

Pubblicato il 10/05/2018

N. 01238/2018 REG.PROV.COLL.
N. 01299/2016 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 1299 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Becton Dickinson Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Piero Fidanza, con domicilio eletto presso lo studio Teresa Ricotti in Milano, via Fontana n. 14;

contro

Arca - Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Marras, Claudia Sala, con domicilio eletto presso l'Ufficio legale Arca in Milano, via Fabio Filzi, 22;

nei confronti

Regione Lombardia, Corman S.p.a., A. Menarini Diagnostics S.r.l. non costituiti in giudizio;

Pikdare S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentata e difesa dall'avvocato Giacomo Alemani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Albricci, 8;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

del bando di gara per l'affidamento della fornitura di dispositivi medici per i pazienti diabetici, nonché la prestazione dei servizi connessi, in favore degli Enti del Servizio Sanitario regionale di cui all'art. 1 della L.R. n. 30 del 27/12/2006 ed in favore degli Enti Sanitari presenti sul territorio Lombardo (gara ARCA_2016_92.1), spedito per la pubblicazione alla G.U.U.E. il 24.5.2016, pubblicato sulla G.U.U.E. del 28.5.2016 e sulla G.U.R.I V Serie Speciale - Contratti Pubblici n. 64 del 6.6.2016, nonché pubblicato sul sito di Area e Sintel, nonché della lex specialis della procedura, comprensiva di Disciplinare, Capitolato tecnico, Schema di convenzione e relativi allegati, e della ulteriore documentazione allegata, nonché delle successive rettifiche del bando di gara, del disciplinare, del capitolato tecnico e relativi allegati, nonché della ulteriore documentazione di gara, ancorché non note, e di ogni altro atto connesso, presupposto e/o conseguente, ancorché allo stato incognito alla ricorrente, ed in particolare, dell'atto indittivo della procedura (determinazione del D.G. di ARCA del 24.5.2016, prot. n. 6042/2016), e per quanta occorra, dell'atto di revoca della precedente procedura (Determina n. 5779/2016 del 18 maggio 2016), nonché, ancora per quanto occorra, di tutti gli atti indittivi della precedente procedura, nonché della lex specialis della stessa (gara ARCA_2016_92), e successive rettifiche tutte, oltre che del carteggio con la G.U.U.E., così come richiamato nell'atto indittivo n. 6042/2016 anzidetto, nonché, infine, di tutti gli

atti richiamati quali presupposti, connessi e/o conseguenti all'atto indittivo n. 6042/2016 anzidetto, e di ogni altro atto relativo alla gara ARCA_2016_92.1, ivi compresi gli eventuali chiarimenti sin qui resi, nonché di ogni ulteriore atto successivamente adottato, ivi compresi nomina della commissione, verbali di gara, graduatorie provvisorie e definitive, nonché atti di aggiudicazione provvisoria e definitiva, e per l'effetto, per la declaratoria di inefficacia del contratto o della convenzione nelle more eventualmente stipulato/a, con richiesta di subentro nel contratto o nella convenzione, nonché, con richiesta di condanna al risarcimento del danno, in forma specifica o, in ipotesi, per equivalente, tutto quanta sopra, limitatamente al lotto n. 3.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Becton Dickinson Italia S.p.a. il 21/2/2018:

- del provvedimento del Direttore Generale di Arca di aggiudicazione definitiva della procedura di gara per l'affidamento della fornitura di dispositivi medici per i pazienti diabetici, nonché la prestazione dei servizi connessi, in favore degli Enti del Servizio Sanitario regionale di cui all'art. 1 della L. R. n. 30 del 27/12/2006 ed in favore degli Enti Sanitari presenti sul territorio Lombardo (gara ARCA_2016_92.1), prot. n. 2018.0000611 dell'11 gennaio 2018, comunicato da ARCA a Becton in data 11.1.2018;

- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o conseguente, ancorché allo stato incognito alla ricorrente, ed in particolare degli atti di nomina della commissione, verbali di gara, graduatorie provvisorie e definitive; nonché degli atti di aggiudicazione provvisoria e definitiva, e i verbali di valutazione dell'anomalia dell'offerta nonché quelli di valutazione delle offerte tecniche di

Pikdare e Menarini, oltre ai provvedimenti di ammissione delle medesime alla procedura di gara;

- della lex specialis tutta (Bando, disciplinare, capitolato tecnico etc.) già impugnata con ricorso originario;

- per l'effetto, per la declaratoria di inefficacia del contratto o della convenzione nelle more eventualmente stipulato/a, con richiesta di subentro nel contratto o nella convenzione; nonché, con richiesta di condanna al risarcimento del danno, in forma specifica o, in ipotesi, per equivalente;

- tutto quanto sopra, limitatamente al lotto n. 3.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Arca - Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.a. e di Pikdare S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 aprile 2018 la dott.ssa Elena Quadri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso all'esame del collegio la società istante ha impugnato la lex specialis della procedura concorsuale indetta da Arca S.p.a. per l'aggiudicazione della fornitura di dispositivi medici per i pazienti diabetici, nonché la prestazione dei servizi connessi, in favore degli Enti del Servizio Sanitario regionale di cui all'art. 1 della L. R. n. 30 del 27/12/2006 ed in favore degli Enti Sanitari presenti sul territorio

Lombardo, limitatamente al lotto n. 3, avente ad oggetto “aghi per penna insulinica – ago 31G e lunghezza ago 8 mm”.

A sostegno del proprio gravame l'istante, premettendo di avere interesse all'impugnazione immediata del bando, le cui prescrizioni gli impedirebbero la partecipazione alla procedura ed in particolare il superamento della soglia di sbarramento di 36 punti per il punteggio tecnico, ha dedotto, sostanzialmente, che la gara, nonostante la previsione del formale criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sarebbe stata, in realtà, aggiudicata sulla base del criterio sostanziale del prezzo più basso, atteso che i criteri di valutazione dell'offerta tecnica, per i quali era previsto un punteggio massimo di 60 punti, concernerebbero profili del tutto secondari non attinenti alle essenziali funzionalità dell'ago (ampiezza di gamma nei diametri degli aghi, punteggio massimo 10 punti; ampiezza di gamma nelle lunghezze degli aghi, punteggio massimo 10 punti; numerosità di aghi all'interno del confezionamento secondario offerto, punteggio massimo 15 punti e parametri relativi all'imballaggio e al confezionamento primario, punteggio massimo 15 punti).

Successivamente all'espletamento della procedura concorsuale, alla quale la ricorrente ha partecipato conseguendo il massimo del punteggio tecnico (60 punti) ma arrivando terza in graduatoria in ragione della consistenza dell'offerta economica, Becton Dickinson ha impugnato con motivi aggiunti il provvedimento di aggiudicazione a Pkdare S.r.l., deducendo la violazione dell'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016 nonché della lex specialis per inammissibilità dell'offerta della seconda classificata Menarini, nonché la violazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 per inammissibilità ed anomalia

dell'offerta della prima classificata Pikdare, e riproponendo in via derivata le censure dedotte in via principale (violazione degli artt. 95 e 83 del d.lgs. n. 50/2016), oltre alla violazione dell'art. 95 del d.lgs. succitato sotto ulteriori profili.

La ricorrente ha, altresì, proposto domanda di condanna di Arca al risarcimento del danno.

Si sono costituite in giudizio Arca S.p.a. e Pikdare S.r.l., che hanno in via preliminare eccepito l'inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti, chiedendone, comunque, la reiezione per infondatezza nel merito.

Successivamente le parti costituite hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 19 aprile 2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

In via preliminare il collegio ritiene di accogliere l'eccezione di inammissibilità del ricorso proposto in via principale.

Il collegio si riporta, in proposito, al costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, per il quale i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento, ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato. A fronte, infatti, della clausola illegittima del bando di gara o del concorso, il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito

negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito può derivare.

Non sussiste, dunque, l'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando di gara che non precludono la partecipazione alla procedura concorsuale, ma attengono alla successiva valutazione dell'offerta.

Sono immediatamente impugnabili esclusivamente le clausole del bando o della lettera di invito che stabiliscono requisiti di partecipazione di cui il ricorrente non è munito, stante la loro idoneità a ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto in quanto esattamente identificate, preesistenti alla gara, non condizionate dal suo svolgimento (cosiddette clausole immediatamente escludenti), nonché quelle che impongano, ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara e che comportino l'impossibilità, per l'interessato, di accedere alla procedura ed il conseguente arresto procedimentale.

Tale granitico orientamento, inaugurato dall'elaborazione della giurisprudenza del Consiglio di Stato sin dal 2003 (cfr. Cons. Stato, A.P., 29 gennaio 2003, n. 1), è stato costantemente affermato ed ulteriormente confermato dalla recentissima decisione resa dal giudice d'appello sempre in adunanza plenaria, seppur successivamente pubblicata rispetto alla odierna decisione in udienza pubblica (cfr. Cons. Stato, A.P., 26 aprile 2018, n. 4), nella quale è stato ribadito che: "Sembra al Collegio che gli approdi raggiunti dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 1 del 2003 non costituiscano un "passaggio" isolato od eccentrico, rispetto ai principi generali in

materia di condizioni dell'azione, desumibili dall'art. 24, comma 1°, della Costituzione ("tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi") ed in riferimento al principio processuale codificato dall'art. 100 c.p.c. (e da intendersi richiamato nel processo amministrativo dall'art. 39, comma 1, c.p.a.) secondo cui "per proporre una domanda o per contraddire alla stessa essa è necessario avervi interesse", posto che:

a) «l'interesse ad agire è dato dal rapporto tra la situazione antigiuridica che viene denunciata e il provvedimento che si domanda per porvi rimedio mediante l'applicazione del diritto, e questo rapporto deve consistere nella utilità del provvedimento, come mezzo per acquisire all'interesse leso la protezione accordata dal diritto» (cfr. tra le tante Cass. civ., sez. III, n. 12241/1998).

b) nel processo amministrativo l'interesse a ricorrere è caratterizzato dalla presenza degli stessi requisiti che qualificano l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c., vale a dire dalla prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato (cfr. C.d.S., sez. IV, n. 20 ottobre 1997, n. 1210; sez. V, 23 febbraio 2015, n. 855, ma si veda anche Cass. civ., sez. un., 2 novembre 2007, n. 23031 secondo cui l'interesse a ricorrere deve essere, non soltanto personale e diretto, ma anche attuale e concreto - e non ipotetico o virtuale - per fornire una prospettiva di vantaggio);

c) tali approdi appaiono coerenti con la funzione svolta dalle condizioni dell'azione nei processi di parte, innervati come sono dal principio della domanda e dal suo corollario rappresentato dal

principio dispositivo (cfr. Cass., sez. un., 22 aprile 2013, n. 9685; sez. III, 3 marzo 2015, n. 4228; sez. II, 9 ottobre 2017, n. 23542);

d) il codice del processo amministrativo ha confermato e ribadito tale impostazione (art. 34, comma 3, ed art. 35, comma 1, lett. b e c).

... anche con riferimento al vigente quadro legislativo, debba trovare persistente applicazione l'orientamento secondo il quale le clausole non escludenti del bando vadano impugnate unitamente al provvedimento che rende attuale la lesione (id est: aggiudicazione a terzi), considerato altresì che la postergazione della tutela avverso le clausole non escludenti del bando, al momento successivo ed eventuale della denegata aggiudicazione, secondo quanto già stabilito dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 1 del 2003, non si pone certamente in contrasto con il principio di concorrenza di matrice europea, perché non lo oblitera, ma lo adatta alla realtà dell'incedere del procedimento nella sua connessione con i tempi del processo”.

Nella fattispecie all'esame del collegio, dalla valutazione ricevuta dall'istante per l'offerta tecnica, per la quale ha ottenuto il massimo punteggio di 60, risulta chiaramente comprovato che le clausole della *lex specialis* dalla medesima impuginate non potevano considerarsi immediatamente escludenti o, comunque, preclusive della sua partecipazione alla gara.

Ne risulta l'inammissibilità del ricorso.

Riguardo, invece, al ricorso per motivi aggiunti, con il primo motivo l'istante ha dedotto la violazione dell'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016 nonché della *lex specialis* di gara, assumendo che l'offerta della seconda classificata Menarini sarebbe inammissibile per mancanza dei requisiti minimi previsti dall'art. 2 del capitolato - che prevede, a pena di esclusione, che i prodotti offerti debbano essere conformi ai

requisiti previsti dalle disposizioni legislative, regolamentari e tecniche, comunitarie e nazionali, disciplinanti i Prodotti oggetto della fornitura, nonché le autorizzazioni alla produzione, alla importazione ed alla immissione in commercio e all'uso, e rispondere ai requisiti previsti dalle disposizioni vigenti in materia all'atto dell'offerta e a tutti quei requisiti che venissero emanati nel corso della durata della Convenzione e dei singoli contratti di fornitura” -, in quanto la stessa avrebbe prodotto una scheda tecnica contenente alcune raccomandazioni d'uso (e cioè che i pazienti obesi per la loro terapia dovrebbero usare aghi più lunghi degli altri pazienti diabetici, nonché la tecnica del pizzicotto) contrarie alle recenti evidenze scientifiche in materia di corretta tecnica di iniezione, universalmente riconosciute ed accettate dalla classe medica, nonché a quanto accettato comunemente dalle più importanti associazioni scientifiche della diabetologia italiana.

La doglianza è infondata.

Come risulta, invero, dall'esame della censura, l'asserita evidenza scientifica universalmente riconosciuta non assume né carattere normativo né regolamentare o tecnico tale da subordinare alla sua conformità l'ammissibilità dell'offerta di Menarini ai sensi della succitata disposizione del capitolato.

Inoltre, non risulta dalla documentazione versata in atti che il contenuto della scheda tecnica dei dispositivi medici della Menarini cui si riferisce l'istante sia stata in alcun modo sottoposta a contestazione da parte del Ministero della Sanità, a cui spetta per legge (cfr. artt. 5 e 17 del d.lgs n. 46/1997) il controllo e la vigilanza sui dispositivi medici.

Con riferimento, invece, al secondo motivo dedotto, concernente l'assunta violazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 per inammissibilità ed anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria Pikdare S.r.l., atteso che la stessa avrebbe prodotto nell'ambito del procedimento di valutazione dell'anomalia giustificazioni in cui avrebbe incluso nei costi commerciali quelli di commissioni e agenti che non risulterebbero, invece, previsti in questa gara, evidentemente la doglianza non coglie nel segno, in quanto, eliminando tali costi erroneamente compresi nell'offerta e da non computare, la stessa risulterebbe ancora più remunerativa e, dunque, congrua.

Riguardo, invece, ai motivi dedotti in via derivata e in via subordinata con riferimento all'assunta illegittimità della lex specialis di gara per la violazione degli artt. 95 e 83 del d.lgs. n. 50/2016 (con i quali si contesta, in particolare, l'essenzialità dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica che prevedono punteggi aggiuntivi in relazione alla gamma del diametro degli aghi, all'ampiezza di gamma nella lunghezza, alla numerosità degli aghi nella confezione e ai parametri relativi all'imballaggio e al confezionamento primario, nonché l'aggravamento degli oneri che deriverebbero dalla richiesta della produzione dei certificati di esecuzione di prestazioni analoghe presso altri enti pubblici da parte dei concorrenti stessi) e, inoltre, in relazione all'ultimo motivo, con il quale l'istante ha dedotto sempre in via subordinata la violazione dell'art. 95 del d.lgs. succitato in ragione dell'assunta illogicità delle previsioni dell'attribuzione di diversi punteggi in relazione alla numerosità degli aghi contenuti nella confezione e alla consistenza in cartone dell'imballaggio, il collegio osserva che, con tali censure, l'istante afferma che l'aggiudicataria e la seconda classificata hanno ottenuto più punti

grazie ai contestati criteri di attribuzione del punteggio, ma non prova in che modo la formulazione asseritamente illogica delle astratte previsioni delle clausole impugnate abbia inciso sulla concreta attribuzione dei punteggi e quindi sull'aggiudicazione della procedura concorsuale.

La ricorrente avrebbe, invece, dovuto trarre un'incidenza concreta derivante dalle succitate e asseritamente illogiche previsioni della lex specialis di gara sui punteggi aggiuntivi attribuiti alle prime due classificate, determinante l'esito della gara.

Ne consegue la genericità delle censure e, dunque, l'inammissibilità e l'infondatezza delle stesse.

Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso principale va dichiarato inammissibile e il ricorso per motivi aggiunti va respinto, unitamente alla domanda di risarcimento del danno.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara inammissibile il ricorso principale e respinge il ricorso per motivi aggiunti, unitamente alla domanda di risarcimento del danno.

Condanna parte ricorrente alla rifusione delle spese di giudizio nei confronti di Arca e Pikhare S.r.l., in via solidale e per la stessa quota, per una somma complessiva pari ad euro 12.000, oltre ad oneri di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 19 aprile
2018 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Giovanni Zucchini, Consigliere

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO