

Pubblicato il 07/03/2018

N. 01462/2018REG.PROV.COLL.  
N. 07419/2017 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 7419 del 2017, proposto da:

Ebsco International Inc., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Carlo Emanuele Gallo e Alberto Romano, con domicilio eletto presso lo studio Alberto Romano in Roma, Lungotevere Sanzio, n. 1;

*contro*

Istituto Superiore di Sanità, non costituito in giudizio;

*nei confronti di*

Celdes S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Guido Mancini, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Guido D'Arezzo, 28;

*per la riforma*

della sentenza breve del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZIONE III quater n. 9734/2017, resa tra le parti, concernente i provvedimenti Istituto Superiore di Sanità, in data 28 giugno 2017, prot. 0018990 e 17 luglio 2017, prot. n. 0021258, di esclusione della Società ricorrente dalla “procedura negoziata per l'affidamento della fornitura di materiale librario e documentario a carattere tecnico-scientifico, pubblicato in Italia e all'estero – CIG 7045478060”;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Celdes S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2018 il Cons. Giorgio Calderoni e uditi per le parti gli avvocati Carlo Emanuele Gallo e Guido Mancini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

I. La società appellante Ebsco International Inc., con sede in New Barnet (UK), espone in fatto:

- di essere stata invitata dall'Istituto Superiore di Sanità, con lettera 19 maggio 2017 prot. n. 0014476, a partecipare alla procedura negoziata per l'affidamento della fornitura di materiale librario e documentario a carattere tecnico-scientifico, pubblicato in Italia e all'estero – CIG 7045478060 (importo € 150.000,00, oltre IVA.);

- di esserne stata successivamente esclusa con nota 28 giugno 2017 del medesimo Istituto, in quanto essa costituirebbe una *branch* priva di personalità giuridica della Società statunitense Ebsco International Inc., con sede in Alabama, USA, non ammessa alla procedura in questione trattandosi di una fornitura sotto soglia comunitaria;

- di aver impugnato tale provvedimento al Tar Lazio, unitamente al successivo 17 luglio 2017, di reiezione della richiesta di riesame, con la motivazione aggiuntiva che comunque la fideiussione depositata dalla Società sarebbe stata emessa a favore della Società statunitense e pertanto non consentirebbe la partecipazione alla gara.

Il Tar Lazio ha respinto il ricorso con sentenza “breve” 15 settembre 2017, n. 9734, avverso la quale Ebsco ora si grava deducendo, con un unico e articolato motivo di appello, molteplici censure di violazione di legge ed eccesso di potere, così suddivise in relazione a ciascuna delle tre ragioni di esclusione adottate dall'Istituto Superiore di sanità:

*1. In ordine alla qualificazione di operatore economico.*

All'assunto, contenuto in entrambi i provvedimenti impugnati in primo grado, secondo cui la Società ricorrente non poteva essere ammessa alla gara in quanto articolazione priva di autonomia giuridica di un'azienda statunitense, Ebsco oppone che il fatto di essere una *branch* di una società statunitense, e cioè priva di personalità giuridica, non sarebbe

rilevante, né per l'ordinamento italiano né per l'ordinamento OCSE. E ciò per le seguenti ragioni:

1.1. per l'ordinamento italiano, la personalità giuridica non è richiesta dall'art. 1 (*anzì: 3*), lettera p), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, poiché l'operatore economico che partecipa alle gare pubbliche può essere anche “un ente senza personalità giuridica”;

1.2. nell'ambito dell'ordinamento OCSE, l'articolo 5, secondo comma, lettera b), del modello OCSE, rubricato “*permanent establishment*”, qualifica, come tale, la “*branch*”, in quanto articolazione della società madre, che opera come filiale o succursale ed è dotata di stabile organizzazione;

1.3. nella specie e come risulta dalla documentazione prodotta in primo grado, la Società inglese Ebsco International Inc. è un soggetto che ha una stabile organizzazione nel Regno Unito (occupa un centinaio di dipendenti e un giro d'affari fiscale per l'anno 2016/2017 pari a 106.984.456 dollari) e che ivi paga le tasse (inclusa la VAT, corrispondente all'IVA) per tale attività, oltre a essere regolarmente registrato come una *company* attiva, avente come paese di origine gli Stati Uniti e un *establishment* in Inghilterra.

Si tratterebbe, perciò, a tutti gli effetti di un operatore giuridico europeo e non statunitense.

1.4. ciò sarebbe stato riconosciuto dal Tribunale di Roma, Sezione Specializzata Impresa, con sentenza 28 aprile 2015, in cui è affermato che la *branch* è una “vera e propria articolazione della casa madre, che rientra nella nozione di stabile organizzazione”.

1.5. viceversa, il T.A.R. Lazio, nella sentenza impugnata, ha affermato che il difetto di una posizione giuridica in capo all'appellante che conduca a configurarla “come persona fisica o persona giuridica” sarebbe rilevante, perché in fase di esecuzione del contratto essa sarebbe soltanto un intermediario rispetto alla stazione appaltante.

Ebsco critica tale tesi in fatto e in diritto, siccome poggiante sul richiamo a una risalente sentenza del Tar Veneto (n. 2453 del 2006), superata dall'evoluzione normativa in materia, tra cui, in particolare, i “considerando” 14 e 15 della direttiva UE 26 febbraio 2014, n. 245 (*anzì: n. 24*) secondo cui, rispettivamente:

- la nozione di operatore economico dev'essere interpretata in modo da ricomprendere anche le succursali e le filiali, "indipendentemente dal fatto che siano persone giuridiche o meno in ogni circostanza";
- i raggruppamenti di operatori economici possono partecipare a procedure di aggiudicazione "senza dover assumere una forma giuridica specifica".

Ne conseguirebbe che anche l'interpretazione dell'art. 45 del d. lgs. n. 50 del 2016 (il nuovo Codice dei contratti, approvato in attuazione della citata Direttiva n. 24/2014) non potrebbe essere "nel senso che questa disposizione prescriva una particolare forma giuridica per l'operatore economico".

## 2. In ordine alla esclusione della reciprocità

Anche l'affermazione dell'Istituto Superiore di Sanità, secondo cui l'origine statunitense della Società le impedirebbe di partecipare a gare sotto soglia relative a forniture, sarebbe erronea con riferimento all'accordo sugli appalti pubblici (AAP), di cui all'allegato IV del WTO; e ciò in quanto:

2.1. detto accordo escluderebbe dalla reciprocità, sotto soglia, gli imprenditori statunitensi per tutti i contratti, eccezion fatta per le forniture (come il contratto di cui è causa), poiché:

- all'appendice 1 è precisato che l'Unione Europea non estende i benefici dell'accordo ai contratti individuati nell'allegato 2 per i fornitori e i produttori di servizi degli USA, eccezion fatta per le forniture ("*other than for supplies*");
- a tale previsione dovrebbe essere coordinata quella dell'allegato 2 (il quale individua la soglia oltre la quale le esclusioni non si applicano, stabilita per le forniture in 200.000 diritti speciali di prelievo, al di sotto della quale si colloca il controvalore della fornitura *de qua*), con la conseguenza che "per le forniture anche inferiori a 200.000 diritti speciali di prelievo i vantaggi dell'accordo si estendono agli operatori statunitensi, allorché si tratti di un contratto di fornitura".

2.2. né in contrario varrebbe il disposto dell'art. 49 del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (come sostenuto dall'Istituto Superiore di Sanità nella comunicazione in data 17 luglio 2017), poiché "quella norma semplicemente prevede che l'assenza di reciprocità valga per i contratti di lavori, di servizi e di forniture in relazione alle pattuizioni internazionali in

merito” e non potrebbe estendere la portata degli accordi internazionali, “poiché il Codice dei Contratti nazionale non rileva sugli accordi internazionali ai quali l’Italia è vincolata”.

2.3. neppure varrebbe il richiamo dell’Istituto Superiore di Sanità alla sentenza di questa Sezione 10 luglio 2014, n. 3538, la quale non avrebbe affatto affermato che il divieto debba essere esteso anche alle forniture, limitandosi a dire (richiamando, a sua volta, un proprio precedente), che il divieto si applica laddove previsto e, qualificando, in quel caso, l’appalto come un appalto di servizi.

2.4. in questo paragrafo si contesta la collimante motivazione resa sul punto dalla sentenza appellata, opponendovi una “interpretazione coordinata dei due allegati” sopra menzionati e il richiamo alla lettera dell’art. 49 cod. contr., che rinvia a quanto stabilito negli “allegati 1, 2, 4 e 5 e dalle note generali dell’Appendice 1 dell’Unione Europea dell’AAP” e stabilisce che le Amministrazioni aggiudicatrici applicano “ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei paesi terzi, firmatari di tali accordi, un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai sensi del presente Codice”.

### *3. In ordine alla fideiussione a garanzia della cauzione.*

La specifica ragione di diniego (fideiussione emessa a favore della Società statunitense), opposta dall’Istituto Superiore di Sanità con la seconda nota 17 luglio 2017, viene censurata con i seguenti argomenti:

3.1. tenuto conto dei rapporti tra i due soggetti dal punto di vista economico, la garanzia fornita alla Società statunitense vale anche per la sua filiale o succursale inglese;

3.2. in ogni caso, le clausole di esclusione dalla gara sono tassative e tra queste clausole non rientrerebbe, secondo l’orientamento ormai consolidato della giurisprudenza amministrativa, la questione relativa alla fideiussione, in quanto la garanzia fideiussoria non atterrebbe né all’aspetto tecnico né all’aspetto economico dell’offerta e non renderebbe l’offerta medesima incomprensibile quanto al contenuto e quanto alla provenienza, non rientrando perciò nelle ipotesi tassative in cui è escluso il soccorso istruttorio ai sensi dell’art. 83, comma 9, del d. lgs. n. 50 del 2016;

3.3. all’affermazione della sentenza gravata - per cui l’appellante “non ha potuto prestare garanzia fideiussoria a proprio nome, ma a nome della casa madre americana, rendendo ben più evidente e giustificata l’esclusione dalla gara comminatale” - si replica che:

- si tratterebbe di una modalità normalmente utilizzata all'interno di un gruppo imprenditoriale, in cui la fideiussione viene rilasciata alla capo gruppo e garantisce l'attività delle controllate;
- la garanzia fideiussoria è stata rilasciata su richiesta e a favore della Società americana, ma con l'esplicita indicazione dell'Istituto Superiore di Sanità quale beneficiario;
- l'esclusione si giustificerebbe soltanto se la fideiussione non fosse stata rilasciata o se la fideiussione fosse stata rilasciata a un soggetto diverso da quello partecipante alla gara: il che, nella fattispecie, non si sarebbe verificato.

II. L'Istituto Superiore di Sanità non si è costituito in questo giudizio di appello.

III. Si è, invece, costituita l'appellata Celdes s.r.l., risultata aggiudicataria della fornitura, che, con una prima memoria 10.11.12017, ha:

\* preliminarmente eccepito l'inammissibilità del gravame proposto da Ebsco per carenza di interesse, in quanto Ebsco - pur conoscendo il ribasso offerto dalla aggiudicataria Celdes e, ovviamente, il proprio ribasso - non ha né affermato né dimostrato che, ove non fosse stata esclusa, si sarebbe aggiudicata la gara; carenza di interesse che "può essere rilevata, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio",

\* replicato punto per punto alle deduzioni avversarie sulle tre questioni che animano il *thema decidendum* (la possibilità o meno di considerare la *branch* inglese di EBSCO un operatore economico distinto dalla casa madre americana; il principio di reciprocità; la cauzione provvisoria).

IV. In vista dell'udienza di discussione, Ebsco ha depositato (19.1.2018) la seguente documentazione:

- la propria offerta economica;
- il decreto 26.7.2017 di aggiudicazione a Celdes;
- il proprio, ulteriore ricorso di primo grado avverso tale decreto.

Il successivo 23 gennaio 2018, Ebsco ha, depositato memoria difensiva, sui profili di rito e di merito della causa.

V. Lo stesso 23 gennaio 2018, Celdes ha, a sua volta, depositato memoria, con cui ha svolto esclusive deduzioni in rito, e cioè:

\* ha rilevato la violazione dell'art. 104 c.p.a., da parte di Ebsco, che ha depositato solo in questa sede di appello l'offerta economica da essa presentata nel corso della gara, "all'evidente fine di dimostrare di avere un interesse giuridicamente tutelato, effettivo e concreto alla proposizione dell'azione di annullamento", mentre "la prova della spettanza dell'affidamento - per il caso di accoglimento dell'azione - doveva essere fornita dalla ricorrente in appello già in primo grado";

\* ha eccepito, comunque, anche la tardività di detto deposito.

*VI.* Dopodiché, le parti si sono scambiate rispettive memorie di replica (nel merito, quella 25.1.2018 di Celdes; in rito, quella 26.1.2018 di Ebsco) e la causa è passata in decisione all'odierna udienza pubblica.

*VII.* Ciò premesso, vanno dapprima esaminati i profili in rito della controversia, alla stregua delle eccezioni sollevate dall'appellata Celdes e delle repliche dispiegate sul punto da Ebsco.

Tra le opposte tesi che si fronteggiano in proposito, il Collegio ritiene condivisibili gli argomenti svolti da Ebsco, nelle menzionate memorie 23 e 26 gennaio 2018, a sostegno dell'ammissibilità del proprio gravame; e ciò in quanto:

i) sono esatti i due rilievi fattuali formulati da Ebsco circa:

- l'aver essa dichiarato, nell'istanza cautelare contestuale al presente atto di appello, di aver presentato "l'offerta più conveniente" nel procedimento di gara (memoria 23 gennaio 2018);

- il non esser stata oggetto del giudizio e della sentenza di primo grado la questione della carenza di interesse di Ebsco, sollevata per la prima volta in sede di appello da Celdes, non costituita avanti al Tar Lazio (replica 26 gennaio 2018);

ii) il che legittima, pertanto, la produzione documentale, effettuata da Ebsco solo in questo grado del giudizio (19 gennaio 2018) e in funzione di replica all'eccezione solo ivi sollevata (da Celdes);

iii) da tale produzione (propria offerta e decreto di aggiudicazione della fornitura) emerge un evidente interesse di Ebsco alla proposizione del gravame, avendo essa presentato un'offerta (sconto del 17,23%) più vantaggiosa di quella dell'aggiudicataria e unica altra concorrente (sconto del 16,36%);

iv) la suddetta produzione del 19 gennaio 2018 è, peraltro, tempestiva rispetto all'odierna udienza dell'8 febbraio 2018, in forza dell'esatto rilievo questa volta formulato in diritto da Ebsco (replica 26 gennaio 2018): e cioè che alla presente controversia (avente ad oggetto un provvedimento di esclusione da una procedura concorsuale, adottato per motivi attinenti unicamente ai requisiti di partecipazione) si applica il rito c.d. "superaccelerato" di cui ai commi 2 *bis*, 6 *bis* e 11 dell'art. 120 c.p.a, il secondo dei quali stabilisce che le parti possano produrre documenti fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza, termine rispettato nella specie da Ebsco.

L'appello è, pertanto, ammissibile.

VIII. Passando, quindi all'esame del merito, la Sezione osserva in premessa che, nel ragionamento svolto dalla sentenza appellata, lo snodo centrale ("dirimente", lo definisce il Giudice di primo grado) è rappresentato dalla "natura di sede inglese rivestita dalla ricorrente rispetto alla casa madre situata negli Stati Uniti e l'assenza di autonomia giuridica"; invero da tale "circostanza" (l'espressione è ancora del Tar) la sentenza fa discendere nell'ordine:

- l'impossibilità di partecipare alla gara della sede inglese, in quanto sprovvista di personalità giuridica, come invece richiederebbe, ad avviso del Tar, l'art. 45 del D. lgs. 50/2016;
- la pari impossibilità di partecipare (alternativamente) alla gara in capo alla casa madre con sede in USA, questa volta per asserito contrasto con il successivo art. 49 del D. Lgs. 50/2016 e con l'accordo sugli appalti pubblici (AAP) ivi richiamato, che escluderebbe le società statunitensi dalle forniture sotto i 200.000 SDR;
- l'ulteriore e conseguente inidoneità della garanzia fideiussoria, prestata "a nome della casa madre americana".

La presente disamina deve, pertanto, necessariamente muovere dalle (presupposte) questioni "*branch*" e assenza di personalità giuridica in capo all'appellante, a cominciare da come esse trovano disciplina nel quadro giuridico europeo, stante il ruolo preminente svolto nella materia dei contratti pubblici dal diritto dell'Unione.

*IX. sulle questioni "branch" e assenza di personalità giuridica in capo all'appellante*

*IX.1. il quadro eurolunitario*

*IX.1.1.* Quanto al *branch*, nel suo significato di succursale/filiale, il Regolamento UE 12 dicembre 2012 n. 1215 (che concerne la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e che ha abrogato il precedente Reg. n. 44/2001) se ne occupa al punto 5 dell'art. 7, per stabilire che costituisce uno dei casi di deroga alla regola generale di cui all'art. 4 (per la quale, "le persone domiciliate nel territorio di un determinato Stato membro sono convenute, a prescindere dalla loro cittadinanza, davanti alle autorità giurisdizionali di tale Stato membro") quello per cui una persona domiciliata in uno Stato membro può, invece, essere convenuta in un altro Stato membro "qualora si tratti di controversia concernente l'esercizio di una succursale, di un'agenzia o di qualsiasi altra sede d'attività, davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui essa è situata".

*IX.1.2.* Inoltre, la Corte di Giustizia UE è stata recentemente chiamata a risolvere proprio una questione di competenza territoriale in relazione a una controversia in materia di marchi, per la quale gli artt. 94, 95, 96 e 97 del relativo Regolamento n. 207/2009 rinviano all'abrogato Reg. n. 44/2001 e ricorrono alla nozione di "stabile organizzazione" (cfr. art. 97.1) per disporre che le procedure derivanti dalle azioni e domande in tale materia vengano avviate "dinanzi ai tribunali dello Stato membro in cui il convenuto ha il domicilio o, qualora non sia domiciliato in uno degli Stati membri, dello Stato membro in cui ha una stabile organizzazione".

La Corte si è pronunciata con sentenza della Sez. II, 18/05/2017, causa n. 617/15, in cui - dopo aver precisato al punto 34 che occorre procedere a una interpretazione ampia della nozione di "stabile interpretazione", al fine di dare applicazione al principio generale "*actor sequitur forum rei*" - si è, così, espressa ai successivi punti 37 e 38 a proposito di tale nozione:

- *punto 37*: come osservato dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni, l'esistenza di detta stabile organizzazione richiede una data presenza reale e stabile, a partire dalla quale sia esercitata un'attività commerciale e che si manifesti attraverso la presenza di personale e di attrezzature materiali. Inoltre, tale stabile organizzazione deve manifestarsi in modo duraturo verso l'esterno come un'estensione di una società capogruppo (v., in tal senso, sentenze del 22 novembre 1978, *Somafer*, 33/78, punto 11; del 18 marzo 1981, *Blanckaert*

& Willems, 139/80, punto 12; del 9 dicembre 1987, SAR Schotte, 218/86, punto 10 e del 19 luglio 2012, Mahamdia, C-154/11, punto 48);

- *punto 38*: al riguardo, è irrilevante il fatto che la stabile organizzazione, sul territorio di uno Stato membro, di una società avente sede al di fuori dell'Unione sia priva o meno della personalità giuridica (v., in tal senso, sentenza del 15 dicembre 2011, Voogsgaard, C-384/10, punto 54).

*IX.1.3.* Assolutamente coerente in questa direzione è, pertanto, il *considerando* 14 della Direttiva appalti n. 23/2014 (richiamato da Ebsco), secondo cui la nozione di «operatori economici» dovrebbe essere interpretata in senso ampio, in modo da comprendere qualunque persona e/o ente che offre sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare. Pertanto imprese, succursali, filiali, partenariati, società cooperative, società a responsabilità limitata, università pubbliche o private e altre forme di enti diverse dalle persone fisiche dovrebbero rientrare nella nozione di operatore economico, indipendentemente dal fatto che siano «persone giuridiche» o meno in ogni circostanza.

Del resto, soggiunge il Collegio, non si vede perché se non si ritiene rilevante che una *branch*/filiale/succursale abbia propria personalità giuridica ai fini della determinazione del foro competente in ambito europeo, non debba del pari considerarsi irrilevante il possesso della personalità giuridica da parte di una *branch*/filiale/succursale (di una Società avente sede non in uno stato membro) ai fini della sua partecipazione al mercato degli appalti pubblici in ambito europeo.

## *IX.2 il quadro interno*

*IX.2.1.* Altresì (necessariamente) coerente alle anzidette coordinate di fondo del diritto dell'Unione risulta la lett. p) dell'art. 3 c.1 del D. Lgs. n. 50/2016, laddove fornisce la definizione di operatore economico e include espressamente, nel novero dei soggetti che rientrano in detta nozione, *l'ente senza personalità giuridica*, ovviamente a condizione - comune agli altri soggetti - che offra sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi.

Siffatta definizione riveste un particolare valore ermeneutico (al pari delle altre dettate dall'art. 3) nell'interpretazione delle successive disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici, come posto in rilievo nel parere ad esso propedeutico 1.4.2016, n. 855, reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, la quale ha premesso al punto 10 del capo II.edi detto parere che avrebbe condotto l'analisi formale delle singole disposizioni dello schema di codice sottoposte all'espresso "*fine di contribuire alla coerenza interna delle singole disposizioni con le definizioni dell'art. 3*".

IX.2.2. Ebbene, proprio alla definizione di operatore economico cui alla lett. p) dell'art. 3 comma 1 si richiama espressamente il successivo art. 45 del nuovo Codice nel prevedere, in apertura del primo periodo del proprio primo comma, che "*sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici gli operatori economici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera p)*".

IX.2.3. In forza di tale richiamo espresso e delle sopraesposte coordinate giuridiche di fondo del diritto dell'Unione,nell'interpretazione del successivo periodo del primo comma dell'art. 45 ("*Gli operatori economici (...) possono partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici anche nel caso in cui essi avrebbero dovuto configurarsi come persone fisiche o persone giuridiche, ai sensi del presente codice*") occorre dare necessaria prevalenza al canone logico-sistematico su quello letterale, affinché tale disposizione risulti coerente - come sottolineato dal parere 855/2016 del Consiglio di Stato - con l'anzidetta definizione e con gli indirizzi del diritto euro-unitario.

Peraltro, va rilevato che il tenore letterale del menzionato secondo periodo non brilla per chiarezza e si presenta come tutt'altro che univoco, cosicché l'interpretazione logico-sistematica nel senso suindicato, lungi dal cozzare con la lettera della disposizione, si limita a ricondurla nell'alveo della compatibilità complessiva "di sistema".

IX.3. In definitiva, ciò che rileva per l'ordinamento eurounitario e interno non è che - ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici - la *branch*/filiale/succursale possieda una distinta e autonoma personalità giuridica, bensì che possieda un propria distinta e autonoma organizzazione economica.

IX.4. Autonoma organizzazione economica che la *branch* Ebsco International Inc., con sede in New Barnet (UK), ha dedotto di possedere sin dal presente atto di appello,

enunciando indicatori obiettivi e rilevanti in tal senso (un centinaio di dipendenti; giro d'affari di oltre cento milioni di dollari per l'anno 206/2017), non espressamente contestati da Celdes nei suoi successivi scritti difensivi.

*IX.5.* In conclusione, in ordine alla questione centrale della controversia si rivela erronea la motivazione della sentenza gravata che ha attribuito dirimente rilievo alla mancanza di personalità giuridica in capo all'appellante e risultano, viceversa, fondate le censure in contrario dedotte da Ebsco con il primo motivo di appello.

*X.* Da tale conclusione deriva l'ulteriore conseguenza logico-giuridica che, ai fini del decidere, perde di rilevanza la questione della "reciprocità" USA-Europa alla stregua dell'accordo sugli appalti pubblici (AAP), di cui all'allegato IV del WTO, questione del tutto subordinata e che - riguardando, per l'appunto, la possibilità o meno di partecipare alla gara da parte della casa madre Ebsco International Inc. con sede in Alabama (USA) - non ha più ragion d'essere una volta che si sia acclarata la legittimità della partecipazione alla stessa gara da parte della *branch* Ebsco International Inc., con sede in New Barnet (UK).

*XI.* Quanto alla terza e ultima questione, riguardante l'idoneità o meno della la garanzia fideiussoria, prestata in gara dalla *branch* "a nome della casa madre americana", essa ha già trovato soluzione nell'arresto dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato n. 8 del 2005 che, al capo 2, ha affermato che *<nel contratto di fideiussione, il fideiussore garantisce l'adempimento della obbligazione altrui, obbligandosi personalmente verso il creditore. Il contratto interviene tra il garante (...) ed il beneficiario (...) e si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo (cfr. art. 1333 cod. civ.). Il garantito (...) non è parte necessaria.*

*La fideiussione è infatti efficace anche se il garantito non è a conoscenza del contratto (art. 1936 secondo comma c.c.).>*

Ebbene, alla stregua di tali principi, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto come validamente prestata - ai fini della partecipazione alla gara - una polizza fideiussoria in cui, nella specie, non compariva la sottoscrizione del garantito (né della capogruppo né della associata della ATI costituenda): e ciò con l'espressa motivazione che tale fatto *<non assume quindi di per sé alcun rilievo e, ove pure (...) la sottoscrizione della capogruppo fosse stata apposta, essa avrebbe*

*evidenziato soltanto i rapporti interni tra la medesima e il garante e, al più indirettamente, avrebbe confermato la sua qualità di unica garantita dalla fideiussione>.*

Analogamente e alla stregua dei medesimi principi, occorre ritenere come validamente prestata la fideiussione emessa in favore della casa madre Ebsco International Inc. con sede in Usa, in quanto – secondo affermazione contenuta nel presente atto di appello e incontestata in giudizio – in detta garanzia fideiussoria l'Istituto Superiore di Sanità è indicato quale beneficiario e la garanzia è stata fornita proprio per la fornitura oggetto della procedura negoziata indetta dal medesimo Istituto e individuata con il CIG 7045478060.

L'Istituto Superiore della Sanità risulta, pertanto, garantito da siffatta fideiussione: il che soddisfa il disposto di cui all'art. 93 c.6 Cod. contratti, richiamato dal primo Giudice, mentre il profilo evidenziato da quest'ultimo (così come nella nota 17.7.2017 dell'Istituto, quale ragione "aggiuntiva" di esclusione), rileva, invece, esclusivamente nei rapporti interni tra la medesima Ebsco International Inc. (Usa) e il garante.

Anche il terzo motivo di appello risulta, pertanto, fondato.

XII. Conclusivamente, l'appello va accolto e, per l'effetto e in riforma della sentenza gravata, va accolto il ricorso di primo grado e vanno annullati gli ivi impugnati provvedimenti 28 giugno 2017 e 17 luglio 2017 dell'Istituto Superiore di Sanità, con l'ulteriore conseguenza che va dichiarato l'obbligo del medesimo Istituto di ammettere Ebsco Internazionale Inc. con sede in UK - come da questa espressamente richiesto nel ricorso di primo grado - alla gara di cui è causa.

In ragione della parziale novità delle questioni trattate e della natura eminentemente interpretativa della controversia, le spese del doppio grado di giudizio possono essere interamente compensate tra le parti in essi costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla i provvedimenti indicati al capo XII della motivazione, agli ulteriori effetti ivi indicati.

Compensa interamente, tra le parti, le spese e competenze in relazione a entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giorgio Calderoni, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Giorgio Calderoni**

**IL PRESIDENTE**  
**Lanfranco Balucani**

**IL SEGRETARIO**