

L'art. 75 del D. Lgs. 163/2006 prevede l'obbligo di corrispondere una cauzione provvisoria pari al 2% del prezzo base indicato nel bando, mentre l'art. 113 in tema di cauzione definitiva fissa il 10% dell'importo contrattuale

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

L'aggiudicazione è poi avvenuta senza la presentazione - nell'ambito della gara attivata dall'A.S.L. di Lodi - di una cauzione provvisoria e definitiva rapportate alle adesioni future, e la garanzia ha coperto solo l'importo di quel singolo appalto.

L'art. 75 del D. Lgs. 163/2006 prevede l'obbligo di corrispondere una cauzione provvisoria pari al 2% del prezzo base indicato nel bando, mentre l'art. 113 in tema di cauzione definitiva fissa il 10% dell'importo contrattuale.

Alla luce del percorso interpretativo appena esposto al punto 8, anche sotto questo profilo il gravame è fondato

In conclusione la domanda di annullamento è fondata e deve essere accolta, restando assorbite le ulteriori censure dedotte. Ai sensi dell'art. 122 del Codice del processo amministrativo, ed in conformità alla domanda della ricorrente, deve essere dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato il 26/2/2010. La decorrenza dell'inefficacia è fissata dal 31/1/2011, tenuto conto dei tempi di affidamento del servizio in esito alla gara che dovrà verosimilmente essere esperita, salve le ulteriori valutazioni dell'Azienda.

E' in particolare preclusa in via generale la salvaguardia del rapporto, tenuto conto che l'esecuzione è in corso da meno di un anno rispetto ad un contratto che scade nel gennaio 2014, e che la controinteressata non può vantare un particolare affidamento, alla luce dei profili di lesione dei principi di concorrenzialità ed imparzialità. Salvo un diverso apprezzamento degli interessi pubblici coinvolti, l'amministrazione è tenuta ad agire in tempo utile affinché l'affidamento avvenga entro il 31/1/2011.

12. Tale effetto conformativo della sentenza deve ritenersi soddisfacente per la ricorrente, la quale può risultare vincitrice all'esito dell'eventuale riedizione del potere amministrativo, e non sussiste allo stato un'altra utilità che debba essere riconosciuta con lo strumento risarcitorio. Del resto l'istanza di risarcimento per equivalente è stata formulata soltanto in via subordinata.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 4796 del 7 dicembre 2010 pronunciata dal Tar Lombardia, Brescia

N. 04796/2010 REG.SEN.

N. 00359/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 359 del 2010, proposto da:***

contro***

nei confronti di***

per l'annullamento

- DEL DECRETO IN DATA 11/2/2010 N. 112, DI ADESIONE AL CONTRATTO DI APPALTO SOTTOSCRITTO DALL'A.S.L. DI LODI PER IL SERVIZIO DI OSSIGENOTERAPIA DOMICILIARE;

- DEL CONTRATTO STIPULATO TRA L'AMMINISTRAZIONE E LA CONTROINTERESSATA;

- DEL DECRETO 952/2003 RIGUARDANTE L'ACCORDO INTERAZIENDALE TRA L'A.S.L. VALLECAMONICA-SEBINO E ALCUNE A.S.L. DELLA LOMBARDIA PER REALIZZARE FORME

COLLETTIVE DI ACQUISTO;

- DELLA DELIBERAZIONE 3/12/2008 N. 308 DELL'A.S.L. DI LODI, LIMITATAMENTE ALLE CLAUSOLE CHE PREVEDONO LA POSSIBILITA' DI ADESIONE DI ALTRE AZIENDE SANITARIE;

- DELL'ACCORDO INTERAZIENDALE AIPEL, DI DISCIPLINA DELLE FORME AGGREGATE DI FORNITURA DI BENI E SERVIZI;

- (ove occorra) DELLE DELIBERAZIONI REGIONALI IN MATERIA;

e per il risarcimento del danno

CONSEQUENTE ALL'EMANAZIONE DELL'ATTO IMPUGNATO, IN FORMA SPECIFICA O IN SUBORDINE PER EQUIVALENTE.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'A.S.L. di Vallecamonica-Sebino e di Controinteressata Italia Srl;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 novembre 2010 il dott. ***** e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

FATTO

La presente sentenza viene redatta, per quanto possibile, nell'ordinaria forma semplificata prescritta dall'art. 120 comma 10 del Codice del processo amministrativo, in virtù del quale "Tutti gli atti di parte e i provvedimenti del giudice devono essere sintetici e la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all'articolo 74", che disciplina appunto la pronuncia in forma semplificata.

Ciò posto, la ricorrente riferisce di aver fornito, dall'aprile 2005, l'ossigeno liquido nell'ambito del servizio di ossigenoterapia domiciliare, in virtù di un accordo concluso con l'A.S.L. resistente e l'Associazione Titolari di Farmacia della Provincia di Brescia. In particolare Ricorrente si impegnava a vendere ai farmacisti l'ossigeno liquido terapeutico destinato agli assistiti. La convenzione è stata di seguito prorogata fino al 28/2/2010.

Con il decreto n. 112 dell'11/2/2010 l'***** di Vallecamonica/Sebino, anziché indire una gara pubblica, aderiva alla procedura selettiva già esperita e ultimata dall'A.S.L. di Lodi con l'affidamento quinquennale del servizio di ossigenoterapia domiciliare alla controinteressata (periodo 1/3/2010 - 31/1/2014).

In particolare Controinteressata era risultata aggiudicataria dell'appalto in virtù della deliberazione dell'A.S.L. di Lodi 3/12/2008 n. 308, e gli atti di quella gara contemplavano la clausola di adesione, della quale l'A.S.L. Vallecamonica-Sebino si è avvalsa per erogare prestazioni a circa 215 pazienti ad un costo stimato di 716.434 € per l'arco temporale dall'1/3/2010 al 31/1/2014.

Il decreto 112/2010 richiama il decreto 952/2003 di approvazione dell'accordo interaziendale per la disciplina delle forme collettive di acquisto, il cui art. 4 regola la cd. clausola di estensione da inserire nei documenti di gara e nei contratti futuri, a favore delle altre Aziende aderenti.

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione la ricorrente impugna gli atti in epigrafe, deducendo i seguenti motivi di diritto:

a) Violazione degli artt. 3, 41 e 97 della Costituzione, degli artt. 2, 3, 11, 29, 33, 59, 64 e 75 e dell'allegato IX A del D. Lgs. 163/2006, falsa applicazione del Decreto del Ministero della Salute 29/2/2008, violazione e falsa applicazione dei principi fondamentali in materia di appalti pubblici di forniture, dei principi di buon andamento, trasparenza e concorrenzialità dell'azione amministrativa, eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento dei presupposti, sviamento, manifesta illogicità, irragionevolezza ed ingiustizia, essendo l'assegnazione dell'appalto macroscopicamente viziata in quanto:

l'art. 2 del Codice dei contratti statuisce che l'affidamento delle pubbliche forniture deve garantire la qualità delle prestazioni, e ciò avviene attraverso la valutazione delle caratteristiche economico-finanziarie e tecnico professionali dei concorrenti, mentre nella specie il servizio era stato conferito dall'A.S.L. di Lodi a Controinteressata sulla base dei requisiti esibiti per una gara dell'importo di soli 1.325.000 €;

l'automatica aggiudicazione alla controinteressata urta con i principi di economicità ed efficacia di cui all'art. 2 del Codice dei contratti, poichè non è il frutto di una comparazione con altre offerte e della conseguente valutazione di convenienza economica;

l'efficacia dell'appalto non è stata valutata dall'A.S.L. di Vallecamonica-Sebino ma soltanto dall'A.S.L. di Lodi sulla base di criteri di valutazione elaborati alla luce delle esigenze dei propri pazienti;

la facoltà di adesione spettante alle altre A.S.L. che hanno sottoscritto l'accordo interaziendale rende indeterminato l'oggetto e il valore della prestazione messa a gara, sia in termini quantitativi, sia in ordine alla reale remuneratività dell'appalto;

l'affidamento è avvenuto senza una preventiva procedura concorsuale e inoltre la lex specialis dell'A.S.L. di Lodi non chiariva i termini della possibile adesione da parte delle altre Aziende, in violazione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità (art. 2 Codice);

il riferimento alla "possibilità" di adesione ex post di altre Aziende e alla "possibilità" che l'impresa aggiudicataria accetti o meno la proposta di estensione rende vago e fumoso l'oggetto e il valore dell'appalto, in violazione del principio di trasparenza;

l'aggiudicazione è avvenuta senza la presentazione - nell'ambito della gara attivata dall'A.S.L. di Lodi - di una cauzione provvisoria e definitiva ragguagliate alle adesioni future, e le garanzie hanno coperto solo l'importo di quel singolo appalto;

l'A.S.L. di Vallecamonica-Sebino non ha richiesto la produzione dell'autorizzazione all'immissione in commercio delle specialità medicinali a base di ossigeno, che le concorrenti erano tenute ad esibire dall'1/1/2010 ex D.M. 29/2/2008;

la fattispecie contestata non può essere ricondotta agli istituti della centrale di committenza e della procedura negoziata senza bando (artt. 33 e 57 del Codice dei contratti), per assenza dei presupposti;

l'allegato IX A al D. Lgs. 163/2006 impone di indicare nel bando la quantità di prodotti oggetto di gara.

b) Illegittimità delle disposizioni regionali ove interpretate nel senso fatto proprio dalle aziende resistenti, per violazione dei principi nazionali e comunitari.

Si sono costituite in giudizio l'A.S.L. di Vallecamonica/Sebino e la controparte, sollevando eccezioni in rito e chiedendo nel merito la reiezione del gravame.

L'A.S.L. precisa in punto di fatto che:

nel 2003 i Direttori generali di nove aziende sanitarie hanno sottoscritto un accordo che li impegnava ad attivare procedure concorsuali comuni per l'acquisto di beni e l'appalto di servizi, anche con l'inserimento nei documenti di gara di una clausola di estensione che consentisse l'ingresso successivo di altre Aziende sanitarie;

nel 2007 l'A.S.L. di Lodi ha aderito all'intesa;

l'articolo 18 del capitolato speciale della gara indetta dall'A.S.L. di Lodi richiamava espressamente l'accordo;

a seguito di un confronto comparativo tra 5 concorrenti, la gara di Lodi è stata aggiudicata a Controparte, la quale ha sottoscritto il contratto che riportava la clausola di adesione;

in applicazione di quella clausola contrattuale l'A.S.L. di Vallecamonica/Sebino ha aderito al rapporto

negoziale in essere tra A.S.L. di Lodi e Controinteressata.

La ricorrente rileva che l'annullamento degli atti impugnati soddisferebbe adeguatamente la propria pretesa di partecipare al confronto concorrenziale, cui l'A.S.L. resistente dovrebbe di seguito dare impulso attivando una procedura selettiva pubblica. In subordine, propone istanza di risarcimento per equivalente.

Alla pubblica udienza del 25/11/2010 il ricorso veniva chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

DIRITTO

Devono essere preliminarmente affrontate le eccezioni in rito sollevate dalle parti resistenti.

1. L'A.S.L. eccepisce il difetto di giurisdizione di questo Tribunale, poiché il ricorso sarebbe diretto a contestare la scelta dell'A.S.L. Vallecamonica di aderire al contratto in forza di una clausola già ivi espressamente prevista ed efficace: dunque il gravame non avrebbe per oggetto una procedura di gara e i sottesi provvedimenti ma questioni attinenti all'esecuzione di un rapporto negoziale, essendo stata esercitata una facoltà privatistica derivante dall'accordo interaziendale, il quale ha impegnato ciascuna delle parti ad inserire nei documenti di gara e nei contratti la clausola di adesione.

L'eccezione è priva di fondamento.

1.1 Le censure di parte ricorrente investono in via diretta l'atto n. 112/2010 dell'A.S.L. di

Vallecamonica/Sebino - che ha disposto l'adesione al contratto di appalto sottoscritto da altra Azienda sanitaria - nonché il decreto 952/2003 (di recepimento dell'accordo interaziendale intercorso tra le A.S.L. della Lombardia) e la deliberazione n. 308/2008 dell'A.S.L. di Lodi limitatamente alla clausola di adesione. E' pertanto evidente che le contestazioni si dirigono nei confronti di una sfera di attività tipicamente pubblicistica, esercitata mediante provvedimenti amministrativi assunti nell'ambito della gestione delle procedure di gara d'appalto. Peraltro l'invocato accordo interaziendale contempla all'art. 4 l'impegno (temperato dalla previsione del comma 3) ad inserire la clausola di estensione nei futuri contratti, mentre le singole adesioni successive non rinvencono la propria fonte in un puntuale vincolo negoziale ma restano affidate alle valutazioni discrezionali delle singole amministrazioni aggiudicatrici: è noto poi che queste ultime - in materia di procedure competitive - devono comunque determinarsi secondo regole di diritto pubblico in ossequio ai principi di concorrenza e trasparenza di origine nazionale e comunitaria.

La giurisdizione pertanto spetta al giudice amministrativo.

2. L'A.S.L. resistente sostiene poi l'inammissibilità del gravame sotto un duplice profilo: con riguardo alla censura dell'omessa adeguata valutazione della capacità tecnica e finanziaria dei concorrenti, la ditta che non ha partecipato alla selezione sarebbe priva di interesse a contestare le sue modalità di espletamento; inoltre i motivi che fanno leva sull'indeterminatezza dell'oggetto del contratto e sull'impossibilità di formulare un'offerta consapevole avrebbero dovuto essere fatti valere con l'immediata impugnazione degli atti della gara di Lodi.

Dette prospettazioni non sono condivisibili.

2.1 La prima doglianza è riferita al provvedimento di adesione dell'A.S.L. resistente e agli atti presupposti ne hanno facoltizzato l'emanazione, e quindi l'asserito incongruo vaglio della capacità tecnico-finanziaria è invocato come vizio non già della gara originaria ma delle previste estensioni successive del rapporto negoziale. Per quanto concerne la contestata aleatorietà del contratto e la dedotta impossibilità di presentare un'offerta con cognizione di causa, l'effetto lesivo si è concretizzato soltanto con l'assunzione del provvedimento n. 112/2010: come già sottolineato, parte ricorrente si duole dell'affidamento diretto

del servizio alla controinteressata senza il previo esperimento di una procedura selettiva, evento non certo preventivabile al termine della gara espletata dall'A.S.L. di Lodi, ove le adesioni erano qualificate come eventuali e facoltative.

3. Il richiamo all'esperimento di procedure di gara ad opera di un'unica stazione appaltante per conto di altri soggetti pubblici è questione non sottaciuta da parte ricorrente, e comunque attiene al merito della controversia al quale va fatto rinvio.

4. La controinteressata assume che il gravame sia stato proposto tardivamente, poiché gli atti di gara regolarmente pubblicati dall'A.S.L. di Lodi fin dal 6/8/2008 precisavano la possibilità - per le A.S.L. (espressamente individuate) che avevano sottoscritto l'accordo interaziendale - di aderire al contratto di appalto affidando il servizio al soggetto aggiudicatario della gara medesima: alla ricorrente incombeva quindi l'onere di contestare la facoltà di adesione impugnando tempestivamente gli atti di gara.

Anche detta eccezione è infondata.

4.1 Come già rilevato al punto 2.1 e come ben evidenziato dalla ricorrente nella memoria depositata il 9/11/2010, il provvedimento immediatamente lesivo è il decreto n. 112 dell'11/2/2010, di perfezionamento dell'aggiudicazione a Controinteressata in assenza di una procedura concorsuale. La lex specialis della gara di Lodi viene contestata limitatamente alla clausola di estensione quale atto meramente presupposto, che poteva sfociare in conseguenze pregiudizievoli: il bando prevedeva infatti la mera possibilità di adesioni successive, per cui la ricorrente non poteva prevedere una tale evenienza che si è concretizzata dopo due anni.

5. Passando all'esame del merito, Ricorrente denuncia in via principale la violazione degli artt. 3, 41 e 97 della Costituzione, degli artt. 2, 3, 11, 29, 33, 59, 64 e 75 e dell'allegato IX A del D. Lgs. 163/2006, la falsa applicazione del Decreto del Ministero della Salute 29/2/2008, la violazione e falsa applicazione dei

principi fondamentali in materia di appalti pubblici di forniture, dei principi di buon andamento, trasparenza e concorrenzialità dell'azione amministrativa, l'eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento dei presupposti, sviamento, manifesta illogicità, irragionevolezza ed ingiustizia.

6. Con un primo nucleo essenziale di censure parte ricorrente lamenta che:

- la facoltà di adesione spettante alle altre A.S.L. che hanno sottoscritto l'accordo interaziendale rende indeterminato l'oggetto e il valore della prestazione messa a gara, sia in termini quantitativi, sia in ordine alla reale remuneratività dell'appalto (cfr. art. 1346 del codice civile);
- l'affidamento è avvenuto senza una preventiva procedura concorsuale e inoltre la lex specialis dell'A.S.L. di Lodi non chiariva i termini della possibile adesione da parte delle altre Aziende, in violazione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità (art. 2 del Codice): non si comprende in che modo una gara bandita per 1.325.000 € potesse raggiungere un importo notevolmente maggiore per la possibile adesione di altre 14 aziende, con un incontrollato incremento del valore dell'appalto;
- il riferimento alla "possibilità" di adesione ex post di altre Aziende e alla "possibilità" che l'impresa aggiudicataria accetti o meno la proposta di estensione rende vago e fumoso l'oggetto e il valore dell'appalto, in violazione del principio di trasparenza (in questo senso il bando specifica che l'A.S.L. di Lodi non acquista per conto di altre amministrazioni aggiudicatrici).

Le articolate doglianze sono fondate.

6.1 Ritiene il Collegio che l'adesione al contratto stipulato dall'A.S.L. di Lodi si inserisca in un meccanismo assolutamente aleatorio e privo di punti fermi, e pertanto lesivo dei valori comunitari della

concorrenzialità e della trasparenza che debbono presiedere allo svolgimento delle gare pubbliche.

La controinteressata ha correttamente osservato che la fattispecie non integra un appalto indetto congiuntamente da una pluralità di Aziende sanitarie, ma consta della semplice aggiudicazione di un contratto che riporta la clausola di adesione: quest'ultima offre alle Aziende che hanno recepito l'accordo del 2003 la mera facoltà di proporre l'adesione al rapporto negoziale in corso, cui è associata la potestà del soggetto aggiudicatario di accogliere ovvero di non accettare la richiesta.

6.2 In effetti l'art. 18 del contratto concluso dall'A.S.L. di Lodi con Controinteressata prevede testualmente che le Aziende stipulanti l'intesa per l'attivazione delle modalità di acquisto a livello aggregato - tra le quali rientra l'A.S.L. di Vallecamonica/Sebino - possano chiedere all'aggiudicatario "l'estensione del contratto, alle condizioni definite dalla procedura stessa, riservandosi, per quanto riguarda l'aspetto economico, di concordare con la ditta condizioni più favorevoli per tutte le aziende interessate all'appalto". Statuisce poi il penultimo comma dell'art. 18 che la durata dell'affidamento "non potrà protrarsi oltre quella del contratto originario stipulato dall'A.S.L. di Lodi, ivi incluse eventuali proroghe", mentre (ultimo comma) "L'appaltatore non è obbligato ad accettare la richiesta di estensione".

6.3 E' evidente che la clausola di adesione, così come concepita nella lex specialis dell'A.S.L. di Lodi, permette anzitutto una serie indefinita di affidamenti diretti senza alcun termine di riferimento sotto il profilo dell'ammontare economico e dei quantitativi di prodotto da distribuire. In buona sostanza sarebbe teoricamente possibile che nei 5 anni di durata del rapporto - concluso per 1.325.000 € - nessuna altra Azienda decidesse di approvvigionarsi presso Controinteressata, mentre al contrario si potrebbe registrare un massiccio avvalimento dell'opportunità concessa per un importo assolutamente non preventivabile, potenzialmente superiore alla decina di milioni di euro (la scelta coinvolge infatti altre 14 Aziende). Sotto altro profilo l'indeterminatezza è accresciuta dalla "facoltà" di prestare adesione, cui corrisponde la "possibilità" per l'aggiudicatario di accettare o rifiutare, mentre è addirittura regolata la rinegoziazione del contenuto dell'offerta economica, da attuare sviluppando una vera e propria trattativa di carattere privatistico.

Detta impostazione della *lex specialis* lede i principi di leale competitività ed imparzialità che connotano – nei pubblici appalti – lo svolgimento del confronto comparativo tra imprese di un certo settore di mercato.

Al momento della pubblicazione del bando, i soggetti economici potenzialmente interessati alla commessa non dispongono di alcun dato certo per apprezzare la misura dell’impegno che andranno ad assumere ed i vantaggi economici conseguenti, del tutto aleatori e addirittura rimessi a future scelte imprenditoriali e alla propria capacità di contrattazione: l’aggiudicatario dovrà cioè adoperarsi per mantenere le condizioni economiche pattuite nel contratto originario senza concedere i miglioramenti pretesi dalle Aziende interessate ad aderire. Non va poi sottaciuto che una consistente quota di commesse pubbliche è in tal modo sottratta alle regole di una trasparente competizione ed è rimessa per un quinquennio alla strategia delle 14 A.S.L. e della ditta aggiudicataria dell’appalto di Lodi.

Nell’ottica della *lex specialis* contestata è ben coerente la previsione dell’estraneità dell’A.S.L. di Lodi ai patti che intercorrono tra le altre Aziende e l’appaltatore. Ma la fattispecie così costruita realizza una plateale violazione dei canoni di parità di trattamento, non discriminazione, e pubblicità individuati dall’art. 2 del Codice dei contratti in conformità ai valori comunitari, poiché per 5 anni abilita l’impresa che si è aggiudicata un appalto di 1.325.000 € ad ottenere una quantità indeterminata di affidamenti nell’ambito del servizio di ossigenoterapia domiciliare, negoziando con una o più amministrazioni conferenti le condizioni economiche.

Un unico confronto comparativo non può consentire ad una pluralità di amministrazioni aggiudicatrici di avvalersi dell’impresa vincitrice per una serie potenzialmente illimitata di forniture, accomunate dall’unica scadenza temporale del 31/1/2014. In questa prospettiva, la valutazione di convenienza effettuata dal Responsabile del servizio farmaceutico territoriale – che ha apprezzato l’offerta di Controinteressata come nettamente vantaggiosa – non depotenzia i rilievi formulati, poiché nei fatti una gara esperita per un certo importo alimenta una quantità indefinita di ulteriori rapporti negoziali.

6.4 Osserva il Collegio che, secondo la giurisprudenza, la regola generale di scelta del contraente è rappresentata dalla procedura competitiva volta ad assicurare, mediante la più ampia partecipazione degli

operatori economici, la tutela della concorrenza e i valori ad essa sottesi: sul piano comunitario assume rilevanza la libera circolazione delle persone e delle merci, mentre sul piano costituzionale affiorano il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa ex art. 97 della Cost. (in relazione all'interesse pubblico che deve essere perseguito) nonché la libera iniziativa economica degli imprenditori di settore ai sensi dell'art. 41 della Cost.: in particolare si è ritenuto che l'Ente pubblico violi detti principi quando "... estendendo la portata di una precedente gara mediante la modifica del suo ambito e dell'importo pattuito, ha di fatto affidato un "nuovo" servizio senza ricorrere alle procedure di garanzia che devono ... essere finalizzate ad assicurare la massima partecipazione degli operatori economici" (cfr. T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II - 12/4/2010 n. 457). Se è vero che nel caso citato l'estensione degli effetti è avvenuta in base ad un accordo concluso "ex post", nella fattispecie all'esame del Collegio si registra un'intesa "ex ante", e ciononostante l'assenza totale di vincoli per l'aggiudicatario e la possibilità di rinegoziare le condizioni economiche alterano allo stesso modo l'equilibrio economico-giuridico esistente al momento della stipulazione del "primo" contratto, con effetti elusivi delle regole concorrenziali.

6.5 Non giova ai resistenti invocare la sentenza della Sezione n. 714/2010. In quella causa infatti l'indeterminatezza derivante dall'inserimento della clausola di adesione era stata dedotta da un soggetto che aveva partecipato alla gara pubblica, e questo Tribunale aveva osservato che la possibilità di rifiutare l'adesione scongiurava ogni pregiudizio per il fornitore che avesse "calibrato la propria offerta esclusivamente sulla fornitura del servizio all'Amministrazione che ha bandito la gara", in quanto laddove "l'estensione, già di per sé eventuale, della convenzione ad altra Azienda sanitaria dovesse rivelarsi non remunerativa per lo stesso, gli viene riconosciuta la piena facoltà di respingere tale proposta contrattuale". Peraltro l'ulteriore peculiarità del caso ora esaminato risiede, come già più volte sottolineato, nell'assoluta assenza di parametri di riferimento sull'importo stimato e sui quantitativi presunti da garantire.

7. L'accoglimento dei profili esaminati conduce il Collegio a condividere ulteriori doglianze sollevate dalla ricorrente, ed in particolare quella che afferma che l'efficacia dell'appalto non è stata valutata dall'A.S.L. di Vallecamonica-Sebino ma soltanto dall'A.S.L. di Lodi sulla base di criteri di valutazione elaborati alla luce delle esigenze dei propri pazienti. Nei documenti di gara dell'A.S.L. di Lodi è chiaramente specificato che il numero dei pazienti ed il valore stimato dell'appalto sono unicamente quelli riferiti all'amministrazione aggiudicatrice (cfr. art. 1 capitolato di Lodi) e quindi non è stato all'evidenza svolto

alcun confronto comparativo sull'importo - anche approssimativo - calcolato sulle plausibili adesioni future: se è vero che, come sostiene l'A.S.L. resistente, in base all'oggetto dell'appalto (fornitura di ossigeno e concessione delle apparecchiature in comodato d'uso, consegna a domicilio ed assistenza tecnica) è difficile pensare a modalità di gestione adatte agli utenti di un bacino e non confacenti a quelle di un'altra A.S.L., in ogni caso gli operatori presenti sul mercato non potevano in alcun modo stimare i ricavi potenzialmente ritraibili e i quantitativi ipoteticamente esigibili con l'esercizio della facoltà di estensione.

8. Allo stesso modo non vi è stata una corretta valutazione delle caratteristiche economico-finanziarie e tecnico professionali dei concorrenti, poichè il servizio era stato conferito dall'A.S.L. di Lodi a Controinteressata sulla base dei requisiti esibiti per una gara dell'importo di soli 1.325.000 €. L'Azienda resistente obietta che i requisiti richiesti dall'A.S.L. di Lodi non erano ancorati al valore contrattuale poichè attestavano la capacità tecnica dell'impresa a prescindere dall'entità della commessa. Rileva sul punto il Collegio che il capitolato di gara richiamava l'art. 41 comma 1 lett. a) del Codice dei contratti il quale statuisce che "Negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante ... dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385" (lett. a). Ebbene la capacità finanziaria ed economica è ordinariamente correlata all'importo contrattuale, che nella fattispecie risultava largamente sottostimato in quanto non si era tenuto in alcun modo conto dei possibili incrementi derivanti da adesioni successive.

9. L'aggiudicazione è poi avvenuta senza la presentazione - nell'ambito della gara attivata dall'A.S.L. di Lodi - di una cauzione provvisoria e definitiva rapportate alle adesioni future, e la garanzia ha coperto solo l'importo di quel singolo appalto. L'art. 75 del D. Lgs. 163/2006 prevede l'obbligo di corrispondere una cauzione provvisoria pari al 2% del prezzo base indicato nel bando, mentre l'art. 113 in tema di cauzione definitiva fissa il 10% dell'importo contrattuale. Alla luce del percorso interpretativo appena esposto al punto 8, anche sotto questo profilo il gravame è fondato.

10. E' meritevole di apprezzamento la censura che denuncia la violazione dell'allegato IX A al D. Lgs. 163/2006, il quale impone di indicare preventivamente la quantità di prodotti oggetto di gara. Tra le

informazioni che il bando pubblicato per appalti pubblici di forniture (art. 6 lett. b) deve racchiudere figura la "Natura dei prodotti da fornire, specificando in particolare gli scopi per i quali le offerte sono richieste... Quantità dei prodotti da fornire, specificando eventuali opzioni per ulteriori commesse ...". Va peraltro segnalato che persino per gli accordi quadro deve essere indicata "anche la durata prevista dell'accordo quadro, il valore complessivo stimato delle prestazioni per l'intera durata dell'accordo quadro nonché, per quanto possibile, il valore e la frequenza degli appalti da aggiudicare".

11. In conclusione la domanda di annullamento è fondata e deve essere accolta, restando assorbite le ulteriori censure dedotte. Ai sensi dell'art. 122 del Codice del processo amministrativo, ed in conformità alla domanda della ricorrente, deve essere dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato il 26/2/2010. La decorrenza dell'inefficacia è fissata dal 31/1/2011, tenuto conto dei tempi di affidamento del servizio in esito alla gara che dovrà verosimilmente essere esperita, salve le ulteriori valutazioni dell'Azienda.

E' in particolare preclusa in via generale la salvaguardia del rapporto, tenuto conto che l'esecuzione è in corso da meno di un anno rispetto ad un contratto che scade nel gennaio 2014, e che la controinteressata non può vantare un particolare affidamento, alla luce dei profili di lesione dei principi di concorrenzialità ed imparzialità. Salvo un diverso apprezzamento degli interessi pubblici coinvolti, l'amministrazione è tenuta ad agire in tempo utile affinché l'affidamento avvenga entro il 31/1/2011.

12. Tale effetto conformativo della sentenza deve ritenersi soddisfacente per la ricorrente, la quale può risultare vincitrice all'esito dell'eventuale riedizione del potere amministrativo, e non sussiste allo stato un'altra utilità che debba essere riconosciuta con lo strumento risarcitorio. Del resto l'istanza di risarcimento per equivalente è stata formulata soltanto in via subordinata.

Le spese di giudizio devono essere poste a carico dell'Azienda resistente secondo il principio di soccombenza, mentre possono essere compensate nei confronti delle altre parti e della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, accoglie la domanda caducatoria e, per l'effetto, annulla l'impugnato decreto 11/2/2010 n. 112, di adesione al contratto di appalto sottoscritto dall'A.S.L. di Lodi.

Dichiara l'inefficacia del contratto stipulato tra l'amministrazione resistente e la controinteressata, stabilendo in particolare che il negozio cessi di produrre effetti con decorrenza 31/1/2011.

Condanna l'A.S.L. di Vallecamonica/Sebino a liquidare alla ricorrente la somma di 4.500 € a titolo di spese, competenze ed onorari di difesa, oltre ad oneri di legge.

Condanna altresì l'amministrazione resistente a rifondere alla ricorrente le spese del contributo unificato, ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis del D.P.R. 30/5/2002 n. 115.

Spese di lite compensate nei confronti delle altre parti e della controinteressata.

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

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 25 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

*****, Presidente

*****, Primo Referendario, Estensore

*****, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/12/2010

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

<https://www.diritto.it/l-art-75-del-d-lgs-1632006-prevede-l-obbligo-di-corrispondere-una-cauzione-provvisoria-pari-al-2-del-prezzo-base-indicato-nel-bando-mentre-l-art-113-in-tema-di-cauzione-definitiva-fissa-il-10-de/>