

Publicato il 23/01/2020

N. 00080/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00324/2019 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 Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso avente numero di registro generale 324 del 2019,
proposto da

- Fimas s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa in giudizio dall'avv. Tommaso Marchese, con
domicilio digitale come da casella p.e.c. risultante dai registri di
giustizia;

contro

- Azienda sanitaria locale di Matera - ASM, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa in giudizio dall'avv.
Roberto Digirolamo, con domicilio digitale come da casella p.e.c.
risultante dai registri di giustizia, e domicilio eletto presso la sede
dell'Azienda sanitaria di Potenza;

nei confronti

- Carl Zeiss s.p.a con socio unico, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonella Terranova, Fabio Ferraro, Alice Viscomi e Michelangelo Cicogna, con domicilio digitale come da casella p.e.c. risultante dai registri di giustizia;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- del verbale n. 3 redatto dalla commissione giudicatrice in data 27 febbraio 2019, pubblicato sul Mepa in data 16 maggio 2019 e materialmente allegato alla determinazione del dirigente dell'U.O.C. economia e provveditorato dell'Azienda sanitaria locale di Matera n. 1220 del 15 maggio 2019, pubblicata in data 16 maggio 2019;
- della determinazione n. 1220 del 15 maggio 2019;
- di ogni altro atto e provvedimento prodromico, consequenziale e, comunque, connesso, ancorché non conosciuto;
- per la condanna dell'Amministrazione a riammettere la ricorrente in gara, condizionatamente alla rivalutazione della propria offerta, con espressa riserva di richiedere il risarcimento del danno ingiusto;
- nonché per l'accertamento e la declaratoria di inefficacia del contratto, ove *medio tempore* stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ASM e della Carl Zeiss s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore, alla pubblica udienza del giorno 6 novembre 2019, il Primo Referendario avv. Benedetto Nappi;

Uditi per le parti i difensori presenti, come da verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Fimas s.r.l., con atto depositato il 26 giugno 2019, è insorta avverso gli atti in epigrafe, concernenti la sua esclusione “procedura per l'affidamento della fornitura di un angio-oct per l'U.O. oculistica del P.O. di Matera, RDO n. 2022848 - CIG 765724FCF” e l'aggiudicazione della stessa alla controinteressata Carl Zeiss s.p.a..

1.1. In punto di fatto, la deducente ha esposto quanto segue:

- l'ASM, con deliberazione a contrarre n. 593 del 22 giugno 2018, ha attivato, con richiesta di offerta del 25 luglio 2018, rivolta ai fornitori abilitati sul portale MEPA, la procedura comparativa in questione, per un complessivo importo posto a base di gara pari a € 95.000,00, da aggiudicarsi in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- alla procedura hanno parte cinque operatori economici, tra cui l'odierna ricorrente e la controinteressata;
- dopo aver concluso le operazioni di verifica in ordine alla completezza della documentazione amministrativa presentata dalle imprese partecipanti, la commissione giudicatrice, nella seduta del 5 febbraio 2019, all'esito delle attività di valutazione ha attribuito alla ricorrente 70 punti per il profilo tecnico dell'offerta e, per quanto d'interesse, 58,41 punti alla controinteressata;
- tuttavia, nella successiva seduta dell'8 febbraio 2019 la commissione ha riscontrato in capo alla odierna esponente e ad altre due imprese partecipanti, la mancanza, nell'ambito della documentazione costituente l'offerta economica, del documento “C.7”, e ha

trasmesso il relativo verbale al RUP “al fine di una consultazione circa le operazioni da svolgere”;

- in ossequio alle indicazioni ricevute dal RUP, la commissione, nella seduta del 27 febbraio 2019, ha poi disposto l'esclusione della ricorrente e delle altre due imprese interessate, attesa “la mancanza del documento C.7;

- col medesimo verbale, peraltro, l'organo valutativo ha attribuito i punteggi per l'offerta economica alle due imprese rimaste in gara, proponendo quale aggiudicataria della procedura l'odierna controinteressata;

- il verbale recante l'esclusione dell'esponente è stato reso conoscibile alla ricorrente soltanto il 16 maggio 2019, data in cui la stazione appaltante ha pubblicato, ai sensi degli artt. 76, co.5, e 29 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, sul MEPA e sul proprio profilo di committente, l'avversata determinazione dirigenziale n. 1220 del 15 maggio 2019, di aggiudicazione della gara in favore della controinteressata.

1.2. In diritto, parte ricorrente ha dedotto i motivi di seguito rubricati:

I. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara, con particolare riguardo agli articoli 7, 24 e 25 del disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione del principio del *favor participationis*. Eccesso di potere per violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, travisamento dei presupposti di fatto e carenza di istruttoria. Ingiustizia manifesta;

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 23 del disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, co. 9, d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per travisamento del fatto ed ingiustizia manifesta.

2. Si è costituita in giudizio l'Azienda sanitaria intimata, concludendo per il rigetto del ricorso per infondatezza. A speculare approdo è pervenuta l'aggiudicataria, del pari costituitasi in giudizio.

3. Alla camera di consiglio svoltasi il 3 luglio 2019 l'incidentale istanza cautelare è stata abbinata alla trattazione dell'affare nel merito.

4. Alla pubblica udienza del 6 novembre 2019, previo deposito di memorie e repliche, i procuratori delle parti hanno precisato le rispettive posizioni e il giudizio è transitato in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è infondato, alla stregua della motivazione che segue.

L'esclusione della ricorrente, come da verbale della commissione giudicatrice n. 3 del 27 febbraio 2019, è stata determinata dalla: «mancanza del documento C.7 (costo di gestione), previsto come “necessario a pena di esclusione” dall'articolo 24 del disciplinare di gara».

L'art. 24 del disciplinare, rubricato “contenuto della busta C”, al terzo capoverso, obbliga i concorrenti ad accludere, sotto testuale pena di esclusione, tra l'altro proprio il documento identificato come “C.7) costo di gestione dei dispositivi offerti”, di cui è cenno.

Non è in contestazione che l'offerta economica dell'odierna ricorrente non ricomprenda tale atto.

1.1. Non persuade il primo motivo di ricorso, col quale la Fimas s.r.l. ha sostenuto l'ambiguità della legge di gara, per l'asserito contrasto tra l'art. 24 del disciplinare, che, proprio in relazione al documento “C.7)” ha previsto: «si specifica che tale importo, indispensabile per l'attribuzione dei punteggi, NON DEVE ESSERE INSERITO nella piattaforma informatica predisposta da Consip», e il successivo art.

25, laddove è previsto che «“Le buste “A”, “B”, “C” ciascuna con l’indicazione del proprio contenuto, dovranno pervenire tramite la piattaforma telematica predisposta da Consip».

Invero, ritiene il Collegio che la lettura delle cennate disposizioni - da svolgere come è ovvio in chiave non atomistica ma nell’ambito del complessivo assetto della legge di gara – conduca a escludere contraddittorietà, ambiguità o incertezze, posto che l’unico elemento da non inserire nella piattaforma telematica, come ben specificato, è il “prezzo”, da intendersi come complessivo dell’offerta, come sancito dallo stesso art. 24, e non certamente l’indicazione del costo di gestione. Infatti, quest’ultimo è necessario per l’attribuzione del punteggio economico, così come previsto dall’allegato 5 al disciplinare, rubricato “griglia di valutazione delle offerte”, ove, appunto, il costo di gestione dell’offerta costituisce espressamente uno degli elementi che compongono la formula di attribuzione del punteggio economico.

In definitiva è agevole comprendere che il disciplinare abbia voluto avvertire i concorrenti che l’importo relativo al Costo di Gestione non deve essere inserito in piattaforma nello spazio dedicato all’indicazione del prezzo offerto, fermo restando che il relativo documento (C.7), conforme all’Allegato 5, fa parte dell’offerta economica complessiva della fornitura.

D’altro canto, trattandosi di procedura elettronica, non si vede in quale altro modo il costo di gestione sarebbe potuto essere incluso all’interno dell’offerta, né la ricorrente, che pure sostiene l’ambiguità delle disposizioni del disciplinare, risulta essersi avvalsa della facoltà di chiedere “chiarimenti o informazioni” per tale aspetto, come consentito dal secondo capoverso dell’art. 33 del disciplinare.

1.1.1. La netta previsione dell'esclusione per la mancata indicazione del costo di gestione prevista dall'art. 24 del disciplinare, in quanto elemento indefettibile e quindi essenziale dell'offerta, trova puntuale conferma, diversamente da quanto opinato dalla deducente, nell'art. 7 del disciplinare, ove si fa riferimento, tra le cause di esclusione, proprio alla mancanza di elementi essenziali dell'offerta.

1.1.2. Inconferente, in assenza di riscontrate ambiguità, sono gli arresti pretori citati nel primo motivo del ricorso.

1.2. Non ha pregio il secondo motivo del ricorso, col quale si è lamentato il mancato ricorso, da parte della stazione appaltante, al soccorso istruttorio. Per tale versante, è sufficiente richiamare quanto previsto dall'art. 83, co. 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, che esclude l'applicazione di tale istituto in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica. E che nel caso di specie venga in rilievo un elemento essenziale dell'offerta si è già diffusamente illustrato innanzi.

1.2.1. Infine, a fronte della ripetuta mancanza di tale elemento essenziale, va disatteso l'ulteriore argomento prospettato dalla deducente, secondo cui la stazione appaltante sarebbe stata in condizione di calcolare autonomamente, stante la documentazione prodotta, il costo di gestione.

2. Dalle considerazioni che precedono discende il rigetto del ricorso.

3. Le spese seguono la soccombenza, con liquidazione come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, definitivamente pronunciando sul ricorso, per come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la società ricorrente alla rifusione delle spese di lite, liquidando le stesse in € 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre accessori di legge, se dovuti, in favore dell'ASM, e € 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre accessori di legge, in favore della Carl Zeiss s.p.a. con socio unico.

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

Così deciso in Potenza, nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2019, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Donadono, Presidente

Pasquale Mastrantuono, Consigliere

Benedetto Nappi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Benedetto Nappi

IL PRESIDENTE
Fabio Donadono

IL SEGRETARIO