

Pubblicato il 06/05/2021

N. 00669/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00373/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 373 del 2021, integrato da motivi aggiunti,
proposto da

Nr di Nannini S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Toscano e
Alessandro Bertani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Estar - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, rappresentato e
difeso dall'avvocato Fausto Falorni, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via de' Pucci
n. 4;

nei confronti

Becton Dickinson Italia S.p.A., non costituita in giudizio;

per l'annullamento,

chiesto con il ricorso originariamente proposto,

- del verbale dei lavori della Commissione Giudicatrice del 3.2.2021, comunicato alla ricorrente e pubblicato su START il giorno 9.3.2021, nella parte in cui, con riferimento al lotto n. 10, la Commissione, ha escluso l'offerta della NR di Nannini perchè “non risponde alle caratteristiche essenziali richieste nel capitolato tecnico di gara in quanto il catetere è offerto anche nella misura di 16 G, anziché come richiesto nella misura da 18G a 24G”;

- del verbale della seduta pubblica della Commissione del 10.3.2021, nella parte in cui la Commissione ha confermato, per il lotto n.10, l'esclusione dell'offerta di NR di Nannini e non ha accolto la richiesta della stessa di sospendere la procedura relativa al lotto n. 10 al fine del riesame della propria posizione, decidendo di proseguirla e assegnando i punteggi definitivi alla controinteressata Becton Dickinson, propedeutici al provvedimento di aggiudicazione;

- di ogni altro atto connesso, presupposto e conseguente, anche di estremi non conosciuti, compresa l'aggiudicazione del lotto n. 10 alla controinteressata che fosse medio tempore intervenuta o dovesse intervenire con conseguente dichiarazione di inefficacia,

nonché per la declaratoria di nullità ed inefficacia del contratto di appalto, inerente la gara sopraindicata, ove stipulato anche in corso di giudizio e conseguente subentro dell'odierna ricorrente;

e per la conseguente condanna

della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, qualora non sia possibile il subentro in ragione del tempo decorso, per equivalente economico, nella misura che verrà indicata nel corso del giudizio e pari al mancato utile derivante dalla commessa nella misura minima non inferiore al 10% dell'importo a base di gara, o in via subordinata eventualmente parametrato alla perdita di chances, o nella diversa misura che verrà ritenuta di giustizia ai sensi e per gli effetti dell'art. 1226 c.c., oltre alle spese per la partecipazione alla

procedura, rivalutazione ed interessi nella misura che verrà ritenuta di giustizia o in ogni caso con determinazione equitativa ai sensi e per gli effetti dell'art. 1226 c.c.; e per l'annullamento, chiesto con motivi aggiunti depositati in data 1 aprile 2021: della comunicazione ESTAR prot. n. 19170 del 31.3.2021, lo stesso giorno inviata alla ricorrente tramite pec e tramite il sistema START, avente ad oggetto “indizione procedura aperta in modalità telematica per la conclusione di Convenzione per l'affidamento quadriennale, in lotti separati, della fornitura di aghi cannula...”, nella parte riferita alla “contestazione esclusione lotto n. 10”, nonché di ogni altro atto ivi richiamato e non, comunque connesso, presupposto e conseguente anche di estremi non conosciuti, compresa l'aggiudicazione del lotto n. 10 alla controinteressata che fosse *medio tempore* intervenuta o dovesse intervenire,

nonché per l'annullamento, chiesto con i motivi aggiunti presentati il 15 aprile 2021:

della valutazione compiuta dalla Commissione Giudicatrice nella seduta del 29.3.2021 e del relativo verbale in pari data, conosciuto dalla ricorrente a seguito del deposito documentale effettuato da ESTAR il 9.4.2021, nella parte riferita alle “osservazioni presentate per il lotto n. 10”, con il quale è stata confermata la valutazione trascritta nella nota prot. n. 19170 del 31.3.2021 e già espressa nel verbale della seduta pubblica della Commissione del 3.2.2021; nonché di ogni altro atto ivi richiamato e comunque connesso, presupposto e conseguente anche di estremi non conosciuti, compresa l'aggiudicazione del lotto n. 10 alla controinteressata che fosse *medio tempore* intervenuta o dovesse intervenire;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Estar - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2021 il dott. Gianluca Bellucci e udita la difesa di Estar, mediante collegamento da remoto in videoconferenza, come specificato nel verbale;

Sentita la stessa parte ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Nr Nannini s.r.l. ha partecipato alla gara relativa al lotto n. 10, indetta da Estar, avente a oggetto l'accordo quadro per l'affidamento quadriennale di aghi ago cannula e aghi non carotanti per serbatoi infusionali.

Come risulta dal verbale della commissione di gara del 3.2.2021 (di cui è stata data comunicazione il giorno 9.3.2021), la società istante è stata estromessa dalla procedura in quanto la sua offerta prevedeva il catetere anche nella misura di 16 G anziché, come richiesto dal capitolato, nella misura da 18 G a 24 G.

Nella seduta del 10.3.2021 la commissione ha assegnato all'unico concorrente rimasto i punteggi finali propedeutici all'aggiudicazione (allo stato attuale non ancora adottata).

Avverso il provvedimento di esclusione la ricorrente è insorta deducendo varie censure.

In pendenza del giudizio, in data 31.3.2021, la società istante ha ricevuto da Estar la nota di conferma dell'esclusione dalla procedura selettiva.

Il suddetto atto confermativo è stato impugnato con motivi aggiunti depositati in giudizio in data 1.4.2021.

La ricorrente, avendo appreso, a seguito del deposito in giudizio di documenti da parte di Estar, che la commissione di gara in data 29.3.2021 aveva valutato le osservazioni presentate e deciso infine la sua estromissione, è insorta avverso il

verbale della commissione stessa datato 29.3.2021 con ulteriori motivi aggiunti, depositati in giudizio il 15.4.2021.

Si è costituito in giudizio Estar.

Alla camera di consiglio del 27 aprile 2021 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente occorre esaminare le questioni in rito.

Estar ha eccepito l'improcedibilità del ricorso principale e l'inammissibilità dei primi motivi aggiunti, stante la mancata impugnazione della decisione adottata dalla commissione di gara il 29.3.2021, decisione che, secondo Estar, non è stata impugnata nemmeno con i primi motivi aggiunti, aventi a oggetto soltanto la nota del 31.3.2021.

L'eccezione non può essere accolta.

Premesso che la nota del 31.3.2021, impugnata con i primi motivi aggiunti, non reca un espresso richiamo al verbale del 29.3.2021, talché l'interessata ne è venuta a conoscenza solo per effetto della successiva memoria difensiva prodotta da Estar, il Collegio osserva che l'eccezione è superata dall'impugnazione, con i due atti di motivi aggiunti, della suddetta nota e del richiamato verbale.

Ciò premesso, entrando nel merito delle dedotte censure, valgono le seguenti considerazioni.

Con la prima doglianza (dedotta col ricorso principale e con i motivi aggiunti) l'esponente afferma che la propria offerta comprende dispositivi aventi le misure (da G18 a G24) previste dal capitolato di gara, mentre l'offerta della misura G16 costituisce un'aggiunta; inoltre, secondo la ricorrente, essendo la procedura selettiva preordinata alla stipulazione di un accordo quadro, Estar potrà inserire nel medesimo le sole misure da G18 a G24 e comunque, anche se vi fosse inserita la misura G16, le aziende sanitarie aderenti all'accordo quadro ben potrebbero non richiedere la G16, ovvero soltanto i dispositivi da G18 a G24. La società istante

precisa altresì di avere fornito alla commissione la campionatura dei cateteri da G18 a G24 ai fini della valutazione tecnica e che la G16 non pregiudica l'offerta economica, in quanto il prezzo deve essere indicato per l'intera fornitura con specificazione dei prezzi unitari (identici per ogni misura) relativi all'attivazione dei contratti attuativi.

La censura è fondata.

L'offerta del prodotto G16 non incide su quella dei dispositivi da G18 a G24, in quanto il primo è distinto e scorporabile da quest'ultimi e non si pone in loro sostituzione ma come aggiunta. D'altro canto l'offerta, da parte della ricorrente, dei cateteri da G18 a G24 ha concretato il rispetto nelle caratteristiche minime stabilite nel capitolato tecnico, secondo quanto statuito dall'art. 17 del disciplinare di gara.

Invero, i seguenti elementi inducono a ritenere che la parte dell'offerta riguardante il catetere G16 sia separabile dall'offerta relativa ai cateteri da G18 a G24: l'identità dei prezzi unitari per ogni misura (tabella di cui al documento n. 9 depositato in giudizio), la presentazione, da parte della deducente, della campionatura relativa ai dispositivi da G18 a G24 (in adempimento dell'art. 17.2 del disciplinare), l'art. 18 del disciplinare di gara (secondo cui la scheda economica di dettaglio deve distinguere tra loro le varie tipologie di prodotto e indicare il prezzo unitario), il fatto che si tratti di gara finalizzata ad un accordo quadro, il quale, ai sensi dell'art. 5 del capitolato normativo, sarà attuato in base alle singole, specifiche necessità delle singole aziende sanitarie, abilitate nel caso di specie ad approvvigionarsi con i soli dispositivi da G18 a G24.

Pertanto la commissione di gara era in condizione di valutare l'offerta tecnica e l'offerta economica dei soli prodotti da G18 a G24.

Con la seconda censura la società istante lamenta che l'esclusione le fu comunicata soltanto il giorno prima dell'apertura dell'offerta economica, in violazione del termine stabilito dall'art. 76, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016.

Il rilievo non ha pregio.

Il suddetto termine è meramente ordinatorio, talché la sua inosservanza non può incidere sulla legittimità del provvedimento di esclusione dalla gara (TAR Abruzzo, L'Aquila, I, 23.3.2019, n. 167).

In conclusione, stante la fondatezza della prima doglianza, il ricorso e i motivi aggiunti devono essere accolti, con conseguente annullamento degli atti impugnati. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come indicato nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso e i motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna Estar al pagamento, a favore della ricorrente, della somma di euro 3.000 (tremila) oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato, a titolo di spese di giudizio. Nulla per le spese nei confronti di Becton Dickinson Italia s.p.a., non costituita in giudizio.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza secondo quanto previsto dall'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 convertito, con modificazioni, nella legge n. 176/2020, come modificato dall'art. 1 del d.l. n. 183/2020, con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Gianluca Bellucci, Consigliere, Estensore

Pierpaolo Grauso, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Gianluca Bellucci

Eleonora Di Santo

IL SEGRETARIO