

**N. 00989/2012 REG.PROV.COLL.
N. 03744/2011 REG.RIC.**



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 3744/11, proposto dalla Roche Diagnostic s.p.a. – società Unipersonale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Manzi, Alessandra Bazzani e Jacopo Recla presso il cui studio in Roma, Via F. Confalonieri 5, è elettivamente domiciliata;

contro

l'Azienda Unità Sanitaria Locale Roma H, in persona del rappresentante legale pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Fornaro presso il cui studio in Roma, p.zza Trinità dei Monti n 16, è elettivamente domiciliata,

per l'annullamento

della deliberazione n. 184 del 7 marzo 2011 del direttore generale dell'Ausl Roma H, recante “procedura ristretta per la fornitura di sistemi diagnostici completi e di prodotti diagnostici. Presa d'atto sentenza del Tar Lazio n. 972 del 3 febbraio 2011. Revoca determinazione n. 19 del 25 gennaio 2011. Provvedimenti conseguenti”, nonché, per quanto occorre possa, della deliberazione n. 19 del 2011, nonché di ogni altro atto presupposto consequenziale e comunque connesso.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Unità Sanitaria Locale Roma H;

Viste le memorie prodotte dalle parti in causa costituite a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 24 gennaio 2012 il Consigliere Giulia Ferrari; uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

FATTO

1. Con ricorso notificato in data 28 aprile 2011 e depositato il successivo 3 maggio la Roche Diagnostics s.p.a. – Società Unipersonale ha impugnato, tra gli altri, la deliberazione n. 184 del 7 marzo 2011 del direttore generale dell'Ausl Roma H, recante “procedura ristretta per la fornitura di sistemi diagnostici completi e di prodotti diagnostici. Presa d'atto sentenza del Tar Lazio n. 972 del 3 febbraio 2011. Revoca determinazione n. 19 del 25 gennaio 2011. Provvedimenti conseguenti”.

Esponde, in fatto, che l'impugnata delibera n. 184 del 2011 è stata adottata dall'Amministrazione sanitaria a seguito del contenzioso avviato per l'annullamento dell'aggiudicazione della fornitura di sistemi diagnostici completi e di prodotti diagnostici da destinarsi ai laboratori di analisti e centri trasfusionali dell'A.U.S.L. Rm H. L'aggiudicazione era stata annullata dal Tar Lazio con sentenza n. 4396 del 19 novembre 2008, confermata dal Consiglio di Stato (sentenza n. 2960 del 14 maggio 2010). Con contestuale ordinanza n. 241 del 2009 lo stesso Tar aveva sospeso il giudizio, ex art. 356 c.p.c., solo in relazione ai motivi aggiunti proposti avverso i contratti medio tempore stipulati. Con ordinanza n. 5259 del 2010 la Corte di cassazione aveva affermato la giurisdizione del giudice amministrativo a dichiarare l'inefficacia dei contratti, poi dichiarati tali dal Tar con sentenza n. 972 del 3 febbraio 2011. A fronte di tutti i giudizi favorevoli del giudice amministrativo la ricorrente ha diffidato l'Azienda sanitaria a indire una nuova procedura di gara.

Con l'impugnata determina il Direttore generale della AUSL ha disposto che si procedesse all'indizione della procedura ex art. 57, comma 2, lett. c, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 sull'erroneo presupposto della sussistenza di ragioni di urgenza ad essa non imputabili.

2. Avverso i predetti provvedimenti la ricorrente è insorta deducendo:

a) Violazione e falsa applicazione art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006 – Eccesso di potere per difetto dei presupposti, travisamento dei fatti e difetto di istruttoria e di motivazione.

E' erroneo il presupposto che l'Azienda sanitaria ha posto a base della decisione di indire la gara ex art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006, atteso che le circostanze che hanno reso urgente l'espletamento della gara sono imputabili alla stessa stazione appaltante.

b) Eccesso di potere per difetto dei presupposti e violazione e falsa applicazione art. 57, comma 2, lett. c), e comma 6,

d.lgs. n. 163 del 2006 – Eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di istruttoria e di motivazione.

Le conseguenze derivanti da pronunce giurisdizionali non sono idonee a configurare la situazione di urgenza non imputabile alla stazione appaltante.

c) Eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di istruttoria e di motivazione – Eccesso di potere per violazione e falsa applicazione art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006.

Quanto all'urgenza, che deve essere necessaria per poter far ricorso alla procedura prevista dall'art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006, l'impugnata delibera non motiva in ordine alle ragioni che non rendono possibile ricorrere alla procedura ordinaria.

d) Violazione e falsa applicazione art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere per difetto dei presupposti, travisamento dei fatti e difetto di istruttoria e di motivazione.

Dalla declaratoria di inefficacia dei contratti non è conseguita l'assenza di fornitura che giustifica il ricorso alla procedura prevista dall'art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006.

e) Eccesso di potere per difetto di presupposti, travisamento dei fatti e difetto di istruttoria e di motivazione – Violazione e falsa applicazione artt. 55 e 57, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006.

Nell'impugnata delibera non è indicata né la durata della possibile fornitura né il rapporto tra la procedura negoziata ex art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006 e la procedura comunitaria ex art. 55 dello stesso codice appalti.

f) Violazione ed elusione delle sentenze del Tar Lazio n. 4396 del 2009 e n. 972 del 2011.

La sentenza del Tar Lazio n. 4396 del 2009 aveva annullato la procedura a partire dal bando e la successiva n. 972 del 2011 aveva dichiarato inefficaci i contratti di fornitura. La procedura impugnata non ottempera il giudicato del Tar perché rinvia ad un momento futuro ed indeterminato l'effettiva esecuzione.

3. Si è costituita in giudizio l'Azienda Unità Sanitaria Locale Roma H, che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso per mancata notifica alle ditte controinteressate, da individuare in quelle aggiudicatrici dei lotti non travolti dal giudicato formatosi sulla sentenza del Tar Lazio n. 4396 del 2009. Nel merito ha sostenuto l'infondatezza del ricorso.
4. Con memorie depositate alla vigilia dell'udienza di discussione le parti costituite hanno ribadito le rispettive tesi difensive.
5. All'udienza del 24 gennaio 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente il Collegio rileva che sebbene la ricorrente abbia qualificato il proprio gravame come proposto in ottemperanza alle sentenze del Tar Lazio n. 4396 del 19 novembre 2008 (confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 2960 del 14 maggio 2010), e n. 972 del 3 febbraio 2011, in effetti i motivi proposti con l'atto introduttivo (salvo il sesto) sono rivolti a censurare la deliberazione n. 184 del 7 marzo 2011 del direttore generale dell'Ausl Roma H per profili che vanno ben oltre la statuizione del Tribunale.

Il Collegio dunque, avvalendosi della possibilità riconosciutagli dall'art. 32, comma 2, c.p.a., qualifica il gravame in esame come ricorso per l'annullamento e non per l'ottemperanza. Si tratta di una precisazione di non poca importanza atteso che si consente in tal modo la verifica della legittimità del provvedimento impugnato anche per profili non toccati dalle precedenti statuizioni di questo giudice. In altri termini, la deliberazione n. 184 del 2011 potrebbe non violare il giudicato, atteso che con le citt. sentenze del 2008 e del 2011 il Tar si era limitato ad annullare, nei limiti dell'interesse, gli atti di gara e a dichiarare l'inefficacia dei relativi contratti medio tempore stipulati; la stessa deliberazione potrebbe però essere illegittima per altri profili (dedotti dalla Roche s.p.a. con i motivi da 1 a 5

dell'odierno gravame) e dover dunque essere annullata.

2. Ancora in via preliminare deve essere respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata dall'Azienda Unità Sanitaria Locale Roma H sul rilievo che il gravame non sarebbe stato notificato alle ditte controinteressate, da individuare in quelle aggiudicatarie dei lotti non travolti dal giudicato formatosi sulla sentenza del Tar Lazio n. 4396 del 2009.

E' agevole infatti opporre che dal tenore del gravame, nel quale si fa ripetuto richiamo al giudicato amministrativo (formatosi sulle sentenze del Tar Lazio n. 4396 del 19 novembre 2008, confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 2960 del 14 maggio 2010, e n. 972 del 3 febbraio 2011) dal quale sarebbe scaturito l'obbligo dell'Azienda sanitaria di bandire una gara ordinaria con pubblicazione del bando, si evince che l'interesse azionato dalla ricorrente è limitato ai lotti la cui aggiudicazione era stata annullata ed i relativi contratti dichiarati inefficaci con le citate sentenze. La sentenza del Tar Lazio n. 4396 del 2009 aveva infatti espressamente chiarito che dei 41 lotti in cui era stata suddivisa la licitazione privata per la fornitura di sistemi diagnostici completi e di prodotti diagnostici per Laboratori di analisi e Centri trasfusionali, "l'annullamento della gara in esame per le violazioni di carattere generale sopra esaminate comporta la sua caducazione limitatamente ai lotti ai quali ha partecipato la ricorrente, vale a dire: 3, 4, 10, 17, 22, 30, 31, 33, 35 e 36".

Del resto, essendo il ricorso in esame volto all'individuazione della corretta attività amministrativa conseguente al giudicato formatosi sulle predette sentenze del Tribunale, la Roche non poteva che chiedere l'indizione della procedura di gara ex art. 55 per i lotti ai quali detto giudicato si riferiva. Rispetto a tali lotti non sono configurabili controinteressati.

3. Né, infine, si potrebbe dubitare del carattere immediatamente lesivo della delibera impugnata, essendo la stessa

immediatamente esecutiva e contendendo l'ordine del Direttore generale di procedere immediatamente, nelle more dell'indizione della gara comunitaria, alla procedura negoziata senza bando, senza che fosse rimesso alcuno spazio di valutazione discrezionale al direttore dell'UOC ABS, al quale era stata dato mandato in tal senso.

4. Passando al merito, come già accennato è in contestazione la scelta della stazione appaltante, contenuta nell'impugnata delibera n. 184 del 7 marzo 2011, di fare ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando ex art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Con i primi due motivi di gravame si deduce la mancanza di entrambi i presupposti necessari per utilizzare tale procedura, id est l'urgenza di affidare l'appalto tale da non rendere possibile seguire la procedura ordinaria prevista dall'art. 55 del codice appalti e la non imputabilità di tale situazione di urgenza alla stessa stazione appaltante.

Ricorda il Collegio che ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006, il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara è possibile nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara e sempre che tali circostanze invocate a giustificazione dell'estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti.

Ciò in quanto il ricorso a tale sistema di scelta del contraente, che si sostanzia in una vera e propria trattativa privata, rappresenta un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorsualità tipica della procedura aperta, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva e in particolare, per quanto riguarda l'urgenza di provvedere, essa non deve essere addebitabile in alcun modo all'Amministrazione per carenza di adeguata organizzazione o programmazione ovvero per sua inerzia o responsabilità, circostanze queste che si ritiene non

ricorrano nella fattispecie, alla luce dei fatti sopra riassunti (Cons.St., sez. V, 10 novembre 2010, n. 8006; Tar Catania, sez. III, 1 marzo 2011, n. 524; Tar Reggio Calabria 9 febbraio 2010, n. 62).

Nel caso in esame mancano entrambi i presupposti.

Non sussiste l'urgenza qualificata, atteso che, come afferma la ricorrente senza essere smentita dalla stazione appaltante, pur essendo stata la determina adottata il 7 marzo 2011 ed essendo immediatamente eseguibile (come nella stessa si dà espressamente atto), a luglio ancora la procedura non era iniziata, non essendo stata invitata alcuna ditta. Circostanza quest'ultima dimostrata dalla documentazione versata in atti alla vigilia dell'udienza di discussione dalla stessa Amministrazione, che attesta che l'Azienda sanitaria ancora manifesta (con atti meramente confermativi, come dichiarato dalla stessa Azienda all'udienza di discussione) l'intenzione di procedere ai sensi dell'art. 57, d.lgs. n. 163 del 2006.

E comunque le ragioni di urgenza, seppure esistenti, non sono state per nulla esternate, essendosi limitato il parere reso dall'avv. Fornataro (n. 12645 dell'11 febbraio 2011), richiamato per relationem nella deliberazione n. 184 del 2011, a rinviare, per la specificazione delle ragioni di necessità ed urgenza, "da motivare in modo adeguato" (pag. 5), alla determina definitiva. Quest'ultima, a sua volta, si è limitata a fare generico riferimento alla gravità e all'urgenza che la vicenda riveste, "soprattutto solo il profilo delle legittime modalità di approvvigionamento nelle more della riedizione della procedura comunitaria".

Si tratta indubbiamente di una forma apodittica che non soddisfa ed esaurisce l'onere motivazionale che una costante giurisprudenza del giudice amministrativo richiede.

Ciò in quanto, in sede di affidamento di appalti pubblici, la procedura di evidenza pubblica costituisce un presidio indispensabile a garanzia del corretto dispiegarsi della libertà di concorrenza e della trasparenza dell'operato delle

amministrazioni dalla quale si può prescindere, ai sensi dell'art. 57, comma 2, del codice degli appalti solo eccezionalmente (Cons. St., sez. VI, 28 gennaio 2011, n. 642). Rappresentando tale procedura un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorsualità tipica della procedura aperta, i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva (Cons.St., sez. V, 2 novembre 2011, n. 5837).

Segue da ciò la necessità di motivare congruamente l'esistenza dei presupposti richiesti dal legislatore per derogare alla regola del massimo coinvolgimento degli operatori economici, non essendo sufficiente un mero richiamo, nella delibera di affidamento con la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, all'urgenza di provvedere, occorrendo piuttosto una motivazione dettagliata (Cons. St., sez. V, 31 dicembre 2007, n. 6797; Tar Lazio, sez. III, 16 gennaio 2010, n. 286), che specifichi i presupposti di fatto dell'urgenza stessa (Tar Lazio, sez. III, 3 luglio 2009, n. 6443).

Né può ritenersi, come afferma l'Amministrazione resistente, di poter rinvenire tale supporto motivazionale nella delibera del 7 settembre 2010, sia perché alla stessa non si fa rinvio ob relationem nell'impugnata determina n. 184 del 7 marzo 2011 sia perché essa esterna le ragioni che rendono necessaria l'esecuzione contrattuale relativamente ai lotti 1 e 28, non compresi tra quelli la cui gara è stata annullata per effetto del ricorso originariamente proposto dalla Roche s.p.a. e dunque a fattispecie che, in mancanza di espresso rinvio, non può estendersi alla fattispecie all'esame del Collegio.

Come già chiarito, l'urgenza di procedere deve essere, oltre che concreta e motivata, anche non addebitabile alla stazione appaltante per carenza di adeguata organizzazione o programmazione ovvero per sua inerzia o responsabilità (Cons. St., sez. V, 10 novembre 2010, n. 8006; Tar L'Aquila 10 gennaio 2011, n. 3).

Tali presupposti devono sussistere entrambi, con la conseguenza che è sufficiente, a rendere illegittimo il ricorso alla procedura dell'art. 57, comma 2, del codice degli appalti, la mancanza (e la mancata motivazione) dell'urgenza, indipendentemente dall'individuazione del soggetto al quale la stessa sia imputabile.

5. Per le ragioni che precedono il ricorso deve essere accolto.

Quanto alle spese di giudizio, può disporsene l'integrale compensazione fra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla la delibera impugnata.

Compensa integralmente tra le parti in causa le spese e gli onorari del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Maria Luisa De Leoni, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/01/2012

IL SEGRETARIO

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