

Publicato il 10/06/2021

N. 00523/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00083/2021 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 Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 83 del 2021, proposto da In.Cas. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Nicola Luigi Baciga e Giovanna Signorini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio della seconda, in Brescia, via Moretto n. 67;

contro

Azienda Socio Sanitaria Territoriale – A.S.S.T. di Cremona, in persona del Direttore Generale pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Mirco Favagrossa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Dimed S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Nicola Peretti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia

- della determina dirigenziale n. 1463 del 30.12.2020 comunicata in data 4.1.2021, con la quale A.S.S.T. di Cremona ha escluso la società In.Cas. S.r.l.

dalla procedura negoziata per l'affidamento della fornitura di n. 2 macchine per il recupero dei liquidi biologici, CIG. 8183098A16, aggiudicando l'appalto alla società Dimed S.r.l.;

- ove occorrer possa, del verbale di gara in data 28.12.2020;

- della nota in data 26.1.2021 n. 2503 prot. con la quale la A.S.S.T. di Cremona ha confermato l'aggiudicazione a favore di Dimed S.r.l. e l'esclusione di In.Cas. S.r.l.;

nonché per la condanna dell'Amministrazione

- a disporre l'esclusione della ditta individuale Dimed S.r.l. e disporre l'aggiudicazione a favore di In.Cas. S.r.l., oppure il suo subentro nel contratto di appalto ove nelle more sottoscritto;

- in via subordinata ed in caso di mancata aggiudicazione e/o subentro nel contratto di appalto, a risarcire ad In.Cas. S.r.l. i danni subiti, quantificati in Euro 10.993,50 oltre IVA, interessi e rivalutazione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Cremona e di Dimed S.r.l.;

Visti tutti gli atti e i documenti della causa;

Relatore la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi nell'udienza di merito del giorno 12 maggio 2021, svoltasi con collegamento da remoto senza discussione orale ai sensi dell'articolo 25, comma 2, D.L. n. 137/2020;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

L'Azienda Socio Sanitaria Territoriale (ASST) di Cremona ha bandito la procedura negoziata, ex articolo 36, comma 2, lettera b), D.Lgs. n. 50/2016, per l'affidamento, sulla base del il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della fornitura a titolo di noleggio per 60 mesi di 2 macchine per il recupero dei liquidi biologici, comprensive dei relativi materiali di consumo,

da installare una nell'Ospedale di Cremona e l'altra in quello di Casalmaggiore.

Hanno presentato offerta solamente due imprese: la società In.Cas. S.r.l. e la società Dimed S.r.l.. All'esito del confronto competitivo l'offerta di In.Cas. S.r.l. è risultata la migliore, salvo essere successivamente esclusa per violazione dell'articolo 95, comma 10, D.Lgs. n. 50/2016 (omessa indicazione dei costi della manodopera e degli oneri interni di sicurezza aziendale).

La fornitura è stata affidata a Dimed S.r.l..

Con il ricorso introduttivo del presente giudizio la società In.Cas. S.r.l. ha impugnato la propria esclusione dalla gara e l'aggiudicazione del contratto alla concorrente, e il successivo diniego di autotutela, chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia.

La ricorrente ha, altresì, chiesto la condanna di ASST a disporre l'esclusione dalla gara della controinteressata e l'aggiudicazione dell'appalto a proprio favore ovvero il suo subentro nel contratto ove nelle more sottoscritto, o, in subordine, a risarcire il danno per equivalente, danno quantificato in Euro 10.993,50, oltre IVA, interessi e rivalutazione.

Si sono opposte al ricorso sia la stazione appaltante, sia l'aggiudicataria.

Respinta dal Tribunale la domanda cautelare, la causa è stata chiamata all'udienza di merito del 12 maggio 2021 e in quella sede trattenuta in decisione.

DIRITTO

Viene in decisione la causa promossa dalla società In.Cas. S.r.l. avverso la propria esclusione dalla procedura negoziata ex articolo 36, comma 2, lettera b), D.Lgs. n. 50/2016, bandita dalla ASST di Cremona per la fornitura a titolo di noleggio per 60 mesi di 2 macchine per il recupero dei liquidi biologici, comprensive dei relativi materiali di consumo, e avverso l'aggiudicazione del contratto alla società Dimed S.r.l..

L'esclusione di In.Cas. S.r.l. dalla gara è stata disposta per avere la concorrente indicato in offerta costi della manodopera pari a Euro 0,01 e oneri interni di

sicurezza aziendale ugualmente pari a €uro 0,01: la quantificazione è stata ritenuta puramente fittizia e, dunque, sostanzialmente elusiva dell'obbligo fissato dall'articolo 95, comma 10, D.Lgs. n. 50/2016.

Con il primo motivo di ricorso rubricato "*Violazione degli artt. 95 e 97 del D.Lgs. n. 50/2016 – Difetto ed irragionevolezza della motivazione*", la ricorrente contesta la propria esclusione dalla procedura negoziata di cui si discute.

L'argomentazione difensiva della società In.Cas. S.r.l. ruota attorno a due assunti, ovverosia:

(i) il contratto messo a gara è una fornitura senza posa in opera e, dunque, estraneo all'ambito applicativo di cui al già citato comma 10 dell'articolo 95 del D.Lgs. n. 50/2016;

(ii) la dichiarazione è corretta perché la ricorrente non è la produttrice, ma la distributrice del dispositivo offerto, e la consegna della macchina è affidata a un soggetto esterno all'impresa (un prestatore d'opera autonomo).

Dai suddetti assunti la ricorrente trae la conclusione che essa non doveva rendere la dichiarazione sui costi della manodopera e gli oneri di sicurezza interni, e che comunque essa la ha resa, non sostenendo né gli uni, né gli altri, e che quindi la propria esclusione è illegittima.

Né gli assunti da cui muove la deducente, né le conclusioni cui giunge sono condivisibili.

In ordine al campo di applicazione dell'obbligo dichiarativo che incombe, ex comma 10 dell'articolo 95 del D.Lgs. n. 50/2016, sui partecipanti a una procedura di evidenza pubblica, conviene muovere dal dato testuale. Ebbene, la disposizione stabilisce che «nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a)».

È dunque prevista una regola generale e sono poi previste tre eccezioni a detta regola generale: le eccezioni, per loro natura, sono di stretta

interpretazione.

Ebbene dalla documentazione in atti emerge come nel caso di specie non ricorra nessuna delle surriportate eccezioni alla regola generale che sancisce l'obbligo dichiarativo, in particolare non ricorre quella della fornitura senza posa in opera, invocata dalla ricorrente nelle proprie tesi difensive.

In linea generale, va detto che la fornitura con posa in opera implica che per fruire del bene fornito sia necessaria un'attività ulteriore, accessoria e strumentale rispetto alla prestazione principale della consegna del bene, finalizzata alla messa in funzione dello stesso, mentre nella fornitura senza posa in opera il bene fornito può essere fruito immediatamente dal destinatario una volta consegnato (cfr., T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. IV, sentenza n. 661/2019; C.d.S., Sez. III, sentenza n. 1974/2020).

Nel caso di specie, il disciplinare di gara all'articolo 11.2 prevede espressamente che «l'aggiudicatario si impegna a consegnare, installare e collaudare a proprie spese l'apparecchiatura entro 30 giorni solari consecutivi dalla data di sottoscrizione del contratto/ordinativo da parte dell'ASST», che «il collaudo dell'apparecchiatura dovrà essere svolto in contraddittorio con il referente» dell'ASST e che «sarà a carico della Ditta aggiudicataria l'onere del trasporto dei sistemi fino al luogo dell'installazione con i relativi collegamenti elettrici ed eventuali altri collegamenti tecnologici necessari al loro funzionamento al posto di attacco indicato».

Dal che si evince che per poter essere messi in funzione i macchinari de quibus necessitano di una ulteriore attività da parte del fornitore, la cui prestazione non si esaurisce, pertanto, nella consegna dei beni alla stazione appaltante.

Il contratto messo a gara non è dunque riconducibile al paradigma della fornitura senza posa in opera e dunque non beneficia dell'esenzione dall'obbligo di dichiarare i costi della manodopera e gli oneri di sicurezza interni.

Fermo quanto sopra, ad abundantiam, va anche considerato che l'articolo 11.3 sempre del disciplinare di gara prevede che «durante l'intera durata contrattuale, la ditta dovrà garantire la manutenzione preventiva e correttiva, la riparazione e/o la sostituzione di tutte le parti, componenti, accessori e di quant'altro componga il bene nella configurazione fornita, con la sola esclusione dei materiali di consumo necessari all'ordinario utilizzo (es: materiale monouso e monopaziente), che subiscono guasti dovuti a difetti o deficienze del bene o per usura naturale. La manutenzione correttiva consiste nell'accertamento della presenza del guasto o malfunzionamento, nell'individuazione delle cause che lo hanno determinato, nella rimozione delle suddette cause e nel ripristino delle originali funzionalità, con verifica dell'integrità e delle prestazioni dell'apparecchiatura». E, ancora, il disciplinare di gara, all'articolo 9.1., nel declinare i criteri di valutazione dell'offerta tecnica assegna un punteggio premiale – tra gli altri – per la manutenzione preventiva (fino a 2 punti), per la manutenzione correttiva (fino a 6 punti) e per la formazione (fino a 3 punti).

Dunque, accanto alla prestazione principale, rappresentata dalla fornitura della strumentazione medica, vi sono una serie di prestazioni, sia pure secondarie, ma che comunque entrano nell'oggetto del contratto, e che a fortiori non sono riconducibili alla fornitura senza posa in opera. Anche queste prestazioni, ancillari alla prestazione principale, fuoriescono dal perimetro, sempre restrittivamente inteso, dell'eccezione all'obbligo dichiarativo invocata dalla ricorrente.

In conclusione, sulla società In.Cas. S.r.l. gravava l'obbligo di dichiarare in offerta costi della manodopera e oneri di sicurezza aziendali, sia per rendere la prestazione principale, sia per rendere le prestazioni secondarie.

Sennonché, la dichiarazione resa dalla ricorrente non soddisfa tale obbligo.

In buona sostanza la società In.Cas. S.r.l. afferma di non sostenere né costi di manodopera, né oneri di sicurezza interni, perché il macchinario fornito è

prodotto da altri e la consegna è curata da un pestatore d'opera non dipendente.

Questa tesi è però smentita dal dato testuale.

Innanzitutto, la ricorrente in offerta aveva dichiarato che avrebbe effettuato la prestazione “direttamente”: la circostanza del ricorso a un prestatore d'opera esterno all'impresa è emersa successivamente, quando la stazione appaltante ha chiesto spiegazioni per la quantificazione (€uro 0,01) dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza aziendali. Dunque, si tratta di una modifica dell'offerta, perché come correttamente ritenuto dal RUP “direttamente” non può che significare, secondo un'interpretazione di buona fede, “in proprio”.

In secondo luogo, l'esecuzione del contratto presuppone una serie di attività di tipo amministrativo, dall'ordinativo dei macchinari, dei pezzi di ricambio e del materiale di consumo, all'organizzazione della consegna e della manutenzione correttiva. Quest'ultima, in particolare, a mente del disciplinare di gara, comprende un numero di interventi a chiamata illimitati, l'intervento entro 2 giorni lavorativi dalla richiesta, il ripristino della funzionalità dell'apparecchiatura/dispositivo entro 4 giorni lavorativi dalla richiesta ovvero la fornitura di un cd. “muletto”.

Anche queste attività per così dire ancillari comportano un costo che deve essere proporzionalmente imputato all'appalto.

Sicché, l'aver indicato quale valore del costo della manodopera e degli oneri di sicurezza €uro 0,01 equivale a non aver reso la dichiarazione obbligatoria ex lege.

Peraltro, va precisato che la violazione della prescrizione del comma 10 dell'articolo 95 del D.Lgs. n. 50/2016 ha quale conseguenza l'espulsione dalla gara, indipendentemente dal fatto che l'offerta sia o meno anomala, perché la norma è posta non a tutela della sostenibilità dell'offerta, ma a garanzia del rispetto dei minimi salariali.

Legittimamente, dunque, la società In.Cas. S.r.l. è stata esclusa dalla procedura negoziata.

Con il secondo motivo di impugnazione, intitolato “*Violazione dell’art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016 – Difetto di istruttoria e di motivazione*”, la ricorrente contesta l’aggiudicazione della fornitura alla società Dimed S.r.l..

Precisa In.Cas. S.r.l. di avere interesse a ottenere l’esclusione dalla procedura della controinteressata, perché essendovi stati due soli offerenti, la stazione appaltante dovrebbe rinnovare la gara.

Ebbene, secondo la deducente l’aggiudicataria doveva essere esclusa dalla gara per aver reso dichiarazioni non veritiere, in grado di fuorviare il processo decisionale della stazione appaltante nell’attribuzione del punteggio premiale, dichiarando un peso del macchinario offerto inferiore a quello effettivo (40 kg quello dichiarato, 50 kg quello effettivo).

Male avrebbe fatto la stazione appaltante ad accontentarsi della dichiarazione del produttore del macchinario (che ha confermato il peso di 40 kg), anziché effettuare una verifica in proprio, avvalendosi della facoltà prevista dal bando di poter avere in visione un esemplare del macchinario offerto. Il che integrerebbe un difetto di istruttoria.

La doglianza è infondata.

La documentazione tecnica, rilasciata dalla casa produttrice, conferma che il macchinario offerto dalla società Dimed S.r.l. ha il peso dichiarato dalla concorrente in gara.

Non vi è ragione per dubitare della veridicità di quanto affermato dal produttore sotto la propria responsabilità, di talché una verifica empirica da parte della stazione appaltante, così come pretenderebbe la ricorrente, si sarebbe risolto in un aggravamento procedimentale, tanto più ingiustificato tenuto conto della natura – semplificata – della procedura in corso.

D’altro canto, se al momento della consegna da parte dell’aggiudicataria dei due strumenti, questi dovessero risultare difformi da quanto dichiarato in

offerta, la stazione appaltante potrà attivare i rimedi propri della fase esecutiva del contratto.

Sicché, in definitiva, non si vede ragione per disporre, così come richiede In.Cas. S.r.l., una verifica e anticipare in sede processuale un controllo dei macchinari che ancora l'Amministrazione deve svolgere.

In conclusione, il ricorso è infondato e per questo viene respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate a favore dell'Amministrazione resistente e della società controinteressata nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia Sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società In.Cas. S.r.l. a rifondere le spese di giudizio all'Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Cremona e alla società Dimed S.r.l., che liquida, per ciascuna parte, in complessivi €uro 2.000,00, oltre agli accessori di legge.

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'Autorità amministrativa.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2021, tenutasi con collegamento da remoto, con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Ariberto Sabino Limongelli, Consigliere

Alessandra Tagliasacchi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Alessandra Tagliasacchi

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO

