

N. 01238/2016REG.PROV.COLL.

N. 01627/2010 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 1627 del 2010, proposto da:
CME Soc. Coop. Consortile, rappresentata e difesa dagli avv. Maurizio Discepolo, Barbara Schiada', con domicilio eletto presso il medesimo avvocato Maurizio Discepolo in Roma, Via Conca D'Oro, n. 184/190;

contro

Agenzia Umbria Sanita', rappresentata e difesa dagli avv. Massimo Marcucci, Antonio Campagnola, con domicilio eletto presso Antonio Campagnola in Roma, Via Lutezia, n. 8;

nei confronti di

Regione Umbria, H.C. Hospital Consulting Spa, Ati - Philips Medical System Spa, Ati- Tecnologie Sanitarie Spa, Ati - Ge Medical Systems Italia Spanon costituiti in giudizio;
Elettronica Biomedical Srl in proprio e quale mandataria Ati, rappresentata e difesa dall'avv. Luca Tufarelli, con domicilio eletto presso il medesimo avvocato Luca Tufarelli in Roma, Via Ennio Quirino Visconti n. 20;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. UMBRIA - PERUGIA: SEZIONE I n. 00799/2009, resa tra le parti, concernente affidamento fornitura dei servizi integrati per la gestione e la manutenzione delle apparecchiature sanitarie delle aziende ospedaliere;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Agenzia Umbria Sanita' e di Elettronica Biomedical Srl in proprio e in qualità Mandataria Ati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 ottobre 2015 il Cons. Alessandro Palanza e uditi per le parti gli avvocati Perucca su delega di Discepolo e Cataldo su delega di Tufarelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La C.M.E. Soc. Coop. Consortile ha agito davanti al Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria :

- per l'annullamento del bando di gara indetto dall'Agenzia Umbria Sanità pubblicato sul sito della medesima in data 3 giugno 2009 per l'affidamento della fornitura dei servizi integrati per la gestione e la manutenzione delle apparecchiature sanitarie delle aziende ospedaliere e delle aziende sanitarie locali della Regione Umbria, del disciplinare di gara, del capitolato speciale di appalto, della lettera di invito;
- per l'annullamento di ogni altro atto presupposto, inerente, connesso e consequenziale, in particolare dei chiarimenti formulati in data 2.7.2009 dall'Agenzia Umbria Sanità in risposta ai quesiti formulati dalla cooperativa ricorrente, e delle note di riesame dell'istanza di proroga datate 8 luglio 2009 prot.n. 658 del 15 luglio 2009 prot. 695.
- per il risarcimento di tutti i danni subiti dalla cooperativa ricorrente in conseguenza dell'adozione degli atti illegittimi di cui sopra, nell'importo di euro 30.000 ovvero in quello che verrà determinato in corso di procedura.

In particolare la C.M.E. Soc. Coop. Consortile ha lamentato con il ricorso in primo grado l'illogicità, incongruità e sperequatezza dei requisiti richiesti dal bando di gara rispetto alla reale portata dell'oggetto dell'affidamento. Si censura la richiesta di un fatturato globale relativo a servizi nel settore oggetto dell'appalto per gli ultimi tre esercizi pari a 37.878.813,60 nonché alla brevità dei termini per la presentazione dell'offerta, ritenuta non adeguata alla complessità della prestazione, e la non corretta applicazione del disposto di cui all'art. 49 del codice degli appalti il quale non prevede alcun limite alla cumulabilità dei requisiti economico - finanziari tra i soggetti raggruppandi.

2. - Il TAR dell'Umbria ha dichiarato inammissibile il ricorso nella parte in cui censura il bando per aver stabilito un requisito di partecipazione asseritamente troppo restrittivo. Il TAR ha infatti ritenuto sulla base della normativa di cui al codice degli appalti che legittimamente l'A.U.S. aveva fissato il termine del 10 luglio per la presentazione delle offerte; che non sono state rivolte precise censure al rifiuto di una proroga di detto termine pronunciato dall'ente appaltante a seguito di una richiesta dell'interessata, e che quindi la C.M.E. è decaduta irrimediabilmente dalla possibilità di partecipare alla gara, non avendo presentato l'offerta nel termine stabilito .

3. - La cooperativa appellante afferma la erroneità della sentenza alla luce del disposto dell'art. 70, comma 2, del codice degli appalti che prevede la fissazione di un termine pari a 52 giorni decorrenti dalla data di trasmissione del bando di gara cui dovrebbe aggiungersi la considerazione della complessità della prestazione e del tempo ordinariamente necessario per preparare le offerte. La sentenza erra nel ritenere che la cooperativa ricorrente non avrebbe contestato il mancato rispetto dei termini legali, mostrando implicitamente di ritenersi rispettati. Invece la cooperativa, con le richieste di chiarimenti e ancor più chiaramente con la richiesta di proroga, ha messo in evidenza la difficoltà di mettere a punto la documentazione richiesta nel troppo breve termine concesso. La sentenza è anche errata nella parte in cui ricava la inammissibilità del ricorso dalla mancata partecipazione alla gara, quando questa era determinata dalla previsione di un requisito che avrebbe comportato la immediata esclusione della stessa cooperativa. Il requisito richiesto è illegittimo per la evidente sproporzione rispetto all'importo della gara ed ha quindi l'effetto di determinare una ingiusta lesione degli interessi delle imprese più piccole, dei principi comunitari in materia di concorrenza nonché del principio di favore per la massima partecipazione alle gare. Infine l'appellante censura la non corretta applicazione dell'art. 49 che non prevede impedimento alla cumulabilità dei requisiti economico-finanziari.

4. - La Amministrazione resistente in primo grado e la società controinteressata "Elettronica biomedicale srl" si sono costituite per resistere in giudizio presentando argomentate memorie a sostegno della integrale inammissibilità dell'appello e in ogni caso della assoluta infondatezza di tutti i motivi di appello.

5. - La cooperativa appellante presenta in data 15 ottobre 2015 ulteriore memoria di udienza che ripropone le medesime argomentazioni contenute nell'appello, chiedendo la rimessione nei termini per il deposito della stessa memoria dal momento che solo in data 10 ottobre la difesa appellante avrebbe avuto conoscenza dalla controparte della impossibilità di una composizione stragiudiziale della controversia con particolare riferimento alla rinuncia alle spese di lite fissate in primo grado.

6. - La causa è stata chiamata ed è passata in decisione alla udienza pubblica del 29 ottobre 2015.

7. - Il Collegio ritiene inammissibile per manifesta carenza di interesse il ricorso in primo grado e di conseguenza l'appello in relazione alla mancata partecipazione alla gara da parte della cooperativa appellante con conseguente mancanza di legittimazione ad agire nei confronti di tutti gli atti che la concernono sulla base delle seguenti considerazioni.

7.1. – Risultano convincenti e condivisibili le argomentazioni dell'Amministrazione resistente e della società controinteressata che dimostrano la congruità del requisito di fatturato richiesto per un triennio che non è affatto sproporzionato ma appare congruo rispetto all'importo della gara. Esso è infatti leggermente inferiore al complessivo fatturato corrispondente al contratto pluriennale a cui la gara si riferisce, calcolato per il quadriennio di durata. La cooperativa appellante fa invece riferimento al valore del contratto per ciascun anno che non è un dato coerente con la richiesta di un requisito concernente un fatturato pluriennale.

7.2. – E' inoltre del tutto evidente che la cooperativa appellante avrebbe potuto avvalersi, sulla base della normativa vigente, della possibilità di raggiungere il fatturato richiesto attraverso la prevista procedura del raggruppamento di imprese. Del resto la stessa cooperativa ha dimostrato di essere chiaramente consapevole di ciò nelle fasi che precedono la scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, richiedendo solo una proroga per la raccolta della documentazione. La richiesta di chiarimenti rivolta alla stazione appaltante al riguardo non è pertanto comprensibile in presenza di una normativa tanto chiara e di frequente applicazione. Altrettanto poco comprensibile e comunque generica è la censura relativa alla non corretta applicazione della normativa di cui all'art. 49 del codice degli appalti in materia di cumulabilità dei requisiti economico finanziari tra i soggetti raggruppati.

7.3. – Pertanto non può individuarsi nel bando di gara alcuna clausola che effettivamente abbia impedito o anche solo ostacolato la possibilità di partecipazione alla gara della cooperativa appellante attraverso ordinarie procedure e facoltà di qualsiasi concorrente. Ciò a prescindere dalla giurisprudenza che comunque richiede la partecipazione alla gara come condizione di legittimazione ad impugnare la conseguente esclusione.

7.4. – Non può rintracciarsi neppure nella brevità dei termini previsti dal bando una valida scusante dal momento che l'Amministrazione ha dimostrato che i termini adottati - ancorché certamente più brevi di quelli ordinari - sono comunque legittimi alla stregua dei commi 8 e 9 dell'art. 70 del codice dei contratti. Di conseguenza deve considerarsi legittimo anche il rifiuto opposto alla richiesta di proroga.

8. - Il ricorso in primo grado e conseguentemente l'appello devono pertanto dichiararsi integralmente inammissibili e la sentenza di primo grado deve essere confermata con motivazione solo in parte diversa.

9. – Tenuto conto del comportamento delle parti ed in particolare delle scelte legittime ma non vincolate della stazione appaltante nella fase di impostazione della gara con particolare riferimento agli aspetti segnalati nel punto 7.4., si ravvisano giusti motivi per compensare le spese del giudizio con riferimento al presente grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

respinge l'appello nei termini indicati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Dante D'Alessio, Consigliere

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere, Estensore

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/03/2016

IL SEGRETARIO