

Pubblicato il 16/04/2024

01105/2024 REG.PROV.COLL.

01919/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1919 del 2023, proposto da Stryker Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Paolo Francica, Carlo Lucioni e Roberta Valentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso il loro studio in Milano, via Principe Amedeo, 3;

contro

Agenzia Regionale Emergenza Urgenza – Areu, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Vittorio Miniero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Solmed S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

– della Delibera del Direttore Generale AREU n. 220/2023 del 01.08.2023, recante “Aggiudicazione procedura aperta mediante piattaforma di intermediazione telematica SINTEL per la fornitura in noleggio, suddivisa in 2 Lotti, di monitor defibrillatori e defibrillatori (lotto 1) e monitor multiparametrici (lotto 2) con manutenzione full risk per un periodo di 9 anni” (doc. 1), limitatamente a quanto concerne il Lotto n. 1;

– del verbale della seduta riservata del Seggio di Gara del 25.07.2023, sempre limitatamente a quanto concerne il Lotto n. 1 (doc. 2);

– della nota di AREU, Struttura Complessa Gestione degli Approvvigionamenti, prot. n. 17324 del 01.08.2023, recante “Procedura aperta mediante piattaforma di intermediazione telematica SINTEL per la fornitura in noleggio, suddivisa in 2 lotti, di monitor defibrillatori, defibrillatori e monitor multiparametrici e servizi connessi per un periodo di 9 anni. Esclusione lotto 1. Comunicazioni in merito” (doc. 3);

– del verbale della seduta riservata del Seggio di Gara del 29.08.2023 (doc. 4);

– della Delibera del Direttore Generale AREU n. 263 del 12.09.2023, “Procedura aperta mediante piattaforma di intermediazione telematica SINTEL per la fornitura in noleggio,

suddivisa in 2 lotti, di monitor defibrillatori e defibrillatori (lotto 1) e monitor multiparametrici (lotto 2) con manutenzione full risk per un periodo di 9 anni – Annullamento in autotutela aggiudicazione lotto 1” (doc. 5);

– della nota di AREU, Struttura Complessa Gestione degli Approvvigionamenti, prot. n. 18985 del 29.08.2023, recante “Procedura aperta mediante piattaforma di intermediazione telematica SINTEL per la fornitura in noleggio, suddivisa in 2 lotti, di monitor defibrillatori, defibrillatori e monitor multiparametrici e servizi connessi per un periodo di 9 anni. Esclusione lotto 1. Comunicazioni in merito” (doc. 6);

– se ed in quanto occorrer possa del Disciplinare di gara (doc. 7) e del Capitolato Speciale d’Appalto (doc. 8), nella parte in cui dispongono l’esclusione per le offerte che non rispettino le tempistiche di consegna di cui al par. 10 del Capitolato;

– di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, con espressa riserva di motivi aggiunti anche in relazione agli atti non conosciuti, nonché di istanza di risarcimento danni;

per l’accertamento e la declaratoria del diritto della ricorrente ad ottenere, anche a titolo di risarcimento in forma specifica il reinserimento in graduatoria e l’aggiudicazione definitiva della procedura in oggetto, con diritto ad ottenere la stipula del contratto; in subordine, laddove non fosse possibile il risarcimento in forma specifica, Stryker Italia S.r.l si riserva di agire in separata sede per il risarcimento del danno per equivalente; nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto d’appalto relativo alla procedura in oggetto, nella denegata ipotesi in cui, nelle more della presente impugnazione, fosse stato sottoscritto (in ogni caso, si tratta di atto non conosciuto); e per il subentro di Stryker Italia S.r.l. nell’aggiudicazione e nel contratto d’appalto, ai sensi degli artt. 122 e 124 c.p.a.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio di Areu – Agenzia Regionale Emergenza Urgenza;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 9 aprile 2024 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L’Agenzia Regionale Emergenza Urgenza della Lombardia (di seguito anche solo “Areu” oppure “Amministrazione”) indiceva una gara d’appalto con procedura aperta per la fornitura in noleggio di monitor defibrillatori, defibrillatori e monitor multiparametrici e servizi connessi per un periodo di nove anni.

La gara era divisa in due lotti e quello che interessa la presente controversia è il lotto n. 1 (uno).

La società Stryker Italia Srl (di seguito, anche solo “Stryker”) presentava la propria offerta, che era però esclusa dal lotto n. 1 con provvedimento di Areu del 1.8.2023, in quanto la stessa offerta era reputata condizionata e non corrispondente alle disposizioni del capitolato speciale di appalto (di seguito, “CSA”).

Contro il citato provvedimento di esclusione ed altri atti connessi era proposto il ricorso in epigrafe, con domanda di sospensiva, affidato a due distinti motivi.

Si costituiva in giudizio Areu, concludendo per il rigetto del gravame.

All'udienza in camera di consiglio del 17.10.2023 l'istanza cautelare era rinunciata.

Alla successiva pubblica udienza del 9.4.2024 la causa era spedita in decisione.

DIRITTO

1. La società esponente era esclusa dall'appalto relativo al lotto n. 1 in quanto Areu reputava l'offerta presentata non corrispondente all'art. 10 del CSA ed anche sottoposta a condizione (cfr. il doc. 3 della ricorrente).

In particolare, l'appaltante rilevava che Stryker aveva allegato alla propria documentazione economica una dichiarazione sui tempi di consegna dei beni, tempi che per la società istante si estendono fino a 43 settimane dall'ordine e ciò a causa dei problemi di reperimento delle materie prime dovute all'emergenza Covid (cfr. per la citata dichiarazione il doc. 9 della ricorrente ed il doc. 9 della resistente).

L'art. 10 del CSA, rubricato "Tempi di attivazione e suddivisione della fornitura", prevede però che quest'ultima debba avvenire entro 60 giorni dalla stipulazione del contratto (cfr. il doc. 8 della ricorrente, pag. 18 di 25).

Ciò premesso, Areu escludeva Stryker ravvisando nell'offerta di quest'ultima una palese violazione dell'art. 10 del CSA, oltre che dell'art. 23 del disciplinare di gara, trattandosi di un'offerta condizionata vietata appunto dal citato articolo del disciplinare (si veda per l'art. 23 il doc. 7 della ricorrente, pagine 42 e 43 di 46).

1.1 Nel primo mezzo di gravame Stryker denuncia la presunta erroneità dell'interpretazione della propria offerta e della legge di gara da parte di Areu, oltre che l'eccesso di potere di quest'ultima sotto vari profili.

La ricorrente evidenzia di non avere mai dichiarato di non poter rispettare i tempi di consegna di cui all'art. 10 del CSA ma di avere soltanto rappresentato all'Amministrazione le difficoltà della propria catena di approvvigionamento, con i conseguenti eventuali ritardi della stessa.

La doglianza, per quanto ben argomentata, non merita condivisione.

L'art. 10 del CSA impone l'esecuzione della fornitura entro 60 (sessanta) giorni dalla stipula del contratto; si tratta di una norma dal contenuto lineare che non crea certo problemi interpretativi.

Nella propria dichiarazione sui tempi di consegna (si vedano ancora il doc. 9 della ricorrente e della resistente), la società istante afferma espressamente che i tempi di consegna "si estendono fino a 43 settimane dall'ordine NSO" e questo a causa di asserite problematiche di reperimento delle materie prime dovute all'emergenza Covid (a tale ultimo proposito preme rilevare che alla data della dichiarazione di Stryker, vale a dire l'8 marzo 2023, l'emergenza sanitaria da Covid era fortunatamente cessata).

Il termine di 43 settimane è palesemente più ampio di quello previsto dal CSA (60 giorni equivalgono all'incirca ad 8 settimane) ed inoltre tali 43 settimane decorrono non dalla

stipulazione del contratto ma dall'ordine NSO (nodo smistamento ordini, in pratica un sistema digitale di trasmissione dei documenti gestito dall'Amministrazione dello Stato introdotto con la legge di Bilancio 2018, vale a dire la legge n. 205 del 2017).

La dichiarazione di Stryker non contiene alcun preciso impegno al rispetto del CSA ma evidenzia tempi di consegna sostanzialmente indeterminati che possono però arrivare fino a 43 settimane, praticamente quasi un anno solare che è pari a circa 52 settimane.

A nulla vale poi l'ulteriore affermazione, contenuta nella dichiarazione, sull'impegno a fornire il materiale "non appena questo si renderà disponibile presso il proprio magazzino" (si vedano ancora i citati doc. 9 delle parti).

Si tratta, infatti, di una dichiarazione generica e priva di particolare valenza negoziale, visto che il dichiarante si impegna a consegnare il materiale non appena disponibile, senza però alcun preciso vincolo sui tempi di consegna, che finiscono così per essere rimessi al mero arbitrio del fornitore, senza alcuna garanzia per l'appaltante (la dichiarazione suindicata è di fatto assimilabile ad una condizione meramente potestativa di cui all'art. 1355 del codice civile, giacché subordina l'assunzione e l'adempimento di un obbligo alla mera volontà del debitore).

Appare importante segnalare che, fra i partecipanti alla gara in questione, soltanto Stryker ha presentato una simile dichiarazione sui tempi di consegna, a differenza delle altre imprese (cfr. il verbale di gara del 25.7.2023, doc. 3 della resistente).

Non si dimentichi inoltre che i beni da fornire per il lotto n. 1 sono defibrillatori cardiaci (cfr. il bando di gara, doc. 1 della resistente), vale a dire dispositivi medici essenziali nelle emergenze sanitarie gestite da Areu, per cui la certezza sui tempi di consegna assume un valore particolare.

L'offerta di Stryker appare quindi radicalmente difforme dal modello contrattuale risultante dalla legge di gara e si ricordi che l'art. 107 comma 1 lettera a) del D.Lgs. n. 36 del 2023 (codice dei contratti pubblici o anche solo "codice") subordina l'aggiudicazione alla circostanza che l'offerta sia conforme alle previsioni del bando e dei documenti di gara (in tal senso anche l'art. 94 dell'abrogato codice dei contratti pubblici, D.Lgs. n. 50 del 2016).

L'offerta deve reputarsi anche condizionata e pertanto inammissibile (l'art. 17 comma 4 del D.Lgs. n. 36 del 2023 impone di presentare «una sola offerta»), in quanto il partecipante ha modificato in maniera unilaterale le condizioni di gara, subordinando quindi il proprio obbligo a presupposti diversi da quelli indicati dall'appaltante (cfr. sul punto, fra le tante, Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 8119 del 2022 e TAR Sicilia, Palermo, Sezione I, sentenza n. 1455 del 2023).

L'ipotetico affidamento a Stryker si sarebbe quindi posto in evidente contrasto con fondamentali principi collocati a presidio della contrattualistica pubblica, quali quelli del risultato (art. 1 del codice) e di buona fede delle parti contrattuali (art. 5 del codice), oltre che con la necessità di parità di trattamento dei partecipanti alla gara ("par condicio"), considerato che le altre imprese avevano presentato un'offerta conforme alla *lex specialis*.

In conclusione, il primo motivo deve interamente rigettarsi.

1.2 Nel secondo mezzo di gravame Stryker contesta la propria esclusione sotto altri profili.

In particolare, la società evidenzia dapprima che l'art. 15 del disciplinare di gara prevede che le offerte tecniche devono rispettare le "caratteristiche minime" stabilite dal CSA e tali

caratteristiche minime sarebbero soltanto quelle di cui all'art. 6 del CSA, rubricato "Specifiche Tecniche Lotto 1" e non invece quelle risultanti dal citato art. 10 del CSA sui tempi della fornitura.

La doglianza non convince il Collegio.

L'art. 15 del disciplinare (cfr. il doc. 7 della ricorrente, pag. 31 di 46) impone il rispetto delle "caratteristiche minime", la cui nozione appare però più ampia di quelle di "specifiche tecniche" di prodotto di cui all'art. 6 del CSA (cfr. il doc. 8 della ricorrente, pag. 5 di 25).

Infatti, e sul punto sia consentito il richiamo a quanto sopra esposto al punto 1.1 della presente narrativa, l'offerta deve comunque rispettare le prescrizioni del bando e dei documenti di gara, sicché la doverosa osservanza dell'art. 6 del CSA non esime dal rispetto dell'art. 10 dello stesso CSA sui tempi essenziali di consegna, pena la presentazione di un'offerta condizionata e quindi inammissibile perché radicalmente differente dallo schema risultante dalla *lex specialis*.

Detto in altri termini: i defibrillatori offerti, quand'anche conformi alle specifiche di cui all'art. 6 del CSA, devono essere consegnati nel rispetto dell'art. 10 citato e non certo nel termine indeterminato risultante dalla dichiarazione di Stryker.

Da quanto sin d'ora esposto può trarsi la conclusione che non risulta neppure violato – come sostenuto dalla ricorrente ancora nel secondo motivo – il principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 83 comma 8 dell'abrogato codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50 del 2016), principio ora espressamente contemplato dall'art. 10 del D.Lgs. n. 36 del 2023.

L'Amministrazione, infatti, non ha introdotto un'illegittima clausola di esclusione ma ha semplicemente preso atto, vista la dichiarazione resa dallo stesso operatore partecipante, della presentazione di un'offerta condizionata ed in palese violazione delle regole della *lex specialis*.

In definitiva, l'intero ricorso in epigrafe deve respingersi.

2. La peculiarità e la parziale novità delle questioni affrontate inducono il Collegio a compensare interamente fra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), 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 9 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Maria Ada Russo, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Stefano Celeste Cozzi, Consigliere

IL SEGRETARIO