



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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2033 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Medicair Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Alberto Fantini e Luca Spaziani, con domicilio eletto presso l'avv. Mario Tonucci in Milano, Via dei Bossi, 4

contro

Asl 308 - A.S.L. della Città di Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Avolio, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Milano, Viale Gian Galeazzo, 16;

Regione Lombardia, non costituita in giudizio

nei confronti di

Medigas Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Cortesi, presso il quale è elettivamente domiciliata in Milano, Via Adeodato Ressi, 32;
Vitalaire Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Roberto Santucci, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Via Torino, 21;
Sapio Life S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maria Rosaria Ambrosini e Emanuela Persichetti, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, Via Sottocorno, 3;
Linde Medicale S.r.l., Sico S.p.A. e Vivisol S.r.l., non costituite in giudizio

per l'annullamento

della nota della ASL Milano prot. n. 0014909 del 27 maggio 2011, trasmessa via fax alla Medicair Italia S.r.l. in pari data: "Esito della procedura aperta per l'affidamento del servizio di assistenza respiratoria domiciliare per l'ASL di Milano per un periodo di 36 mesi";

della deliberazione n. 615 del 24 maggio 2011 del Direttore Generale della ASL Milano, allegata alla predetta nota prot. n. 0014909 del 27 maggio 2011;

della tabella riepilogativa C del verbale n. 6 del 2 marzo 2011, da cui risultano tutte le offerte economiche pervenute;

della tabella D del verbale n. 6 del 2 marzo 2011, da cui risulta

l'aggiudicazione provvisoria;

dei provvedimenti di aggiudicazione definitiva e di tutte le comunicazioni aventi ad oggetto l'aggiudicazione della procedura aperta per l'affidamento del servizio di assistenza respiratoria domiciliare per l'ASL Milano per un periodo di 36 mesi inviate alle Imprese risultate aggiudicatrici ad esito della procedura, ed in particolare: nota prot. n. 0014908, nota prot. n. 0014908, nota prot. n. 0015160;

del procedimento di verifica dei requisiti richiesti dalla documentazione di gara e imposti dalla legge;

della deliberazione n. 2044 del 21 dicembre 2010, avente ad oggetto "Indizione procedura aperta, ai sensi dell'art. 55 del D.Lgs. 163/2006, per l'affidamento del servizio di assistenza respiratoria domiciliare per l'ASL Milano per un periodo di 36 mesi;

della lex specialis tutta, ivi compresi: il bando di gara pubblicato sulla GURI n. 149/2010 del 27 dicembre 2010 e sulla GUUE S 251/2010 del 28 dicembre 2010; il capitolato speciale di appalto; il disciplinare di gara; l'avviso di gara d'appalto; la delibera del Direttore Generale della ASL Milano n. 151 del 22 febbraio 2011 riguardante la nomina della Commissione; tutti i verbali di gara e relativi allegati, ed in particolare: il verbale di seduta pubblica n. 4 del 25 febbraio 2011; il verbale di seduta pubblica n. 6 del 2 marzo 2011; il verbale di seduta riservata n. 9 del 30 marzo 2011; il verbale di seduta riservata n. 10 del 13 aprile 2011; tutte le comunicazioni intercorse tra la ASL

Milano e le imprese risultate aggiudicatarie aventi ad oggetto il procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte; la conferma dell'aggiudicazione provvisoria di cui al verbale di seduta riservata n. 10 del 13 aprile 2011;

di ogni atto, antecedente o susseguente, comunque connesso a quelli impugnati e per la declaratoria dell'inefficacia del contratto eventualmente medio tempore stipulato, ai sensi dell'art. 122 del D.Lgs. n. 104/2010, nonché per la condanna ai sensi dell'art. 124 del D.Lgs. n. 104/2010 al risarcimento dei danni in forma specifica o, in via subordinata, per equivalente del danno subito dalla ricorrente a seguito della mancata aggiudicazione della gara e da quantificarsi successivamente in corso di causa.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Asl 308 - A.S.L. della Città di Milano, di Medigas Italia S.r.l., di Vitalaire Italia S.p.A. e di Sapio Life S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Visto il dispositivo n. 3183/2011;

Relatore la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2011, i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ASL 308 di Milano ha indetto una procedura aperta, suddivisa in 7 lotti, per l'affidamento del servizio di assistenza respiratoria domiciliare per un periodo di 36 mesi, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.

La ricorrente ha partecipato alla gara per tutti i 7 lotti e, non risultando aggiudicataria in alcuno di essi e ritenendo illegittima la procedura di gara, ne ha impugnato gli atti, chiedendone l'annullamento per i motivi dedotti in ricorso e ampliati nei motivi aggiunti.

Si sono costituite in giudizio sia l'amministrazione intimata che tre delle sei imprese controinteressate partecipanti alla gara, chiedendo la reiezione del ricorso.

Con ordinanza n. 1212 del 28 luglio 2011 è stata accolta l'istanza cautelare ai soli fini della ripetizione delle operazioni di sorteggio per la verifica di cui all'art. 48 del codice dei contratti.

Con i secondi motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato, per illegittimità derivata, la nuova aggiudicazione in favore delle originarie aggiudicatarie, disposta all'esito della ripetizione della verifica a sorteggio.

In vista della discussione le parti hanno depositato memorie conclusive e repliche e all'udienza pubblica del 14 dicembre 2011, su richiesta delle parti, la causa è passata in decisione.

2. La ricorrente ha proposto un duplice ordine di censure: il primo,

in via principale tendente a conseguire l'aggiudicazione, con cui ha prospettato ragioni che avrebbero dovuto, a suo dire, comportare l'esclusione dalla gara delle imprese che la precedono nelle graduatorie relative ai sette lotti; il secondo tendente ad invalidare l'intera gara.

2.1. Vanno esaminati con priorità i motivi dedotti in via principale in quanto suscettibili, in caso di accoglimento, di far conseguire alla ricorrente il bene primario cui ambisce.

Sul punto preliminarmente va evidenziato che Medicaire S.r.l. si è classificata al terzo posto nei lotti 1, 3 e 4 e al quarto posto nei lotti 2, 5, 6 e 7: in tutti i lotti la controinteressata Medigas si è classificata, in alcuni risultando aggiudicataria (lotti 2 e 4), in posizione migliore rispetto alla ricorrente.

Di conseguenza, ai fini dell'accertamento dell'interesse a ricorrere, va verificata la fondatezza delle censure svolte avverso l'ammissione alla gara di quest'ultima.

2.1.1. Con il primo motivo la ricorrente ha impugnato la mancata esclusione di Medigas, Sico, Vitalaire e Linde in quanto tali imprese avrebbero reso una dichiarazione falsa, avendo commesso un grave inadempimento nei confronti della stazione appaltante; si riferisce al mancato invio dei report della sperimentazione avviata dalla ASL resistente prima dell'indizione della gara, come risultante dalla delibera n. 1875/2010 (doc. 5 del fascicolo dell'amministrazione).

La censura è infondata.

In proposito si osserva che l'art. 38, comma 1, lett. f del D.Lgs. 163/2006 stabilisce che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento i soggetti che “secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara”.

Nel caso di specie, come risulta dalla documentazione in atti, si era trattato di prestazioni aggiuntive non dedotte in convenzione: come condivisibilmente osservato dalla difesa della stazione appaltante si trattava di forme di incentivazione degli obiettivi premiali della ASL non facenti parte delle prestazioni dovute in forza della convenzione, con la conseguenza della non riconducibilità di detta inadempienza a fattispecie di grave negligenza o malafede.

In ogni caso la valutazione della gravità è rimessa, *ex lege*, alla stazione appaltante la quale, con tutta evidenza, non ha ritenuto le pregresse vicende occorse in fase di sperimentazione di gravità tale da vulnerare il rapporto fiduciario con le imprese in questione.

Invero, l'art. 38, del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, ne prevede l'esclusione dalla gara pubblica dell'impresa che sia incorsa in grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante, postula una valutazione di gravità fatta dalla stessa Amministrazione; infatti l'esclusione, in tale ipotesi, non ha carattere sanzionatorio, ma è prevista a presidio dell'elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti

contrattuali con la P.A., sicché, in mancanza di un siffatto elemento, la comminatoria dell'esclusione non ha ragion d'essere (cfr. per il principio: Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2011, n. 409).

Ciò porta, altresì, ad escludere la sussistenza di una falsa dichiarazione, atteso che il preteso inadempimento non è stato sottaciuto dovendosi ritenere, più a monte, del tutto insussistente nell'accezione considerata dalla norma in rassegna.

Il motivo, nei confronti di Medigas, è dunque infondato.

Da quanto precede, già sotto tale profilo, discende l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse nella parte in cui la ricorrente tende a conseguire l'aggiudicazione, atteso che il legittimo permanere in gara di Medigas Italia S.r.l., collocatasi in tutte le graduatorie in posizione migliore, impedisce il superamento della cosiddetta prova di resistenza.

Infatti dall'esclusione delle altre concorrenti la ricorrente non potrebbe trarre alcuna utilità in quanto resterebbe preferita in graduatoria Medigas.

2.1.2. Con il secondo motivo la ricorrente ha impugnato la mancata esclusione di Medigas e Linde in quanto, nell'offerta economica, avrebbero offerto il ribasso in modo non conforme alla *lex specialis*.

Il motivo, oltre che inammissibile per le stesse ragioni testé evidenziate, è infondato.

Invero, come si evince dalla documentazione in atti, l'indicazione del prezzo offerto come costo mensile anziché come costo giornaliero

non ha precluso alla stazione appaltante di ricavarne il relativo importo per tutte le concorrenti in modo omogeneo attraverso una mera operazione algebrica di divisione (cfr. pag. 10 del verbale del 2 marzo 2011, all. al doc. 1 id.).

Del resto una simile evenienza era contemplata proprio dal disciplinare di gara nella parte in cui prevedeva perfino che “in caso di discordanza tra il prezzo unitario e il prezzo globale, il prezzo complessivo offerto verrà rideterminato sulla base dei prezzi unitari per i quantitativi indicati” (cfr. pag. 11 del disciplinare di gara – doc. 13 del fascicolo di parte ricorrente).

Non è, dunque, condivisibile la tesi della ricorrente secondo cui detta irregolarità avrebbe dovuto comportare l'esclusione delle concorrenti che l'avevano posta in essere, atteso che la relativa comminatoria ivi contemplata era espressamente mitigata, per le mere irregolarità, dalla previsione della possibilità di rideterminazione del prezzo mercè una semplice operazione algebrica.

Il motivo deve, pertanto, essere respinto.

2.1.3. Con i primi motivi aggiunti la ricorrente ha, poi, censurato la mancata esclusione dalla gara di Vitalaire, risultata aggiudicataria dei lotti 3, 5, 6 e 7, in quanto tutte le dichiarazioni riguardanti i soggetti cessati dalla carica nel triennio sia di Vitalaire che dell'ausiliaria Air Liquide, rese ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) del codice dei contratti, contenenti la precisazione “per quanto a mia conoscenza”, sarebbero inesistenti in quanto contenenti una inammissibile

limitazione all'assunzione di responsabilità.

Osserva il Collegio che sul tema si registrano, in giurisprudenza, orientamenti contrastanti.

Secondo un primo filone giurisprudenziale in tema di dichiarazioni ex art. 38 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, la puntualizzazione del tipo "per quanto a mia conoscenza" inserita in una dichiarazione sostitutiva, resa ai sensi dell'art. 47 comma 2, D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, relativa all'inesistenza di condanne nei confronti di amministratori e direttori tecnici cessati dalla carica, renderebbe del tutto priva di valore e *tamquam non esset* la dichiarazione rilasciata, venendo a mancare una vera e propria assunzione di responsabilità insita, invece, in tale tipo di dichiarazione e alla base dell'affidamento che è chiamata a riporvi l'amministrazione appaltante (T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 22 ottobre 2010, n. 13015; T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 9 dicembre 2009, n. 2032).

Secondo un diverso e più recente orientamento non deve ritenersi viziata la dichiarazione contenente l'inciso "per quanto a mia conoscenza" in quanto esso sarebbe giustificato dal fatto che la dichiarazione riguarda gli amministratori cessati dalla carica, cui non può essere imposto il rilascio di dichiarazioni personali e in riferimento ai quali chi rappresenta l'impresa può attestare quanto è a sua conoscenza, salvo ovviamente possibili richieste integrative da parte della stazione appaltante (Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2011, n. 3926).

Il Collegio ritiene più persuasivo l'orientamento da ultimo riportato in quanto più aderente alla *ratio* sottesa al dato normativo in rassegna, dovendosi fare salva, in ogni caso e anche alla luce dell'ormai codificato principio di tassatività delle cause di esclusione per vizi meramente formali, la possibilità per la stazione appaltante di attivare il cosiddetto dovere di soccorso chiedendo, eventualmente, integrazioni e chiarimenti in ordine alle dichiarazioni rese.

Il motivo, formulato nei primi motivi aggiunti, è pertanto infondato e va respinto.

3. Restano da esaminare i motivi, formulati in via subordinata, con cui la ricorrente ha prospettato vizi della procedura che dovrebbero, a suo dire, invalidare l'intera gara.

3.1. Il primo di tali motivi riguarderebbe la violazione dell'art. 84, comma 4, del D.Lgs. 163/2006, in quanto sarebbe stata nominata componente della commissione giudicatrice la dott.ssa Andreina Pirola che ha svolto anche funzioni di RUP.

Il motivo è infondato.

Come correttamente osservato dalla difesa dell'amministrazione, quella invocata è una norma inapplicabile alla fattispecie per cui è causa in cui, essendo l'aggiudicazione da effettuare con il criterio del prezzo più basso, la commissione si limiterebbe a svolgere funzioni per così dire notarili; viceversa nelle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a presidio delle quali è dettata la suddetta norma, va controbilanciato con opportune

cautele di imparzialità, il potere discrezionale riservato alla commissione di gara.

Del resto è innegabile la differenza ontologica esistente tra i due sistemi di aggiudicazione: invero l'art. 84 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nel dettare le regole per la nomina della commissione giudicatrice nelle gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non codifica un principio di carattere generale in materia di appalti e di conseguenza non trova applicazione nelle gare indette con il criterio del prezzo più basso.

Ciò in quanto l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa implica l'esercizio di un potere di scelta tecnico-discrezionale da parte della commissione, mentre al criterio del prezzo più basso fa da sponda una scelta pressoché automatica da effettuare mediante il mero utilizzo dei parametri tassativi prescritti dal disciplinare di gara (Cons. Stato, sez. IV, 23 settembre 2008, n. 4613).

D'altra parte non va sottaciuto che la ricorrente si è limitata a prospettare la censura sotto un profilo meramente formale senza esplicitare in alcun modo le eventuali ricadute sul piano sostanziale o l'eventuale *vulnus* che la asserita irregolarità avrebbe arrecato alla procedura di gara e al principio di correttezza e buon andamento dell'azione amministrativa.

3.2. Con un ulteriore motivo è stata censurata la scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso per una gara, quale quella in

oggetto, riguardante la complessa prestazione di attività di ossigenoterapia.

Il motivo è infondato.

In tema di procedure di affidamento di appalti pubblici, l'art. 81 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, pone una sostanziale equipollenza tra i criteri di valutazione delle offerte, la cui scelta è rimessa all'apprezzamento discrezionale della Stazione appaltante, con il limite dell'adeguatezza, della logicità e della ragionevolezza del sistema prescelto in relazione alle caratteristiche dell'appalto desumibili dalle prescrizioni del bando di gara e del capitolato speciale (T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 26 giugno 2008, n. 853).

Nel caso di specie la stazione appaltante, nella delibera a contrarre n. 2044 del 21 dicembre 2010 (doc. 3 del fascicolo dell'amministrazione) ha motivato puntualmente sulle ragioni per le quali ha ritenuto preferibile il criterio del prezzo più basso “non ritenendo necessario stimolare le capacità tecniche delle imprese con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, giacché la fornitura/servizio, dopo una triennale sperimentazione, non richiede spazi di manovrabilità delle scelte operate su preventivi/offerte, avendo preferito questa Azienda far riferimento ai criteri definiti durante la fase di sperimentazione che ha consentito la determinazione della spesa e la predisposizione di criteri quantitativi con ragionevole certezza”.

Si tratta, con ogni evidenza, di ragioni esaustive e coerenti, immuni

da vizi di illogicità o irragionevolezza e, in quanto tali, non sindacabili dal giudice amministrativo poiché riconducibili al legittimo esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione.

3.3. Con l'ultimo motivo da esaminare - essendo superato e non riproposto quello afferente alla irregolare verifica dei requisiti a sorteggio, ai sensi dell'art. 48 del codice dei contratti - la ricorrente ha censurato la congruità del prezzo posto a base di gara nella determinazione del quale l'amministrazione non avrebbe tenuto conto del prezzo dell'ossigeno terapeutico e del costo delle ulteriori prestazioni incombenti sull'aggiudicatario.

La censura, peraltro infondata alla luce della stessa offerta formulata dalla ricorrente, è inammissibile oltre che tardiva, atteso che l'eventuale inadeguatezza del prezzo posto a base di gara assumerebbe rilevanza solo ove impedisse alle concorrenti di formulare un'offerta congrua.

La ricorrente si è dilungata sulle asserite ragioni formali per le quali il prezzo fissato sarebbe inadeguato e non remunerativo senza tuttavia dolersi in alcun modo di non aver potuto, in ipotesi e in ragione di ciò, formulare un'offerta congrua.

In definitiva la censura è inammissibile per totale mancanza di lesività della *lex specialis* nella parte relativa al prezzo posto a base d'asta.

4. Alla reiezione del ricorso introduttivo e dei primi motivi aggiunti, in disparte le rilevate inammissibilità, consegue la reiezione sia

dell'istanza risarcitoria sia dei secondi motivi aggiunti con cui la ricorrente ha censurato i provvedimenti di aggiudicazione - assunti nuovamente all'esito del rinnovato controllo dei requisiti ex art. 48 del D.Lgs. 163/2006 – soltanto per illegittimità derivata.

5. Le spese, liquidate in € 10.000,00 (diecimila), oltre al rimborso forfetario delle spese generali e agli oneri previdenziali e fiscali come per legge, vanno poste a carico della ricorrente che dovrà rifonderle in misura di € 3.000,00 ciascuna in favore della ASL di Milano, di Vitalaire e di Medigas e in misura di € 1.000,00 in favore di Sapio Life, che ha prodotto un atto difensivo di mero stile; possono, viceversa, compensarsi fra tutte le altre parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso, integrato da motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, lo respinge in parte, dichiarandolo inammissibile per la restante parte.

Spese a carico della ricorrente come da motivazione.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Marco Bignami, Consigliere

Laura Marzano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/01/2012

IL SEGRETARIO

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