

Pubblicato il 27/05/2021

N. 00165/2021 REG.PROV.COLL.  
N. 00154/2021 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 il Friuli Venezia Giulia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 154 del 2021, proposto da Service Med S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Renato Fusco, Luca Griselli, Marco Salina, Roberto Fusco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Azienda Regionale di Coordinamento per la Salute, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabio Balducci Romano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Udine, via Savorgnana 20;

*nei confronti*

Zuccato Hc S.r.l. in proprio ed in Qualità di Capogruppo del Raggruppamento Temporaneo con Servizi Italia Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Renzo Fausto Scappini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Fabio Francario, Maria Alessandra Sandulli, Guglielmo Aldo Giuffre', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gianna Di Danieli in Trieste, via G. Bruni n. 5; Servizi Italia S.p.A. non costituito in giudizio;

*per l'annullamento,*

*previa sospensione,*

della determinazione dirigenziale n. 294 del 16/04/2021 (trasmessa a mezzo PEC in data 20/04/2021, docc. 1 - 3) dell'Azienda Regionale di Coordinamento per la Salute (ARCS), con sede legale a Udine, via Pozzuolo 330 (P.IVA/C.F. 02948180308), avente ad oggetto “ID17SER008 GARA A PROCEDURA APERTA, AI SENSI DELL'ART. 60 DEL D. LGS. N. 50/2016 PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI NOLEGGIO SISTEMI PER LA PREVENZIONE E/O TRATTAMENTO DI LESIONI ANTIDECUBITO PER GLI ENTI DEL SSR FVG – LOTTO 1: AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA e APPROVAZIONE VERBALI” con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in esame al Rti Zuccato HC srl (mandataria)/Servizi Italia spa (mandante), nonché di tutti gli atti presupposti e connessi, ivi compresi il Bando e gli ulteriori atti di gara, nonché i verbali delle sedute riservate della Commissione giudicatrice n. 1 in data 10

novembre 2020 (doc. 4) e nr. 2 in data 26 marzo 2021 (docc. 5 e 6) e il verbale della seduta pubblica del 1° aprile 2021 (doc. ti 7 e 8); della Convenzione per la fornitura in oggetto, la cui stipula è intervenuta in violazione dello stand still periodo (art. 32 D.Lgs. 50/2016) come da comunicazione in data 14 maggio 2021 (doc.ti 42 e 43).

*e per la conseguente condanna, in via principale*

della Stazione appaltante convenuta al risarcimento del danno in forma specifica, tramite declaratoria della spettanza dell'aggiudicazione all'odierna ricorrente e pronuncia ex art. 122 c.p.a. d'inefficacia della convenzione medesima, stipulata in periodo di stand still e in violazione dell'art. 121 cpa (in ragione della richiesta di subentro che sin d'ora si propone, manifestando in proposito disponibilità immediata); con riserva all'occorrenza di proporre azione di risarcimento per equivalente in separata sede.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Regionale di Coordinamento per la Salute e di Zuccato Hc S.r.l. in proprio ed in Qualità di Capogruppo del Raggruppamento Temporaneo con Servizi Italia Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti l'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e l'art. 4, comma 1, periodi quarto e seguenti del d.l. 30 aprile 2020, n. 28 (convertito con l. 25 giugno 2020, n. 70);

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2021, tenutasi da remoto attraverso la piattaforma *Microsoft Teams*, il dott.

Luca Emanuele Ricci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Service Med, nella qualità di soggetto incorporante la società Medi H Art e successore della medesima, domanda l'annullamento del provvedimento del 16.04.2021, di aggiudicazione del Lotto 1 della procedura *“per l'affidamento del servizio di noleggio di sistemi per la prevenzione e/o trattamento di lesioni antidecubito per pazienti degli enti del S.S.R. Friuli Venezia Giulia”* indetta dall'Azienda regionale di coordinamento per la salute (ARCS).

1.1. La procedura è già stata oggetto di un precedente giudizio, definito con sentenza di questo Tar n. 95 del 2020, poi riformata in appello dal Consiglio di Stato, sez. III, n. 4978 del 2020. In quelle vicende processuali, la società Medi H Art contestava il punteggio ottenuto dalla vincitrice RTI Zuccato per il criterio relativo al *“grado di permeabilità del telo al vapore (mvtr g/m<sup>2</sup>/24 ore da dichiarare in scheda tecnica)”* di cui all'art. 18 del Disciplinare di gara e, in particolare, la decisione della stazione appaltante di considerare valido, a fronte della dichiarazione di due diversi dati di permeabilità (4.500/g/m<sup>2</sup>/d, nella relazione tecnica, e 830/g/m<sup>2</sup>/d, nella scheda tecnica), il dato più elevato.

1.2. Il Tar Friuli-Venezia Giulia ha ritenuto che i due valori dovessero ritenersi corrispondenti, dovendo la diversità dei dati numerici giustificarsi in ragione dei differenti sistemi di misurazione adottati (*“il valore di 830 g/mq/24h, descritto nel dépliant prodotto dalla*

*ditta aggiudicataria (cfr. doc. n. 21 depositato da ARCS) risulta formulato in ragione di un diverso sistema di misurazione, denominato ASTM E96/E96M. Quest'ultimo dato, peraltro, riportato alla scala di riferimento adottata dalla legge di gara (MVTR), corrisponde peraltro al valore di 4.500/g/mq/24h, valore effettivamente indicato da Zuccato S.r.l. nel documento tecnico introdotto con la propria offerta tecnica (doc. n. 40 depositato da ARCS) e di cui, pertanto, la commissione ha legittimamente tenuto conto”).*

1.3. Per il Consiglio di Stato, invece, il Tribunale ha impropriamente sovrapposto, nel proprio ragionamento, la grandezza da misurare (il *Moisture vapor transmission rate - MVTR*) e il metodo adottato per misurarla. Ciò premesso, *“non constano elementi o ragioni per potere fondatamente asserire che i due valori formulati nell’offerta, a proposito del grado di permeabilità del telo al vapore, siano tra di loro equivalenti e solo apparentemente difformi ... ciò che non si spiega nella sentenza appellata (e che neppure la documentazione tecnica allegata all’offerta consente di chiarire) è perché in virtù di un diverso sistema di misurazione il dato di 830/g/m<sup>2</sup>/d debba arrivare a coincidere con 4.500/g/m<sup>2</sup>/d”*. Di conseguenza, conclude sul punto il giudice d’appello, *“si rende quindi necessario un intervento suppletivo della Commissione di gara, che renda conto in modo motivato delle ragioni sia della ritenuta equivalenza dei due valori; sia della prevalenza riconosciuta (ai fini del computo del punteggio) al valore di entità maggiore”*.

1.4. La Commissione, in esecuzione del *dictum* del Consiglio di Stato, ha dunque proceduto ad una parziale riedizione della procedura. A tal fine, ha nominato un consulente tecnico con l’incarico *“di accertare la comparabilità o meno fra di loro dei valori esprimenti la permeabilità al vapore in gr/mq/h qualora gli stessi siano stati ottenuti in base a standard differenti”* e *“di verificare che i dati allegati dalle ditte MEDI H ART SRL E RTI ZUCCATO HC SRL/ SERVIZI ITALIA spa siano stati espressi o meno*

*secondo il medesimo standard*” (doc. 4 della ricorrente). Secondo il consulente (si veda la relazione di cui al doc. 11) valori di permeabilità espressi secondo differenti *standard* di riferimento non sono tra loro confrontabili, in ragione dei differenti metodi di misurazione adottati. Al contempo, non vi è possibilità di stabilire se i dati di permeabilità riportati nelle offerte dei due concorrenti rispondano ad uno *standard* omogeneo, non avendo il RTI Zuccato comunicato alcuna informazione in proposito.

1.5. Preso atto di quanto sopra, la Commissione ha richiesto al RTI Zuccato di indicare a quale metodo di misurazione rispondesse il valore di MVTR pari 4.500 g/mq/24h, dichiarato nella relazione tecnica allegata alla propria offerta.

1.6. La concorrente ha affermato che il dato era stato misurato secondo lo *standard* JIS L 1099 A1, cioè il medesimo adottato da Medi H Art. Ne è derivata una nuova assegnazione, per il parametro in esame, di un punteggio riferito al valore di 4500, e la conseguente riconferma dell’aggiudicazione a favore del RTI Zuccato.

2. Service Med contesta dunque l’esito della procedura, come determinatosi a seguito della sua parziale riedizione successiva alle vicende processuali di cui sopra, deducendo i seguenti vizi:

2.1. *Violazione art. 18 Disciplinare. Violazione dei principi di trasparenza, par condicio ed efficienza. Eccesso di potere per travisamento, contraddittorietà intrinseca ed estrinseca, difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione del dictum di cui alla sentenza del C. di Stato. Violazione dell’art. 80 c. 5 lett. c) D.Lgs. 50/2016. Ingiustizia manifesta*, perché il Consiglio di Stato aveva imposto alla Commissione di giustificare le ragioni della ritenuta equivalenza dei valori di MVTR espressi dalla controinteressata. La Commissione invece, pur a fronte di una relazione tecnica che dava

atto della non comparabilità dei dati, ha concesso alla controinteressata una illegittima integrazione della propria dichiarazione.

2.2. *Ulteriore violazione art. 18 Disciplinare e dei principi di trasparenza, par condicio ed efficienza. Eccesso di potere per travisamento, contraddittorietà intrinseca ed estrinseca, difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione dell'autovincolo e del giudicato di cui alla sentenza di codesto Ill.mo TAR 104/20 punto 13) Ingiustizia manifesta*, perché, come riconosciuto dal Consiglio di Stato, l'unico dato che poteva essere utilizzato ai fini del parametro MVTR era quello tratto dalla scheda tecnica (che indicava un valore di 830/g/m<sup>2</sup>/d), mentre il valore di 4500/g/m<sup>2</sup>/d è frutto di una mera autodichiarazione del concorrente. Ancora, l'azione amministrativa sarebbe viziata da contraddittorietà, nell'aver di fatto ammesso una "normalizzazione" dei valori, a fronte di un disciplinare di gara che non lo consentiva.

2.3. *Violazione dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza (art. 30 D.Lgs. 50/2016). Violazione dell'art. 83 c. 9 D.Lgs. 50/2016. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, contraddittorietà, travisamento e difetto di motivazione. Violazione del divieto di modificazione delle offerte. Violazione del principio di unicità e necessaria determinatezza dell'offerta e dei suoi elementi essenziali*, perché la Commissione ha illegittimamente concesso ad un concorrente di integrare la propria offerta in relazione ad un elemento essenziale della propria offerta, mentre avrebbe dovuto riconoscere prevalenza al valore di 830/g/m<sup>2</sup>/d di cui alla scheda tecnica.

2.4. *Tutti i vizi di cui al motivo che precede e, inoltre: violazione degli artt. 59, c. 3, e 94, lett. a) D.Lgs. 50/2016. Violazione dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza (art. 30 D.Lgs. 50/2016). Eccesso di potere*

*per carenza di istruttoria, travisamento e difetto di motivazione. Violazione del principio di necessaria determinatezza e univocità dell'offerta, per la mancata esclusione della concorrente RTI Zuccato (o in subordine, per la mancata valutazione a 0 del parametro), come sarebbe stata dovuta una volta chiarito che i due valori dichiarati non potevano essere ricondotti ad unità e che l'offerta era dunque indeterminata.*

*2.5. Eccesso di potere per travisamento e carenza dei presupposti. Difetto assoluto di motivazione. Violazione della par condicio e dei principi di trasparenza ed efficacia, per avere la stazione appaltante accettato il chiarimento del RTI Zuccato, in forma di mera dichiarazione non accompagnata da alcun riscontro documentale. La tesi dell'adozione dello standard giapponese, del resto, era già stata bocciata dal Consiglio di Stato.*

3. La stazione appaltante ARCS ha eccepito l'inammissibilità del ricorso, perché tutte le doglianze attengono all'esecuzione della sentenza del Consiglio di Stato e dovevano essere proposte di fronte allo stesso giudice, mediante ricorso per ottemperanza. Ancora, una ragione di inammissibilità sarebbe da rinvenire nella carenza di legittimazione della ricorrente, soggetto incorporante altra società partecipante alla gara (la cui posizione è fatta propria nel presente ricorso) e quindi passibile di esclusione dalla procedura ai sensi dell'art. art. 80, co. 5 lett. m) del Codice appalti.

3.1. Nel merito, afferma che l'integrazione richiesta a RTI Zuccato risponde pienamente all'effetto conformativo della sentenza del Consiglio di Stato e all'affermato obbligo di riesaminare le offerte.

4. Il controinteressato ha parimenti argomentato per l'infondatezza del ricorso. Rileva che non era richiesta ai concorrenti l'adozione (né l'indicazione) di un particolare metodo di misurazione del MVTR e

che la *lex specialis* (art. 14) espressamente consentiva alla stazione appaltante di richiedere precisazioni o chiarimenti. Ancora, il disciplinare di gara lasciava ampia libertà ai concorrenti quanto all'assolvimento dell'onere illustrativo delle caratteristiche tecniche del prodotto offerto, non potendosi quindi riconoscere valore prioritario o esclusivo ai dati riportati nel dépliant (impropriamente definito dalla ricorrente una "scheda tecnica").

5. Nella camera di consiglio del 26.05.2021 le parti hanno discusso come da verbale. La ricorrente, in particolare, ha replicato all'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dall'amministrazione resistente. Le parti non si sono opposte ad una definizione del giudizio con sentenza breve.

6. Il giudizio viene definito nel merito all'esito della trattazione dell'istanza cautelare ai sensi dell'art. 60 c.p.a., come espressamente consentito dalla legge (art. 25, comma 2, d.l. 137 del 2020) anche nel contesto del processo c.d. "da remoto".

7. Il ricorso è inammissibile, per essere state proposte mediante azione di annullamento questioni relative all'attuazione della sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, n. 4978 del 2020, da dedurre invece con ricorso per ottemperanza, al diverso giudice funzionalmente competente.

7.1. L'esame delle censure formulate, pur non qualificate espressamente in termini di nullità per violazione o elusione del giudicato, richiede, quale ineludibile presupposto logico-giuridico, l'interpretazione della sentenza d'appello (che ha riformato il *decisum* di prime cure) e l'esatta ricostruzione della portata del suo effetto conformativo, attività di esclusiva competenza del giudice che ha emesso il provvedimento (art. 113, comma 1, c.p.a.).

7.2. Tutti i motivi sono rivolti a sindacare l'operato della Commissione successivo alla pronuncia del Consiglio di Stato che la invitava ad un *“intervento suppletivo ... che renda conto in modo motivato delle ragioni sia della ritenuta equivalenza dei due valori; sia della prevalenza riconosciuta (ai fini del computo del punteggio) al valore di entità maggiore”*, impregiudicata *“ogni valutazione circa il carattere falso o fuorviante della dichiarazione resa dalla Zuccato”*. È vero che trattasi di un segmento di attività nuovo, nel cui esercizio l'amministrazione conservava margini di libertà decisionale. Tuttavia, l'ampiezza di questi margini di libertà non può che determinarsi “per sottrazione”, dovendosi preliminarmente perimetrare la portata dell'effetto conformativo e ricostruirne l'incidenza sul potere. In altre parole, la stessa distinzione tra ciò che si colloca “dentro” o “fuori” alla portata del giudicato, tra ciò che costituisce manifestazione di un potere conformato dalla pronuncia e ciò che costituisce esercizio della residua discrezionalità da riconoscere all'amministrazione (a sua volta strumentale alla distinzione tra vizi di nullità per violazione/elusione del giudicato e illegittimità autonome), presuppone, sul piano logico prima che giuridico, una determinata interpretazione del *dictum* del Consiglio di Stato, che non può essere operata dall'adito Tar.

7.3. Ciò preclude in radice, pertanto, la possibilità di operare una distinzione tra vizi di scorretta esecuzione della sentenza e vizi propri della discrezionalità residua, arrestandosi all'esame dei secondi. Se è vero, infatti, che per determinati motivi di ricorso (in particolare il primo e il secondo) appare più evidente il condizionamento portato dalla pronuncia del Consiglio di Stato (i cui passaggi sono testualmente citati nella stessa formulazione delle censure), tutte le doglianze indistintamente sottendono una determinata – nonché

unilaterale e contestata dalle controparti – interpretazione del suo contenuto e dell'effetto conformativo che ne deriva.

7.4. In definitiva, solo il Consiglio di Stato, quale giudice dell'ottemperanza, ha il potere di accertare se la richiesta di chiarimenti formulata al RTI Zuccato, da cui è derivata la conferma dell'aggiudicazione a suo favore, fosse impedita dall'effetto conformativo della sentenza n. 4978 del 2020 (come sostiene la ricorrente) oppure, al contrario, costituisse un'attività dovuta perché imposta dalla stessa sentenza (come nella tesi del controinteressato) o, infine, rappresentasse solo una delle possibili modalità di esercizio di una discrezionalità non conformata *in parte qua*, che potrebbe essere al più attinta da nuovi vizi di legittimità per contrasto con la *lex specialis* o con altre norme dell'ordinamento.

7.5. Secondo *Cons. St., A.P., 15 gennaio 2013, n. 2*, infatti, il giudice dell'ottemperanza è “*il giudice naturale dell'esecuzione della sentenza*”, cui spetta, almeno in prima battuta, un sindacato unitario ed accentrato sulla riedizione del potere, salva la possibilità di rimettere al diverso giudice competente l'esame delle questioni relative al “*prosieguo dell'azione amministrativa che non impinge nel giudicato*”. Non osta all'applicazione di questi principi il fatto che la ricorrente, come già osservato, non abbia espressamente lamentato un contrasto con il giudicato, né qualificato i vizi dedotti in termini di nullità. Ciò che rileva, ad avviso del Tribunale, è la sostanza delle argomentazioni spese – implicanti un giudizio di rispondenza o difformità del potere esercitato (anche) rispetto al giudicato – e il loro attenersi ad un segmento d'azione successivo ad una vicenda giurisdizionale, che inevitabilmente risente dell'effetto conformativo della sentenza.

8. Il Tribunale non può, infine, riqualificare e convertire l'azione ai sensi dell'art. 32 c.p.a., allo scopo di rimettere le parti al Consiglio di Stato competente per l'ottemperanza. Come rileva la Plenaria citata al punto che precede, *“la conversione dell'azione può essere disposta dal giudice dell'ottemperanza e non viceversa, perché solo questo giudice, per effetto degli articoli 21 septies l. 7 agosto 1990, n. 241 e 114, co. 4, lett. b), cpa, è competente, in relazione ai provvedimenti emanati dall'amministrazione per l'adeguamento dell'attività amministrativa a seguito di sentenza passata in giudicato, per l'accertamento della nullità di detti atti per violazione o elusione del giudicato, e dunque – come si è già evidenziato - della più grave delle patologie delle quali gli atti suddetti possono essere affetti”*.

9. Per le ragioni esposte, il ricorso è dichiarato inammissibile.

9.1. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli-Venezia Giulia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna la ricorrente a rifondere le spese del presente giudizio all'amministrazione resistente e al controinteressato, che liquida per ciascuna parte nella somma di € 1.000,00 oltre spese generali e accessori di legge.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2021, tenutasi da remoto attraverso la piattaforma *Microsoft Teams* con l'intervento dei magistrati:

Oria Settesoldi, Presidente

Manuela Sinigoi, Consigliere

Luca Emanuele Ricci, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Luca Emanuele Ricci**

**IL PRESIDENTE**  
**Oria Settesoldi**

**IL SEGRETARIO**