



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 della Valle D'Aosta
(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 66 del 2011, proposto da:
KCI Medical s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Eugenio Bruti
Liberati, Alessandra Canuti e Lorenzo Sommo, con domicilio eletto
presso lo studio di quest'ultimo in Aosta, via Challand, 30;

contro

Azienda regionale sanitaria U.S.L. Valle d'Aosta, rappresentata e
difesa dall'avv. Ignazio Pagani, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avv. Corrado Bellora in Aosta, via Porte Pretoriane, 19;

nei confronti di

Hill-Rom s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giorgio Calesella,
Claudia Cipriano e Hebert D'Herin, con domicilio presso la
Segreteria del T.A.R. in Aosta, piazza Accademia S. Anselmo, 2;

per l'annullamento

- della deliberazione del Direttore generale n. 1292 del 19 settembre 2011, avente ad oggetto l'affidamento per il periodo 1 ottobre 2011 – 30 dicembre 2014 del contratto di noleggio di materassi e sistemi antidecubito da assegnare all'area territoriale e all'ufficio invalidi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda regionale sanitaria U.S.L. Valle d'Aosta e di Hill-Rom;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 febbraio 2012 il dott. Angelo Vitali e uditi per le parti i difensori avvocati Simona Viola, su delega e per conto dell'avvocato Eugenio Bruti Liberati, per la società ricorrente, Ignazio Pagani per l'Azienda regionale sanitaria U.S.L. e Hebert D'Herin per la controinteressata Hill-Rom s.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 20.10.2011 la società KCI Medical s.r.l. ha impugnato la deliberazione 19.9.2011, n. 1292, con la quale il direttore generale della Azienda sanitaria regionale USL della Valle d'Aosta (di seguito, AUSL) ha disposto - ai sensi dell'art. 57 comma 5 lett. a1) del D. Lgs. 12.4.2006, n. 163 - l'affidamento diretto senza gara alla società controinteressata Hill-Rom s.p.a., per il periodo 1.10.2011-31.12.2014, del contratto di noleggio di materassi e sistemi

antidecubito da assegnare all'area territoriale e all'ufficio invalidi, del valore di € 700.000,00.

Esponde di avere erogato, sulla base di un precedente affidamento giunto a scadenza, il medesimo servizio di noleggio di materassi e sistemi antidecubito da assegnare all'area territoriale e all'ufficio invalidi dell'AUSL.

A sostegno del gravame deduce un unico, articolato motivo di ricorso, rubricato come segue: Violazione del principio generale di concorsualità nell'aggiudicazione dei contratti pubblici. Violazione e falsa applicazione dell'art. 57, comma 5, lett. a) del D. Lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e difetto della motivazione.

Lamenta che il contratto principale e quello asseritamente "complementare" sarebbero in realtà contratti di forniture, come tali esclusi dall'ambito di applicazione della norma posta dall'AUSL a fondamento della scelta di procedere senza previa pubblicazione di un bando di gara.

Aggiunge che, anche a considerare i contratti in questione come appalti di servizi, non ricorrerebbero comunque le condizioni tassative poste dall'art. 57 comma 5 lett. a1) del D. Lgs. 12.4.2006, n. 163 per procedere senza previa pubblicazione di un bando di gara.

Si sono costituite in giudizio l'Azienda sanitaria regionale USL della Valle d'Aosta e la società Hill-Rom s.p.a., controdeducendo nel merito ed instando per la reiezione del ricorso.

In particolare, entrambe le parti resistenti sostengono trattarsi di un appalto di servizi.

La difesa dell'AUSL aggiunge che l'affidamento diretto del contratto senza gara troverebbe giustificazione anche quale estensione "in quanto d'obbligo", ai sensi del combinato disposto degli artt. 311 comma 2 D.P.R. n. 207/2010, 11 R.D. n. 2440/1923 e 120 R.D. n. 827/1924, dell'identico contratto di noleggio di materassi antidecubito relativo al solo ambito ospedaliero, sottoscritto con Hill-Rom s.p.a. a seguito di una procedura selettiva esperita nel corso dell'anno 2004.

La difesa dell'AUSL ha preliminarmente eccepito l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, per non avere la società ricorrente esteso l'impugnazione alla nota 26.10.2011 (doc. 9 delle produzioni 12.11.2011 di parte ricorrente), con cui la AUSL ha riscontrato l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale ex art. 243-bis D. Lgs. n. 163/2006.

Con ordinanza 16.11.2011, n. 35 il Tribunale ha fissato l'udienza per la discussione del ricorso nel merito.

All'udienza pubblica del 15.2.2012 il ricorso è stato trattenuto dal collegio per la decisione.

DIRITTO

Occorre preliminarmente dare atto della tardività della memoria di replica depositata dalla ricorrente in data 6.2.2012.

Sempre in via preliminare, occorre affrontare l'eccezione di

improcedibilità del ricorso sollevata dalla difesa dell'AUSL.

L'eccezione è infondata.

L'invocata disposizione di cui all'art. 243-bis u.c. del D. Lgs. n. 163/2006, a mente della quale “il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito, e' impugnabile solo unitamente all'atto cui si riferisce, ovvero, se quest'ultimo e' gia' stato impugnato, con motivi aggiunti”, lungi dall'imporre l'impugnazione del diniego di autotutela, è norma meramente processuale, volta ad assicurare che la necessaria impugnazione del provvedimento lesivo e quella – soltanto eventuale, secondo i principi generali – del diniego di autotutela, siano trattate nell'ambito di un *simultaneus processus*.

Ciò chiarito, in ordine alla necessità o meno di impugnare (anche) il diniego di autotutela valgono i principi generali, secondo i quali quando l'amministrazione, di fronte ad un'istanza di riesame, si limiti a dichiarare l'esistenza di un suo precedente provvedimento, senza compiere alcuna nuova istruttoria e senza una nuova motivazione, si ha un atto meramente confermativo (c.d. conferma impropria), che non necessita di impugnazione, non rappresentando un'autonoma determinazione dell'amministrazione, sia pure identica nel contenuto alla precedente, ma solo la manifestazione della decisione dell'amministrazione di non ritornare sulle scelte già effettuate.

Nel caso di specie, la nota 26.10.2011 (doc. 9 delle produzioni 12.11.2011 di parte ricorrente), al di là del tautologico riferimento ad un “rinnovato apprezzamento della situazione”, non dà atto

dell'esperimento di ulteriori atti istruttori, né contiene una nuova motivazione sul contenuto dell'atto principale, neppure con riferimento all'estensione "in quinto d'obbligo", ai sensi del combinato disposto degli artt. 311 comma 2 D.P.R. n. 207/2010, 11 R.D. n. 2440/1923 e 120 R.D. n. 827/1924.

In assenza di nuovi atti istruttori o di una nuova motivazione, l'atto deve dunque qualificarsi come meramente confermativo, sicché non era onere della ricorrente estendere l'impugnazione anche ad esso.

Nel merito, il ricorso è fondato e dev'essere accolto.

Innanzitutto, pare al collegio che, nel caso in esame, ci si trovi in presenza di un appalto di forniture piuttosto che di servizi, come tale escluso dall'ambito di applicazione della norma (l'art. 57 comma 5 lett. a1 del D. Lgs. 12.4.2006, n. 163) posta dall'AUSL a fondamento della decisione di provvedere senza previa pubblicazione di un bando di gara.

Infatti, il contratto complementare, affidato con il provvedimento oggetto di gravame, ha ad oggetto il "noleggio di materassi e sistemi antidecubito" (cfr. doc. 1 delle produzioni 4.11.2011 di parte ricorrente), mentre quello principale, oggetto della contestata estensione, aveva ad oggetto la fornitura di un sistema di gestione ospedaliero di degenza, comprensivo di letto a movimentazione elettrica, materasso statico antidecubito e sistemi diagnostici antidecubito (doc. 3 delle produzioni 4.11.2011 di parte ricorrente, punto n. 1 del deliberato).

Orbene, anche a voler ammettere che la fornitura dei materassi sia comprensiva di una serie di servizi complementari (consegna e installazione, manutenzione e sanificazione, corso di formazione per il personale sanitario, fornitura di un software per la consultazione dell'andamento di utilizzo dei materassi), è dirimente il rilievo che, a termini dell'art. 3 comma 9 D. Lgs. n. 163/2006 (definizioni), gli «appalti pubblici di forniture» sono appalti pubblici diversi da quelli di lavori o di servizi, aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti», e che, ex art. 14 comma 2 lett. a) D. Lgs. n. 163/2006 (contratti misti), un contratto pubblico avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione è considerato un «appalto pubblico di forniture».

Nel caso di specie, è indubbio che la fornitura di materassi e sistemi antidecubito costituisca l'oggetto principale del contratto, e che i connessi servizi di installazione, manutenzione e sanificazione – il cui valore, compreso nel prezzo di “noleggio”, non è neppure stimato – rivestano natura chiaramente accessoria.

E' noto, del resto, che le obbligazioni di consegna della cosa locata e di mantenimento in istato di servire all'uso convenuto rientrano addirittura tra quelle principali oggetto del contratto di locazione (art. 1575 c.c.), comunemente detto anche “noleggio”.

Trattandosi di un contratto di fornitura, non può dunque trovare

applicazione nella fattispecie la disposizione (art. 57 comma 5 lett. a1) del D. Lgs. 12.4.2006, n. 163) invocata dalla stazione appaltante per sottrarsi alla previa pubblicazione di un bando di gara, disposizione – di carattere eccezionale - che fa esplicito riferimento ai soli contratti pubblici relativi a lavori o a servizi.

La conclusione non muta anche qualora, contro ogni evidenza, volesse qualificarsi il contratto come un contratto di servizi.

Anche in tal caso, infatti, la procedura negoziata non è consentita, difettando in radice sia il requisito della “circostanza imprevista” che avrebbe reso i servizi complementari “necessari” all’esecuzione del contratto iniziale, sia la condizione circa la loro “non separabilità” dal contratto iniziale o circa la loro stretta necessarietà rispetto al suo perfezionamento.

Da un lato, infatti, è evidente come l’esigenza di integrazione tra l’area ospedaliera e quella territoriale della AUSL mediante la standardizzazione del servizio di noleggio dei materassi per le due aree - ospedaliera e territoriale - e la riunione delle due scadenze, possa tutt’al più integrare un apprezzabile obiettivo organizzativo e gestionale, giammai una circostanza – men che meno imprevista – suscettibile di rendere i servizi complementari per ciò solo necessari all’esecuzione del contratto iniziale.

Dall’altro, la migliore dimostrazione che i due contratti sono agevolmente separabili senza alcun grave inconveniente tecnico è data proprio dalla circostanza che, per il passato, essi sono stati

separati ed affidati a soggetti diversi.

Quanto poi al profilo economico ed ai risparmi di spesa ritraibili dalla standardizzazione dei due contratti, è evidente come una mera valutazione di convenienza non possa a nessun costo integrare il “grave inconveniente” richiesto dalla norma per giustificare l’eccezionale ricorso ad una procedura negoziata, se non altro perché l’eventuale abbassamento del prezzo di noleggio derivante dalle sinergie attivabili con la standardizzazione delle due forniture trova la sua naturale collocazione nell’ambito di un corretto confronto concorrenziale.

Da ultimo, deve osservarsi come nessun fondamento possa trovare la pretesa dell’amministrazione di ricondurre l’affidamento contestato ad una estensione “in quinto d’obbligo”, ai sensi del combinato disposto degli artt. 311 comma 2 D.P.R. n. 207/2010, 11 R.D. n. 2440/1923 e 120 R.D. n. 827/1924, dell’identico contratto di noleggio di materassi antidecubito relativo al solo ambito ospedaliero, sottoscritto con Hill-Rom s.p.a. a seguito di una procedura selettiva esperita nel corso dell’anno 2004.

E’ dirimente il rilievo che tale tardiva giustificazione, contenuta negli scritti difensivi, non trova alcun riferimento testuale espresso o indiretto né nella deliberazione del direttore generale 19.9.2011, n. 1292, né – soprattutto – nella preliminare indagine di mercato avviata con la nota 15.7.2011, che, anzi, è stata indirizzata anche alla odierna ricorrente (doc. 2 delle produzioni 4.11.2011 di parte

ricorrente).

Deve in proposito confermarsi il consolidato orientamento giurisprudenziale, a mente del quale é inammissibile l'integrazione postuma della motivazione di un atto amministrativo mediante gli atti difensivi predisposti dall'amministrazione resistente, e ciò anche dopo le modifiche apportate alla l. 7 agosto 1990 n. 241 dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15, rimanendo sempre valido il principio secondo cui la motivazione del provvedimento non può essere integrata nel corso del giudizio, dovendo la motivazione precedere e non seguire ogni provvedimento amministrativo, a tutela del buon andamento amministrativo e dell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario (in tal senso cfr. T.A.R. Campania-Napoli, VI, 17.2.2011, n. 996; T.A.R Piemonte, I, 16.12.2010, n. 4550).

Il ricorso pertanto va accolto, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

Le spese seguono come di regola la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

Sul punto, non possono trovare accoglimento le richieste dell'amministrazione, secondo le quali la proposizione del ricorso giurisdizionale il giorno successivo all'inoltro del relativo preavviso non avrebbe consentito all'amministrazione di effettuare un'istruttoria in ordine all'eventualità di procedere in via di autotutela.

Come fondatamente osservato dalla difesa della ricorrente, il tempo a

disposizione dell'amministrazione per attivarsi in via di autotutela è quello intercorrente tra l'invio della comunicazione di preavviso (19.10.2011) ed il deposito del ricorso (4.11.2011).

Se poi l'amministrazione ha ritenuto, frustrando la finalità della norma sulla deflazione del contenzioso amministrativo, di rimettersi senz'altro alle decisioni del Tribunale, è evidente come non possa poi sottrarsi alle ordinarie conseguenze della soccombenza in giudizio.

Sussistono invece giusti motivi per compensare integralmente le spese di giudizio con la controinteressata, che, ancorché beneficiaria, non è responsabile delle illegittimità riscontrate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta (Sezione Unica)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

Accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Condanna l'Azienda sanitaria regionale USL della Valle d'Aosta al pagamento, in favore della società ricorrente, delle spese di giudizio, che liquida in € 4.000,00 (quattromila), oltre I.V.A. e C.P.A., oltre al rimborso del contributo unificato.

Compensa le spese tra le altre parti.

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 15 febbraio
2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Luca Morbelli, Primo Referendario

Angelo Vitali, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/02/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)