

Publicato il 03/05/2019

N. 00993/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00925/2018 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 925 del 2018, proposto da Coloplast S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Brunetti e Maria Buquicchio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Milano, via Verdi, 2;

contro

Azienda Socio Sanitaria Territoriale - ASST Ovest Milanese, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giacomo Rossi e Daniela Bianchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Massimo Meraviglia in Milano, via Marostica, 8;

per l'annullamento, previa adozione di misura cautelare

- del Bando di gara inerente l'indizione di una "Procedura aperta telematica per l'assegnazione della fornitura di dispositivi medici per irrigazione rettale per un periodo di 36 mesi" suddiviso in lotti, pubblicato su GURI 5a Serie Speciale - Contratti Pubblici n. 33 del 19 marzo 2018 e di tutta la relativa documentazione di gara allegata al Bando (in particolare il Capitolato d'Oneri e relativi allegati anche nella parte in cui – allegato 6 – descrivono genericamente l'oggetto dell'appalto di fornitura);
- della determina a contrarre adottata ex art. 32 dlgs 50/2016, in data 19.03.2018, n. 91, recante: "Indizione di procedura aperta telematica, finalizzata alla conclusione di un accordo quadro ai sensi dell'art. 54 D Lgs 50/16 smi, per l'assegnazione della fornitura triennale di dispositivi medici per irrigazione rettale da destinare ai pazienti residenti sul territorio dell'ASST Ovest Milanese e contestuale proroga al 31/12/2018 del vigente contratto di fornitura";
- di ogni altro atto comunque presupposto, collegato, connesso e/o consequenziale a quelli sopra menzionati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'ASST Ovest Milanese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 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 Ovest Milanese indiceva una gara d'appalto con procedura aperta telematica per la stipulazione di un accordo quadro per la fornitura di dispositivi medici per l'irrigazione rettale, per un periodo di 36 mesi.

La gara era divisa in tre lotti ed il criterio di aggiudicazione era quello del prezzo più basso, ai sensi dell'art. 95 del D.Lgs. 50/2016 (codice dei contratti pubblici o anche solo “codice”).

La società esponente, che è un'impresa operante da lungo tempo del settore oggetto di gara, impugnava con il ricorso in epigrafe il bando e gli altri documenti del procedimento, chiedendone altresì la sospensione.

Si costituiva in giudizio l'ASST intimata, concludendo per l'inammissibilità ed in ogni caso per l'infondatezza nel merito del gravame.

In esito alla camera di consiglio del 24.5.2018, l'istanza cautelare era rinunciata.

Alla successiva pubblica udienza del 18.4.2019 la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.1 In via preliminare si rileva che, dopo la proposizione del ricorso contro il bando e gli altri atti di gara, la società esponente ha in ogni modo presentato offerta per i tre lotti di cui è causa, offerta che è stata reputata idonea dall'amministrazione (cfr. il doc. 4 della ricorrente).

L'ASST ha però sospeso la procedura di acquisto di cui è causa fino alla pronuncia della sentenza nella presente controversia, attraverso propria nota del 25.6.2018 (cfr. il doc. 5 della ricorrente).

Deve quindi dapprima escludersi la cessazione della materia del contendere, ai sensi dell'art. 34 ultimo comma del c.p.a., in mancanza di qualsivoglia provvedimento di autotutela dell'amministrazione, adottato per garantire la piena

soddisfazione della pretesa della società ricorrente.

Neppure può essere pronunciata una sentenza di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse all'impugnazione, ai sensi dell'art. 35 del c.p.a., in mancanza in primo luogo di una espressa dichiarazione in tale senso della società istante.

Infatti quest'ultima, anche nella propria memoria finale, conclude per l'accoglimento del ricorso; parimenti la parte resistente insiste per la declaratoria di inammissibilità o comunque per il rigetto nel merito dell'impugnativa.

Non si rinvengono poi, dalla complessiva lettura degli atti e dei documenti di causa, elementi univoci che possano indurre il Collegio a ritenere, ai sensi dell'art. 84 ultimo comma del c.p.a., che non sussista più alcun interesse alla decisione del ricorso.

1.2 Deve quindi essere esaminata prioritariamente l'eccezione di inammissibilità di quest'ultimo, sollevata dall'ASST nella propria memoria di costituzione e ribadita nella memoria finale, anche attraverso il richiamo alla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2018.

L'eccezione merita accoglimento, per le ragioni che seguono.

La citata sentenza dell'Adunanza Plenaria 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, oppure quando la legge di gara contenga clausole immediatamente escludenti.

Fra queste ultime la giurisprudenza 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.

Ne consegue, sempre secondo l'indicazione dell'Adunanza Plenaria, che la scelta del criterio di aggiudicazione da parte del bando – minor prezzo oppure offerta economicamente più vantaggiosa – non costituisce clausola immediatamente escludente, cui si connette l'onere dell'immediata impugnazione.

Nella memoria difensiva finale la società esponente ammette di avere proposto il ricorso prima del deposito della pronuncia n. 4/2018 sopra indicata; tuttavia la stessa ritiene di avere un interesse allo scrutinio del merito delle proprie doglianze.

In realtà il presente ricorso – con riguardo soprattutto al primo ed articolato motivo – è volto essenzialmente a lamentare la decisione della stazione appaltante di procedere all'aggiudicazione mediante il criterio del prezzo più basso; decisione che l'esponente contesta con forza, affermando ad esempio che le forniture di cui è causa sono tutt'altro che standardizzate, il che precluderebbe l'utilizzo del criterio di aggiudicazione di cui è causa.

Anche il secondo mezzo di gravame è volto a contestare una prescrizione di gara che non appare certo immediatamente escludente; in particolare si tratta dell'art. 20 *ter* del capitolato d'onori (cfr. il doc. 2 della ricorrente), che riguarda i contratti che saranno stipulati dagli operatori economici a seguito della stipula dell'accordo quadro, contratti che saranno conclusi sulla base di una particolare ripartizione in quote della fornitura, indicata nella tabella allegata al capitolato.

Tale ripartizione in quote sarebbe lesiva dell'art. 51 del codice sulla suddivisione in lotti; tuttavia appare evidente il carattere non immediatamente escludente o impeditivo di tale clausola, che attiene addirittura ad un momento

successivo a quello della scelta dei soggetti aggiudicatari dell'accordo quadro.

Quanto al terzo motivo di ricorso, nello stesso si contesta la decisione dell'ASST di indire una gara autonoma anziché utilizzare le convenzioni quadro delle centrali di committenza; si tratta peraltro di un mezzo di gravame redatto in forma perplessa e generica ("Non si conosce..."), con espressa riserva di motivi aggiunti all'atto della conoscenza della determinazione a contrarre, quindi un mezzo di gravame di per sé di dubbia ammissibilità.

In definitiva, non paiono certo sussistere le condizioni per l'impugnazione immediata della *lex specialis* sopra indicate, il che conferma l'inammissibilità del presente gravame.

2. Le spese della presente fase seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna la società ricorrente al pagamento a favore dell'ASST Ovest Milanese delle spese di lite, che liquida in euro 1.800,00 (milleottocento/00), oltre accessori di legge (IVA, CPA e spese generali nella misura del 15%).

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Alessandra Tagliasacchi, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Giovanni Zucchini

Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO