Pubblicato il 10/07/2020

**N. 07932/2020 REG.PROV.COLL.**

**N. 15948/2019 REG.RIC.**

****

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Terza Quater)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 15948 del 2019, proposto da
Dueffe 2000 S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonina Leccese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Azienda Usl Roma 6, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Merelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Stryker S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Paolo Francica, Carlo Lucioni, Roberta Valentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Lazio Roma Tar in Roma, via Flaminia 189;

***per l'annullamento***

*previa adozione delle opportune misure cautelari - della Deliberazione dell’ASL ROMA 6 n. 1042 del 6 novembre 2019 con la quale è stata disposta l’aggiudicazione in favore della STRYKER ITALIA SRL SU della “procedura aperta mediante RDO - MePA per la fornitura e l’installazione di n. 1 Colonna Laparoscopica ICG presso l’UOC di Chirurgia dell’Ospedale di Anzio sito in via Cupa dei Marmi - Anzio RM - CIG 80524682CF”- RDO n. 2407637 del 08/10/2019 con il criterio del minor prezzo, indetta sul MePA giusta Delibera dell’ASL ROMA 6 n. 911 del 03.10.2019, della nota a mezzo pec del 21 novembre 2019, anch’essa qui impugnata, con la quale l’ASL Roma 6, in esito all’istanza di accesso agli atti presentata dall’odierna ricorrente a mezzo pec del 13 novembre 2019, ha comunicato alla DUEFFE 2000 SRL la suddetta Deliberazione;*

- di tutti i verbali di gara, inviati dall’ASL ROMA 6 all’odierna ricorrente con pec del 21 novembre 2019 in esito all’istanza di accesso agli atti di cui alla pec del 13 novembre 2019, e in particolare, per quanto di ragione, del verbale di gara n. 2 del 22 ottobre 2019 nella parte in cui l’ASL Roma 6 ha approvato l’offerta tecnica presentata dalla STRYKER ITALIA SRL SU, ammettendo quest’ultima alla prosecuzione della procedura di gara, nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti;

CON CONSEGUENTE DECLARATORIA DI INEFFICACIA

del provvedimento di aggiudicazione e del contratto eventualmente intervenuti nelle more,

E PER LA CONDANNA

della Stazione appaltante a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica, mediante aggiudicazione della gara in favore della DUEFFE 2000 SRL, previa esclusione della controinteressata dalla procedura di gara.

E CON RISERVA

di chiedere, in separato giudizio, il ristoro dei danni per equivalente monetario qualora risultasse impossibile la reintegrazione in forma specifica per fatto non imputabile o comunque non dipendente dalla volontà della odierna ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Usl Roma 6 e di Stryker S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 giugno 2020 la dott.ssa Francesca Ferrazzoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. I fatti oggetto della controversia sono i seguenti.

Con Delibera n. 911 del 03.10.2019 l’ASL ROMA 6 ha indetto sul MePA la “*procedura aperta mediante RDO - MePA per la fornitura e l’installazione di n. 1 Colonna Laparoscopica ICG presso l’UOC di Chirurgia dell’Ospedale di Anzio sito in via Cupa dei Marmi - Anzio RM - CIG 80524682CF*”, da aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo, per l’importo a base di gara di € 57.377,05 oltre IVA.

Pervenute nei termini indicati dalla *lex specialis* le offerte di STRYKER ITALIA SRL SU e di DUEFFE 2000 SRL., in data 22 ottobre 2019 sono state aperte le buste relative all’offerta tecnica, prima, e all’offerta economica, poi, ed è stata pubblicata dal MEPA la “*Classifica della gara*”, coincidente con l’aggiudicazione provvisoria.

Quindi, con Deliberazione 1042 del 6 novembre 2019 - che l’Amministrazione riferisce di aver inserito sulla piattaforma MEPA il giorno successivo, 7 novembre - è stata disposta l’aggiudicazione definitiva della fornitura alla ditta STRYKER ITALIA SRL SU.

La DUEFFE 2000 SRL riferisce di essere venuta a conoscenza del cambio dello stato della Procedura da “*Aggiudicata provvisoriamente*” a “*Stipulata*” il successivo 13 novembre, a seguito della consultazione della piattaforma telematica MePA, e di aver inoltrato alla Stazione appaltante in pari data istanza di accesso a tutti gli atti di gara.

In data 26 novembre 2019 la ASL ROMA 6 ha inviato all’odierna esponente l’offerta economica e l’offerta tecnica e, in particolare, per quanto d’interesse, il documento compilato e sottoscritto dalla STRYKER ITALIA SRL SU, sulla base del modulo predisposto dalla stessa Stazione appaltante, denominato “*Allegato 1- Scheda Dichiarazione Specifiche Tecniche Minime*”.

Avverso la predetta Deliberazione dell’ASL ROMA 6 n. 1042, pubblicata il 7 novembre 2019, è insorta la Dueffe con il ricorso in esame, notificato il 6 dicembre 2019, articolando il seguente motivo di diritto: “*Violazione ed erronea e fuorviante applicazione della lex specialis della gara, del Capitolato Tecnico Funzionale di gara (artt. 4.1, 6, c. 2, lett. c) e 12) e dell’Allegato 1 \_ Scheda Dichiarazione Specifiche Tecniche Minime Colonna Laparoscopica ICG Anzio anche in riferimento agli artt. 94 e 95 d.lgs. n. 50/2016 e alla l. n. 241/1990 (violazione dei principi generali di buon andamento e imparzialità). Incertezza del contenuto dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria; eccesso di potere per errore di fatto, difetto di istruttoria, contraddittorietà. Eccesso di potere per difetto di presupposto valido ed efficace nonché per erroneo apprezzamento dei presupposti, illogicità ed irrazionalità manifesta, iniquità, disparità di trattamento. Violazione di principi generali in tema di autovincolo e del principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti*”.

In sintesi, l’esponente, nel contestare l’aggiudicazione della gara, ha assunto che l’offerta tecnica presentata da Stryker sarebbe “*priva di alcune delle Caratteristiche tecniche minime della tecnologia prescritte dall’art. 12 del Capitolato Tecnico e Funzionale di gara e previste altresì tra le specifiche tecniche minime da dichiarare da parte dei concorrenti in sede di compilazione dell’Allegato 1 – Scheda Dichiarazione Specifiche Tecniche Minime Colonna Laparoscopica ICG Anzio*”.

La ricorrente ha concluso chiedendo l’annullamento, previa sospensione dell’efficacia, degli atti gravati, con conseguente aggiudicazione della procedura stessa in favore della DUEFFE 2000 SRL., riservandosi altresì, ove dovesse risultare definitivamente compromessa la possibilità di ottenere la tutela in forma specifica, di richiedere, in separato giudizio, la condanna dell’Ente resistente a risarcire il danno per equivalente monetario.

Si sono costituite la ASL Roma 6 e la controinteressata, eccependo in via preliminare la irricevibilità del ricorso introduttivo per tardività nella notificazione dello stesso, nonché l’inammissibilità per carenza di interesse ovvero improcedibilità per difetto di interesse perché l’offerta economica supererebbe quella massima a base d’asta. Nel merito, hanno contestato tutto quanto *ex adverso* dedotto perché infondato in fatto ed in diritto ed hanno concluso per la reiezione del ricorso.

Alla camera di consiglio del 14 gennaio 2020 la discussione cautelare è stata riunita al merito, e, all’udienza del 9 giugno 2020, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Preliminarmente devono essere scrutinate le eccezioni di irricevibilità e/o inammissibilità e/o improcedibilità sollevate dalle resistenti.

2.1. Viene innanzitutto dedotta la irricevibilità del ricorso in esame ex art. 35, lett. a), c.p.a,, per tardività nella notificazione dello stesso, “*tenuto conto che la procedura di gara riferita al caso concreto si è svolta con modalità integralmente telematiche, ex art. 15, c. 13, lett. d), D.Lgs. n. 95/2012, mediante ricorso alla piattaforma MEPA*”.

In particolare la ASL assume che la piattaforma MEPA avrebbe perfezionato l’esame della busta economica di entrambi i concorrenti il 22 ottobre 2019, dando corso alla contestuale “*aggiudicazione provvisoria*”, espressa sotto forma di “*Classifica della gara (Prezzo più basso)*”, ove la controinteressata STRYKER ITALIA S.r.l. S.U. risultava prima. Conclude ritenendo che, “*il termine iniziale per la notificazione dell’atto introduttivo era quindi il 23.10.19 (dies ad quo), mentre quello finale (presentazione della richiesta di notificazione all’UNEP ovvero notificazione da parte del difensore, sia cartacea che telematica, ex L. n. 53/1994), era il 21.11.19 (dies ad quem)*”. La notificazione dell’intestato ricorso risulterebbe quindi tardiva, essendo stata effettuata solamente il 6 dicembre 2019.

L’eccezione è infondata.

All’uopo è sufficiente rilevare che, per giurisprudenza pacifica, l’aggiudicazione provvisoria è mero atto endoprocedimentale la cui autonoma impugnazione costituisce una mera facoltà, e che l’aggiudicazione definitiva non costituisce atto meramente confermativo dell'aggiudicazione provvisoria, ma esprime la volontà provvedimentale definitiva della stazione appaltante e presuppone, quindi, l'approvazione di tutti gli atti di gara (*ex multis*: C. di St. n. 7252/2018; TAR Roma n. 11092/2016; Ad. Pl. n. 36/2012).

Orbene, nella fattispecie in esame, è la stessa Amministrazione ad affermare di aver proceduto all’aggiudicazione definitiva con la delibera oggetto di gravame pubblicata sul Mepa in data 7 novembre 2019. Atteso che il ricorso è stato notificato il successivo 6 dicembre, esso deve essere ritenuto tempestivo.

2.2 Le resistenti eccepiscono, poi, l’inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, atteso che la Dueffe avrebbe presentato una offerta economica comunque superiore al prezzo base di procedura.

L’eccezione è fondata per le ragioni che si vengono ad illustrare.

Osserva il Collegio che, per giurisprudenza costante, in tutti i procedimenti concorsuali, ivi comprese le procedure per l'affidamento degli appalti pubblici, per avere interesse alla contestazione delle operazioni di gara, quando ovviamente non si tratta della caducazione dell'intera procedura, deve risultare, almeno in modo plausibile, che il ricorrente è in grado di soddisfare la pretesa sostanziale fatta valere mediante il conseguimento del bene della vita perseguito, per cui occorre che sia verificata la c.d. prova di resistenza sui risultati alternativi utili per il ricorrente che è possibile raggiungere in caso di accoglimento dell'impugnativa, in mancanza del quale il ricorso risulta inammissibile per carenza di interesse (*ex plurimis*: T.A.R. Napoli n. 611/2019).

Nella fattispecie in esame, l’art. 11 del Capitolato Tecnico prevedeva che “*L’importo complessivo massimo non superabile della fornitura a base di gara è pari a € 54.600,00 oltre IVA al 22 %, di cui € 1.000,00 per oneri della sicurezza interferenziali non soggetti a ribasso*”. Successivamente, la SA ha modificato detto importo direttamente sul portale MePA, elevandolo ad euro 57.377,00, di cui € 1000,00, ai sensi dell’art. 11 citato, per oneri della sicurezza. Sicché il valore a base d’asta, senza oneri, è di € 56.377,00.

Premesso che nessuna delle parti in causa ha contestato che il prezzo massimo non superabile di euro 57.377,00 dovesse ritenersi comprensivo degli oneri per la sicurezza (circostanza peraltro espressamente specificata dal Capitolato Tecnico), è provato *per tabulas* (offerta economica versata in atti) che la Dueffe (contrariamente a quanto dalla stessa dedotto in questo giudizio) ha offerto € 57.000,00 per il lotto uno, più € 1.000,00 a titolo di oneri per la sicurezza - specificando espressamente “*non soggetti a ribasso e non compresi nell’offerta*” - per un totale, dunque, di € 58.000,00.

Orbene, atteso che l’offerta della odierna ricorrente è inconfutabilmente superiore all’importo complessivo massimo non superabile di cui all’art. 11 del Capitolato, come modificato su Mepa, è evidente che la stessa non avrebbe potuto conseguire l’aggiudicazione della gara *de qua*, dunque il bene della vita cui aspirava. Conseguentemente deve ritenersi priva dell’interesse a ricorrere non potendo trarre alcuna utilità dall’accoglimento del ricorso *de quo*.

3. Ad ogni modo, il ricorso, oltre che inammissibile, è anche infondato.

Con l’unico motivo di ricorso, vengono censurate le valutazioni tecnico-discrezionali dell’Amministrazione circa le caratteristiche possedute dalla Colonna Laparoscopica offerta da Stryker giudicate dalla Commissione conformi ai requisiti minimi richiesti dalla *lex specialis*.

L’assunto non può essere condiviso.

Rileva, innanzitutto, il Collegio che, secondo orientamento giurisprudenziale pacifico, la valutazione delle offerte nonché l'attribuzione dei punteggi da parte dell’amministrazione rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciutale per cui, fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica, di norma sono inammissibili le censure che impingono il merito di valutazioni per loro natura opinabili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutorio, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall' art. 134 c.p.a. (*ex plurimis*: C. di St. n. 4865/2019; C. di St. n. 2873/2019; T.A.R. Napoli 4188/2019; T.A.R. Lecce n. 551/2019; T.A.R. Campobasso n. 239/2019).

Nella fattispecie in esame, le valutazioni effettuate dalla Stazione appaltante non sembrano essere inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta, pertanto si palesano come insindacabili nel merito.

La ASL ha prodotto una relazione tecnica, redatta dalla Direzione Sanitaria dell’AO di Anzio, a firma del Direttore AUC Chirurgia e del Direttore Sanitario, che attesta che “*essendo stato fornito un completo elenco delle prerogative richieste per tale presidio (elencate nel capitolato tecnico a base di gara), le stesse risultano pienamente soddisfatte dalla colonna laparoscopica fornita*”, la quale “*fornisce prestazioni migliorative in particolare rispetto ai seguenti requisiti minimi richiesti: - possibilità di memorizzare fino a venti preset; - possibilità di inserimento e registrazione dati dei pazienti; - possibilità di collegare al videoprocessore differenti moduli per endoscopi rigidi e flessibili*”.

In particolare, nella predetta relazione, a supporto della quale viene allegata anche documentazione fotografica, viene evidenziata in modo puntuale ed esaustivo la sussistenza di tutti i requisiti tecnici minimi richiesti dal capitolato.

Peraltro, la corrispondenza delle funzionalità e delle caratteristiche offerte con quelle richieste è stata verificata anche nel corso del collaudo, superato positivamente in data 22 novembre 2019.

Pertanto, non si ravvisano aspetti di manifesta irragionevolezza nella decisione assunta dall’Amministrazione nell’ambito della discrezionalità che le compete in questa materia; sembra invece che la Stazione appaltante abbia fatto buon governo della *lex specialis* di gara e delle norme di legge che regolano la materia.

4. Alla luce delle superiori considerazioni, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile oltre che infondato. Deve conseguentemente essere rigettata l’istanza risarcitoria avanzata dall’esponente, come trascritta in epigrafe.

5. La natura della controversia giustifica l’integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile oltre che infondato.

Compensa le spese legali.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2019 tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall’art. 84, comma 6, del d.l. n. 18 del 2020con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Savoia, Presidente

Massimo Santini, Consigliere

Francesca Ferrazzoli, Referendario, Estensore

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
| **Francesca Ferrazzoli** |  | **Riccardo Savoia** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

IL SEGRETARIO