N. 01973/2014REG.PROV.COLL.

N. 00842/2014 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 842 del 2014, proposto da:
EBSCO International Inc., rappresentata e difesa dagli avv. Carlo Emanuele Gallo e Alberto Romano, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, Lungotevere Sanzio 1;

contro

Società CELDES srl, rappresentata e difesa dagli avv. Paolo Carbone e Guido Mancini, con domicilio eletto presso il primo in Roma, viale Regina Margherita 290; Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia Autonoma di Trento, rappresentata e difesa dagli avv. Andrea Manzi e Marco Pisoni, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Federico Confalonieri 5;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. della PROVINCIA di TRENTO n. 00402/2013, resa tra le parti, concernente affidamento fornitura di abbonamenti a periodici italiani e stranieri cartacei ed elettronici e servizi accessori occorrenti all'APSS

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Società CELDES srl e dell'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia Autonoma di Trento;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 aprile 2014 il Cons. Vittorio Stelo e uditi per le parti gli avvocati Romano, Mancini e Scafarelli su delega dell'avvocato Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Tribunale regionale di Giustizia Amministrativa di Trento, con sentenza n. 402 del 7 novembre 2013 depositata il 6 dicembre 2013, ha respinto il ricorso incidentale proposto dalla EBSCO International Inc., con sede in Wilmington – Delaware (USA), e accolto il ricorso principale proposto dalla CELDES s.r.l., con sede in Roma, ambedue avverso atti della procedura aperta per l'affidamento triennale, con il criterio dell'offerta più economicamente vantaggiosa, della fornitura di abbonamenti a periodici italiani e stranieri, cartacei ed elettronici e dei relativi servizi accessori, indetta dall'Azienda provinciale per i Servizi Sanitari di Trento con bando in data 17 ottobre 2012.

Il giudice di prime cure ha respinto dapprima il ricorso incidentale volto all'esclusione della Celdes dalla gara per non aver indicato i costi della sicurezza per "interferenze".

In effetti la Celdes aveva riportato, per errore materiale, la stessa cifra prestampata per i costi della sicurezza interna (€ 409,00) anche nel riquadro relativo ai costi da interferenze ove era stampato l'importo di € 00,00, senza però inficiare così l'offerta e il prezzo complessivo annuo delle tre voci di costo, riportato correttamente con la somma dei singoli prezzi complessivi.

Circa il ricorso principale è stata dapprima disattesa la richiesta di sospensione del giudizio, sollevata dalla Celdes, volta a sottoporre alla Corte di Giustizia U.E. la questione pregiudizievole sulla compatibilità dell'art. 47 del D.Lgs. n. 163/2000, applicabile anche agli appalti di forniture e di servizi, con il diritto comunitario, posto che quella norma ha recepito le disposizioni del G.P.A. (Agreement on Goverment Procurement – Accordo sugli appalti pubblici) del 1994 (allegato all'accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio – W.T.O.), sottoscritto dagli U.S.A. e dall'U.E., e quindi le successive direttive europee, per cui vige il principio di apertura del mercato degli appalti pubblici alla concorrenza internazionale, subordinatamente al rispetto del principio di qualificata reciprocità.

Quindi la Ebsco, società americana, che agisce in Italia tramite agente-procuratore speciale, può partecipare agli appalti pubblici in Italia ma a condizione di reciprocità, "vincolo normativo e giuridico" che va riscontrato per l'appunto in specifiche norme di diritto internazionale e specificatamente europee, le quali, in deroga, prevedono, fra l'altro, che gli operatori economici statunitensi sono legittimati a concorrere in procedure per il solo acquisto di "servizi" per non meno di 200.000 SDR (special drawing rights ovvero diritti speciali di prelievo all'epoca equivalenti a circa € 215.000,00), ciò in contropartita proprio agli U.S.A. che per parte loro hanno stabilito una soglia analoga e anzi più elevata.

Il giudice, premesso che nella fattispecie va applicata la disciplina delle forniture, oggetto principale del contratto, ma anche dei servizi, pur se non indicati precisamente nella *lex specialis*, ha rilevato che l'importo del valore dei servizi, sia pure utili ai fini del punteggio, era inferiore di certo alla soglia dei 200.000 SDR, per cui la Ebsco era da escludere dalla gara, con annullamento degli atti della procedura selettiva.

Peraltro il T.A.R. ha ritenuto anche che la Ebsco non poteva utilizzare dichiarazioni sostitutive dovendo invece, in quanto extraeuropea, produrre certificati o attestazioni rilasciati dallo Stato estero, con traduzione in lingua italiana autenticata dall'autorità consolare italiana, né può rilevare una certificazione proveniente dagli U.S.A. e autenticata da notaio dell'Alabama che attesta solo il possesso di taluni requisiti.

Infine si accoglie l'istanza di risarcimento in forma specifica con il subentro della Celdes e con la condanna dell'A.P.S.S. di Trento e della Ebsco al pagamento delle spese di giudizio.

2. La EBSCO International Inc., con atto notificato il 21 gennaio 2014 e depositato il 31 gennaio 2014, ha interposto appello, con domanda di sospensiva, riproponendo sostanzialmente il motivo dedotto in primo grado con il ricorso incidentale lamentando ancora l'erronea indicazione dei costi di sicurezza nell'offerta della Celdes e l'illegittimità della successiva regolarizzazione.

Quindi censura la sentenza impugnata laddove ha ritenuto di individuare una soglia di servizi inferiore ai 200.000 SDR, non desumibile dalla disciplina di gara, per cui assegnando il bando ai servizi il punteggio di 40 su 100 punti ne discendeva il 40% dell'importo a base triennale (€ 1.227.000,00) superiore a quella soglia minima; in realtà l'appalto era solo di forniture e non di servizi, essendo i servizi accessori elementi della fornitura e il punteggio di 40 punti era relativo ad aspetti della fornitura stessa.

Ribadisce la validità della dichiarazione sostitutiva presentata dall'ing. Cassi, cittadino italiano e amministratore delegato di società italiana, nonché della citata attestazione statunitense redatta con formulazione tipica negli U.S.A..

3. La CELDES s.r.l. si è costituita con memoria depositata il 12 febbraio 2014 replicando argomentatamente ai motivi dell'appello a sostegno della sentenza impugnata.

In particolare eccepisce l'inammissibilità delle censure concernenti i costi di sicurezza dovuti comunque a errore materiale conseguente alla formulazione del modulo equivoca sul punto, e della nuova prospettazione della dichiarazione sostitutiva dell'ing. Cassi.

Comunque richiama a suo favore il principio della tassatività delle cause di esclusione e contesta la precedenza data all'esame del ricorso incidentale non ritenuto escludente anche alla luce della nota sentenza della Corte di Giustizia U.E. del 4 luglio 2013 (n. C – 100/12), posto che le sole due imprese in gara hanno dedotto censure anche analoghe e che la fattispecie era connotata da aspetti peculiari connessi a un operatore straniero.

Ripropone infine i motivi assorbiti in primo grado, e cioè:

a) l'incompletezza, sotto diversi profili, delle dichiarazioni prodotte dalla Ebsco ex art. 38, c.1, lett. b) e c) del D.Lgs. n. 163/2000 (relativamente al procuratore italiano e all'assenza di condanne per reati gravi in capo al procuratore e ai rappresentanti americani); b) l'illegittimità della fideiussione bancaria rilasciata dalla Ebsco italiana senza averne il potere; c) incertezza e equivocità dell'offerta, rimodulata inammissibilmente su richiesta della Commissione quanto al paramento economico di riferimento.

Con memorie depositate il 18 e il 21 marzo 2014 sono state ribadite le argomentazioni già svolte e si è replicato alle memorie avversarie.

4. L'APSS-Azienda provinciale per i Servizi Sanitari di Trento si è costituita con memoria depositata il 14 febbraio 2014 in adesione all'appello e a sostegno della legittimità dell'operato dell'Amministrazione.

Sottolinea, fra l'altro, la natura indicativa dell'importo a base di gara e il carattere "misto" dell'appalto, di fornitura e di servizi.

Con memorie depositate il 18 e il 21 marzo 2014 sono state ribadite le argomentazioni precedenti e sono state contestate le memorie avversarie, rigettando anche i motivi riproposti.

5. La causa, rinviata alla trattazione del merito nella camera di consiglio del 18 febbraio 2014, all'udienza pubblica del 3 aprile 2014 è stata trattenuta in decisione.

6. L'appello è infondato e la sentenza impugnata merita conferma, richiamando sostanzialmente le anche le estese argomentazioni già svolte dal T.A.R. e così potendo prescindere dall'esame della priorità o meno dell'esame del ricorso incidentale sul ricorso principale sollevata peraltro in primo grado dalla appellata Celdes.

Ai fini del decidere occorre poi in via preliminare verificare se nella fattispecie ricorra il caso dell'appalto di sola fornitura ovvero di appalto misto di fornitura e servizi ovvero di servizi, e quindi se la quota di importo a base d'asta relativa ai servizi fosse superiore o meno ai 200.000 SDR.

A ben leggere, la procedura in questione, come evidenziato dal T.A.R., ha ad oggetto un appalto misto di fornitura e di servizi, con oggetto le forniture dei periodici ma anche servizi cd. "accessori" e aggiuntivi di vario genere, per cui l'azienda concorrente avrebbe dovuto comunque possedere i requisiti di capacità prescritti per i servizi (artt. 14 e 15 Codice Contratti Pubblici).

Può convenirsi con il T.A.R. per il quale il valore massimo dei servizi, sempre dalla lettura degli atti di gara, risulta oggettivamente inferiore alla soglia minima dei 200.000 SDR, e pertanto per tale motivo la Ebsco, che peraltro aveva dichiarato i servizi aggiuntivi nello 0,9% dell'importo offerto, era da escludere dalla gara, in conseguenza del complesso delle normative internazionali, europea e italiana puntualmente richiamate sempre dai giudici di prime cure riguardo alla cd. reciprocità e ritenute compatibili fra loro nella sentenza ai fini del rigetto della richiesta di pregiudiziale comunitaria.

In via pregiudiziale però si rileva che nella fattispecie l'APSS di Trento, anziché utilizzare direttamente la propria organizzazione con le proprie risorse organiche e finanziarie, ha preferito, con autonoma scelta discrezionale, "esternalizzare" il compito asseritamente "istituzionale", fornitura di abbonamenti a periodici e servizi connessi, facendo ricorso a uno specifico appalto per la ricerca di un tramite tipo "broker", che si impegnasse a svolgere direttamente quel compito nella sua totalità, a un prezzo ritenuto comunque vantaggioso e satisfattivo per l'Amministrazione e comprensivo della commissione, così prescindendo dalla quota servizi che veniva conseguentemente a diluirsi ancor più e scendere ulteriormente al di sotto della soglia minima.

Tale considerazione avvalora l'obbligo di escludere la Ebsco dalla selezione.

Si soggiunge che anche la dichiarazione sostitutiva e la documentazione prodotta dalla Ebsco risultano invero non corrispondere – perché parziali o incomplete o imperfette o addirittura inammissibili – alle previsioni di gara e alla particolare normativa, che richiede, in questo caso, la presentazione di specifici documenti contraddistinti da determinate formalità non rispettate nella

fattispecie e quindi non validi ai fini degli appalti pubblici in Italia, per cui anche tale circostanza avrebbe dovuto indurre all'esclusione della Ebsco, con ciò esimendo dal valutare altri profili dedotti.

Ad abundantiam si soggiunge che, a prescindere dalla dianzi citata questione circa la priorità dell'esame decisa dal T.A.R., si concorda con il giudice di prime cure anche riguardo alla infondatezza della censura circa i costi di sicurezza indicati dalla Celdes, oggetto del ricorso incidentale della Ebsco e qui riproposta.

Premesso che l'omessa distinta indicazione degli oneri di sicurezza per le cd. interferenze e per il rischio "aziendale" comporta la sanzione espulsiva (cfr., da ultimo, III n. 348/2014), pur tuttavia nella fattispecie la Celdes si è trovata a duplicare il costo per la sicurezza interna (€ 409,00) anche sul riquadro dedicato al costo per le interferenze (già prestampato con € 0,00), per evidente errore materiale, come riconosciuto dal T.A.R., tenuto conto anche della formulazione del modello, e ciò non ha peraltro influenzato, come emerge, l'importo complessivo dell'offerta e non ha pregiudicato quindi la comprensione, la conoscibilità e la chiarezza dell'offerta stessa.

Il *lapsus calami* in effetti non ha modificato l'offerta e non avrebbe giustificato la sua esclusione dalla partecipazione all'appalto.

In conclusione l'offerta Ebsco non poteva essere ammessa alla procedura in esame mentre l'offerta della Celdes era ammissibile e quindi meritava l'aggiudicazione dell'appalto.

7. Per le considerazioni che precedono l'appello va respinto e la sentenza impugnata va confermata con motivazione in parte diversa, con la conseguente definitiva aggiudicazione della gara, salvi i controlli di rito, alla CELDES per il periodo previsto nel bando.

La complessità e la particolarità della fattispecie inducono a disporre la compensazione delle spese dei due gradi di giudizio

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Spese dei due gradi di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere, Estensore

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/04/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)