

Publicato il 27/01/2017

N. 00212/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00837/2016 REG.RIC.



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

sul ricorso numero di registro generale 837 del 2016, proposto da:

Tesi - Tecnologia e Sicurezza S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Erica Bianco, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Via Enrico Noe;

contro

Azienda Socio-Sanitaria Territoriale di Lecco – Asst, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Piana, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Corso di Porta Romana, 54;

nei confronti di

Tecnologie Sanitarie S.p.a., rappresentata e difeso dall'avvocato Valentino Vulpetti, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Marco Napoli in Milano, Corso Venezia, 10;

Philips S.p.a., Asst - Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Franciacorta; non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

della deliberazione dell'ASST di Lecco n. 106 del 10.3.2016, con cui il Direttore Generale ha disposto, in relazione al servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature biomediche, di laboratorio, radiologiche e grandi apparecchiature sanitarie, l'estensione del contratto aggiudicato in esito alla procedura di gara espletata dalla ASST di Franciacorta, ex A.O. Mellino Mellini di Chiari, alla ditta Tecnologie Sanitarie S.p.a. (mandataria) in ATI con Philips S.p.a. (mandante), della deliberazione dell'A.O. della Provincia di Lecco n. 429 del 7.8.2015, a firma del Commissario Straordinario, e della nota prot. n. 19386 dell'8.5.2015 del Direttore della S.C. Provveditorato Economato dell'A.O. della Provincia di Lecco, ivi menzionata ma non altrimenti nota alla ricorrente, nella parte in cui esprimono l'interesse dell'Azienda ad aderire alla gara relativa al servizio di manutenzione e gestione delle apparecchiature elettromedicali e di laboratorio, avviata dall'A.O. Mellino Mellini di Chiari, se ed in quanto atti presupposti, e di ogni altro atto preordinato, presupposto, consequenziale e/o comunque connesso ed, in particolare, dell'art. 48 - Forme collettive di acquisto, del Capitolato Speciale afferente alla procedura indetta dall'A.O. Mellino Mellini di Chiari (oggi ASST Franciacorta) per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali e di laboratorio, da questa aggiudicata all'ATI Tecnologie Sanitarie S.p.a. - Philips S.p.a., per un periodo di 6 anni, con possibilità di ripetizione per ulteriori 3 anni con deliberazione n. 402 del 22.9.2015, del contratto eventualmente nelle more stipulate dall'ASST di Lecco con l'ATI Tecnologie Sanitarie S.p.a. - Philips S.p.a., ad oggi non conosciuto dalla ricorrente e di cui si chiede l'acquisizione in via

istruttoria, con ulteriore riserva di interporre motivi aggiunti, per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulate dall'ASST di Lecco con l'ATI Tecnologie Sanitarie S.p.a.-Philips S.p.a. ex artt. 245-bis e 245-ter., D.Lgs. 163/2006, ed artt. 121 e 122 c.p.a., nonché, infine, per l'accertamento del diritto della società ricorrente al risarcimento del danno ingiusto subito ex art. 245-quinquies, D.Lgs.163/2006, ed art. 124 c.p.a., in via principale in forma specifica, mediante l'annullamento dei provvedimenti impugnati e l'indizione della procedura di gara, mai svoltasi, per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali e di laboratorio presso l'ASST di Lecco, ovvero la proroga del contratto in essere, e solo in subordine per equivalente, con pagamento delle relative somme, da quantificarsi in corso di causa, unitamente ad interessi ed a rivalutazione monetaria, e di conseguenza, per la condanna dell'Amministrazione resistente in primis al risarcimento in forma specifica, con annullamento dei provvedimenti impugnati ed indizione di procedura di gara ovvero proroga del contratto in essere, e solo in subordine al risarcimento per equivalente, con pagamento delle relative somme, da quantificarsi in corso di causa, unitamente ad interessi e a rivalutazione monetaria.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Asst di Lecco e di Tecnologie Sanitarie S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2017 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione n. 402 del 22.9.2015 l'Azienda ospedaliera Mellino Mellini di Chiari, successivamente divenuta ASST della Franciacorta, ha aggiudicato il servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature biomediche, di laboratorio, radiologiche, e grandi apparecchiature sanitarie, per un periodo di sei anni, dal 1.11.2015 al 31.10.2021 all'a.t.i. costituita da Tecnologie Sanitarie S.p.a. e Philips S.p.a.

L'art. 48 del c.s.a. prevedeva che, una volta stipulato il contratto, durante il periodo di vigenza del medesimo, le Aziende Sanitarie firmatarie di uno specifico accordo, tra cui l'Azienda Ospedaliera della Provincia di Lecco, avrebbero potuto chiedere l'estensione del contratto di appalto, "alle medesime condizioni", fino ad un massimo del 500% dell'importo aggiudicato, aggiungendo che "il fornitore non è obbligato ad accettare la richiesta di estensione."

Con deliberazione n. 429 del 7.8.2015, impugnata nel presente giudizio, l'A.O. della Provincia di Lecco prorogava il servizio di manutenzione e gestione delle apparecchiature elettromedicali e di laboratorio in favore dell'attuale ricorrente, in attesa di poter procedere all'adesione alla citata gara, in corso di svolgimento, indetta dall'A.O. Mellino Mellini.

Con deliberazione n. 106 del 10.3.2016, parimenti impugnata nel presente giudizio, l'ASST di Lecco, subentrata all'A.O. della

Provincia di Lecco, preso atto della delibera n. 402/2015 dell'AO Mellino Mellini, ha ritenuto di avvalersi della citata clausola di estensione di cui all'art. 48 c.s.a.

ASST di Lecco ed il raggruppamento controinteressato si sono costituiti in giudizio, insistendo per il rigetto del ricorso, in rito e nel merito.

Con ordinanza n. 517/2016, confermata in sede di appello, il Tribunale ha respinto la domanda cautelare.

All'udienza pubblica del 12.1.2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

I) In via preliminare, il Collegio deve pronunciarsi sull'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla difesa di ASST di Lecco, che va tuttavia respinta.

Contrariamente a quanto infatti dalla stessa sostenuto, mediante i provvedimenti di adesione al contratto aggiudicato dall'A.O. Mellino Mellini, l'ASST di Lecco non ha manifestata una volontà negoziale di tipo privatistico, quanto invece, ha affidato un contratto rientrante nell'ambito di quelli oggi disciplinati dal D.Lgs. n. 50/2016, esercitando conseguentemente un potere pubblicistico, del cui cattivo uso la ricorrente si duole. In altre parole, sostanzialmente, con i provvedimenti impugnati, la ASST di Lecco ha ritenuto di non indire alcuna procedura di selezione del contraente per affidare l'appalto oggetto del presente giudizio, ciò che radica inevitabilmente la giurisdizione del g.a.

Per giurisprudenza pacifica, ex art. 133 c. 1 lett. c) ed e) n. 1, c.p.a., detta giurisdizione sussiste infatti anche quando, come nel caso di specie, si lamenti che da parte dell'Amministrazione è mancata una

procedura di affidamento, ossia vi sia stato un affidamento a trattativa privata fuori dai casi consentiti, trattandosi della legittimità dell'esercizio del potere pubblico, che degrada la posizione del privato, in termini di interesse legittimo (C.S., Sez. V, 9.7.2015 n. 3460).

II.1) Il Collegio può prescindere dallo scrutinio delle ulteriori eccezioni di inammissibilità del ricorso, essendo il medesimo infondato nel merito.

Con il presente gravame, sostanzialmente, l'istante deduce l'illegittimità dell'adesione postuma ad un contratto stipulato da altra Azienda Sanitaria, in virtù di una clausola contenuta nella lex specialis della gara aggiudicata.

In particolare, la ricorrente evidenzia la mancanza di un supporto normativo che legittimi tale facoltà (primo motivo), l'aleatorietà dei quantitativi oggetto di affidamento, e la lesione dei principi di leale competitività ed imparzialità (secondo motivo).

II.2) Il ricorso va tuttavia respinto, come recentemente statuito dalla Sezione in fattispecie analoghe a quella per cui è causa, essendo legittimo l'affidamento diretto di un servizio, avvalendosi di una clausola di adesione contenuta in una procedura bandita da altra stazione appaltante (n. 1460 del 20.7.2016, n. 303 del 12.2.2016, richiamandosi peraltro i principi affermati da C.S., Sez. III, 4.2.2016 n. 445), senza che ciò si ponga in contrasto con la normativa europea ed interna in tema di libera concorrenza.

Come del resto affermato anche in una pronuncia della Sezione staccata di Brescia di questo Tribunale (Sez. I, 12.1.2016, n. 34), premesso che la gara con clausola di adesione è una forma di contrattazione ad aggregazione successiva che presenta elementi di

similitudine con la centrale di committenza (ex art. 3 c. 34 del D.Lgs. 12.4.2006 n. 163), non è in particolare ostativo al suo impiego la mancanza di una precisa codificazione, quando sia dimostrabile un collegamento con l'interesse pubblico (v. anche T.A.R. Lombardia, Sez. I, 6.7.2011, n. 1819, che ha in particolare ritenuto compatibile una clausola di adesione con i principi di trasparenza, concorrenza e par condicio).

In base alla citata sentenza n. 445/2016 del Consiglio di Stato "l'estensione del contratto aggiudicato all'esito di regolare gara pubblica è un fenomeno che non contraddice, in sé ed automaticamente, le regole della concorrenza", aggiungendo che "la concentrazione delle gare non è un fenomeno estraneo né eccentrico rispetto all'ordinamento interno, come a quello europeo, poiché entrambi conoscono ipotesi di concentrazione o unificazione delle gare sia sul piano soggettivo, ad esempio, perché bandite da una centrale di committenza, figura in generale prevista dall'art. 33 del D.Lgs. n. 163/2006, alla quale le singole stazioni appaltanti fanno capo e riferimento per l'approvvigionamento di beni, lavori o servizi, sia sul piano oggettivo, con la stipula di contratti per adesione, accordi-quadro, o appunto, clausole di estensione di contratti, stipulati da soggetti aggregatori".

La stessa ratio sottesa agli affidamenti delle Amministrazioni sanitarie tramite centrale di committenza, consistente nel contenimento e nella razionalizzazione della spesa per i servizi sanitari, si rinviene infatti nella successiva adesione di altre Amministrazioni sanitarie all'affidamento effettuato dall'Amministrazione aggregatrice che ha indetto la gara richiamando nella lex specialis la clausola di adesione, e menzionando

espressamente i soggetti che avrebbero potuto avvalersene, ciò che, come detto, nella fattispecie per cui è causa ha avuto luogo per relationem, mediante il rinvio alle Aziende che hanno sottoscritto uno specifico accordo.

Quanto ai profili comunitari, C.S. n. 445/16 cit. ha evidenziato che la Direttiva n. 2014/24/UE, nei considerando nn. 59 e 60, ha previsto che nei mercati degli appalti pubblici dell'Unione si registra una forte tendenza all'aggregazione della domanda da parte dei committenti pubblici, al fine di ottenere economie di scala, ad esempio prezzi e costi delle transazioni più bassi, nonché un miglioramento ed una maggior professionalità nella gestione degli appalti, e che l'individuazione della committenza pubblica può avvenire, ad esempio, con un riferimento ad una determinata categoria di amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito di un'area geografica chiaramente delimitata, in modo che le stesse possano essere facilmente e chiaramente individuate.

Nella fattispecie all'esame del Collegio, sostanzialmente identica a quella decisa da C.S. n. 445/16, la clausola di estensione individua, in modo sufficientemente chiaro, determinato ed omogeneo, anche in riferimento all'ambito territoriale, quali siano le Amministrazioni aggiudicatrici che potranno aderire, ed entro quali limiti, senza modifica di patti, condizioni e prezzi stabiliti dagli atti di gara, risultando pertanto la piena legittimità della stessa.

In conclusione, l'appalto in esame, come quello oggetto della fattispecie decisa da C.S. n. 445/16, non viene sottratto al confronto concorrenziale, a valle, ma costituisce l'oggetto, a monte, del confronto tra le imprese partecipanti alla gara, poiché queste, nel prendere parte alla stessa, accettano la c.d. clausola di estensione,

potendo così essere loro richiesto di approntare forniture ulteriori, rispetto a quelle espressamente richieste dalla *lex specialis*, purché determinate o determinabili a priori, al momento dell'offerta, secondo requisiti né irragionevoli né arbitrari, tanto sul piano soggettivo, per caratteristiche e numero delle Amministrazioni eventualmente richiedenti, che su quello oggettivo, per natura, tipologia e quantità dei beni o delle prestazioni aggiuntive eventualmente richieste entro un limite massimo.

Conseguentemente, il timore che, attraverso il meccanismo dell'estensione, venga aggirato il confronto concorrenziale e, più in generale, il principio della concorrenza, architrave dell'intera disciplina dei contratti pubblici, è del tutto infondato, poiché le imprese concorrono ad aggiudicarsi un appalto avente un oggetto eventualmente multiplo, senza la necessità di dover concorrere ogni volta, e per servizi sostanzialmente identici o analoghi, a tante gare quante sono le Amministrazioni richiedenti (C.S., Sez. III, n. 445/16 cit.).

III) Secondo la ricorrente, la fattispecie per cui è causa presenterebbe tuttavia talune peculiarità, tali da non rendere applicabili i citati orientamenti giurisprudenziali, i quali, nel ritenere legittima una clausola di estensione, hanno tuttavia subordinato ciò al rispetto di taluni limiti, che risulterebbero violati nel caso di specie.

III.1) In primo luogo, osserva il Collegio che, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, nella fattispecie per cui è causa non vi è alcuna indeterminatezza circa il termine finale degli eventuali contratti in adesione, che come peraltro riconosciuto dalla stessa, potranno infatti essere stipulati nel corso di validità di quello

aggiudicato in esito alla procedura di evidenza pubblica (1.11.2015-31.10.2021), e per la sua stessa durata (sei anni).

La circostanza che il contratto di adesione abbia una diversa decorrenza e scadenza rispetto a quello stipulato in esito alla gara, lungi dal configurare infatti un indice di illegittimità del medesimo, è al contrario connaturato all'istituto di che trattasi, che come detto, presuppone a monte l'affidamento di una commessa pubblica, ed una adesione postuma al relativo accordo, inevitabilmente successiva.

III.2) Sotto altro profilo, la ricorrente evidenzia che, nel caso di specie, alle Aziende aderenti sarebbe illegittimamente consentito negoziare con l'aggiudicataria condizioni diverse da quelle fissate in sede di gara.

Anche tale profilo è tuttavia infondato in fatto, atteso che, in base al citato art. del 48 c.s.a., espressamente, l'estensione del contratto aggiudicato ad altre Aziende può avere luogo solo "alle medesime condizioni".

In contrario non rileva che il medesimo articolo menzioni altresì, genericamente, eventuali "patti e condizioni che si stabiliranno tra fornitore ed Azienda Sanitaria cui viene esteso l'accordo". Tale espressione, lungi dal derogare all'obbligo di adesione "alle medesime condizioni", come detto espressamente previsto, è stata infatti introdotta unicamente con la finalità di escludere qualsivoglia coinvolgimento della stazione appaltante nei rapporti contrattuali instaurati dalle Aziende aderenti, precisandosi infatti che l'Azienda Mellino Mellini "resterà estranea" agli stessi, e pertanto da tutti i "patti e condizioni", che daranno infatti origine ad un rapporto contrattuale autonomo rispetto a quello instaurato a seguito di gara.

III.3) Né infine assume rilievo il richiamo a C.S., Sez. III, 20.10.2016 n. 4387, invocata dalla ricorrente nella propria memoria finale, avendo detta sentenza ritenuto illegittima una clausola di adesione, in conseguenza della sua indeterminatezza, “per la mancata previsione di un tetto massimo dei quantitativi e dell'importo massimo del servizio appaltato”, ciò che, come detto, non ha invece avuto luogo nel caso di specie.

IV.1) La società esponente rileva infine che l'indirizzo giurisprudenziale suindicato sarebbe stato in ogni caso superato dalla successiva evoluzione legislativa, e segnatamente, dalle novità conseguenti all'approvazione della L. n. 208 del 28.12.2015 (legge di stabilità 2016), ex art. 1, commi da 548 a 550, che imporrebbe agli enti del servizio sanitario nazionale di approvvigionarsi avvalendosi in via esclusiva di Consip S.p.a. oppure delle centrali regionali di committenza (in Lombardia, Arca Spa, come già evidenziato).

Sul punto, la ricorrente richiama anche la Circolare del 19.2.2016 del Ministero dell'economia e delle finanze e del Ministero della salute, che avrebbe ribadito il suddetto obbligo di approvvigionamento esclusivo

IV.2) Detta tesi non convince il Collegio, come già evidenziato nella sentenza n. 77 del 13.1.2016, resa nel giudizio R.G. n. 1063/2016, intentato dall'odierna ricorrente.

Premesso che non appare in discussione in fatto la circostanza che al momento dell'affidamento di cui è causa, nessuna attività di acquisto per il servizio in oggetto era in corso da parte di Consip o di Arca, la condotta della stazione appaltante non appare certamente illegittima per violazione della Circolare ministeriale di cui sopra, atteso che la stessa, per i casi di assenza di iniziative di acquisto da parte del

soggetto aggregatore, indica alle stazioni appaltanti una serie di soluzioni, sostanzialmente riconducibili all'affidamento attraverso procedura negoziata ai sensi dell'art. 57 del D.Lgs. 163/2016, od alla proroga dei contratti in essere.

Ciò premesso, se ai sensi della citata Circolare devono reputarsi ammissibili sia la procedura negoziata senza previo bando di gara, ex art. 57 cit., sia la proroga, a maggior ragione non può essere censurata la scelta dell'amministrazione di adesione ad un contratto comunque aggiudicato all'esito di una regolare procedura concorrenziale, come nel caso di specie.

In conclusione, il ricorso va pertanto respinto.

Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore di Asst di Lecco e di Tecnologie Sanitarie S.p.a., equitativamente e complessivamente liquidate in Euro 4.000,00, oltre agli oneri di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Mauro Gatti, Consigliere, Estensore

Concetta Plantamura, Consigliere

L'ESTENSORE
Mauro Gatti

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO