



REPUBBLICA ITALIANA

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 765 del 2009, proposto da:

MARR S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Teo Quarzo e Giovanni Maria Boldrini, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, Via L. Mascheroni, 29

contro

Azienda ospedaliera della Valtellina e della Valchiavenna, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Via Larga, 23

per l'annullamento

del bando di gara avente ad oggetto la procedura di affidamento dell'appalto di fornitura di derrate alimentari presso i presidi dell'azienda ospedaliera della Valtellina e della Valchiavenna; degli atti di gara; del capitolato speciale (parte generale) di appalto e dell'allegato capitolato tecnico; di ogni atto preordinato, connesso e consequenziale; dell'aggiudicazione provvisoria e/o definitiva, ove disposte, nonché per il risarcimento del danno derivante dagli atti e provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda ospedaliera della Valtellina e della Valchiavenna;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2013 il dott. Angelo Fanizza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con l'odierno ricorso la società MARR S.p.A. ha impugnato, chiedendone l'annullamento, il bando di gara avente ad oggetto la procedura, indetta dall'Azienda ospedaliera della Valtellina e della Valchiavenna, di affidamento dell'appalto di fornitura di derrate alimentari presso alcuni presidi dell'azienda resistente; gli atti di gara; il capitolato speciale (parte generale) di appalto e l'allegato capitolato tecnico; ogni atto preordinato, connesso e consequenziale, nonché l'aggiudicazione provvisoria e/o definitiva, ove disposte.

Ha, inoltre, chiesto il risarcimento dei danni derivanti dagli atti e provvedimenti impugnati.

Si trattava, nella specie, di una procedura aperta, con importo a base d'asta di € 16.760.400,00, iva esclusa, regolata dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con la preventiva fissazione dei requisiti di ordine generale, di idoneità professionale, di capacità economica finanziaria e di capacità tecnica e professionale.

A fondamento dell'impugnazione ha dedotto i seguenti motivi:

1°) violazione dell'art. 97 della Costituzione, degli artt. 2, 66 e 70 del D.lgs. 163/2006, dei principi di pubblicità delle gare, di trasparenza, concorrenzialità e massima partecipazione;

2°) violazione del regolamento CE 178/2002, dell'art. 69 del D.lgs. 163/2006; eccesso di potere, violazione dei principi di buon andamento, logicità, ragionevolezza, proporzionalità.

La domanda cautelare è stata radicata, oltre che sulla fondatezza del ricorso in diritto, sul pregiudizio costituito dall'"*impossibilità di partecipare alla procedura in esame*", ciò determinando "*un grave vulnus sotto l'aspetto strettamente economico, consistente nella perdita di un eventuale utile d'impresa, sia quanto all'immagine aziendale, gravemente compromessa*" (cfr. pagg. 22- 23).

Si è costituita in giudizio l'Azienda ospedaliera della Valtellina e della Valchiavenna (7.4.2009), la quale, preliminarmente, ha eccepito la tardività del ricorso, notificato in data 20.3.2009, in quanto "*all'albo dell'Azienda il bando e la documentazione di gara sono stati pubblicati in data 8.1.2009*" (cfr. pag. 5), non essendo, peraltro, "*necessaria la comunicazione alla ricorrente del provvedimento con cui l'Azienda si è determinata*" (cfr. pag. 6); sempre in via preliminare, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, dal momento che la società ricorrente "*non ha neppure presentato domanda di partecipazione alla procedura*" (cfr. pag. 8); nel merito, ha opposto: che "*a fronte delle avvenute e comprovate pubblicazioni resta del tutto destituito di fondamento il primo motivo di ricorso, sul quale controparte pretenderebbe di dimostrare l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, cioè la violazione della prescrizione in materia di pubblicità obbligatoria*" (cfr. pag. 13); che pur non avvalendosi delle procedure di affidamento fondate sull'adozione delle convenzioni Consip, la stazione appaltante avrebbe legittimamente indetto una "*procedura ad hoc per l'individuazione, avvalendosi per la determinazione del prezzo dei singoli prodotti della convenzione Consip*" e che, quindi, nel pieno rispetto dei parametri di prezzo – qualità, ma anche del principio di comparabilità tra i prodotti convenzionati e quelli effettivamente richiesti, avrebbe selezionato "*prodotti qualitativamente diversi, che pur non essendo ricompresi nelle convenzioni, avrebbero potuto soddisfare al meglio le esigenze dei pazienti*" (cfr. pag. 16); che, infine, non sussisterebbe alcuna violazione della normativa comunitaria in tema di rintracciabilità degli alimenti nella previsione che imponeva ai concorrenti particolari adempimenti in materia di etichettatura dei prodotti.

Con ordinanza n. 460 dell'8.4.2009 la Sezione ha respinto la domanda cautelare richiamando, a fondamento della legittimità dei provvedimenti impugnati, il "*potere di indubbia natura discrezionale che caratterizza la scelta del prodotto da fornire sia dal punto di vista qualitativo che economico*".

In data 28.1.2013 la società ricorrente ha depositato una memoria nella quale ha fatto presente che "*nelle more la fornitura è stata aggiudicata e di fatto conclusa, pertanto alla ricorrente altro non resta che insistere per l'accoglimento del ricorso e la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno per equivalente*" (cfr. pag. 3), deducendo l'obbligatorietà dell'utilizzo, ai sensi dell'art. 26, comma 3 della legge 488/1999, dei "*parametri di prezzo – qualità nella determinazione del prezzo a base d'asta relativo all'acquisto del bene o del servizio*" (cfr. pag. 4)

All'udienza pubblica del 13.2.2013 la società ricorrente ha dichiarato di aver interesse alla decisione del ricorso.

In vista dell'udienza di discussione nel merito, fissata per il 4.12.2013, soltanto la stazione appaltante ha depositato una memoria (15.11.2013), nella quale ha opposto che la società ricorrente non ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione e che la fornitura "*si è conclusa nel 2011*", ciò sostanziando la richiesta di improcedibilità del

ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, tenuto conto che *“MARR S.p.A. ha, dunque, prestato acquiescenza all’esito della procedura e ai relativi atti, la cui efficacia si è ormai consolidata”* (cfr. pag. 3); ha, inoltre, eccepito che la mancata partecipazione alla procedura sarebbe conseguita ad una consapevole decisione, *“infatti, in data 28.1.2009, la sig.ra (...), dell’ufficio licitazioni di MARR S.p.A., comunicava via e-mail che “la scrivente società (...) ha scaricato i documenti inerenti la gara indicata in oggetto, con scadenza il prossimo 27.2.2009”*, a ciò soggiungendo che *“è davvero singolare che, avendo un mese di tempo a disposizione, la società non sia stata in grado di formulare una offerta, tentando poi di essere a tal fine rimessa in termini per il tramite del presente ricorso”* (cfr. pag. 9); ha, infine, opposto che l’art. 26 della legge 488/1999 *“lungi dal sanzionare con l’annullabilità il bando di gara che prevede eventuali condizioni peggiorative rispetto a quelle Consip, introduce un’ipotesi di responsabilità contabile, che peraltro non incide sulla validità ed efficacia del contratto di appalto non conforma ai parametri in esame”*, tale nullità essendo stata prevista, successivamente ai fatti di causa, dalla legge 135/2012.

All’udienza del 4 dicembre 2013 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

In via preliminare, rileva il Collegio che il ricorso deve ritenersi tempestivamente proposto, in quanto notificato in data 20.3.2009, prima della scadenza del termine di sessanta giorni dal 21.1.2009 (data di pubblicazione del bando sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana), e quindi nel rispetto dell’art. 66, comma 8, del D.lgs. 163/2006, secondo cui *“gli effetti giuridici che l’ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana”*, peraltro rilevandosi che gli oneri di pubblicazione del bando risultano adempiuti in maniera corretta e completa.

Ancorché ricevibile, il ricorso è, tuttavia, improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse (risultando pacifico che l’appalto è stato aggiudicato ed eseguito), nonché inammissibile per carenza di interesse relativamente alla richiesta di risarcimento dei danni e, comunque, infondato nel merito.

È incontestato, ai sensi dell’art. 64, comma 4 del codice del processo amministrativo, che la società ricorrente non ha partecipato alla procedura di gara, pur avendone avuta tempestiva notizia ed essersi procurata la relativa documentazione, come prova la mail del 28.1.2009.

Si tratta, a questo punto, di valutare le conseguenze processuali connesse a tale circostanza.

La mancata partecipazione alla gara di appalto, nella più risalente giurisprudenza, è stata ritenuta costituire causa di inammissibilità, per carenza di interesse, del ricorso proposto avverso le clausole del bando di gara e le modalità di svolgimento (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 26 maggio 1997, n. 5543; id., 7 ottobre 1998, n. 1418; id. 3 aprile 2000, n. 1909, e, soprattutto, id. 3 gennaio 2002 n. 6).

Successivamente, l’evoluzione giurisprudenziale si è arricchita di nuovi contributi.

Nell’Adunanza plenaria n. 3 del 23.1.2003 il Consiglio di Stato, dopo aver richiamato la giurisprudenza secondo cui *“l’integrale esecuzione dell’appalto oggetto di una gara non determini il venir meno dell’interesse a ricorrere in capo al partecipante non aggiudicatario, e ciò non solo per la persistenza di un interesse morale, ma anche in relazione ad un eventuale giudizio risarcitorio volto a ristorare il ricorrente dal pregiudizio patito per effetto dell’illegittimità”*, ha statuito che *“tale esito appare, peraltro, riferibile non tanto al semplice interesse morale all’accertamento dell’illegittimità della gara, quanto, piuttosto, alla persistenza, pur dopo l’esecuzione della opera pubblica, dell’interesse a conseguire l’eventuale risarcimento dei danni volti a ristorare il pregiudizio patito per effetto dell’illegittimità della gara e della sua conclusione”*.

Ulteriore contributo ermeneutico deve, poi, individuarsi nella sentenza n. 102 del 14.1.2009, in cui la V Sezione del Consiglio di Stato ha osservato che *“la domanda di partecipazione formale non costituisce in realtà elemento*

che diversifica e qualifica la posizione di un soggetto rispetto a quella di tutti gli altri soggetti potenzialmente lesi (dei quali non è dato sapere se abbiano o meno un concreto interesse a partecipare alla procedura) e che la legittimazione del ricorrente, in termini di qualificazione e differenziazione, più che al dato meramente formale dell'istanza di partecipazione, deve riconnettersi al possesso di tutti gli altri requisiti previsti dal bando".

Tale orientamento ha, inoltre, trovato seguito nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale ha rilevato che, nell'ipotesi in cui un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa della presenza di specifiche clausole che asserisca discriminatorie nei documenti relativi al bando di gara o nel disciplinare (le quali le avrebbero proprio impedito di essere in grado di fornire l'insieme delle prestazioni richieste), essa avrebbe tuttavia il diritto di presentare un ricorso direttamente avverso tali prescrizioni, e ciò prima ancora che si concluda il procedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico interessato (sentenza 12.2.2004, C - 7230/02).

Si è, quindi, progressivamente affermato l'indirizzo del Giudice comunitario secondo cui *"sarebbe eccessivo esigere che un'impresa che asserisca di essere lesa da clausole discriminatorie contenute nei documenti relativi al bando di gara, prima di poter utilizzare le procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 contro tali specifiche, presenti un'offerta nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, quando persino le probabilità che le venga aggiudicato tale appalto sarebbero nulle a causa dell'esistenza delle dette specifiche"*.

Una più articolata analisi della questione è stata, in seguito, operata dall'Adunanza plenaria n. 4 del 7.4.2011, ad avviso della quale la decisione di partecipare, comunque, alla procedura di gara sarebbe da inquadrare nel principio secondo cui la legittimazione ad impugnare gli atti di gara spetta a chi partecipi, salvo il caso in cui vi sia contestazione:

- a) in radice sulla scelta di indire la procedura (con la legittimazione in capo al titolare di un rapporto incompatibile con l'indetta gara);
- b) su un affidamento diretto;
- c) avverso una clausola *"escludente"*.

Questa Sezione, a tal proposito, ha recentemente affrontato il tema controverso nella sentenza 7 novembre 2013, n. 2480, statuendo che:

1) *"è noto che l'Adunanza plenaria n. 1 del 23.1.2003 ha statuito che "l'onere di immediata impugnazione del bando di gara debba, normalmente, essere riferito alle clausole riguardanti requisiti soggettivi di partecipazione. L'Adunanza ritiene, tuttavia, che, non possa essere escluso un dovere di immediata impugnazione delle clausole del bando in quei limitati casi in cui gli oneri imposti all'interessato ai fini della partecipazione risultino, manifestamente incomprensibili o implicanti oneri per la partecipazione del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara o della procedura concorsuale";*

2) *"al fine di meglio specificare il principio in questione, il Consiglio di Stato ha osservato che "ciò che, quindi, appare decisivo ai fini dell'affermazione dell'esistenza di un onere di tempestiva impugnazione è la sussistenza di una lesione concreta ed attuale della situazione soggettiva dell'interessato, che determina, a sua volta, la sussistenza di un interesse attuale all'impugnazione; e quindi, con riferimento al bando di gara o di concorso o alla lettera di invito, l'attitudine (sua o di alcune clausole in essi contenute) a provocare una lesione di tal genere";*

3) *"tale specificazione, pur essendo preordinata a favorire un'evoluzione di sistema, non ha però comportato l'espunzione dall'ordinamento processuale dell'orientamento che l'Adunanza plenaria ha definito come "tradizionalmente affermato", vale a dire quello che concepisce "il bando di gara o di concorso, o la lettera di invito, normalmente impugnabili con l'atto applicativo, conclusivo del procedimento concorsuale", essendosi,*

nella sostanza, valorizzata, con la citata pronuncia, una più ampia visione della tutela giurisdizionale, comprensiva della possibilità di procedere ad una immediata impugnazione degli atti che “contengano clausole impeditive dell’ammissione dell’interessato alla selezione”;

4) con la recente ordinanza del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 634 dell’1.2.2013, si è disposta la rimessione della relativa questione al giudizio dell’Adunanza plenaria.

In tale ordinanza è stata, in particolare, sottolineata *“la sussistenza di giusti motivi per un indirizzo evolutivo, rispetto alla citata pronuncia dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1/2003”*, direttamente correlata a sopperire ad un’ineludibile esigenza di rafforzamento della tutela giurisdizionale, tenuto conto che *“la volontà deflattiva del contenzioso, sottostante all’indirizzo di immediata impugnabilità delle sole clausole escludenti, non ha trovato rispondenza nei fatti, con reiterate impugnazioni che, dopo la conclusione delle procedure di gara, postulano l’annullamento del bando e quindi l’azzeramento delle procedure stesse, con notevole aggravio di spese per l’amministrazione e danno per le imprese aggiudicatariе incolpevoli, sulle cui offerte non fosse emerso o riconosciuto alcun vizio”*.

La VI Sezione ha, quindi, concluso che *“la questione sopra indicata appare connessa alla vera e propria svolta, impressa al contenzioso in materia di pubblici appalti dalla sentenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2011, ispirata al superamento di indirizzi giurisprudenziali, che finiscono per determinare una “litigiosità esasperata”, senza garantire il soddisfacimento dell’interesse primario di ciascun concorrente (aggiudicazione dell’appalto) e rendendo “estremamente difficoltosa e spesso impossibile (si pensi alla perdita di finanziamenti comunitari) l’esecuzione dell’opera pubblica”. Fra tali indirizzi, sembra al Collegio che possa annoverarsi quello riconducibile alla ricordata sentenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1/2003, limitativa dell’immediata impugnabilità dei bandi di gara (o di concorso) – senza necessità di attendere i relativi atti applicativi – solo con riferimento alle clausole impeditive dell’ammissione di soggetti interessati alla selezione, ovvero impositive di oneri sproporzionati per la partecipazione, o di condizioni non comprensibili”*.

Quanto rappresentato, ad avviso del Collegio, equivale ad affermare una progressiva recessione della concezione del processo come *“tecnica”*, in favore di un’impostazione che ha trovato una completa articolazione nella direttiva 2004/18/CE, individuando nel giudizio di spettanza del bene della vita il connotato essenziale della giurisdizione. Ciononostante, nel caso di specie la mancata partecipazione della società MARR S.p.A. non può essere correlata ad alcuno dei casi che giustificano la volontaria desistenza dal concorrere alla procedura di appalto.

In particolare:

- non sussiste contestazione sulla scelta di indire, o meno, l’impugnata procedura, attesa la piana disciplina di cui all’art. 26, comma 3 della legge 488/1999, che, in tema di *“acquisti di beni e servizi”*, prevedeva che *“le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato sono tenute ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate ai sensi del comma 1, salvo quanto previsto dall’articolo 27, comma 6. Le restanti pubbliche amministrazioni hanno facoltà di aderire alle convenzioni stesse, ovvero devono utilizzarne i parametri di qualità e di prezzo per l’acquisto di beni comparabili con quelli oggetto di convenzionamento”*: era, quindi, legittimo che la stazione appaltante potesse esperire una procedura alternativa che fosse parimenti efficiente ed efficace;

- la legittimazione della società ricorrente non potrebbe ritenersi incompatibile con l’indetta gara, tenuto conto che la stessa MARR ha manifestato, nella citata mail del 28.1.2009, l’intenzione di partecipare all’appalto, e che in capo a quest’ultima non difettavano, certo, le qualificate credenziali di capacità tecnica ed economica richieste dal bando, avendo la ricorrente dichiarato di essere *“risultata aggiudicataria in 5 dei 6 lotti dell’ultima gara Consip per l’acquisto di “derrate alimentari”*. In sostanza è il soggetto oggi convenzionato per gli acquisti Consip in tutte le regioni con esclusione della sola regione Sicilia” (cfr. pag. 3 del ricorso);

- la società ricorrente ha genericamente asserito che *“se avesse partecipato alla gara sarebbe stata certamente esclusa perché non commercializza taluni prodotti espressamente richiesti e quindi non sarebbe stata in grado di produrre le relative schede prodotto”* (cfr. pag. 18);
- soprattutto, non è stato dimostrato che i prodotti inseriti dalla stazione appaltante nel capitolato tecnico presentassero *“caratteristiche diverse”* (cfr. pag. 14) e quindi, non fossero comparabili con quelli oggetto delle convenzioni Consip; mentre, di converso, non è contestato che il prezzo a base d’asta corrispondesse a quello praticato nelle citate convenzioni;
- non si ravvisa una clausola escludente nella previsione del capitolato tecnico che, in attuazione della direttiva 178/2002/CE (in tema di sicurezza alimentare), ha stabilito che *“per quanto riguarda l’identificazione e la rintracciabilità delle carni bovine è facoltà dell’azienda richiedere, ogni qualvolta lo ritenga necessario, la documentazione attestante i dati identificativi dell’animale o degli animali da cui sono stati ottenuti i lotti di merce consegnata”*, tale prescrizione costituendo puntuale applicazione dell’art. 69, comma 1 del D.lgs. 163/2006 (*“le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l’esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l’altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell’invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d’oneri”*).

Da quanto detto, il Collegio conclude che nella fattispecie la società ricorrente – in esito alla tempestiva conoscenza della *lex specialis* e all’analisi della documentazione appositamente procuratasi – ha più semplicemente valutato che l’affidamento legittimamente disposto dall’Azienda resistente non si confacesse al proprio, peculiare, interesse imprenditoriale, e ha perciò deciso di non partecipare alla gara.

Per tali ragioni, il ricorso è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse; è inammissibile, poi, per carenza di interesse, la richiesta di risarcimento dei danni e, comunque, il ricorso risulta infondato nel merito.

Le spese processuali seguono la soccombenza e vengono quantificate – facendo applicazione dei parametri previsti dal D.M. 20 luglio 2012, n. 140 e del principio di determinazione omnicomprensiva elaborato dalla giurisprudenza (cfr. Corte di Cassazione, sezioni unite, 12 ottobre 2012, n. 17405) – in €. 8.500,00, oltre accessori, che la società ricorrente dovrà corrispondere all’Azienda ospedaliera della Valtellina e della Valchiavenna.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, inammissibile, per carenza di interesse, relativamente alla richiesta di risarcimento dei danni e, comunque, infondato nel merito.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese processuali, che liquida in complessivi €. 8.500,00, oltre accessori, in favore dell’Azienda ospedaliera della Valtellina e della Valchiavenna.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario

Angelo Fanizza, Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/12/2013

IL SEGRETARIO

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