

Pubblicato il 09/12/2023

**N. 18510/2023 REG.PROV.COLL.
N. 05785/2023 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 il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5785 del 2023, proposto da Bioh Filtrazione S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Nadia Restivo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Carlo Freguglia, 8/A, e dall'avvocato Pio Rinaldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Pio Giuseppe Rinaldi in Milano, via Pio IV n. 3;

contro

Fondazione Ptv Policlinico Tor Vergata, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano D'Acunzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale delle Milizie 9;

nei confronti

Nuova Farmec S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Sergio Coccia, Francesco Rossi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per l'annullamento

- della Deliberazione n. 236 del 23 febbraio 2023 a firma del Direttore Generale della Fondazione PTV Policlinico Tor Vergata (doc. 10), comunicata attraverso portale MEPA alla ricorrente in data 2.3.2023, che ha autorizzato l'affidamento alla Nuova Farmec S.r.l. della fornitura quinquennale in service di una lavaendoscopi, comprensiva di accessori e consumabili, per le esigenze del Reparto di Otorinolaringoiatria della Fondazione PTV, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lettera b), del D.L. n. 276/2020, convertito in Legge n. 120/2020 e s.m.i. – CIG 9299228DB2, per un importo complessivo di Euro 134.248,80 (comprensivi di IVA), con l'opzione rinnovo per ulteriori 24 mesi, per un importo ulteriore presuntivo di Euro 53.699,52 (IVA inclusa);
- degli atti e verbali di gara in particolare dei Verbali n. 3 del 16.2.2023 e n. 4 del 17.02.2023 (docc. 4 e 7) con cui la Commissione di gara ha ammesso la Nuova Farmec s.r.l. al prosieguo della procedura di gara e valutato la sua offerta economica senza rilevare la mancata indicazione dei costi della manodopera; con declaratoria ex art. 122 c.p.a. di inefficacia dell'eventuale contratto di appalto stipulato nelle more tra Fondazione PTV Policlinico Tor Vergata e Nuova Farmec s.r.l. e di scorimento della graduatoria e subentro della Bioh Filtrazione s.r.l. nel contratto medesimo, ai sensi e per gli effetti dell'art. 124 c.p.a., unicamente per mero scrupolo e tuziorismo difensivo, nel non creduto e denegato subordine di reiezione della domanda principale, per l'annullamento di tutti gli atti di gara e della lex specialis, ivi compreso il capitolato tecnico e i criteri di valutazione nella parte in cui non hanno previsto l'obbligo del concorrente o consentito di specificare i costi della manodopera indicati nell'art. 16 del Disciplinare di gara, con conseguente riedizione della intera gara.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Nuova Farmec S.r.l. il 24/4/2023:

per l'annullamento,

- della Deliberazione n. 236 del 23 febbraio 2023 a firma del Direttore Generale della Fondazione PTV Policlinico Tor Vergata, che ha autorizzato l'affidamento alla Nuova Farmec S.r.l. della fornitura quinquennale in service di una lavaendoscopi, comprensiva di accessori e consumabili, per le esigenze del Reparto di Otorinolaringoiatria della Fondazione PTV, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lettera b), del D.L. n. 76/2020, convertito in Legge n. 120/2020 e s.m.i. – CIG 9299228DB2, nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla gara della BIOH FILTRAZIONE S.r.l.;
- di tutti gli atti e verbali di gara nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla gara della BIOH FILTRAZIONE S.r.l.;
- in subordine, nei limiti di quanto di interesse, e per quanto occorre possa, per l'annullamento di tutti gli atti di gara e della lex specialis, ivi compreso il bando di gara, il disciplinare di gara, il capitolato tecnico e i criteri di valutazione, se intesi e nella parte in cui hanno previsto l'obbligo del concorrente o consentito di specificare i costi della manodopera indicati nell'art. 16 del Disciplinare di gara, con conseguente riedizione della intera gara;
- di ogni altro atto o provvedimento presupposto e/o connesso e/o conseguente a quelli gravati in questa sede, ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fondazione Ptv Policlinico Tor Vergata e di Nuova Farmec S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 novembre 2023 la dott.ssa Claudia Lattanzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente ha impugnato la deliberazione della Fondazione PTV Policlinico Tor Vergata, che ha autorizzato l'affidamento alla Nuova Farmec S.r.l. della fornitura quinquennale in service di una lavaendoscopi, comprensiva di accessori e consumabili, per le esigenze del Reparto di Otorinolaringoiatria della Fondazione PTV, per un importo complessivo di Euro 134.248,80 (comprensivi di IVA), con l'opzione rinnovo per ulteriori 24 mesi, per un importo ulteriore presuntivo di Euro 53.699,52 (IVA inclusa).

La ricorrente ha dedotto i seguenti motivi: violazione degli artt. 83, comma 9, 95, comma 10, e 97, comma 5, lettera d), del D.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. - Violazione art. 56, § 3, della Direttiva 2014/21/UE - Violazione dell'art. 16 del Disciplinare di gara - Violazione art. 3 della legge n. 241/1990 e s.m.i. - Violazione dei criteri di par condicio - Difetto di istruttoria - Difetto di motivazione - Difetto dei presupposti di fatto e di diritto - Eccesso di potere per erroneità e sviamento – Perplessità.

Sostiene la ricorrente:

- che la procedura di gara di cui trattasi non è relativa ad una mera fornitura di macchina lavaendoscopi ma espressamente prevede e richiede anche una serie di attività correlate alla fornitura, cioè attività di assistenza post vendita tipo full risk;
- che l'offerta economica della Nuova Farmec aveva l'obbligo di indicare anche i relativi costi di manodopera, per consentire all'ente di verificare la quantità delle ore di assistenza garantite e di escludere che l'offerta economica fosse vantaggiosa perché formulata a scapito del rispetto dei minimi del salario dei lavoratori;
- che la mancanza di una tale indicazione, prevista dalla disposizione statale e dalla lex specialis, avrebbe dovuto comportare in automatico la esclusione della offerta economica della partecipante;
- che l'omissione della Nuova Farmec neppure avrebbe potuto essere giustificata da un tardivo soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, d.lgs. n.

50/2016, in quanto il divieto è espressamente previsto dalla stessa disposizione di legge.

Si sono costituite l'amministrazione procedente e la controinteressata controdeducendo nel merito.

La controinteressata ha eccepito l'irricevibilità del ricorso in quanto il provvedimento di aggiudicazione è stato pubblicato presso l'albo pretorio – sezione amministrazione trasparente - della stazione appaltante in data 24.2.2023

Con ricorso incidentale, la controinteressata ha dedotto i seguenti motivi: 1. Violazione e falsa applicazione del d.lgs 50/2016 ed in particolare dell'art. 80, comma 5, lett. c, c-bis, c-ter, f-bis, e ss.mm.ii – Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione nonché della l. 241/90 e ss.mm.ii. - Violazione e falsa applicazione del DPR 445/2000 e ss.mm.ii - Violazione dei criteri di par condicio – Difetto di istruttoria e contraddittorietà - Difetto dei presupposti di fatto e di diritto - Eccesso di potere per travisamento dei fatti, erroneità e sviamento. 2. In via subordinata - Violazione e falsa applicazione degli artt. 83, 95, comma 10, e 97, comma 5, lettera d), del D.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. - Violazione art. 3 della legge n. 241/1990 e s.m.i. - Violazione dei criteri di par condicio – Difetto di istruttoria e contraddittorietà - Difetto dei presupposti di fatto e di diritto - Eccesso di potere per travisamento dei fatti, erroneità e sviamento.

Sostiene la controinteressata:

- che dall'analisi della domanda di partecipazione prodotta in gara dalla Bioh risulta che la suddetta abbia dichiarato *“di non incorrere nelle cause di esclusione previste esclusivamente dalla legislazione nazionale, di cui all'art. 80, comma 1 lett. b-bis), comma 2 e comma 5 lett. c), c-bis), c-ter), c-quater), f), f-bis), f-ter), g), h), i), l), m), del Codice”*;

- che la ricorrente avrebbe dovuto correttamente dichiarare che con riguardo ad altro appalto avente oggetto analogo (fornitura in service di lavaendoscopi) presso l'Azienda Ospedaliera di Perugia, con deliberazione del Commissario

straordinario n. 1633 del 30.9.2020, è stata disposta la revoca dell'aggiudicazione in suo favore dell'appalto in ragione del fatto che, a seguito dell'esecuzione anticipata dell'appalto, sono emerse *“gravi problematiche riguardanti le lavaendoscopi da voi fornite ...”*;

- che il provvedimento del Commissario Straordinario è stato impugnato dalla Bioh innanzi al TAR Umbria, che con sentenza n. 196 del 22.3.2021 lo ha dichiarato inammissibile;

- che la legge di gara al punto 21 della domanda di partecipazione sanziona espressamente con l'esclusione dalla gara l'eventuale *“non veridicità del contenuto della presente dichiarazione”*;

- che, in via subordinata, sono illegittime le previsioni della legge di gara se intese e nella parte in cui estendono gli obblighi dichiarativi di cui all'art. 95, comma 10, d.lgs. 50/2016 anche a costi della manodopera che esulano dalla ratio del citato art. 95, comma 10, d.lgs. 50/2016;

- che i servizi accessori alla fornitura, quali l'assistenza full risk, rilevano non in sé, ma al fine di garantire il perdurante corretto funzionamento dell'apparecchiatura fornita;

- che la legge di gara non disciplina il personale da impiegare nella commessa, né richiede che ve ne sia alcuno stabilmente impiegato, ma rimette all'aggiudicataria, secondo la specifica organizzazione imprenditoriale di questa, la gestione del personale eventualmente ed occasionalmente impiegato nella commessa;

- che il costo del personale che la Nuova Farmec ha utilizzato a rotazione negli anni passati come fornitore uscente e che sarà utilizzato negli anni per la commessa per cui si controverte, è ripartito tra le diverse commesse a cui è trasversalmente impiegato;

- che tale impegno risulta avere un impatto economico assolutamente residuale ed esiguo per la commessa in quanto la Nuova Farmec in qualità di fornitore uscente ha potuto registrare che nei 5 anni precedenti l'attività di assistenza tecnica e manutenzione ha comportato un impiego di personale per

soli 38,5 ore per l'intero quinquennio, ovvero pari a 7,7 ore/anno, ed un costo orario pari a circa € 20,50 – 24,00;

- che la voce dei costi del personale impiegata nell'appalto attiene e si qualifica come “costi aziendali” trasversalmente imputati alle numerose commesse per le quali detto personale presta il proprio servizio in favore della Nuova Farmec e non dovevano essere oggetto di separata dichiarazione ai sensi dell'art. 95, comma 10, d.lgs. 50/2016.

Alla pubblica udienza del 28 novembre 2023 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

1. È da respingere anzitutto la richiesta di accoglimento della domanda di accesso, posto che questa è stata sì formulata nel ricorso introduttivo attraverso l'indicazione “*Ricorso ex artt. 119 e 120 c.p.a. con istanza cautelare collegiale ex art. 55 c.p.a. e istanza ostensiva ex art. 116, comma, 2, c.p.a.*” ma poi non è stata esplicitata né nel ricorso né in successive memorie.

In sostanza, la ricorrente non ha formulato alcun motivo volto a contestare il mancato accoglimento dell'istanza di accesso.

L'art. 40, comma 1, lett. d), c.p.a. onera la parte di articolare motivi di ricorso specifici e non generici che, come tali, risulterebbero non idonei a garantire l'effettiva garanzia del contraddittorio e del diritto di difesa e la precisa e univoca individuazione del *thema decidendum* (cfr.: Consiglio di Stato, Sez. IV, 28 giugno 2022, n. 5368).

Dalla lettura dell'atto introduttivo del giudizio di primo grado emerge, con tutta evidenza, come lo stesso non contenga alcuna censura avverso il silenzio dell'Amministrazione resistente sulla sua domanda di accesso.

Ai sensi dell'art. 41 c.p.a. lett. d) l'esposizione dei motivi deve, infatti, essere specifica, per cui questi ultimi non possono essere dedotti in modo approssimativo, indistinto, astratto e generico (cfr. per tutte Cons. Stato sez. IV, n. 4636/2016).

Secondo il pacifco insegnamento della giurisprudenza, infatti, “*Nel giudizio amministrativo non basta dedurre genericamente un vizio, ma bisogna precisare il profilo*

sotto il quale il vizio viene dedotto e, ancora, indicare tutte quelle circostanze dalle quali possa desumersi che il vizio denunciato effettivamente sussiste” (cfr. Cons. Stato sez. III, 4 settembre 2020 n. 5356).

2. Parimenti da respingere è la richiesta di stralcio della memoria della controinteressata formulata dalla ricorrente in sede di discussione.

L’ultima memoria della controinteressata è stata depositata il 10 novembre 2023 e quindi nel rispetto dei termini ex artt. 73 e 119 c.p.a. previsti per la produzione delle memorie.

Non può ritenersi che il rinvio d’ufficio dell’udienza già fissata precedentemente determini la tardività delle memorie depositate nel rispetto dei termini avendo a riguardo la nuova data di udienza.

La giurisprudenza ha precisato che “*il tardivo deposito, oltre il termine di legge, è da ritenersi ammissibile nell’ipotesi in cui l’udienza di trattazione sia stata rinviata, dovendosi ritenere tempestivo rispetto alla nuova udienza, atteso che sia le parti che il giudice sono così poste in condizione di conoscerne il contenuto con sufficiente anticipo”* (Cons. St., sez. VI, 8 maggio 2019, n. 2972).

3. Fondata è l’eccezione dell’irricevibilità del ricorso per tardività.

La questione della esatta individuazione del termine di impugnazione dei provvedimenti in materia di affidamento dei contratti pubblici è stata, nelle sue linee di fondo, affrontata ed esaminata dalla decisione della Adunanza plenaria n. 12/2020, e sviluppata, poi, successiva elaborazione giurisprudenziale.

L’Adunanza plenaria, ha affermato i seguenti principi di diritto:

“*a) il termine per l’impugnazione dell’aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell’art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016;*

b) le informazioni previste, d’ufficio o a richiesta, dall’art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati

ovvero per accertarne altri, consentono la proposizione non solo dei motivi aggiunti, ma anche di un ricorso principale;

c) la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;

d) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione;

e) sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati'.

Nel caso in esame, la censura dedotta dalla ricorrente era conoscibile già al momento dell'aggiudicazione, posto che la delibera di aggiudicazione è stata pubblicata presso l'albo pretorio, sezione amministrazione trasparente, il 24 febbraio 2023 – così come stabilito da Disciplinare per il quale “*L'affidamento in oggetto è disposto con deliberazione del Direttore Generale, pubblicata nella sezione “Amministrazione trasparente” del sito istituzionale del PTV*” –

e alla delibera sopra detta era riportato in allegato l'offerta economica della controinteressata.

Le censure proposte dalla ricorrente sono tutte avverso la formulazione dell'offerta economica, con la conseguenza che, al momento della pubblicazione dell'aggiudicazione, la ricorrente era già in grado di formulare il ricorso.

Pertanto, poiché i motivi di ricorso non conseguono dalla conoscenza dei documenti nuovi, il termine per l'impugnazione decorre dalla data di comunicazione dell'aggiudicazione.

L'aggiudicazione è stata comunicata il 24 aprile 2023 mentre il ricorso è stato notificato il 31 marzo 2023, quindi oltre il termine decadenziale di 30 giorni ex lege.

Infatti, come sopra specificato, non può ritenersi applicabile il termine di 45 giorni, identificato nella ricostruzione dell'Adunanza Plenaria sopra richiamata, qualora i motivi derivino dalla conoscenza di documenti acquisiti attraverso l'accesso.

4. Il ricorso è comunque infondato.

Il bando prevedeva la fornitura quinquennale in service di una lavaendoscopi, che non richiedono l'indicazione di personale impiegato stabilmente nella commessa.

In particolare, il Capitolato tecnico stabilisce che *“la fornitura si intende comprensiva, oltre che della strumentazione descritta nel presente documento e nei relativi allegati, anche di: - assistenza alle prove di funzionalità della strumentazione e di quanto altro occorrente per assicurare che il service venga svolto a perfetta regola d'arte; - manutenzione ordinaria e straordinaria, preventiva e correttiva della strumentazione, inclusa la sostituzione di tutte le parti di ricambio”*.

Tali attività, come precisato dalla controinteressata, riguardano i servizi post-vendita tutti accessori rispetto alla fornitura oggetto dell'appalto, con la conseguenza che questi possono essere qualificati come costi indiretti per i quali non è richiesta l'indicazione del costo della mano d'opera ex art. 95, d.lgs. 50/2016.

Si è infatti affermato che *“l'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in offerta si impone solo per i dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell'offerta per la specifica commessa; non è così, invece, per le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente, ovvero lo fanno in maniera trasversale a vari contratti (ad es. il direttore del servizio), il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all'offerta da presentare per il singolo appalto”* (TAR Firenze, sez. I, 19 aprile 2022, n. 525; TAR Roma, sez. III, 12/07/2021, n. 8261; Cons. di Stato sez. V, 3 novembre 2020, n. 6786; Cons. Stato sez. III, 26 ottobre 2020, n. 6530).

È necessario distinguere i “costi indiretti della commessa”, ovverosia i costi relativi al personale di supporto all'esecuzione dell'appalto o adibito a servizi

esterni, dai “costi diretti della commessa”, comprensivi di tutti i dipendenti impiegati per l'esecuzione della specifica commessa. “*L'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in offerta - e la correlativa verifica della loro congruità imposta alla Stazione appaltante - si impone solo per i dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell'offerta per la specifica commessa; non è così, invece, per le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente, ovvero in modo trasversale a vari contratti, il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all'offerta da presentare per il singolo appalto (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 12/07/2021, n. 8261)” (TAR Napoli, sez. V, 7 novembre 2023, n. 6128.*

“*Vale ribadire il tradizionale orientamento per cui l'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera, all'interno dell'offerta, si impone solo per i dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell'offerta per la specifica commessa; non, invece, per le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente, ovvero lo fanno in maniera trasversale a vari contratti (ad es. il direttore del servizio), il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all'offerta da presentare per il singolo appalto (cfr. per tutte Cons. Stato, sez. V, 3 novembre 2020 n. 6786; Id., sez. III, 26.10.2020 n. 6530)”* (Cons. St., sez. V, 18 agosto 2023, n. 7815).

Come detto, nel caso in esame si tratta di costi indiretti del servizio che non dovevano essere indicati nell'offerta economica.

In conclusione, il ricorso deve essere dichiarato irricevibile per tardività.

5. Stante l'irricevibilità del ricorso deve dichiararsi l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso incidentale.

6. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- dichiara irricevibile il ricorso principale;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali che si liquidano in euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre accessori di legge, in favore della Fondazione PTV Policlinico Tor Vergata, ed in euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre accessori di legge, in favore della Nuova Farmec S.r.l.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiliggotti, Presidente

Claudia Lattanzi, Consigliere, Estensore

Roberto Vitanza, Consigliere

L'ESTENSORE
Claudia Lattanzi

IL PRESIDENTE
Maria Cristina Quiliggotti

IL SEGRETARIO