

N. 00750/2013 REG.PROV.COLL.
N. 04692/2012 REG.RIC.
N. 04716/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di [registro](#) generale 4692 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

APPLIED MEDICAL DISTRIBUTION EUROPE B.V., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Edoardo Tedeschi, Francesca Orlini e Ferdinando Pinto, ed elettivamente domiciliata in Napoli alla Via Cesario Console n. 3 presso lo studio dell'Avv. Erik Furno;

contro

- A.O.R.N. DEI COLLI “MONALDI – COTUGNO – CTO”, rappresentata e difesa dall'Avv. Raffaele Cuccurullo, con il quale è elettivamente domiciliata in Napoli alla Via G. Quagliariello n. 54 presso l'avvocatura dell'ente;

- SO.RE.SA. S.p.A., non costituita in giudizio;

nei confronti di

JOHNSON & JOHNSON MEDICAL S.p.A., non costituita in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 4716 del 2012, proposto da:

COVIDIEN ITALIA S.p.A., rappresentata e difesa dall'Avv. Piero Fidanza, ed elettivamente domiciliata in Napoli alla Via degli Astronauti n. 4 presso lo studio dell'Avv. Eugenio Carbone;

contro

A.O.R.N. DEI COLLI "MONALDI – COTUGNO – CTO" e SO.RE.SA. S.p.A., non costituite in giudizio;

nei confronti di

[JOHNSON](#) & JOHNSON MEDICAL S.p.A., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 4692 del 2012, come integrato dai motivi aggiunti:

- a) del bando di gara per l'affidamento della fornitura per 12 mesi di dispositivi medici per procedure chirurgiche e correlati servizi di gestione dell'approvvigionamento per la chirurgia generale degli ospedali D. Cotugno e CTO, pubblicato in data 25 settembre 2012 sulla G.U.U.E.;
- b) del disciplinare di gara e dei relativi allegati;
- c) del capitolato speciale di appalto e del relativo allegato A;
- d) della nota prot. n. 1386 del 22 ottobre 2012, con cui l'Azienda Ospedaliera dei Colli ha rigettato l'istanza ad intervenire in autotutela avverso il provvedimento impugnato;
- e) di ogni altro atto e provvedimento presupposto, connesso e conseguente ed in particolare, ove occorrer possa, della deliberazione dell'Azienda Ospedaliera dei Colli n. 864 del 4 settembre 2012;
- f) della nota prot. n. 1416 del 25 ottobre 2012, con cui l'Azienda Ospedaliera dei Colli ha risposto alle richieste di chiarimenti o di modifiche al capitolato speciale di gara ed ha sostituito integralmente l'allegato A al citato capitolato;
- g) del nuovo allegato A "elenco descrittivo dei dispositivi", che ha sostituito integralmente il precedente Allegato impugnato con il ricorso introduttivo;
- h) del nuovo modulo dell'offerta economica ripubblicato in data 25 ottobre

2012;

i) di ogni altro atto e provvedimento presupposto, connesso o conseguente;
quanto al ricorso n. 4716 del 2012:

per l'annullamento

l) del bando di gara per l'affidamento della fornitura per 12 mesi di dispositivi medici per procedure chirurgiche e correlati servizi di gestione dell'approvvigionamento per la chirurgia generale degli ospedali D. Cotugno e CTO, pubblicato in data 25 settembre 2012 sulla G.U.U.E.;

m) dell'atto di autorizzazione ad espletare un'autonoma procedura concorsuale della SO.RE.SA. S.p.A. prot. n. UO10644 del 2 agosto 2012, rilasciato all'Azienda Ospedaliera dei Colli;

n) dell'istanza di autorizzazione dell'Azienda Ospedaliera dei Colli prot. n. 10676 del 18 luglio 2012;

o) della nota prot. n. 1416 del 25 ottobre 2012, con cui l'Azienda Ospedaliera dei Colli ha risposto alle richieste di chiarimenti o di modifiche al capitolato speciale di gara ed ha sostituito integralmente l'allegato A al citato capitolato;

p) di tutti gli atti precedenti, connessi e conseguenti, compresi il disciplinare, il capitolato speciale di appalto, i relativi allegati e tutta la lex specialis di gara;

e per la condanna

dell'amministrazione intimata al risarcimento dei danni consequenziali in forma specifica tramite l'annullamento degli atti impugnati o, in via gradata, per equivalente monetario.

Visti i ricorsi, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2013 il dott. Carlo Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Letto l'art. 120, comma 10, del c.p.a. sull'ordinaria redazione della sentenza in forma semplificata nel rito appalti;

Ritenuto che i presenti ricorsi devono essere riuniti, attesa la loro connessione soggettiva ed oggettiva;

Rilevato, in dettaglio, che:

- con entrambi i ricorsi sono impugnati vari atti, tutti meglio in epigrafe individuati, in virtù dei quali l'Azienda Ospedaliera dei Colli "Monaldi – Cotugno – CTO" (d'ora in seguito anche "AORN") ha provveduto ad indire e disciplinare una procedura aperta per l'affidamento della fornitura per 12 mesi di dispositivi medici per procedure chirurgiche;

- solo nel ricorso n. 4716/2012 è formulata istanza di risarcimento dei danni consequenziali in forma specifica tramite l'annullamento degli atti impugnati o, in via graduata, per equivalente monetario;

Considerato, quanto al ricorso n. 4692/2012 (come integrato dai motivi aggiunti), che:

- la società ricorrente contesta la legittimità di tutta la procedura di gara come indetta e disciplinata, ritenendola indebitamente restrittiva del novero dei potenziali concorrenti e lesiva del suo interesse alla partecipazione;

- in via preliminare, deve essere disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, articolata dalla difesa aziendale sulla scorta dell'assunto che la società ricorrente ha presentato domanda di partecipazione alla gara e non è stata destinataria di provvedimenti di estromissione;

- la mera presentazione della domanda di partecipazione non è indicativa del possesso di tutti i requisiti previsti dalla lex specialis di gara e potrebbe essere stata effettuata solo a fini tuzioristici per dimostrare l'interesse a quella specifica procedura; peraltro, milita in tale ultimo senso la

dichiarazione resa dal difensore della ricorrente in occasione dell'udienza di discussione della causa, con la quale si è chiarito che la domanda di partecipazione è stata inoltrata solo a scopo cautelativo;

- inoltre, la circostanza che non sia (ancora) intervenuto un formale provvedimento di esclusione dalla procedura selettiva non comporta che la ditta interessata non possa impugnare immediatamente la lex specialis di gara, quando quest'ultima sia avvertita, come nel caso di specie, immediatamente lesiva delle prerogative partecipative, anche al fine di evitare di incorrere in decadenze processuali (cfr. Consiglio di Stato, A.P., 7 aprile 2011 n. 4);

- nel merito, si presenta fondata la censura con cui parte ricorrente deduce l'illegittimità degli atti impugnati per violazione dei principi di libera concorrenza, di non discriminazione e di trasparenza, essendo contenuta nell'art. 9 del capitolato speciale di appalto la previsione che limita la partecipazione alla selezione alle imprese che coprono con la propria offerta almeno 16 dei 18 protocolli costituenti l'intera fornitura;

- difatti, è palese la portata discriminatoria di tale clausola, la quale, attesa l'eterogeneità merceologica dei dispositivi medici ricadenti in ogni singolo protocollo (cfr. allegato A al capitolato, letto alla luce della Classificazione Nazionale dei Dispositivi medici di cui ai decreti del Ministero della Salute 7 ottobre 2011 e 20 febbraio 2007) e considerata la cogenza della concomitante clausola (sempre contemplata nell'art. 9 del capitolato) secondo la quale "ciascun protocollo offerto deve presentare una copertura del 100% dei prodotti in esso contenuti", non può che determinare un accesso alla procedura circoscritto alle sole poche aziende del settore in grado di commercializzare contestualmente quasi tutta l'ampia rosa dei dispositivi richiesti;

- soccorre al riguardo il consolidato orientamento giurisprudenziale, seguito anche da questo Tribunale, che rimarca che la disciplina di gara ben può

richiedere ai concorrenti requisiti di partecipazione e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché tali ulteriori prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza con riguardo alle specifiche esigenze imposte dall'oggetto dell'appalto, e comunque non introducano indebite discriminazioni nell'accesso alla procedura (cfr. per tutte Consiglio di Stato, Sez. V, 2 febbraio 2010 n. 426; Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 maggio 2007 n. 2304; TAR Lazio Roma, Sez. II, 9 dicembre 2008 n. 11147);

- la clausola in questione si palesa, pertanto, illegittima ed è idonea ad inficiare la validità dell'intera procedura di gara, che pertanto merita di essere rimossa mediante l'annullamento degli atti impugnati, assorbita ogni altra censura non esaminata;

Considerato, quanto al ricorso n. 4716/2012, che:

- l'avvenuto annullamento degli atti inerenti alla procedura parimenti contestata con il ricorso in esame non può non comportare la sopravvenuta carenza di interesse all'impugnativa;

- tale sopravvenuta carenza di interesse si estende alla connessa istanza risarcitoria, avendo la stessa società ricorrente prospettato la soddisfazione di tale istanza attraverso l'annullamento degli atti impugnati;

Ritenuto, in conclusione, che:

- il ricorso n. 4692/2012, come integrato dai motivi aggiunti, deve essere accolto, mentre il ricorso n. 4716/2012 deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse;

- sussistono giusti e particolari motivi, in ragione della peculiarità delle vicende contenziose, per disporre la compensazione tra le parti delle spese processuali relative ad entrambi i giudizi, ad eccezione dell'importo del contributo unificato, che dovrà essere rifuso a cura dell'AORN in favore di ciascuna delle società ricorrenti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti, come in epigrafe proposti, così statuisce:

- accoglie il ricorso n. 4692/2012 e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati;
- dichiara improcedibile il ricorso n. 4716/2012.

Spese compensate, ad eccezione dell'importo del contributo unificato, che dovrà essere rifuso a cura dell'A.O.R.N. dei Colli "Monaldi – Cotugno – CTO" in favore di ciascuna delle società ricorrenti.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Fabio Donadono, Consigliere

Carlo Dell'Olio, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/02/2013

IL SEGRETARIO

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