

Publicato il 06/02/2023

N. 00311/2023 REG.PROV.COLL.
N. 01746/2022 REG.RIC.
N. 01747/2022 REG.RIC.
N. 03229/2022 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 1746 del 2022, proposto da

- Ferrero Med S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Marco Capello e Alberto Garlanda e domiciliata ai sensi dell'art. 25 cod. proc. amm.;

contro

- l'Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Pavia, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Maurizio Zoppolato ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso in Milano, Via Paleocapa n. 1;

nei confronti

- Home Care Solutions S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Enea Baronti e Giuseppe Gratteri e domiciliata ai sensi dell'art. 25 cod. proc. amm.;

- Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Mantova, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 1747 del 2022, proposto da

- Ferrero Med S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Marco Capello e Alberto Garlanda e domiciliata ai sensi dell'art. 25 cod. proc. amm.;

contro

- l'Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Pavia, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Maurizio Zoppolato ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso in Milano, Via Paleocapa n. 1;

nei confronti

- Home Care Solutions S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Enea Baronti e Giuseppe Gratteri e domiciliata ai sensi dell'art. 25 cod. proc. amm.;

- Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Mantova, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

- Azienda Socio Sanitaria Territoriale Papa Giovanni XXIII di Bergamo, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 3229 del 2022, proposto da

- Ferrero Med S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Marco Capello e Alberto Garlanda e domiciliata ai sensi dell'art. 25 cod. proc. amm.;

contro

- l'Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Pavia, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Maurizio Zoppolato ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso in Milano, Via Paleocapa n. 1;

nei confronti

- LGR Medical Services S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Renato Boccafresca e domiciliata ai sensi dell'art. 25 cod. proc. amm.;
- Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Monza, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 1746 del 2022:

- limitatamente al Lotto n. 2 (A.S.S.T. di Mantova, che comprende anche A.S.S.T. di Cremona e A.S.S.T. di Crema, CIG 84882369EE), della “gara europea a procedura aperta, ai sensi del combinato disposto degli artt. 35, 60 del d. lgs. 50/16, per l'affidamento del servizio di gestione, manutenzione, informatizzazione, magazzino temporaneo, consegna e ritiro a domicilio degli ausili terapeutici per disabili, per il periodo di 72 mesi, suddivisa in sette lotti, aggiudicabili separatamente”, espletata in forma aggregata dall'A.S.S.T. di Pavia, compreso ogni relativo atto e provvedimento, nessuno escluso, inclusa la Delibera del Direttore Generale dell'A.S.S.T. di Pavia n. 716 del 22 luglio 2022 di aggiudicazione all'operatore economico Home Care Solutions S.r.l. dei Lotti n. 1 (A.S.S.T. di Pavia), n. 2 (A.S.S.T. di Mantova) e n. 7 (A.S.S.T. Papa Giovanni XXIII), comunicata in data 26 luglio 2022;
- nonché di ogni altro atto o provvedimento – anche se non conosciuto – agli stessi presupposto, conseguente e/o connesso, ovvero – in estremo subordine – dei soli atti e provvedimenti della gara ritenuti illegittimi, tra cui la predetta Delibera di aggiudicazione e i suddetti atti citati, con, in ogni caso, caducazione e/o declaratoria di inefficacia di ogni contratto d'appalto medio tempore stipulato in forza di tali atti e provvedimenti, subentro della società esponente nei contratti, caducazione della gara e sua riedizione, e con riserva di richiedere l'integrale risarcimento dei danni patiti;
- previa misura cautelare volta alla sospensione dell'esecuzione di tutti i predetti atti e provvedimenti, ivi compresa la citata Delibera del Direttore

Generale dell'A.S.S.T. di Pavia n. 716 del 22 luglio 2022, con preclusione alla stipula del relativo contratto d'appalto, sussistendo i requisiti di legge; quanto al ricorso n. 1747 del 2022:

- limitatamente al Lotto n. 7 (A.S.S.T. Papa Giovanni XXIII di Bergamo, che comprende anche A.S.S.T. Bergamo Est e A.S.S.T. Bergamo Ovest, CIG 8488267385), della *“gara europea a procedura aperta, ai sensi del combinato disposto degli artt. 35, 60 del d. lgs. 50/16, per l'affidamento del servizio di gestione, manutenzione, informatizzazione, magazzino temporaneo, consegna e ritiro a domicilio degli ausili terapeutici per disabili, per il periodo di 72 mesi, suddivisa in sette lotti, aggiudicabili separatamente”*, espletata in forma aggregata dall'A.S.S.T. di Pavia, compreso ogni relativo atto e provvedimento, nessuno escluso, inclusa la Delibera del Direttore Generale dell'A.S.S.T. di Pavia n. 716 del 22 luglio 2022 di aggiudicazione all'operatore economico Home Care Solutions S.r.l. dei Lotti n. 1 (A.S.S.T. di Pavia), n. 2 (A.S.S.T. di Mantova) e n. 7 (A.S.S.T. Papa Giovanni XXIII), comunicata in data 26 luglio 2022;

- nonché di ogni altro atto o provvedimento – anche se non conosciuto – agli stessi presupposto, conseguente e/o connesso, ovvero – in estremo subordine – dei soli atti e provvedimenti della gara ritenuti illegittimi, tra cui la predetta Delibera di aggiudicazione e i suddetti atti citati, con, in ogni caso, caducazione e/o declaratoria di inefficacia di ogni contratto d'appalto medio tempore stipulato in forza di tali atti e provvedimenti, subentro della società esponente nei contratti, caducazione della gara e sua riedizione, e con riserva di richiedere l'integrale risarcimento dei danni patiti;

- previa misura cautelare volta alla sospensione dell'esecuzione di tutti i predetti atti e provvedimenti, ivi compresa la citata Delibera del Direttore Generale dell'A.S.S.T. di Pavia n. 716 del 22 luglio 2022, con preclusione alla stipula del relativo contratto d'appalto, sussistendo i requisiti di legge; quanto al ricorso n. 3229 del 2022:

- limitatamente al Lotto n. 3 (A.S.S.T. di Monza che comprende anche A.S.S.T. di Lecco e A.S.S.T. di Vimercate, CIG 8488240D3A), della *“gara*

europea a procedura aperta, ai sensi del combinato disposto degli artt. 35, 60 del d. lgs. 50/16, per l'affidamento del servizio di gestione, manutenzione, informatizzazione, magazzino temporaneo, consegna e ritiro a domicilio degli ausili terapeutici per disabili, per il periodo di 72 mesi, suddivisa in sette lotti, aggiudicabili separatamente”, espletata in forma aggregata dall’A.S.S.T. di Pavia, compreso ogni relativo atto e provvedimento, nessuno escluso, tra cui la Delibera del Direttore Generale dell’A.S.S.T. di Pavia n. 956 del 20 ottobre 2022, avente ad oggetto l’aggiudicazione dei Lotti nn. 3, 4, 5 e 6, tutti i provvedimenti di verifica della congruità delle offerte e delle anomalie per tali ultimi lotti;

- nonché di ogni altro atto o provvedimento agli stessi presupposto, conseguente e/o connesso, ovvero – in estremo subordine – dei soli atti e provvedimenti della gara ritenuti illegittimi dal T.A.R., tra cui la predetta Delibera di aggiudicazione n. 956 del 20 ottobre 2022 e i suddetti atti citati, con, in ogni caso, caducazione e/o declaratoria di inefficacia di ogni contratto d’appalto medio tempore stipulato in forza di tali atti e provvedimenti, subentro della società esponente nei contratti, caducazione della gara e sua riedizione, e con riserva di richiedere l’integrale risarcimento dei danni patiti;
- previa misura cautelare volta alla sospensione dell’esecuzione di tutti i predetti atti e provvedimenti, ivi compresa la citata Delibera del Direttore Generale dell’A.S.S.T. di Pavia n. 956 del 20 ottobre 2022, con preclusione alla stipula del relativo contratto d’appalto.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Pavia, con riguardo a tutti i ricorsi, di Home Care Solutions S.r.l., con riguardo ai ricorsi R.G. n. 1746/2022 e n. 1747/2022, e di LGR Medical Services S.r.l., con riguardo al ricorso R.G. n. 3229/2022;

Viste le ordinanze n. 1143/2022, n. 1144/2022 e n. 1466/2022 con cui sono state respinte le domande di sospensione dell’esecuzione dei provvedimenti

impugnati con i ricorsi indicati in epigrafe ed è stata fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito delle controversie;

Viste le ordinanze n. 5157/2022 e n. 5162/2022 con cui la Terza Sezione del Consiglio di Stato ha confermato, rispettivamente, le ordinanze di questa Sezione n. 1143/2022 e n. 1144/2022;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Designato relatore il consigliere Antonio De Vita;

Uditi, all'udienza pubblica del 27 gennaio 2023, i difensori delle parti, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso R.G. n. 1746/2022 e con il coevo ricorso R.G. n. 1747/2022, entrambi notificati in data 25 agosto 2022 e depositati il 9 settembre successivo, la società ricorrente ha impugnato, limitatamente al Lotto n. 2 (A.S.S.T. di Mantova, che comprende anche A.S.S.T. di Cremona e A.S.S.T. di Crema, CIG 84882369EE) e al Lotto 7 (A.S.S.T. Papa Giovanni XXIII, che comprende A.S.S.T. Papa Giovanni XXIII, A.S.S.T. Bergamo Est e A.S.S.T. Bergamo Ovest, CIG 8488267385), la *“gara europea a procedura aperta, ai sensi del combinato disposto degli artt. 35, 60 del d. lgs. 50/16, per l'affidamento del servizio di gestione, manutenzione, informatizzazione, magazzinaggio temporaneo, consegna e ritiro a domicilio degli ausili terapeutici per disabili, per il periodo di 72 mesi, suddivisa in sette lotti, aggiudicabili separatamente”*, espletata in forma aggregata dall'A.S.S.T. di Pavia, compreso ogni relativo atto e provvedimento, nessuno escluso, inclusa la Delibera del Direttore Generale dell'A.S.S.T. di Pavia n. 716 del 22 luglio 2022 di aggiudicazione all'operatore economico Home Care Solutions S.r.l. dei Lotti n. 1 (A.S.S.T. di Pavia), n. 2 (A.S.S.T. di Mantova) e n. 7 (A.S.S.T. Papa Giovanni XXIII), comunicata in data 26 luglio 2022.

Con Deliberazione n. 639 del 28 ottobre 2020, l'A.S.S.T. di Pavia, anche in qualità di mandataria di varie Aziende del Servizio sanitario regionale, ha indetto una procedura aperta, suddivisa in sette lotti, per l'affidamento del servizio di gestione, manutenzione, informatizzazione, magazzinaggio temporaneo, consegna e ritiro a domicilio degli ausili terapeutici per disabili, della durata di 72 mesi. Con riguardo al lotto n. 2 – relativo al S.U.P.I. (Servizio Unificato Protesica e Integrativa) contabile dell'A.S.S.T. di Mantova, comprendente anche le AA.SS.SS.TT. di Cremona e di Crema – e al lotto 7 – relativo al S.U.P.I. contabile dell'A.S.S.T. Papa Giovanni XXIII di Bergamo, comprendente anche le AA.SS.SS.TT. di Bergamo Est e Bergamo Ovest – vi hanno preso parte la ricorrente Ferrero Med S.r.l., Home Care Solutions S.r.l. e LGR Medical Service S.r.l. A seguito della presentazione delle offerte, la procedura ha subito alcuni ritardi, che hanno indotto l'A.S.S.T. di Pavia a chiedere ai concorrenti di confermare la validità delle offerte dagli stessi presentate, cui ha fatto seguito il riscontro positivo da parte di tutti i concorrenti. Dopo la nomina della Commissione giudicatrice, avvenuta con Deliberazione del 23 luglio 2021, n. 601, sono state avviate le operazioni di gara, culminate nella seduta pubblica del 24 marzo 2022, dove sono state aperte le offerte economiche ed è stata stilata la graduatoria dei vari lotti. Per il lotto 2 si è classificata al primo posto Home Care Solutions (con 100,00 punti), mentre Ferrero Med si è graduata seconda (con 94,72 punti); per il lotto 7 si è classificata al primo posto sempre Home Care Solutions (con 99,45 punti), mentre Ferrero Med si è graduata seconda (con 98,20 punti). In data 6 aprile 2022, il R.U.P. ha chiesto all'operatore primo classificato di fornire le giustificazioni dei prezzi esposti in gara, per la verifica di congruità delle offerte; quest'ultimo ha riscontrato la richiesta, fornendo i dovuti chiarimenti. Stante l'avvenuto decorso del termine di validità delle offerte, la Stazione appaltante ha domandato ai concorrenti di rinnovarne l'efficacia sino ad agosto 2022. Con nota del 17 giugno 2022, la ricorrente ha comunicato alla Stazione appaltante di non rinnovare la validità delle offerte e delle garanzie

provvisorie presentate con riguardo a tutti i Lotti in gara. Di contro, Home Care Solution ha rinnovato la validità delle proprie offerte e, quindi, la Stazione appaltante, valutata la congruità delle offerte presentate dalla richiamata concorrente, con deliberazione del Direttore generale n. 716 del 22 luglio 2022 ha disposto l'aggiudicazione in suo favore sia del Lotto 2 che del Lotto 7.

Assumendo l'illegittimità delle procedure relative ai citati Lotti, la ricorrente ha dedotto, in primo luogo, la non corretta determinazione delle basi d'asta, seppure le stesse non erano ab origine preclusive della partecipazione alle gare per i vari Lotti.

Poi sono stati rilevati l'eccessiva durata della gara e l'imprevedibile aumento dei costi durante il suo svolgimento, che avrebbero reso non più remunerativa qualsivoglia offerta, ivi comprese quelle presentate dall'aggiudicataria Home Care Solutions, che non sarebbero state oggetto di idonea valutazione da parte della Stazione appaltante; a ciò si sarebbero aggiunti l'omessa previsione di clausole di revisione dei prezzi (se non a danno degli operatori) e il rifiuto dell'A.S.S.T. di Pavia di valutare l'aumento dei costi derivanti anche dallo scoppio della guerra e dagli strascichi della pandemia.

Infine è stata contestata l'illegittima nomina di una sola Commissione giudicatrice per tutti i Lotti.

È stata poi chiesta anche la nomina di un consulente tecnico d'ufficio, finalizzata all'accertamento della misura di erosione/azzeramento degli utili di tutte le società partecipanti alla gara per i Lotti 2 e 7, in ragione dell'aumento generalizzato dei costi e non solo, e per l'accertamento dell'insostenibilità economica delle offerte presentate dalla Home Care Solutions per i Lotti 2 e 7.

Si sono costituite, in entrambi i giudizi, l'Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Pavia e Home Care Solutions S.r.l., che hanno chiesto il rigetto dei ricorsi; con separate memorie, i difensori delle parti resistenti hanno altresì dedotto,

in via preliminare, la tardività dei richiamati ricorsi e la loro complessiva inammissibilità per contraddittorietà e difetto di interesse.

Con l'ordinanza n. 1144/2022 è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati con il ricorso R.G. n. 1746/2022 ed è stata fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia; con l'ordinanza n. 1143/2022 è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati con il ricorso R.G. n. 1747/2022 ed è stata fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia.

Con le ordinanze n. 5157/2022 e n. 5162/2022, la Terza Sezione del Consiglio di Stato ha confermato, rispettivamente, le ordinanze di questa Sezione n. 1143/2022 e n. 1144/2022.

2. Con ricorso R.G. n. 3229/2022, notificato in data 18 novembre 2022 e depositato il 2 dicembre successivo, la società ricorrente ha impugnato, limitatamente al Lotto n. 3 relativo alla A.S.S.T. di Monza, la *“gara europea a procedura aperta, ai sensi del combinato disposto degli artt. 35, 60 del d. lgs. 50/16, per l'affidamento del servizio di gestione, manutenzione, informatizzazione, magazzino temporaneo, consegna e ritiro a domicilio degli ausili terapeutici per disabili, per il periodo di 72 mesi, suddivisa in sette lotti, aggiudicabili separatamente”*, espletata in forma aggregata dall'A.S.S.T. di Pavia, compreso ogni relativo atto e provvedimento, nessuno escluso, tra cui la Delibera del Direttore Generale dell'A.S.S.T. di Pavia n. 956 del 20 ottobre 2022, avente a oggetto l'aggiudicazione dei Lotti nn. 3, 4, 5 e 6, tutti i provvedimenti di verifica della congruità delle offerte e delle anomalie per tali ultimi Lotti.

Siffatto ricorso si riferisce alla medesima gara di cui ai precedenti gravami – R.G. n. 1746/2022 e n. 1747/2022 – e in particolare ha a oggetto il Lotto 3, relativo al S.U.P.I. contabile dell'A.S.S.T. di Monza che comprende anche le AA.SS.SS.TT. di Lecco e di Vimercate. Con riguardo al predetto Lotto, la ricorrente Ferrero Med si è classificata al primo posto. In data 6 aprile 2022, il R.U.P. ha chiesto a quest'ultima di fornire le giustificazioni dei prezzi esposti

in gara, per la verifica di congruità delle offerte; con nota del 20 aprile 2022, Ferrero Med ha riscontrato la richiesta, giustificando la congruità dell'offerta presentata. Con successiva nota del 9 maggio 2022, la ricorrente aggiudicataria Ferrero Med ha evidenziato all'A.S.S.T. resistente che la sua offerta – unitamente a quella di tutti gli altri partecipanti alla gara – sarebbe diventata insostenibile a seguito del generalizzato aumento dei prezzi e per tale ragione ha formulato una istanza di revisione dei prezzi; con comunicazione del 3 giugno 2022, la Stazione appaltante ha respinto la suddetta istanza di revisione prezzi. Stante l'avvenuto decorso del termine di validità delle offerte, è stato poi domandato ai concorrenti di rinnovarne l'efficacia sino ad agosto 2022. Con nota del 17 giugno 2022, la ricorrente ha comunicato di non rinnovare la validità delle offerte e delle garanzie provvisorie presentate con riguardo a tutti i Lotti di gara, rinunciando in tal modo all'aggiudicazione del lotto n. 3 (oltre che degli altri tre lotti dove è risultata prima in graduatoria). Sulla scorta di tale rifiuto, l'Azienda sanitaria resistente ha disposto lo scorrimento della graduatoria e, con Delibera n. 956 del 20 ottobre 2022, ha aggiudicato il lotto n. 3 alla LGR Medical Services, quarta classificata.

Assumendo la complessiva illegittimità della procedura, la ricorrente ha dedotto, in primo luogo, la non corretta determinazione della base d'asta, seppure la stessa non fosse ab origine preclusiva della partecipazione alla gara. Poi sono stati eccepiti l'eccessiva durata della gara e l'imprevedibile aumento dei costi durante il suo svolgimento, che avrebbero reso non più remunerativa qualsivoglia offerta, ivi compresa quella presentata dall'aggiudicataria LGR Medical Services, che non sarebbe stata oggetto di idonea valutazione da parte della Stazione appaltante; a ciò si sarebbero aggiunti l'omessa previsione di clausole di revisione dei prezzi (se non a danno degli operatori) e il rifiuto dell'A.S.S.T. di Pavia di valutare l'aumento dei costi derivanti anche dallo scoppio della guerra e dagli strascichi della pandemia.

Infine è stata contestata l'illegittima nomina di una sola Commissione giudicatrice per tutti i Lotti.

È stata chiesta anche in tale giudizio la nomina di un consulente tecnico d'ufficio, finalizzata all'accertamento della misura di erosione/azzeramento degli utili di tutte le società partecipanti alla gara per i Lotti 2 e 7, in ragione dell'aumento generalizzato dei costi e non solo, e per l'accertamento dell'insostenibilità economica delle offerte presentate dalla Home Care Solutions per i Lotti 2 e 7.

Si sono costituite in giudizio l'Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Pavia e LGR Medical Services S.r.l., che hanno chiesto il rigetto del ricorso; con separate memorie, le difese delle parti resistenti hanno altresì dedotto, in via preliminare, la tardività del gravame e la sua inammissibilità complessiva per contraddittorietà e difetto di interesse.

Con l'ordinanza n. 1466/2022 è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati con il ricorso R.G. n. 3229/2022 ed è stata fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia.

3. In prossimità dell'udienza di merito, i difensori delle parti hanno depositato memorie e documentazione a sostegno delle rispettive posizioni; in particolare, le difese delle parti resistenti hanno eccepito l'introduzione, attraverso le memorie, di motivi nuovi, perciò inammissibili; di contro, la difesa della ricorrente ha controdedotto alle eccezioni preliminari formulate dai difensori delle parti avverse, deducendone l'infondatezza, e ha insistito per l'accoglimento dei ricorsi.

Alla pubblica udienza del 27 gennaio 2023, su conforme richiesta dei difensori delle parti, le cause sono state trattenute in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare, va disposta la riunione dei ricorsi indicati in epigrafe, attesa la loro connessione oggettiva e soggettiva, trattandosi dell'impugnazione da parte dello stesso soggetto di atti riferibili a tre lotti

della medesima gara, avverso i quali sono state dedotte sostanzialmente identiche censure.

2. Sempre in via preliminare, deve evidenziarsi che la ricorrente Ferrero Med ha preso parte a tutti i lotti della procedura (1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7), presentando per ciascuno di essi rituale domanda e formulando la relativa offerta; la predetta ricorrente si è classificata prima nei Lotti 3, 4, 5 e 6, mentre è risultata seconda nei Lotti 1, 2 e 7, aggiudicati poi alla Home Care Solution.

Come già esposto nella parte in fatto, in ragione del protrarsi della durata delle operazioni di gara per tutti i lotti, la Stazione appaltante ha chiesto ai concorrenti, per due volte, di rinnovare la validità delle offerte e delle garanzie provvisorie presentate in sede di gara (all. 30 e 42 al ricorso R.G. n. 1746/2022).

Con nota del 17 giugno 2022, nel riscontrare la seconda richiesta della Stazione appaltante, la società ricorrente ha comunicato la propria volontà di non rinnovare la validità delle offerte e delle garanzie provvisorie presentate con riguardo a tutti i Lotti di gara; nello specifico, è stato rilevato *“che la base d’asta, già eccessivamente ridotta ab origine, non sia - ad oggi, per le predette circostanze imprevedute, imprevedibili ed a noi non più imputabili - più conforme alla reale situazione economica e che la ns. offerta non sia - nostro malgrado - più sostenibile, così come riteniamo non siano più sostenibili le offerte delle altre concorrenti (a meno che costoro volessero espletare un servizio del tutto carente e qualitativamente insufficiente). Pertanto, per le ragioni sopra esposte, nostro malgrado, siamo obbligati a non rinnovare la validità delle offerte e delle garanzie provvisorie presentate in sede di offerta, per quanto a ciascun Lotto di gara”* (all. 44 al ricorso R.G. n. 1746/2022). Con la Delibera del Direttore Generale dell’A.S.S.T. di Pavia n. 716 del 22 luglio 2022 si è stabilito, tra l’altro, *“di prendere atto che l’operatore economico concorrente, Ferrero Med S.r.l., non ha rinnovato la validità delle offerte e delle garanzie provvisorie presentate in sede di gara per i Lotti n. 3,4,5 e 6”* (all. 45 al ricorso R.G. n. 1746/2022).

3. Si può passare a questo punto all’esame delle censure contenute nei ricorsi, che, in ragione della loro sostanziale sovrapponibilità, verranno trattate

contestualmente.

4. Con una prima doglianza, comune a tutti i gravami, la ricorrente assume l'illegittima predisposizione delle basi d'asta dei vari lotti, seppure le stesse non risultavano *“immediatamente escludenti”* e quindi non avrebbero potuto essere impugnate immediatamente.

4.1. Tale motivo di ricorso è inammissibile per carenza di legittimazione attiva della ricorrente.

Secondo la consolidata giurisprudenza amministrativa, confermata anche in sede nomofilattica, soltanto le clausole escludenti debbono essere impugnate immediatamente, mentre tutte le altre vanno impugnate all'esito della procedura, peraltro unicamente dai partecipanti alla stessa (Consiglio di Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4). È stato difatti *“ribadito il principio generale secondo il quale le [clausole non direttamente escludenti], in quanto non immediatamente lesive, devono essere impugnate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva (Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5282) e postulano la preventiva partecipazione alla gara”* (Consiglio di Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4). Pertanto, laddove non ci si trovi al cospetto di clausole immediatamente escludenti – circostanza scartata in radice dalla stessa parte ricorrente con riguardo alla procedura de qua – tali da imporre una loro immediata impugnazione, bisogna attendere l'esito della gara per verificare l'attualizzazione della lesività delle stesse. Ciò del resto non arrecherebbe alcun vulnus al diritto di difesa del partecipante non aggiudicatario della selezione, tenuto conto che *“nelle gare pubbliche l'accettazione delle regole di partecipazione non comporta l'inoppugnabilità di clausole del bando regolanti la procedura che fossero, in ipotesi, ritenute illegittime, in quanto una stazione appaltante non può mai opporre ad una concorrente un'acquiescenza implicita alle clausole del procedimento, che si tradurrebbe in una palese ed inammissibile violazione dei principi fissati dagli artt. 24, comma 1, e 113 comma 1, Cost., ovvero nella esclusione della possibilità di tutela giurisdizionale”* (Consiglio di Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018,

n. 4; altresì, Consiglio di Stato, III, 4 marzo 2019, n. 1491; 26 febbraio 2019, n. 1350).

Tuttavia tali considerazioni non possono applicarsi con riguardo agli operatori che non hanno partecipato alla procedura, oppure ne sono stati esclusi o, ancora, hanno deciso di ritirare la loro partecipazione, come avvenuto nella specie, non avendo questi alcun titolo di legittimazione a impugnare l'esito della selezione e perciò a dedurre illegittimità non escludenti, relative al bando di gara.

Il predetto indirizzo è stato confermato anche di recente, evidenziandosi che *“legittimato ad impugnare l'esito di una gara pubblica è solamente colui che vi abbia partecipato, in ragione della vantata posizione differenziata con il potere pubblico derivante proprio dalla partecipazione; diversamente, l'operatore del settore rimasto estraneo [, a cui deve assimilarsi quello escluso o ritiratosi per sua volontà nel corso della procedura,] non può vantare la medesima legittimazione a ricorrere in quanto portatore di un interesse di mero fatto, come tale non qualificato e non differenziato, alla caducazione dell'intera selezione nell'ottica di un'eventuale partecipazione futura in sede di riedizione della gara corrispondente ad una volontà del tutto ipotetica e priva di oggettivi riscontri e, quindi, in contrasto con le esigenze di celerità e certezza dei rapporti di diritto pubblico particolarmente avvertite in un settore così rilevante come quello dell'affidamento dei contratti pubblici?”* (Consiglio di Stato, VII, 28 dicembre 2022, n. 11519).

Tirando le fila del discorso, secondo quanto riportato in precedenza, all'atto della conclusione della procedura di gara – avvenuta in data 22 luglio 2022 per i Lotti 1, 2 e 7, aggiudicati a Home Care Solution (all. 45 al ricorso R.G. n. 1746/2022), e avvenuta in data 20 ottobre 2022 per i Lotti 3, 4, 5 e 6, aggiudicati a Home Care Solutions (il Lotto n. 5) e a LGR Medical Services (i Lotti nn. 3, 4 e 6; all. 46 al ricorso R.G. n. 3229/2022) – la ricorrente Ferrero Med non risultava una legittima partecipante alla stessa, essendosi volontariamente ritirata in un momento precedente, ossia in data 17 giugno 2022.

4.2. Con riguardo al ricorso R.G. n. 3229/2022, relativo al Lotto n. 3, rispetto al quale la ricorrente Ferrero Med è risultata prima classificata – oltre a doversi confermare che la sua autoesclusione dalla gara, prima dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione, la rende priva di legittimazione ad agire – va eccepita anche la carenza di interesse all'impugnazione, poiché il soggetto aggiudicatario di un appalto non può proporre un gravame avverso tale esito, non riconoscendo l'ordinamento in favore del predetto aggiudicatario un interesse giuridicamente tutelato a ottenere la caducazione di tale risultato, considerato che la scelta (libera) di partecipare alla gara è finalizzata alla sua aggiudicazione e non può essere tutelato il perseguimento di interessi non meritevoli di protezione e del tutto eccentrici rispetto al bene della vita che viene in rilievo (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, II, 29 aprile 2020, n. 708).

4.3. Quindi ne risulta la carenza di legittimazione attiva della ricorrente a impugnare le prescrizioni del bando di gara, asseritamente illegittime, all'esito di una procedura dalla quale la predetta si è volontariamente autoesclusa.

5. Con una seconda censura, identica in tutti i ricorsi, la ricorrente ha dedotto l'illegittimità della procedura in ragione dell'eccessiva durata della stessa, che avrebbe favorito la sopravvenienza di un abnorme e imprevedibile aumento dei costi, in grado di stravolgere gli equilibri già precari della gara, peraltro in assenza di una clausola di revisione dei prezzi.

5.1. La doglianza è in parte infondata e in parte inammissibile.

L'art. 32, comma 4, del D. Lgs. n. 50 del 2016 stabilisce, tra l'altro, che *“l'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine”*. Ciò sta a significare che lo stesso legislatore ha previsto la facoltà in capo all'offerente di sciogliersi dall'impegno assunto con la Stazione appaltante in sede di presentazione dell'offerta, laddove la durata della procedura dovesse superare le tempistiche ritenute congrue dalla stessa Stazione appaltante o, in

mancanza, dalla legge (ovvero centottanta giorni). In tal modo, si consente all'operatore economico che, in ragione delle mutate condizioni del mercato, ritenga non più remunerativa la propria partecipazione alla gara di ritirare (rectius, non rinnovare) l'offerta, senza incorrere in alcuna sanzione, a differenza di coloro che intendono sciogliersi dal vincolo prima della scadenza del periodo di validità dell'offerta (cfr., per tale ultima evenienza, T.A.R. Sicilia, Catania, III, 16 marzo 2022, n. 764).

L'intervenuto peggioramento delle condizioni contrattuali per eccessiva durata della procedura selettiva può essere neutralizzato dall'operatore interessato soltanto con lo strumento del mancato rinnovo la validità della propria offerta, quale facoltà riconosciuta dalla legge (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, II, 10 giugno 2022, n. 1343), oppure sulla scorta di un intervento in autotutela, avente natura assolutamente discrezionale, della Stazione appaltante, con cui si dispone la revoca della gara (assoggettandosi al rischio di incorrere in responsabilità precontrattuale: cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 23 gennaio 2023, n. 212).

Non risultano invece applicabili gli istituti posti a governo delle sopravvenienze contrattuali che, per l'appunto, riguardano la fase di esecuzione del contratto e le alterazioni che possono generarsi nel corso della durata del negozio (il contratto deve essere già stipulato per Consiglio di Stato, IV, 31 ottobre 2022, n. 9426; in senso contrario, T.A.R. Sardegna, II, 16 novembre 2022, n. 770), mentre, nella fase antecedente alla stipula del contratto, l'eventuale insostenibilità dell'offerta si traduce nella possibilità di non sottoscrivere tale accordo; l'istanza di revisione del prezzo formulata dall'impresa aggiudicataria – o dall'operatore partecipante alla gara – prima della stipulazione del contratto risulta sfornita di base legale, poiché *“così come nel corso del rapporto contrattuale l'impresa appaltatrice è tutelata, in caso di un esorbitante aumento dei costi del servizio, dall'istituto della revisione del prezzo (ove previsto dagli atti di gara) ovvero dalla possibilità di esperire i rimedi civilistici di risoluzione del vincolo sinallagmatico, nel diverso caso in cui l'evento imprevisto e imprevedibile si verifichi prima*

della stipulazione del contratto, l'impresa aggiudicataria è tutelata con la possibilità di rifiutare la sottoscrizione del contratto, una volta cessata la vincolatività della propria offerta' (T.A.R. Lombardia, Brescia, I, 10 marzo 2022, n. 232, richiamata da T.A.R. Lombardia, Milano, II, 10 giugno 2022, n. 1343; anche Consiglio di Stato, IV, 31 ottobre 2022, n. 9426).

Del resto, è noto che le previsioni della lex specialis vincolano l'azione dell'Amministrazione e non possono essere oggetto di successiva deroga, diversamente ponendosi in essere una violazione dei principi di concorrenza e par condicio non solo tra i partecipanti alla gara, ma anche rispetto a coloro che, confidando nella stabilità delle relative previsioni, hanno ritenuto opportuno non prendere parte alla procedura (cfr., per il principio, T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, II, 21 ottobre 2022, n. 816).

Va, poi, chiarito che deve offrirsi una connotazione oggettiva dell'impossibilità astratta di formulare, o mantenere, un'offerta economicamente sostenibile (sulla necessità che si tratti di un impedimento certo e attuale e non meramente eventuale, cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 245 del 22 novembre 2016); naturalmente, laddove vi siano altre offerte, sebbene in numero esiguo, non si può ravvisare la non sostenibilità delle stesse, visto che qualche operatore è comunque riuscito a mantenere ferma la proposta contrattuale, ritenendo di poter trarre un utile dall'appalto e di riuscire a eseguirlo senza particolari problemi (cfr. Consiglio di Stato, V, 18 marzo 2019, n. 1736; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 29 aprile 2020, n. 708).

Peraltro, è stato anche affermato in giurisprudenza che *«l'ordinamento è orientato, con i contratti pubblici, non al supporto economico delle imprese in difficoltà economiche ma all'acquisizione, in regime di concorrenza, dell'offerta più conveniente per l'amministrazione. Nel che è insito, naturalmente, un calcolo dei costi e dei ricavi che tende a contenere il margine di utile in termini competitivi. Che da questo, per un'impresa, possa derivare una minor "appetibilità" economica dell'appalto, è nella normalità delle cose e non rappresenta una generalizzata e oggettiva "barriera all'ingresso" del micro-mercato costituito dalla singola gara. Per il resto, si tratta di scelte amministrative che rientrano*

nella discrezionalità della amministrazione che con la lex specialis si autodetermina in relazione al proprio fabbisogno di approvvigionarsi, a un prezzo che stima ragionevole, di beni o servizi» (Consiglio di Stato, V, 18 marzo 2019, n. 1736; anche, 8 gennaio 2021, n. 284).

5.2. Nemmeno può essere accolta la prospettazione attorea, secondo la quale attraverso un recente intervento normativo – ovvero l’art. 29, comma 1, del decreto legge n. 4 del 2022, c.d. “*Decreto Sostegni-ter*”, convertito in legge n. 25 del 2022 (“*in relazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, i cui bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, qualora l’invio degli inviti a presentare le offerte sia effettuato successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, si applicano le seguenti disposizioni: a) è obbligatorio l’inserimento, nei documenti di gara iniziali, delle clausole di revisione dei prezzi previste dall’articolo 106, comma 1, lettera a), primo periodo, del codice dei contratti pubblici ...*”) – sarebbe stato previsto l’obbligo per le Stazioni appaltanti di introdurre correttivi sui prezzi, considerato che tale previsione, come ricavabile dalla sua lettera, opera solo per i bandi pubblicati dopo la sua entrata in vigore e non anche per le gare già in corso; peraltro, anche siffatta disposizione si riferisce alla revisione dei prezzi all’atto dell’esecuzione del contratto e non anche alla precedente fase di svolgimento della gara, come è fatto palese dal riferimento all’art. 106 del D. Lgs. n. 50 del 2016 (cfr. Consiglio di Stato, IV, 31 ottobre 2022, n. 3108; anche, A.N.A.C., Parere funzione consultiva n. 20 del 6 settembre 2022).

5.3. Oltretutto, con riguardo alla fattispecie relativa al Lotto n. 3, aggiudicato alla ricorrente, il rifiuto espresso dalla Stazione appaltante di procedere a una revisione dei prezzi (comunicazione del 3 giugno 2022: all. 43 al ricorso R.G. n. 3229/2022), come da richiesta della medesima parte ricorrente (all. 14 di A.S.S.T. al ricorso R.G. n. 3229/2022), non è stato tempestivamente impugnato.

5.4. Risulta, infine, inammissibile per carenza di legittimazione la parte della censura, formulata in tutti i ricorsi e riferita alla asserita insostenibilità delle offerte delle controinteressate Home Care Solutions per i Lotti nn. 2 e 7 e LGR Medical Services per il Lotto n. 3, poiché essendosi la ricorrente volontariamente ritirata dalle predette gare in un momento antecedente alla loro conclusione, le è impedito di contestare l'esito delle stesse, non rivestendo essa una posizione qualificata e differenziata rispetto al quisque de populo in relazione alle gare in oggetto.

5.5. Ne discende l'infondatezza e l'inammissibilità della scrutinata doglianza.

6. Ugualmente inammissibile risulta la censura, sempre contenuta in tutti i ricorsi, relativa all'asserita illegittimità della nomina di una sola Commissione giudicatrice per tutti i Lotti, contrariamente a quanto stabilito dalla lex specialis (art. 20 del Disciplinare). Anche in questo frangente, si deve rilevare come il volontario ritiro dalle gare relative ai vari Lotti in un momento antecedente alla loro conclusione impedisce alla società ricorrente di contestare l'esito delle stesse, non trovandosi in una posizione qualificata e differenziata.

7. Da ultimo, va evidenziato come nella fattispecie oggetto di scrutinio emerge l'abuso, da parte della società ricorrente, dello strumento processuale per scopi eccedenti o devianti rispetto alla tutela attribuita dall'ordinamento, tenuto conto che attraverso le azioni giurisdizionali oggetto di scrutinio è stato posto in essere un comportamento non lineare e in contrasto con il divieto di venire contra factum proprium, finalizzato al perseguimento di interessi non meritevoli di tutela (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, V, 3 febbraio 2023, n. 1196; V, 4 novembre 2022, n. 9691; IV, 28 marzo 2022, n. 2245; IV, 13 gennaio 2021 n. 418); difatti, attraverso tutti i ricorsi oggetto di esame sono stati dedotti motivi di gravame in contraddizione con precedenti comportamenti tenuti dalla parte ricorrente nella fase procedimentale e di gestione del rapporto sostanziale, tra i quali vengono in rilievo, inter alia, la circostanza che, con le note del 20 aprile 2022, la ricorrente Ferrero Med ha

attestato la congruità delle offerte presentate, giustificando i vari costi proposti (all. 10 di A.S.S.T. al ricorso R.G. n. 1746/2022), mentre soltanto pochi giorni dopo, ovvero in data 9 maggio 2022, ha smentito il contenuto di tale documento, chiedendo la revisione dei prezzi sulla base di presupposti già sussistenti alla data del 20 aprile 2022 (all. 14 di A.S.S.T. al ricorso R.G. n. 1746/2022); inoltre, dopo aver comunicato il mancato rinnovo della validità delle offerte e delle garanzie provvisorie presentate in sede di gara (all. 44 al ricorso R.G. n. 1746/2022) e quindi essersi autoesclusa dalla procedura – pur essendosi aggiudicata quattro Lotti –, la ricorrente ha proposto dei ricorsi tesi a contestare l'eccessiva durata della selezione, sebbene in una prima fase avesse accettato di prorogare le proprie offerte fino al mese di marzo 2022 (all. 31 al ricorso R.G. n. 1746/2022).

A ciò va aggiunto che appare manifestamente contraddittoria pure la richiesta – proposta in via subordinata – contenuta in tutti i ricorsi oggetto di scrutinio di “*subentro della società esponente nei contratti*”, considerati la mancata accettazione dell'aggiudicazione nel Lotto n. 3 e il mancato rinnovo della validità di tutte le offerte e delle garanzie provvisorie presentate in sede di gara per tutti i Lotti.

Si deve concludere, pertanto, che laddove il partecipante aggiudicatario non abbia ritenuto di confermare la sua partecipazione alla gara, operando in tal modo una libera valutazione in ordine alla propria proposta negoziale, successivamente gli risulti precluso il sindacato sulla correttezza della procedura, non essendo ammessa una verifica della legittimità dell'azione amministrativa in senso oggettivo o comunque finalizzata a garantire il perseguimento di risultati estranei al perimetro delle norme processuali presenti nell'ordinamento (cfr., sulla non assolutezza del diritto di agire in giudizio di cui all'art. 24 Cost., Corte costituzionale, sentenze n. 271 del 13 dicembre 2019 e n. 94 del 4 maggio 2017); si deve infatti sottolineare come i caratteri del processo amministrativo sono stati strutturati dal legislatore considerando che nello stesso trovano composizione e soddisfazione non

soltanto interessi privati, ma anche gli interessi pubblici che vi sono coinvolti, sicché, pur essendo un processo di parte, il suo svolgimento non appartiene alla assoluta disponibilità dei soggetti presenti nel giudizio, ma è sottoposto a delle regole che, per alcuni aspetti, hanno carattere inderogabile (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, II, 29 aprile 2020, n. 708).

8. Da ciò discende che le domande proposte in violazione dei principi di lealtà e correttezza processuale non possono essere accolte.

9. Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta al Collegio, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cass. Civ., II, 22 marzo 1995, n. 3260 e, per quelle più recenti, Consiglio di Stato, II, 30 marzo 2022, n. 2328; VI, 22 marzo 2022, n. 2072; VI, 20 gennaio 2022, n. 358). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

10. In conclusione, i ricorsi devono essere in parte respinti e in parte dichiarati inammissibili.

11. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando, previa riunione dei ricorsi indicati in epigrafe, in parte li dichiara inammissibili e in parte li respinge.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di tutti i giudizi in favore dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Pavia, di Home Care Solutions S.r.l. e di LGR Medical Services S.r.l. nella misura di € 3.000,00 (tremila/00) ciascuna (€ 9.000,00 complessivi), oltre oneri e spese generali.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 27 gennaio 2023 con
l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Silvia Cattaneo, Consigliere

Antonio De Vita, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Antonio De Vita

IL PRESIDENTE
Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO