

Publicato il 06/10/2023

N. 08718/2023REG.PROV.COLL.
N. 04559/2023 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 4559 del 2022, proposto dall’Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza, in persona del suo Commissario straordinario e legale rappresentante *pro-tempore*, dott. Antonio Graziano, rappresentato e difeso dall’avv. Nicola Gaetano ed elettivamente domiciliato presso il suo studio sito in Paola (CS) al Corso Roma n. 3, giusta procura in calce all’atto di appello su foglio separato da intendersi come parte integrante dello stesso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

la società Althea Italia S.p.a., in persona del Presidente e legale rappresentante p.t., dott. Alessandro Dogliani, con sede legale in Roma, alla via Alexandre Gustave Eiffel n. 13, 00148, rappresentata e difesa, in virtù di procura in calce all’atto di costituzione, dal prof. avv. Saverio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

nei confronti

della società Solution Devices S.r.l., corrente e con sede a Catanzaro, Via Mula Pardizzi s.n.c., in persona del suo amministratore e legale rappresentante *pro tempore*, sig.ra Viviana Farenza, elettivamente domiciliata in Catanzaro, Piazza Le Pera n. 9, presso lo studio dell’avv. Giovanni Capilupi, che la rappresenta e difende, giusta procura in calce all’atto di costituzione, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, appellante incidentale,

per l’annullamento e/o la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria – Sez. Catanzaro - n. 1457/2022, pubblicata il 27 marzo 2023, mai notificata, sul ricorso proposto dalla Althea Italia S.p.a. per l’annullamento – previa sospensione dell’avviso di gara CIG 92692402D4, indetto dall’ASP di Cosenza con procedura aperta per l’affidamento in “*concessione della progettazione, realizzazione, manutenzione e conduzione di un servizio di telecardiologia per la gestione dell’emergenza cardiologica ospedaliera e territoriale e di quella ordinaria del servizio di elettrocardiografia ospedaliera e territoriale e dei reparti di cardiologia delle strutture sanitarie ospedaliere e territoriali dell’ASP di Cosenza*”, da eseguire nel comprensorio della Provincia di Cosenza, pubblicato sul GURI, 5^a serie speciale, Contratti Pubblici n. 74 del 27 giugno 2022, nonché del Disciplinare di Gara e dei relativi allegati, oltre che dell’avviso di riapertura dei termini di presentazione offerte pubblicato sul GURI in data 26 settembre 2022, con relativa richiesta cautelare *ex art. 55 CPA*, nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente *medio tempore* sottoscritto di cui dichiara la disponibilità al subentro, oltre al risarcimento danni in forma specifica e/o per equivalente. Con vittoria di spese e competenze legali.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Althea Italia S.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Solution Devices S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2023, il Cons. Paolo Carpentieri e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso in appello in esame, notificato il 19 maggio 2023, l'Azienda Sanitaria Provinciale (ASP) di Cosenza ha chiesto l'annullamento e/o la riforma della sentenza del Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, n. 521/23 del 27 marzo 2023 di accoglimento del ricorso proposto dalla società Althea S.p.a. avverso l'avviso di gara CIG 92692402D4 con il quale l'Azienda sanitaria appellante aveva indetto la procedura aperta per l'affidamento in "*concessione della progettazione, realizzazione, manutenzione e conduzione di un servizio di telecardiologia per la gestione dell'emergenza cardiologica ospedaliera e territoriale e di quella ordinaria del servizio di elettrocardiografia ospedaliera e territoriale e dei reparti di cardiologia delle strutture sanitarie ospedaliere e territoriali dell'ASP di Cosenza, da eseguire nella comprensorio della Provincia di Cosenza*", pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, 5^a Serie Speciale - Contratti Pubblici n. 74 del 27 giugno 2022.

2. Con la sentenza appellata il Tar di Catanzaro ha respinto le eccezioni di inammissibilità proposte dall'ASP di Cosenza e dalla Solution Devices S.r.l. (non notificataria, ma intervenuta *ad opponendum*), ritenendo: a) che la società Althea, alla data di scadenza del termine del 31 ottobre 2022 di presentazione delle offerte (come prorogato in forza dell'avviso pubblicato in data 26 settembre 2022), era legittimata a proporre domanda di partecipazione perché la misura cautelare reale dalla quale era stata attinta era stata sospesa in data 27 ottobre 2022, per essere poi revocata in data 5 dicembre 2022; b) che la censura di non sostenibilità economica dedotta dalla società Althea equivaleva all'impugnazione di una clausola escludente e fosse pertanto tale da legittimare la ricorrente alla proposizione del ricorso pur non avendo chiesto di partecipare alla gara.

2.1. Il Tar ha dunque condiviso nel merito la prospettazione della società Althea secondo la quale la gara aveva ad oggetto non la concessione di un servizio, ma un appalto misto di fornitura e di servizi, poiché al servizio prestato dall'operatore economico privato corrispondeva esclusivamente il pagamento di un canone da parte dell'Amministrazione (un canone annuo pari a $\frac{1}{4}$ del prezzo posto a base d'asta, pari a euro 5.994,192,00, sul quale applicare il ribasso di gara), sicché non vi era un rapporto tra l'aggiudicatario e gli utenti, né un "rischio di domanda" (nella specie si sarebbe trattato di un *leasing* operativo, essendo prevista la cessione a titolo gratuito a favore della Azienda Sanitaria Provinciale, in conclusione del periodo di durata contrattuale, di tutte le apparecchiature ed i dispositivi forniti).

2.2. Il Tar, inoltre, alla luce delle risultanze della c.t.u. appositamente disposta, ha rilevato la non sostenibilità economica dell'appalto (il canone previsto a favore dell'operatore economico, stabilito nella misura massima di euro 1.498.548,00 all'anno, non solo non avrebbe coperto il costo dell'investimento iniziale in macchinari, stimato negli atti di gara nella misura di euro 6.978.400,00, e il costo di gestione e manutenzione, stimato nella misura di euro 837.400,00, ma avrebbe determinato una perdita annua di euro 1.083.460,00 e una perdita complessiva di euro 4.333.840,00, tenuto conto che il valore residuo degli investimenti alla fine del contratto sarebbe stato pari a 0 per l'aggiudicatario, in forza della clausola di cessione gratuita dei macchinari all'azienda committente).

2.3. Il Tar ha infine respinto le repliche delle controparti ritenendo che non si potesse tener conto degli elementi occasionali e ipotetici del rapporto, quali la possibilità di proroga per un anno del contratto, pur prevista dalla legge di gara, la possibilità che l'Amministrazione attribuisca ulteriori servizi, né il possibile accesso alle misure di

premieria fiscale previste a vantaggio delle aziende che operano investimenti nel Mezzogiorno d'Italia e che operano i c.d. investimenti 4.0.

3. Avverso la predetta sentenza, qui impugnata, la ASP di Cosenza ha dedotto i seguenti motivi di censura, che si risolvono, in sostanza, nella riproposizione delle eccezioni e deduzioni già proposte in primo grado e respinte dal Tar:

3.1. *“Inammissibilità del ricorso per carenza di interesse per mancata partecipazione alla gara”*: l'insostenibilità economica denunciata dalla ricorrente non potrebbe essere considerata sul piano processuale alla stregua di una clausola immediatamente escludente poiché non inciderebbe con assoluta ed oggettiva certezza sull'interesse delle imprese, non incidendo sui requisiti di partecipazione alla procedura concorsuale; le condizioni di gara non avrebbero precluso, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un'utile partecipazione alla gara di un operatore economico, risolvendosi solo in valutazioni sulla convenienza economica; la dedotta insostenibilità economica non sussisterebbe, come dimostrato dall'utile partecipazione alla gara di altro operatore economico; l'espletata CTU (svoltasi peraltro senza la partecipazione della società controinteressata Solution Devices S.r.l.) non avrebbe tenuto conto delle premialità fiscali, dell'economia di scala della fornitura e della previsione della proroga contrattuale per un ulteriore anno, oltre che non tenere in conto la documentazione del partecipante alla gara.

3.2. *“Nel merito. Erroneità della sentenza e della CTU. a) Premialità fiscale. Violazione dell'art. 167 d.l.vo n. 167/2016”*: sarebbe errata la statuizione del Tar circa la non valutabilità delle premialità fiscali ai fini della sostenibilità economica dell'appalto; il Tar non avrebbe considerato che esistono due diverse fiscalità premiali applicabili alla gara: la prima, sicuramente applicabile nella fattispecie, relativa agli “Investimenti 4.0” in beni strumentali tecnologici, pari al 40 per cento dell'immobilizzazione acquisita, con incremento dei ricavi attesi dell'85 per cento rispetto a quelli menzionati, prescinderebbe dalle qualità soggettive del beneficiario e sarebbe applicabile a tutte le imprese residenti nel territorio dello Stato (indipendentemente dalla sede nel Mezzogiorno d'Italia), incluse le stabili organizzazioni di soggetti non residenti; la seconda premialità relativa agli investimenti nel Mezzogiorno, consistente in diverse agevolazioni fiscali, sarebbe anch'essa agevolmente fruibile essendo condizionata alla sola presenza di un'unità locale, quale ad esempio un ufficio assistenza clienti, nelle Regioni del Sud d'Italia; la considerazione di tali vantaggi fiscali sarebbe peraltro prevista dall'art. 167, comma 4, lettere c) e g), del decreto legislativo n. 50 del 2016, nonché dalla direttiva europea n. 23 del 2014.

3.3 *“b) Proroga contrattuale annuale prevista nel bando. violazione dell'art. 35 d.l.vo n. 50/2016.”*: il Tar, e prima ancora il CTU, in spregio al combinato disposto degli artt. 35, comma 4, e 167, comma 1, del decreto legislativo n. 50 del 2016, non avrebbero tenuto conto nella valutazione economica dell'appalto degli elementi accessori previsti nel bando ed in particolare dell'incidenza economica della previsione di proroga annuale del contratto.

3.4. *“c) Economia di scala”*: contrariamente a quanto sostenuto dal Tar, e prima ancora dal CTU, ben avrebbero dovuto essere valutate, ai fini della sostenibilità economica dell'appalto, le economie di scale dovute alla normale scontistica praticata dai fornitori sui numerosi strumenti da installare, non trattandosi di monofornitura (che, se si ipotizzasse una percentuale di sconto sull'investimento iniziale pari al 30 per cento, senza alcuno sconto sul *service*, si otterrebbe un risultato netto di periodo pari ad euro 271.501, con un utile complessivo di progetto pari ad euro 1.357.540,00).

3.5. *“Inammissibilità del ricorso per carenza di interesse. Violazione dell'art. 80 d.l.vo n. 50/2016”*: al momento della proposizione del ricorso in data 27 ottobre 2022 la società Althea Italia S.p.a. sarebbe stata interdetta a contrarre con la P.A. poiché la misura interdittiva di inibizione alla contrattazione con la P.A. *ex art. 289-bis c.p.p.*, adottata nei confronti della società Althea dal GIP presso il Tribunale di Palermo in data 23 ottobre 2022, sospesa (secondo parte avversa) il 27 ottobre 2023 e quindi revocata solo in data 5 dicembre 2022, era stata in realtà sospesa da parte del GIP *“al verificarsi del rispetto delle condizioni indicate”*, sicché la ricorrente avrebbe coltivato il ricorso

al Tar con la pendenza dell'interdittiva cautelare *ex art. 289 c.p.p. sub judice*; sussisterebbe, quindi, una carenza di interesse della ricorrente ad impugnare il bando, posto che sarebbe ancora pendente il procedimento penale per reati che rientrano nell'alveo dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016, ciò che costituirebbe un'autonoma causa di esclusione *ex art. 80, comma 5, lettere c), c-bis), ed f)*.

3.6. “*Inammissibilità per mancata notifica al controinteressato. Violazione dell'art. 41, comma 2 CPA*”: la ricorrente avrebbe omesso di notificare il ricorso alla Solution Devices S.r.l., altro operatore economico partecipante alla gara, della cui partecipazione la società Althea era perfettamente a conoscenza, avendone preso contezza con la costituzione in giudizio dell'ASP, la quale non solo allegava tale circostanza ma documentava la partecipazione alla gara di Solution Devices S.r.l.; tale soggetto rivestirebbe la qualità di controinteressato formale in quanto esattamente individuato negli atti di gara come partecipante a quest'ultima, ed avrebbe avuto diritto a partecipare al giudizio ed alle operazioni peritali.

4. Si è costituita in giudizio per resistere al proposto appello la società Althea Italia S.p.a.

5. Con atto notificato il 13 giugno 2023 ha proposto appello incidentale la società Solution Devices S.r.l., che ha riproposto e ulteriormente articolato le eccezioni e deduzioni sviluppate in primo grado, in sede di intervento *ad opponendum*.

5.1. Più nel dettaglio, la società controinteressata appellante incidentale ha eccepito l'inammissibilità del ricorso proposto dalla società Althea Italia S.p.a. per carenza di interesse a ricorrere, essendo la società ricorrente, al momento dell'indizione della gara d'appalto e dell'avviso di riapertura dei termini per la partecipazione alla gara, ed altresì al momento della notificazione del ricorso introduttivo in data 26 ottobre 2022, giuridicamente impossibilitata a partecipare, per essere gravata di un provvedimento cautelare di divieto a contrarre con la Pubblica Amministrazione, emesso *ex art. 289-bis c.p.p.* dal GIP del Tribunale di Palermo; la stessa ASP di Cosenza – ha aggiunto l'appellante incidentale - sarebbe incorsa in errore circa l'effettiva data di notifica del ricorso introduttivo, da collocare non già al 27 ottobre 2022, bensì al 26 ottobre 2022, come si evincerebbe inequivocabilmente dalla relazione di notificazione del ricorso medesimo.

5.2. Ha altresì eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione a ricorrere, non avendo la ricorrente partecipato alla gara d'appalto e non potendosi ritenere immediatamente escludenti le clausole del bando impugate.

5.3. Ha quindi dedotto l'infondatezza del ricorso, non sussistendo l'asserita insostenibilità economico-finanziaria dell'appalto, ovvero l'asserita impossibilità che l'appaltando servizio di telecardiologia potesse essere espletato al costo indicato quale prezzo a base d'asta dall'Amministrazione appaltante. Contraddittoriamente la società ricorrente – ha rilevato criticamente la società controinteressata - ha espressamente manifestato, in sede di ricorso, nell'ipotesi di mancata declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, ove *medio tempore* stipulato, la propria disponibilità al subentro nell'esecuzione del contratto (pagg. 2 e 3 del ricorso introduttivo), ciò che sarebbe “*del tutto incompatibile con la tesi dell'insostenibilità economica posta a fondamento del ricorso proposto da Althea S.p.A.*”.

5.4. Inoltre, sarebbe errato quanto sostenuto dal Tar e dalla CTU circa l'azzeramento del valore residuo dell'investimento per effetto della prevista clausola di riscatto, atteso che la predetta clausola di riscatto non riguarderebbe i *software* ed i sistemi informativi e gestionali di licenza proprietaria (che rappresentano le voci più rilevanti di costo), bensì solo i dispositivi medici e le infrastrutture informatiche e telematiche, ovvero quei beni oramai divenuti obsoleti per effetto dell'utilizzazione protrattasi per anni e comunque privi di valore di mercato, siccome non più commerciabili.

5.5. La sostenibilità economico-finanziaria del censurato appalto sarebbe altresì comprovata dalla circostanza che, attualmente, il servizio di telecardiologia presso le strutture dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza risulta

espletato dalla GE Medical Systems Italia S.p.a. al costo di euro 4.500.000 per la durata di cinque anni, ciò che dimostrerebbe come il prezzo di euro 5.994.192,00 per un quadriennio posto a base del nuovo appalto per il servizio di telecardiologia, indetto con bando dell'8 giugno 2022, sia congruo ed adeguato.

6. Alla camera di consiglio del 22 giugno 2023 la domanda cautelare è stata rinviata al merito.

7. Le parti hanno depositato memorie e documenti.

8. Alla pubblica udienza del 28 settembre 2023 la causa è stata discussa e assegnata in decisione.

DIRITTO

1. L'appello proposto dall'Azienda sanitaria provinciale di Cosenza è infondato e da respingere. Parimenti infondato è il "*Ricorso per appello incidentale*" presentato dalla società controinteressata Solution Devices S.r.l. ex artt. 96 c.p.a. e 333 c.p.c.

2. Occorre preliminarmente esaminare le diverse eccezioni di inammissibilità del ricorso originario della società Althea, qui riproposte dalle parti appellanti.

3. A tal fine occorre in primo luogo chiarire la natura della legittimazione e dell'interesse ad agire azionati e fatti valere dalla società Althea Italia S.p.a.

In proposito ritiene il Collegio che la legittimazione sia quella dell'operatore economico del settore e l'interesse ad agire quello puramente demolitorio e strumentale alla riproposizione sul mercato, in termini corretti e accessibili, della commessa oggetto di causa.

Non rileva in senso contrario, ad avviso del Collegio, la circostanza, denunciata dall'appellante incidentale, che la società appellata abbia proposto in primo grado, nell'epigrafe del suo ricorso introduttivo, non solo la domanda di annullamento, ma anche una domanda di declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente *medio tempore* sottoscritto, con dichiarazione di disponibilità al subentro, oltre al risarcimento dei danni in forma specifica e/o per equivalente. Ritiene il Collegio che sul dato puramente formale della redazione del testo dell'atto introduttivo debba prevalere la considerazione sostanziale delle censure proposte e della dinamica complessiva di svolgimento dell'azione e del processo, che conduce inequivocamente nel senso, come detto, della natura puramente demolitoria della pretesa azionata, che è esclusivamente quella dell'impresa del settore che ritiene impossibile partecipare alla procedura selettiva a causa di vizi che impediscono la partecipazione e chiede dunque che quell'appalto sia rimesso sul mercato per essere reso correttamente contendibile sulla base di regole di gara legittime e accessibili.

4. Così correttamente definito il titolo ad agire della ricorrente in primo grado e il tema della decisione, è agevole superare le eccezioni di inammissibilità già presentate dinanzi al primo giudice, superate dal Tar e qui riproposte dalle appellanti.

4.1. Sotto un primo profilo, si deduce l'inammissibilità del ricorso introduttivo per effetto della misura interdittiva di divieto di contrarre con la p.a. ex art. 289-bis c.p.p., adottata dal GIP presso il Tribunale di Palermo a carico della società Althea Italia S.p.a. in data 23 ottobre 2022, poi sospesa in data 27 ottobre 2022 (e revocata il 7 dicembre dello stesso anno).

4.1.1. In senso contrario alla deduzione delle parti appellanti deve osservarsi non tanto, come ritenuto dal Tar, che la misura interdittiva fosse sospesa alla data ultima di presentazione dell'offerta (31 ottobre 2022), ma piuttosto che alla data del primo atto di proposizione del ricorso – ossia alla data del 26 ottobre 2022 di sottoscrizione del ricorso, di conferimento del mandato al difensore e di sua notifica – l'effetto impeditivo proprio della misura *de qua*, pur ancora operativo (la sospensione è intervenuta solo il successivo giorno 27 ottobre 2022), non ha precluso la valida proposizione dell'azione, trattandosi di misura interdittiva incidente sulla capacità a contrarre con la p.a., ma non anche sulla legittimazione ad agire dell'impresa del settore a tutela dei propri interessi aziendali, trattandosi, come detto, della proposizione non già di un ricorso diretto a conseguire immediatamente e attualmente un contratto con l'Amministrazione (ossia per aggiudicarsi l'appalto per cui è causa), e dunque a contrattare con la p.a., ma di un

ricorso diretto solo a impedire che quell'appalto potesse essere illegittimamente sottratto al mercato e assegnato sulla base di una procedura impeditiva di una corretta partecipazione da parte degli operatori economici del settore.

4.1.2. In altri termini, nella specie l'originaria ricorrente faceva valere il proprio interesse "strumentale" alla riedizione della procedura attraverso una nuova disciplina di gara immune dai vizi "escludenti" denunciati, di talché la legittimazione e l'interesse a ricorrere vanno calibrati con riferimento non già alla specifica procedura di che trattasi e ai tempi e alle condizioni del suo svolgimento, bensì alla semplice posizione di operatore economico del settore della ricorrente, e dunque indipendentemente da vicende contingenti che potrebbero precluderle la stipulazione di contratti pubblici in un determinato momento storico.

4.1.3. In tale ottica resta irrilevante, dunque, l'eccezione dedotta dalla ASP appellante, secondo la quale la pendenza dell'interdittiva cautelare *ex art. 289 c.p.p.* avrebbe determinato una carenza di interesse della ricorrente ad impugnare il bando, stante la pendenza di un procedimento penale per reati che rientrano nell'alveo dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016, ciò che costituirebbe un'autonoma causa di esclusione *ex art. 80, comma 5, lettere c), c-bis), ed f)*: in senso opposto, deve invece evidenziarsi come l'azione proposta dalla società Althea non mirava in modo diretto e immediato a contrattare con la p.a., né ad essere ammessa a quella specifica procedura selettiva in corso, ma solo a che, *de futuro*, quell'appalto fosse nuovamente messo a gara dalla stazione appaltante, in termini corretti e accessibili per il mercato.

4.2. Sotto un secondo profilo, le appellanti ripropongono l'eccezione di inammissibilità del ricorso perché non ricorrerebbero nel caso in esame le condizioni richieste dalla giurisprudenza per consentire l'impugnazione degli atti di gara da parte dell'operatore economico che non vi abbia partecipato.

4.2.1. Sul punto il Collegio ritiene di confermare la decisione del primo giudice, che ha correttamente ravvisato nel caso in esame, nel quale l'impresa ricorrente ha contestato l'errata configurazione economico-giuridica del rapporto (concessione di servizi anziché appalto di servizi, nella forma del *leasing* operativo) e l'assoluta insostenibilità economica della base d'asta proposta, quelle condizioni di non sostenibilità economica oggettivamente impeditive della partecipazione che la nota e condivisa giurisprudenza equipara alle così dette "clausole escludenti" agli effetti processuali dell'impugnabilità immediata del bando, in quanto incidenti direttamente, con assoluta e oggettiva certezza, sull'interesse delle imprese di settore, in quanto preclusive, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, di un'utile partecipazione alla gara.

4.2.2. Come ribadito di recente da questa Sezione (Cons. Stato, sez. III, 26 aprile 2022, n. 3191, che ha ritenuto ammissibile un ricorso che deduceva l'incongruità e la non remuneratività del prezzo posto a base della procedura ad evidenza pubblica in ragione degli intervenuti aumenti del costo del lavoro derivanti dalla sottoscrizione di un nuovo CCNL), alla stregua dei criteri di giudizio definiti dalla pronuncia dell'Adunanza plenaria 26 aprile 2018, n. 4, può considerarsi "*immediatamente escludente la legge di una gara di appalto che preveda una base d'asta insufficiente alla copertura dei costi o alla remunerazione del capitale impegnato per l'esecuzione della commessa ovvero che escluda un sia pur minimo margine di utile ed, a maggior ragione, che comporti l'esecuzione in perdita (Cons. Stato, III, 21 febbraio 2019, n. 513; id., III, 26 febbraio 2019, n. 1331; id., V, 25 novembre 2019, n. 8033, e da ultimo Cons. Stato, III, Sez. V, 8 gennaio 2021, n. 284)*".

4.2.3. Ebbene, nel caso in esame, merita condivisione il giudizio del Tar di sufficienza, ai fini processuali di ammissibilità del ricorso, della prospettazione di parte appellata secondo la quale l'importo a base di gara, pari a euro 5.994.192,00, sarebbe stato del tutto inadeguato e tale, pertanto, da impedire una corretta partecipazione alla procedura, a fronte di un impegno dell'aggiudicatario chiamato a sostenere un investimento iniziale per la sola fornitura di tutte le apparecchiature, dispositivi e beni consumabili pari complessivamente ad euro 6.978.400,00 e un costo annuo per le attività diverse dalla mera fornitura stimato in euro 837.408,00, residuando, quindi, in favore

dell'affidatario del contratto, un margine operativo lordo per il quadriennio radicalmente insufficiente a garantire il recupero dell'investimento effettuato.

4.2.4. Avvalora e rafforza la conclusione di oggettiva inidoneità degli atti di gara impugnati a consentire una corretta partecipazione alla procedura selettiva oggetto di lite il dato, pure condivisibilmente accertato dal Tar in accoglimento dello specifico motivo di censura all'uopo dedotto nel ricorso introduttivo, della erronea configurazione giuridica del rapporto da instaurarsi all'esito dell'affidamento, proposta dalla stazione appaltante in termini di concessione di servizi pur in mancanza degli elementi identificativi essenziali che connotano tale figura giuridica, come bene chiarito nella sentenza appellata, cui può qui per sintesi rinviarsi. Anche tale profilo ha un'evidente ricaduta negativa sulla sostenibilità economica dell'appalto, posto che la concessione di servizi ha una struttura economica affatto diversa dall'appalto di servizi, potendo anche implicare la presenza di introiti derivanti dall'erogazione del servizio al pubblico, qui in tutta evidenza insussistenti.

4.3. Parimenti infondata e da respingere è l'eccezione, riproposta in appello, in punto di asserita, omessa integrazione del contraddittorio in primo grado nei confronti della società Solution Devices S.r.l., che si è vista costretta a intervenire in quella sede *ad opponendum*, in quanto operatore che ha partecipato alla procedura in oggetto, presentando un'offerta, e che avrebbe dovuto essere – secondo la tesi di parte appellante - notificataria del ricorso di primo grado.

La configurazione dell'azione proposta, quale azione diretta esclusivamente avverso l'avviso e il disciplinare di gara, non implicava l'onere di notifica ad alcun controinteressato, allora peraltro nemmeno individuabile. Né può ritenersi controinteressata sopravvenuta in senso proprio l'impresa che ha presentato domanda di partecipazione o un'offerta nella procedura di gara oggetto di radicale contestazione con il ricorso introduttivo, sicché deve escludersi che l'onere di integrazione del contraddittorio fosse insorto in capo alla ricorrente nel corso del giudizio.

È invero pacifico che in relazione all'impugnazione della *lex specialis* "escludente" da parte di un operatore economico che non abbia partecipato alla procedura non sono individuabili controinteressati: questi, semmai, possono sopravvenire allorché debba essere impugnata con motivi aggiunti l'aggiudicazione che conclude la gara, ma nella specie non consta che la procedura si sia conclusa con l'aggiudicazione.

4.3.1. Conseguentemente infondata e da respingere, per gli stessi motivi ora esposti, è la contestazione della irrivalenza della c.t.u., dedotta in primo grado e qui riproposta sul rilievo che le operazioni peritali si sarebbero svolte senza la presenza della controinteressata Solution Devices S.r.l., nonostante fosse stata rilevata dall'ASP la necessità di integrare il contraddittorio da parte dell'ente resistente.

5. Superati i diversi profili in rito dedotti dalle appellanti, è possibile procedere all'esame del merito. E nel merito tutti i motivi di appello sono giudicati dal Collegio infondati e da respingere.

6. Merita conferma in primo luogo la statuizione del Tar, fondata sulla base di un'apposita c.t.u. (ritualmente esperita e che non vi è alcun motivo valido perché debba essere ripetuta in questa sede, come pure richiesto dalle parti appellanti), che ha correttamente dimostrato la non sostenibilità economica dell'appalto (poiché il costo dell'investimento iniziale in macchinari e altre forniture è stimato negli atti di gara nella misura di euro 6.978.400,00, mentre il costo di gestione e manutenzione assomma ad euro 837.400,00, il che, a fronte di un canone previsto a favore dell'operatore economico nella misura massima di euro 1.498.548,00 all'anno, determina una perdita annua di euro 1.083.460,00 e una perdita complessiva di euro 4.333.840,00, tenuto conto che il valore residuo degli investimenti alla fine del contratto è pari a 0 per l'aggiudicatario, in forza della clausola di cessione gratuita dei macchinari all'azienda committente).

6.1. Né può assumere rilievo in senso contrario la circostanza – su cui pure insistono le parti appellanti - per cui un'offerta in gara effettivamente c'è stata, posto che tale fatto non è di per sé sufficiente a consentire di negare il carattere "escludente" della disciplina di gara sotto il profilo economico che qui viene in rilievo, atteso che il

concorrente potrebbe aver presentato un'offerta (peraltro non nota nei suoi contenuti) palesemente insostenibile sul piano economico.

In ogni caso, il carattere "escludente" della disciplina di gara va verificato *ex ante*, sulla base dell'esclusiva considerazione dei suoi contenuti, indipendentemente da che cosa poi accada nel concreto svolgersi della procedura selettiva, ove questa abbia corso.

6.2. Parimenti irrilevante, per le stesse ragioni ora esposte, deve considerarsi l'obiezione secondo la quale la sostenibilità economico-finanziaria del censurato appalto sarebbe comprovata dalla circostanza che, attualmente, il servizio di telecardiologia presso le strutture dell'ASP di Cosenza sarebbe espletato dalla GE Medical Systems Italia S.p.a. al costo di euro 4.500.000 per la durata di cinque anni.

6.3. Né, come già accennato, può accogliersi la domanda istruttoria di ripetizione della c.t.u. proposta dalle appellanti. Al riguardo, invero, le parti appellanti, così come non hanno contestato la sentenza di prime cure nella parte in cui ha qualificato la procedura per cui è causa come di appalto anziché di concessione, nemmeno hanno articolato critiche di merito in ordine ai criteri seguiti dal c.t.u. ed alle modalità di calcolo applicate, limitandosi a reiterare – in critica alle opposte statuizioni del Tar – la tesi secondo cui nel verificare la disciplina di gara ai fini che qui rilevano si sarebbe dovuto tenere conto di elementi quali la possibilità di proroga annuale del contratto prevista dalla stessa *lex specialis*, la possibilità del pari prevista di affidamento di prestazioni aggiuntive e ulteriori, i vantaggi derivanti all'aggiudicataria dalla fruizione di agevolazioni fiscali e le possibili economie di scala da questa conseguibili sulla base della propria organizzazione aziendale. Ma tali profili, tutti peraltro destituiti di fondamento, attengono alla decisione di merito del ricorso, ma non si traducono in critiche procedurali o metodologiche sullo svolgimento della consulenza tecnica, tali da poterne in qualche modo giustificare la chiesta reiterazione.

7. Venendo all'esame specifico delle contestazioni di merito, intese in vario modo a dimostrare una pretesa sostenibilità economica dell'appalto, esse risultano tutte infondate, essenzialmente perché adducono circostanze ed elementi valutativi (quali le agevolazioni fiscali fruibili e le possibili economie di scala) che potrebbero rilevare legittimamente per l'attribuzione di punteggio e la graduazione delle offerte, ma non anche per la corretta definizione della base d'asta della gara, oppure evenienze del tutto ipotetiche e incerte (quali la possibilità di proroga annuale del contratto e di affidamento di prestazioni aggiuntive e ulteriori), che parimenti risultano del tutto inidonee a "correggere" al rialzo la predetta base d'asta, rimediando utilmente alla sua insufficienza.

7.1. Quanto alle agevolazioni fiscali previste a vantaggio delle aziende che operano investimenti nel Mezzogiorno d'Italia e che operano i c.d. investimenti 4.0, meritano conferma le motivazioni sulla base delle quali il primo giudice ha ritenuto che tenerne conto ai fini del calcolo della base di gara – e, quindi, della valutazione di sostenibilità delle offerte – avrebbe significato introdurre nella disciplina di gara profili discriminatori e anticomunitari (in sostanza, il vantaggio competitivo riveniente alle imprese dalla fruizione di benefici fiscali connessi alla loro localizzazione territoriale può ben operare nella fase del confronto tra le offerte, ma non può assurgere a elemento determinante della stessa disciplina di gara, così finendosi per svantaggiare in partenza le imprese stabilite in altri Stati dell'Unione europea).

Sotto questo profilo negli appelli non si offrono argomenti utili a contrastare questa conclusione.

7.2. Analogamente per quanto concerne le "economie di scala", a quanto condivisibilmente osservato dal Tar (impossibilità di tener conto degli elementi occasionali, non essendo ragionevole far dipendere la valutazione della sostenibilità economico-finanziaria dell'appalto da un evento futuro e incerto, peraltro collegato alla discrezionalità della parte pubblica del contratto) può aggiungersi che tali economie di scala, ammesso che siano adeguatamente dimostrate, possono bensì valere nella fase di verifica di congruità delle offerte ma non possono diventare, stante la loro aleatorietà, elemento integrante la determinazione della base di gara, la quale va fatta sulla base di elementi certi e oggettivi.

7.3. Lo stesso dicasi circa le prestazioni aggiuntive, sia con riferimento alla loro natura meramente eventuale, sia con riferimento alla loro dipendenza da valutazioni discrezionali della stazione appaltante.

7.4. Più incerta può apparire la soluzione per quanto riguarda l'opzione di proroga annuale, stante il disposto dell'articolo 35, comma 4, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, richiamato dalle appellanti (ancorché tale disposizione, in base alla quale il calcolo del valore stimato dell'appalto "*tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara*", è dettata in funzione antielusiva della disciplina sulle soglie di rilevanza comunitaria e pertanto non pare direttamente riferibile al calcolo del valore dell'appalto al diverso fine, qui rilevante, della sostenibilità economico-finanziaria dell'appalto stesso).

Ma, in ogni caso, una volta respinta ogni altra deduzione di parte appellante, tale questione risulta irrilevante, non essendo l'eventuale accoglimento di tale profilo sufficiente, in termini di "prova di resistenza", a ribaltare la decisione circa la palese incongruità della base d'asta, una volta esclusa la possibilità di tenere conto degli altri elementi sopra indicati: infatti, se si considera che il Tar ha calcolato la perdita complessiva discendente dalla disciplina di gara in euro 4.333.840,00, anche a voler ritenere che in base alla norma da ultimo citata dovesse tenersi conto dell'opzione di rinnovo e quindi considerare anche il canone per un ulteriore anno (euro 1.498.548,00) e i costi di manutenzione e svolgimento del servizio per un ulteriore anno (euro 837.400,00), residuerebbe comunque un'ingente perdita di euro 3.672.692,00 (euro 4.333.840,00 – 1.498.548,00 + 837.400,00 = euro 3.672.692,00).

7.5. Analoga sorte tocca all'ulteriore eccezione, svolta dalla società Solution Devices, secondo la quale sarebbe errato quanto sostenuto dal Tar e dalla c.t.u. circa l'azzeramento del valore residuo dell'investimento per effetto della prevista clausola di riscatto, atteso che la predetta clausola non riguarderebbe i *software* ed i sistemi informativi e gestionali di licenza proprietaria (che rappresentano le voci più rilevanti di costo), bensì solo i dispositivi medici e le infrastrutture informatiche e telematiche, ovvero quei beni oramai divenuti obsoleti per effetto dell'utilizzazione protrattasi per anni e comunque privi di valore di mercato, siccome non più commerciabili. Anche a voler ammettere, in tesi, che tale prospettazione sia fondata, essa non potrebbe comunque cambiare il risultato dell'accertata insostenibilità economico-finanziaria dell'appalto.

8. Gli appelli, in conclusione, devono essere respinti.

9. L'infondatezza degli appelli esonera il Collegio dall'esame dei motivi assorbiti in primo grado (peraltro non formalmente riproposti da parte dell'appellata).

10. Sussistono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite relative al presente grado di appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli indicati in epigrafe, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Paolo Carpentieri, Consigliere, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere

Paolo Carpentieri

Raffaele Greco

IL SEGRETARIO