N. 03538/2014REG.PROV.COLL.

N. 04164/2014 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 4164 del 2014, proposto da:
CELDES s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Paolo Carbone e Guido Mancini, con domicilio eletto presso gli stessi in Roma, viale Regina Margherita, 290;

contro

Azienda Ospedaliero Universitaria Santa Maria della Misericordia di Udine, rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Coen e Federico Rosati, con domicilio eletto presso il primo in Roma, piazza di Priscilla, 4;

nei confronti di

EBSCO International Inc. con sede in Wilmington- Delaware (USA), rappresentata e difesa dagli avv. Carlo Emanuele Gallo e Alberto Romano, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, Lungotevere Sanzio, 1;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. FRIULI-VENEZIA GIULIA – TRIESTE - SEZIONE I n. 00179/2014, resa tra le parti, concernente affidamento fornitura di abbonamenti a periodici italiani e stranieri con servizi accessori e banche dati - ris. danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliero Universitaria Santa Maria della Misericordia di Udine e di EBSCO International Inc.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2014 il Cons. Vittorio Stelo e uditi per le parti gli avvocati Mancini, Rosati e Romano;

Visto l'art. 60 c.p.a. e considerato che sussistono i presupposti per definire il giudizio nel merito ai sensi della citata disposizione della cui applicabilità è stato dato avviso alle parti presenti alla camera di consiglio fissata per l'esame dell'istanza incidentale di sospensione della sentenza impugnata formulata dall'appellante;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Tribunale amministrativo regionale per il Friuli Venezia Giulia, con sentenza n. 179 del 23 aprile 2014 depositata il 24 aprile 2014, ha respinto, con compensazione delle spese, il ricorso con motivi aggiunti proposto dalla CELDES s.r.l., con sede in Roma, avverso atti della procedura a evidenza pubblica per l'affidamento biennale, con il criterio prezzo più basso, della fornitura di abbonamenti a periodici italiani e stranieri, dei relativi servizi accessori e banche dati indetta, per 33 lotti, dall'Azienda Ospedaliera Universitaria Santa Maria della Misericordia di Udine, e in particolare avverso l'aggiudicazione definitiva di taluni lotti, con determinazione dirigenziale n. 1044 del 14 novembre 2013, a favore della EBSCO International Inc., con sede in Wilmington – Delaware (U.S.A.), e il diniego di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione di cui alla nota n. 69805 del 18 dicembre 2013.

Il giudice di prime cure ha dapprima ritenuto inammissibile il ricorso proposto avverso alcuni lotti, posto che la CELDES o non vi aveva partecipato o si era classificata al 3° posto, quindi ha disatteso alcune censure rivolte avverso la correttezza e completezza di alcuni documenti prodotti dalla EBSCO e la mancata indicazione dei costi della sicurezza.

Il T.A.R. ha richiamato poi la sentenza di questa Sezione n. 1973/2014, pronunciata su caso analogo a conferma della sentenza n. 402/2013 del T.R.G.A. di Trento, ma ha ritenuto di discostarsene con argomentante considerazioni in relazione a talune caratteristiche che differenziano la fattispecie qui all'esame.

Il giudice quindi sostiene che l'art. 47 del D.Lgs. n. 163/2006 ("Operatori economici stabiliti in Stati diversi dall'Italia") - che ha recepito il G.P.A. (Accordo sugli appalti pubblici) del 1994 (allegato all'accordo istitutivo del W.T.O., sottoscritto dagli U.S.A. e dall'U.E. nel 1994) e quindi la Nota generale apposta dall'U.E.e le successive direttive europee- che subordina la partecipazione agli appalti al principio della qualificata "reciprocità", non è applicabile al caso di specie ai fini della partecipazione della EBSCO alla gara.

Invero quella norma avrebbe riguardo solo agli appalti di lavori pubblici e non anche alle forniture e ai servizi, come invece affermato da più pronunce di TT.AA.RR. e del Consiglio di Stato (citata III n. 1973/2014) e dall'A.V.C.P., e ciò in sintonia con il principio di apertura massima alla concorrenza.

Ciò premesso, dopo aver ripercorso i contenuti e i requisiti di cui alla citata normativa e rammentato il limite dei 200.000 DSP (diritti speciali di prelievo, pari a circa € 215.000) per partecipare alle

procedure per l'affidamento di "servizi", si soggiunge che nella fattispecie si versa nell'ipotesi di gara di "fornitura", con prestazione di "dare" comprensiva anche dei cd. servizi accessori (anch'essi "forniture") "imprescindibili corollari" e "attività connaturali" alla fornitura, e quindi sarebbero inapplicabili gli artt. 14 e 15 Codice dei Contratti e i limiti di reciprocità posti a livello europeo per la partecipazione di ditte statunitensi.

Infine erano da considerarsi regolari, in un'ottica sostanzialistica dell'art. 38 Codice, l'autodichiarazione dell'amministratore delegato della EBSCO Italia e la dichiarazione resa dinanzi a notaio statunitense, e ciò anche ai fini della sottoscrizione della cauzione provvisoria.

2. La CELDES s.r.l., con atto notificato il 15 maggio 2014 e depositato il 20 maggio 2014, ha interposto appello, con domanda di sospensiva, per taluni lotti riproducendo sostanzialmente la gran parte dei motivi di primo grado e richiamando la ridetta sentenza n. 1973/2014, ai fini invece dell'applicabilità della normativa internazionale, europea e italiana alla fattispecie e in particolare dell'art. 47 Codice, collocato nella Parte II riferita a "contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture" e allo stesso GPA, che fa riferimento anche alle forniture e ai servizi.

Si tratterebbe di appalto misto di fornitura e "servizi accessori" (come da disciplina di gara), quindi con valore dei servizi della EBSCO inferiore al detto limite dei 200.000 DPS (come da modulo di offerta, per commissioni e sconti sul prezzo base oltre 3 milioni di euro); inoltre il contratto in questione, ove fosse ricompreso nei "servizi di abbonamento" di cui all'allegato II A del Codice, potrebbe rientrare, come effettuato da parte di altre stazioni appaltanti, in quelli di commissione ex art. 1731 c.c., con la sostanziale vanificazione del detto limite, e la P.A. si porrebbe solo come intermediario, in tal caso operando il divieto di partecipazione posto dalla citata Nota generale dell'U.E. in generale per gli operatori U.S.A..

Ripropone infine le censure sollevate in ordine sia alla non conformità dell'autocertificazione e della dichiarazione del notaio statunitense alla normativa italiana vigente per i documenti da produrre da operatori stranieri, sia avverso la presentazione della cauzione provvisoria sottoscritta dall'amministratore delegato dell'EBSCO senza averne il potere, censura asseritamente non esaminata dal T.A.R..

Insiste per la domanda risarcitoria.

3. L'Azienda Ospedaliera Universitaria S. Maria della Misericordia di Udine si è costituita con atto depositato il 12 giugno 2014 e con memoria depositata il 16 giugno 2014 ha replicato argomentatamente ai motivi dell'appello a sostegno della sentenza impugnata e dell'operato dell'Amministrazione.

Si sottolinea la diversità della fattispecie all'esame rispetto a quella di cui alla sentenza n. 1973 (gara al prezzo più basso; nessuna distinta valutazione di punteggio qualitativo per i servizi; nessun distinto corrispettivo per i servizi) e il carattere di appalto di sola fornitura.

Evidenzia che l'appalto ha avuto già inizio data l'urgenza.

4. La EBSCO International Inc. si è costituita con memoria depositata il 17 giugno 2014 anch'essa motivatamente a supporto della sentenza impugnata.

Sottolinea in particolare come la CELDES intenda configurare il contratto in questione come di somministrazione, in contrasto con il disciplinare, per di più sul punto non impugnato.

5. La causa, alla camera di consiglio del 19 giugno 2014, è stata trattenuta ai sensi dell'art. 60 c.p.a..

6. L'appello è fondato e la sentenza va riformata con l'accoglimento del ricorso di primo grado.

La Sezione non può invero non conformarsi alla recente sentenza n. 1973/2014 pronunciata su analoga gara e alla quale ci si richiama anche per esigenze di economia processuale.

Il Collegio ritiene infatti che l'art. 47 del Codice Contratti, per la sua collocazione nel Codice e per aver recepito le ridette disposizioni internazionali ed europee anche riguardo alle forniture e ai servizi, si debba applicare pure nella fattispecie con le limitazioni, generali e speciali, in tema di reciprocità poste in quella sede per l'appunto ai fini della partecipazione degli operatori statunitensi nell'ottica della tutela della *par condicio* e quindi delle condizioni concorrenziali.

Come per il caso di cui alla sentenza n. 1973, in via pregiudiziale si rileva che anche nel caso di specie l'Azienda Ospedaliera Universitaria di S. Maria della Misericordia, 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 più servizi connessi e specificati nel disciplinare, facendo ricorso a uno specifico appalto per la ricerca di un tramite, che si impegnasse a svolgere direttamente quel compito nella sua totalità, a un prezzo si il più basso ma ritenuto comunque 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.

Né le asserite "differenze" con l'appalto di cui alla sentenza n. 1973 rilevano in questa sede come anche il dettaglio della natura della prestazione e dei vari servizi accessori, in quanto afferiscono a modalità dell'appalto e non all'oggetto dell'appalto stesso da considerarsi unitariamente e complessivamente come dianzi prospettato e non smentito dalle previsioni della disciplina di gara.

Tali argomentazioni già di per sé, per la valenza pregiudiziale, sono idonee all'accoglimento dell'appello ed esimono dall'esame di altri più specifici profili dedotti, tuttavia, per completezza e come già sostenuto con la citata sentenza n. 1974/2014, 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 determinare 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.

In proposito alla Sezione preme precisare che di recente si è ritenuto di ricorrere in altri casi ad una ottica "sostanzialistica", qui invocata dal T.A.R., ma corre l'obbligo di sottolineare che nella fattispecie si tratta dell'applicazione di disposizioni di natura speciale rivolte nei riguardi di determinati operatori stranieri, tenuti a dimostrare il possesso di taluni requisiti indispensabili, a pena di esclusione, con documenti sul piano "formale" conformi alle normative degli Stati di provenienza e a quella italiana, quindi a garanzia della loro autenticità e completezza, quale adempimento "doveroso" anche sul piano "sostanziale" volto proprio al rispetto della *par condicio*.

In conclusione, va annullata l'aggiudicazione dell'appalto *de quo* alla EBSCO per i lotti appellati con il conseguente affidamento della prestazione alla CELDES e con il subentro per tutto il periodo dell'appalto medesimo previsto in 2 (due) anni dalla *lex specialis*, così soddisfacendo la pretesa risarcitoria in forma specifica.

Poiché però la Stazione appaltante ha riferito di aver già proceduto per motivi di urgenza alla stipula della convenzione e all'inizio della prestazione da parte della EBSCO, la stessa valuterà in alternativa se limitare il subentro solo al periodo residuo dell'appalto unitamente al risarcimento dei danni da quantificare, il più sollecitamente possibile, in contraddittorio con la CELDES, salve quindi ulteriori eventuali impugnative in merito.

7. Ne consegue che l'appello va accolto e, in riforma alla sentenza impugnata, va accolto il ricorso di primo grado.

L'appalto e il risarcimento seguono le sorti come sopra indicato e, tenuto conto della particolarità del caso di specie, si ritiene di disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado.

Dispone l'annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto alla EBSCO con subentro della appellante CELDES nell'aggiudicazione e nel contratto per il periodo previsto dal disciplinare, ovvero per il periodo residuo unitamente al risarcimento dei danni da quantificare come in motivazione.

Spese del giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/07/2014

IL SEGRETARIO

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