

Pubblicato il 25/10/2021

N. 07146/2021REG.PROV.COLL.

N. 05861/2021 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 5861 del 2021, proposto da Lifetech Care S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Diego De Carolis, Nico Di Florio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Fratto, Vincenzo Gambardella, Egidio Mammone, con domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Fratto in Roma, Circonvallazione Gianicolense, 87;

nei confronti

Labor Baby S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Piana, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

-della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 05520/2021, resa tra le parti, concernente per annullamento, previa sospensione;

-della deliberazione n. 1848 del 15/12/2020 della A.O. San Camillo Forlanini di Roma – avente ad oggetto l'aggiudicazione della "Procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. B) e comma 6, D. Lgs. 50/2016 e s.m.i, per l'affidamento della fornitura di biberon, tettarelle e set tiralatte, suddivisa in 3 lotti, espletata tramite mercato elettronico della P.A. (MEPA) per le necessita della U.O.C. di Neonatologia e terapia Intensiva neonatale dell'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, indetta con Deliberazione n. 1115/2020 – RDO n. 2618013.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini e di Labor Baby S.r.l.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 settembre 2021 il Cons. Antonio Massimo Marra e dato atto della presenza, ai sensi di legge, dei difensori delle parti come da verbale dell'udienza.

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con delibera n. 1115 del 7 luglio 2020 l'Azienda Ospedaliera "San Camillo Forlanini (d'ora innanzi per brevità Azienda), ha avviato una procedura negoziata da svolgersi in modalità telematica per l'affidamento, di durata biennale, della fornitura di *biberon tettarelle* e *set tiralatte*, per le esigenze della UOC di Neonatologia e terapia intensiva e per importo complessivo a base di gara pari a euro 107.300,00, suddivisa in n. 3 lotti.

Con delibera n. 1848 del 15 dicembre 2020, l'Azienda ha aggiudicato i lotti n. 1 e n. 3 alla Labor Baby.

Lifetech Care s.r.l., seconda classificata per entrambi i lotti, nonché odierna appellante, ha impugnato l'aggiudicazione e la vista delibera n. 1848/2020 -nella parte in cui si pone in contrasto con le regole di gara fissate nella *lex specialis* - avanti al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma deducendo tre distinte censure poi riproposte in questa sede con i quattro motivi di appello, comprensivi della richiesta di risarcimento dei danni, e ne ha chiesto l'annullamento, con la conseguente aggiudicazione della gara in proprio favore.

In particolare, ha lamentato la mancata esclusione della controinteressata, sul presupposto che il prodotto offerto da quest'ultima non possedesse uno dei requisiti minimi prescritti dal capitolato di gara, ossia la rispondenza dei prodotti alle regole di fabbricazione dei dispositivi medici di cui all'art. 3 del Capitolato speciale.

Nel primo grado del giudizio si sono costituiti l'Azienda e Labor Baby Astaldi s.p.a., entrambe eccependo l'irricevibilità del ricorso e richiedendone nel merito la reiezione

Con la sentenza resa in forma semplificata n. 5520 del 20 aprile 2021 il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, ha dichiarato irricevibile il ricorso proposto Lifetech Care s.r.l.

Nelle memorie depositate nel corso del giudizio la Lifetech Care richiamava, in particolare, quanto al merito, il consolidato indirizzo giurisprudenziale sull'inammissibilità della portata innovativa o ampliativa dei chiarimenti rispetto alla *lex specialis*.

Sul punto evidenzia le differenze sostanziali tra le caratteristiche dei dispositivi medici (dotati di specifica certificazione normativa che ne garantisce la qualità funzionale ed il controllo del

processo produttivo) rispetto ai contenitori per alimenti (rispondenti solo al reg. UE n. 10/2011), questi ultimi oggetto dell'offerta della contropartita.

Con sentenza n. 5220 del 20 aprile 2021, il Tar Lazio ha dichiarato irricevibile il ricorso proposto da

Lifetech Care s.r.l.

In particolare, il primo giudice ha accolto l'eccezione preliminare delle resistenti statuendo che: *...dagli atti depositati in giudizio, emerge che la determinazione di aggiudicazione in data 5 gennaio 2021 sarebbe stata in pari data sia comunicata in forma individuale, sia pubblicata on line sul sito della amministrazione aggiudicatrice (rectius: albo pretorio on line - sezione bandi di gara).*

Nell'udienza pubblica del 23 settembre 2021, il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

L'appello è infondato.

Con il primo, articolato, motivo (pp. 5-12 del ricorso), l'odierna appellante lamenta l'*error* in iudicando, la violazione e la falsa applicazione della *lex specialis* di gara nella parte in cui il primo giudice ha dichiarato il ricorso irricevibile in quanto tardivamente notificato

Questa premette che la gara era stata indetta attraverso il MEPA e, pertanto, doveva essere espletata mediante le regole di *E Procurement* della PA, essendo le stazioni appaltanti tenute ad utilizzare le piattaforme telematiche di cui all'art 44 del codice degli Appalti.

Errerebbe dunque il Giudice di prime cure nell'aver ritenuto soddisfatto l'onere di pubblicazione attraverso la mera pubblicazione della aggiudicazione sull'albo pretorio della Stazione Appaltante, nonostante si trattasse di gara indetta attraverso il MEPA.

Conseguentemente secondo la prospettazione della appellante tutti gli atti avrebbero dovuto essere pubblicati sul portale del mercato elettronico.

Conclude Lifetech Care ribadendo l'erroneità della dichiarazione di irricevibilità statuita dal Tribunale, perché l'omessa comunicazione del provvedimento di aggiudicazione nelle forme prescritte dall'art 76, comma 5 del Codice degli Appalti ha costituito a suo dire un ostacolo alla decorrenza del termine di impugnazione ex art. 120, comma 5, c.p.a.

Ciò in quanto il contestato termine di decadenza di 30 gg indicato nella vista previsione normativa non poteva che decorrere dalla piena conoscenza della aggiudicazione, quale atto conclusivo della procedura selettiva, nella specie non avvenuta.

Nella specie ciò non sarebbe avvenuto né con l'allegata comunicazione in forma individuale, atteso che sarebbe stato utilizzato, dalla amministrazione resistente, un errato indirizzo PEC della stessa ricorrente società, né ribadisce la interessata con la pubblicazione nell'albo pretorio on line, dovendo la stazione appaltante in considerazione della natura telematica della procedura negoziale garantire la pubblicità degli esiti della gara per il tramite del portale Acquisti in rete o sul sito aziendale sotto la voce "Amministrazione Trasparente" e sotto la sezione "bandi di gara e contratti"

Il motivo deve essere disatteso.

Al riguardo, infatti, si devono condividere le argomentazioni del primo giudice, il quale ha rilevato che la pubblica amministrazione ha eccipito ritualmente (cfr. pag. 3 memoria difensiva) che la deliberazione di aggiudicazione approvata definitivamente con deliberazione n. 1848 del 15.12.20, era stata, pubblicata sul sito istituzionale dell'ente "Amministrazione Trasparente" (sub voce Bandi di gara e Contratti, sub voce informazioni sulle singole procedure), ai sensi dell'art 29, co.1, del D.lgs. 50/16, come attestato nello stesso provvedimento in calce al dispositivo (cfr. pag. 7 all. 2 in atti fasc. primo grado), e non può certo essere ascrivibile alla condotta dell'Azienda il ritardo che ha causato l'intempestività del ricorso da parte di Lifetech Care.

Tale conclusione è poi confermata dalla nota n. 13731/2021, prodotta in udienza dalla difesa della Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, portante aggiudicazione della procedura negoziata ai sensi art. 36 co 2 lett. b. per l'affidamento della fornitura in oggetto e nella quale viene allegata l'immagine dello schermo (cd. *screen shoot*) delle schede relative alla pubblicazione sulla sezione del sito Web Aziendale "Amministrazione Trasparente – bandi Gara delle schede relative alla procedura in contestazione.

La censura deve essere perciò respinta.

Con il secondo motivo l'odierna appellante contesta l'omessa pronuncia da parte del Tribunale riguardo alla allegata modifica dei requisiti dei prodotti previsti dalla *lex specialis* avvenuta a mezzo dei chiarimenti, perché a suo dire sarebbero stati richiesti *biberon* qualificati come presidi medici, mentre sarebbero, poi, stati ammessi anche presidi per alimenti.

Ma sul punto, deve ritenersi infondata la prospettazione della odierna appellante secondo cui i chiarimenti forniti sulle caratteristiche dei prodotti messi a gara avrebbero costituito una modifica dei requisiti minimi di partecipazione, dovendosi ritenere, invece, come precisato dalla costante giurisprudenza, che essi configurano mere delucidazioni alle imprese concorrenti relativamente alle normative a cui dovevano rispondere i prodotti offerti.

Né ad esiti diversi conduce poi il rilievo secondo cui sarebbe stata violata la *par condicio* dei concorrenti, tenuto conto che i visti chiarimenti risultano essere stati pubblicati e, quindi, portati a conoscenza di tutti gli operatori interessati.

In conclusione, per le ragioni esposte, l'appello deve essere respinto, con la conseguente conferma della sentenza qui impugnata.

Le spese del presente grado del giudizio, attesa la peculiarità delle questioni esaminate, possono essere interamente compensate tra le parti.

Rimane definitivamente a carico di Lifetech Care s.r.l. per la soccombenza, il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

P.Q.M.

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

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

Pone definitivamente a carico di Lifetech Care s.r.l. il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Antonio Massimo Marra

IL PRESIDENTE

Michele Corradino

IL SEGRETARIO