

Pubblicato il 20/11/2019

N. 02450/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00978/2019 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 978 del 2019, proposto da Convatec Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alfonso Celotto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio presso il suo studio in Roma, via Emilio de' Cavalieri n. 11;

***contro***

Aria S.p.A. (già Arca S.p.A.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudia Sala, Stefano Marras e Maurizio Tommasi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio presso lo studio dell'avv. Claudia Sala in Milano, via Fabio Filzi 22;

***nei confronti***

Smith & Nephew S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Calesella, Francesco Paolo Francica e Roberta Valentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e

domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Paolo Francica in Milano, via  
Principe Amedeo n. 3;

A.N.A.C. – Autorità Nazionale Anticorruzione, non costituita in giudizio;

***per l'annullamento,***

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della comunicazione operata da ARCA – Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.A. a mezzo PEC in data 29.3.2019, con la quale Convatec Italia S.r.l. è stata informata che *“in data 19 marzo ha avuto luogo la seduta pubblica di rivalutazione del Lotto 1. Il concorrente Smith&Nephew è stato escluso e, dunque, cadendo il vincolo di aggiudicazione, si è proceduto alla rivalutazione della sua offerta per il Lotto 4. Si allega pertanto alla presente il verbale della seduta pubblica”*;
- dell'aggiudicazione del Lotto n. 4 in favore di Smith&Nephew S.r.l. (non conosciuta);
- del verbale della seduta pubblica economica n. 15 del 19 marzo 2019, conosciuto da Convatec Italia S.r.l. solo con la comunicazione PEC di ARCA – Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.A. del 29.3.2019, con il quale la Commissione, a seguito dell'esclusione in autotutela comminata nei confronti di Smith&Nephew S.r.l. dal Lotto n. 1, ha riammesso il concorrente al Lotto n. 4, già aggiudicato alla ricorrente, procedendo alla richiesta di estrazione della busta economica a sistema;
- del verbale della seduta pubblica economica n. 17 del 19 marzo 2019, conosciuto da Convatec Italia S.r.l. solo con la comunicazione PEC di ARCA – Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.A. del 29.3.2019, con il quale, pur in assenza dei delegati della ricorrente, la Commissione ha proceduto all'apertura della busta economica del concorrente Smith&Nephew S.r.l., formulando la nuova graduatoria del Lotto n. 4, che vede al primo posto Smith&Nephew S.r.l. con 100 punti e al secondo posto Convatec Italia S.r.l. con il punteggio di 95,46;

- di tutti gli altri verbali di gara, ancorché dagli estremi non conosciuti, con particolare, ma non esaustivo riguardo, ai verbali nn. 14 del 19.3.2019 e 16 del 19.3.2019;

- del Bando di gara;

- del Disciplinare di gara;

- del Capitolato Tecnico;

- di ogni atto inerente alla procedura di gara presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché allo stato non conosciuto, con espressa riserva di motivi aggiunti anche in relazione agli atti non conosciuti;

e per la declaratoria di inefficacia delle convenzioni che dovessero nelle more essere stipulate con le ditte aggiudicatrici dei differenti Lotti, con particolare riguardo alla convenzione che dovesse *medio tempore* essere stipulata con Smith&Nephew S.r.l. in relazione al Lotto n. 4 e con espressa dichiarazione di disponibilità di Convatec Italia S.r.l. all'eventuale subentro nella convenzione medesima;

nonché per il risarcimento del danno per equivalente;

e, per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Smith & Nephew S.r.l. il 7\6\2019,

per l'annullamento,

“se ed in quanto occorrer possa”, “*in parte qua*”:

- del Bando di gara;

- del Disciplinare di Gara;

- del Capitolato tecnico;

- di ogni altro atto e/o documento della gara pubblica connesso, consequenziale e presupposto, ancorché non conosciuto, con espressa riserva di motivi aggiunti anche in relazione ad ulteriori atti non conosciuti, limitatamente alla clausola di cui

all'art. 6.1 del Disciplinare di gara laddove prevede che, *“nel caso in cui un concorrente si [aggiudichi] due lotti, non si [procede] all'apertura della sua offerta riferita ai lotti successivi?”*.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 settembre 2019 il dott. Oscar Marongiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Arca S.p.A., in qualità di Centrale di Committenza della Regione Lombardia, ha indetto una *“procedura di gara per l'affidamento della fornitura di Dispositivi per Medicazioni con terapia a pressione negativa a favore degli Enti del Servizio Sanitario Regionale di cui all'art. 1 della Legge Regionale n. 30/2006 e s.m.i. e finalizzata alla stipula di Convenzioni ex art. 26 Legge 488/1999”*, suddivisa in quattro lotti.

Il Disciplinare di gara, al punto 1.1 (a pag. 5), stabiliva che le offerte potevano essere presentate per uno o più lotti fino al numero massimo di lotti previsto dalla procedura e, al punto 6.1 (a pag. 54) precisava che, *“stante il vincolo che prevede la possibilità di aggiudicare un numero massimo di lotti pari a due per ciascun Operatore Economico, [...] nel caso in cui un concorrente si sia aggiudicato due lotti, non si procederà all'apertura della sua offerta riferita ai lotti successivi?”*.

In relazione al lotto 4 (fornitura di un *“Sistema portatile per medicazione a pressione negativa monopaziente di dimensioni e peso contenuti con sistema di ASPIRAZIONE A BATTERIA – in ambito ospedaliero o territoriale”*) hanno partecipato due sole imprese, Convatec Italia S.r.l. e Smith & Nephew S.r.l.; quest'ultima ha presentato offerta anche per i lotti 1 e 2.

La stazione appaltante, dopo avere aggiudicato i lotti 1 e 2 a Smith & Nephew S.r.l., ha aggiudicato il lotto 4 a Convatec Italia S.r.l. senza valutare l'offerta della prima, in applicazione delle sopra richiamate previsioni del Disciplinare.

A seguito della presentazione del ricorso RG n. 583/2019 (poi definito con sentenza n. 802/2019, dichiarativa della cessata materia del contendere) ad opera di altro concorrente per il lotto 1, la commissione, nella seduta del 19 marzo 2019, ha escluso Smith & Nephew S.r.l. da quel lotto per carenza dei requisiti essenziali; nella stessa seduta la commissione ha riammesso e valutato l'offerta di Smith & Nephew S.r.l per il lotto 4, tenuto conto del venir meno, nei suoi confronti, del vincolo di aggiudicazione del numero massimo di due lotti, collocandola davanti a Convatec Italia S.r.l.; il lotto 4, quindi, è stato aggiudicato a Smith & Nephew S.r.l. Con l'odierno ricorso Convatec Italia S.r.l. ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità sulla base dei seguenti motivi:

- 1) in via principale, illegittimità dell'intera procedura di gara, per violazione e falsa applicazione di legge (in particolare, degli artt. 51, comma 1, e 30, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016); violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e concorrenza; eccesso di potere per sviamento;
  - in via subordinata, illegittimità della procedura di gara relativa al lotto n. 4, per:
- 2) violazione e falsa applicazione di legge (in particolare, dell'art. 97 Cost. e dell'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016); violazione dell'art. 6.1 del Disciplinare di gara; violazione dei principi di trasparenza, imparzialità e *par condicio* dei concorrenti;
- 3) violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost., violazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione; eccesso di potere per contraddittorietà; illogicità manifesta; violazione del principio del legittimo affidamento.

La ricorrente ha anche proposto istanza risarcitoria.

Si sono costituite la resistente ARCA S.p.A. (ora ARIA S.p.A.) e la controinteressata Smith & Nephew S.r.l., le quali hanno eccepito l'irricevibilità e inammissibilità del ricorso sotto vari profili, oltre a chiederne la reiezione nel merito.

Alla camera di consiglio del giorno 23 maggio 2019 la Sezione ha accolto l'istanza cautelare.

La controinteressata, con ricorso incidentale, ha quindi impugnato la clausola contenuta nell'art. 6.1 del Disciplinare, con esclusivo riferimento ai motivi del ricorso principale volti all'annullamento dell'aggiudicazione del lotto 4 a favore di Smith & Nephew S.r.l., deducendone l'illegittimità per violazione e falsa applicazione di legge (in particolare, degli artt. 51, comma 1, e 30, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016), violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e concorrenza ed eccesso di potere per sviamento.

In vista della pubblica udienza le parti hanno ribadito le proprie difese con memorie e repliche.

All'udienza pubblica del giorno 26 settembre 2019 la causa è passata in decisione.

2. Il ricorso è fondato, nei sensi e nei termini che di seguito si espongono.

2.1. Con il primo motivo la ricorrente censura l'intera procedura di gara sotto diversi profili.

2.1.1. Sotto un primo profilo, l'interessata lamenta che il bando e il disciplinare di gara sarebbero in contraddizione tra loro, perché il primo consentirebbe che ciascun operatore economico partecipante alla gara possa aggiudicarsi tutti e quattro i lotti in cui la medesima è stata articolata, mentre il secondo precisa che ogni partecipante non può aggiudicarsi più di due lotti; tale contrasto tra le prescrizioni della documentazione di gara determinerebbe una violazione del principio di concorrenza, perché aprirebbe la strada alla possibilità di un monopolio sostanziale nel settore della fornitura di dispositivi per medicazioni con terapia a pressione negativa, dovuto alla possibilità di conseguire tutti i lotti da parte di un solo operatore economico.

2.1.2. Sotto un secondo profilo, sarebbe in ogni caso illegittimo il vincolo che consente l'aggiudicabilità a un medesimo operatore economico del 50 % dei lotti

banditi (2 su 4), in quanto ciò comprometterebbe la possibilità di successo per le piccole e medie imprese, sicché non verrebbe nella specie garantita la piena esplicazione del principio di libera concorrenza.

2.1.3. Entrambe le censure sono inammissibili, come eccepito dalla controinteressata, per carenza di interesse.

Sul punto, è sufficiente rilevare che la ricorrente ha autonomamente scelto di partecipare alla gara per il solo lotto n. 4, senza che alcuna clausola della *lex specialis* le impedisse di partecipare per altri lotti; ciò basta per concludere che l'interessata non può avere subito – né ha fornito elementi da cui poter desumere il contrario - alcun concreto pregiudizio ai propri interessi dall'applicazione che la stazione appaltante ha dato alle censurate previsioni della legge di gara.

Il motivo, pertanto, è *in parte qua* inammissibile.

2.1.4. Sotto un ulteriore profilo, la ricorrente contesta il meccanismo, previsto dal Disciplinare (art. 6.1) e applicato dalla stazione appaltante, secondo il quale “*nel caso in cui un concorrente si sia aggiudicato due lotti, non si procederà all'apertura della sua offerta riferita ai lotti successivi?*”.

Tale meccanismo, a suo dire, sarebbe illegittimo in quanto non trasparente (perché avrebbe impedito alle imprese partecipanti di rendersi conto del reale valore delle proprie offerte rispetto a quello delle altre concorrenti, e del proprio concreto posizionamento nella graduatoria di ciascun lotto), antieconomico (avendo condotto l'Amministrazione a dover riconvocare il seggio di gara per la riapertura della procedura, inerente al lotto n. 4, già conclusa a favore della ricorrente, in contrasto con il canone di concentrazione delle sedute della commissione, cui devono essere improntate le gare pubbliche) e violativo del principio del legittimo affidamento (perché avrebbe finito per incidere negativamente sulla posizione soggettiva della ricorrente che, in relazione al lotto n. 4, aveva non solo ottenuto l'aggiudicazione, ma addirittura già stipulato la relativa convenzione).

### 2.1.5. La censura non coglie nel segno.

La gravata previsione del Disciplinare non comporta (almeno nella fase “fisiologica” della gara) alcun appesantimento della procedura evidenziale ma, contrariamente a quanto dedotto dalla ricorrente, si ispira proprio ad esigenze di speditezza e concentrazione dell’azione amministrativa, consentendo di evitare lo svolgimento di operazioni potenzialmente inutili in tutti i casi in cui opera il vincolo di aggiudicazione stabilito dalla *lex specialis*; né ad una diversa conclusione può giungersi per il sol fatto che, in caso di evenienze “patologiche”, può diventare necessario, come accaduto nella fattispecie, rimettere in discussione gli esiti di gara relativi a un determinato lotto in conseguenza di eventi riferibili ad altri lotti, trattandosi di accadimenti soltanto eventuali e dagli esiti sempre incerti.

In quest’ottica, le imprese partecipanti alla gara non possono vantare alcuna pretesa a conoscere il valore delle offerte di altri concorrenti “pretermessi” dalla gara in virtù del meccanismo previsto dal punto 6.1 del Disciplinare, essendo evidente che il perseguimento delle esigenze di “trasparenza” invocate dalla ricorrente condurrebbe, ogniqualvolta gli esiti della gara restino impregiudicati, a sicuri, ingiustificati aggravamenti dell’iter procedurale.

Peraltro, la clausola in parola, per la sua chiarezza e univocità, è sicuramente idonea a rendere edotti i concorrenti circa l’eventualità che la graduatoria di un determinato lotto possa subire variazioni anche *ex post*, per effetto del meccanismo di cui al punto 6.1 del Disciplinare, in conseguenza di modifiche concernenti altri lotti; sotto questo profilo, quindi, non può ravvisarsi una violazione del legittimo affidamento della ricorrente.

Il motivo, pertanto, è *in parte qua* infondato.

2.2. Con il secondo motivo la ricorrente lamenta che il seggio di gara ha proceduto in sua assenza all’apertura delle buste contenenti l’offerta, tecnica ed economica, della concorrente Smith & Nephew S.r.l. per il lotto n. 4: ARCA S.p.A. ha omesso

di comunicare all'interessata (nonostante quest'ultima fosse stata precedentemente individuata come aggiudicataria del lotto in questione) il giorno, l'ora e il luogo di svolgimento delle sedute del 19 marzo 2019 di riapertura della gara (a seguito dell'esclusione di Smith & Nephew S.r.l. dal lotto n. 1), così impedendole di assistere alle operazioni tramite propri delegati e di presentare tempestivamente le proprie deduzioni.

2.2.1. Al riguardo vanno dapprima esaminate le eccezioni di inammissibilità per carenza d'interesse sollevate dalla controinteressata.

2.2.1.1. Sotto un primo profilo viene eccepito che la ricorrente si limita a dedurre un vizio di natura formale/procedurale, senza contestare la bontà dell'offerta della controinteressata: anche se vi fosse un'illegittimità formale del provvedimento, l'eventuale riesercizio del potere da parte dell'Amministrazione condurrebbe agli stessi risultati pratici, ossia all'aggiudicazione a Smith & Nephew S.r.l. del lotto n. 4.

2.2.1.1.1. L'eccezione va disattesa.

La mancata convocazione della ricorrente alla seduta di apertura dell'offerta della controinteressata costituisce un *vulnus* di particolare gravità alle regole di trasparenza delle procedure di gara, che non possono essere relegate al rango di mere prescrizioni formali o procedurali ma, al contrario, rivestono carattere sostanziale, essendo volte a garantire - mediante la visibilità, la conoscibilità e la comprensibilità dell'azione amministrativa - la correttezza dell'operato dei soggetti pubblici e, specificamente, l'imparzialità e la *par condicio* del concorrenti.

L'eccezione, pertanto, va respinta.

2.2.1.2. La controinteressata, in secondo luogo, eccepisce che la ricorrente non ha sollevato contestazioni in merito alla sua offerta, né impugnato gli atti presupposti all'aggiudicazione in suo favore, sicché tali atti sarebbero ormai divenuti inoppugnabili, con conseguente preclusione a impugnare l'aggiudicazione.

2.2.1.2.1. Anche questa eccezione è priva di fondamento, posto che la censura mossa dalla ricorrente attiene a un vizio suscettibile di travolgere – per quanto si dirà di seguito - l'intera fase procedurale successiva alla “riammissione” della controinteressata al lotto n. 4.

L'eccezione, pertanto, va respinta.

2.2.2. Ancora in via preliminare, va esaminato il ricorso incidentale, con il quale la controinteressata censura le previsioni di cui all'art. 6.1 del Disciplinare, laddove intese nel senso, fatto proprio da parte ricorrente, di determinare – nei casi, come quello oggetto del contendere, di sopravvenuta operatività del vincolo di aggiudicazione – *“una vera e propria riapertura della gara con conseguente onere istruttorio ed eventuale partecipazione dei concorrenti”*.

Una simile interpretazione, a dire della controinteressata, non sarebbe ammissibile, in quanto darebbe luogo a quella stessa situazione di incertezza paventata dalla ricorrente con il primo motivo.

La clausola in questione, secondo questa prospettiva, si limiterebbe invece ad attribuire alla stazione appaltante il compito di aprire la busta dell'offerta che era rimasta “sospesa” e rideterminare in automatico la graduatoria senza acquisire alcuna nuova offerta o riaprire alcuna istruttoria; nella fattispecie, quindi, la mera postergazione della riapertura di una busta contenente la terza offerta di un concorrente già vincitore di altri due lotti di gara non avrebbe determinato alcuna riapertura di gara né alcuna rinnovazione dell'istruttoria.

2.2.2.1. La tesi non persuade.

La necessità – a seguito dell'esclusione di Smith & Nephew S.r.l. dal lotto n. 1 - di riconsiderare l'offerta presentata dalla controinteressata per il lotto n. 4, per effetto di quanto disposto dall'art. 6.1 del Disciplinare, ha dato la stura ad una serie di operazioni (tra cui la “riapertura” dell'offerta tecnica e l'apertura dell'offerta

economica di Smith & Nephew S.r.l.) che necessariamente avrebbero dovuto svolgersi in seduta pubblica alla presenza di tutti i partecipanti al lotto in questione. Non può ammettersi una interpretazione della *lex specialis* suscettibile di escludere tale risultato, perché ciò violerebbe i sopra ricordati principi di trasparenza e pubblicità in materia di gare pubbliche.

Per ciò solo, il ricorso incidentale è infondato e va respinto.

2.2.3. Nel merito, il secondo motivo del ricorso principale è fondato.

È pacifico che la ricorrente non è stata convocata alla seduta pubblica del 19 marzo 2019 relativa al lotto n. 4 e che, pertanto, non ha potuto presenziare alla stessa.

Nella fattispecie, quindi, risulta sicuramente violata una delle regole di pubblicità che informano le procedure ad evidenza pubblica propedeutiche all'affidamento di contratti di appalto.

Al riguardo, il Collegio ritiene condivisibile l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale la regola generale della pubblicità della gara, segnatamente con riguardo al momento dell'apertura delle buste contenenti le offerte (economiche), implica l'obbligo, in specie inadempito, di portare preventivamente a conoscenza dei concorrenti il giorno, l'ora e il luogo della seduta della commissione di gara, in modo da garantire loro l'effettiva possibilità di presenziare allo svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi pervenuti alla stazione appaltante (cfr. T.A.R. Puglia - Bari, Sez. II, n. 294/2018; T.A.R. Puglia - Lecce, Sez. II, 4 n. 1434/2017; C.d.S., Sez. V, n. 3911/2016; id., n. 3471/2004).

Il motivo, pertanto, va accolto, in disparte ogni altra considerazione.

2.2.4. L'accoglimento del secondo motivo è *ex se* sufficiente a travolgere l'intera fase della gara (limitatamente al lotto n. 4) successiva al "reingresso" della controinteressata, con il conseguente obbligo per la stazione appaltante di rinnovare tale fase; ne consegue che il terzo motivo può ritenersi assorbito.

2.2.5. Quanto all'istanza risarcitoria proposta da parte ricorrente, essa può ritenersi integralmente soddisfatta in forma specifica, in considerazione degli effetti demolitori e conformativi scaturenti dalla presente decisione.

2.3. In ragione delle suesposte considerazioni il ricorso incidentale va respinto, mentre il ricorso principale è fondato e va accolto, nei sensi e per gli effetti sopra indicati.

Le spese del giudizio, liquidate come da dispositivo, seguono il criterio della soccombenza, come di norma; nulla deve disporsi, peraltro, per la parte non costituita.

P.Q.M.

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

- respinge il ricorso incidentale;
- accoglie il ricorso principale, nei sensi e per gli effetti indicati in motivazione.

Condanna Arca S.p.A. (ora Aria S.p.A.) e la controinteressata Smith & Nephew S.r.l. alla rifusione in favore della ricorrente delle spese del giudizio, liquidandole complessivamente in € 4000 (quattromila), di cui € 2000 a carico della resistente ed € 2000 a carico della controinteressata, oltre accessori come per legge e rimborso del contributo unificato, ove versato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Rosalia Maria Rita Messina, Presidente

Oscar Marongiu, Primo Referendario, Estensore

Alessandra Tagliasacchi, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

**Oscar Marongiu**

**Rosalia Maria Rita Messina**

IL SEGRETARIO