



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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1162 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Sanitaria Scaligera S.r.l. (ora Zuccato Hc S.r.l.), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Marinella Baschiera, Renzo Fausto Scappini, con domicilio eletto presso lo studio della prima, in Firenze, Via dei della Robbia 66;

contro

Ente per i Servizi Tecnico-Amministrativi di Area Vasta – ESTAV - Nord-Ovest Regione Toscana, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Toscano, con domicilio eletto presso - Segreteria T.A.R. in Firenze, Via Ricasoli 40;

nei confronti di

Hill Rom S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Giorgio Calesella, Claudia Cipriano, Antonino Longhitano, con domicilio eletto presso lo studio di

quest'ultimo, in Firenze, Via Ricasoli n. 32;

Reha Istituto Tecnico Ortopedico di Zingoni Marco, Reha Istituto Tecnico Ortopedico S.r.l.;

per l'annullamento

- della determinazione n. 1923 del 29.12.2010 nella parte in cui il Direttore dell'ESTAV Nord ovest della Toscana ha approvato i verbali di gara ed ha aggiudicato alla società HILL ROM l'appalto per l'affidamento del servizio di noleggio, con gestione full service, di sistemi per la prevenzione delle ulcere da pressione per le Aziende Sanitarie dell'Area Vasta Nord Ovest della Toscana, limitatamente al lotto 2 ed al lotto 3;

- della comunicazione prot. n. 2010/0030782 del 30.12.2010;

- dei verbali n. 5 del 12.11.2010 e n. 6 del 15.12.2010 con i quali la commissione giudicatrice ha attribuito i punteggi economici ed ha verificato l'anomalia dell'offerta delle ditte aggiudicatriche;

- dei verbali nn. 1, 2 e 3 del seggio di gara e nn. 4-1, 4-2, 4-3, 4-4, 4-5, 4-6, 4-7, 4-8, 4-9, 4-10, 4-11, 4-12, della commissione giudicatrice incaricata di valutare le offerte afferenti la procedura aperta per l'affidamento del servizio di noleggio, con gestione full service, di sistemi per la prevenzione delle ulcere da pressione per le Aziende Sanitarie dell'Area Vasta Nord Ovest della Toscana;

- del bando di gara e del capitolato speciale nella parte in cui non consente l'esclusione della ditta Hill Rom per i lotti n. 2 e 3 per mancanza di requisiti indispensabili;

nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente

stipulato con Hill Rom s.r.l. e per il risarcimento del danno in forma specifica o in subordine per equivalente subito dalla ricorrente in caso di dichiarazione di illegittima esclusione dalla gara; nonché, con motivi aggiunti depositati il 24.10.2011, per l'annullamento:

- della determinazione n.928 del 21.7.2011 nella parte in cui il Direttore dell'ESTAV Nord Ovest della Toscana sulla base del verbale di gara del 3.6.2011 ha aggiudicato alla soc. HILL ROM l'appalto per l'affidamento del servizio di noleggio di sistemi per la prevenzione delle ulcere da pressione per le Aziende Sanitarie dell'Area Vasta Nord Ovest della Toscana, limitatamente al lotto 2 ed al lotto 3;
- del verbale di gara del 3.6.2011 con il quale la Commissione esaminatrice ha verificato la funzione di rianimazione cardiopolmonare per i lotti 2 e 3 offerti dalla soc. HILL ROM;
- delle note prot. n.14671 del 16.6.2011 e prot. n.19011 del 26.7.2011 dell'ESTAV Nord Ovest;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ESTAV Nord-Ovest Regione Toscana e di Hill Rom S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 novembre 2014 il dott. Bernardo Massari e uditi per le parti i difensori come specificato nel

verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con atto del 23 dicembre 2009 veniva indetta da ESTAV Nord-Ovest Toscana una gara per l'affidamento del servizio di noleggio, con gestione *full service*, di sistemi per la prevenzione delle ulcere da pressione per le Aziende Sanitarie dell'Area Vasta Nord Ovest della Toscana. Il capitolato speciale di gara suddivideva i servizi in cinque lotti, ciascuno dei quali destinato ai pazienti con vari tipi di rischio di decubito, prevedendone la durata in tre anni con possibilità di rinnovo per un ulteriore triennio.

La società Sanitaria Scaligera s.p.a. partecipava per tutti i lotti dell'appalto, classificandosi al secondo posto, dopo Hill Rom s.p.a., nei lotti 1 e 3 e al terzo posto nel lotto 2, preceduta dai concorrenti Hill Rom e Reha.

Avverso l'atto d'aggiudicazione proponeva impugnazione l'odierna ricorrente con il ricorso rubricato al n. RG 6/2011.

Con sentenza n. 1025 del 13 giugno 2011 il ricorso veniva accolto limitatamente al lotto n. 1, respingendolo per il resto.

Assume la ricorrente, con il gravame in trattazione, che la controinteressata Hill Rom, costituendosi in giudizio il 19 aprile 2011 nella controversia di cui sopra, avrebbe depositato il giorno successivo alcuni documenti, tra i quali l'originale manuale d'uso del prodotto offerto, denominato "Clinactive", dal quale si evincerebbe

che, per i lotti nn. 2 e 3, detta società avrebbe dovuto essere esclusa per carenza di un requisito fondamentale del presidio sanitario offerto, ossia il tempo di sgonfiaggio massimo del materasso finalizzato all'esecuzione della funzione eventuale di rianimazione cardiopolmonare del paziente.

Infatti, mentre nell'ambito del processo di cui al ricorso n. 6/2011 è sempre stato dichiarato un tempo di sgonfiaggio inferiore a 10 secondi, a fronte del capitolato speciale che prevedeva un tempo massimo non superiore a 15 secondi, il predetto manuale d'uso, depositato in giudizio il 20 aprile 2011, reca l'indicazione di un tempo di sgonfiaggio di circa 25 secondi.

Conseguentemente la ricorrente, dopo aver richiesto alla stazione appaltante la revoca in autotutela del provvedimento di aggiudicazione, propone il ricorso all'esame prospettando ulteriori censure avverso tale atto.

Si deduce:

1. Violazione degli artt. 6, 7, 19 e 21 del capitolato speciale di appalto e dell'art. 3 della l. n. 241/1990. Travisamento dei fatti e dei presupposti. Carenza di istruttoria.
2. Violazione degli artt. 71, 75 e 76 del DPR n. 445/2000 e degli artt. 12, 42 e 74 del d.lgs. n. 163/2006.
3. Violazione degli artt. 38, 39, 41 e 51 d.lgs. n. 163/2006. Violazione del principio di trasparenza, imparzialità e par condicio.
4. Violazione degli artt. 6, 7, 19 e 21 del capitolato speciale di appalto e dell'art. 3 della l. n. 241/1990. Travisamento dei fatti e dei

presupposti. Carenza di istruttoria.

5. Violazione dell'art. 19 del capitolato speciale di appalto.

Dopo l'istanza di autotutela l'Amministrazione riconvocava la commissione al fine di riesaminare i tempi di sgonfiaggio dei prodotti offerti da Hill Rom per i lotti 2 e 3 e, con determinazione n. 928 del 21.7.2011, confermava l'aggiudicazione dell'appalto in favore della società stessa.

L'atto veniva impugnato con i motivi aggiunti depositati il 24 ottobre 2011 prospettando le seguenti ulteriori censure:

1. Violazione degli artt. 6, 7, 19 e 21 del capitolato speciale di appalto e dell'art. 3 della l. n. 241/1990. Travisamento dei fatti e dei presupposti. Carenza di istruttoria.

2. Violazione degli artt. 3 e 13 del d.lgs. n. 46/1997, della circolare 21 dicembre 2009 del Ministero della salute e del d.m. 20 febbraio 2007.

3. Violazione degli artt. 71, 75 e 76 del DPR n. 445/2000 e degli artt. 12, 42 e 74 del d.lgs. n. 163/2006.

Violazione degli artt. 38, 39, 41 e 51 d.lgs. n. 163/2006. Violazione del principio di trasparenza, imparzialità e *par condicio*.

4. Violazione degli artt. 6, 7, 19 e 21 del capitolato speciale di appalto e dell'art. 3 della l. n. 241/1990. Travisamento dei fatti e dei presupposti. Carenza di istruttoria.

5. Violazione dell'art. 19 del capitolato speciale di appalto.

Si costituivano in giudizio l'ESTAV Nord ovest e Hill Rom instando per la reiezione del gravame.

Con ordinanza n. 693 del 22 giugno 2011 veniva respinta l'istanza

incidentale di sospensione degli atti impugnati.

La pronuncia veniva confermata dal Consiglio di Stato, sez. III, con l'ordinanza n. 4032/2011.

Alla pubblica udienza del 26 novembre 2014 il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Viene impugnata la determinazione in epigrafe nella parte in cui è stato aggiudicato alla società Hill Rom l'appalto per l'affidamento del servizio di noleggio, con gestione *full service*, di sistemi per la prevenzione delle ulcere da pressione per le Aziende Sanitarie dell'Area Vasta Nord Ovest della Toscana, limitatamente al lotto 2 ed al lotto 3.

Come riferito in narrativa, l'impugnazione viene proposta a seguito del deposito avvenuto in data 20 aprile 2011 nel giudizio relativo al ricorso n. 6/2011, da parte di Hill Rom, del manuale d'uso del prodotto offerto, denominato "Clinactive", dal quale si evincerebbe che, per i lotti nn. 2 e 3, detta società avrebbe dovuto essere esclusa per carenza di un requisito fondamentale del presidio sanitario offerto, ossia il tempo di sgonfiaggio massimo del materasso finalizzato all'esecuzione della funzione eventuale di rianimazione cardiopolmonare del paziente.

Il collegio condivide l'eccezione di inammissibilità avanzata dalle controparti.

Come esposto in narrativa, con sentenza n. 1025 del 13 giugno 2011, il ricorso n.6/2001 proposto dall'odierna ricorrente per contestare

l'esito della gara veniva accolto limitatamente al lotto n. 1, respingendolo per il resto.

Con sentenza n. 628 del 3 febbraio 2012, passata in giudicato, il Consiglio di Stato confermava la pronuncia del T.A.R.

Per contro la ricorrente, con l'atto introduttivo del giudizio, pretenderebbe di rimettere in discussione la questione, già definita, della legittimità dell'atto di aggiudicazione dei lotti in parola in favore della controinteressata.

Pare evidente al Collegio che il tema del quale si controverte, ossia la difformità tra il tempo di sgonfiaggio dichiarato da Hill Rom e quello risultante dal manuale d'uso del prodotto offerto, nota alle parti prima della pronuncia di primo grado, avrebbe dovuto essere posta all'attenzione dei giudici con la proposizione di appositi motivi aggiunti.

In ogni caso, anche a volere ritenere che trattavasi di doglianza non esaminata dai Giudici di prime cure, va evidenziato che il Giudice d'appello, nella sua pronuncia, ha espressamente tenuto conto di tale ulteriore censura rilevando che *"...non potevano assumere rilievo, quindi, altre fonti documentali estranee alla gara stessa e che semmai, come rilevato dallo stesso ESTAV, ben possono, alla pari anche degli atti depositati in giudizio, essere oggetto di aggiornate valutazioni da parte dell'Amministrazione in sede di verificazioni successive all'aggiudicazione, ovvero nella fase di esecuzione del contratto, con conseguenti interventi anche sanzionatori, e fermo restando che talune asserzioni dell'appellante circa la veridicità o meno delle dichiarazioni e della documentazione della Hill Rom non hanno pregio in questa sede"*.

Ne discende che il ricorso principale mirando a sovvertire il giudicato già formatosi sulla legittimità dell'atto di aggiudicazione della gara in parola va dichiarato inammissibile per violazione del principio del *ne bis in idem*.

Con i motivi aggiunti depositati il 24 ottobre 2011 Sanitaria Scaligera S.r.l. (ora Zuccato Hc S.r.l.), ha impugnato la determinazione n. 928 del 21 luglio 2011 con la quale il Direttore dell'ESTAV ha respinto l'istanza di revoca in autotutela del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto in favore di Hill Rom.

Assume la ricorrente che gli ulteriori test eseguiti dalla commissione di gara avrebbero ancora una volta dimostrato che il prodotto offerto dalla controinteressata non avrebbe posseduto il requisito essenziale fissato dal disciplinare relativo al tempo massimo di sgonfiaggio con la conseguenza che la stazione appaltante sarebbe stata tenuta a revocare il provvedimento di aggiudicazione definitiva già adottato e ciò anche per la manifesta violazione dell'art. 75 del DPR n. 445/2000 che sanziona la falsità delle autodichiarazioni rese dall'interessato.

Eccepisce in primo luogo l'Amministrazione resistente la tardività dell'impugnazione giacché notificata solo il 10 ottobre 2011, mentre il provvedimento che recepiva l'esito delle prove è stato comunicato alla ricorrente il 16 giugno 2011.

L'eccezione è fondata.

Come risulta dalla stessa documentazione depositata dalla ricorrente, questa era a conoscenza sin dal 13 giugno 2011 dell'esito delle nuove

prove eseguite dalla commissione (a cui peraltro erano presenti anche i rappresentanti di Sanitaria Scaligera) e del verbale dalla medesima redatto.

Ma il gravame si palesa inammissibile anche sotto un diverso profilo. Come è noto l'istituto della revoca si sostanzia nell'esercizio di un potere di secondo grado, estrinsecato con l'adozione di un provvedimento motivato in base a ragioni di mera opportunità, la cui funzione è quella di elidere gli effetti durevoli di una precedente determinazione con decorrenza *ex nunc*.

Trattasi di un potere riservato all'ampia discrezionalità dell'Amministrazione in relazione al quale, a fronte della rivalutazione della rispondenza all'interesse pubblico prevalente del provvedimento, l'interesse del privato è sempre recessivo fatta salva la ragionevolezza della decisione assunta.

E' pacifico che le istanze dei privati volte a sollecitare l'esercizio del potere di autotutela da parte della stessa amministrazione hanno una funzione di mera denuncia o sollecitazione e non creano in capo alla medesima amministrazione alcun obbligo di provvedere, non dando luogo a formazione di silenzio inadempimento in caso di mancata definizione dell'istanza (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 30 dicembre 2011, n. 6995; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 20 marzo 2014, n. 458).

Ad analoghe conclusioni deve pervenirsi con riferimento al diniego espresso di autotutela dal momento che diversamente opinando si determinerebbe l'elusione del principio della necessaria impugnazione

dell'atto amministrativo nel termine di decadenza; per tale via, infatti, si darebbe al privato la possibilità di rimettere in discussione, mediante ricorso volto a denunciare il rigetto dell'istanza, un atto dell'amministrazione ormai divenuto inoppugnabile.

A tale conclusione non osta l'assunto di parte in ordine all'asserita falsità relativamente alla dichiarazione sostitutiva rilasciata dalla controinteressata circa la conformità del prodotto offerto ai requisiti tecnici richiesti dalla legge di gara, poiché tale dichiarazione costituisce in realtà un impegno contrattuale a fornire prodotti conformi ai requisiti richiesti per la corretta esecuzione del contratto in gara. L'eventuale difformità dei prodotti offerti rispetto agli impegni assunti in sede di gara non rileverebbe, quindi, come pretende la ricorrente, ai fini dell'esclusione della controinteressata, bensì come inadempimento contrattuale la cui valutazione di sussistenza e gravità, ai fini della risoluzione eventuale del contratto, è rimessa all'apprezzamento della stazione appaltante, con l'aggiunta che eventuali controversie al riguardo sarebbero sottratte al vaglio del giudice amministrativo afferendo alla fase di esecuzione del contratto. Per le ragioni esposte il ricorso per motivi aggiunti va dichiarato anch'esso inammissibile.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza come in dispositivo liquidate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti,

come in epigrafe proposti, li dichiara inammissibili.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che si liquidano in € 2.000,00, oltre accessori di legge, in favore di ciascuna delle controparti costituite.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere, Estensore

Gianluca Bellucci, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/01/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)