

N. 03534/2014REG.PROV.COLL.  
N. 08305/2013 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8305 del 2013, proposto da:  
Publiclean Soc. Cons. a r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giuliano  
Di Pardo, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, piazza del  
Popolo, 18;

***contro***

Molnlycke Health Care s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Bruna  
D'Amario Pallottino, con domicilio eletto presso la stessa in Roma,  
via Varrone, 9; Azienda Sanitaria Locale n. 2 Lanciano-Vasto-Chieti;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO – SEZIONE STACCATA DI  
PESCARA - SEZIONE I n. 00348/2013, resa tra le parti,  
concernente estensione fuori gara di fornitura di teleria in 'TNT' per  
le sale operatorie di Lanciano Vasto ed Atessa

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;  
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Mölnlycke Health Care srl;  
Viste le memorie difensive;  
Visti tutti gli atti della causa;  
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 giugno 2014 il Cons.  
Vittorio Stelo e uditi per le parti gli avvocati Meo su delega dell'avv.  
Di Pardo e D'Amario Pallottino;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo – Sezione staccata di Pescara – Sezione I, con sentenza n. 348 del 6 giugno 2013 depositata il 24 giugno 2013, ha accolto, con condanna alle spese della A.S.L. n. 2 Lanciano – Vasto – Chieti (che ha riunito le due A.S.L. di Chieti e di Lanciano – Vasto), il ricorso proposto dalla Mölnlycke Health Care s.r.l. (di seguito, Mölnlycke), con sede in Gallarate (VA), avverso la deliberazione n. 2089 del 28 dicembre 2012 con cui l'Azienda ha affidato – ai sensi degli artt. 57, c.3, lett. b) del Codice dei Contratti Pubblici e 311 del Regolamento ex D.P.R. n. 207/2010- alla Publiclean Società Consortile a.r.l. (di seguito, Publiclean), con sede in Lanciano (CH), la fornitura del materiale (teleria e kit) in T.N.T. (“tessuto non tessuto”- usa e getta) per importo annuo di € 360.000,00 per 5 anni e mezzo, con ulteriore sconto del 10% sul prezzo offerto dalla Mölnlycke per altro appalto assegnato per materiale T.N.T. per le sale operatorie dei presidi di

Lanciano, Vasto e Atesa, e ciò in aggiunta al servizio di lavanolo, assegnato nel 2008 fino al 24 giugno 2018 e comprensivo anche di noleggio del cd. “verde” (cotone) nonché della pulizia della biancheria e della gestione del guardaroba, presso l'ex A.S.L. Lanciano – Vasto.

Il giudice di prime cure ha motivatamente ritenuto che non sussistessero le condizioni richieste dalla citata normativa applicabile alle forniture e non ai servizi, e che nella fattispecie si trattasse di ampliamento non del contratto di servizio in corso per un prodotto in cotone dall'uso ripetuto ma dell'acquisto di prodotto del tutto diverso “usa e getta”.

Il nuovo affidamento era disposto poi per una fornitura che si protraeva per gli oltre tre anni prescritti dal detto art. 57 e il T.N.T. era separabile dal noleggio della biancheria e dal cd. verde, non creava “gravi inconvenienti” alla gestione del guardaroba e il prodotto poteva essere distribuito anche da altro operatore; il citato art. 311 consente sì una “variante” senza aumento di costo, ma nel caso, pur conseguendosi un significativo miglioramento della qualità delle prestazioni, si realizzava anche un considerevole aumento dei costi.

Veniva così a concretarsi una modifica sostanziale del contratto iniziale così trasformatosi in contratto misto e quindi da qualificarsi come nuovo contratto da assegnare con procedura di evidenza pubblica previa pubblicazione di bando di gara, come ordinariamente

prescrive il Codice dei Contratti Pubblici e la stessa normativa comunitaria, per cui le eccezioni sono di strettissima interpretazione. Si disponeva quindi l'annullamento degli atti impugnati e la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, così soddisfacendo l'interesse della ricorrente che, operatore del settore e affidataria di analogo contratto con l'ex A.S.L. di Chieti, avrebbe potuto partecipare alla gara ora da bandire dall'Amministrazione.

2. La Publiclean a.r.l., con atto notificato il 5 novembre 2013 e depositato il 19 novembre 2013, ha interposto appello, con domanda di sospensiva, sottolineando la correttezza dell'operato dell'Amministrazione ed eccependo l'inammissibilità, per carenza di interesse e difetto di legittimazione, del ricorso in primo grado proposto dalla Mölnlycke, che avrebbe chiesto solo il subentro nel contratto recante l'estensione disposta a favore della Publiclean, ma in nome proprio e non quale mandataria del R.T.I. con Servizi Sanitari, e il T.A.R. sarebbe incorso nel vizio di ultra petizione disponendo l'annullamento dei provvedimenti e l'indizione di gara.

Nel merito, il servizio in oggetto è di natura mista perché già si concreta in una fornitura (biancheria) e in un servizio (noleggio e lavaggio biancheria), e la natura non cambia con la fornitura del T.N.T., che è complementare al verde e quindi prescinde dal carattere monouso del prodotto.

Non si tratta quindi di affidamento aggiuntivo ma di estensione di appalto deliberato nel 1999 con contratto stipulato nel 2009 con

servizio necessario e a perfezionamento del progetto iniziale, a seguito di variante connessa a eventi sopravvenuti e imprevedibili dovuti a nuova normativa e a specifica richiesta dei sanitari, nonché di gravi inconvenienti e interferenze di certo conseguenti all'introduzione di altra azienda nell'esecuzione di parte del servizio; la scadenza del contratto non poteva che ricollegarsi quindi al giugno 2018, sì oltre i tre anni previsti però solo "di norma" dal legislatore; è stata svolta una puntuale istruttoria su tutti gli aspetti amministrativi e tecnico-sanitari; l'affidamento è stato disposto a suo favore in quanto aggiudicataria di servizio in essere mentre la Mölnlycke era sì affidataria di analogo servizio per i presidi ospedalieri di Chieti – Ortona – Guardiagrele già scaduto il 16 giugno 2013 ma non di Lanciano – Vasto – Atesa in atto serviti dall'appellante; l'estensione era contenuta entro il quinto d'obbligo e il 50% dell'importo del contratto iniziale, con compensazione tra il costo del T.N.T. e il risparmio connesso alla cessazione della fornitura del cotone "verde".

Con memoria depositata il 18 aprile 2014 sono stati ribaditi i motivi dell'appello.

3. La Mölnlycke Health Care s.r.l. si è costituita con memoria depositata il 30 novembre 2013 a sostegno della sentenza impugnata, riproducendo le censure proposte in primo grado e assorbite dal T.A.R., relative al dettaglio del rapporto intercorso fra Publiclean e l'A.S.L. e all'insussistenza delle condizioni previste dalla richiamata

normativa per l'estensione del contratto in essere, e replicando ai motivi dell'appello.

Nel sottolineare la caratteristica di appalto di "servizi" della fattispecie poi trasformatosi in "fornitura" solo del T.N.T., in particolare contesta l'eccepita ultrapetizione, avendo proposto in primo grado l'annullamento dei provvedimenti impugnati e quindi la conseguente indizione della gara, nonché la dedotta carenza di interesse e di legittimazione, essendo, come evidenziato dal T.A.R., operatore del settore che ha in corso un analogo contratto con l'ex A.S.L. Chieti, e avendo legittimamente formulato il ricorso anche, come si evince, come mandataria di A.T.I. e comunque, svolgendo già direttamente un servizio analogo, può agire in giudizio in maniera autonoma come da richiamata giurisprudenza.

Soggiunge che lo sconto del 10% offerto dall'appellante dimostra che si è trattato di trattativa privata e che la somma aggiudicataria non rientra nell'asserito quinto d'obbligo, sul quale il T.A.R. non si è in ogni caso espresso.

Infine, sostiene l'illegittimità derivata dalla nota di replica all'istanza ex art. 243 bis del D.Lgs. n. 163/2006 perché volta a integrare in momento successivo la motivazione del provvedimento impugnato.

Con memoria depositata il 26 aprile 2014 ha replicato alle ultime argomentazioni di parte appellante e sono state ribadite le considerazioni già svolte.

4. La causa, rinviata alla trattazione di merito nella camera di

consiglio del 1° dicembre 2013, all'udienza pubblica del 19 giugno 2014 è stata trattenuta in decisione.

5.1. L'appello è infondato e la sentenza impugnata merita conferma per le considerazioni che seguono.

5.2. Si premette che l'ex A.S.L. di Lanciano – Vasto, a seguito di procedura a evidenza pubblica, ebbe, ad affidare, con contratto stipulato nel 2009 in esecuzione di deliberazioni adottate nel 1999 e 2008, alla Publiclean Società Consortile a.r.l. il servizio di lavanolo, comprensivo nel noleggio di “verde” (cotone) per la sala operatoria, per l'area territoriale di competenza per anni 9 fino al 24 giugno 2018 e al costo complessivo annuo di € 1.100.000,00.

L'ex A.S.L. di Chieti, a seguito anch'essa di procedura ad evidenza pubblica, con deliberazioni adottate nel 2008, ha affidato la fornitura di teleria e kit in T.N.T. all'A.T.I. Mölnlycke Health Care Italia (fornitrice del T.N.T.) – Servizi Ospedalieri, già affidataria del servizio di lavanolo.

La neo A.S.L. n. 2 Lanciano – Vasto – Chieti, con determinazione n. 2089 del 28 dicembre 2012, su sollecitazione dei competenti organi interni sanitari e amministrativi, ha proceduto alla sostituzione dei telini in cotone (cd. “verde”), non più ritenuti idonei in sala operatoria per la sicurezza del paziente e quindi per la responsabilità degli operatori, con materiale in T.N.T. e quindi ad affidare la fornitura alla detta Publiclean agli stessi patti, prezzi e condizioni in essere presso la ex A.S.L. di Chieti, con uno sconto del 10%, fino alla

scadenza del contratto in corso e fino al 24 giugno 2018 per un costo complessivo aggiuntivo di € 360.000,00 annuali (+ I.V.A. pari a € 435.600,00).

La procedura negoziata, senza ricorrere alla procedura di evidenza pubblica, è stata giustificata dal combinato disposto di cui agli artt. 311 del D.P.R. n. 207/2010 e 57, c.3, lett. b), del D.Lgs. n. 163/2006, che in tal senso dispongono, come da citata deliberazione, “nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario è destinata al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente o all’ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di forniture obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbe incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate”.

5.3. In via preliminare si rileva che il contenzioso è stato promosso a suo tempo dalla Mölnlycke, quale operatore del settore già assegnatario di analogo servizio e legittimato anche singolarmente a proporre impugnativa avverso le operazioni di gara, e la stessa, contrariamente a quanto asserito dall’appellante, non richiede il subentro bensì legittimamente l’annullamento degli atti impugnati e l’indizione di gara cui partecipare (cfr. Ad. Plen. n. 1/2010).

Ciò detto la vertenza ha quale *thema decidendum* la sussistenza o meno nella fattispecie delle condizioni poste dalla citata normativa per procedere alla procedura negoziata senza gara, e di certo rientra nella



valutazione discrezionale della Stazione appaltante ricorrere alla detta procedura, ma anche tale scelta non può non essere suffragata da un'adeguata motivazione in relazione proprio ai parametri di legge, posto che quelle previsioni, per la loro eccezionalità, non possono che essere sottoposte a stretta e rigorosa interpretazione anche per evitare agevoli "elusioni" (cfr., fra le altre, III nn. 2404/2011, 26/2013 e 828/2014).

Orbene, a ben leggere gli atti, la Sezione ritiene di concordare con il giudice di prime cure nell'assumere che nel caso di specie non sussistono i presupposti necessari per far ricorso alla procedura negoziata.

A prescindere dalla natura dell'appalto, se cioè di servizi e/o forniture, valgono al riguardo le diverse caratteristiche del prodotto da fornire *ex novo*, e cioè del T.N.T., rispetto al precedente, il cotone "verde" che era oggetto di specifico contratto che ha disposto particolari modalità, costi e periodi di vigenza del servizio.

Tanto che è stato necessario procedere ad una vera e propria trattativa privata, con la determinazione di uno specifico sconto proprio sulle condizioni economiche già offerte dalla Mölnlycke, quindi del costo complessivo della fornitura del T.N.T. anch'essa disposta fino al 24 giugno 2018; l'istruttoria peraltro risulta essere stata complessa e con l'iniziale indisponibilità della Publiclean.

Tale determinazione è stata assunta senza una idonea e articolata motivazione sulla scelta di "testare" la finale disponibilità della

Publiclean, che non era l' "unico" in grado di impiegare il T.N.T., e non anche quella della Mölnlycke, che pure forniva già i materiali in T.N.T. ai presidi ospedalieri alla ex A.S.L. di Chieti, confluita poi, come la ex A.S.L. di Lanciano – Vasto, nella A.S.L. di Lanciano – Vasto – Chieti, a prescindere al riguardo dalla esigenza della unicità della prestazione e della possibilità di usufruire dell'impianto logistico-organizzativo della Publiclean che già svolgeva per il servizio di lavanolo.

Peraltro tale possibilità non veniva citata nelle discipline delle precedenti procedure di affidamento e, come emerge dalla deliberazione n. 2089/2012, l'esigenza del T.N.T. è sorta peraltro già dal settembre 2011, nel contesto di uno specifico processo di revisione della procedura aziendale nonché delle criticità connesse al materiale "verde" evidenziate nel giugno 2012, e l'affidamento del T.N.T. è avvenuto alla fine del 2012, per cui si rileva che il tempo sarebbe stato sufficiente anche per interpellare la Mölnlycke, che pure viene richiamata più volte nella deliberazione, ovvero, meglio, per effettuare con sollecitudine una preventiva indagine conoscitiva tra gli operatori del settore (cfr. citate sentenze) pure con una procedura ristretta ex art. 57, c.6, ovvero per procedere alla pubblicazione di uno specifico bando anche europeo.

Il materiale T.N.T. in effetti costituisce un prodotto "nuovo" rispetto al precedente quindi non "complementare" o "aggiuntivo" né si dà luogo a rinnovo solo parziale del materiale stesso; non si

rilevano per di più circostanze impreviste o imprevedibili né si avvisano obblighi provenienti da normative entrate recentemente in vigore.

Né, a ben leggere, l'eventuale cambio del fornitore può dar luogo alle cd. "interferenze", posto che in ogni caso, a prescindere dal fornitore, il T.N.T. presenta caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego però non si appalesa comportare difficoltà tecniche insormontabili o incompatibilità, che comunque sarebbero a carico di qualsivoglia società, né di per sé conseguenze sul piano operativo.

In conclusione, gli atti impugnati sono illegittimi e vanno annullati per cui l'A.S.L. dovrà procedere sollecitamente nei sensi suesposti. L'infondatezza dell'appello esime dal valutare altri profili di dettaglio dedotti dalle parti che in ogni caso non rilevano ai fini della decisione.

6. Per le considerazioni che precedono l'appello va respinto e la sentenza impugnata va confermata.

Tenuto conto della particolarità e complessità della fattispecie si dispone la compensazione delle spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Spese dei due gradi compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere, Estensore

Roberto Capuzzi, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/07/2014

IL SEGRETARIO

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