

N. 01320/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00425/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 425 del 2014, proposto da:
Tecnologie Sanitarie S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Valentino Vulpetti, con domicilio eletto presso l'avv. Daniele Granara nel suo studio in Genova, via Bartolomeo Bosco, 31/4;

contro

Agenzia Regionale Sanitaria - ARS Liguria - Area Centrale Regionale d'Acquisto, rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Cocchi e Gerolamo Taccogna, presso i quali è elettivamente domiciliata nel loro studio in Genova, via Macaggi, 21/8;

ASL 1 Imperiese, ASL 2 Savonese, ASL 3 Genovese, ASL 4 Chiavarese, ASL 5 Spezzino, E.O. Galliera, Ospedale Evangelico Internazionale, non costituiti in giudizio;

nei confronti di

Prima Vera S.p.a., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della determinazione n. 71 del 1/4/2014, con cui l'Ente precedente ha modificato il disciplinare di gara e il capitolato tecnico, relativamente alla gara d'appalto avente ad oggetto il "servizio di gestione e manutenzione di apparecchiature elettromedicali ed attrezzature tecnico-scientifiche di ASL 1 Imperiese, ASL 2 Savonese, ASL 3 Genovese, ASL 4 Chiavarese, ASL 5 Spezzino, E.O. Ospedali Galliera e Ospedale Internazionale Evangelico";

della determinazione n. 65 del 24/3/2014, con cui l'Ente ha modificato il Mod. F2 – "Schema di offerta economica", il disciplinare di gara e il capitolato tecnico, Sez. A e Sez. B;

del disciplinare di gara, del capitolato speciale e del capitolato tecnico e relativi allegati, relativi alla predetta gara, nella parte in cui disciplinano la manutenzione delle apparecchiature ad alta tecnologia nonché nella parte in cui prevedono la possibilità di rinnovare la durata del contratto;

del disciplinare di gara, con particolare riferimento al criterio di valutazione delle offerte tecniche di cui all'art. 5, punto 4;

dell'avviso pubblicato sulla G.U.C.E. S61 del 27/3/2014;

del bando di gara pubblicato sulla G.U.C.E. S19 del 28/1/2014;

della rettifica al bando di gara pubblicata sulla G.U.C.E. S217 del 8/11/2013;

del bando di gara pubblicato sulla G.U.C.E. S200 del 15/10/2013;

di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti,

e per la conseguente condanna al risarcimento dei danni in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente monetario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Agenzia Regionale Sanitaria - ARS Liguria;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 giugno 2014 il dott. Richard Goso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso giurisdizionale notificato il 18 aprile 2014 e depositato il successivo 24 aprile, l'impresa Tecnologie Sanitarie S.p.a. ha impugnato gli atti con cui l'Amministrazione intimata, dapprima, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di manutenzione delle apparecchiature elettromedicali e tecnico-scientifiche delle aziende sanitarie liguri e, successivamente, ha modificato in parte la disciplina di gara.

Con i primi due motivi di ricorso, viene denunciata la violazione, a seguito del riavvio della procedura concorrenziale, dei termini per la presentazione delle offerte e delle regole in tema di pubblicità della legge di gara.

Il terzo motivo è teso a censurare la legittimità delle previsioni che circoscrivono la possibilità di effettuare interventi manutentivi sulle cosiddette apparecchiature “ad alta tecnologia” alle aziende produttrici e alle imprese che dispongono di personale abilitato dagli stessi produttori.

Gli altri motivi di ricorso riguardano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti funzionali, la pretesa violazione delle regole legislative in materia di subappalto e la legittimità della clausola che prevede la possibilità di rinnovo del contratto.

La ricorrente propone anche, in via dichiaratamente subordinata, domanda di risarcimento dei danni, nel caso in cui non fosse possibile conseguire l'annullamento degli atti di gara.

Si è costituita in giudizio l'intimata Agenzia Regionale Sanitaria (A.R.S. Liguria), eccependo l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

Con ordinanza n. 176 del 15 maggio 2014, è stata fissata l'udienza per la trattazione di merito.

In prossimità della pubblica udienza, le parti costituite hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive posizioni.

In particolare, con la memoria depositata il 13 giugno 2014, la difesa dell'amministrazione ha chiesto che il giudizio fosse sospeso fino alla pubblicazione della sentenza che, nelle more, aveva definito analogo ricorso, di cui era stato pubblicato il solo dispositivo; la sentenza di che trattasi (n. 944 del 16 giugno 2014), peraltro, è stata pubblicata pochi giorni dopo.

Il ricorso, quindi, è stato chiamato alla pubblica udienza del 26 giugno 2014 e ritenuto in decisione.

Ha fatto seguito la pubblicazione del dispositivo di sentenza n. 1024 del 27 giugno 2014.

DIRITTO

E' controversa la legittimità degli atti con cui A.R.S. Liguria ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di manutenzione delle apparecchiature elettromedicali e tecnico-scientifiche delle aziende sanitarie liguri.

L'Amministrazione resistente eccepisce, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso per mancata notifica ad almeno uno dei controinteressati: poiché il ricorso mira dichiaratamente a rimuovere una pretesa situazione di favore per le aziende produttrici di apparecchiature “ad alta tecnologia”, esso avrebbe dovuto essere notificato almeno ad uno di tali operatori economici, appartenenti ad una ristretta cerchia di soggetti facilmente individuabili grazie all'elencazione delle apparecchiature contenuta negli atti di gara.

L'eccezione non può essere condivisa.

Per pacifico orientamento giurisprudenziale, infatti, il bando e gli altri atti costituenti la *lex specialis* della gara d'appalto non hanno, per loro natura, destinatari determinati che possano essere identificati come soggetti controinteressati.

Tale principio non può subire deroghe nel caso di specie in quanto, pur essendo note le aziende produttrici già al momento della pubblicazione del bando, non era affatto certo che le stesse intendessero partecipare alla gara (o che, partecipandovi, si sarebbero potute collocare in posizione

utile ai fini dell'affidamento dell'appalto), cosicché la tesi dell'eccezione finisce per configurare una categoria di "controinteressati potenziali" sconosciuta all'ordinamento.

Nel merito, conviene procedere prioritariamente all'esame della censura dedotta con il terzo motivo di ricorso, concernente la legittimità della clausola (art. 6.2 del capitolato tecnico) che limita la possibilità di effettuare interventi manutentivi sulle cosiddette apparecchiature "ad alta tecnologia" (essenzialmente apparecchi medici di diagnostica per immagini) al personale dotato di apposita "attestazione" rilasciata dalle aziende produttrici delle apparecchiature medesime, fatta salva la possibilità di subappalto.

Tale previsione si rivelerebbe distorsiva della concorrenza in quanto favorisce ingiustificatamente le aziende produttrici, a danno degli operatori del settore che, come l'odierna ricorrente, non sono produttori delle apparecchiature in questione.

Si tratterebbe, peraltro, di una clausola palesemente illegittima, poiché eccedente i requisiti di qualificazione tecnica che possono essere pretesi in forza delle vigenti previsioni normative e tale da porre le aziende produttrici in grado di condizionare la partecipazione alla gara dei potenziali concorrenti.

Identiche questioni sono state recentemente affrontate con la sentenza n. 944 del 16 giugno 2014, di accoglimento del ricorso proposto da un'altra impresa che, pur non essendo azienda produttrice di apparecchiature di diagnostica per immagini, era interessata a partecipare alla gara *de qua*.

Con tale pronuncia, si è affermato che, fermo restando il riconoscimento dell'ampia discrezionalità della stazione appaltante in ordine all'individuazione dei requisiti di partecipazione alla specifica gara d'appalto, la previsione che identifica come idoneo il solo personale tecnico munito di apposita abilitazione rilasciata dalle aziende produttrici (con esclusione di tutti gli altri tecnici specializzati, anche se eventualmente esperti nella manutenzione di apparecchiature identiche per tipologia e funzioni, ma prodotte da altre aziende) introduce un requisito di partecipazione eccedente i limiti di ragionevolezza e proporzionalità connaturati alla funzione della contestata disposizione.

La legge di gara, infatti, prevede già che il personale tecnico addetto al servizio debba possedere particolari requisiti professionali, in particolare un'ampia esperienza di lavoro maturata in servizi analoghi a quello oggetto dell'appalto, da un minimo di tre anni (per non più del 50% dei tecnici specialisti) fino a dieci anni (per il capo tecnico specialista).

Il requisito ulteriormente previsto per il solo personale addetto alla manutenzione degli apparecchi di diagnostica per immagini appare ridondante e concretizza, pertanto, una clausola limitativa della concorrenza che non trova supporto in alcuna previsione normativa, non essendo rinvenibili nell'ordinamento disposizioni che valgano a sorreggere l'equazione formulata dalla stazione appaltante tra manutentori qualificati e personale formato (e conseguentemente abilitato) dalle aziende produttrici delle singole apparecchiature.

Inoltre, la contestata disciplina di gara favorisce indebitamente i produttori anche perché, attribuendo loro il potere di individuare il personale tecnico idoneo all'esecuzione degli interventi manutentivi, li erige al ruolo di arbitri della procedura concorrenziale, con la sostanziale possibilità, attraverso l'arbitrario rifiuto di rilascio delle menzionate attestazioni, di ridurre o azzerare a proprio piacimento la platea dei potenziali concorrenti.

Fermo restando che, qualora l'azienda produttrice decida eventualmente di non partecipare alla gara, essa sarebbe comunque garantita dalla clausola che impone l'affidamento in subappalto delle

prestazioni manutentive per le alte tecnologie e consente, di fatto, l'applicazione di condizioni più vantaggiose di quelle che sarebbero possibili in un regime di libera concorrenza.

Per tali ragioni, le contestate clausole della legge di gara, che riconoscono alle aziende produttrici un sostanziale ruolo di monopolisti sulle prestazioni manutentive da svolgere sulle proprie apparecchiature, devono essere dichiarate illegittime in quanto, imponendo il possesso di un requisito non indispensabile in relazione all'oggetto del contratto e ultroneo rispetto agli scopi perseguiti in concreto, integrano una violazione del principio di massima partecipazione.

Sono meritevoli di annullamento, pertanto, l'art. 6.2 del capitolato tecnico nonché le previsioni del disciplinare di gara che richiamano i requisiti di ammissione ivi previsti.

E' fondata anche l'ulteriore censura dedotta con il terzo motivo di ricorso, concernente la legittimità della clausola (art. 5, punto 4, del disciplinare di gara) che prevede l'attribuzione di uno specifico punteggio in rapporto al "numero tecnici qualificati per le alte tecnologie" messi a disposizione dall'impresa concorrente, con un massimo di 10 punti per le unità di personale tecnico eccedenti la dotazione minima di 6 unità.

Premesso che la nozione di "tecnici qualificati" identifica il solo personale delle aziende produttrici ovvero abilitato dalle stesse, tale previsione avvantaggia in modo ingiustificato, anche in sede di valutazione dell'offerta tecnica, le aziende produttrici delle apparecchiature, ossia i soli soggetti che dispongono di "tecnici qualificati" nel proprio organico o che hanno il potere di attestare tale condizione per i manutentori esterni.

Anche quest'ultima previsione del disciplinare di gara, pertanto, si appalesa illegittima e meritevole di annullamento.

Si può prescindere dallo scrutinio del primo e del secondo motivo di ricorso, contenenti censure relative alla violazione dei termini di formulazione di presentazione delle offerte e delle forme prescritte per la pubblicità degli atti di gara, atteso che l'accoglimento del terzo motivo comporta comunque l'esigenza di ripetizione della procedura.

Deve essere esaminato, invece, il quarto motivo, con cui viene denunciata la violazione dell'art. 2, comma 1 *bis*, del codice dei contratti pubblici, che, "al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese", impone alle stazioni appaltanti di suddividere gli **appalti** in lotti funzionali, "ove possibile ed economicamente conveniente", ovvero di indicare nella determina a contrarre la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti.

Lamenta l'esponente che la gara d'appalto in contestazione, non solo non è stata suddivisa in lotti, ma comporta che il servizio di manutenzione delle apparecchiature elettromedicali di tutti gli ospedali della Liguria sia affidato ad un unico operatore economico per un periodo di otto anni, con l'inevitabile effetto di favorire le multinazionali a danno delle piccole e medie imprese che operano nel settore.

La difesa della stazione appaltante eccepisce la tardività della censura e la sua inammissibilità per carenza di interesse.

Entrambe le eccezioni non paiono meritevoli di condivisione.

E' vero, infatti, che anche la gara originariamente indetta nel mese di ottobre del 2013 non prevedeva alcuna suddivisione in lotti, ma, in conseguenza della sentenza di annullamento n. 1532

del 12 dicembre 2013, la gara è stata riavviata e il ricorso è stato regolarmente notificato nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione del nuovo bando.

E' evidente, in secondo luogo, che la ricorrente, pur non avendo dichiarato nella domanda di partecipazione di essere una piccola o media impresa, è interessata a dedurre una censura idonea a comportare, nell'eventualità di accoglimento, una modifica degli atti di gara in senso favorevole alla propria situazione sostanziale.

Nel merito, la censura è fondata.

Ha recentemente precisato la giurisprudenza amministrativa che, dal menzionato comma 1 *bis*, emerge un complessivo disegno volto a favorire le piccole e medie imprese, nell'ottica della tutela più ampia possibile della concorrenza e al fine di evitare che **appalti** per importi troppo elevati possano privilegiare solo le aziende più grandi (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 18 marzo 2014, n. 694).

Tale disposizione delinea, quindi, il principio secondo cui la stazione appaltante deve privilegiare la suddivisione della gara in lotti funzionali, laddove non sussista un valido e comprovato vantaggio economico per l'amministrazione.

Nel caso in esame, è incontestato che nei provvedimenti di indizione della gara non fosse stato evidenziato alcun concreto profilo di convenienza economica connesso all'espletamento di una procedura unitaria né puntuali argomenti in tal senso sono contenuti negli scritti difensivi dell'amministrazione, ove si afferma solamente che l'aggiudicazione per lotti disgiunti vanificherebbe la stessa ragione d'essere della centrale di committenza costituita *ex lege* quale punto obbligatorio di approvvigionamento unificato per le strutture del servizio sanitario ligure.

Quest'ultimo assunto non è condivisibile, non essendovi alcuna connessione logica tra il ricorso alla centrale di committenza (opportuna in un'ottica di economie di scala) e la suddivisione in lotti funzionali delle singole gare espletate da tale organismo (suddivisione che, nei casi concreti, potrebbe risultare funzionale al conseguimento delle condizioni economiche più vantaggiose per l'amministrazione).

Non può ritenersi, infatti, che la gara unitaria sia sempre e comunque più conveniente rispetto alla suddivisione in lotti funzionali in quanto, facendo proprio tale assunto, si infrangerebbe inevitabilmente il dettato legislativo che subordina la relativa scelta ad una valutazione concreta da compiersi caso per caso.

In definitiva, non avendo la stazione appaltante dimostrato la concreta ed effettiva convenienza economica di procedere ad una procedura unitaria, la censura deve essere accolta e, per l'effetto, gli impugnati atti di gara devono essere annullati nella parte in cui non prevedono la suddivisione dell'appalto in lotti funzionali.

Il quinto motivo di ricorso propone doglianze inerenti al subappalto delle prestazioni in favore delle aziende produttrici che devono ritenersi logicamente assorbite dalle considerazioni svolte in ordine al terzo motivo.

Resta da esaminare la censura dedotta con il sesto e ultimo motivo di ricorso, concernente l'opzione di rinnovo quadriennale del contratto prevista dall'art. 2 del disciplinare di gara.

Tale previsione, ad avviso dell'esponente, violerebbe il generale divieto di rinnovo dei contratti di appalto scaduti, sancito dagli artt. 11 e 57 del codice dei contratti pubblici.

Quest'ultima censura non può essere condivisa.

Ha precisato il giudice amministrativo d'appello, infatti, che né l'art. 57 del codice dei contratti pubblici né i principi comunitari consolidati in materia contrattuale impediscono il rinnovo espresso dei contratti, allorché la facoltà di rinnovo, alle medesime condizioni e per un tempo predeterminato e limitato, sia *ab origine* prevista negli atti di gara (Cons. Stato, sez. III, 5 luglio 2013, n. 3580).

In particolare, il comma 7 del citato art. 57 dispone esclusivamente il divieto di rinnovo tacito di tutti i contratti aventi ad oggetto forniture, servizi e lavori, comminando la nullità di quelli rinnovati tacitamente.

Inoltre, un argomento positivo a favore dell'ammissibilità del rinnovo contrattuale, se espressamente previsto dalla legge di gara, si trae dall'art. 29 del codice dei contratti che, a proposito del calcolo del valore stimato degli **appalti**, prescrive che si tenga conto di qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto.

E' evidente, peraltro, che il divieto di proroga dei contratti scaduti, introdotto dall'art. 23 della legge 18 aprile 2005, n. 62, è ispirato alla finalità di scongiurare affidamenti reiterati allo stesso soggetto in elusione al principio di concorrenza, eventualità che non può verificarsi nel caso in cui, essendo contemplata l'opzione di rinnovo espressamente dalla legge di gara, ogni concorrente è in grado di formulare la propria offerta in considerazione della durata eventuale del contratto, come si verificherebbe qualora l'amministrazione avesse previsto fin dall'inizio una durata pari a quella risultante dall'eventuale rinnovo (nella specie, quattro anni più quattro).

Considerando la peculiarità delle questioni affrontate, le spese del grado di giudizio vanno compensate fra le parti costituite, fatta ovviamente eccezione per l'importo versato dalla ricorrente a titolo di contributo unificato che, direttamente in forza della previsione legislativa, dovrà esserle rimborsato dall'Amministrazione soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla *in parte qua*, nei limiti indicati in motivazione, i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Roberto Pupilella, Consigliere

Richard Goso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/08/2014

IL SEGRETARIO

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