

N. 04940/2014 REG.PROV.COLL.

N. 08270/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8270 del 2013, proposto da: GMS srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Carlo Andena, Fabio Romanenghi e Giovanni Corbyons, con domicilio eletto presso Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone, 44;

contro

Consip spa, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

nei confronti di

General Medical Merate spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonella Giglio, Mario Bassani, Cristina Bassani e Mara Boffa, con domicilio eletto presso Antonella Giglio in Roma, via A. Gramsci, 14;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

dell'atto del 30 luglio 2013 di esclusione dalla gara per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico di forniture di "apparecchiature di radiologia, dispositivi accessori e dei servizi connessi ed opzionali per le pubbliche amministrazioni - telecomandati digitali diretti e portatili per radiografia digitali diretti", lotto 1 (telecomandati digitali diretti), della conseguente nota dell'8 agosto 2013 della Consip spa, dell'eventuale atto di aggiudicazione in favore di altra concorrente, di ogni altro atto presupposto, consequenziale e connesso, in subordine della clausola del bando di cui all'art.III.2.2a,

per la condanna

dell'Amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consip spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di General Medical Merate spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 aprile 2014 il dott. Silvio Lomazzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

GMS srl partecipava alla gara, bandita da Consip spa, per l'aggiudicazione, con metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto pubblico di forniture di "apparecchiature di radiologia, dispositivi accessori e dei servizi connessi ed opzionali per le pubbliche amministrazioni - telecomandati digitali diretti e portatili per radiografia digitali diretti", lotto 1 (telecomandati digitali diretti).

Con nota del 24 aprile 2013 Consip spa richiedeva a GMS srl, risultata prima classificata e non sorteggiata per il controllo ai sensi dell'art.48, comma 1 del D.Lgs. n.163 del 2006, di comprovare il possesso del **requisito del fatturato** specifico per forniture di apparecchiature per uso in radiologia medica (apparecchiature in configurazione base e/o generatore radiologico e/o apparecchi complementari e/o dispositivi accessori) per un importo complessivo non inferiore a €9 milioni, complessivamente negli ultimi due esercizi finanziari approvati alla data di pubblicazione del bando, come richiesto nell'art.III.2.2a del bando medesimo, secondo le modalità alternative indicate nel disciplinare di gara all'art.5.4 (1.dichiarazione resa da collegio sindacale, revisore contabile, società di revisione, ex art.47 del D.P.R. n.445 del 2000, ovvero 2.copia dei bilanci consuntivi oppure 3.certificati rilasciati dalle amministrazioni e/o dichiarazioni dei privati che attestavano le prestazioni a loro favore o ancora 4.fatture, il tutto per misura e tipologia), ex art.48, comma 2 del D.Lgs. n.163 del 2006; GMS srl e Gen.E.Ray srl, ditta ausiliaria in avalimento, con note del 10 e 6 maggio 2013, in riscontro alla predetta istanza, emettevano dichiarazione, ex art.47 del D.P.R. n.445 del 2000, del revisore contabile, rispettivamente per €5.700.000,23 ed €3.404.448,21, dunque per un importo complessivo superiore al minimo richiesto.

In data 3 giugno 2013 tuttavia la stazione appaltante richiedeva alle predette società le fatture attestanti la misura e la tipologia del **fatturato** come già dichiarato dai revisori contabili; GMS srl allora il successivo 6 giugno 2013 chiedeva chiarimenti in ordine a tale ultima ulteriore richiesta, segnalando di aver pienamente comprovato il **requisito** di partecipazione in esame in una delle modalità alternative previste nel disciplinare, chiedendo comunque, in caso di permanente necessità di verifica, un differimento dei termini per la produzione delle fatture; con foglio del 12 giugno 2013 Consip srl esprimeva che il responsabile del procedimento ben poteva inoltrare la suddetta ulteriore richiesta, ai sensi della Legge n.241 del 1990; il 1° luglio 2013 GMS srl e l'11 giugno 2013 Gen.E.Ray srl producevano le fatture.

Con nota del 30 luglio 2013 Consip spa verificava l'arrivo delle fatture per un importo complessivo di €9.170.342,44, di cui €967.468,25 per oggetto estraneo al **requisito** di cui al bando (apparecchiature che non utilizzano radiazioni/ultrasuoni/campi magnetici, componentistica quali lampadine, ruote, ventole, processori per pc, funi, schede controllo motori, materiale monouso come protezioni igieniche per auricolari, morsi per ontopantomografo, materiale vario, elettrico, elettronico, di protezione individuale nonché voci strettamente correlate al servizio di assistenza e manutenzione), residuando dunque €8.202.874,19, al di sotto del limite richiesto, con all'interno inoltre fatture con oggetto da chiarire e soli €5.381.472,60 pertanto di sicura pertinenza; difettando dunque il **requisito** di cui all'art.III.2.2a indicato nel bando, veniva disposta l'esclusione dalla gara di GMS srl, con escussione della relativa cauzione provvisoria e segnalazione del fatto all'AVCP, ex art.48, comma 2 del D.Lgs. n.163 del 2006.

Con nota del 2 agosto 2013 quindi, inoltrata ai sensi dell'art.243 bis del D.Lgs. n.163 del 2006, GMS srl sosteneva di aver comprovato il **requisito** in argomento, con la dichiarazione dei revisori contabili, come consentito nel disciplinare di gara ed in ogni caso la pertinenza delle fatture prodotte; l'8 agosto 2013 Consip spa replicava sulla legittimità dell'ulteriore verifica disposta dal responsabile del procedimento, ex Legge n.241 del 1990 e sulla non completa pertinenza delle fatture.

GMS srl impugnava allora le suindicate determinazioni, per violazione degli artt.10, 41, comma 1 del D.Lgs. n.163 del 2006, degli artt.272, 273 del D.P.R. n.207 del 2010, della lex specialis di gara, dell'art.5.4 del disciplinare nonché per eccesso di potere sotto il profilo del travisamento dei presupposti di fatto, dell'irragionevolezza e contraddittorietà, del difetto di motivazione.

La ricorrente in particolare ha fatto presente che non erano stati indicati i motivi di contestazione per ogni singola fattura; che le fatture ritenute estranee dalla stazione appaltante, relative alla componentistica ed ai materiali monouso, erano invece pertinenti, essendo necessaria la prima per la manutenzione (e non avendo conteggiato a tal fine le ore-lavoro) oggetto di convenzione ed i secondi per il funzionamento delle apparecchiature; che dunque le fatture erano riferite al

settore oggetto di gara, come previsto nella legge in relazione al **fatturato** specifico e secondo un'interpretazione della clausola del bando favorevole alla massima partecipazione delle imprese alla gara; che inoltre nel disciplinare era lasciata alla ditta concorrente la scelta, tra quelle ivi previste, sulle modalità di comprova del possesso del **requisito** del **fatturato** specifico e che l'interessata si era avvalsa di una delle possibilità previste, mediante dichiarazione dei revisori contabili; che altresì nelle gare d'appalto il responsabile del procedimento doveva osservare la disciplina legislativa di settore, nella quale sono previsti i suoi compiti, non potendo lo stesso imporre verifiche ulteriori, non contemplate nella *lex specialis* di gara e dunque in modifica della stessa e che pertanto Consip spa avrebbe dovuto semmai prima modificare il disciplinare.

Veniva inoltre richiesta la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno, in forma specifica, mediante l'affidamento, tramite contratto, della fornitura, o per equivalente, per un importo pari al 10% del valore dell'offerta, del danno poi curriculari e comunque per l'impossibilità di partecipare ad altre gare.

Consip spa si costituiva in giudizio per la reiezione del gravame, deducendone l'infondatezza nel merito, facendo in particolare riferimento, per la non pertinenza delle fatture, alle motivazioni degli atti contestati ed in relazione ai poteri di verifica del responsabile del procedimento, alle previsioni di cui all'art.6, comma 1b della Legge n.241 del 1990, all'art.10, comma 3c del D.Lgs. n.163 del 2006 ed all'art.5.5 del disciplinare.

Parimenti si costituiva in giudizio, in qualità di controinteressata, come seconda classificata alla gara, General Medical Merate spa, chiedendo il rigetto dell'impugnativa per la sua infondatezza.

Con ordinanza n.8652 del 2013 il Tribunale disponeva incumbenti istruttori sulla fatturazione, a cui la stazione appaltante forniva successivo riscontro.

Con nota del 21 ottobre 2013 nel frattempo l'AVCP comunicava all'interessata l'avvio del procedimento sanzionatorio, ex art.6, comma 11 del D.Lgs. n.163 del 2006, sulla base della segnalazione di Consip spa.

Con memorie la ricorrente e la controinteressata ribadivano i rispettivi assunti.

Con nuova ordinanza n.4807 del 2013 (confermata sostanzialmente in appello da Cons. Stato, IV, ord. n.385 del 2014), la Sezione accoglieva la domanda cautelare presentata dall'interessata, ritenendo anche le fatture riferite ai servizi connessi, siccome ricomprese nel settore oggetto di gara, pertinenti.

Venivano quindi depositate ulteriori memorie dalle parti costituite; Consip spa in particolare sosteneva che il costo della manutenzione dei macchinari era ricompreso, secondo l'art.2b del disciplinare, nelle forniture.

Seguivano le repliche delle parti medesime.

Nell'udienza del 16 aprile 2014 la causa veniva discussa e quindi trattenuta in decisione.

Il ricorso è fondato e va pertanto accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati, per le ragioni di seguito esposte.

Invero, partendo dall'esame delle censure di carattere procedimentale, premesso che le funzioni del responsabile della procedura vengono delineate in via generale nella Legge n.241 del 1990, con specificazioni per i contratti pubblici in esame nel D.Lgs. n.163 del 2006 e nel D.P.R. n.207 del 2010, è necessario evidenziare al riguardo che la stazione appaltante, nell'art.5.4 del disciplinare, aveva previsto la verifica del possesso del **requisito** del **fatturato** specifico, di cui all'art.III.2.2a del bando in quattro modalità alternative (1.dichiarazione resa da collegio sindacale, revisore contabile, società di revisione, ex art.47 del D.P.R. n.445 del 2000, ovvero 2.copia dei bilanci consuntivi oppure 3.certificati rilasciati dalle amministrazioni e/o dichiarazioni dei privati che attestavano le prestazioni a loro favore o ancora 4.fatture, il tutto per misura e tipologia, cfr. all.2 al ricorso); che inoltre, qualora la documentazione non fosse stata fornita nel termine fissato ovvero la stessa non fosse stata idonea a comprovare il possesso del **requisito** de quo, la stazione appaltante avrebbe proceduto all'esclusione della ditta dalla gara (cfr. all.2 al ricorso); che l'interessata e la ditta ausiliaria in avvalimento avevano prodotto dunque, previa richiesta di Consip spa (cfr. all.7 al ricorso), apposite dichiarazioni dei revisori contabili, comprovanti il possesso del **requisito** in esame (cfr. all.8 al ricorso), come previsto ex art.5.4 del disciplinare; che pertanto la stazione appaltante, ove avesse ritenuto che la documentazione prodotta non confermava il possesso del **requisito** suindicato, avrebbe potuto e dovuto escludere la ricorrente dalla gara senza possibilità di prolungare ulteriormente il corso del procedimento (cfr. all.2 al ricorso); che inoltre la suddetta disposizione, emessa nell'ambito della sfera di discrezionalità riservata alla Consip spa nella disciplina della gara, non risulta irragionevole, nell'ottica di un celere svolgimento della procedura, senza tuttavia tralasciare i necessari profili di controllo; che la stazione appaltante altresì, in caso di una mutata valutazione delle suddette contrapposte esigenze, avrebbe dovuto previamente modificare sul punto il disciplinare; che in ultimo la previsione in coda all'art.5.5 del disciplinare richiama e conferma, anche nella formulazione letterale, quanto fissato nell'art.5.4 del disciplinare, senza contemplare ulteriori autonome fasi di controllo dei requisiti (cfr. all.2 al ricorso).

Per quanto attiene poi al profilo sostanziale delle censure, occorre comunque rilevare che il **fatturato** specifico è riferito, ex art.41, comma 1c del D.Lgs. n.163 del 2006, alle forniture del settore oggetto della gara (cfr. anche, per fattispecie analoga, TAR Lazio, III, n.2132 del 2012); che, secondo l'art.2 del disciplinare, nella convenzione è compresa, oltre alla fornitura dei beni, anche la prestazione di servizi connessi, quali sopralluogo ed attività connesse, consegna ed installazione, collaudo ed istruzione del personale, garanzia per 12 mesi, servizio di assistenza e manutenzione "full risk" per i primi 12 mesi, ritiro dei rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche, dispositivi accessori e requisiti migliorativi eventuali, servizi opzionali (cfr. all.2 al ricorso); che pertanto debbono considerarsi pertinenti non solo le fatture relative alle apparecchiature radiologiche in argomento, ma anche quelle riferite ad apparecchi complementari, a dispositivi accessori, e quelle altre prodotte dalla ricorrente concernenti il materiale necessario per il funzionamento, la migliore fruibilità, l'assistenza all'uso, la manutenzione e la riparazione degli stessi, (cfr. già, in senso analogo, sia pure sotto diversa angolazione, TAR Lazio, III, ord. n.4807 del 2013 e Cons. Stato, IV, ord. n.385 del 2014); che quindi la clausola del bando sul **fatturato** specifico di cui all'art.III.2.2a va interpretata alla luce di quanto previsto nel menzionato art.41, comma 1c del D.Lgs. n.163 del 2006, in cui è fatto riferimento al **fatturato** specifico nel "settore oggetto di gara", in adesione al principio del favor participationis, di quanto inoltre stabilito in altri punti del bando, ove è fatto anche riferimento ai servizi connessi alla fornitura ed opzionali (cfr. art.II.1.1 e II.1.5, all.1 al ricorso) nonché specificato nell'art.2 del suindicato disciplinare (cfr. all.2 al ricorso); che in ultimo non assume alcun rilievo sulla presente questione la previsione dell'art.2b del disciplinare, secondo la quale i servizi connessi sarebbero inclusi nel prezzo degli apparecchi, atteso che qui non si tratta del corrispettivo delle prestazioni da rendere, bensì del **fatturato** a comprova della capacità economico-finanziaria.

Per quanto attiene poi alla pretesa risarcitoria della ricorrente e nello specifico alla richiesta di condanna al risarcimento del danno in forma specifica, mediante l'affidamento, tramite contratto, della fornitura, giova evidenziare che in un rapporto, quale quello in esame, originato da un contratto di durata eventualmente stipulato e con prestazioni in ipotesi parzialmente eseguite, fermo restando che per il passato è possibile solo il rimedio risarcitorio per equivalente, per il futuro l'azione proposta non può essere qualificata di reintegrazione ex art.2058 c.c., bensì, semmai, come azione di adempimento (cfr. Cons. Stato, VI, n.2763 del 2008; TAR Puglia-Lecce, III, n.1460 del 2009).

Tanto premesso, in ragione dell'annullamento dell'impugnato atto di esclusione della ricorrente dalla gara, essendo inoltre l'interessata prima nella graduatoria (cfr. nota Consip spa del 24 aprile 2013, all.7 al ricorso) e non risultando altresì l'adozione dell'atto di aggiudicazione e la stipula del relativo contratto con altre ditte, la stazione appaltante, in assenza di ragioni ostative estranee alla presente controversia, dovrà definire la procedura di evidenza pubblica in argomento in favore della GMS srl.

Ne discende il rigetto della domanda di condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno per equivalente, tra l'altro dedotta in modo generico.

In considerazione dell'esito della controversia sussistono giusti motivi per compensare le spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso n.8270/2013 indicato in epigrafe e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Respinge la domanda di condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno.

Compensa le spese di giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Silvio Lomazzi, Consigliere, Estensore

Emanuela Loria, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **13/05/2014**

IL SEGRETARIO

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