

Pubblicato il 17/11/2020

N. 01414/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00677/2020 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 per la Toscana

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 677 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Device & Tech S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano La Marca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Estar, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luisa Gracili, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Regione Toscana non costituita in giudizio;

per l'annullamento

con il ricorso originariamente proposto:

1) della Deliberazione del Direttore Generale di Estar n. 294 del 17 luglio 2020, pubblicata all'albo pretorio il 20 luglio 2020, avente ad oggetto *“Appalto specifico per la fornitura di camici visitatori, calzari, soprascarpe e cuffie monouso non sterili per le aziende sanitarie ed altri enti del servizio sanitario della Regione Toscana”*, nella parte in cui include:

- il Lotto 3 recante CIG 8376972FF7 ed avente ad oggetto la stipula di accordo quadro per la fornitura di Calzari al ginocchio DPI di III categoria;
- il Lotto 4 recante CIG 83769784EE ed avente ad oggetto la stipula di accordo quadro per la fornitura di Calzari al ginocchio DPI di I categoria.

2) del Progetto di gara, del Capitolato Normativo, del Capitolato Tecnico, del Disciplinare, delle Schede di Dettaglio Economico e dei relativi allegati e chiarimenti, indetti dalla Estar riferiti alla procedura di gara avente ad oggetto *“Appalto specifico per la fornitura di camici visitatori, calzari, soprascarpe e cuffie monouso non sterili per le aziende sanitarie ed altri enti del servizio sanitario della Regione Toscana”*, nella parte in cui include:

- il Lotto 3 recante CIG 8376972FF7 ed avente ad oggetto la stipula di accordo quadro per la fornitura di Calzari al ginocchio DPI di III categoria;
- il Lotto 4 recante CIG 83769784EE ed avente ad oggetto la stipula di accordo quadro per la fornitura di Calzari al ginocchio DPI di I categoria;

3) dei chiarimenti resi da Estar – UOC Acquisizioni Economiche e Arredi con comunicazione del 23 luglio 2020 alle ore 8:12 e del 23 luglio 2020 alle ore 11:31 e riferiti alla procedura di gara avente ad oggetto *“Appalto specifico per la fornitura di camici visitatori, calzari, soprascarpe e cuffie monouso non sterili per le aziende sanitarie ed altri enti del servizio sanitario della Regione Toscana”*;

4) se ed in quanto lesivo dell'avviso pubblicato da Estar in data 6 luglio 2020 con il quale ha annunciato l'intenzione di indire un confronto concorrenziale per la *“Fornitura di camici visitatori, calzari, soprascarpe e cuffie, in*

materiale monouso non sterile, per le Aziende sanitarie ed altri Enti del Servizio Sanitario della Regione Toscana” nell'ambito dello SDA (Sistema Dinamico di Acquisizione) per la fornitura di beni economici e beni economici ad uso sanitario.

5) se ed in quanto esistente della Lettera d'Invito e relativi allegati riferiti all'appalto specifico indetto da Estar e relativo alla procedura di gara avente ad oggetto “*Appalto specifico per la fornitura di camici visitatori, calzari, soprascarpe e cuffie monouso non sterili per le aziende sanitarie ed altri enti del servizio sanitario della Regione Toscana*”, nella parte in cui include:

- il Lotto 3 recante CIG 8376972FF7 ed avente ad oggetto la stipula di accordo quadro per la fornitura di Calzari al ginocchio DPI di III categoria;
- il Lotto 4 recante CIG 83769784EE ed avente ad oggetto la stipula di accordo quadro per la fornitura di Calzari al ginocchio DPI di I categoria.

6) di ogni altro atto presupposto e/o connesso e conseguente, nonché di tutti gli eventuali atti e verbali della procedura di gara, ivi compreso l'eventuale provvedimento di aggiudicazione che dovesse medio tempore sopraggiungere, sin da ora da intendersi impugnati per illegittimità derivata dai vizi in questa sede denunciati;

nonché per la condanna

all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio dalla ricorrente, consistente nell'ammissione della stessa alla partecipazione alla procedura di gara e/o alla rinnovazione della procedura di gara di cui trattasi

e per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a.;

con i motivi aggiunti depositati in data 12 ottobre 2020:

- del verbale Estar del 31 agosto 2020 (mai comunicato e reso noto a seguito del suo deposito in giudizio avvenuto il giorno 8 settembre 2020) avente ad

oggetto “*Valutazione idoneità dei prodotti offerti*”, nella parte in cui, relativamente al lotto 3 della procedura di gara recante CIG 8376972FF7, ha ritenuto inidonea l'offerta presentata della Device & Tech srl;

- della relazione tecnica di valutazione delle offerte del 25 agosto 2020, non conosciuta nel suo esatto contenuto e di cui si ha avuto contezza per effetto del suo richiamo nel verbale Estar del 31.08.2020, con cui l'Organo Tecnico di Valutazione, relativamente al lotto 3 della procedura di gara recante CIG 8376972FF7, ha ritenuto inidonea l'offerta presentata della Device & Tech srl;

- del tacito diniego serbato dalla Estar in relazione alla richiesta di annullamento in autotutela presentata dalla ricorrente a mezzo PEC in data 23 e 24 settembre 2020;

- di ogni altro atto presupposto e/o connesso e conseguente;

e per la condanna

all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio dalla ricorrente, consistente nell'ammissione della stessa alla partecipazione alla procedura di gara di cui trattasi;

e per la declaratoria

di inefficacia del contratto, ove stipulato, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a.;

con ulteriori motivi aggiunti depositati in data 19 ottobre 2020 :

- della determinazione Estar n. 1313 del 14 ottobre 2020 avente ad oggetto “*Appalto specifico, nell'ambito del sistema dinamico di acquisizione per la fornitura di beni economici e beni economici ad uso sanitario destinati alle aziende sanitarie, ospedaliere, altri enti del servizio sanitario della Regione Toscana e ad Estar, per la fornitura di camici visitatori, calzari, soprascarpe e cuffie monouso non sterili per le aziende sanitarie ed altri enti del servizio sanitario della regione toscana. esito procedura di gara*”, nella parte in cui, relativamente al lotto 3 della procedura di gara recante CIG 8376972FF7, ha

approvato il Verbale Estar del 31 agosto 2020 avente ad oggetto “*Valutazione idoneità dei prodotti offerti*” e la Relazione dell'Organismo Tecnico di Valutazione del 25 agosto 2020 e, conseguentemente, ha ritenuto inidonea l'offerta tecnica presentata della Device & Tech srl relativamente al lotto 3 della procedura di gara recante CIG 8376972FF7, non procedendo alla relativa aggiudicazione;

- della nota ESTAR prot. 49728 del 15 ottobre 2020 avente ad oggetto “*Appalto Specifico per la fornitura di camici visitatori, calzari, soprascarpe e cuffie monouso non sterili per le Aziende Sanitarie ed altri Enti del Servizio Sanitario della Regione Toscana. Esito di gara*”, con la quale si è provveduto a comunicare la determinazione Estar n. 1313 del 14.10.2020;

- di ogni altro atto presupposto e/o connesso e conseguente;

e per la condanna

all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio dalla ricorrente, consistente nell'ammissione della stessa alla partecipazione alla procedura di gara di cui trattasi;

e per la declaratoria di inefficacia

del contratto, ove stipulato, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a..

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Estar;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, comma 6 c.p.a., come modificato, in ultimo, dall'articolo 4, comma 4, lettera a), del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120;

Visto, altresì, l'art. 60 c.p.a.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 ottobre 2020 la dott.ssa Silvia De Felice e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Avvisate le parti circa la possibilità di definire la controversia con sentenza in forma semplificata, in forza delle disposizioni sopra richiamate;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierna ricorrente ha partecipato alla gara indetta da Estar con bando del 19 giugno 2020, per l'istituzione di un Sistema Dinamico di Acquisizione per l'affidamento della fornitura di *“Dispositivi di Protezione Individuale destinati alle aziende sanitarie, ospedaliere, ed altri enti del servizio sanitario della Regione Toscana”* (in seguito, per brevità, Bando SDA “Fornitura di DPI”), risultandone poi iscritta ed abilitata.

2. Nello stesso periodo Estar ha indetto una ulteriore gara per l'istituzione di un Sistema Dinamico di Acquisizione volto alla fornitura di *“Beni economici e beni economici ad uso sanitario destinati alle aziende sanitarie, ospedaliere, ed altri enti del servizio sanitario della Regione Toscana”* (in seguito, per brevità, Bando SDA “Fornitura Beni Economici”), nell'ambito del quale non erano previsti dispositivi di protezione individuale.

3. Estar ha quindi avviato la gara per l'affidamento di un appalto specifico nell'ambito del Bando SDA “Fornitura Beni Economici”, suddivisa in sei lotti. Tra questi, il lotto 3 prevedeva la stipula di un accordo quadro per la fornitura di Calzari al ginocchio DPI di III categoria e il lotto 4 prevedeva la stipula di un accordo quadro per la fornitura di Calzari al ginocchio DPI di I categoria.

A tale procedura sono state invitate solo le società iscritte e abilitate al SDA “Fornitura Beni Economici”.

4. Con il ricorso introduttivo la Società Device & Tech - esclusa dalla partecipazione alla procedura *de qua* in quanto priva della relativa abilitazione - ha formulato un unico ed articolato motivo, deducendo, in sintesi, l'illegittimità degli atti di gara per violazione di legge e del bando di

gara relativo alla istituzione del SDA “Fornitura Beni Economali”, per carenza di istruttoria e travisamento dei fatti.

Invero, la stazione appaltante avrebbe erroneamente incluso nella procedura avente ad oggetto beni economali anche dispositivi di protezione individuale, dotati di caratteristiche e qualità del tutto peculiari e normativamente vincolanti, per i quali è stato attivato uno specifico sistema dinamico di acquisizione.

La stazione appaltante, in tal modo, avrebbe illegittimamente impedito alla ricorrente – regolarmente abilitata nello specifico SDA “Fornitura DPI” - di prendere parte alle gare relative ai lotti 3 e 4, aventi ad oggetto DPI.

La ricorrente ha chiesto quindi l’annullamento degli atti di gara, nella parte in cui includono la fornitura di beni che rientrano nel SDA “Fornitura DPI” e non nel SDA “Fornitura Beni Economali”.

5. Con decreto cautelare monocratico n. 436 del 28 luglio 2020, la ricorrente è stata ammessa con riserva alla procedura di gara.

6. La ricorrente ha presentato la propria offerta solo per il lotto 3, risultando unica offerente.

7. All’esito delle operazioni di gara, i prodotti offerti dalla stessa sono stati ritenuti inidonei, sulla base della valutazione svolta dall’organismo tecnico di valutazione, e l’appalto non è stato quindi aggiudicato.

8. Si è costituita in giudizio Estar, eccependo l’improcedibilità del ricorso introduttivo per sopravvenuta carenza di interesse, atteso che la Società avrebbe visto soddisfatte le pretese avanzate con il gravame, partecipando alla procedura di gara per il lotto 3, conclusasi tuttavia con la mancata aggiudicazione dell’appalto, per inidoneità dei prodotti offerti.

9. Con ordinanza n. 500 del 10 settembre 2020 il Collegio ha preso atto della rinuncia della ricorrente alla domanda cautelare.

10. La ricorrente ha quindi presentato due ricorsi per motivi aggiunti avverso gli atti con i quali la stazione appaltante ha disposto di non aggiudicare la fornitura del lotto 3.

Essa deduce, in sintesi, che l'Amministrazione, senza compiere un'adeguata istruttoria, avrebbe erroneamente ritenuto i prodotti offerti dalla ricorrente non conformi alle prescrizioni di gara.

Tale esclusione sarebbe dipesa, non dalla effettiva assenza o carenza delle caratteristiche tecniche richieste, ma dal solo dato formale della mancanza di una espressa dichiarazione di esse nella documentazione presentata a corredo dell'offerta, adempimento peraltro non espressamente prescritto dalla *lex specialis*.

I calzari offerti dalla ricorrente, invero, sarebbero assolutamente conformi a quanto richiesto dalla legge di gara, come ricavabile dalla documentazione tecnica prodotta dalla concorrente.

In particolare:

- nei prodotti offerti sarebbero assenti fibre vetrose e formaldeide, poiché - come espressamente indicato nella relativa scheda tecnica - gli stessi sono stati realizzati con materiali conformi al Regolamento (CE) N. 1907/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 Dicembre 2006, concernente la registrazione, la valutazione, l'autorizzazione e la restrizione delle sostanze chimiche (REACH) e successivi emendamenti, che vieta proprio la presenza di tali materiali (cfr. doc. 8 di parte ricorrente);
- i prodotti offerti sarebbero inoltre atossici, anallergici, inodori e *latex free*, come desumibile dalla scheda tecnica del materiale utilizzato per la produzione dei calzari, redatta dal produttore del tessuto in data 2 aprile 2020 (prima della partecipazione alla gara) (cfr. doc. 9 di parte ricorrente);
- la presenza, sui calzari offerti, di una cucitura rafforzata da un nastro termosaldato impedirebbe l'ingresso di agenti esterni, rendendo il prodotto

assolutamente equivalente ai calzari senza cucitura richiesti dalla legge di gara, ai sensi dell'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016 (cfr. doc. 8 di parte ricorrente). La stazione appaltante, pertanto, avrebbe dovuto verificare in concreto se i prodotti offerti erano conformi a quanto richiesto dalla legge di gara, anche attraverso l'attivazione del soccorso istruttorio e la richiesta di chiarimenti alla Società concorrente.

11. L'Amministrazione resistente ha chiesto la reiezione dei ricorsi per motivi aggiunti.

12. Alla camera di consiglio del 28 ottobre 2020, avvisate le parti circa la possibilità di definire la controversia con sentenza in forma semplificata, la causa è stata trattenuta in decisione.

13. Per ragioni di ordine logico si esaminano prioritariamente i due ricorsi per motivi aggiunti, con i quali sono state formulate censure identiche avverso gli atti con cui la stazione appaltante ha disposto di non aggiudicare il lotto 3 alla ricorrente per inidoneità dei prodotti offerti.

Entrambi i ricorsi sono infondati.

13.1 L'art. 1.1 del capitolato tecnico (cfr. doc. 3 di Estar) prevedeva che *“Tutte (sic) i prodotti dovranno:*

- garantire un elevato grado di comfort e traspirabilità;*
- essere prive di nichel;*
- assenza di cuciture, di fibre di vetro di formaldeide e lattice;*
- essere atossiche, anallergiche e inodore;*
- essere latex free (necessaria dichiarazione e relativa etichettatura)”*.

L'art. 16 del disciplinare (cfr. doc. 4 di Estar) stabiliva espressamente che *“l'offerta tecnica deve rispettare le caratteristiche minime stabilite nel capitolato prestazionale, pena l'esclusione dalla procedura di gara, nel rispetto del principio di equivalenza di cui all'art. 68 del Codice”*.

La stessa norma indicava poi la documentazione tecnica da produrre, a pena di esclusione, per i dispositivi di protezione individuale, consistente in:

- “- Schede tecniche dei prodotti offerti;
- Dichiarazione di conformità UE ed alla normativa di settore;
- Certificazione di esame UE al tipo rilasciato da organismo notificato (solo per quelli di Cat. III);
- Copia conforme dei test effettuati c/o i laboratori esterni certificati e istruzioni per l'uso;
- Nota informativa con istruzioni di cui Allegato II, capo I, punto 1.4 del Regolamento (UE) 2016/425”.

L'art. 20 del disciplinare prevedeva che l'organismo tecnico di valutazione avrebbe verificato *“la conformità delle offerte tecniche alle caratteristiche tecniche e/o funzionali e/o prestazionali dei beni richiesti”*.

13.2 Tutto ciò premesso, va innanzi tutto evidenziato che l'etichetta del prodotto offerto dalla ricorrente, riportata nelle istruzioni d'uso allegate all'offerta della Device & Tech (cfr. doc. 10 di parte ricorrente), non contiene la dichiarazione e il pittogramma *“latex free”*, richiesti dal capitolato tecnico quali caratteristiche essenziali dei prodotti offerti.

Tale carenza rende il prodotto offerto oggettivamente difforme da quello richiesto dalla *lex specialis*.

13.3 Inoltre, la documentazione tecnica presentata dalla ricorrente a corredo della propria offerta non riportava in alcuna sua parte l'attestazione dell'assenza di lattice e di nichel nei propri prodotti, requisiti essenziali richiesti espressamente dalla legge di gara.

Infatti, come rilevato dalla stazione appaltante e mai contestato dalla ricorrente (cfr. pag. 5 della memoria difensiva di Estar del 26 ottobre), la scheda tecnica relativa al tessuto utilizzato per i calzari offerti (cfr. doc. 9 di parte ricorrente), dalla quale si dovrebbe ricavare l'assenza di lattice e di

metalli pesanti, non è stata prodotta in sede di gara, ma è stata depositata per la prima volta nel corso del presente giudizio.

Nell'offerta presentata, quindi, oltre a mancare un'espressa dichiarazione del possesso dei requisiti essenziali dei prodotti offerti, prescritti a pena di esclusione dalla stazione appaltante, non era presente alcun elemento dal quale poterli desumere

Coerentemente, dunque, l'organismo tecnico di valutazione ha dato atto di non aver riscontrato, per il tramite della documentazione tecnica presentata dalla ricorrente, il possesso dei requisiti e delle specifiche tecniche essenziali dei prodotti (cfr. pagg. 20 e 21, doc. 11 di Estar).

13.4 Del resto, nel caso di specie la stazione appaltante non avrebbe potuto dar luogo al soccorso istruttorio per consentire l'integrazione della documentazione tecnica attestante l'assenza del lattice e del nichel, poiché la stessa era richiesta, come detto, a pena di esclusione dalla legge di gara e si era comunque dinanzi ad una radicale carenza documentale e dichiarativa.

Difatti, secondo giurisprudenza consolidata, il soccorso istruttorio si sostanzia *"... unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti"*; viceversa, esso *"...non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione..."* (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9).

Diversamente opinando, infatti, si consentirebbe un'inammissibile modifica postuma dell'offerta, in violazione delle disposizioni contenute nella legge di gara e dei principi generali di autoresponsabilità e *par condicio competitorum*

(cfr. *ex multis* T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 19 febbraio 2020, n. 806 e giurisprudenza ivi citata).

Né, tanto meno, si sarebbe potuto permettere all'odierna ricorrente di modificare la marcatura dei calzari rispetto a quella riportata nell'offerta.

13.5 Le lacune dell'offerta presentata dalla ricorrente non si sarebbero potute superare nemmeno attraverso la presentazione di campioni, posto che la campionatura serve a comprovare, attraverso prodotti dimostrativi, la capacità tecnica dei concorrenti e, soprattutto, l'effettiva idoneità dei beni a soddisfare le esigenze, spesso complesse, delle stazioni appaltanti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2017, n. 371). E comunque, nel caso in esame l'organismo tecnico di valutazione non avrebbe potuto rilevare l'assenza del nichel e del lattice nei calzari offerti dalla ricorrente attraverso un semplice esame visivo dei prodotti. La presentazione dei campioni, pertanto, sarebbe stata assolutamente inutile ai fini che qui interessano.

13.6 Visto quanto precede, divengono irrilevanti le ulteriori questioni prospettate dalla ricorrente sull'assenza di residui e sulla equivalenza dei calzari con o senza cuciture e i relativi profili di censura possono quindi essere assorbiti.

13.7 Alla luce di quanto sopra chiarito, entrambi i ricorsi per motivi aggiunti sono infondati e vanno respinti.

14. Il ricorso introduttivo deve essere dichiarato improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse.

Da un lato, infatti, la ricorrente - pur ammessa con riserva alla procedura di gara per i lotti 3 e 4, in forza del decreto cautelare monocratico n. 436/2020 - non ha presentato offerta per il lotto 4; in relazione ad esso, pertanto, non è più configurabile una posizione giuridica soggettiva differenziata in capo alla ricorrente, meritevole di tutela in sede giurisdizionale.

Dall'altro lato, l'infondatezza dei ricorsi per motivi aggiunti e la conseguente conferma dei provvedimenti con cui Estar ha disposto la mancata aggiudicazione del lotto 3 a favore della Device & Tech fanno venir meno l'interesse alla decisione del ricorso introduttivo anche nella parte in cui si censura la legittimità degli atti di gara con specifico riferimento a quest'ultimo lotto.

15. Le spese di lite sono liquidate secondo il criterio della soccombenza, nella misura di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sui ricorsi per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti:

- respinge entrambi i ricorsi per motivi aggiunti;
- dichiara improcedibile il ricorso introduttivo.

Condanna la parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite a favore di Estar, liquidandole in complessivi euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre oneri accessori come per legge.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 28 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Romano, Presidente

Gianluca Bellucci, Consigliere

Silvia De Felice, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Silvia De Felice

IL PRESIDENTE
Saverio Romano

IL SEGRETARIO