

Pubblicato il 29/07/2020

N. 01463/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00142/2020 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 142 del 2020, proposto da Vivisol S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e presso il suo studio in Milano, via Larga, 23;

contro

Azienda Socio Sanitaria Territoriale - ASST Lariana, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Domenico De Censi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e presso il suo studio in Milano, via Copernico, 8;

nei confronti

Agenzia di Tutela della Salute (ATS) dell'Insubria, Azienda Socio Sanitaria Territoriale (ASST) della Valtellina e dell'Alto Lario, Linde Medica S.r.l., Medicaire Italia S.r.l., Medigas Italia S.r.l. e Vitalaire Italia S.p.a., tutte non costituite in giudizio;

Sapio Life S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentata e difesa dagli avvocati Vincenzo Cannizzaro e Luciana Caroli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- a) della deliberazione n. 1111 del 17.12.2019 assunta dall'ASST Lariana – Direzione Generale (Rep. Delibere.R.0001128.17-12-2019), pubblicata sull'Albo Pretorio dell'Ente il 18.12.2019 con oggetto “Recepimento esito di gara a procedura aperta finalizzata alla conclusione di un accordo quadro relativa al servizio di ventiloterapia meccanica domiciliare espletata dalla ASST Valtellina e dell'Alto Lario in qualità di capofila per il periodo dal 1/01/2020 al 31/12/2023 e determinazioni in merito” e comunicata alla ricorrente tramite PEC il 20.12.2019;
- b) della comunicazione della deliberazione n. 1111 del 17.12.2019 avvenuta tramite PEC il 20.12.2019 (Registro Ufficiale U.0069008.20-12-2019);
- c) della nota inoltrata via PEC e datata 8.1.2020 (Registro Ufficiale.U.0000967.08-01-2020) con la quale l'ASST Lariana, nella persona del RUP ing. Francesco Fontana, ha riscontrato precedente comunicazione della ricorrente;
- d) del Capitolato di gara, quale atto presupposto;
- e) di ogni altro atto o provvedimento preordinato, consequenziale o comunque connesso, nonché per la condanna al risarcimento dei danni patiti e patienti derivanti dall'esecuzione dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ASST Lariana e di Sapio Life S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 16 luglio 2020 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale, redatto ai sensi dell'art. 4 del DL 28/2020 convertito con legge 70/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Azienda Sanitaria Locale – ASL di Como (ora denominata Azienda Socio Sanitaria Territoriale ASST Lariana, di seguito anche solo “ASST”), a seguito dell'espletamento di una gara con procedura aperta, stipulava un accordo quadro con una pluralità di imprese per l'affidamento del servizio di ventiloterapia domiciliare nei territori di Como e di Bergamo.

L'accordo era suddiviso in quattordici lotti e la società Vivisol Srl risultava aggiudicataria per taluni di tali lotti.

In base al contratto stipulato dall'Azienda con Vivisol, la durata dell'affidamento era fissata in 48 mesi con decorrenza dal 1.5.2013, quindi fino al 30.4.2017.

Alla citata scadenza l'ASST disponeva però una prima proroga sino al 30.4.2018, cui facevano seguito due ulteriori provvedimenti di analogo tenore, che prorogavano la durata del contratto fino al 31.12.2019.

Con successiva deliberazione del proprio Direttore Generale n. 1111 del 17.12.2019, l'ASST, nel recepire l'esito di una nuova gara finalizzata alla stipulazione di un nuovo accordo quadro dal 1.1.2020 al 31.12.2023, disponeva però la prosecuzione del servizio con le attuali ditte fornitrici dal 1.1.2020 fino al 30.9.2020, alle condizioni economiche in essere.

Contro tale ultimo provvedimento di proroga era proposto da Vivisol il ricorso in epigrafe, con domanda di sospensiva.

Si costituiva in giudizio l'ASST Lariana, concludendo per il rigetto del gravame.

In esito all'udienza in camera di consiglio del 5.2.2020, l'istanza cautelare era respinta con ordinanza della scrivente sezione n. 172/2020.

Si costituiva in seguito in giudizio una delle società destinataria della proroga, vale a dire Sapio Life Srl, seppure attraverso una comparsa di mero stile e riservandosi le future difese.

Alla successiva udienza del 16.7.2020, tenutasi ai sensi dell'art. 4 del DL 28/2020 convertito con legge 70/2020, la causa era discussa e trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Nell'unico ed articolato mezzo di gravame, Vivisol lamenta l'illegittimità della proroga da ultimo disposta con il provvedimento impugnato (cfr. il doc. 6 della ricorrente ed il doc. 22 della resistente), ritenendo quest'ultimo lesivo non solo delle disposizioni della *lex specialis* di gara, ma anche della normativa in materia, che per la società esponente è quella dell'abrogato codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 163/2006), posto che la gara il cui contratto di affidamento è stato più volte prorogato è stata bandita nel 2012 (cfr. il doc. 1 della resistente).

La società istante ricorda poi come anche la disciplina del vigente codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 50/2015, art. 106), consente la proroga alle medesime condizioni economiche soltanto per il tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure per l'individuazione del nuovo contraente (così il comma 11 dell'art. 106).

Le tesi della ricorrente, per quanto suggestive e ben argomentate, non convincono però il collegio.

Come noto, infatti, la proroga di un contratto d'appalto scaduto costituisce un istituto tutto sommato eccezionale, cui l'amministrazione può fare ricorso in particolari circostanze, che devono essere compiutamente indicate nel provvedimento di proroga, che deve quindi essere motivato alla luce dei peculiari elementi che inducono la stazione appaltante alla prosecuzione del rapporto contrattuale alle medesime condizioni normative ed economiche (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 6326/2019 e TAR Toscana, sez. I, sentenza n. 158/2020).

Orbene, il provvedimento impugnato appare adeguatamente motivato quanto alle ragioni della proroga, se si tiene conto sia delle particolari caratteristiche del servizio svolto sia dell'andamento della nuova gara finalizzata alla conclusione di un nuovo accordo quadro.

Con riguardo a tale ultimo punto, risulta che l'ASST Valtellina e Alto Lario, in qualità di capofila di un gruppo di ASST comprensivo dell'attuale resistente,

indicava una gara in forma aggregata con procedura aperta per la stipulazione di un accordo quadro sull'affidamento del servizio di ventiloterapia meccanica domiciliare – VMD (cfr. il doc. 14 della resistente).

L'appalto era aggiudicato con determinazione n. 429 del 19.4.2019 (cfr. il doc. 16 della resistente); tuttavia la ASST capogruppo espressamente stabiliva che la decorrenza contrattuale sarebbe stata definita successivamente, *“anche a seguito dell'esito del giudizio pendente presso il TAR”* (cfr. ancora il citato doc. 16, pag. 5).

Infatti un operatore del settore – in particolare Sapio Life Srl – aveva impugnato il bando e gli altri atti di gara davanti al TAR Lombardia, chiedendone anche la sospensione.

Il TAR Lombardia respingeva il ricorso con sentenza n. 994/2019 (cfr. il doc. 27 della resistente), che era però impugnata, con giudizio d'appello tuttora pendente davanti al Consiglio di Stato (cfr. il doc. 14 della ricorrente).

Di tale contenzioso la ricorrente era notiziata dall'ASST, mediante comunicazione di quest'ultima dell'8.1.2020 (cfr. il doc. 25 della resistente).

L'esponente evidenzia però che il ricorso di primo grado è stato comunque respinto e che la sentenza del TAR non è stata sospesa, sicché sotto tale profilo non vi sarebbero ostacoli giuridici alla sottoscrizione ed all'esecuzione del contratto d'appalto.

L'affermazione appare di per sé corretta, tuttavia la pendenza di un contenzioso complesso e dall'esito incerto, unitamente alle altre e diverse circostanze addotte nel provvedimento impugnato, vale a rendere legittima la proroga.

Nella determinazione ivi contestata (cfr. ancora il doc. 6 della ricorrente ed in particolare il “Foglio 2”), l'amministrazione - dopo avere dato atto della gara aggregata indetta dall'ASST della Valtellina e dell'intervenuta aggiudicazione dell'appalto con la succitata determinazione n. 429 del 2019 (quindi dopo la prima scadenza dell'appalto originario, avvenuta nel 2017, cfr. il doc. 2 della ricorrente, pag. 19) – evidenziava una serie di criticità, emerse nel corso delle

riunioni intercorse fra gli uffici dell'ASST ed i medici pneumologi e tali da impedire un'immediata attivazione del servizio con il nuovo aggiudicatario della gara in tutti i lotti.

In particolare, visto l'elevato numero di pazienti sottoposti a VMD, molti di questi dovevano essere ricoverati nelle strutture ospedaliere per essere riadattati ai nuovi dispositivi medici, il che poneva inevitabili difficoltà logistiche, per la necessità di organizzare efficacemente il servizio ospedaliero. Inoltre, per taluni pazienti non appariva possibile la modificazione delle apparecchiature, sicché dovevano proseguire nell'utilizzo delle medesime.

Tali difficoltà di carattere tecnico ed operativo inducevano l'ASST ad una parziale attivazione del servizio, limitatamente ad alcuni pazienti in taluni lotti (cfr. il citato doc. 6, pag. 2, primo "Ritenuto") ed alla prosecuzione del servizio con i gestori per un tempo di nove mesi, tenuto conto (cfr. pag. 4 del doc. 6, primo "Rilevato"), dell'estrema complessità legata all'attività di sostituzione delle apparecchiature per taluni pazienti, come del resto evidenziato negli incontri intercorsi fra l'ASST, l'aggiudicataria della nuova gara ed i medici specialisti pneumologi (cfr. il doc. 21 della resistente).

Devono inoltre ribadirsi, come del resto fatto nella determinazione impugnata, la complessità e la particolarità del servizio in argomento di ventilazione meccanica domiciliare, destinata a pazienti in condizioni respiratorie spesso molto critiche, per i quali gli apparecchi sono di fatto personalizzati, dovendo rispondere agli specifici bisogni clinici del malato, tanto è vero che è il medico specialista che sceglie il dispositivo più adatto, che l'utente deve in ogni caso imparare ad impiegare nelle applicazioni quotidiane. Le ragioni della proroga contestata, pertanto, appaiono essenzialmente di carattere clinico ed organizzativo, legate alla complessità del servizio ed al delicato passaggio dei pazienti ad altro operatore per effetto della nuova gara, oltre a doversi considerare anche il complesso contenzioso tuttora in atto davanti agli organi della giustizia amministrativa.

Non può neppure sottacersi la durata tutto sommato non eccessiva della proroga ivi impugnata (nove mesi), allorché le pregresse proroghe, disposte con tre distinti provvedimenti, hanno superato la durata di due anni e mezzo e tali provvedimenti (cfr. i documenti da 3 a 5 della ricorrente), non sono mai stati contestati giudizialmente da Vivisol.

La determinazione impugnata appare quindi legittima.

Si conferma pertanto il rigetto di tutte le domande contenute nel ricorso, compresa quella risarcitoria, fermo restando che degli asseriti danni non è stata offerta in giudizio idonea e concreta prova, in violazione dell'art. 64 comma 1 del c.p.a. e dell'art. 2697 del codice civile.

2. Le spese possono nondimeno essere interamente compensate, attese la complessità e la peculiarità delle questioni dedotte in giudizio.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 16 luglio 2020 tenutasi con collegamento da remoto in videoconferenza secondo l'art. 4 del DL 28/2020 convertito con legge 70/2020 con l'intervento dei magistrati:

Rosalia Maria Rita Messina, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Oscar Marongiu, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Giovanni Zucchini

IL PRESIDENTE
Rosalia Maria Rita Messina

IL SEGRETARIO