

Publicato il 04/06/2020

N. 02209/2020 REG.PROV.COLL.
N. 01101/2020 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 della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1101 del 2020, proposto da Expertmed S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Carlo Catarisano, Federico Garufi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Carlo Catarisano in Milano, via G.B. Bazzoni n. 2;

contro

Azienda Ospedaliera dei Colli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Raffaele Cuccurullo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via G. Qaugliariello 54;

nei confronti

Ditta Individuale Monica Garnier (Security System di Monica Garnier), non costituita in giudizio;

per l'annullamento,

previa sospensione:

- della Determinazione dirigenziale del Direttore dell'U.O.C. Provveditorato, dell'Azienda Ospedaliera dei Colli n. 60 del 28 gennaio 2020, avente ad oggetto l'aggiudicazione in favore di Security System di Monica Garnier, della gara per l'affidamento della "fornitura di contenitori secondari per il trasporto di emoderivati (buste di sicurezza), da destinare all'UOC Medicina Trasfusionale dell'A.O. dei Colli, ai sensi dell'art. 36, co. 2 lett. b) del d.lgs n. 50/2016 mediante RDO sul MEPA- CIG ZAD2AE061C", non comunicata e conosciuta il 13 febbraio 2020;

- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale ancorché non conosciuto, ove lesivo degli interessi della ricorrente, ivi inclusi – per quanto occorrer possa – il parere di conformità dell'Unità Operativa richiedente sull'offerta presentata da Security System di Monica Garnier, richiamato nella determina di aggiudicazione ma non allegato alla stessa, a differenza dell'offerta vincitrice, e la nota del Direttore dell'U.O.C. Provveditorato, dell'Azienda Ospedaliera dei Colli prot. n. AOC-0005951-2020 del 25 febbraio 2020, la nota del Direttore dell'U.O.C. Provveditorato, dell'Azienda Ospedaliera dei Colli prot. n. AOC-0006968-2020 del 4 marzo 2020, comunicata via pec in pari data, con cui non è stata accolta l'istanza di annullamento in autotutela presentata da Expertmed S.r.l. il 27 febbraio 2020, nonché, l'RDO n. 2460160 e il capitolato di gara; nonché per la declaratoria

ai sensi e per gli effetti degli articoli 121 e 122 c.p.a., dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato;

e per la condanna

ai sensi e per gli effetti degli articoli 30, 121, 122 e 124 c.p.a., al risarcimento del danno ingiusto patito dalla ricorrente in conseguenza dell'illegittimità degli atti e dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera dei Colli;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2020, celebrata nelle forme di cui all'art. 84 comma 5 e 6 d.l. 18/2020, convertito in l. 27/2020, la dott.ssa Diana Caminiti come specificato nel verbale;

Visto l'art. 60 c.p.a.;

Omesso ogni avviso ai sensi dell'art. 84 comma 5 d.l. 18/2020, convertito in l. 27/2020;

1. Con atto notificato in data 13 marzo 2020 e depositato il successivo 20 marzo la società Expertmed S.r.l. ha impugnato la Determinazione dirigenziale del Direttore dell'U.O.C. Provveditorato, dell'Azienda Ospedaliera dei Colli n. 60 del 28 gennaio 2020, avente ad oggetto l'aggiudicazione in favore di Security System di Monica Garnier della gara per l'affidamento della "fornitura di contenitori secondari per il trasporto di emoderivati (buste di sicurezza), da destinare all'UOC Medicina Trasfusionale dell'A.O. dei Colli, ai sensi dell'art. 36, co. 2 lett. b) del d.lgs n. 50/2016 mediante RDO sul MEPA- CIG ZAD2AE061C", non comunicata e conosciuta il 13 febbraio 2020, e ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale, ove lesivo degli interessi della ricorrente, ivi inclusi – per quanto occorrer possa – il parere di conformità dell'Unità Operativa richiedente sull'offerta presentata da Security System di Monica Garnier, richiamato nella determina di aggiudicazione, ma non allegato alla stessa, la nota del Direttore dell'U.O.C. Provveditorato, dell'Azienda Ospedaliera dei Colli prot. n. AOC-0005951-2020 del 25 febbraio 2020, la nota del Direttore dell'U.O.C. Provveditorato, dell'Azienda Ospedaliera dei Colli prot. n. AOC-0006968-2020 del 4 marzo 2020, comunicata via pec in pari data, con cui è stata rigettata l'istanza di annullamento in autotutela presentata da Expertmed S.r.l. il 27 febbraio 2020, nonché, ove occorra, l'RDO n. 2460160 e il capitolato di gara.

1.1. Ha altresì richiesto la declaratoria, ai sensi e per gli effetti degli articoli 121 e 122 c.p.a., dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato e la condanna, ai sensi e per gli effetti degli articoli 30, 121, 122 e

124 c.p.a., al risarcimento del danno ingiusto patito in conseguenza dell'illegittimità degli atti e dei provvedimenti impugnati.

2. A sostegno del ricorso deduce, in punto di fatto, che l'Azienda Ospedaliera dei Colli aveva indetto, attraverso la piattaforma MEPA, la procedura in oggetto per l'importo stimato complessivo di 11.000,00 (IVA esclusa), da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, "previa verifica di conformità del prodotto offerto", per la fornitura di "N. 40.000 Contenitori Secondari per il trasporto di emoderivati (buste di sicurezza)" che *"devono avere le seguenti caratteristiche a pena di esclusione:... [essere] corredate di banda adesiva, in modo tale da consentire una chiusura ed un'apertura facilitata posta in alto, il prodotto deve essere conforme alla normativa di riferimento per il rischio biologico corredato di simbolo biohazard (rischio biologico), altresì la busta di sicurezza deve essere munita di sacca portadocumenti esterna, la busta di sicurezza deve essere trasparente in modo tale da facilitare l'utilizzo agli operatori sanitari, misure ca. 25x33 cm. P.S. La busta di sicurezza non deve contenere simboli che inducano ad una apertura diversa da quella indicata (es. tratteggi e/o simboli per l'apertura con oggetti taglienti)"* (cfr. capitolato, pag. 1 – doc. 5 allegato al ricorso).

2.1. Come indicato nell'istanza di accesso agli atti di Expertmed (cfr. doc. 6 allegato al ricorso), "la procedura in oggetto era stata indetta dopo che la precedente procedura relativa alla medesima fornitura - aggiudicata a Experted S.r.l., in base alla determinazione dirigenziale n. 583 del 21 ottobre 2019, per effetto dell'esclusione di Security System *"poiché il contenitore in plastica per il trasporto di emoderivati conteneva alla base una banda tratteggiata per l'apertura mediante forbici o altri oggetti taglienti che, durante l'utilizzo avrebbe potuto danneggiare il campione contenuto ed imbrattare l'operatore esponendolo a rischi"* – era stata annullata *"al fine di formulare una nuova indizione di gara con dei criteri più dettagliati rispetto alla precedente indizione, in modo tale da*

permettere ai potenziali fornitori di formulare un offerta congrua in considerazione delle specifiche che saranno indicate nel nuovo capitolato di gara” (cfr. comunicazione del 28 novembre 2019 trasmessa tramite il portale MEPA allegata al ricorso come documento n. 7).

2.2. La società ricorrente, avuta conoscenza del contenuto della determina di aggiudicazione, in favore della ditta individuale Security System di Monica Garnier, soltanto il 13 febbraio 2020, in esito all’accesso autonomo all’albo on line dell’AOC, aveva predisposto immediatamente e trasmesso a mezzo pec il 14 febbraio 2020 la richiesta di accesso agli atti della procedura, richiesta riscontrata in data 25 febbraio 2020.

2.3. All’esito della trasmissione della documentazione, la ricorrente, avendo avuto contezza della circostanza che l’offerta presentata dalla controinteressata non rispettava le specifiche tecniche, previste a pena di esclusione nel capitolato di gara, inoltrava istanza di annullamento in autotutela dell’aggiudicazione di cui è causa, rigettata con la nota del Direttore dell’U.O.C. Provveditorato, dell’Azienda Ospedaliera dei Colli prot. n. AOC-0006968-2020 del 4 marzo 2020, comunicata via pec in pari data.

3. Ciò posto, la società ricorrente ha articolato, in due motivi di ricorso, le seguenti censure avverso gli atti impugnati:

1) A. Illegittimità dell’aggiudicazione

I. Violazione e falsa applicazione del capitolato, in punto di previsione delle caratteristiche tecniche minime dei prodotti offerti e di esclusione delle offerte non conformi a tali caratteristiche. Violazione della circolare del Ministero della Sanità n. 3 dell’8 maggio 2003, dell’art. 1 del D.M. 28 settembre 1990, delle linee guida per la convalida dei processi nei Centri Trasfusionali (ISS-CNS, 1° edizione-Febbraio 2014, in punto di previsione della rappresentazione del simbolo di rischio biologico, di tenuta stagna e di certificazione della tenuta stagna dei prodotti offerti. Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, comma 1, e 36, comma 1, del D.Lgs. n.

50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5 lett. c-bis) del D.Lgs. n. 50/2016 Violazione dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, di libera concorrenza, par condicio e non discriminazione, trasparenza, proporzionalità.

In particolare parte ricorrente assume che l'AOC aveva illegittimamente ammesso alla gara un'offerta tecnica non conforme ai requisiti minimi richiesti, a pena di esclusione, operando persino il soccorso istruttorio in relazione al requisito della conformità "alla normativa di riferimento per il rischio biologico corredato di simbolo biohazard (rischio biologico)", atteso che, per stessa ammissione dell'AOC, "dalla documentazione tecnica [di Security System] non si evinceva la presenza del simbolo Biohazard riguardante il rischio biologico e non avvedendosi che, in ogni caso, dalla stessa documentazione tecnica si evinceva indiscutibilmente la presenza (e non la richiesta assenza a pena di esclusione) di "simboli che inducano ad una apertura diversa da quella indicata (es. tratteggi e/o simboli per l'apertura con oggetti taglienti)".

Né, a dire della ricorrente, potrebbe attribuirsi al termine "personalizzazione", come utilizzato negli atti di gara e come ritenuto dall'AOC, un'accezione che non ha, atteso che come precisato nella scheda tecnica di Security System, la sola "personalizzazione" offerta gratuitamente era quella che atteneva ai segni distintivi dell'AOC. Nella scheda tecnica, la controinteressata aveva infatti precisato che era possibile personalizzare le buste "con logo aziendale" (cfr. doc. 13 allegato al ricorso).

II. Violazione e falsa applicazione degli artt. 36, comma 9-bis e 95, commi 2, 4, lett. b) e lett. c), 5, del D.Lgs. n. 50/2016, in relazione al criterio di aggiudicazione indicato nel capitolato di gara.

II.1 La ricorrente assume che il primo motivo di ricorso abbia carattere assorbente, per cui ha formulato tale secondo motivo solo in subordine, deducendo che, in ipotesi di ritenuta infondatezza del primo motivo, dovesse disporsi l'annullamento, in accoglimento del secondo motivo di ricorso: i) dell'aggiudicazione della gara in favore di Security System, perché aggiudicata ad un'offerta non conforme in considerazione del solo prezzo più basso; o, in estremo subordine, ii) dell'intera procedura di gara, perché aggiudicata in base di un criterio (quello del prezzo più basso) non compatibile con l'utilizzo che di tale criterio è stato operato in concreto.

4. La controinteressata non si è costituita, mentre si è costituita l'Azienda Ospedaliera dei Colli, instando per il rigetto del ricorso e dell'istanza di sospensiva.

5. L'istanza cautelare è stata esitata con decreto cautelare 00693/2020, adottato ai sensi del disposto dell'art. 84 commi 1 e 2 del d.l. 18/2020, convertito in l. 27/2020, sulla base dei seguenti rilievi “...*Rilevato che dalla documentazione in atti risulta che parte resistente, ancora prima di procedere alla stipula del contratto, ha proceduto, stante l'urgenza, alla richiesta di esecuzione anticipata della fornitura secondo le esigenze, consistente nella consegna dei prodotti che saranno richiesti, in base alle necessità, con apposito ordinativo, predisposto dall'Unità di Medicina Trasfusionale e trasmesso dalla stessa in qualità di punto ordinante; Ritenuto pertanto che nel contemperamento degli opposti interessi e avuto riguardo alle censure formulate da parte ricorrente, con cui si rappresenta la non rispondenza dell'offerta della controinteressata alle specifiche tecniche previste nel capitolato e che parte resistente avrebbe inammissibilmente ammesso il soccorso istruttorio sull'offerta tecnica, di dovere mantenere re adhuc integra la situazione, sospendendo la stipula del contratto sino alla trattazione collegiale dell'odierna istanza cautelare, ferma rimanendo la possibilità di esecuzione in via anticipata della*

fornitura in base alle necessità, nel senso dianzi specificato, in considerazione dell'urgenza della fornitura;

Ritenuto di dover rinviare per la trattazione collegiale all'udienza del 21 aprile 2020", accogliendo nelle more l'istanza cautelare ai soli fini della sospensione della stipula del contratto.

6. All'esito della camera di consiglio del 21 aprile 2020, celebrata nelle forme di cui all'art. 84 commi 5 e 6 d.l. 18/2020, il collegio con ordinanza cautelare n. 00825/2020 ha così disposto *"Ritenuta la necessità che l'amministrazione resistente depositi tutti gli atti relativi alla procedura de qua ed in particolare i verbali della commissione giudicatrice, la richiesta dei chiarimenti inviata dall'amministrazione e la relativa risposta fornita dalla controinteressata relativamente alla personalizzazione delle buste in merito alla possibilità che la stessa potesse concernere anche l'eliminazione delle indicazioni sull'apertura dell'uso con forbici e la stampa del simbolo Biohazard e documentati chiarimenti in ordine all'intero svolgimento della procedura de qua e alla posizione in graduatoria dell'odierna ricorrente;*

Ritenuto di dover assegnare all'amministrazione il termine di quindici giorni per la produzione degli indicati documenti e di dovere rinviare all'udienza camerale del 26 maggio 2020, con possibilità in tale sede, ove ne ricorrano i presupposti, di decisione ex art. 60 c.p.a.;

Ritenuto peraltro che nelle more debba confermarsi quanto disposto con il decreto cautelare n. 693/2020, con conseguente sospensione della stipula del contratto, ferma restando la possibilità di esecuzione anticipata dalla fornitura per ragioni di estrema urgenza".

7. L'Amministrazione ha esitato il suddetto ordine istruttorio con deposito effettuato in data 13 maggio 2020.

8. La ricorrente ha prodotto memoria difensiva in data 22 maggio 2020, mentre l'Amministrazione resistente ha (irritualmente) depositato note di udienza il 26 maggio 2020, ovvero il medesimo giorno fissato per la

camera di consiglio, in violazione del termine di due giorni prima dell'udienza fissato dall'art. 84 comma 5 d.l. 18/2020, convertito in l. 27/2020, applicabile *ratione temporis*.

9. Il ricorso è stato trattenuto in decisione all'esito della camera di consiglio del 26 maggio 2020, celebrata nelle forme di cui all'art. 84 commi 5 e 6 d.l. 18/2020, convertito in l. 27/2020, stante la sua possibilità di definizione a mezzo di sentenza in forma semplificata, ex art. 60 c.p.a., la cui possibile adozione era stata peraltro preannunciata con l'ordinanza n. 825/2020.

10. In via preliminare va delibata d'ufficio la ricevibilità dell'odierno ricorso, avuto riguardo al rilievo che la determina di aggiudicazione reca la data del 28 gennaio 2020.

10.1. Il ricorso deve considerarsi ricevibile avuto riguardo al termine di trenta giorni per l'impugnativa previsto dall'art. 120 comma 5 c.p.a., dovendosi rilevare che l'Amministrazione resistente non ha fornito la prova di avere provveduto alla comunicazione di aggiudicazione indicata nel medesimo comma; pertanto il termine di impugnativa non può che decorrere dalla conoscenza della medesima determina che parte ricorrente asserisce essere avvenuta, tramite consultazione del portale dell'Amministrazione resistente, senza confutazione, sul punto, di controparte, in data 13 febbraio 2020.

10.1.1 Ciò senza mancare di rilevare in ogni caso il carattere di atto di conferma in senso proprio, con conseguente riapertura dei termini per impugnare, della nota del Direttore dell'U.O.C. Provveditorato, dell'Azienda Ospedaliera dei Colli prot. n. AOC-0006968-2020 del 4 marzo 2020, comunicata via pec in pari data, del pari oggetto di impugnativa, con cui è stata rigettata l'istanza di annullamento in autotutela presentata da Expertmed S.r.l. il 27 febbraio 2020, avuto riguardo all'autonoma motivazione della nota de qua, con la quale sono state esaminate le doglianze di parte ricorrente.

10.2. Ciò posto, il ricorso è fondato alla luce del primo motivo di ricorso, di carattere assorbente e formulato prioritariamente da parte ricorrente, con la conseguente vincolatività della graduazione operata dalla parte, ai sensi del noto arresto di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2015, secondo cui la graduazione dei motivi di ricorso è vincolante per il giudice, ad eccezione delle situazioni in cui risulti ravvisabile una censura di carattere assorbente ex lege, come la censura di incompetenza, ravvisabile in presenza dei vizi individuati nella medesima sentenza.

11. Ed invero, ad esito della disposta istruttoria, risulta in primo luogo come l'Amministrazione resistente, nell'aggiudicare la procedura de qua, abbia inammissibilmente operato un soccorso istruttorio sull'offerta tecnica, vietato ai sensi del disposto dell'art. 83 comma 9 d.lgs. 50/2016, ritenendo di accogliere i chiarimenti formulati dalla controinteressata secondo la quale l'apposizione del simbolo *biohazard* (rischio biologico) sulle buste di cui alla procedura di gara, richiesto a pena di esclusione nel capitolato tecnico di cui alla procedura de qua, fosse implicita nell'offerta di personalizzazione contenuta nell'offerta tecnica, laddove la stessa Amministrazione, con la comunicazione inviata alla controinteressata in data 14 gennaio 2020 aveva fatto presente che *“Dall’esame delle schede tecniche si è rilevata la mancanza del simbolo Biohazard riguardante il rischio biologico, così come chiaramente indicato nella descrizione del prodotto richiesto. Pertanto si procederà all’esclusione della gara”*.

11.1. Da tale comunicazione si evince pertanto che la resistente ben avesse compreso che tale specifica tecnica dovesse essere osservata, come tutte le altre indicate nel medesimo capitolato, a pena di esclusione, come chiaramente evincibile dal capitolato tecnico.

11.2. Peraltro, anche in assenza di tale indicazione, la mancata osservanza di tale specifica tecnica avrebbe dovuto determinare l'esclusione dell'offerta prodotta dalla controinteressata, alla luce della costante giurisprudenza in materia, in quanto "...le caratteristiche tecniche previste

nel capitolato di appalto valgono a qualificare i beni oggetto di fornitura e concorrono... a definire il contenuto della prestazione sulla quale deve perfezionarsi l'accordo contrattuale, di talché eventuali, apprezzabile difformità registrate nell'offerta concretano una forma di <aliud pro alio>, comportante, di per sé, l'esclusione dalla gara, anche in mancanza di apposita comminatoria, e, nel contempo, non rimediabile tramite regolarizzazione postuma, consentita soltanto quando i vizi rilevati nell'offerta siano puramente formali o chiaramente imputabili a errore materiale..." (Consiglio di Stato, sez. III, 3 agosto 2018, n. 4809; in termini TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 2809 del 2018; TAR Lazio, Roma. Sez. II, 21 febbraio 2018, n. 2016); pertanto "ai fini dell'esclusione, non è necessaria un'espressa previsione in tal senso, essendo sufficiente il riscontro della difformità dell'offerta rispetto alle specifiche tecniche richieste dalla lex specialis, che abbiano per l'Amministrazione un valore essenziale" (così ancora Consiglio di Stato, Sez. III, 26 gennaio 2018, n. 565 e TAR Umbria, 1 settembre 2017, n. 563).

11.3. Ciò posto, deve aderirsi al prevalente orientamento giurisprudenziale secondo il quale “Nell'ambito di una procedura di gara ad evidenza pubblica non è possibile ricorrere all'istituto del soccorso istruttorio, previsto dall'art. 83, comma 9 del D.Lgs. n. 50/2016, al fine di procedere ad integrazioni dell'offerta tecnica (T.A.R. Roma, (Lazio) sez. II, 10/09/2019, n.10807; in senso analogo T.A.R. Roma, (Lazio) sez. III, 03/12/2019, n.13812 secondo cui “Ai sensi dell'art. 83, comma 9, Codice dei contratti pubblici, è esclusa la sanatoria di ogni irregolarità essenziale afferente all'offerta tecnica e a quella economica; il soccorso istruttorio non è, quindi, ammissibile come strumento per correggere una carenza essenziale dell'offerta. Tuttavia, detto rimedio è utilizzabile in caso di mancata sottoscrizione dell'atto, costituendo un elemento formale, che può essere sanato; del resto una norma del bando che stabilisse l'opposto sarebbe contraria al chiaro disposto dell'ultimo inciso del comma 8 dell'art.

83 citato, secondo il quale "il bando e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice o da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle").

11.4. Al riguardo occorre infatti evidenziare come la circostanza che la personalizzazione comprendesse anche la possibilità di apposizione del simbolo de quo non era affatto evincibile dall'offerta tecnica prodotta in sede di gara, ove vi era certamente l'indicazione della possibilità di apposizione di una tasca esterna portadocumenti, mentre la personalizzazione era riferita alla mera apposizione del logo aziendale, per cui al riguardo non condivisibile è la prospettazione fatta propria dalla resistente nel provvedimento del 4 marzo 2020, comunicata via pec in pari data, con cui è stata rigettata l'istanza di annullamento in autotutela presentata da Expertmed S.r.l. il 27 febbraio 2020.

11.5. Né del pari è condivisibile la prospettazione contenuta in tale provvedimento secondo la quale la controinteressata non poteva essere esclusa dalla procedura di gara, in applicazione del disposto dell'art. 68 del dl.gs. 50/2016 comma 7 d.l.gs. 50/2016 il quale dispone che "Quando si avvalgano della facoltà, prevista al comma 5, lettera b), di definire le specifiche tecniche in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, le amministrazioni aggiudicatrici non possono dichiarare inammissibile od escludere un'offerta per il motivo che i lavori, le forniture o i servizi non sono conformi alle specifiche tecniche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente dimostra, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'art. 86, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti nelle specifiche tecniche"; ciò in quanto, come peraltro evincibile *claris verbis* dal disposto de quo, l'equipollenza della soluzione proposta rispetto alle specifiche tecniche deve risultare dall'offerta presentata in sede di gara, e non da documenti o chiarimenti presentati successivamente, in violazione del

divieto di soccorso istruttorio sull'offerta tecnica, di cui all'art. 83 comma 9 d.gs. 50/2016, dovendo pur sempre il principio di equivalenza contemperarsi con il rispetto del principio comunitario di parità di trattamento e di non discriminazione.

12. Per le medesime ragioni peraltro deve ritenersi che l'offerta tecnica presentata dalla controinteressata non fosse conforme alle previsioni del capitolato neanche nella parte in cui richiedevano che la busta di sicurezza fosse dotata di banda adesiva posta in alto in modo da consentire un'apertura e una chiusura facilitata e in particolare che detta busta non dovesse contenere simboli da indurre ad una apertura diversa da quella indicata (ad es. tratteggi e/o simboli per l'apertura con oggetti taglienti).

Ciò in quanto la busta di cui all'offerta tecnica prodotta dalla Security System reca i tratteggi con l'indicazione dell'apertura con forbici; è ben vero che su detti tratteggi erano state apposte delle crocette a mano (forse a significare che gli stessi sarebbero stati eliminati), ma tra le indicazioni riportate sulla busta compare al punto 4: *“per aprire la busta tagliarla lungo la linea tratteggiata”*; pertanto in ogni caso l'offerta non poteva ritenersi conforme alle previsioni del capitolato di gara neanche sotto questo aspetto.

12.1. Ne consegue che l'offerta prodotta dalla Security System, in quanto non conforme alle specifiche tecniche indicate nel capitolato di gara e considerate essenziali dalla stessa committente - tanto che la loro osservanza era prevista a pena di esclusione -, doveva essere esclusa e la gara doveva essere aggiudicata all'odierna ricorrente, seconda graduata.

Per contro l'amministrazione resistente, sebbene avesse preannunciato l'esclusione della Security System, all'esito della successiva ricezione della comunicazione da parte della medesima, in cui faceva presente che *“come già comunicato nella precedente gara le nostre buste sono omologate per questo tipo di esigenza, i simboli si allegano alla richiesta, allego alcune immagini”*, le ha illegittimamente aggiudicato la gara,

finendo, come innanzi precisato, appunto, con l'ammettere un inammissibile soccorso istruttorio sull'offerta tecnica.

Ed invero al riguardo a nulla rileva quanto fatto presente dalla controinteressata nella precedente gara, incumbendo sul concorrente, nel rispetto della par condicio, dimostrare la rispondenza dei prodotti offerti alle specifiche tecniche richieste dalla lex specialis, per cui alcuna valenza possono avere le dichiarazioni rese in altra gara; ciò tanto più che il capitolato tecnico prevedeva che la rispondenza dei prodotti offerte alle specifiche tecniche dovesse risultare dalle schede tecniche.

13. Il ricorso va dunque accolto, stante la fondatezza del primo motivo di ricorso, di carattere assorbente e, per l'effetto, vanno annullati la nota del Direttore dell'U.O.C. Provveditorato, dell'Azienda Ospedaliera dei Colli prot. n. AOC-0006968-2020 del 4 marzo 2020, comunicata via pec in pari data, con cui non è stata accolta l'istanza di annullamento in autotutela e il relativo atto presupposto, ovvero la Determinazione dirigenziale del Direttore dell'U.O.C. Provveditorato, dell'Azienda Ospedaliera dei Colli n. 60 del 28 gennaio 2020 di aggiudicazione della gara alla controinteressata. A ciò consegue che la procedura di gara deve essere aggiudicata alla ricorrente, seconda graduata.

14. Nell'ipotesi in cui, in violazione dell'ordinanza cautelare fosse stato stipulato il contratto con la controinteressata, lo stesso va dichiarato inefficace ex tunc, con subentro della ricorrente, ferma restando per contro l'esecuzione anticipata che era stata ammessa in fase cautelare stante l'urgenza e nella valutazione dei contrapposti interessi.

15. Le spese di lite seguono la soccombenza nei rapporti con l'amministrazione resistente e si liquidano come da dispositivo, mentre sussistono i presupposti per compensarle nei confronti della controinteressata, la quale, non costituendosi, ha dimostrato di non volere resistere all'odierna impugnativa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto:

annulla la nota del Direttore dell'U.O.C. Provveditorato, dell'Azienda Ospedaliera dei Colli prot. n. AOC-0006968-2020 del 4 marzo 2020 e la Determinazione dirigenziale del Direttore dell'U.O.C. Provveditorato, dell'Azienda Ospedaliera dei Colli n. 60 del 28 gennaio 2020;

dichiara l'inefficacia ex tunc del contratto eventualmente stipulato, con subentro della ricorrente.

Condanna l'Azienda Ospedaliera dei Colli alla refusione delle spese di lite nei confronti della ricorrente, liquidate in complessivi euro 2.000,00 (duemila/00), oltre oneri accessori, se dovuti, come per legge, ed oltre a quanto eventualmente anticipato a titolo di contributo unificato.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2020, con collegamento da remoto in videoconferenza, ai sensi dell'art. 84 comma 6 d.l. 18/2020, convertito in l. 27/2020, con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

Fabio Maffei, Referendario

L'ESTENSORE
Diana Caminiti

IL PRESIDENTE
Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO

