da soggetti che normalmente svolgono in esclusiva anche attività di manutenzione.

Tanto la Storz quanto l'Olympus, due delle case produttrici indicate dalla controinteressata si avvalgono infatti di manutentori ufficiali e non fornirebbero ricambi originali ad altri soggetti.

Né l'Higéa ha fornito la prova di essere un rivenditore autorizzato di tutte le case indicate.

Pertanto l'offerta dell'aggiudicataria non poteva essere qualificata come diretta alla fornitura integrale di ricambi originali ma piuttosto di ricambi solo "idonei" (da valutarsi con punti zero invece di 10 attribuiti) o di ricambi in parte compatibili (da apprezzarsi con punti quattro invece che 10).

La diminuzione dei punteggi comporterebbe automaticamente l'aggiudicazione a CRIMO.

1.§.3. Entrambe le censure devono essere disattese.

Invano la Crimo cerca di contestare il contenuto e l'affidabilità dell'offerta dell'impresa controinteressata, insinuando che l'aggiudicataria non avrebbe avuto la possibilità di fornire ricambi "originali" e che, in realtà, si sarebbe trovata in una situazione non dissimile da quella dell'appellante (che aveva presentato un'offerta con ricambi "equivalenti" e per questo era stata penalizzata nei punteggi finali).

In tale direzione non vi sono infatti elementi che possano supportare l'affermazione per cui l'Higéa, al solo fine di ottenere il massimo dei punteggi, avrebbe artatamente dichiarato che i ricambi sarebbero stati tutti originali, pur sapendo di non poter garantire affatto tale prestazione. L'espressione utilizzata dall'Higéa -- per cui "tutta la ricambistica impiegata... sarà originale" -- elimina ogni dubbio sul fatto che la concorrente ha posto in essere una precisa, ed inequivoca, dichiarazione di contenuto e carattere negoziale, che appare perfettamente conforme al punto I.f. della "Documentazione tecnico-qualitativa".

Se l'espressione definiva con precisione il contenuto dell'obbligazione principale di HIGÉA, l'inciso apposto alla predetta dichiarazione principale presupponeva comunque la circostanza per cui l'obbligo dei ricambi originali sarebbe stato rispettato, sempreché questi fossero effettivamente "...disponibili presso la casa costruttrice del dispositivo e/o fornitore autorizzato...".

Tale specifica concerne la possibile evenienza del sopravvenire nel corso di esecuzione di contratto della dimostrata impossibilità (temporanea o definitiva) per l'appaltatore di fornire ricambi originali in conseguenza di precise scelte di politica industriale del produttore.

In base alla comune esperienza, una volta superato il decennio d'obbligo ai sensi della normativa comunitaria, le case cercano infatti di spingere i consumatori a comprare le nuove produzioni.

Si deve dunque concordare con la Difesa dell'Amministrazione appellata quando ricorda che i produttori tendono a non fornire pezzi più ricambi originali per le macchine e le apparecchiature più datate.

Per questo, ritenere che, nel contesto dell'offerta, la specificazione di una possibile mera eventualità, potesse implicare un giudizio di totale inaffidabilità della relativa proposta è in palese contrasto con l'effettivo contenuto della complessiva dichiarazione dell'aggiudicataria.

L'impossibilità sopravvenuta di ricambi originali certamente infatti non potrebbe concernere, e coinvolgere tutte le prestazioni di un contratto d'appalto con la durata di mesi 36 (rinnovabile per altri 36), senza implicare l'immediata risoluzione per inadempimento del contratto di appalto.

Per questo è del tutto inconsistente il richiamo alla nozione di offerta condizionata.

La dichiarazione concernente l'evenienza di cui sopra, lungi dal preconstituire una anticipata excusatio, presentava una precisazione che costituiva un elemento di chiarezza dell'offerta ed appare un indizio della serietà della valutazione complessiva di tutti gli elementi dell'affare fatta dalla concorrente.

In sede di gara di appalto, legittimamente la Commissione giudicatrice ha dunque ritenuto che non vi fossero reali e consistenti ragioni per poter contestare le formali dichiarazioni delle offerenti ed ha attribuito i conseguenti punteggi sulla base dell'offerta tecnica.

Sulla scia delle considerazioni che precedono deve quindi essere integralmente respinto anche il secondo motivo.

L'elenco prodotto dall'impresa aggiudicataria, contenente i nominativi dei produttori delle apparecchiature, sul piano procedimentale era del tutto sufficiente, ed anzi --- come sottolineato dal TAR --- dava comunque la ragionevole certezza che l'approvvigionamento dei ricambi sarebbe stato fatto mediante il ricorso a componentistica originale.

Inoltre non risulta affatto certo che, come assume l'appellante, tutte le case produttrici si affidino esclusivamente a soggetti terzi per la vendita dei ricambi originali.

Non sono state infatti fornite univoche indicazioni sull'affidamento a concessionari esclusivi di servizi di vendita di ricambi e di manutenzione (non potendo esser considerato tale la filiale italiana della STORZ che è una diretta emanazione della multinazionale svizzera).

Non può, al riguardo, dunque invocarsi l'articolo 115 c.p.c. relativamente alla circostanza per cui i produttori non venderebbero direttamente i propri prodotti.

Basta infatti una banale indagine su uno dei motori di ricerca disponibili nel web per scoprire, ad esempio, che nel sito internet della STORZ è possibile rinvenire un "Catalogo on-line" che offre la diretta disponibilità dei pezzi di ricambio degli strumenti di sua produzione.

Invano l'appellante pretenderebbe dunque di dimostrare, con il solo riferimento al preteso "fatto notorio", l'inidoneità dei produttori individuati da HIGÈA ad essere qualificati come fornitori "autorizzati". Sarebbe al riguardo stata necessaria un'espressa dichiarazione, o comunque indicazione specifica anche sul web, dell'Olympus e della Storz sull'affidamento a distributori esclusivisti della vendita di ricambi per le ottiche rigide oggetto del presente appalto.

In tale ottica appare convincente l'assunto dell'appellata per cui, proprio la lamentata mancata produzione delle specifiche certificazioni di equivalenza dei prodotti non originali, dimostrerebbe la volontà dell'aggiudicataria di offrire tale ricambistica dato che la lex specialis non richiedeva alcuna certificazione di equipollenza, la quale avrebbe dovuto esser prodotta, in via eventuale, solo in caso di utilizzo di ricambi equivalenti.

Il Capitolato Speciale, al paragrafo 3 relativo alla Documentazione tecnico-qualitativa (pag. 55) al punto E. "Ricambistica utilizzata" richiedeva che la ditta fornisse l'elenco dei fornitori dei ricambi originali, senza che fosse apposta alcuna ulteriore specificazione e senza alcun onere probatorio aggiuntivo a carico del concorrente circa la loro specifica qualificazione nell'ambito dell'organizzazione commerciale del produttore interessato.

Del tutto inconsistente infine è poi la pretesa per cui si sarebbe surrettiziamente introdotto un nuovo criterio di valutazione non previsto nella legge di gara. E' evidente infatti che, di fronte ad un'offerta dichiaratamente concernente ricambi originali, legittimamente in sede di valutazione all'offerta la Commissione ha attribuito per il punteggio massimo di 10 punti corrispondente alla valutazione per l'offerta di ricambi originali.

In definitiva dunque entrambi i motivi sono infondati e vanno integralmente respinti.

3.§ Con la terza rubrica si contesta la sentenza nella parte in cui il Tar ha respinto la censura concernente l'irragionevolezza dell'attribuzione dei punteggi, eludendo la sostanza della censura con cui si sarebbe lamentata che, una volta ammessa dalla lex specialis la possibilità di fornire "ricambi equivalenti" ai sensi dell'articolo 68 del D.lgs. 163/2006, non vi sarebbe stata alcuna ragione per discriminare i ricambi "equivalenti" rispetto agli "originali" con l'attribuzione di un punteggio inferiore. E ciò perché il capitolato speciale prevede l'obbligo di riparazione degli strumenti senza alcun limite al numero degli interventi, rendendo ininfluyente ogni considerazione sull'usura di ricambi.

La CRIMO non aveva offerto ricambi compatibili non per ragioni di risparmio economico ma per l'unica circostanza che non aveva avuto accesso ai ricambi originali, non avendo rinvenuto produttori o manutentori ufficiali disponibili a fornirglieli.

Il Tar non si sarebbe pronunciato sull'illogicità della previsione di una griglia di valutazione delle offerte recante una divaricazione dei punti in una percentuale superiore al 100%.

Anche tale assunto va respinto.

Fatta salva la ricorrenza di elementi sintomatici di un eccesso di potere (quali palesi illogicità, irragionevolezza o sviatori meccanismi diretti a favorire indebitamente un concorrente), la valutazione circa la legittimità dei criteri di attribuzione dei punteggi alle offerte in una gara di appalto, interseca profili di merito amministrativo che, di norma, esulano dal sindacato di questo Giudice se, ed in quanto, appaiono coerenti con le finalità pubbliche che sono dichiaratamente affidate all'esecuzione del contratto.

Nel merito si osserva che il principio comunitario dell'equivalenza delle tecnologie, che è un corollario del principio di non discriminazione dei produttori, concerne precipuamente la fase della partecipazione alle gare con prodotti compatibili o idonei per prestazioni, ma non per questo comporta ex sé il diritto alla automatica equiparazione, sul piano delle attribuzione di punteggi, tra prodotti di differente origine e tecnologia, che invece va valutata caso per caso in relazione alla tipologia delle prestazioni.

Nella fattispecie in esame, specie considerando che l'appalto concerneva la manutenzione di attrezzature di precisione non pare né illogico e né particolarmente iniquo che -- sul presupposto non irragionevole di una loro maggiore affidabilità, durabilità e compatibilità -- la stazione appaltante abbia ritenuto, in sede di fissazione dei criteri di valutazione, di dover accordare una consistente preferenza ai ricambi originali.

In base alla comune esperienza, i ricambi originali concernenti apparecchiature di alta tecnologia sono tendenzialmente preferibili

rispetto alla medesima componentistica delle altre aziende produttrici, in quanto escono dalle medesime linee di produzione e sono del tutto identici a quelli utilizzati in sede di prima installazione.

Essi sono più costosi e comportano meno margini per l'appaltatore, ma garantiscono tendenzialmente un migliore funzionamento delle macchine e quindi un miglior andamento delle prestazioni delle stesse. La minore usura si risolve infatti in un minor numero di arresti del funzionamento delle apparecchiature e quindi in un miglior servizio per i pazienti e gli operatori sanitari.

Si deve dunque condividere l'assunto dell'Amministrazione per cui la differenza di punteggio è ampiamente giustificata dal fatto che la normativa di gara richiede che, in via preferenziale, vengano offerte parti di ricambio originali.

In definitiva, proprio la considerazione delle esigenze degli operatori e dei pazienti porta a dover concludere, sul piano della logica e della razionalità, che la griglia di attribuzione del punteggio, nella parte in cui assegna 10 punti all'offerta di ricambi originali e 4 agli equivalenti, appare comunque coerente con le esigenze pubbliche poste a base del capitolato di gara.

4.§. Con la quarta censura si lamenta che il diniego di autotutela di EGAS si sarebbe in realtà risolto in un'integrazione postuma della motivazione senza che fossero individuate in maniera puntuale le ragioni di tale diniego. Il Tar non si sarebbe pronunciato sulla sostanza delle censure con cui la Crimo lamentava che:

- a) la commissione avrebbe erroneamente riferito l'impossibilità della prestazione alla fase dell'esecuzione;
- b) il diniego di autotutela, come configurato dall'art. 243 bis del (oggi abrogato) D.lgs. n.163/2006 non può essere né un atto di conferma né una specificazione dei motivi di valutazione delle offerte;
- c) erroneamente la commissione aveva affermato l'idoneità della dichiarazione HIGÈA ad attestare l'impegno a fornire tutti i ricambi originali, in quanto la stessa – come formulata – avrebbe denotato un'incapacità originaria della stessa;
- d) il capitolato avrebbe escluso l'eventualità di una impossibilità sopravvenuta della fornitura dei pezzi di ricambio originali.

L'assunto è inammissibile oltre che infondato.

Quanto all'inammissibilità si deve ricordare che, con l'art. 243 bis dell'abrogato codice degli appalti pubblici, il legislatore aveva voluto solo offrire all'ente pubblico l'opportunità di un riesame in via di autotutela della fattispecie per cui appare così quanto meno dubbio che il diniego di autotutela costituisca un atto impugnabile dato che il legislatore non ha voluto dar vita a un procedimento contenzioso o para-contenzioso a tutela di una posizione giuridica soggettiva (cfr. infra multa Consiglio di Stato sez. III 29 dicembre 2012 n. 6712).

Di qui l'inammissibilità di motivi autonomi diretti solo avverso il provvedimento espresso di diniego di autotutela.

A tutto voler concedere, comunque le ulteriori motivazioni del diniego espresso – in quanto scaturiscono da un sub procedimento espressamente disciplinato dal legislatore -- non possono affatto essere considerati una indebita motivazione postuma, ma costituiscono semplicemente l'espressione di un atto sostanzialmente confermativo.

Nel merito si osserva comunque che, anche a voler prescindere dal profilo che precede, la censura riprende i medesimi profili sostanziali che sono già stati ampiamente disattesi nei punti che precedono, e per questo è infondata.

5.§. In conseguenza del rigetto di tutti gli altri motivi deve respingersi la quinta rubrica.

Esattamente il Tar, una volta respinti i motivi di ricorso ha implicitamente escluso la fondatezza della pretesa della Crimo all'aggiudicazione dell'appalto, alla declaratoria di inefficacia del contratto o in via subordinata al riconoscimento del risarcimento del danno.

6.§. In conclusione l'appello è infondato e la sentenza impugnata deve essere integralmente confermata.

Tuttavia, in relazione alla complessità ed alla natura delle questioni trattate le spese possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando:

1. respinge l'appello, come in epigrafe proposto,
2. Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente
Francesco Bellomo, Consigliere
Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore
Massimiliano Noccelli, Consigliere
Sergio Fina, Consigliere

L'ESTENSORE
Umberto Realfonzo

IL PRESIDENTE
Lanfranco Balucani

IL SEGRETARIO