

Pubblicato il 21/05/2022

N. 00705/2022 REG.PROV.COLL.
N. 01558/2021 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

sul ricorso numero di registro generale 1558 del 2021, proposto da
B. Braun Milano S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli avvocati Jacopo Emilio Paolo Recla e Lara
Bonoldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

ES.T.A.R. - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, in persona
del legale rappresentante *pro tempore*, 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 4;
Regione Toscana, non costituita in giudizio;

nei confronti

Cid S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'avvocato Simone Uliana, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della deliberazione di aggiudicazione n. 1780 dello 08.11.2021, comunicata ex art. 76 co. 5 del d.lgs. 50/2016 con nota prot. 63312 del 09.11.2021, con cui Estar ha aggiudicato il Lotto 3 della “gara europea a procedura aperta per la conclusione di accordi quadro per la fornitura di stent coronarici per le aziende sanitarie ed enti del SSR della Regione Toscana” alla società Cid S.p.A;
- dei verbali della Commissione di Gara di analisi della documentazione presentata dai concorrenti nella parte in cui hanno ritenuto il prodotto offerto da Cid S.p.A. conforme alla lex specialis;
- altresì di tutti gli altri verbali delle sedute di esame della documentazione presentata dai concorrenti all'esito delle quali è stata disposta l'aggiudicazione del Lotto 3 all'impresa Cid S.p.A. anziché la sua esclusione;
- della nota prot. n. 54776 del 28.09.2021 con cui Estar non ha accolto l'istanza di annullamento in autotutela proposta da B. Braun il 29.06.2021 tesa a denunciare la difformità dell'offerta di Cid S.p.A. e del sotteso verbale della Commissione Giudicatrice relativo alla seduta del 17.09.2021 di cui, allo stato, sono noti solo i contenuti;
- ove occorrer possa, del Bando di gara, del Disciplinare di gara e del Capitolato Tecnico e dei relativi allegati nelle parti di cui in esposizione;
- in ogni caso, di qualsiasi altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso, nonché per il risarcimento del danno subito, in forma specifica, mediante annullamento degli atti impugnati, previa occorrendo declaratoria di inefficacia e disponibilità al subentro nel contratto medio tempore stipulato, ovvero - in subordine - per equivalente economico.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di E.S.T.A.R. e della controinteressata Cid S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 maggio 2022 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determinazione del 9 ottobre 2020, E.S.T.A.R. – operando in nome e per conto della Regione Toscana, ente aggregatore e amministrazione aggiudicatrice – ha indetto una procedura aperta, divisa in quattro lotti, per la stipula di accordi quadro aventi a oggetto la fornitura di stent coronarici in favore delle aziende ed enti del servizio sanitario regionale.

B.Braun Milano S.p.a. ha partecipato, unitamente ad altri due concorrenti, alla gara per l'affidamento del lotto n. 3, avente a oggetto stent DES senza polimero. Essa espone che, a norma del paragrafo 16 del disciplinare di gara, i concorrenti avrebbero dovuto offrire il dispositivo “di più recente immissione in commercio”, requisito che E.S.T.A.R. in corso di gara avrebbe chiesto ai concorrenti medesimi di confermare mediante specifica autodichiarazione.

All'esito dell'apertura delle offerte economiche, è risultata prima in graduatoria l'odierna controinteressata Cid S.p.a.. Sul presupposto che il dispositivo offerto dalla vincitrice non fosse quello di più recente immissione in commercio, B.Braun, seconda classificata, ha chiesto alla stazione appaltante di intervenire in autotutela, incorrendo nel diniego di E.S.T.A.R., che ha quindi aggiudicato la gara alla predetta Cid.

1.1. L'aggiudicazione, disposta con la determinazione di E.S.T.A.R. n. 1780 dell'8 novembre 2021, è impugnata dalla società ricorrente, la quale ne chiede l'annullamento sulla scorta di sette motivi in diritto.

Al gravame resistono l'amministrazione procedente e la controinteressata.

1.2. Nella camera di consiglio del 22 dicembre 2021, B.Braun ha rinunciato alla domanda cautelare formulata con il ricorso.

1.3. A fronte delle eccezioni di inammissibilità della domanda sollevate dalle parti resistenti, in esito all'udienza pubblica del 22 febbraio 2022 il collegio ha

ordinato alla ricorrente di integrare il contraddittorio nei confronti della Regione Toscana.

Eseguito l'incombente, la causa è stata discussa e trattenuta per la decisione di merito nella successiva udienza del 10 maggio 2022, preceduta dallo scambio di memorie difensive e repliche *ex art.* 73 c.p.a..

2. È impugnata l'aggiudicazione del lotto n. 3 della procedura aperta indetta da E.S.T.A.R., con determinazione n. 1281 del 9 ottobre 2020, per l'acquisto di stent coronarici.

Come accennato in narrativa, le parti resistenti hanno eccepito l'inammissibilità del ricorso per mancata notificazione dello stesso alla Regione Toscana, soggetto aggregatore e amministrazione aggiudicatrice in nome e per conto della quale E.S.T.A.R. ha operato nella circostanza.

Rilevata la fondatezza delle eccezioni, il collegio ha comunque concesso alla società ricorrente il beneficio dell'errore scusabile e disposto l'integrazione del contraddittorio nei confronti della Regione, il tutto con ordinanza n. 241 del 25 febbraio 2022 da intendersi qui richiamata.

2.1. Nel merito B.Braun Milano S.p.a., classificatasi al secondo posto della graduatoria, indirizza il nucleo portante delle proprie censure nei confronti della mancata esclusione dalla gara della vincitrice Cid S.p.a., e solo in subordine nei confronti della legge di gara.

In particolare, con il primo motivo la ricorrente afferma che la controinteressata non avrebbe offerto il suo dispositivo medico di più recente immissione in commercio, così violando quanto prescritto dal paragrafo 16 del disciplinare di gara: l'offerta avrebbe infatti a oggetto lo stent "Cre8", immesso in commercio nel 2011, mentre nel 2017 Cid avrebbe commercializzato un nuovo e diverso dispositivo denominato "Cre8Evo". E.S.T.A.R. avrebbe dovuto pertanto escludere l'offerta, non potendosi dubitare del valore cogente della prescrizione violata, attestato sia dalle espressioni adoperate dal disciplinare, sia dalla condotta della stazione appaltante, la quale con nota del 7 aprile 2021 avrebbe chiesto ai concorrenti

la conferma, ai sensi del d.P.R. n. 445/2000, di avere offerto prodotti di ultima commercializzazione. Nello stesso senso deporrebbe altresì la collocazione della prescrizione in esame nel medesimo paragrafo del disciplinare destinato a stabilire le specifiche tecniche minime richieste a pena d'esclusione.

Con il secondo motivo, B.Braun deduce che la controinteressata avrebbe risposto alla richiesta di chiarimenti di E.S.T.A.R. rendendo una dichiarazione inidonea a confermare l'offerta del prodotto di più recente immissione in commercio. Cid avrebbe dichiarato che lo stent "Cre8" è "di ultima generazione", attributo non riferibile alla data di commercializzazione del prodotto e, di conseguenza, non equivalente al requisito prescritto dal disciplinare di gara.

Con il terzo motivo, la ricorrente sostiene che l'esclusione si sarebbe imposta anche ai sensi dell'art. 75 d.P.R. n. 445/2000, per non essersi la controinteressata assunta la responsabilità anche penale della dichiarazione resa, come invece richiesto dalla stazione appaltante. E con il quarto motivo aggiunge che E.S.T.A.R., a fronte di tale mancata assunzione di responsabilità, avrebbe quantomeno dovuto disporre un approfondimento istruttorio, dal quale sarebbe emersa l'insussistenza del requisito dichiarato e la falsità della dichiarazione stessa, a maggior ragione dopo l'istanza di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione presentata da B.Braun.

Con il quinto motivo, infine, è denunciato il contenuto fuorviante della dichiarazione resa da Cid in risposta alla richiesta di chiarimenti, ciò che avrebbe dovuto condurre all'esclusione della controinteressata anche ai sensi dell'art. 80 co. 5 lett. c-*bis*) del d.lgs. n. 50/2016.

E.S.T.A.R. replica che la prescrizione del disciplinare, secondo cui il prodotto offerto deve essere quello di più recente immissione in commercio, non avrebbe carattere assoluto e inderogabile, dovendo essere coordinata e temperata con l'altra regola – dotata di maggiore "forza", perché assistita dalla sanzione dell'esclusione – che impone il rispetto delle caratteristiche

tecniche minime fissate nel capitolato prestazionale. In altri termini, il disciplinare non imporrebbe l'offerta del dispositivo medico di più recente immissione in commercio, ma del dispositivo più recente fra quelli rispondenti alle caratteristiche prescritte dal capitolato prestazionale, e in questa prospettiva andrebbe letta la dichiarazione resa da Cid in risposta alla domanda di chiarimenti di E.S.T.A.R.: la controinteressata avrebbe inteso proprio chiarire che lo stent "Cre8" è il suo prodotto più recente conforme alle caratteristiche prescritte dal capitolato prestazionale. Quanto alla forma della dichiarazione, la stazione appaltante avrebbe chiesto appunto un semplice chiarimento, senza prescrivere alcuna assunzione di responsabilità a norma del d.P.R. n. 445/2000.

Analoghe difese sono svolte dalla controinteressata, la quale precisa di avere offerto il dispositivo "Cre8", e non il "Cre8Evo", perché quest'ultimo non disporrebbe di alcuno studio clinico sugli *outcome* a lungo termine, e, pertanto, non risponderebbe a uno dei requisiti tecnici di minima indicati dal capitolato di gara. In ogni caso, il fatto di essere stato immesso in commercio in data più remota non renderebbe lo stent "Cre8" meno performante del "Cre8Evo", né tantomeno del dispositivo offerto in gara da B. Braun.

2.1.1. Le doglianze, da esaminarsi congiuntamente per ragioni di connessione, sono fondate.

Il paragrafo 16 del disciplinare di gara stabilisce, per quanto qui interessa, 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"* e che le *"Ditte partecipanti dovranno offrire, per ogni lotto partecipato, il dispositivo medico di più recente immissione in commercio"*.

La controinteressata Cid ha offerto in gara lo stent "Cre8", pur pacificamente disponendo di un prodotto di più recente immissione in commercio, lo stent "Cre8Evo". Nondimeno, ad avviso delle parti resistenti, questo non comporterebbe una violazione sanzionabile con l'esclusione dalla gara, che sarebbe espressamente prevista dal disciplinare per la sola ipotesi di mancato

rispetto delle caratteristiche tecniche di minima elencate nell'allegato C.H.1 al capitolato.

Ad avviso del collegio, l'argomento dell'assenza di una espressa comminatoria di esclusione non è decisivo. Ogniqualvolta la disciplina di gara preveda che i prodotti offerti dai concorrenti in gara siano dotati di caratteristiche integranti con certezza qualità essenziali della prestazione, la difformità dell'offerta si risolve infatti in un vizio che giustifica di per sé l'esclusione dalla procedura, anche nel silenzio della *lex specialis*; e solo nel caso in cui l'effettiva portata delle prescrizioni imposte dalla stazione appaltante presenti margini di incertezza riprende vigore il principio secondo cui, nel dubbio, deve preferirsi l'interpretazione della legge di gara maggiormente rispettosa del *favor participationis*, oltre che della tassatività delle cause di esclusione (cfr. Cons. Stato, sez. III, 14 maggio 2020, n. 3084; id., sez. V, 25 luglio 2019, n. 5260).

La soluzione della controversia dipende, dunque, dal significato attribuibile alle prescrizioni dettate dal sopra richiamato paragrafo 16 del disciplinare, e le coordinate ermeneutiche dell'indagine sono rappresentate – secondo il consolidato insegnamento della giurisprudenza – dalle regole sull'interpretazione dei contratti, a partire dal criterio letterale stabilito dall'art. 1362 c.c., le quali possono essere utilizzate per sottolineare l'effetto di autovincolo della *lex specialis* verso l'amministrazione procedente, ma anche per far emergere gli elementi di cui l'operatore economico concorrente deve tener conto ai fini della corretta formulazione della propria offerta (per tutte. Consiglio di Stato sez. V, 6 agosto 2021, n. 5781, e i precedenti ivi citati).

Nel caso di specie, il disciplinare prescrive in termini di sicura obbligatorietà il possesso del requisito della “*più recente immissione in commercio*”, attraverso l'utilizzo del verbo “dovere” all'indicativo futuro.

Allo stesso tempo, quel requisito è tenuto distinto e disciplinato autonomamente rispetto alle caratteristiche tecniche minime. La scelta della stazione appaltante si spiega, a ben vedere, con il fatto che le specifiche tecniche in senso proprio definiscono le caratteristiche richieste del prodotto,

in quanto tali suscettibili di equivalenza ai sensi dell'art. 68 d.lgs. n. 50/2016, laddove l'essere di più recente immissione in commercio è un attributo che non esprime il possesso di specifiche qualità tecniche, ma costituisce notoriamente un indicatore di aggiornamento tecnologico del prodotto ancorato a un dato temporale preciso e, come tale, infungibile: è evidente che due prodotti immessi sul mercato in momenti diversi possono presentare caratteristiche tecniche equivalenti, ma l'equivalenza tecnica non può spingersi fino a elidere l'elemento oggettivo della anteriore o posteriore immissione in commercio dell'uno o dell'altro.

Stando a una piana lettura del disciplinare, le specifiche tecniche minime e il requisito della più recente immissione in commercio debbono essere posseduti cumulativamente dai dispositivi in gara.

Lo stesso disciplinare, peraltro, sanziona espressamente con l'esclusione la mancanza delle specifiche tecniche, mentre analoga comminatoria di esclusione non è posta a corredo della prescrizione inerente l'epoca di immissione in commercio dei dispositivi. L'essenzialità di quest'ultima trova tuttavia riscontro non soltanto nel tenore testuale delle espressioni utilizzate dalla stazione appaltante, cui si è già fatto cenno, ma anche nel comportamento tenuto da E.S.T.A.R. nel corso della gara, che riveste il valore di canone interpretativo concorrente della volontà della stazione appaltante (art. 1362 co. 2 c.c.).

Il riferimento è alla richiesta di chiarimenti indirizzata ai concorrenti affinché confermassero di avere offerto il dispositivo medico di più recente immissione in commercio, con esplicito rinvio alla prescrizione dettata dal disciplinare e al termine di scadenza per la presentazione delle offerte: una richiesta rafforzata dal richiamo all'art. 76 del d.P.R. n. 445/2000, recante le sanzioni penali per il rilascio di dichiarazioni false, e non altrimenti spiegabile se non con la volontà di E.S.T.A.R. di ritenere dirimente, ai fini della partecipazione alla gara, il possesso del requisito. In questo senso è significativo il monito ai concorrenti di non inviare documentazione

aggiuntiva, che, traducendosi in un preventivo rifiuto di soccorso istruttorio, comprova a sua volta come nella mente della stazione appaltante si tratti di un requisito essenziale attinente al contenuto dell'offerta, e perciò non integrabile *ex post* (è noto che, a norma dell'art. 83 co. 9 d.lgs. n. 50/2016, sono sanabili mediante soccorso istruttorio le carenze, incompletezze ed irregolarità essenziali della domanda di partecipazione, ma non quelle afferenti all'offerta).

In definitiva, le potenziali incertezze derivanti dalla "asimmetria" testuale del disciplinare, che contiene una espressa sanzione espulsiva solo per la mancanza delle specifiche tecniche, sono fugate dalla condotta della stazione appaltante, che non lascia residui dubbi circa la reale portata della volontà cristallizzata negli atti di gara.

Correlativamente è smentita la tesi difensiva delle parti resistenti, la quale sottintende la sostanziale inutilità di una prescrizione che, lo si ripete, deve presumersi voluta dalla stazione appaltante per soddisfare una sua specifica esigenza, quella di acquistare prodotti tecnologicamente aggiornati. A questo fine, il requisito della più recente immissione in commercio – seppure non univoco – ha il pregio di offrire quantomeno un riferimento temporale oggettivo, a differenza di altre formule parimenti utilizzate nella prassi (si pensi alle prescrizioni che richiedono l'offerta di prodotti "di ultima generazione", clausola che richiede di essere a sua volta specificata attraverso l'indicazione degli specifici requisiti tecnici che, secondo la stazione appaltante, le strumentazioni offerte debbono avere: così Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2019, n. 2536). Esso svolge adeguatamente la funzione di circoscrivere l'oggetto del contratto e di indirizzare in modo corrispondente la formulazione delle offerte: assodato che la legge di gara non impone la fornitura di un unico modello di stent, la libertà negoziale dei concorrenti è limitata da un lato dalle specifiche tecniche, suscettibili di equivalenza, e, dall'altro, dalla prescrizione relativa alla data di immissione in commercio, che per definizione non è suscettibile di equivalenza (l'attributo, come detto, o

sussiste o non sussiste) e non permette ai concorrenti di offrire i propri prodotti di più risalente immissione in commercio, ancorché in ipotesi tecnicamente equivalenti a quelli commercializzati in epoca successiva.

Nella prospettiva del disciplinare, è irrilevante che lo stent “Cre8” fornisca prestazioni simili a quelle dello stante “Cre8Evo”, poiché la richiesta del dispositivo di più recente immissione in commercio non lascia ai concorrenti alcun margine di scelta per evitare l'*aliud pro alio*. E il timore della controinteressata, di venire esclusa se avesse presentato il dispositivo “Cre8Evo”, non appare fondato alla luce del principio di equivalenza, richiamato dal disciplinare e comunque operante per legge (art. 68 d.lgs. n. 50/2016), che avrebbe consentito di soddisfare il requisito minimo inerente il possesso di uno studio clinico sugli *outcome* a lungo producendo gli studi riferiti alla versione precedente del prodotto.

La dichiarazione resa in gara a seguito della richiesta di chiarimenti della stazione appaltante non fa altro che confermare la volontà di Cid di offrire non il proprio prodotto di più recente immissione in commercio, ma un prodotto “di ultima generazione” conforme alle (sole) specifiche tecniche stabilite dal disciplinare. Ne deriva che, coerentemente con il contenuto del chiarimento richiesto e attenendosi all'autovincolo originato dal disciplinare, E.S.T.A.R. avrebbe dovuto escludere dalla procedura l'offerta della controinteressata, salvo, se del caso, rivalutare l'aderenza della disciplina di gara alle proprie esigenze e intervenire a modificarla.

D'altro canto, ove avesse ritenuto indebitamente restrittiva della concorrenza la prescrizione inerente l'offerta del dispositivo di più recente immissione in commercio, la controinteressata avrebbe potuto e dovuto impugnarla, anche in via incidentale e subordinata. In mancanza, la scelta di partecipare offrendo un prodotto non conforme costituisce, essa sì, un rischio consapevolmente assunto dal concorrente.

2.2. Nel rispetto del principio di sinteticità, imposto dagli artt. 120 co. 10 e 74 c.p.a., può considerarsi assorbito ogni residuo profilo di gravame contenuto

nei motivi sin qui esaminati, come pure possono considerarsi assorbite le censure dedotte in via di subordine con il sesto e settimo motivo.

3. In forza di quanto precede, l'impugnazione merita di essere accolta. Per l'effetto, l'impugnata determinazione E.S.T.A.R. n. 1780/2021 dev'essere annullata nella parte in cui aggiudica alla controinteressata Cid S.p.a. il lotto n. 3 della procedura, con contestuale dichiarazione di inefficacia del contratto intervenuto, nelle more del giudizio, fra la stazione appaltante e la controinteressata medesima.

3.1. Le spese di lite seguono la soccombenza delle parti resistenti e sono liquidate come in dispositivo.

Nei rapporti fra la ricorrente e la Regione Toscana le spese possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto annulla *in parte qua* l'impugnata determinazione E.S.T.A.R. n. 1780/2021, contestualmente dichiarando l'inefficacia del contratto stipulato fra E.S.T.A.R. e Cid S.p.a..

Condanna le parti resistenti alla rifusione delle spese processuali, che liquida a carico di ciascuna in euro 4.000,00, oltre agli accessori di legge e al rimborso, quest'ultimo in ragione della metà per ciascuna, del contributo unificato.

Dichiara la compensazione delle spese nei rapporti fra la ricorrente e la Regione Toscana.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

Silvia De Felice, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Pierpaolo Grauso

IL PRESIDENTE
Eleonora Di Santo

IL SEGRETARIO