



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

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 883 del 2012, proposto da:

- Nuova S.B. System S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Vittoria Luciano, ed elettivamente domiciliata presso lo studio della stessa in Milano, Via Verro n. 14;

contro

- l'Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Cà Granda di Milano, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Marco Finotti, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso in Milano, Piazza Ospedale Maggiore, n. 3;

nei confronti di

- Pall Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore,

non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della “determina dirigenziale” n. 70 del 9 febbraio 2012, nella parte in cui il Direttore S.C. Approvvigionamenti dell’Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Cà Granda di Milano ha disposto di aggiudicare il contratto di fornitura di dispositivi per filtrazione acqua di rete all’impresa Pall Italia s.r.l., per il periodo 1 marzo 2012 – 31 gennaio 2016 e per una spesa complessiva di € 124.235,84;
- nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso, con particolare riferimento all’art. 5 del Regolamento vigente presso l’Azienda Ospedaliera per le forniture e servizi in economia;
- nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per il risarcimento del danno ingiustamente subito dalla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio dell’Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Cà Granda di Milano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore il primo referendario Antonio De Vita;

Uditi, alla camera di consiglio dell’8 maggio 2012, i procuratori delle parti, come specificato nel verbale;

Visto l’art. 60 cod. proc. amm., che consente al giudice

amministrativo, chiamato a pronunciarsi sulla domanda cautelare, di decidere il merito della causa con sentenza succintamente motivata, ove la stessa sia di agevole definizione in rito o nel merito;

Ritenuto di potere adottare tale tipologia di sentenza, stante la superfluità di ulteriore istruzione;

Accertata la completezza del contraddittorio e sentite le parti presenti in proposito;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 28 marzo 2012 e depositato il 12 aprile successivo, la ricorrente ha impugnato la “determina dirigenziale” n. 70 del 9 febbraio 2012, nella parte in cui il Direttore S.C. Approvvigionamenti dell’Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Cà Granda ha disposto l’aggiudicazione del contratto di fornitura di dispositivi per filtrazione acqua di rete all’impresa Pall Italia s.r.l., per il periodo 1 marzo 2012 – 31 gennaio 2016 e per una spesa complessiva di € 124.235,84, unitamente all’art. 5 del Regolamento vigente presso l’Azienda Ospedaliera per le forniture e servizi in economia.

Premesso di essere una società che fornisce, tra l’altro, filtri monouso per la filtrazione dell’acqua in strutture sanitarie pubbliche, la ricorrente ha proposto avverso i provvedimenti impugnati le censure di violazione e falsa applicazione degli artt. 121, comma 1, e 57, comma 2, lett. b, del D. Lgs. n. 163 del 2006, dell’art. 125, comma

11, del D. Lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 4 del Regolamento aziendale in materia di acquisto di forniture e servizi in economia, di eccesso di potere per falsità e travisamento dei presupposti e per violazione dei principi comunitari in materia di concorrenza, trasparenza e non discriminazione.

L'art. 121 del D. Lgs. n. 163 del 2006, disciplinante il settore degli appalti sotto soglia, prevedrebbe l'applicabilità, anche a questo settore, di numerose ulteriori disposizioni del Codice dei contratti pubblici, qualora non derogate, relative alle procedure di individuazione del contraente privato per gli appalti sopra soglia, mentre l'art. 125 consentirebbe di procedere mediante l'istituto del cottimo fiduciario per gli appalti di servizi e forniture di importo compreso fra i 40.000 € e i 211.000 €, sempre nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento.

L'appalto in questione – avente un valore di circa 124.000 € – sarebbe stato affidato sulla base dell'art. 57, comma 2, lett. b, del D. Lgs. n. 163 del 2006 e del Regolamento aziendale per la fornitura ed i servizi in economia: tuttavia l'art. 57 non sarebbe applicabile alla presente fattispecie, atteso che la predetta norma disciplinerebbe il ricorso ad una procedura negoziata qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato, di cui non ricorrerebbero affatto i presupposti; il Regolamento aziendale, pur contenendo l'art. 5 che

consentirebbe l'adesione a contratti stipulati da altre Aziende, richiamerebbe altresì l'art. 125, commi 9 e 10, del Codice, ossia la necessità di instaurare un confronto tra almeno cinque imprese e di selezionare comunque l'offerta migliore.

Del resto, in assenza di una previa convenzione o di un consorzio finalizzato all'acquisto, una tale estensione non sarebbe stata possibile. Ciò di fatto avrebbe condotto alla violazione di innumerevoli principi in materia di gare pubbliche, quali la concorrenza, la rotazione e la parità di trattamento tra le imprese potenzialmente interessate alla gara. Oltretutto, l'adesione postuma sarebbe elusiva anche della normativa in materia di soglie di valore, tenuto conto che, come sarebbe avvenuto nel caso di specie, un contratto che originariamente era inferiore alla soglia comunitaria (circa 97.000 € annui), con la successiva adesione, sarebbe lievitato ad un valore annuo di 221.000 € circa, ossia ben superiore al limite della soglia comunitaria.

Nemmeno potrebbero essere addotte a giustificazione di un tale modus procedendi le deliberazioni regionali che avrebbero incentivato e suggerito sistemi di acquisto aggregati, atteso che tali indirizzi comunque avrebbero dovuto coordinarsi con le norme, anche di derivazione comunitaria, poste a tutela della concorrenza e quindi riguardare soltanto le fasi anteriori alla celebrazione del confronto concorrenziale, in guisa tale da porre gli operatori in condizione di conoscere l'entità complessiva dell'appalto sia da un

punto di vista del suo valore economico, che della prestazione richiesta agli stessi una volta selezionati.

Si è costituita in giudizio l'Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Cà Granda di Milano, che ha chiesto il rigetto del ricorso.

Alla Camera di consiglio dell'8 maggio 2012, fissata per la discussione dell'istanza cautelare di sospensione dei provvedimenti impugnati, il Collegio, dopo aver dato avviso alle parti presenti alla discussione, ha ritenuto di potere definire il giudizio con sentenza breve, ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.

DIRITTO

1. Il ricorso è fondato.

2. Con l'unica articolata censura si assume l'illegittimità degli atti impugnati per violazione della normativa sulla concorrenza, in quanto l'adesione successiva ad una gara svolta da un Ente diverso e per un importo inferiore non dovrebbe essere consentita ad altri Enti sanitari. A tal fine sia la normativa contenuta nel Regolamento aziendale (art. 5) sia gli indirizzi regionali non potrebbero consentire una violazione dei principi in materia di gare ad evidenza pubblica.

2.1. La doglianza è fondata.

L'individuazione da parte dell'Azienda resistente della controinteressata Pall Italia quale aggiudicataria del contratto di fornitura di dispositivi per filtrazione acqua di rete non appare legittima, in quanto la scelta della predetta aggiudicataria è avvenuta in seguito ad una gara effettuata dalla Fondazione I.R.C.C.S. Cà

Granda di Milano, innescando un meccanismo procedurale assolutamente “aleatorio e privo di punti fermi, e pertanto lesivo dei valori comunitari della concorrenzialità e della trasparenza che debbono presiedere allo svolgimento delle gare pubbliche” (T.A.R. Lombardia, Brescia, II, 7 dicembre 2010, n. 4796).

Difatti nella presente fattispecie non ci si trova al cospetto di un appalto indetto congiuntamente da una pluralità di Aziende sanitarie, ma si tratta della mera adesione postuma da parte di un’Azienda Sanitaria ad un contratto aggiudicato in precedenza da un altro Ente sanitario, senza che al momento dell’indizione della procedura fosse possibile determinare a priori, per gli operatori economici interessati, l’effettiva entità della fornitura richiesta, atteso che nel bando di gara tale possibilità non era menzionata nemmeno in via eventuale ed ipotetica.

Appare evidente in tal caso che la predetta adesione potrebbe illegittimamente consentire “una serie indefinita di affidamenti diretti senza alcun termine di riferimento sotto il profilo dell’ammontare economico e dei quantitativi di prodotto da distribuire. In buona sostanza sarebbe teoricamente possibile che [nel termine di durata temporale del rapporto] nessuna altra Azienda decidesse di approvvigionarsi presso [la controinteressata aggiudicataria], mentre al contrario si potrebbe registrare un massiccio avvalimento dell’opportunità concessa per un importo assolutamente non preventivabile” (T.A.R. Lombardia, Brescia, II, 7 dicembre 2010, n.

4796).

Del resto al momento della pubblicazione del bando, i soggetti economici potenzialmente interessati non dispongono di elementi in grado di far emergere l'entità dell'impegno che andranno ad assumere e i connessi vantaggi economici, che pertanto sarebbero del tutto aleatori (per una ipotesi opposta, si veda T.A.R. Lombardia, Milano, I, 6 luglio 2011, n. 1819).

Di conseguenza “la fattispecie così costruita realizza una plateale violazione dei canoni di parità di trattamento, non discriminazione, e pubblicità individuati dall'art. 2 del Codice dei contratti in conformità ai valori comunitari, poiché per 5 anni abilita l'impresa che si è aggiudicata un appalto [avente un valore ben definito] ad ottenere una quantità indeterminata di affidamenti nell'ambito [della fornitura richiesta]” (T.A.R. Lombardia, Brescia, II, 7 dicembre 2010, n. 4796).

2.2. Nemmeno possono essere idonei a legittimare una tale procedura gli indirizzi regionali (da ultimo si veda la deliberazione della Giunta Regionale n. IX/2633 del 6 dicembre 2011:all. 5 dell'Azienda resistente) attraverso cui si incentivano le Aziende del servizio sanitario regionale a consorziarsi per razionalizzare le spese, tenuto conto che l'adesione agli stessi non può determinare una violazione della normativa nazionale e comunitaria in materia di concorrenza e non discriminazione tra gli operatori economici dei vari settori interessati. Del resto, allorquando si richiama la necessità di aggregarsi per effettuare acquisti sembra evidente che ci riferisca

alla fase precedente all'indizione della procedura ad evidenza pubblica (si veda il paragrafo intitolato "Procedure in forma aggregata").

2.3. Infine, non assume alcun rilievo ai fini della presente decisione l'avvenuta adesione dell'Azienda resistente al Consorzio denominato Milano e Provincia di cui farebbe parte anche la Fondazione I.R.C.C.S. Cà Granda, visto che tale vincolo potrebbe operare legittimamente, come già evidenziato in precedenza, soltanto in via preventiva rispetto all'indizione di una procedura ad evidenza pubblica e giammai al termine della stessa, come è invece avvenuto nel caso di specie.

3. In relazione a quanto evidenziato in precedenza, il ricorso deve essere accolto, con il conseguente annullamento degli atti impugnati con lo stesso ricorso, ivi compreso l'art. 5, primo comma, del Regolamento per le forniture e i servizi in economia dell'Azienda ospedaliera "Ospedale Niguarda Cà Granda" di Milano.

4. Di conseguenza anche l'eventuale – non essendovi nessuna certezza in proposito – contratto stipulato tra l'Azienda resistente e la controinteressata Pall Italia deve essere dichiarato inefficace con efficacia *ex tunc*, tenuto conto di quanto previsto dall'art. 121, comma 1, cod. proc. amm.

5. La domanda di risarcimento del danno formulata dalla ricorrente deve essere respinta, in quanto – oltre alla mancata dimostrazione e qualificazione di un danno giuridicamente apprezzabile –

L'accoglimento del ricorso consente alla ricorrente di prendere parte alla nuova procedura di gara per la fornitura dei dispositivi di filtraggio e quindi di ottenere un ristoro in forma specifica.

6. In relazione alla relativa novità della controversia e all'andamento complessivo della stessa, le spese di giudizio possono essere compensate tra tutte le parti di causa. Tuttavia, in dispositivo si dispone la rifusione del contributo unificato a favore della ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso indicato in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti con lo stesso ricorso impugnati, con gli effetti specificati in motivazione; respinge la domanda di risarcimento del danno formulata dalla parte ricorrente.

Spese compensate; tuttavia si dispone la rifusione del contributo unificato a favore della ricorrente da parte dell'Azienda Ospedaliera resistente.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio dell'8 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Antonio De Vita, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/05/2012

IL SEGRETARIO

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