



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 10310 del 2009, proposto da:
Sifra S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Carlo Tardella, con domicilio eletto presso Carlo Tardella in Roma, via Sabotino n.22;

contro

Linde Medicale S.r.l. in P. e Q. Mand. Rti, rappresentata e difesa dagli avv. Ottavio Grandinetti, Alessandro Pace, con domicilio eletto presso Alessandro Pace in Roma, piazza delle Muse 8; Rti Siad Gas Tecnici S.r.l.;

nei confronti di

Azienda Ospedaliera San Camillo - Forlanini, rappresentata e difesa dall'avv. Rosaria Russo Valentini, con domicilio eletto presso Rosaria Russo Valentini in Roma, corso Vittorio Emanuele II,284; Aifa - Agenzia Italiana del Farmaco;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III QUA n. 11069/2009, resa tra le parti, concernente della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III QUA n. 11069/2009, resa tra le parti, concernente FORNITURA

SISTEMA DI AUTOPRODUZIONE DI OSSIGENO E DI ARIA MEDICALE.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Linde Medica S.r.l. in P. e Q. Mand. Rti e di Azienda Ospedaliera San Camillo - Forlanini;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 marzo 2011 il Cons. Lanfranco Balucani e uditi per le parti gli avvocati Grandinetti, Tardella, in proprio e su delega dell'avv. Russo Valentini e dello Stato De Felice;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso proposto dinanzi al TAR Lazio la società LINDE MEDICALE s.r.l. (di seguito: LINDE) ha impugnato la delibera 22.4.2009, n.945 della Azienda Ospedaliera San Camillo_Forlanini e tutti gli atti connessi, con i quali l'Azienda stessa ha proceduto ad acquistare direttamente dalla società SIFRA s.r. (di seguito: SIFRA), mediante procedura negoziata senza pubblicazione del bando (ai sensi dell'art.57, comma 2, lett. B) d. lgs. n. 163/2006) un sistema di autoproduzione di ossigeno e uno di autoproduzione di area medica.

Con sentenza 11 novembre 2009, n.11069 il TAR Lazio, Sez. III Quater, così decideva:

a)disattendeva la eccezione di inammissibilità sollevata da SIFRA, la quale sosteneva che LINDE, non avendo un prodotto tecnicamente adeguato a quello oggetto della procedura negoziata, non avrebbe potuto partecipare alla gara e quindi non sarebbe stata titolare di un interesse giuridicamente rilevante alla impugnativa, bensì di un interesse di mero fatto;

b)accoglieva il ricorso, avendo ritenuto fondato:

-il primo motivo del ricorso introduttivo, con il quale si denunciava la mancanza delle condizioni previste dall'art. 57 d.lgs. n.163 per la procedura negoziata;

-il primo dei motivi aggiunti, nella parte in cui il ricorrente lamentava che l'apparecchio prescelto dall'Azienda per la produzione di area medica non poteva essere considerato come oggetto di privativa industriale;

-il quarto motivo aggiunto, ove si lamentava che l'Azienda avrebbe prima individuato una determinata apparecchiatura e poi individuato le proprie esigenze, invertendo in tal modo l'iter prefigurato dall'art. 57 cit;

c)dichiarava assorbite le ulteriori censure dedotte con l'atto introduttivo del giudizio e con i motivi aggiunti;

d)respingeva per assoluta genericità l'istanza risarcitoria della ricorrente.

Con atto di appello notificato il 15.12.2009, SIFRA ha dedotto i seguenti motivi di gravame:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 100 cod. proc. civ. e travisamento dei fatti, violazione dell'art.23 L. n.62/2005, contraddittorietà della motivazione.

Secondo la sentenza di primo grado l'interesse a ricorrere di LINDE sarebbe derivato dal fatto che questa, avendo in corso la fornitura dell'ossigeno medico all'Azienda, avrebbe potuto proseguire nella fornitura stessa; ma dalla documentazione in atti si evince che il contratto di LINDE alla data di adozione degli atti impugnati era ampiamente scaduto. Né LINDE aveva alcuna "chance" di offrire il medesimo macchinario oggetto della procedura impugnata, non avendo dato alcuna dimostrazione al riguardo.

2)Violazione e/o falsa applicazione dell'art.57, comma 2, lett. B) d. lgs. n.163/2006 e, occorrendo, dell'art.125 d.lgs. n.163/2006; motivazione erronea, omessa, e contraddittoria; travisamento dei fatti.

Sarebbe priva di fondamento la motivazione della sentenza laddove afferma che nessuno degli adempimenti necessari per far luogo alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando sarebbe stato effettuato dalla stazione appaltante. Ciò in quanto l'Azienda avrebbe provveduto: a) alla individuazione delle esigenze tecniche; b) alla fissazione dei requisiti minimi e alla definizione tecnica del bene; c) allo svolgimento di una indagine conoscitiva.

Per quanto riguarda poi l'impianto di area medica l'affidamento senza gara è avvenuto a norma dell'art. 125 d.lgs. n.163, che prevede la non applicazione delle norme del Codice ai contratti di servizi e forniture sottosoglia.

3) Violazione e falsa applicazione degli artt. 2697 Cod.civ. e 115 Cod. proc. civ..

Ciò nell'assunto che la sentenza, in difetto dell'assolvimento dell'onere probatorio, si è richiamata impropriamente al "fatto notorio", laddove ha affermato che "una ricerca sul Web" dimostra che "...il mercato nazionale ed europeo concernente la vendita e l'installazione di apparecchiature per la produzione diretta di gas medicali di tutti i tipi sembra connotato da una notevole concorrenza tra molte imprese grandi e piccole specializzate nel settore".

Si è costituita in giudizio LINDE la quale ha opposto:

a) l'improcedibilità dell'appello, in relazione alla circostanza che nelle more l'Azienda ospedaliera ha indetto un bando di gara pubblicato sulla G.U.C.E. del 12.1.2010 avente ad oggetto l'acquisizione di apparecchi con le medesime finalità di quelli della delibera annullata dal TAR;

b) l'inammissibilità del primo motivo di appello per i seguenti profili:

- in quanto la sentenza non è stata censurata nella parte in cui si è ritenuto che la dimostrata disponibilità di apparecchi di autoproduzione di area medica fosse sufficiente a fondare l'interesse e la legittimazione al ricorso in capo a LINDE;

- in quanto la delibera 22.4.2009, n.945 è stata impugnata nella parte in cui l'Amministrazione ha ritenuto necessario prorogare i contratti di fornitura di gas

medicali per un periodo di sei mesi nelle more della installazione dell'autoproduttore;

-in quanto, in conseguenza di detta proroga, LINDE aveva titolo a ricorrere;

c) la infondatezza di tutti i motivi di appello dedotti.

Costituendosi in giudizio LINDE ha anche riproposto i motivi di ricorso di primo grado dichiarati assorbiti, che possono essere così riassunti:

-con riferimento alla fornitura dell'autoriproduttore di area medica, l'apparecchio prescelto dalla Azienda ed indicato in offerta dalla SIFRA come apparecchio Air Station 90 C 3 non può neppure astrattamente considerarsi oggetto di privativa industriale;

-quanto poi all'autoproduttore di ossigeno, dalla delibera impugnata emerge che l'Azienda ha scelto di acquisire da SIFRA una apparecchiatura che crea un prodotto avente una concentrazione di ossigeno al di sotto del 99,6% richiesto come valore minimo dalla Farmacopea Ufficiale;

-l'Azienda è incorsa in un palese travisamento laddove ha creduto di poter invocare la normativa tecnica UNI. ISO. EN 1/2/3 a sostegno della propria scelta. Si è anche costituita in giudizio l'Azienda ospedaliera che ha aderito ai motivi di appello dedotti da SIFRA concludendo per l'accoglimento dello stesso.

Con successive memorie le parti hanno ribadito e ulteriormente illustrato le rispettive tesi difensive.

E' stato altresì rappresentato (nella memoria di SIFRA datata 14.2.2001) che la procedura aperta indetta con il bando pubblicato il 12.1.2010, alla quale aveva partecipato anche SIFRA, dopo essere stata oggetto di impugnativa al TAR Lazio da parte di SIFRA è stata annullata in via di autotutela dalla Azienda ospedaliera, e che successivamente sono state accordate proroghe alla fornitura di gas da parte di LINDE.

Alla pubblica udienza del 4 marzo 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1 In via preliminare deve essere disattesa la eccezione di improcedibilità dell'appello sollevata da LINDE, nell'assunto che l'indizione di una gara avente ad oggetto l'acquisizione di apparecchi con le medesime finalità di quelli oggetto della delibera annullata dal TAR con la sentenza quivi appellata (con la conseguente sostituzione della delibera che ha indetto la gara a quella che aveva consentito la procedura negoziata con SIFRA) comporterebbe acquiescenza da parte della Azienda alla sentenza di primo grado.

In disparte la considerazione che l'acquiescenza suscettibile di determinare l'improcedibilità dell'odierno gravame sarebbe semmai quella proveniente dall'appellante SIFRA, va rilevato che la delibera 23.12.2009, n.2636 con la quale l'Azienda ha indetto la gara a procedura aperta –e che peraltro è stata successivamente annullata con delibera 23.3.2010, n.639 – non fa venir meno l'interesse della stessa appellante all'accertamento della legittimità della procedura negoziata –oggetto del presente contenzioso- quantomeno per gli eventuali profili risarcitori.

2 Passando al merito, viene anzitutto all'esame del Collegio la questione di cui al primo motivo di appello con il quale viene censurata la sentenza di primo grado nella parte in cui ha riconosciuto a LINDE la legittimazione a ricorrere avverso la procedura negoziata (di cui alla delibera 22.4.2009, n.945) intercorsa tra l'Azienda e SIFRA.

2.1. Al riguardo è bensì vero che al momento della adozione del provvedimento impugnato (delibera n.945/2009) il contratto di fornitura di gas medicale tra Azienda e LINDE era scaduto, essendo la scadenza fissata per il giorno 28.2.2009, sì che la legittimazione al ricorso da parte di LINDE non può essere collegata all'interesse di questa a proseguire nella fornitura, così come è stato ritenuto dal giudice di prime cure. Deve però rilevarsi che la sentenza appellata assume a

supporto della legittimazione a ricorrere da parte di LINDE anche la posizione di questa quale impresa operante nello stesso settore cui si riferiva la procedura negoziata intrapresa dall'Azienda. Ed è indirizzo prevalente nella giurisprudenza amministrativa che le imprese operanti in un determinato settore siano legittimate ad impugnare le determinazioni che riguardano le modalità di conferimento del servizio anche al solo fine di ottenere l'annullamento della gara e dell'eventuale aggiudicazione, ed il rinnovo della procedura cui aspirano a partecipare (cfr. in termini Cons. St. V, 10 settembre 2009, n.5426; 31 dicembre 2007, n.6797; 27 ottobre 2005, n.5996; 4 maggio 2004, n.2696).

2.2. Sul punto l'appellante, riproponendo l'eccezione già prospettata in primo grado, ha sostenuto il difetto di interesse al ricorso da parte di LINDE, in quanto, non avendo un prodotto tecnicamente adeguato a quello oggetto della procedura negoziata, non avrebbe comunque potuto partecipare all'appalto per la relativa fornitura.

La tesi dell'appellante non può essere condivisa.

Secondo la giurisprudenza sopra richiamata, infatti, ai fini del riconoscimento della legittimazione all'impugnativa da parte di una impresa del settore non occorre documentare una capacità operativa paragonabile a quella del soggetto prescelto, trattandosi di elemento che assume rilevanza solo in sede di partecipazione alla gara e di valutazione comparativa delle offerte presentate dalle imprese concorrenti.

3. Infondato è anche il secondo motivo d'appello.

3.1. Con un primo profilo di detto motivo si censura la sentenza appellata per aver ritenuto illegittimo il ricorso alla procedura negoziata di cui all'art.57, comma 2, lett.b) d.lgs. n.163/2006.

L'appellante sostiene che il primo giudice avrebbe fornito una lettura errata della norma anzidetta, che prevede la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata

senza previa pubblicazione del bando allorquando “per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela dei diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato”; e ciò in quanto la sentenza ha individuato tra le condizioni di applicabilità della norma “la sussistenza delle particolari esigenze tecniche relative alla presenza di privative industriali”, non distinguendo tra le tre possibili ipotesi, ma sovrapponendo in tal modo due delle distinte ipotesi previste dalla norma, ossia le ragioni di natura tecnica e quelle attinenti alla tutela dei diritti esclusivi.

Ma la doglianza appare del tutto pretestuosa dal momento che nella sentenza di primo grado sono state invece ben evidenziate le diverse situazioni che consentono di addivenire alla procedura negoziata, ed anzi è fatta (alle pagine 11-12) una descrizione analitica dei presupposti di fatto che debbono sussistere in relazione a ciascuna delle tre ipotesi indicate dall’art. 57, comma 2, lett.b) d.lgs. n.163, giungendo alla conclusione che nella fattispecie non ricorre alcuna di esse.

3.2. Con altro più consistente profilo di gravame l’appellante deduce che l’Amministrazione, diversamente da quanto statuito nella sentenza, avrebbe effettuato tutti gli adempimenti presupposti dalla procedura negoziata, e segnatamente:

- a) la individuazione delle esigenze tecniche;
- b) la fissazione dei requisiti minimi e la definizione tecnica del bene;
- c) lo svolgimento di una indagine conoscitiva.

Giova osservare che dagli atti di causa emerge la volontà dell’Azienda di abbandonare il sistema fino ad allora seguito di approvvigionarsi di ossigeno medicale dalle ditte produttrici per passare ad un sistema di autoproduzione, mediante l’acquisto di un apposito generatore, e ciò nell’ottica di eliminare la dipendenza dai fornitori e ridurre i costi. In vista di siffatto obiettivo si è pertanto

proceduto ad individuare i requisiti che i generatori avrebbero dovuto possedere in relazione alle esigenze della Azienda.

Secondo quanto si desume dalla proposta del direttore della U.O.C. Acquisti, recepita nella deliberazione n.945/2009 con cui si è proceduto all'acquisto mediante procedura negoziata, e che di detta delibera costituisce parte integrante, le esigenze dell'Azienda sono state ben individuate nella relazione del direttore sanitario recante la data 14.11.2009 ove si indicavano i vantaggi dell'acquisto del sistema di autoproduzione nella "riduzione dei rischi e quindi maggiore sicurezza per infrastrutture, operatori e pazienti", nel "miglioramento dei sistemi di monitoraggio e di allarme", nel "miglioramento dei sistemi per fronteggiare l'emergenza", e nell'"abbattimento dei costi relativi all'approvvigionamento annuale del gas (circa il 30%)".

Quanto ai requisiti tecnici, la nota del direttore U.O.C. di Ingegneria del 5.11.2008, richiamata nella proposta del direttore U.O.C. Acquisti, si è limitata a richiedere apparecchi conformi "alla recente normativa europea ISO-UNI-EN 73961/2/3", e cioè in grado di produrre ossigeno con concentrazione non inferiore al 90%.

Se, dunque, le esigenze per le quali l'Azienda si determinava all'acquisto di un autoproduttore di ossigeno risultano ben evidenziate, e se sono stati in qualche modo precisati i requisiti tecnici minimi che dovevano caratterizzare l'autoproduttore da acquistare, è invece mancata una effettiva indagine conoscitiva volta a verificare sul mercato la platea degli operatori in grado di fornire lo strumento richiesto dall'Azienda.

Al riguardo deve, infatti, osservarsi che il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando, rivestendo carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo dell'Amministrazione di individuare il privato contraente attraverso il confronto concorrenziale, richiede un particolare rigore nella individuazione dei presupposti che possono legittimare il ricorso a tale procedura.

Nella fattispecie in esame, in cui la scelta della procedura negoziata di cui all'art.57 d.lgs. n.163 è stata effettuata per “ragioni di natura tecnica”, le quali presuppongono l'esistenza di una sola impresa in grado di fornire l'autoproduttore di ossigeno medicale con i requisiti voluti dall'Azienda, era onere di questa dimostrare la “unicità” del fornitore, e la conseguente necessità di attivare la procedura negoziata.

Ma di una tale indagine non v'è traccia nella delibera impugnata. Il rilievo formulato nella già menzionata proposta del direttore U.O.C. Acquisti secondo cui “l'autoproduttore di ossigeno conforme alla vigente normativa europea ISO-UNI-EN 73961/2/3 viene distribuito in esclusiva su tutto il territorio nazionale dalla Ditta SIFRA s.r.l. in quanto è l'unica ditta che garantisce una concentrazione di ossigeno del 99,6%”, non appare il frutto di una specifica indagine di mercato, sebbene la presa d'atto della dichiarazione resa alla Azienda dalla stessa ditta intervenuta nella procedura negoziata, con la nota del 4.12.2007: la quale, peraltro, nel formulare la offerta economica, si è limitata a precisare che le macchine offerte sono “uniche nel loro genere” per i particolari congegni di cui sono dotate e per le prestazioni che possono rendere, ma non assicura affatto che SIFRA sia la sola ditta in grado di fornire sistemi di autoproduzione di ossigeno medicale.

In definitiva, non essendo stato accertato, attraverso una puntuale indagine conoscitiva (da effettuarsi anche in ambito comunitario), che sul mercato operava una sola impresa in grado di fornire quanto richiesto dall'Azienda, non sussistevano le condizioni per la procedura negoziata, né la circostanza che SIFRA offrisse un sistema con caratteristiche particolarmente gradite dalla Azienda poteva giustificare la deroga alla procedura concorsuale, dal momento che proprio in sede di gara pubblica potevano essere meglio apprezzate le qualità tecniche dei prodotti offerti, con la possibilità di scegliere quello maggiormente rispondente alle esigenze della Amministrazione. Anche perché il sistema di autoproduzione di ossigeno

ricercato dalla Azienda non doveva possedere caratteristiche tecniche particolari se non quella di produrre ossigeno avente un grado di purezza conforme a quanto stabilito dalla normativa europea.

Per quanto precede è infondato il motivo di appello con il quale si è negato il difetto dei presupposti di fatto per attivare la procedura negoziata, e segnatamente di una appropriata indagine conoscitiva volta ad accertare la unicità del fornitore..

4. La ritenuta illegittimità della procedura negoziata per il motivo anzidetto rende superfluo l'esame dell'ulteriore motivo di gravame con cui l'appellante censura la sentenza di primo grado per avere preteso di affermare l'esistenza di una pluralità di operatori, nel settore della fornitura di sistemi di autoproduzione di ossigeno medicale, sulla base del "fatto notorio".

5. Per le considerazioni che precedono l'appello in esame deve essere respinto.

6. Sussistono giusti motivi per compensare integralmente le spese processuali del presente grado di giudizio tra le parti in causa in relazione alla complessità delle questioni dedotte.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

.Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Roberto Capuzzi, Consigliere

Lanfranco Balucani, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/04/2011

IL SEGRETARIO

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