

Pubblicato il 24/08/2019

N. 00527/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00158/2019 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 il Lazio**

**sezione staccata di Latina (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 158 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Labor Baby S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Piana e Chiara Colicchia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Azienda USL di Latina, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Valleriani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Lifetech Care S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Nico Di Florio e Diego De Carolis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per l'annullamento***

*previa sospensiva,*

del provvedimento ASL Latina del 15\2\2019 (prot. n. 6655\2019) avente a oggetto «Provvedimento, in sede di autotutela, di esclusione lotto n. 1. Annullamento aggiudicazione provvisoria», con contestuale aggiudicazione alla ditta Lifetech Care S.r.l., comunicato in pari data alla società Labor Baby S.r.l. al suo indirizzo e-mail e pubblicato nell'area riservata della piattaforma del MEPA;  
di ogni altro atto connesso, conseguente e presupposto, anche non noto.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda USL di Latina e della Lifetech Care S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 luglio 2019 il dott. Roberto Maria Bucchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1) Con ricorso notificato il 13 marzo 2019 e depositato il medesimo giorno la società Labor Baby s.r.l. - premesso di avere partecipato alla procedura negoziata sotto soglia indetta dall'Azienda USL di Latina con richiesta di offerte n. 771 del 2.8.2018, per la fornitura di 68000 biberon completi di ghiera e tettarelle, suddivisa in due lotti per neonati a termine e per neonati pre-termine - ha impugnato il provvedimento descritto in epigrafe, col quale l'Azienda appaltante, in sede di autotutela, ha escluso la ricorrente dal lotto n. 1 con conseguente annullamento dell'aggiudicazione

provvisoria a suo favore e aggiudicazione provvisoria alla ditta Lifetech Care s.r.l. seconda nella graduatoria.

2) Spiega l'Amministrazione, che a seguito della mail in data 23.1.2019 con cui la Lifetech Care ha eccepito la non corrispondenza del prodotto offerto dalla ricorrente rispetto alle indicazioni contenute nel Capitolato e ai Chiarimenti resi successivamente, è stato chiesto al Direttore del Dipartimento Materno Infantile un accertamento sul prodotto offerto dalla ricorrente, all'esito del quale è stato evidenziato che "le tettarelle sono poste sopra la ghiera e non sotto la ghiera, come chiarito nell'ambito di una specifica risposta a un quesito formulato e pubblicata sul sito aziendale".

3) A sostegno del gravame, la ricorrente deduce le seguenti censure di violazione di legge (artt. 29, 36, 76 e 95 del D.lgs n. 50/16; art. 3 L. 241/90) ed eccesso di potere:

I) La stazione appaltante ha individuato quale modalità di scelta del contraente il criterio del prezzo più basso offerto dalle imprese invitate a partecipare alla procedura negoziata svolta attraverso la piattaforma telematica. L'art. 2 del capitolato generale ha previsto, quali requisiti tecnici a pena di esclusione (con solo riferimento al lotto 1 e limitatamente a quanto di interesse ai fini della presente impugnazione), che la tettarella fosse «monouso sterile, latex free, di dimensione standard» nonché «in silicone o altro materiale compatibile con l'uso specifico come da normativa vigente, 1 foro, completa di ghiera a innesto rapido di fissaggio ai biberon, dotata di capsula di protezione rigida, asportabile e riposizionabile».

Dagli atti di gara risulta pacificamente che tra le caratteristiche tecniche minime previamente individuate dalla stazione appaltante non sia in alcun modo annoverata la modalità di posizionamento della tettarella al biberon (sopra o sotto la ghiera).

I.2) Da ciò deriva l'illegittimità dell'esclusione basata soltanto su una circostanza non contemplata nel capitolato, che esplicitamente prevede che le caratteristiche tecniche ivi regolate non possano essere modificate.

I.3) Il successivo provvedimento in autotutela risulta, quindi, contraddittorio rispetto alle risultanze dell'istruttoria svolta in conformità al bando e non trova giustificazione neppure all'esito dell'«ulteriore accertamento» inspiegabilmente disposto in adesione all'eccezione macroscopicamente infondata espressa dalla società controinteressata.

II) Con l'atto impugnato l'ASL Latina ha aggiudicato il lotto 1 in via provvisoria alla seconda classificata. Anche tale determinazione è illegittima.

Occorre considerare che i prodotti offerti dalla società Lifetech Care S.r.l. non sono affatto sterilizzati con la metodica Raggi – come espressamente richiesto dal capitolato generale– ma sono sterilizzati con l'utilizzo dell'ossido di etilene (EtO), un gas biocida tossico e cancerogeno.

Tale circostanza integra pacificamente una causa di esclusione dalla procedura di gara, posto che nel capitolato di gara [art. 2] tra i requisiti tecnici individuati a pena di esclusione è previsto che il biberon sia di materiale «rispondente a quanto previsto dalla normativa vigente che regola le caratteristiche dei contenitori alimentari» e che sia «sterilizzato con metodica Raggi (preferibile anche dalla farmacopea)».

II.2) Inoltre, la procedura negoziata sotto soglia in parola si è svolta in violazione del principio di rotazione degli inviti codificato all'art. 36 comma 2 lett. b) del D.lgs. n. 50\2016. Difatti, se è pur vero che detta norma non vieta in modo assoluto di invitare l'affidatario uscente, l'invito rivolto all'impresa attuale fornitrice ha carattere eccezionale per prevenire il consolidamento di rendite di posizione a discapito della libertà di concorrenza.

4) Con atti depositati il 23 marzo e il 20 maggio 2019 si sono costituiti in giudizio, rispettivamente, l'Azienda USL di Latina e la Lifetech Care s.r.l. deducendo l'infondatezza del ricorso.

5) Con ordinanza n. 90 del 4 aprile 2019, la Sezione ha rigettato la domanda di tutela cautelare.

6) Con motivi aggiunti regolarmente notificati e depositati, la ricorrente ha impugnato la delibera del Direttore Generale n. 373 del 24\4\2019 recante l'aggiudicazione definitiva a favore della società Lifetech Care S.r.l., la proroga del contratto già in essere con detta società dal 4\1\2019 al 30\4\2019 e la decorrenza del nuovo contratto di fornitura di durata biennale a far data dal 1\5\2019, sia con riferimento al lotto 1 oggetto del presente contenzioso sia con riferimento al lotto 2.

7) A sostegno del gravame, la ricorrente deduce l'illegittimità del provvedimento per invalidità derivata nonché per i seguenti vizi autonomi:

I.a) Violazione e falsa applicazione dell'art. 76 del d.lgs. n. 50\2016. Eccesso di potere per violazione del giusto procedimento. Violazione del principio di trasparenza.

La società ricorrente avrebbe dovuto essere informata sull'aggiudicazione definitiva, la stipula del contratto con la società controinteressata e l'affidamento della fornitura, come prescritto dall'art. 76 del D.lgs. n. 50\2016 riguardo al dovere di informazione degli offerenti.

II) Inefficacia del contratto stipulato con la Lifetech Care s.r.l..

Contestualmente all'aggiudicazione definitiva l'AUSL Latina ha disposto che la nuova fornitura decorra dal 1\5\2019, con ciò impegnando la stessa Amministrazione all'immediata stipula del contratto con l'aggiudicataria, a dispetto della cd. clausola di stand-still prevista dal Codice dei contratti pubblici (art. 32 comma 9 D.Lgs. 50\2016)

per consentire a tutti gli operatori economici coinvolti nella gara la piena tutela giurisdizionale.

8) Alla pubblica udienza del 17 luglio 2019, la causa è stata riservata per la decisione.

9) In via preliminare, va rilevata l'irricevibilità dei motivi aggiunti per inosservanza del termine di trenta giorni per l'impugnazione.

10) Contrariamente a quanto da essa teorizzato, essendo stata la ricorrente esclusa dalla procedura, non doveva essere destinataria della comunicazione personale dell'aggiudicazione definitiva.

Pertanto, il termine dell'impugnazione deve farsi decorrere dalla data (8.5.2019) della pubblicazione dell'atto nelle forme digitali ai sensi dell'art. 53 delle Regole del sistema di E procurement della P.A.

I motivi aggiunti notificati in data 17/06/2019 sono pertanto irricevibili per inosservanza del termine di trenta giorni per l'impugnazione.

11) Nel merito, il ricorso è infondato.

12) La ricorrente sostiene di essere stata illegittimamente esclusa sulla base della contestata non corrispondenza del prodotto offerto (biberon) ai requisiti previsti dal capitolato generale.

13) In realtà, è la stessa ricorrente a rappresentare (cfr. pag. 3 ultimo paragrafo del ricorso) che se inizialmente le caratteristiche di montaggio della tettarella al biberon non erano contemplate tra i requisiti tecnici richiesti dal capitolato a pena di esclusione dalla procedura (art. 2), successivamente, in sede di chiarimenti, la stazione appaltante ha manifestato l'esigenza che «la tettarella nuda debba essere inserita sotto la ghiera e non sopra la ghiera, per evitare che non si stacchi durante la suzione».

14) E' accaduto, infatti, che a seguito della presentazione (come previsto dall'art. 13 del capitolato generale) della richiesta di chiarimento n. 1 lett. b) (si chiede se la

tettarella nuda debba essere inserita sotto la ghiera e non sopra la ghiera per evitare che non si stacchi durante la suzione) la stazione appaltante ha risposto che “la tettarella nuda debba essere inserita sotto la ghiera e non sopra la ghiera per evitare che non si stacchi durante la suzione”.

15) Sul limite dell'Amministrazione di incidere con i chiarimenti sul contenuto del disciplinare, la giurisprudenza chiarisce che “La Stazione Appaltante non può discostarsi dalle regole da essa stessa fissate e alle quali si è autovincolata e nemmeno può interpretare le suddette regole in modo palesemente contrario al suo chiaro tenore testuale; tuttavia, può intervenire nei casi in cui il chiarimento rivesta caratteri, per così dire, di neutralità rispetto ai contenuti del bando e alla partecipazione alla gara o meglio quando è l'oggettiva incertezza della legge a far sì che la risposta della P.A. appaltante ad una richiesta di chiarimenti avanzata dai concorrenti non costituisca un'indebita e perciò illegittima modifica delle regole di gara, ma una sorta di interpretazione autentica con cui la S.A. chiarisce la propria volontà provvedimentale in un primo momento poco intellegibile, precisando o meglio delucidando le previsioni della *lex specialis*” (cfr. T.A.R. Campania Napoli sez. IV 28/08/2018 n. 5292).

16) Nel caso di specie, si può quindi affermare che la stazione appaltante ha legittimamente chiarito un aspetto relativo al prodotto da offrire che dava luogo a incertezza siccome non espressamente specificato nel capitolato generale, senza modificare le caratteristiche tecniche preventivamente individuate.

Invero, per ragioni di ulteriore sicurezza si è precisato che, per i dispositivi oggetto di capitolato, la tettarella doveva essere posta al di sotto della ghiera.

Tale chiarimento, unitamente agli altri richiesti è stato regolarmente pubblicato e messo a conoscenza di tutti gli operatori economici interessati ai fini della

presentazione dell'offerta compresa la ricorrente, la quale però, ha ritenuto di offrire un prodotto privo del requisito indicato.

17) Con riguardo al secondo motivo con cui si contesta la mancata utilizzazione da parte della controinteressata della “metodica Raggi” per la sterilizzazione, l’Azienda resistente ha precisato che “da caratteristiche tecniche riportate nella documentazione presentata dalla società Lifetech Care, si evince che alla voce "sterilizzazione-sterilisation" è descritto "sterile raggi", metodica perfettamente rispondente ai requisiti richiesti dal capitolato e ulteriormente precisato nei chiarimenti”.

18) Infine, con riguardo alla contestata violazione del principio di rotazione va detto che la procedura in argomento prevedeva l'invito di tutti gli operatori economici iscritti sul MEPA nella specifica categoria del bando di riferimento.

Pertanto, contrariamente a quanto dedotto da parte ricorrente, l'estensione dell'invito a tutte le ditte operanti nel settore determina l’inapplicabilità delle specifiche limitazioni previste dall'art. 36 in ordine alla rotazione delle imprese aggiudicatarie.

Il principio di rotazione, infatti, non può ritenersi applicabile laddove il nuovo affidamento avvenga, tramite procedure nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.

19) In conclusione, quindi, i motivi aggiunti devono essere dichiarati irricevibili e il ricorso deve essere respinto siccome destituito di giuridico fondamento.

20) Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e i motivi aggiunti R.G. 158/19 li dichiara irricevibili e li rigetta nei termini di cui in motivazione.

Condanna la ricorrente alle spese e competenze del giudizio, che liquida in complessivi € 5.000 (cinquemila), oltre spese generali, ex art. 14 tariffario forense, cpa e iva a favore di ciascuna parte costituita.

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

Così deciso in Latina nella camera di consiglio del giorno 17 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Roberto Maria Bucchi, Consigliere, Estensore

Valerio Torano, Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Roberto Maria Bucchi**

**IL PRESIDENTE**  
**Antonio Vinciguerra**

IL SEGRETARIO