

N. 02928/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00741/2024 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 Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 741 del 2024, proposto da Frastema Ophthalmics Easyopht Group S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG A028B9EC14, rappresentato e difeso dall'avvocato Vittorio Miniero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Arnas- Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e di Alta Specializzazione "Garibaldi", in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giorgia Motta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Fv Vision Care Societa' A Responsabilita' Limitata Semplificata, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

Previa sospensione dell'efficacia,

- del verbale di gara n. 9 del 20/3/2024 (doc. 1) e del provvedimento comunicato con nota prot. 0005104 del 20/3/2024 (doc. 2) con i quali l'amministrazione ha disposto l'esclusione di Frastema Ophthalmics Easyopht Group S.r.l. dal Lotto n. 1 della procedura in oggetto;
- della nota prot. 5620 del 27/3/2024 con cui l'amministrazione ha rigettato l'istanza di annullamento in autotutela (doc. 3);
- della Deliberazione n. 256 del 5/4/2024 con cui l'amministrazione ha disposto l'aggiudicazione definitiva in favore di FV Vision Care Srl (doc. 4);
- della lettera di invito del 20/11/2023 con cui l'Azienda Ospedaliera "Garibaldi" ha avviato la procedura negoziata in modalità aperta, per l'approvvigionamento n.7 Autorefratometri Keratometri, inclusi accessori e materiali di consumo necessari per il corretto utilizzo dell'apparecchiatura da destinare al reparto di Oculistica P.O. Garibaldi Nesima e n. 1 Modulo per il trattamento ad ultrasuoni dei dispositivi medici inclusi accessori e materiali di consumo necessari per li corretto utilizzo dell'apparecchiatura da destinare al blocco operatorio di Oculistica P.O. Garibaldi, ai sensi dell'articolo 50 comma 1, lett. e) del D. Lgs 36/2023 (doc. 5), nonché dell'allegato Modello dettaglio offerta economica (doc. 6) nella parte in cui l'amministrazione ha previsto l'obbligo di effettuare, a pena di esclusione, le dichiarazioni di cui all'art. 108, comma 9 del D. Lgs. 36/2023.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Arnas- Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e di Alta Specializzazione "Garibaldi";

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 giugno 2024 il dott. Gustavo Giovanni Rosario Cumin e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con lettera di invito del 20/11/2023 l'Azienda Ospedaliera "Garibaldi" ha avviato la procedura negoziata in modalità aperta, per l'approvvigionamento n. 7 Autorefratometri Keratometri, inclusi accessori e materiali di consumo necessari per il corretto utilizzo dell'apparecchiatura da destinare al reparto di Oculistica P.O. Garibaldi Nesima e n. 1 Modulo per il trattamento ad ultrasuoni dei dispositivi medici inclusi accessori e materiali di consumo necessari per il corretto utilizzo dell'apparecchiatura da destinare al blocco operatorio di Oculistica P.O. Garibaldi Nesima, ai sensi dell'articolo 50 comma 1, lett. e) del D. Lgs 36/2023. La Frastema Ophthalmics Easyopht Group S.r.l. ha partecipato alla procedura per il lotto n. 1 relativo a n. 7 Autorefratometri Keratometri, e si è piazzata al primo posto nella graduatoria finale (con 99,15 punti), precedendo le ditte Scandurra S.r.l. (con 97,74 punti) e FV Vision Care S.r.l.s. (con 90,29 punti).

Successivamente, con nota prot. 1562 del 21/2/2024, l'amministrazione ha avviato il subprocedimento di verifica della anomalia dell'offerta, a conclusione del quale sono stati adottati il verbale di gara n. 9 del 20/3/2024 ed il provvedimento comunicato, con nota prot. 0005104 del 20/3/2024, con i quali l'amministrazione ha disposto l'esclusione di Frastema Ophthalmics Easyopht Group S.r.l. dal Lotto n. 1 della procedura in oggetto a causa della mancata indicazione in offerta del costo della mano d'opera. Successivamente, con Deliberazione n. 256 del 5/4/2024,

L'amministrazione ha disposto l'aggiudicazione definitiva in favore di FV Vision Care Srl.

La Frastema Ophthalmics Easyopht Group S.r.l. ha avverso tutti i provvedimenti sopra indicati – in uno con la lettera di invito che li ha preceduti – con un ricorso notificato il 15 aprile 2024, internamente articolato in due motivi, all'interno dei quali la società ricorrente ha lamentato vizi di:

a) violazione di legge ed eccesso di potere, violazione e falsa applicazione degli atti di gara, eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti, violazione dell'art. 108, comma 9 del D. Lgs. 36/2023 e violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, in ragione della natura di contratto di appalto di (mera) fornitura del negozio cui era preordinata la procedura di evidenza pubblica svoltasi per giungere alla individuazione del soggetto aggiudicatario;

b) violazione di legge ed eccesso di potere, violazione dell'art. 108, comma 9 del D. Lgs. 36/2023 ed illegittimità degli atti di gara nella parte in cui richiedono l'indicazione dei costi della manodopera, dato che la documentazione di gara deve essere in ogni caso considerata illegittima nella parte in cui richiede agli operatori economici l'obbligo di fornire, a pena di esclusione, le dichiarazioni previste dall'art. 108, comma 9 del Codice.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata, ma non la ditta controinteressata FV Vision Care Srl.

La domanda cautelare incidentalmente proposta con il ricorso in epigrafe è stata respinta con ordinanza n. 187/2024, in quanto *“La Sezione dubita ... dell'impossibilità di un risarcimento in forma specifica nel caso di accoglimento del gravame, poiché, sebbene il contratto sia ad esecuzione immediata, l'art. 122 c.p.a., nel prevedere che il giudice fissi il termine per la decorrenza dell'inefficacia dell'accordo, non sembra precludere una declaratoria di inefficacia a far*

data dalla stipula, anche se intervenuta anteriormente alla pronuncia giurisdizionale. Inoltre, il pregiudizio paventato presenta contenuto essenzialmente patrimoniale e, in quanto tale, risulta suscettibile di ristoro per equivalente”.

In data 27 giugno 2024 si svolgeva l'udienza pubblica per l'esame del ricorso in epigrafe, che veniva trattenuto in decisione.

I – Preliminarmente occorre rilevare come ambedue le opposte posizioni, della società ricorrente e dell'Amministrazione intimata, possano rivendicare un puntuale aggancio agli atti della procedura di evidenza pubblica qui in specifica considerazione.

Cominciando dalla società ricorrente, la lettera di invito è chiarissima nel prevedere - descrivendo l'oggetto del contratto da concludere all'interno del suo art. 3 - al penultimo paragrafo dello stesso che *“per l'appalto in oggetto la valutazione effettuata non ha evidenziato rischi da interferenze trattandosi di mera fornitura. Pertanto i costi derivanti da rischi di interferenza è pari a 0,00 euro”.*

Di contro il Capitolato tecnico, nell'individuare l'oggetto del contratto da aggiudicare al suo art. 4, così lo definisce:

- “1) La presente procedura disciplina la fornitura in acquisto “chiavi in mano”, in due lotti distinti;*
- 2) Trasporto, posa in opera della apparecchiatura e le eventuali opere di sollevamento e di trasporto interno delle apparecchiature stesse ove i locali non siano ubicati al piano terreno ed impiego dei prodotti occorrenti in conformità di quanto previsto dalle normative vigenti;*
- 3) Posa in opera, montaggio a regola d'arte, installazione chiavi in mano, collegamenti tecnici di qualunque genere, messa in funzione delle apparecchiature, comprensiva degli allacciamenti alla rete di alimentazione elettrica, dati, idrica, aria compressa, ovvero qualsiasi utenza (nessuna esclusa) necessaria al corretto funzionamento, e di assistenza al collaudo delle apparecchiature;*
- 4) ...*

5) ...

6) ...

7) Servizio di manutenzione full risk nella formula “tutto incluso, nulla escluso” (incluso l’uso improprio) e di verifica periodiche programmate (controlli funzionali, verifiche di sicurezza e manutenzione preventiva) ai sensi delle normative tecniche vigenti per tutte le apparecchiature costituenti il sistema (sono considerate parti del dispositivo anche le connessioni agli impianti ove esistenti), compresi gli aggiornamenti tecnologici, per la durata della garanzia;

8) Aggiornamenti tecnologici hardware e software per tutta la durata della garanzia;

9) Fornitura e sostituzione delle parti di ricambio necessarie all’espletamento delle attività di cui ai precedenti punti”.

E’ quindi evidente che la diversità di opinioni fra la società ricorrente e l’Amministrazione intimata trae alimento da una intrinseco contraddittorietà della *lex specialis*, che oscilla fra il considerare il contratto della cui aggiudicazione si tratta or come “di mera fornitura” (all’interno della lettera di invito), or come “fornitura in acquisto “chiavi in mano””, o consegna corredata da “posa in opera della apparecchiatura” (all’interno del Capitolato Tecnico).

In occasione della formulazione del nuovo codice dei contratti pubblici, l’ipotesi del contrasto interno alla *lex specialis* ha trovato disciplina ad opera del suo art. 82, che così dispone:

“Costituiscono documenti di gara, in particolare:

a) il bando, l’avviso di gara o la lettera d’invito;

b) il disciplinare di gara;

c) il capitolato speciale;

d) le condizioni contrattuali proposte.

2. *In caso di contrasto o contraddittorietà tra le disposizioni contenute nei documenti di cui al comma 1 prevalgono quelle inserite nel bando o nell'avviso di gara*".

Non si tratta, invero, di una soluzione innovativa o particolarmente originale – trattandosi, piuttosto, della trasformazione in norme di diritto positivo di quella che poteva considerarsi la posizione maggioritaria nella giurisprudenza amministrativa, alla cui stregua *“trova quindi applicazione il principio, affermato da Cons. Stato, V, 29 marzo 2004, n. 1660 Cons. Stato, Sez. VI, Sent., (data ud. 09/01/2004) 29/03/2004, n. 1660, secondo cui in tema di gare pubbliche, nel caso di contrasto tra il bando e la lettera di invito, prevale il primo, quale lex specialis della selezione concorsuale, non modificabile mediante lettera d'invito (nello stesso senso C.G.A., 18 maggio 2005, n. 349, Cons. Stato, II, 7 marzo 2001, n. 149/01)”*[Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 14 luglio 2011, n. 4278].

Il punto, però, è che nel caso di specie il contrasto corre tra le previsioni della lettera di invito e del capitolato tecnico: ovvero, con riguardo a quest'ultimo, rispetto ad un atto che – in quanto da considerarsi equivalente al *“capitolato speciale”* - deve ritenersi gerarchicamente sottordinato rispetto *“(a)l bando, (al)l'avviso di gara o (al)la lettera d'invito”*. Nel caso a mani la gara in ordine alla quale è controversie è rappresentata da una *“procedura negoziata in modalità aperta”*, di importo a base d'asta pari a 180.000,00 euro: che quindi si è legittimamente svolta senza la previa pubblicazione di alcun bando di gara in conformità alle previsioni dell'art. 50, comma 1, lettera e), e 89, comma 1, del D. Lgs. n. 36/2023, e senza altresì la previa redazione di alcun distinto disciplinare di gara: la cui funzione è stata svolta già dagli artt. da 9 a 22 della stessa lettera di invito. Con particolare riguardo poi a tali articoli, si deve evidenziare come siano essi stessi – ed in particolare l'art. 16, che per le modalità di calcolo dell'offerta tecnica opera un rinvio esterno all'art. 12 del Capitolato Tecnico - a

rivelare ulteriormente il carattere sottordinato del Capitolato Tecnico alla lettera d'invito.

Da tutto ciò consegue che il carattere “*di mera fornitura*” del contratto per la cui aggiudicazione è controversia, ribadito espressamente al penultimo paragrafo dell'art. 3 della lettera d'invito, non può essere sconfessato dal diverso tenore delle previsioni dell'art. 4 del Capitolato Tecnico. E da ciò ulteriormente discende la illegittimità del provvedimento di esclusione adottato nei confronti della società ricorrente per violazione del comma 9 dell'art. 108 del D. Lgs. n. 36/2023, alla cui stregua “*nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale*”: dato che a fronte di un contratto di fornitura senza posa in opera, così come nel caso di specie, nessun provvedimento di esclusione poteva essere adottato nei confronti dell'operatore economico che non avesse indicato “*i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*”. D'altra parte, ed ora abbandonando il terreno esclusivamente giuridico, in punto di fatto la società ricorrente ha fornito puntuali elementi di valutazione per far fortemente dubitare che la “*posa in opera della apparecchiatura*” possa essersi risolta in poco altro che nel trasporto e nella consegna della stessa. Valga, in particolare, il riferimento al documento costituente allegato n. 13 all'atto costitutivo del giudizio, dove la società costruttrice dell'apparecchiatura ha rappresentato alla società ricorrente – senza alcuna successiva specifica contestazione sul punto da parte dell'Amministrazione intimata - che “*con la presente certifichiamo che per un corretto utilizzo ed installazione dell'unità combinata HTR 1A è necessario il solo collegamento alla presa*

elettrica tramite cavo di alimentazione. Non ci sono ulteriori passaggi necessari da parte dell'impresa installatrice'.

La qual circostanza avvalorava ancor più la tesi della società ricorrente secondo cui “quanto indicato nel capitolato speciale di appalto è, con tutta evidenza, una mera clausola di stile, semmai afferente al Lotto n. 2, ma del tutto inconferente rispetto alla peculiarità della fornitura oggetto del Lotto n. 1”. Risulta infatti *per tabulas* che il Capitolato Tecnico non opera alcuna distinzione fra le apparecchiature oggetto del Lotto n. 1 e del Lotto n. 2: con la logica conseguenza che, dovendo esso comunque “coprire” tutte le prestazioni accessorie inerenti alla installazione e messa in opera delle apparecchiature acquistate, il *quid pluris* richiesto per l’offerta relativa al Lotto n. 1 possa risolversi in un illegittimo ed ingiustificato aggravio per l’operatore economico che pure non era chiamato ad alcuna posa in opera in senso tecnico dei beni oggetto della fornitura, sol perché la stazione appaltante, errando, non aveva predisposto due distinti Capitolati Tecnici per le apparecchiature oggetto del Lotto n. 1 e del Lotto n. 2.

II – Passando al secondo motivo di ricorso, la società ricorrente ritiene che la documentazione di gara deve essere in ogni caso considerata illegittima nella parte in cui richiede agli operatori economici l’obbligo di fornire, a pena di esclusione, le dichiarazioni previste dall’art. 108, comma 9 del Codice.

Ma in realtà non è la *lex specialis* a richiedere agli operatori economici, in modo univoco, le dichiarazioni previste dall’art. 108, comma 9 del Codice: sibbene ulteriori atti positivamente adottati dalla stazione appaltante, a presupposto dei quali vi è una interpretazione della natura del contratto della cui aggiudicazione si tratta che muove – erroneamente, secondo le considerazioni di cui al precedente punto I) della presente decisione – dal privilegiare le previsioni del Capitolato Tecnico, piuttosto che della lettera d’invito. Ma la soluzione a quel problema è data non già dalla

declaratoria di illegittimità della “*documentazione di gara*”, quanto dalla inefficacia riconosciuta in via di interpretazione ad una parte di quella “*documentazione*” (e segnatamente: a quella di cui all’art. 4 del Capitolato Tecnico), ove in contrasto con altra ad essa sovraordinata (così come per l’art. 3 della lettera d’invito).

III – Il Collegio, conclusivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe, e per gli effetti annulla il verbale di gara n. 9 del 20/3/2024, il provvedimento comunicato con nota prot. 0005104 del 20/3/2024 - con il quale l’amministrazione ha disposto l’esclusione di Frastema Ophthalmics Easyopht Group S.r.l. dal Lotto n. 1 della procedura in oggetto - e la Deliberazione n. 256 del 5/4/2024, con la quale l’amministrazione ha disposto l’aggiudicazione definitiva in favore di FV Vision Care Srl.

Dichiara inefficace il contratto concluso in data 28 maggio 2024 fra l’Azienda Ospedaliera di Rilevanza Nazionale e di Alta Specializzazione Garibaldi di Catania e FV Vision Care Srl sin dalla data di sua stipula, e riconosce il diritto della società ricorrente all’immediato subentro nello stesso. Tenuto conto che, a differenza di quanto per gli appalti di servizi, per quelli di forniture un ritardo nella esecuzione dell’appalto non decurta le possibilità di guadagno del venditore – esponendolo, semmai, ad un rischio per la perdita di valore intrinseco del corrispettivo conseguito in un momento successivo, e/o a disagi e costi per la conservazione presso di sé del bene non potuto consegnare per fatto del compratore -, e che nessuna domanda di risarcimento del danno è stata specificamente formulata in gravame per tali causali, il Collegio ritiene che il suo risarcimento in forma specifica, garantito dalla dichiarazione di inefficacia del contratto concluso fra l’Azienda Ospedaliera di Rilevanza Nazionale e di Alta Specializzazione Garibaldi di Catania e FV Vision Care

Srl e dall'accertamento del diritto al subentro nello stesso da parte della società ricorrente, abbia reintegrato in modo esaustivo la posizione giuridica di quest'ultima. Onde evitare il rischio di future sperequazioni nei rapporti fra la stazione appaltante e la società ricorrente vittoriosa, il Collegio, con la presente sentenza, accerta che lo "scarto" esistente fra la lettera d'invito e l'art. 4 del Capitolato Speciale, seppure non in grado di incidere sulla corretta formulazione dell'offerta da parte della seconda, non comporta alcuna riduzione degli oneri a carico di quest'ultima per quanto attiene – ove effettivamente di una qualche utilità (anche) per le apparecchiature di cui al Lotto n. 1, e non soltanto per quella di cui al Lotto n. 2 - al trasporto, alle eventuali opere di sollevamento e di trasporto interno delle apparecchiature stesse ove i locali non siano ubicati al piano terreno, al servizio di manutenzione full risk nella formula "tutto incluso, nulla escluso", agli aggiornamenti tecnologici hardware e software per tutta la durata della garanzia e alla Fornitura e sostituzione delle parti di ricambio. Sulla refusione delle spese di lite fra le parti il Collegio statuisce come da soccombenza, con esclusivo riguardo alla posizione dell'Amministrazione intimata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Seconda) accoglie il ricorso in epigrafe, e per gli effetti annulla il verbale di gara n. 9 del 20/3/2024, il provvedimento comunicato con nota prot. 0005104 del 20/3/2024 - con il quale l'amministrazione ha disposto l'esclusione di Frastema Ophthalmics Easyopht Group S.r.l. dal Lotto n. 1 della procedura in oggetto - e la Deliberazione n. 256 del 5/4/2024, con la quale l'amministrazione ha disposto l'aggiudicazione definitiva in favore di FV Vision Care Srl.

Condanna l'Amministrazione intimata alla refusione delle spese di lite nei confronti della società ricorrente, che liquida nell'importo di 2.000,00 (duemila/00) euro, più accessori come per legge.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 27 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Daniele Burzichelli, Presidente

Gustavo Giovanni Rosario Cumin, Consigliere, Estensore

Emanuele Caminiti, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Gustavo Giovanni Rosario Cumin

IL PRESIDENTE

Daniele Burzichelli

IL SEGRETARIO