



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 2705 del 2011, proposto da:

- Molnlycke Health Care S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Piero Fidanza, ed elettivamente domiciliata in Milano, Via Fontana n. 14, presso lo studio dell'Avv. Teresa Ricotti;

contro

- l'Azienda Ospedaliera "Ospedale di Circolo di Busto Arsizio", in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Maurizio Boifava, e domiciliata in Milano, Via Corridoni n. 39, presso la Segreteria del T.A.R.;

per l'annullamento

- della lex specialis della procedura aperta per la fornitura

quinquennale in service di set procedurali sterili per le sale operatorie e di kit sterili per i reparti/servizi dell'Azienda Ospedaliera "Ospedale di Circolo di Busto Arsizio" – presidi di Busto Arsizio, Saronno e Tradate e quindi del bando di gara, del capitolato speciale e relativi allegati, dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante, nonché di tutta l'ulteriore documentazione allegata;

- nonché di tutti gli atti precedenti, connessi e conseguenti, ancorché non conosciuti dalla ricorrente, compreso il provvedimento di indizione della gara;

- del silenzio-diniego serbato dalla stazione appaltante sull'istanza ex art. 243 bis del D. Lgs. n. 163 del 2006 inoltrata dalla ricorrente in data 2 settembre 2011, nonché ove occorra dei chiarimenti del 9 settembre 2011, prot. n. 0022870/2011, qualora si volesse accordare ai medesimi valenza di riscontro procedimentale alla nota della ricorrente;

- con la condanna dell'Azienda resistente al risarcimento dei danni in forma specifica o per equivalente, con caducazione del contratto di appalto eventualmente stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera "Ospedale di Circolo di Busto Arsizio";

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore il referendario Antonio De Vita;

Uditi, alla camera di consiglio dell'8 novembre 2011, 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 30 settembre 2011 e depositato il 4 ottobre successivo, la ricorrente ha impugnato la lex specialis della procedura aperta per la fornitura quinquennale in service di set procedurali sterili per le sale operatorie e di kit sterili per i reparti/servizi dell'Azienda Ospedaliera "Ospedale di Circolo di Busto Arsizio" – presidi di Busto Arsizio, Saronno e Tradate e quindi del bando di gara, del capitolato speciale e relativi allegati, dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante, nonché di tutta l'ulteriore documentazione allegata, chiedendo altresì la condanna dell'Azienda resistente al risarcimento dei danni in forma specifica o per equivalente, con caducazione del contratto di appalto eventualmente stipulato.

Dopo aver premesso l'interesse al ricorso, atteso che le clausole delle *lex specialis* impedirebbero alla stessa ricorrente la formulazione di una offerta congrua e consapevole, da cui discenderebbe l'onere di immediata impugnazione del bando di gara, vengono dedotte le censure di violazione e falsa applicazione degli artt. 53, 57 e 64 del D. Lgs. n. 163 del 2006, di eccesso di potere per disparità di trattamento, illogicità, travisamento e perplessità sull'indeterminatezza dell'oggetto del contratto.

Le clausole contenute nella *lex specialis* non consentirebbero la formulazione di un'offerta consapevole in considerazione dell'indeterminatezza e dell'eterogeneità delle prestazioni richieste ai concorrenti. Difatti, oltre alla fornitura vera e propria, sarebbero richiesti anche lo svolgimento di servizi e di ulteriori attività da concordare in fase di esecuzione del contratto, unitamente alla realizzazione di alcuni lavori in locali non ancora identificati.

Inoltre vengono dedotte le censure di violazione e falsa applicazione degli artt. 64 e 70 del D. Lgs. n. 163 del 2006, di eccesso di potere per disparità di trattamento, illogicità, travisamento e perplessità sulla mancata proroga dei termini di presentazione delle offerte a seguito di modifiche del bando.

In seguito ai chiarimenti forniti dalla stazione appaltante, che avrebbero sostanzialmente modificato e integrato alcune delle condizioni della gara, non si sarebbe proceduto ad una nuova pubblicazione del bando di gara, né sarebbe stata concessa una

proroga idonea per la riformulazione delle offerte, come previsto dalla normativa in materia di contratti pubblici.

Infine, vengono dedotte le censure di violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e del principio del divieto di rinegoziazione dell'offerta, di eccesso di potere per disparità di trattamento, illogicità, travisamento e perplessità sull'indeterminatezza dei criteri di valutazione e sulla previsione di eventuali rinegoziazioni dell'offerta.

La lex specialis in alcune sue parti conterrebbe dei parametri troppo generici, tali da lasciare un eccessivo margine di manovra alla Commissione di gara. Inoltre sarebbe stata prevista una fase, successiva all'aggiudicazione della gara, in cui procedere alla rinegoziazione del prezzo dell'offerta, al verificarsi di determinate condizioni.

Si è costituita in giudizio l'Azienda Ospedaliera "Ospedale di Circolo di Busto Arsizio", che, in via preliminare, ha eccepito l'inaammissibilità del ricorso per contraddittorietà delle censure contenute nello stesso e per mancanza di immediata lesività del bando di gara, e, nel merito, ne ha chiesto il rigetto.

Alla Camera di consiglio dell'8 novembre 2011, 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. In via preliminare, va scrutinata l'eccezione proposta dall'Azienda resistente in ordine all'ammissibilità del ricorso, in quanto nello stesso sarebbero state proposte domande tra loro inconciliabili e non graduate secondo un preciso ordine di priorità e di interesse.

2. L'eccezione è fondata.

Il ricorso contiene tre gruppi di doglianze non formulati in via graduata o alternativa tra di loro, ma posti dalla ricorrente sullo stesso piano.

Con la prima doglianza si eccepisce l'illegittimità della procedura di gara in relazione alla circostanza che le clausole contenute nella stessa non consentirebbero la formulazione di un'offerta consapevole considerata l'indeterminatezza delle prestazioni richieste ai concorrenti. Con la seconda doglianza si assume l'illegittimità della *lex specialis* di gara giacché, in seguito ai chiarimenti forniti dalla stazione appaltante, che avrebbero sostanzialmente modificato alcune delle condizioni della gara, non sarebbe stata concessa una proroga idonea per la riformulazione delle offerte, come previsto dalla normativa in materia di contratti pubblici. Con la terza censura si contesta la *lex specialis* in alcuni suoi aspetti, laddove conterrebbe dei parametri troppo generici e tali da lasciare un eccessivo margine di libero apprezzamento alla Commissione di gara.

Alla luce delle riassunte censure appare evidente come nel ricorso siano contenute delle domande contrastanti e incompatibili tra loro,

non introdotte in forma alternativa o di importanza, ma poste tutte sullo stesso piano. Difatti alla prima doglianza, che assume l'impossibilità di formulare l'offerta per l'indeterminatezza del contenuto del bando, si accompagna una successiva censura che contesta la brevità del termine per la presentazione delle offerte, in seguito ai chiarimenti ottenuti, dando quindi per presupposta l'intenzione della ricorrente di partecipare alla gara e di formulare un'offerta. Ciò rende impossibile a questo giudice l'individuazione dell'interesse azionato dalla ricorrente, con la correlata impossibilità di stabilire quale censura sia da esaminare in via preminente ed abbia priorità per la stessa ricorrente.

D'altronde, come pacificamente sostenuto dalla giurisprudenza, nel processo amministrativo vige il principio di dispositivo e quindi il giudice incontra un limite nel decidere l'ordine di trattazione delle censure sollevate nell'ambito del ricorso rappresentato dall'interesse di cui il ricorrente chiede tutela e nelle priorità poste dallo stesso nella formulazione delle proprie domande (cfr. Consiglio di Stato, V, 5 settembre 2006, n. 5108).

Ne deriva che “quando più siano gli interessi o diverso sia il mezzo di tutela in relazione all'intensità dello stesso interesse, tanto da risolversi nella proposizione di domande aventi petitum diverso, l'esercizio di quella discrezionalità è consentito al giudicante soltanto riguardo alle questioni sollevate ed ai motivi di censura dedotti nell'ambito della stessa domanda” (Consiglio di Stato, V, 5 settembre

2006, n. 5108; cfr., indirettamente, per il giudizio di legittimità, Cassazione civile, III, 12 marzo 2008, n. 6629).

3. Nel caso di specie, di fronte ad una diversa intensità dell'interesse, emergente dalle plurime censure non oggetto di graduazione da parte della ricorrente, cui corrispondono diverse richieste tra loro incompatibili, non può che dichiararsi l'inammissibilità del ricorso.

4. In relazione all'esito della controversia, le spese possono essere compensate tra la parti di causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando, dichiara inammissibile il ricorso indicato in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio dell'8 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Antonio De Vita, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/11/2011

IL SEGRETARIO

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