N. 02288/2015REG.PROV.COLL.
N. 09849/2014 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 9849 del 2014, proposto da:
Santex S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Marco A. Monaco, Giuliano Berruti, con domicilio eletto presso Giuliano Berruti in Roma, Via delle Quattro Fontane, 161;

contro

Azienda Sanitaria Locale n. 3 "Genovese", rappresentata e difesa dagli avv. Guido Francesco Romanelli, Mauro Casanova, con domicilio eletto presso Guido Francesco Romanelli in Roma, Via Cosseria, n. 5;

nei confronti di

Serenity S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Lucio Filippo Longo, Alessandro Patelli, Ruggero Tumbiolo, con domicilio eletto presso Lucio Filippo Longo in Roma, piazza della Marina, 1;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LIGURIA – GENOVA, SEZIONE II, n. 01209/2014, resa tra le parti, concernente proroga durata del contratto di fornitura ausili per incontinenti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale n. 3 "Genovese" e di Serenity S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 marzo 2015 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Monaco, Berruti, Casanova e Tumbiolo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ASL n. 3 di Genova, con provvedimento n. 1368 in data 27 agosto 2013, aveva prorogato per il periodo 1 aprile 2014-31 marzo 2016 (ai sensi dell'art. 5 del contratto in data 17 febbraio 2011, stipulato in esito a procedura aperta, previa aggiudicazione con provvedimento n. 1160 in data 12 agosto 2010: durata 36 mesi, prorogabili di altri 24 mesi, inizio fornitura il 1 aprile 2011) la fornitura di presidi per incontinenza da parte dell'odierna appellante società Santex.

   Dopo una contestazione della legittimità della proroga da parte della società concorrente Serenity, ex art. 243-bis, del d.lgs. 163/2006, la ASL ha annullato in autotutela la proroga, mediante provvedimento n. 155 in data 31 gennaio 2014, ritenendo di procedere ad una nuova gara (mediante la Agenzia Sanitaria Regionale in funzione di Centrale Regionale Acquisti).

   Occorre sottolineare fin d'ora che il provvedimento n. 1368/2013 prevedeva, in accoglimento della proposta Santex, di non applicare per il residuo periodo di durata del contratto originario l'incremento ISTAT previsto nel contratto, e di abbassare la tariffa per il biennio di proroga.
2. La Santex ha impugnato il provvedimento di autotutela.
   Il TAR Liguria, con la sentenza appellata (II, n. 1209/2014), ha respinto il ricorso, affermando (in sostanza) che:
   (a) – quanto alla dedotta mancanza di un vizio di legittimità tale da giustificare l'autotutela, non sussistevano i presupposti per la proroga contemplati dall'art. 57, comma 7, del d.lgs. 163/2006, in quanto la proroga del rapporto è stata preceduta da una rinegoziazione che aveva dato luogo ad una riformulazione del contenuto rispetto alla quale è stato impedito il confronto concorrenziale;
   (b) – quanto alla dedotta mancanza di un interesse pubblico reale e concreto all'annullamento, questo sussisteva in relazione alla possibilità di dar corso ad una nuova gara e di ottenere offerte più favorevoli;
   (c) – non occorreva effettuare una ponderazione di detto interesse pubblico con l'interesse privato, posto che non può ritenersi (anche alla luce dello sconto accordato) che il rapporto in corso fosse il più favorevole reperibile sul mercato.
   (d) – le altre censure sono dipendenti da quelle esaminate e quindi vanno assorbite.

   3. Appella Santex, deducendo le censure appresso sintetizzate:

   (a) - la modesta revisione in riduzione del prezzo e la rinuncia agli adeguamenti economici applicabili non hanno alterato l'equilibrio economico del contratto in favore dell'aggiudicatario, e quindi non può parlarsi di modifica contrattuale sostanziale (anche secondo l'accezione fatta propria dalla C.G.U.E. e dalla Direttiva 2014/24);

   (b) – peraltro, detta modifica è stata richiesta dalla struttura deputata con lettera del 12 aprile 2013, ed è ispirata ai criteri della spending review di cui alla legge 89/2014;

(c) – la revisione dei prezzi è ammessa dall'art. 115 del d.lgs. 163/2006, in caso di proroga contrattuale, senza che la stessa configuri un'ipotesi di rinegoziazione o modificazione o riformulazione del rapporto;
(d) – l'introduzione di condizioni peggiorative per il contraente privato non può comportare lesione della par condicio, essendo la proroga prevista nell'affidamento originario;
(e) – la comparazione degli interessi è sempre necessaria in caso di autotutela, non è stato considerato l'affidamento dell'appellante nella stabilità della proroga, l'affermazione in ordine alla non convenienza della proroga è apodittica ed illogica;
(f) – la motivazione della sentenza è contraddittoria ed illogica, laddove – dopo aver condiviso il richiamo dell'orientamento giurisprudenziale in materia di proroga effettuato dalla ricorrente in primo grado, aver dato atto dell'avvenuta istruttoria da parte della ASL, ed aver riconosciuto che la normativa in materia è suscettibile di diverse interpretazioni - ha ritenuto infondato il ricorso;
(g) – l'appellante, infine, ripropone i motivi assorbiti dal TAR: (1) – violazione dell'art. 3 della legge 241/1990; (2) - violazione dei principi di ragionevolezza ed economicità, illogicità manifesta, in quanto dapprima la ASL aveva negato l'intervento in autotutela sull'informativa di Serenity ex art. 243-bis, cit., ed in quanto la piena rispondenza della fornitura di Santex alle esigenze del servizio era stata attestata dalla ASL, ed il vantaggio è comunque facilmente rinvenibile nella riduzione del prezzo.
4. Si sono costituite in giudizio la ASL e Serenity, e controdeducono puntualmente.

5. Il Collegio osserva che la legittimità di una proroga della prestazione, qualora sia stata prevista ab origine e venga disposta prima della scadenza, non sembra in contestazione.

In simili casi, non opera il divieto di rinnovo dei contratti, di cui agli artt. 23 della legge 62/2005, e 57, comma 7, del Codice dei contratti pubblici.
Infatti, allorché la possibilità della proroga contrattuale è resa nota ai concorrenti sin dall'inizio delle operazioni di gara, cosicché ognuno può formulare le proprie offerte in considerazione della durata eventuale del contratto, nessuna lesione dell'interesse pubblico alla scelta del miglior contraente è possibile riscontrare, né alcuna lesione dell'interesse generale alla libera concorrenza, essendo la fattispecie del tutto analoga, dal punto di vista della tutela della concorrenza, a quella nella quale si troverebbero le parti contraenti nell'ipotesi in cui l'azienda avesse operato, ab initio, una scelta secca per la più lunga durata del contratto (cfr. Cons. Stato, III, n. 3580/2013).
Nel caso in esame, la proroga era contrattualmente prevista "a condizioni invariate ad insindacabile giudizio dell'ASL 3".
6. La tesi principale della difesa della ASL, condivisa dal TAR, è che, essendo stato cambiato il prezzo della fornitura per il nuovo periodo, vi sarebbe stata non una proroga, bensì una rinegoziazione e rinnovazione del contratto.
Il TAR, a tal fine, ha enfatizzato la distinzione tra rinnovo e proroga del contratto - secondo la quale: il primo, comporta una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, che può concludersi con l'integrale conferma delle precedenti condizioni o con la modifica di alcune di esse in quanto non più attuali; la seconda ha invece come solo effetto il differimento del termine finale del rapporto, il quale rimane per il resto regolato dall'atto originario.

Sembra però al Collegio che la distinzione, elaborata ad altro fine (quello di stabilire l'applicabilità della revisione prezzi, limitata alla prima: cfr. Cons. Stato, III, n. 1687/2012 e n. 2682/2012), non sia pertinente al caso in esame, in cui si discute se sia stata o meno sottratta ai terzi interessati l'opportunità di divenire contraente per il nuovo periodo di durata della fornitura.

Ad avviso del Collegio, il TAR ha errato nel ritenere che la modifica del corrispettivo comportasse un ampliamento delle opportunità imprenditoriali del contraente rispetto a quanto previsto nel contratto originario, come tale in violazione della par condicio. Al contrario, una contrazione del corrispettivo, attraverso un semplice sconto, è compatibile con la tutela della concorrenza, essendo scelta imprenditoriale che non incide sull'esito del confronto competitivo che ha dato luogo all'affidamento originario, e risulta vantaggiosa anche per la stazione appaltante (così che sarebbe stata possibile anche subito dopo l'aggiudicazione, per il periodo originario di durata della fornitura).
Dunque, sul punto occorre concludere che l'aver disposto la proroga con modifica del corrispettivo al ribasso, non costituiva vizio di legittimità utile a giustificare l'autotutela.

7. Tuttavia, va considerato che l'art. 2 della l.r. Liguria 34/2012 (intervenuto in corso di esecuzione del contratto originario e prima della proroga annullata in autotutela), ha modificato la l.r. 41/2006, introducendo l'art. 62 -bis che individua le funzioni dell'Agenzia Regionale Sanitaria, e prevedendo che "le Aziende ed Enti del Servizio Sanitario Regionale si avvalgono obbligatoriamente, per l'acquisto di beni e servizi, dell'Agenzia, quale Centrale Regionale di Acquisto, in funzione di Centrale di committenza" ai sensi dell'articolo 33 Codice dei contratti pubblici e dell'articolo 1, comma 455, della legge 296/2006.

La necessità dell'utilizzazione dell'ASR sembra indubbia alla luce della formulazione della norma ("si avvalgono obbligatoriamente") e della sua ratio di razionalizzazione della spesa.

Che l'ambito di applicazione non sia limitato all'effettuazione delle nuove gare, ma si estenda a tutte le acquisizioni, anche quelle disposte mediante esercizio di opzioni di proroga, si ricava, oltre che dalla medesima ratio, dal riferimento della norma al risultato finale per le strutture sanitarie dell'attività della Centrale (l'"acquisto di beni e servizi"), anziché all'oggetto dell'attività stessa.

Il presupposto di simili previsioni è che un acquisto centralizzato sia presuntivamente idoneo ad assicurare all'Amministrazione condizioni più adeguate e remunerative, in forza della disponibilità di maggiori informazioni e capacità operative in capo alla stazione appaltante e delle opportunità insite nelle maggiori dimensioni dei volumi di acquisto.

L'esistenza di un simile obbligo di legge è stata trascurata nelle difese della ASL (non in quelle della controinteressata), che si è concentrata sulla rilevanza della modifica contrattuale.

A ben vedere, tuttavia, se nel provvedimento n. 155/2014 l'annullamento in autotutela risulta motivato soprattutto sulla base della convinzione di doversi attenere "ai principi generali che sovraintendono alla materia degli appalti pubblici in forza dei quali la modalità di approvvigionamento ordinaria di beni e servizi è la gara pubblica", subito dopo è esplicito e dettagliato il riferimento all'art. 2 della l.r. 34/2012 ed al trasferimento, da esso disposto, delle competenze per l'approvvigionamento dei beni e servizi alla ASR in funzione di centrale regionale di acquisto.

Ed è inequivoco che all'annullamento, il provvedimento faccia seguire la decisione di procedere "ad inoltrare formale richiesta alla Centrale Regionale Acquisti per procedere all'indizione della gara per la fornitura di cui trattasi a favore dell'ASL 3 Genovese".

Deve quindi ritenersi che il presupposto della necessità di applicare la norma regionale sopravvenuta, demandando la decisione sull'acquisizione dei beni per il periodo successivo

alla prossima scadenza contrattuale alla Centrale regionale, fosse stato individuato (in modo approssimato, e certamente in subordine, ma comunque sufficiente a renderlo rilevante) nel provvedimento di autotutela.

8. Per quanto esposto, la centralizzazione delle procedure comporta di per sé la finalizzazione ad un'esigenza di razionalizzazione della spesa e di risparmio, riassumendo gli altri presupposti dell'autotutela, costituiti dall'interesse pubblico e dalla valutazione comparativa con quello privato, di cui l'appellante aveva lamentato la mancanza.

Per questo a poco o nulla rileva la correttezza e logicità delle previsioni in ordine alla possibilità di ottenere un'offerta migliore in esito ad una gara centralizzata. Al riguardo, la ASL ha sottolineato la ragionevole possibilità (sulla base dei prezzi medi attuali) di spuntare un prezzo inferiore del 15%, attraverso una nuova gara effettuata tramite la Centrale regionale acquisti, in cui possono essere variate le condizioni contrattuali della fornitura. Per contro, l'appellante sottolinea la non confrontabilità del minore prezzo giornaliero per utente ottenuto con la gara precedentemente espletata dalla Centrale, in quanto avente contenuti diversi (minore qualità della fornitura e minori dimensioni del bacino di utenza) rispetto alla fornitura in questione. Il Collegio deve tuttavia ribadire che la gara centralizzata è imposta dalla legge, in ragione di una attitudine tipologica presunta a selezionare le offerte più convenienti, che, come non ammette deroghe, così non richiede una specifica conferma per ogni singola situazione sulla base del rilevamento dei risultati ottenuti in casi analoghi.

9. Quanto ai profili legati all'affidamento del beneficiario della proroga, va poi considerato che, al momento dell'annullamento in autotutela, erano passati dall'adozione del provvedimento di proroga circa 5 mesi, e mancavano ancora circa 2 mesi all'inizio della fornitura (oltre 3 mesi, rispetto alla comunicazione di avvio del procedimento di autotutela).

Pertanto, considerato il carattere dell'appalto (fornitura di beni non particolarmente deteriorabili, e di largo consumo), e comunque in assenza di specifiche censure su tale aspetto, non sembra che l'autotutela abbia travalicato il "termine ragionevole" ed i limiti dettati in via generale dall'art. 21-novies, della legge 241/1990.

Senza contare che, nelle more dell'espletamento della gara da parte della Centrale regionale, il provvedimento di autotutela ha disposto espressamente la proroga del contratto in essere con Santex (deve supporsi, in mancanza di diversa indicazione, alle condizioni contrattuali originarie, più vantaggiose per la fornitrice di quelle pattuite ai fini della proroga).

10. Gli altri motivi assorbiti in primo grado sono infondati, posto che, alla luce di quanto esposto: (a) – la motivazione dell'autotutela era rinvenibile nel provvedimento; (2) – sia il mancato riscontro positivo alla richiesta di intervento in autotutela di ex art. 243-bis, cit., sia la valutazione positiva degli uffici della ASL in ordine alla proroga, non impedivano che, re melius perpensa (e, soprattutto, tenendo conto del sopravvenuto vincolo di legge), la ASL addivenisse ad una decisione definitiva di segno contrario.

11. Meritano dunque conferma, seppure con la diversa motivazione esposta, le conclusioni raggiunte dal TAR, e l'appello deve essere respinto.

Considerata la relativa novità di alcuni aspetti delle questioni affrontate, e lo stesso sviluppo dell'azione amministrativa che ha originato la controversia, si ravvisano giustificati motivi per disporre l'integrale compensazione tra 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 respinge, confermando con diversa motivazione la sentenza appellata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2015 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/05/2015

IL SEGRETARIO

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