



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 710 del 2012, proposto da:

- Permedica S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Richard Martini, Alberto Colombo ed Emanuele Ratto, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di questi ultimi in Milano, Viale Lazio n. 4;

contro

- l'Azienda Ospedaliera Ospedale San Carlo Borromeo di Milano, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Vincenzo Avolio, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso in Milano, Viale Gian Galeazzo n. 16;

nei confronti di

- Stryker Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Carmelo Mendolia, Andrea Lazzaretti, Laura Stanga e Bartolo Dattola, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Milano, Via Conservatorio n. 15;

- Orthofix S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Stefano Brendolan, Patrizia Perrino e Giuseppe Murdolo, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Via Daverio n. 6;

- Smith & Nephew S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

- Wright Medical Technology Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

- Biomet Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

- Link Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio.

per l'annullamento

- della D.D.G. del 30 dicembre 2011, n. 1067, con cui è stata definitivamente aggiudicata la gara di appalto per la fornitura quadriennale di protesi ortopediche e di materiale traumatologico occorrenti all'Azienda San Carlo Borromeo di Milano, indetta con D.D.G. 807/10, e ciò nel suo insieme, unitamente alla parte in cui ha individuato le Società controinteressate quali soggetti affidatari delle forniture di cui ai lotti A4, A5, A7, A8, A9, A16 e A21;

- dell'avviso di aggiudicazione, laddove diramato;

- del disciplinare di gara, dei verbali di gara, tanto delle sedute riservate, quanto, laddove necessario, di quelle pubbliche;

- nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso;
- per la declaratoria di inefficacia del contratto;
- e per il risarcimento del danno ingiusto patito e patiendo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Ospedale San Carlo Borromeo, di Stryker Italia S.r.l. e di Orthofix S.r.l.;

Vista l'ordinanza n. 531/2012 con cui è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati e fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Designato relatore il primo referendario Antonio De Vita e;

Uditi, all'udienza pubblica del 23 ottobre 2012, i procuratori delle parti, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 15 marzo 2012 e depositato il 23 marzo successivo, la ricorrente ha impugnato la D.D.G. del 30 dicembre 2011, n. 1067, con cui è stata definitivamente aggiudicata la gara di appalto per la fornitura quadriennale di protesi ortopediche e di materiale traumatologico occorrenti all'Azienda San Carlo Borromeo di Milano, indetta con D.D.G. 807/10, e ciò nel suo insieme, unitamente alla parte in cui ha individuato le Società controinteressate quali soggetti affidatari delle forniture di cui ai lotti A4, A5, A7, A8, A9, A16 e A21, oltre al disciplinare di gara, ai verbali di gara, tanto delle sedute riservate, quanto, laddove necessario, di quelle pubbliche.

A sostegno del ricorso vengono dedotte le censure di violazione dei principi generali in materia di pubbliche selezioni e, in particolare di quelli aventi ad oggetto la pubblicità e la trasparenza delle operazioni, la tutela della segretezza delle offerte e la par condicio dei concorrenti, di violazione dell'art. 2 della Direttiva 2004/18/CE, di violazione dell'art. 97 della Costituzione e del principio di buon andamento degli uffici e dell'attività amministrativa, di violazione degli artt. 1, 3 e 6 delle legge n. 241 del 1990, di violazione di legge ed eccesso di potere per carenza assoluta di motivazione, di violazione degli artt. 2, commi 1 e 3, e 83 del D. Lgs. n. 163 del 2006, di violazione dell'art. 91 del D.P.R. n. 554 del 1999 e di violazione degli artt. 71, 86 e 89 del R. D. n. 827 del 1924.

L'apertura delle buste contenente la documentazione tecnica sarebbe avvenuta, in linea con le previsioni contenute nella lex specialis, in seduta riservata, anziché in seduta pubblica come previsto dalla più recente giurisprudenza, che ha avuto il suggello dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 13 del 28 luglio 2011). Oltretutto la Commissione non avrebbe indicato le modalità di conservazione dei plichi, pur avendo impiegato una pluralità di sedute per l'esame della documentazione in essi contenuta.

Vengono successivamente dedotte le censure di eccesso di potere per travisamento, perplessità, difetto dell'istruttoria, difetto di motivazione, di eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza, ingiustizia e contraddittorietà manifeste, per carenza assoluta di motivazione sotto altro profilo, di eccesso di potere per sviamento, di violazione e falsa applicazione dell'art. 6 del Disciplinare di gara e di difetto dei presupposti.

La ricorrente ha conseguito il medesimo punteggio numerico, sia con riferimento al punteggio complessivo, che ai sub punteggi, in relazione a tutti i lotti cui ha partecipato, identicamente agli altri concorrenti che hanno ricevuto

lo stesso trattamento, con minime variazioni in pochissimi casi. In tal senso sarebbe evidente l'irragionevolezza della valutazione e impossibile da giustificare una simile stereotipizzazione dei giudizi, che non rinverrebbe alcuna effettiva e concreta motivazione idonea a chiarirla.

Ulteriori doglianze afferiscono all'eccesso di potere per illogicità manifesta, ingiustizia, contraddittorietà ed effetto dell'istruttoria e alla violazione dell'art. 68 del D. Lgs. n. 163 del 2006.

Il Disciplinare di gara avrebbe previsto l'attribuzione di un punteggio per la sostenibilità ambientale dell'offerta attraverso l'esame di una relazione che tuttavia non sarebbe stata richiesta tra la documentazione da produrre per partecipare alla gara. Ciò renderebbe illegittima la valutazione di tale aspetto con riferimento agli altri concorrenti. Infine, vengono dedotti la violazione dell'art. 6 del Disciplinare di gara e l'eccesso di potere per illogicità manifesta, travisamento, difetto di istruttoria e carenza assoluta di motivazione.

La ricorrente, pur utilizzando un sistema di confezionamento di gran lunga migliore di quello degli altri concorrenti, avrebbe ricevuto un solo punto sui due disponibili con riferimento al parametro relativo al materiale confezionamento dei pezzi forniti. La motivazione attraverso l'esclusivo punteggio numerico non consentirebbe di cogliere le ragioni di siffatta, penalizzante, valutazione.

Si sono costituiti in giudizio l'Azienda Ospedaliera Ospedale San Carlo Borromeo e Stryker Italia S.r.l., che hanno chiesto il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 531/2012 è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati e fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia.

Si è altresì costituita in giudizio Orthofix S.r.l., che ha chiesto il rigetto del ricorso.

In prossimità dell'udienza di trattazione del merito della controversia, le parti hanno depositato delle memorie a sostegno delle rispettive posizioni; in particolare, l'Azienda resistente ha eccepito la tardività del ricorso in ragione dell'avvenuta effettiva conoscenza dell'aggiudicazione della gara, da parte della ricorrente, in data anteriore alla trasmissione della documentazione relativa alla stessa, oltre alla circostanza che il travolgimento della procedura si riverbererebbe anche sul lotto aggiudicato alla ricorrente, mentre le controinteressate hanno altresì evidenziato il difetto di interesse allo scrutinio del ricorso, in quanto l'impugnazione sarebbe stata estesa a tutti i lotti, pur avendo la ricorrente partecipato soltanto ad alcuni di essi; la ricorrente ha replicato alle predette eccezioni, assumendone l'infondatezza.

Alla pubblica udienza del 23 ottobre 2012, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è irricevibile per tardività.

2. In data 30 dicembre 2011, con deliberazione n. 1067, la stazione appaltante ha proceduto all'aggiudicazione della gara di appalto per la fornitura quadriennale di protesi ortopediche e di materiale traumatologico occorrenti all'Azienda San Carlo Borromeo di Milano, indetta con D.D.G. 807/10.

In data 27 gennaio 2012, alla odierna ricorrente è stata comunicata l'aggiudicazione del lotto A24; nessuna comunicazione è pervenuta in ordine all'aggiudicazione degli altri lotti.

In data 6 febbraio 2012, dopo aver formulato istanza di accesso agli atti in relazione ai restanti lotti, la ricorrente, tramite propri delegati, ha preso visione della documentazione relativa ai lotti di cui non era risultata aggiudicataria e, non avendo potuto estrarre immediatamente copia della predetta documentazione, ha formulato istanza di estrazione di copia, evasa in data 21 febbraio 2012.

2.1. Il presente ricorso è stato inoltrato per la notifica in data 15 marzo 2012, pertanto risulta intempestivo rispetto alla data del 6 febbraio, che rappresenta il momento in cui la ricorrente ha appreso con certezza l'esito della gara

relativa ai diversi lotti e quindi da quando ha percepito la piena lesività dell'atto di aggiudicazione.

Tale conclusione appare in linea con il consolidato insegnamento giurisprudenziale attraverso il quale si è chiarito “che la piena conoscenza dell'atto censurato si concretizza con la cognizione degli elementi essenziali quali l'autorità emanante, l'oggetto, il contenuto dispositivo ed il suo effetto lesivo, essendo tali elementi sufficienti a rendere il legittimato all'impugnativa consapevole dell'incidenza dell'atto nella sua sfera giuridica, avendo egli la concreta possibilità di rendersi conto della lesività del provvedimento, senza che sia necessaria la compiuta conoscenza della motivazione e degli atti del procedimento, che può rilevare solo ai fini della proposizione dei motivi aggiunti” (Consiglio Stato, VI, 3 marzo 2010, n. 1239; altresì, IV, 22 gennaio 2010, n. 292, richiamata dalla sentenza del 1 agosto 2012, n. 4404).

“Infatti, ove si ritenesse che solo una approfondita ed esaustiva conoscenza di tutta la documentazione allegata agli atti di gara possa consentire il decorso del termine di impugnazione, verrebbe ad essere frustrata proprio la finalità della disciplina in esame, tesa a contenere in termini ragionevoli e limitati le possibili contestazioni rispetto alle procedure di gara. Inoltre, la decorrenza del termine verrebbe in pratica rimessa alla solerzia o alla inerzia delle parti, con correlata frustrazione di ogni esigenza di certezza in proposito.

Né, ancora, questa lettura può ritenersi passibile di censure di costituzionalità o di contrasto con la normativa comunitaria, atteso che le esigenze di tutela delle ragioni dell'operatore partecipante ad una gara ben possono, e anzi devono, trovare temperamento nelle esigenze, pure di rango costituzionale (cfr. art. 97 Cost.), di celere conclusione delle procedure di scelta del contraente, nell'ambito di un più ampio contesto di certezza dei rapporti giuridici” (Consiglio di Stato, III, 7 giugno 2012, n. 3349).

2.2. Oltretutto, la ricorrente con l'accesso effettuato il 6 febbraio 2012 risultava in condizione di avere piena contezza in ordine a tutti gli aspetti della procedura di cui alla presente controversia e quindi ben in grado di predisporre tempestivamente un ricorso giurisdizionale non al buio.

2.3. Ciò induce a dichiarare irricevibile il presente ricorso.

3. L'irricevibilità del ricorso determina anche il rigetto della domanda di risarcimento del danno, atteso che l'eventuale danno patito è da addebitare esclusivamente alla condotta negligente della medesima ricorrente (cfr. Consiglio di Stato, III, 7 giugno 2012, n. 3349).

4. In ragione dell'arresto della controversia ad una fase preliminare, le spese di giudizio possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando, dichiara irricevibile il ricorso indicato in epigrafe; respinge la domanda di risarcimento del danno.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 23 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Mauro Gatti, Primo Referendario

Antonio De Vita, Primo Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/10/2012

IL SEGRETARIO

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