

N. 01486/2014REG.PROV.COLL.
N. 05307/2013 REG.RIC.



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 5307 del 2013, proposto da:
Hc Hospital Consulting S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv.
Leonardo Bonechi, Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso
Maurizio Zoppolato in Roma, via del Mascherino 72;*

contro

*Elettronica Bio Medica Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Luca
Tufarelli, Marianna Ristuccia, con domicilio eletto presso Luca
Tufarelli in Roma, via Ennio Quirino Visconti N20;*

nei confronti di

*Azienda Sanitaria Lovale N.7 di Carbonia, rappresentato e difeso
dall'avv. Matilde Mura, con domicilio eletto presso Giovanni Contu
in Roma, via Massimi 154; Regione Sardegna;*

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA - CAGLIARI: SEZIONE I n. 00361/2013, resa tra le parti, concernente affidamento servizi integrati per la gestione delle apparecchiature elettromedicali

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Elettronica Bio Medicale Srl e di Azienda Sanitaria Lovale N.7 di Carbonia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 gennaio 2014 il Cons. Michele Corradino e uditi per le parti gli avvocati Bonechi per sè e su delega di Mura e Tufarelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza appellata il Tar Sardegna accoglieva il ricorso proposto dalla Elettronica Biomedicale srl avverso gli atti dell'Azienda Sanitaria Locale n. 7 di Carbonia relativi all'affidamento senza gara dei servizi integrati per la gestione delle apparecchiature elettromedicali, annullando gli atti impugnati e dichiarando l'inefficacia dell'ordinativo di fornitura e del relativo contratto di fornitura stipulato tra la medesima A.S.L. e la società H.C. Hospital Consulting s.p.a. con riguardo alle prestazioni ancora da eseguire. Dichiarava inoltre inammissibile la domanda di adempimento avanzata dal ricorrente.

Con detti atti la Asl n. 7 di Carbonia, avvalendosi della proroga delle Convenzioni Consip disposta dal d.l. 6 luglio 2012 n. 95, cvt. in l. 7 agosto 2012 n. 135 rinnovava l'adesione alla convenzione

CONSIP SIGAE 3 e affidava i detti servizi alla società H.C. Hospital Consulting S.p.A.

Il Tar, nella sentenza appellata, ha ritenuto che tali atti siano stati assunti in violazione del diritto comunitario.

Avverso tale sentenza propone ora appello la H.C. Hospital Consulting S.p.A. per ottenerne l'annullamento e/o la riforma.

La suddetta società ha riproposto tre profili di inammissibilità ritenuti infondati dal Giudice di prime cure.

Innanzitutto ha dedotto l'inammissibilità del ricorso di primo grado per mancata impugnazione dell'atto presupposto, ossia la nota CONSIP del 3.10.2013, considerata atto di espressione del potere dell'Amministrazione in merito all'accertamento dei presupposti di legge che consentono la proroga della Convenzione.

In secondo luogo, ha dedotto l'inammissibilità del ricorso per difetto del contraddittorio, non essendo stata chiamata in giudizio la CONSIP, anch'essa considerata Amministrazione resistente per aver adottato atto suscettibile di autonoma impugnazione ed essere dunque portatrice di interessi pubblici.

Infine, ha denunciato l'irricevibilità e/o l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse nella parte in cui si contestano le risultanze della delibera di adesione dell'Asl Carbonia n. 1519 del 30.10.2012, dovendosi tali doglianze proporre avverso la citata nota della Consip.

Nel merito, la sentenza di primo grado è stata giudicata erronea nella parte in cui la stessa ha ravvisato violazione del diritto europeo con conseguente disapplicazione delle norme poste a fondamento degli atti impugnati, poiché a parere dell'appellante la normativa interna in questione agirebbe in via transitoria per

contrastare l'eccezionalità della crisi economica in atto, nel rispetto dei vincoli di spesa imposti dall'Europa.

La H.C. Hospital Consulting S.p.A. ha chiesto inoltre la riforma della sentenza per la declaratoria di inefficacia del contratto, invocando ragioni a sostegno del mantenimento dell'efficacia dello stesso, a prescindere dalla sorte dell'aggiudicazione.

L'Azienda sanitaria n. 7 di Carbonia si è costituita in giudizio, associandosi alla richiesta di accoglimento di tutte le domande formulate dalla società H.C.

La Elettronica Bio Medica s.r.l. ha presentato controricorso e ricorso incidentale, riproponendo il primo motivo del ricorso introduttivo del giudizio con il quale la stessa società aveva rilevato che l'Asl, sulla base della vigente normativa, non avrebbe potuto aderire alla Convenzione CONSIP SIGAE 3.

La società H.C. ha chiesto il rigetto del ricorso incidentale con memoria di costituzione.

Le parti hanno presentato memorie conclusive e all'udienza di merito del 30 gennaio 2014 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

L'appello è infondato.

Vanno preliminarmente prese in esame le questioni di rito rigettate dal Tar e qui riproposte da parte appellante.

Con la prima eccezione parte appellante lamenta l'inammissibilità del ricorso di primo grado per mancata impugnazione della nota della Consip n. 29457 del 3 ottobre 2012.

L'eccezione è infondata.

La nota in questione non presenta natura provvedimentale e non necessita pertanto di autonoma impugnazione. Infatti, dall'esame

della normativa di riferimento (art. 1, commi 15 e 16, d.l. n. 95/2012) emerge con chiarezza che la proroga delle Convenzioni costituisce il tipico effetto legale dell'applicazione della disciplina legislativa. Detto effetto non è intermediato da alcun potere amministrativo della Consip.

La nota in parola nasce nell'ambito del rapporto contrattuale fissato dalla legge e , pertanto, non ha effetti provvedimenti che impongano la necessità della sua tempestiva impugnazione ma meri effetti ricognitivi della disciplina vigente e delle sue conseguenze applicative.

Con la seconda eccezione, riproposta in appello, lamentano i ricorrenti l'inammissibilità del ricorso di primo grado per non avere parte ricorrente chiamato in giudizio la CONSIP quale Amministrazione resistente.

L'eccezione è infondata.

Infatti nel caso di specie la CONSIP non è da ritenersi amministrazione resistente atteso che ad essa la legislazione richiamata attribuisce ruolo di parte contrattuale necessaria di un accordo i cui termini sono direttamente previsti dalla legge.

Correttamente, dunque, è stata individuata quale amministrazione resistente solo la Asl n. 7 di Carbonia, che ha invece espresso volontà provvedimento nella decisione di avvalersi della Convenzione per la quale è causa.

Con la terza eccezione, riproposta in appello, viene lamentata l'irricevibilità o l'inammissibilità del ricorso per "carezza di interesse nella parte in cui si contestano le risultanze della delibera di adesione dell'Asl Carbonia n. 1519 del 30.12.2012". Eventuali contestazioni, nella prospettiva di parte appellante, avrebbero

dovuto essere mosse impugnando la citata nota Consip del 3 ottobre 2012.

Dal mancato accoglimento della prima eccezione e dal conseguente mancato riconoscimento della natura provvedimentale della nota della Consip ne deriva l'infondatezza dell'eccezione in esame, derivando la lesione direttamente dall'impugnato provvedimento dell'Asl Carbonia.

Nel merito il ricorso è infondato.

Va anzitutto rilevato che la sentenza appellata ha correttamente affermato che la normativa nazionale impone all'ASL Carbonia di ricorrere alle convenzioni CONSIP per l'affidamento in questione.

Tale obbligo discende dall'art. 15 comma 13 lett. d) del d.l. 6 luglio 2012 n. 95, cvt. in l. 7 agosto 2012 n. 135 che prevede che d)...gli enti del servizio sanitario nazionale, ovvero, per essi, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, utilizzano, per l'acquisto di beni e servizi relativi alle categorie merceologiche presenti nella piattaforma CONSIP, gli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione dalla stessa CONSIP, ovvero, se disponibili, dalle centrali di committenza regionali di riferimento costituite ai sensi dell'articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. I contratti stipulati in violazione di quanto disposto dalla presente lettera sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa.»

L'applicazione di tale norma non è esclusa dall'art. 1 comma 23 del medesimo d.l. che prevede che "agli enti del servizio sanitario nazionale non si applicano le disposizioni di cui al presente articolo" perché il comma 23 dell'art. 1 del d. l. 95/2012, deve essere letto in combinato disposto con l'art. 15, comma 13 l. d.). Quest'ultimo

individua un vero e proprio obbligo per il servizio sanitario nazionale di utilizzare gli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione dalla CONSIP, mentre al comma 23 dell'art. 1 va attribuito il solo scopo di escludere l'applicazione del medesimo articolo agli enti del servizio nazionale, giacché materia disciplinata dal successivo art. 15.

L'appello verte essenzialmente sulla contrarietà all'ordinamento comunitario delle proroghe delle forniture disposte dall'art. 1 del d.l. 95/2012 nella parte in cui dispone «le quantità ovvero gli importi massimi complessivi» delle Convenzioni CONSIP «sono incrementati in misura pari alla quantità ovvero all'importo originario, a decorrere dalla data di esaurimento della convenzione stessa, ove questa intervenga prima del 31 dicembre 2012» e che «la durata delle convenzioni di cui al precedente comma 15 è prorogata fino al 30 giugno 2013, a decorrere dalla data di esaurimento della convenzione originaria».

Ritiene il Collegio che tale proroga contrasti con il diritto comunitario e, come correttamente affermato dalla sentenza impugnata, va disapplicato dal giudice nazionale secondo l'insegnamento della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale. La normativa in parola viola, infatti, gli artt. 28 e 31, Dir 2004/18 CE, che precludono la possibilità di affidare contratti pubblici di servizi e forniture senza procedure di gara a evidenza pubblica.

Il combinato disposto delle citate norme comunitarie impone agli Stati membri di aggiudicare gli "appalti pubblici facendo ricorso vuoi alla procedura aperta o ristretta, vuoi, nelle circostanze specifiche espressamente previste all'art. 29 della direttiva 2004/18, al dialogo competitivo, vuoi ancora, nelle circostanze specifiche

espressamente elencate agli artt. 30 e 31 della medesima direttiva, ad una procedura negoziata. L'aggiudicazione di appalti pubblici mediante altre procedure non è autorizzata dalla detta direttiva» (Corte di Giustizia CE, sez. III, 10 dicembre 2009, causa C-299/08, punto 29).

E' consentito di ricorrere ad una procedura negoziata, con o senza pubblicazione del bando di gara, solo nei casi espressamente individuati dagli artt. 30 e 31 della Direttiva.

Nella fattispecie in questione il citato art. 31, comma 1, n. 4, lett. b) consente il rinnovo dell'affidamento ricorrendo alla procedura negoziata solo quando ricorrono le condizioni ivi indicate tra le quali rileva che la possibilità del rinnovo sia indicato "sin dall'avvio del confronto competitivo" e l'importo totale previsto per la prosecuzione sia individuato nel bando.

Il rinnovo operato ex lege delle convenzioni della Consip si pone pertanto in violazione del diritto comunitario. Mutatis mutandis, si sta ripetendo la situazione di contrasto con l'ordinamento comunitario determinato dall'art. 6 , comma 2, ultimo periodo della legge 24 dicembre 1993, n. 537 che, ammettendo il rinnovo tacito dei contratti per la fornitura di beni e servizi della pubblica amministrazione delle pubbliche amministrazioni, determinò l'apertura di una procedura di infrazione nei confronti del nostro Paese, recata dal parere motivato della Commissione europea n.2003/2110 del 16 dicembre 2003, chiusasi a seguito dell'abrogazione della norma in parola ad opera dell'art. 23 della legge 18 aprile 2005.

Né a diverso avviso conduce la considerazione di parte appellata in ordine alla natura transitoria ed emergenziale delle norme in questione.

Né la natura transitoria della norma né tanto meno la finalità di risparmio per le finanze pubbliche in periodo di necessaria "spending review" consentono la violazione della normativa comunitaria e la connessa distorsione delle regole concorrenziali.

Correttamente pertanto il giudice nazionale del T.A.R. Sardegna, ha disapplicato la normativa in questione in quanto contrastante con la Direttiva comunitaria 2004/18.

Anche la richiesta avanzata dalla H.C. Hospital Consulting S.p.A, di riformare la sentenza per la declaratoria di parziale inefficacia del contratto in questione va respinta poiché non si ravvisano gli estremi di cui all'art. 121, comma 2, c.p.a., tanto più che il giudice di prime cure ha limitato la portata dell'inefficacia contemperando correttamente l'interesse pubblico con gli interessi delle parti.

L'appello incidentale resta assorbito dal rigetto dell'appello principale.

Considerata la complessità e la novità delle questioni si ravvisano giusti motivi per la compensazione fra le parti 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 rigetta e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata .
Spese compensate.*

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Michele Corradino, Consigliere, Estensore

Salvatore Cacace, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/03/2014

IL SEGRETARIO

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