



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 Sicilia
sezione staccata di Catania (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2428 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da Artsana Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Giampiero De Luca, Alessandro Patelli, Ruggero Tumbiolo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giampiero De Luca in Catania, Piazza Trento, 2;

contro

l'Azienda Sanitaria Provinciale di Enna, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Maria Elena Argento, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Salvatore Buscemi in Catania, piazza A. Lincoln, 19; l'Azienda Sanitaria Provinciale di Catania, l'Azienda Sanitaria Provinciale di Siracusa, l'Azienda Sanitaria Provinciale di Ragusa, l'Azienda Sanitaria Provinciale di Messina;

per l'annullamento

- del bando di gara pubblicato sulla G.U. CEE n. 141/2010 del 23 luglio 2010, e sulla GURS n. 31/2010 del 6 agosto 2010, concernente l'appalto di fornitura di ausili per incontinenti, con consegna diretta al domicilio degli utenti aventi diritto e successiva assistenza post-vendita, relativi alle necessità delle Aziende Sanitarie intime (ricorso originario);
- di ogni altro atto presupposto, conseguente e connesso, ivi compresi il capitolato speciale d'appalto e relativa rettifica (ricorso originario);
- della nota prot. 2814 del 15 settembre 2010 a firma del Capo settore provveditorato della ASP di Enna (motivi aggiunti);
- della nota prot. 6348 del 17 settembre 2010 della ASP di Messina (motivi aggiunti);
- dell'aggiudicazione provvisoria disposta dalla commissione di gara durante la seduta del 29 ottobre 2010 e di ogni altro atto assunto dalla commissione di gara e dalla commissione tecnica presupposto o consequenziale (secondi motivi aggiunti);
- della delibera n. 3046 dell'11 novembre 2010 del direttore generale dell'ASP di Enna, di approvazione degli atti di gara ed aggiudicazione delle forniture (secondi motivi aggiunti);
- di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso ai suddetti provvedimenti (motivi aggiunti).

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Azienda Sanitaria

Provinciale di Enna;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2011 il dott. Diego Spampinato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 23 settembre 2010 (consegna agli Ufficiali Giudiziari il 20 settembre 2010) e depositato il 20 settembre 2010, la società ricorrente espone:

- di aver partecipato alla gara a procedura aperta, indetta dall'Azienda Sanitaria Provinciale di Enna, in qualità di capofila, avente ad oggetto “ausili per incontinenti (assorbenti l'urina) con consegna diretta al domicilio degli utenti aventi diritto e successiva assistenza post-vendita relativi alle necessità delle AA.SS.PP. di Enna, Catania, Siracusa e Ragusa ...”, il cui bando è stato pubblicato per esteso sulla GUCE n. S 141/2010 del 23 luglio 2010 e per estratto sulla GURS n. 31/2010 del 6 agosto 2010;
- che, secondo la previsione dell'art. 13 del CSA, la gara era suddivisa in 4 lotti, così individuati: lotto n. 1 – A.S.P. Catania, lotto n. 2 – A.S.P. Siracusa, lotto n. 3 – A.S.P. Enna e lotto n. 4 – A.S.P. Ragusa;
- che, secondo la previsione dell'art. 3 del CSA, durante il periodo di vigenza contrattuale anche l'Azienda Sanitaria Provinciale di Messina

avrebbe potuto accedere all'acquisto dei prodotti e servizi oggetto della procedura;

- di aver inviato alla stazione appaltante due note con richieste di chiarimenti e rilievi, in data 3 e 6 agosto 2010, accolte dalla ASP di Enna, che ha provveduto a rettificare il capitolato speciale, e di aver quindi inviato, presa visione della nuova versione del capitolato speciale, una terza nota datata 10 settembre 2010, con una richiesta di proroga del termine di presentazione delle offerte, poi non prorogato dalla stazione appaltante.

Affida il ricorso ai seguenti motivi.

1. Violazione e falsa applicazione del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, dell'art. 41 della Costituzione, e dell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea. Eccesso di potere sotto il profilo del difetto dei presupposti e di motivazione, disparità di trattamento, violazione del principio di buon andamento, imparzialità, ragionevolezza e logicità. In base all'art. 14 del CSA, all'offerta economica più bassa di tutta la gara dovranno essere conformate le offerte economiche presentate dai concorrenti aggiudicatari degli altri tre lotti, ciò che vincolerebbe l'aggiudicatario di ciascun lotto geografico ad applicare il prezzo offerto da altro soggetto in altro lotto.

2. Violazione e falsa applicazione del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 sotto altro profilo. Eccesso di potere sotto il profilo del difetto dei presupposti e di motivazione, disparità di trattamento, violazione del principio di buon andamento, imparzialità, ragionevolezza e logicità. L'art. 3 del CSA, nella versione rettificata prevederebbe che l'Azienda

Sanitaria Provinciale di Messina possa acquistare i prodotti e servizi oggetto della gara al prezzo di aggiudicazione; ciò renderebbe l'offerta indefinibile ed indeterminata, costringerebbe l'aggiudicatario cui l'ASP di Messina si rivolga a far fronte ad ulteriori fabbisogni di entità sconosciuta al momento della presentazione dell'offerta, e lascerebbe alla discrezionalità di tale ASP la scelta del fornitore tra i quattro soggetti aggiudicatari dei quattro distinti lotti geografici.

3. Violazione e falsa applicazione dell'art. 70 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Eccesso di potere sotto il profilo del difetto dei presupposti e di motivazione. La stazione appaltante non avrebbe prorogato il termine di presentazione delle offerte (rimasto fissato al 23 settembre 2010), dovendo l'intervallo minimo tra la data di trasmissione del bando e quella di presentazione delle offerte sussistere, nella prospettazione della società ricorrente, non solo per il bando iniziale, ma anche per la rettifica dello stesso.

Con nota prot. n. 6348 del 17 settembre 2010, l'ASP di Messina ha comunicato la decisione di aderire all'acquisto dei prodotti e servizi di cui alla procedura in oggetto, ed ha dichiarato di voler formalizzare il rapporto contrattuale con l'aggiudicatario definitivo del lotto b) – ASP di Catania.

La società Artsana ha quindi notificato in data 4 e 6 ottobre 2010 (consegnato agli Ufficiali Giudiziari in data 29 settembre 2010) e depositato in data 29 settembre 2010 un ricorso per motivi aggiunti, con cui impugna la nota dell'ASP di Enna del 15 settembre 2010, nonché la citata nota prot. n. 6348 del 17 settembre 2010 dell'ASP di

Messina.

Il ricorso, notificato anche alla società FATER spa, è affidato ai seguenti motivi.

4. Invalidità derivata, in considerazione dei vizi che inficiano il bando di gara ed il capitolato speciale di appalto.

5. violazione e falsa applicazione del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Eccesso di potere sotto il profilo del difetto dei presupposti e di motivazione, disparità di trattamento, violazione del principio di buon andamento, imparzialità, ragionevolezza e logicità. Violazione e falsa applicazione dell'art. 70 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Carezza di potere. Le motivazioni assunte a sostegno della determinazione del 15 settembre 2010 sarebbero apodittiche, illogiche e contraddittorie.

Con un secondo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 30 novembre 2010 (ASP Enna), 2 dicembre 2010 (società SILC spa) e 3 dicembre 2010 (società FATER spa), la società ricorrente ha quindi impugnato l'aggiudicazione provvisoria del 29 ottobre 2010 e la delibera dell'ASP di Enna n. 3046 del giorno 11 novembre 2010, con cui sono stati approvati gli atti di gara.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi.

6. Invalidità derivata, in considerazione dei vizi che inficiano il bando di gara ed il capitolato speciale di appalto.

7. Violazione e falsa applicazione dell'art. 84 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Eccesso di potere sotto il profilo del difetto dei presupposti e di motivazione, violazione del principio di buon andamento, imparzialità, ragionevolezza e logicità. La costituzione

della commissione tecnica di cui all'art. 13 del CSA sarebbe avvenuta prima della scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte.

8. Violazione e falsa applicazione del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Violazione dei principi che garantiscono il buon andamento, l'imparzialità e la correttezza delle procedure di scelta del contraente e delle regole sullo svolgimento delle operazioni dei seggi di gara. La verifica della completezza della campionatura e della documentazione tecnica prodotta da ciascun concorrente non risulterebbe compiuta in sede pubblica, mancando la prova della integrità e completezza dei plichi contenenti le offerte tecniche.

Con decreto 23 settembre 2010, n. 1166, è stata rigettata l'istanza di misure cautelari monocratiche, e fissata la camera di consiglio del 6 ottobre 2010 per la discussione dell'istanza cautelare; con ordinanza 7 ottobre 2010, n. 1253, questa Sezione ha rigettato interinalmente la domanda cautelare, e rinviato alla camera di consiglio del 3 novembre 2010 per l'ulteriore trattazione della domanda di sospensione cautelare; quindi, con ordinanza 16 dicembre 2010, n. 1600, ha accolto la domanda di sospensione cautelare, fissando la data di discussione del merito alla udienza pubblica del 23 marzo 2011; il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, con ordinanza 7 febbraio 2011, n. 231, ha rigettato l'appello avverso la citata ordinanza 1600/2010.

All'udienza pubblica del 23 marzo 2011, la causa è stata trattata e trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Preliminarmente deve essere deliberata l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo per difetto di interesse, prospettata dalla ASP resistente, per avere la società ricorrente impugnato nel ricorso introduttivo il bando di concorso senza che questo contenesse clausole escludenti, come comprovato dalla circostanza che la società ricorrente ha in effetti presentato un'offerta.

L'eccezione può essere agevolmente superata, richiamata la condivisibile giurisprudenza che ritiene che solo le clausole escludenti debbano essere immediatamente impuginate (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 15 ottobre 2010, n. 7515), in base alla circostanza che la società ricorrente ha riproposto le censure avverso il bando nei due ricorsi per motivi aggiunti.

Anche l'eccezione di improcedibilità per mancata impugnazione del DA 2466/09 e della circolare assessorile 225/2010, con cui sono state definite le modalità di costituzione e funzionamento dei comitati di bacino, prevedendo che «...ciascun bacino dovrà attivare procedure di acquisto in forma centralizzata per il bacino, con eventuali lotti territoriali...», può essere agevolmente superata in base alla circostanza che la suddivisione in lotti non forma oggetto delle censure della società ricorrente che, nel primo motivo, si lamenta della estensione del prezzo di aggiudicazione di un lotto agli altri lotti.

Nel merito, il ricorso è fondato e deve essere accolto.

In particolare, deve essere accolto il primo motivo del ricorso introduttivo, riproposto nei due ricorsi per motivi aggiunti, assorbito

ogni altro diverso motivo.

Secondo l'art. 13 del capitolato speciale d'appalto (erroneamente indicato con il n. 14 nel corpo del motivo, non sussistendo peraltro dubbi nella individuazione dell'articolo, essendo ivi riportato il testo dell'ultimo comma dell'art. 13), «...*La procedura aperta sarà (...) aggiudicata, per lotti, al prezzo più basso (...) A tal fine i lotti sono individuati nel seguente modo: lotto n. 1 – A.S.P. Catania lotto n. 2 – A.S.P. Siracusa lotto n. 3 – A.S.P. Enna lotto n. 4 – A.S.P. Ragusa (...) L'aggiudicazione sarà effettuata per lotto (...) a favore della ditta che avrà offerto il prezzo più basso e subordinatamente all'accertamento della rispondenza dei prodotti offerti alle caratteristiche tecniche riportate dal capitolato speciale d'appalto (...) Successivamente alla definizione delle suddette procedure e, quindi, all'individuazione delle società dichiarate, per i vari lotti, migliori offerenti si esplicita che le stesse dovranno conformare la loro offerta economica a quella risultata, dalla procedura, più bassa...».* Pertanto, il prezzo di aggiudicazione più basso della procedura avrebbe dovuto essere esteso agli altri tre lotti, peraltro anche se aggiudicati a concorrenti diversi dall'offerente il prezzo più basso dell'intera procedura.

E' evidente che – come dedotto dalla società ricorrente – ciò vincola l'aggiudicatario di ciascun lotto geografico ad applicare il prezzo offerto da altro soggetto in altro lotto e, conseguentemente, a far fronte ad una fornitura a condizioni economiche non conosciute al momento della partecipazione della procedura concorsuale.

La società ricorrente ritiene che tale circostanza impedisca ai concorrenti «...*di formulare la propria offerta migliore, in violazione*

dell'interesse pubblico al conseguimento di offerte più convenienti ed equilibrate siccome frutto di una consapevole ponderazione...», nonché «...di formulare quel calcolo di convenienza che ogni impresa deve essere messa in grado di poter effettuare al momento in cui valuta se partecipare ad una gara pubblica e di modulare conseguentemente (e coerentemente) la propria offerta (...) e che corrisponde ad un interesse collegato alla libertà di scelta dell'impresa garantita dall'art. 41 della Costituzione...» (ricorso introduttivo, pag. 8).

L'assunto è condivisibile.

L'offerta, nelle procedure ad evidenza pubblica, deve avere diversi requisiti, fra i quali la serietà (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 8 giugno 2010, n. 3637; Cons. Stato, Sez. IV, 27 dicembre 2001, n. 6424): deve cioè corrispondere ad un effettivo interesse e volontà partecipativa, senza essere strumentalizzata a finalità di disturbo o distorsive, o animata dall'intenzione di trarre lucro dal futuro inadempimento delle obbligazioni contrattuali (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 25 novembre 2010, n. 8227); deve quindi trattarsi di un'offerta «...sufficientemente ponderata e idonea a conseguire l'aggiudicazione...» (Cons. Stato, Sez. V, 1 marzo 2003, n. 1161; TAR Lombardia – Milano, Sez. III, 21 settembre 2005, n. 3682).

L'adeguata ponderazione, in quanto espressione del principio di serietà dell'offerta, costituisce quindi uno degli strumenti posti a tutela della esigenza pubblicistica della individuazione del “giusto contraente” (sul punto, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. IV, 1 ottobre 2004, n. 6367).

Costituisce inoltre espressione del principio di libertà dell'iniziativa

economica privata di cui all'art. 41 cost.: «...nel momento in cui la *lex specialis* della gara presenti caratteristiche tali da rendere oggettivamente difficoltosa una esatta ponderazione dell'offerta, allora essa assume carattere immediatamente lesivo della sfera delle possibili candidate, venendo a costituire, quindi, oggetto di legittima impugnativa da parte delle stesse...» (Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2001, n. 4679).

E' infatti intuibile che il concorrente formula la propria offerta in maniera che questa sia suscettibile di produrre un utile; vi sono inoltre buone probabilità, in un'ottica non patologica, che essa – al fine di aggiudicarsi l'appalto – sia quanto più vicino possibile al punto di equilibrio fra costi e ricavi.

Non può dirsi adeguatamente ponderata un'offerta il cui contenuto economico sia, come nel caso di specie, determinato a posteriori, mediante il riferimento ad altra offerta, formulata da altro concorrente per altro lotto geografico; il rinvio ad altra offerta potrebbe infatti collocare il prezzo di aggiudicazione al di sotto del punto di equilibrio costi – ricavi, costringendo il concorrente a rinunciare all'aggiudicazione o a lavorare sulla base di un prezzo non adeguato a garantire un utile, ciò che potrebbe indurlo a peggiorare la qualità delle sue prestazioni, in maniera da riguadagnare margini di utilità.

Sotto altro profilo, la previsione di cui all'art. 13, ultimo comma, del capitolato speciale di appalto, introduce un pesante elemento di aleatorietà, tanto da trasformare la natura commutativa del contratto di appalto stipulato a seguito di procedura ad evidenza pubblica in

aleatoria (sul punto, TAR Lombardia – Milano, Sez. III, 16 gennaio 2002, n. 99; TAR Valle d'Aosta, 24 settembre 1996, n. 156).

La citata previsione risulta in definitiva illegittima avuto riguardo sia all'interesse pubblico alla selezione del “giusto contraente”, sia al principio di libertà della iniziativa economica privata.

Né è condivisibile quanto dedotto dalla Azienda resistente, ossia che *«...L'aver evitato la mono offerta consente non solo che partecipino ditte dotate di capacità economico finanziaria anche inferiore ai quaranta milioni di euro, ma che si abbiano anche quattro aggiudicatarie e quindi più realtà imprenditoriali in grado di attingere alle risorse pubbliche. Con ciò incentivando un mercato più concorrenziale e più attento alla tutela dei vari operatori economici (...) le ditte possono partecipare ad un solo lotto o a più lotti in base alla propria capacità organizzativa e al proprio radicamento sul territorio. Conseguentemente è probabile che tutte le ditte abbiano fatto la stessa offerta per tutti i lotti, Artsana compresa, e che quindi il prezzo più basso per bacino appartenga alla medesima ditta (...) fissare il prezzo in base all'offerta più bassa nell'ambito dei quattro lotti risponde ad una esigenza di uniformità alla quale le ditte dovranno conformarsi ...»* (controricorso, pagg. 13 e 14) e che *«...Le offerte possono essere diverse per i diversi lotti territoriali ma ciò che deve essere uniforme è sicuramente il prezzo di aggiudicazione altrimenti il ricorso alla gara di bacino non avrebbe senso alcuno...»* (note di replica depositate il 3 novembre 2010).

La scelta sull'organizzare la gara su uno o su più lotti rientra senz'altro nella discrezionalità dell'amministrazione (*ex plurimis*, TAR Lazio – Roma, Sez. III, 8 maggio 2009, n. 4924) e le motivazioni addotte nella

suddivisione in più lotti (riconducibili nella sostanza alla tutela del principio di concorrenzialità) sono immuni da vizi logici manifesti; non è però condivisibile che dalla suddivisione della gara in più lotti debba derivare un unico prezzo di aggiudicazione per tutto il bacino, ben potendo sussistere (a mero titolo di esempio non esaustivo) differenze di prezzo in ragione del risparmio di costi derivanti dal maggior radicamento del concorrente su un territorio anziché su un altro, come pure in ragione delle differenze dei costi di trasporto per il recapito della merce alle diverse ASP ricomprese nel bacino.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania (Sezione II interna), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati, secondo quanto in motivazione.

Condanna l'Azienda Sanitaria Provinciale di Enna al pagamento, in favore della società ricorrente, delle spese processuali del presente grado di giudizio, che liquida, in via equitativa, in complessivi euro 2.000,00 (duemila/00), oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Giamportone, Presidente

Francesco Brugaletta, Consigliere

Diego Spampinato, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/04/2011

IL SEGRETARIO

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