

Publicato il 27/04/2019

**N. 00940/2019 REG.PROV.COLL.**  
**N. 02878/2018 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2878 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da Smart Dental Clinic S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Lorenzo Lamberti e Pasquale Morra, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, Piazzale Cadorna, 4;

*contro*

Azienda Socio Sanitaria Territoriale - ASST “Grande Ospedale Metropolitano Niguarda”, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Finotti e Roberta Costanzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Milano, Piazza Ospedale Maggiore, 3;

*nei confronti*

Azienda Socio Sanitaria Territoriale (ASST) di Vimercate, non costituita in giudizio;

*per l'annullamento*

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del bando della procedura aperta aggregata indetta dall'ASST di Niguarda per l'appalto dei contratti per il servizio di assistenza specialistica odontoiatrica e per il servizio di supporto al direttore dell'esecuzione del contratto, limitatamente ai lotti da 1 a 10 (CIG: lotto 1 – 76225073C4; lotto 2 – 7622526372; lotto 3 762255073F; lotto 4 – 7622571893; lotto 5 – 7622590841; lotto 6 –7622601157; lotto 7 – 7622619032; lotto 8 – 7622633BBC; lotto 9 – 7622638FDB; lotto 10 – 76226433FF);

- di tutti gli atti ad esso connessi e preordinati, ed in particolare: della deliberazione del Direttore Generale dell'ASST di Niguarda del 20 settembre 2018 n. 867, avente ad oggetto l'indizione della suddetta procedura aperta aggregata; del disciplinare di gara, del capitolato speciale della procedura de qua e dei relativi allegati, del listino del servizio odontoiatrico - il c.d. Tariffario Solventi Aziendale;

per quanto riguarda i motivi aggiunti:

- del disciplinare di gara, del capitolato speciale della procedura e dei relativi allegati, del listino del servizio odontoiatrico  
- il c.d. Tariffario Solventi Aziendale, così come modificati in data 13 marzo 2019 per effetto delle risposte rese dalla Stazione Appaltante alle richieste di chiarimenti;

- del documento denominato “Verbale – Domande e risposte” pubblicato il 13 marzo 2019, con il quale la Stazione Appaltante ha modificato le prescrizioni degli atti di gara e i termini per la presentazione delle offerte.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'ASST “Grande Ospedale Metropolitano Niguarda”;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2019 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

L'Azienda Socio Sanitaria Territoriale (ASST) “Grande Ospedale Metropolitano Niguarda” (di seguito anche solo “ASST” oppure “Niguarda”), indiceva una procedura aperta aggregata per l'aggiudicazione dei servizi ambulatoriali di assistenza specialistica odontoiatrica e per l'affidamento del servizio di supporto del Direttore dell'esecuzione del contratto (DEC).

L'appalto era diviso in undici lotti (dieci per il servizio odontoiatrico e uno per il monitoraggio) ed il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La società esponente, operatore nel settore dei servizi odontoiatrici, impugnava con il ricorso principale in epigrafe il bando e gli altri atti della *lex specialis* – in particolare il disciplinare di gara – rilevandone l'illegittimità sotto vari profili e chiedendone altresì la sospensiva.

Si costituiva in giudizio l'ASST Niguarda, concludendo per l'inammissibilità ed in ogni caso per il rigetto nel merito del gravame.

In esito alla camera di consiglio del 7.2.2019 l'istanza cautelare era respinta con ordinanza della scrivente Sezione n. 167/2019.

La società istante notificava in seguito motivi aggiunti, con i quali impugnava i chiarimenti sulla legge di gara rilasciati dalla stazione appaltante.

Alla pubblica udienza del 4.4.2019 le parti rinunciavano dapprima reciprocamente, per quanto occorresse, ai termini a difesa; la causa era poi discussa e trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1.1 Nel primo mezzo del gravame principale, la parte ricorrente sostiene che la procedura di gara di cui è causa, nonostante la formale qualificazione di "appalto di servizi", costituisce in realtà una procedura ibrida, avente le caratteristiche sia dell'appalto sia della concessione, con conseguente impossibilità di ricostruire con certezza le condizioni economiche della procedura.

L'esponente ravvisa un elemento di ambiguità e di contraddizione con particolare riguardo all'art. 13.3.1 del disciplinare (cfr. il doc. 2 della resistente, pag. 40), laddove lo stesso si riferisce al "rialzo" da indicare nel campo dell'offerta economica.

La doglianza, per quanto suggestiva, è però infondata, posto che non sussistono dubbi, dalla lettura integrale della legge di gara, che l'ASST Niguarda ha avviato una procedura di appalto di servizi e non di concessione, con la conseguenza (cfr. l'art. 3, comma 1, lettera "ss", del D.Lgs. 50/2016, codice dei contratti pubblici o anche solo "codice"), che il prezzo del servizio è integralmente corrisposto all'appaltatore dalla stazione appaltante; a differenza ovviamente della

concessione, nella quale il concessionario assume il rischio operativo della gestione, ottenendo dall'utenza la remunerazione dei servizi resi.

Il disciplinare di gara (si veda l'art. 3 pag. 6), divide l'appalto in undici lotti, dieci per i servizi ambulatoriale di assistenza odontoiatrica (corrispondenti ad una serie di ASST della Regione Lombardia), e l'undicesima per il monitoraggio del servizio reso, mediante assistenza al Direttore per l'esecuzione del contratto.

Per i primi dieci lotti è fissato un importo a base di gara pari al fatturato presunto per 60 mesi di servizio al netto delle imposte, dei contributi di legge e degli oneri per la sicurezza dovuti a rischi da interferenze (cfr. pag. 13 del disciplinare), calcolato sulla base dei dati storici delle Aziende sanitarie coinvolte nell'appalto.

Tale modalità di calcolo appare corretta; del resto la stima del valore non può che essere il risultato del monitoraggio della domanda nel tempo delle prestazioni sanitarie richieste alle amministrazioni.

Si tratta di un dato che può offrire al partecipante alla gara un sufficiente margine di certezza sulle prestazioni che saranno rese in futuro dopo l'aggiudicazione giacché, salvo situazioni veramente eccezionali ed imprevedibili, la domanda di cure sanitarie odontoiatriche non dovrebbe subire eccessivi scostamenti.

Ciò premesso, la tabella degli importi per i primi dieci lotti di cui all'art. 13.3.1 del disciplinare – sul quale si indirizzano le doglianze della società esponente – prevede che una parte dell'importo (quest'ultimo corrispondente al fatturato presunto per 60 mesi), pari al 15%, sia costituita da una quota per la gestione del contratto, da riservare alle Aziende a copertura dei costi di gestione.

L'Allegato 17 al disciplinare qualifica come base d'asta la differenza fra l'importo a base di gara e la quota di gestione del 15 % (cfr. il doc. 22 della ricorrente).

I partecipanti, all'atto della formulazione dell'offerta economica per i primi dieci lotti, dovranno indicare l'eventuale aumento (“rialzo”, dice il disciplinare), della citata quota del 15%, che corrisponde sostanzialmente ad uno “sconto” sul

fatturato presunto al netto della quota di gestione; in altri termini il ribasso sull'importo si realizza mediante un aumento della citata quota del 15%.

Sul punto si rileva che l'amministrazione ha offerto anche vari chiarimenti ai partecipanti alla gara (cfr. i documenti 1 e 2 della resistente allegati all'ultima memoria difensiva, da quest'ultimo si desume ad esempio che la quota del 15% sarà calcolata sul fatturato effettivo di ogni contratto).

La succitata modalità di presentazione dell'offerta economica non vale però a mutare l'affidamento del servizio di cui è causa da appalto a concessione, né crea alcuna commistione fra tali figure, tale da rendere difficile o addirittura impossibile la presentazione della proposta economica.

Trattandosi quindi di un appalto, la remunerazione sarà garantita all'appaltatore dalla stazione appaltante e non dal singolo utente, nei confronti del quale l'impresa appaltatrice si limiterà all'erogazione della prestazione sanitaria.

Le censure di cui al primo motivo di ricorso devono quindi rigettarsi.

1.2 Nel secondo mezzo di gravame la ricorrente lamenta, sotto diversi aspetti, l'impossibilità della formulazione di un'adeguata offerta economica, a causa di una serie di disposizioni della legge di gara.

Preme sul punto dapprima evidenziare che Smart Dental Clinic, dopo avere impugnato il bando e gli atti di gara, non ha però preso parte alla procedura, che è nel frattempo proseguita sino al momento della presentazione delle offerte; in particolare nel corso della prima seduta pubblica del 2.4.2019 l'ufficio di gara ha rilevato la presentazione di sette offerte ed ha disposto per la successiva verifica della documentazione amministrativa (cfr. per la copia del verbale della citata seduta il documento depositato dalla resistente in data 3.4.2019).

Sull'impugnazione del bando di gara da parte di imprese non partecipanti alla medesima, la giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. da ultimo la nota pronuncia dell'Adunanza Plenaria del medesimo, n. 4/2018), è pervenuta alla conclusione che costituisce principio generale quello per cui i bandi di gara o di concorso o le lettere di invito sono impugnabili

soltanto unitamente agli atti di cui costituiscono applicazione (come le esclusioni o le aggiudicazioni, per fare un facile esempio) e ciò a garanzia del principio di massima partecipazione.

Si possono ravvisare eccezioni a tale principio, sia quando si contesta alla radice l'indizione o la non indizione di una gara (ma non è questo il caso di specie), oppure quando la legge di gara contenga clausole immediatamente escludenti.

Fra queste ultime la giurisprudenza (si veda ancora la citata sentenza dell'Adunanza Plenaria), annovera quelle che rendono impossibile o oggettivamente difficile la partecipazione, che impongono oneri sproporzionati o che rendono impossibile il calcolo della convenienza economica o tecnica dell'offerta, oppure che rendono obiettivamente non conveniente o eccessivamente oneroso il rapporto contrattuale.

Deve trattarsi però di una impossibilità o di una onerosità oggettive e non della mera difficoltà riferita al singolo partecipante, non potendo le eventuali problematiche organizzative o la non convenienza economica per quest'ultimo assurgere di per sé ad oggettiva impossibilità di presentazione di un'offerta.

In una recente decisione (Sezione V, n. 173/2019), il Consiglio di Stato, nel chiarire la portata della pronuncia della Plenaria n. 4/2018, ha confermato che l'onere di impugnazione immediata vale solo per le clausole che impediscono “... *con certezza la stessa formulazione dell'offerta*” e che tale eventualità va esclusa nel caso di “*partecipazione .... alla procedura di gara*”.

Deve trattarsi quindi di una preclusione sostanzialmente generalizzata alla presentazione di un'offerta.

Ciò premesso, la società istante lamenta in primo luogo che il tariffario per le prestazioni di assistenza specialistica allegato al disciplinare, c.d. tariffario per pazienti solventi (cfr. il doc. 5 della ricorrente ed il doc. 9 della resistente), indicherebbe prezzi incongrui e non in linea coi valori di mercato.

A sostegno della propria tesi, l'esponente produce un tariffario di riferimento predisposto dall'Associazione Nazionale Dentisti Italiani – ANDI (cfr. il doc. 15 della ricorrente).

Sulla questione deve rilevarsi che le prestazioni sanitarie odontoiatriche sono in gran parte erogate al di fuori dei livelli essenziali di assistenza (LEA) - cioè quelli assicurati dal Servizio Sanitario Nazionale gratuitamente o dietro pagamento di una quota di partecipazione alla spesa (c.d. ticket) – con la conseguenza che la maggior parte dei pazienti deve pagare le cure (pazienti c.d. solventi), affidandosi quindi in prevalenza ai medici esercenti la libera professione nel settore odontoiatrico.

L'appalto di cui è causa vuole realizzare per i pazienti solventi – la maggioranza, giova ripeterlo - un regime tariffario certamente congruo ma in ogni modo accessibile, per evitare il fenomeno del sostanziale abbandono da parte di molti cittadini delle cure odontoiatriche, a causa della difficoltà di sostenerne i costi.

Il tariffario per i pazienti solventi è stato quindi predisposto dall'amministrazione per tale specifica finalità e non può essere assimilato ai tariffari che rispecchiano invece l'attività libero-professionale, nella quale ogni professionista – legittimamente, sia ben chiaro – determina da sé in piena autonomia il prezzo del servizio reso.

Le censure svolte dall'esponente finiscono quindi per sindacare un ambito riservato alla discrezionalità tecnica della stazione appaltante e si risolvono non nella prova di una oggettiva impossibilità della predisposizione di un'offerta quanto nell'asserzione della non convenienza economica della propria partecipazione alla gara.

L'appalto è stato peraltro suddiviso – quanto all'erogazione delle prestazioni – in ben dieci lotti, il che può dare modo di partecipare anche a realtà imprenditoriali di non rilevanti dimensioni, oltre che di presentare offerta per uno solo o per più lotti e ciò risulta rafforzare la possibilità della presentazione di una offerta economica.

Il ricorso principale deve quindi complessivamente rigettarsi.

Molte questioni interpretative relative alla legge di gara sono state oggetto dei chiarimenti dell'amministrazione (cfr. i già citati documenti 1 e 2 della resistente depositati in data 1.4.2019), impugnate coi motivi aggiunti.

Questi ultimi, però, devono reputarsi in primo luogo inammissibili per difetto di interesse all'impugnazione, giacché si tratta realmente di chiarimenti meramente esplicativi e non modificativi o innovativi della legge di gara, come meglio si esporrà in seguito e tenuto anche conto che la società esponente non ha neppure preso parte alla procedura.

Le doglianze contenute nei motivi aggiunti appaiono peraltro anche infondate nel merito, per le ragioni che seguono.

1.3 Nei motivi aggiunti l'esponente, dopo avere ribadito il presunto carattere ibrido dell'affidamento e la sostanziale inesistenza di una base d'asta, evidenzia come l'art. 4.1 del disciplinare (si veda a pag. 14 del medesimo), consente ad entrambe le parti il recesso con preavviso di 60 giorni e questo renderebbe impossibile presentare un'offerta economica sostenibile.

La censura appare in primo luogo irricevibile per tardività, posto che ha per oggetto una previsione della legge di gara contestata con motivi aggiunti presentati oltre due mesi dopo la notificazione del gravame introduttivo.

Fermo restando quanto sopra esposto, la contestazione è anche manifestamente infondata.

Infatti, l'art. 8 del capitolato speciale d'appalto (cfr. il doc. 4 della resistente, pag. 22), conferma la facoltà bilaterale di recesso con preavviso di 60 giorni, a fronte di una durata contrattuale di 60 mesi, con obbligo per l'Azienda in caso di proprio recesso di riconoscere il residuo della cifra di ammortamento degli investimenti e dei lavori effettuati.

Tale clausola di recesso non appare però tipica del regime della concessione, come sostiene l'esponente, giacché l'art. 109 del codice dei contratti pubblici vigente - riprendendo analoga norma dell'art. 134 dell'abrogato D.Lgs. 163/2006 (ma si vedano anche l'art. 345 della legge 2248/1865 Allegato "F", oltre all'art. 1671 del codice civile) – consente alla stazione appaltante di <<*recedere dal contratto in qualsiasi momento*>>, seppure con l'obbligo di pagamento di un importo determinato dallo stesso art. 109.

La normativa di gara finisce quindi per riprodurre una disposizione di legge, il che ne esclude l'illegittimità, quanto meno per i profili sollevati circa l'impossibilità di presentazione di un'offerta economica a causa della previsione di una clausola

di recesso.

Con riguardo poi ai singoli chiarimenti oggetto di specifica contestazione (cfr. ancora il doc. 1 della resistente depositato il 1° aprile 2019 ed il doc. 21 della ricorrente, vale a dire il verbale del 12.3.2019 dell'ASST Niguarda), si evidenzia, seppure per sommi capi, che:

- quanto al chiarimento n. 37, il prezzo delle prestazioni non è pagato dai clienti al gestore uscente bensì dall'amministrazione, trattandosi di un appalto e non di una concessione di servizi, per cui la ricostruzione di parte ricorrente appare erronea;
- parimenti non appare ostativa alla formulazione dell'offerta l'omessa esatta conoscenza del numero dei pazienti in cura da parte del gestore uscente (chiarimenti 8 e 9);
- quanto alla manutenzione degli impianti (chiarimento 10), gli stessi sono già operativi oppure devono essere allestiti dall'appaltatore, che ha effettuato un apposito sopralluogo (cfr. l'art. 11 del disciplinare);
- sulle divise del personale (chiarimento 59), sarà cura dell'aggiudicataria individuarle in contraddittorio con le Aziende;
- le prescrizioni, i regolamenti e le procedura aziendali (chiarimento 75), sono conformi alla "standard" nazionali e saranno oggetto di specifica comunicazione alle imprese aggiudicatarie;
- sul "kit minimo di farmaci per le emergenze" (chiarimento 77), occorre fare riferimento agli Allegati da 18.1 a 18.5 per cinque ASST, per la ASST Nord Milano sarà onere per l'aggiudicatario provvedere, mentre per la ASST Vimercate sarà concordato con le singole Direzioni Mediche;
- sui moduli per il rimborso delle prestazioni non eseguite e per le segnalazioni all'URP (chiarimento 84), si tratta di una doglianza che appare irrilevante ai fini della predisposizione dell'offerta, posto che il singolo aggiudicatario concorderà con le Aziende il contenuto della citata modulistica, i cui contenuti sono peraltro di regola standardizzati;

- i costi per il servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti (chiarimento 87), sono indicati al chiarimento n. 51 nella misura media dell'1,5% del valore di ogni lotto;
- l'esponente lamenta di non conoscere le date in cui sono stati effettuati gli ultimi collaudi e manutenzioni degli impianti (chiarimento 110), ma si tratta comunque di impianti per i quali la normativa tecnica e di sicurezza impone revisioni periodiche prestabilite, per cui l'omessa conoscenza di tali date non pare inficiare la possibilità di presentare offerta;
- viene lamentata anche la non conoscenza dello stato di fatto degli impianti per i presidi di Vaprio e per le ASST di Bergamo, Monza e Vimercate (chiarimento 114), in realtà la risposta fornita dall'Azienda affronta tali questioni;
- i volumi delle prestazioni rese e la loro tipologia sono stati forniti sino al 31.12.2017 (chiarimento 120 e precedente chiarimento 14), per il 2018 non è disponibile invece il dato sulla saturazione delle poltrone e sul monte ore lavorato dal personale;
- sui criteri di ripartizione dei costi in caso di spazi condivisi con altri servizi (chiarimento 128), si tratta di una questione che sarà oggetto – laddove dovesse sorgere in futuro – di specifici accordi fra le parti ma che non appare decisiva per la formulazione di un'offerta.

I chiarimenti offerti dall'appaltante non appaiono pertanto illegittimi né gli stessi realizzano una modifica della legge di gara, tale da imporre addirittura una nuova pubblicazione degli atti della procedura oppure una ulteriore proroga ai sensi dell'art. 79 comma 3 del codice, che impone invece la proroga dei termini soltanto in caso di <<*modifiche significative ai documenti di gara*>>.

Infatti, l'amministrazione si è limitata alla correzione di errori materiali, di refusi o all'aggiornamento parziale delle planimetrie (chiarimenti 12, 30, da 102 a 105 e 107), oppure a fornire spiegazioni di dettaglio, senza però alcuna modifica sostanziale della *lex specialis* (chiarimenti 19, 20, 85).

Quanto alla pubblicazione di un nuovo ed aggiornato Listino di gara (cfr. pag. 38 del citato verbale dell'ASST del 12.3.2019), l'amministrazione si è limitata ad evidenziare che non utilizzerà più, perché obsoleti o inappropriati, otto codici identificativi di prestazioni.

Si tratta però di una modifica minimale, considerato che le prestazioni richieste sono oltre 470 (cfr. la memoria di costituzione della resistente del 7.1.2019, pag. 18).

In conclusione, anche i motivi aggiunti devono interamente rigettarsi.

2. Le spese della presente fase seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo a favore della sola parte costituita, mentre non occorre provvedere per il resto.

Resta ferma la pronuncia sulle spese della fase cautelare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Condanna la società ricorrente al pagamento a favore dell'ASST "Grande Ospedale Metropolitano Niguarda" delle spese di lite, che liquida in euro 10.000,00 (diecimila/00), oltre accessori di legge (IVA e CPA se dovuti e spese generali nella misura del 15%).

Nulla per il resto.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Alessandra Tagliasacchi, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Giovanni Zucchini**

**IL PRESIDENTE**  
**Angelo Gabbricci**

IL SEGRETARIO