

Publicato il 27/06/2022

N. 02075/2022 REG.PROV.COLL.
N. 01933/2021 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 Sicilia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1933 del 2021, proposto da **Didacare S.r.l.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Romina Raponi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Provinciale di Caltanissetta, non costituita in giudizio;

nei confronti

Sapio Life S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Riccardo Francalanci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Serena Caradonna in Palermo, via Caltanissetta, n. 2/D;

per l'annullamento

quanto al ricorso principale,

- della deliberazione del Direttore Generale n. 0002268.18-09-2021, di aggiudicazione definitiva della gara di appalto on line per l'acquisizione della

fornitura in somministrazione di ausili per ipovedenti alla Sapio Life S.r.l.;

- dei verbali di gara e di ogni altro provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale;

quanto al ricorso incidentale presentato da Sapio Life S.r.l. il 10/11/2021:

quanto al ricorso incidentale,

- del verbale di gara dell'8 luglio 2021 e di tutte gli altri verbali di gara e comunicazioni ove lesivi, nella parte in cui non escludono la Didacare S.r.l. dalla gara, per le ragioni conosciute dalla ricorrente incidentale solo in seguito al ricorso principale notificato dalla ricorrente nel ricorso RG. 1933/2021.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Sapio Life S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 giugno 2022 il dott. Calogero Commandatore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato il 20 ottobre 2021 e depositato il successivo 28 ottobre 2021, la società ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione definitiva (comunicata il 20 settembre 2021) alla Sapio Life s.r.l. dell'appalto di fornitura in somministrazione di ausili per ipovedenti (ausili per la comunicazione interpersonale) disposto dall'A.S.P. di Caltanissetta.

Avverso tale provvedimento, la ricorrente ha articolato il seguente motivo:
VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DI LEGGE: ART. 68 E 97 DEL D.LGS 50/2016, DEL PUNTO 5 DELLA LETTERA DI INVITO E DELL'ART. 4 DEL CAPITOLATO SPECIALE, NONCHÉ DELL'ULTIMA PARTE DEL CAPITOLATO TECNICO - ERRONEA VALUTAZIONE E/O

TRAVISAMENTO DEI FATTI, INGIUSTIZIA, DIFETTO DI ISTRUTTORIA-MOTIVAZIONE CARENTE O COMUNQUE INCONGRUA E PERPLESSA, in quanto, a suo dire, i dispositivi offerti dall'aggiudicataria non sarebbero conformi al Capitolato tecnico.

Si è costituita in giudizio l'impresa contro-interessata che, con successiva memoria depositata il 9 novembre 2021, ha chiesto il rigetto del ricorso.

Nonostante la regolarità della notifica del ricorso introduttivo, l'amministrazione intimata non si è costituita in giudizio.

Con ordinanza n. 3253/2021, questo Tribunale ha disposto una *verificazione* tesa "accertare se con riferimento ai rilievi sollevati in ricorso, l'offerta tecnica della controinteressata risultata aggiudicataria, sia rispondente alle prescrizioni richieste in sede di gara avuto riguardo alle caratteristiche tecniche previste nel capitolato di appalto;"

Con ricorso incidentale notificato il 10 novembre 2021 e depositato in pari data, la Sapio Life S.r.l. ha proposto ricorso incidentale avverso il provvedimento di ammissione alla gara della Didacare sulla base del seguente motivo: ILLEGITTIMITÀ ED INAMMISSIBILITÀ DELL'OFFERTA PRESENTATA DALLA RICORRENTE PRINCIPALE IN RELAZIONE ALLA GARA INDETTA DALLA ASP CALTANISSETTA SOTTO MOLTEPLICI PROFILI: ECCESSO DI POTERE PER ERRORE – DIFETTO DI PRESUPPOSTI – VIOLAZIONE E/O FALSAAPPLICAZIONE DELLA LEX SPECIALIS DI GARA – MANCATO RISPETTO DEI REQUISITI TECNICI MINIMI RICHIESTI DAL CAPITOLATO TECNICO, in quanto (anche) l'offerta della ricorrente non sarebbe conforme al capitolato speciale d'appalto.

Con successive memorie le parti hanno replicato alle rispettive difese.

Disposti alcuni rinvii necessari per il completamento dell'attività di verifica, in data 13 marzo 2022 è stata depositata la relativa relazione cui sono seguite successive memorie depositate dalle parti.

Con ordinanza n. 1297/2022, il Tribunale al fine di consentire il rispetto dei termini

a difesa, ha disposto un differimento dell'udienza di merito.

All'udienza del 1° giugno 2022, presenti i difensori delle parti, la causa è stata posta in decisione.

Il ricorso principale è fondato e va accolto.

Esaminando i profili rispetto ai quali il verificatore ha prospettato la non conformità dell'offerta tecnica della contro-interessata si evidenzia come le contestazioni della ricorrente principale relative ai criteri sottoindicati sono fondate.

E invero, quanto al profilo relativo al

- "a) corredo cartaceo 22.21.03.003 per la comunicazione presentato dalla ditta Sapiro è di produzione e proprietà intellettuale della DIDACARE e non sussistono accordi commerciali che prevedono da parte della Sapiro la commercializzazione e/o la presentazione nell'ambito di gare di appalto, e pertanto Sapiro e/o Dialog non potranno fornirlo in caso di necessità dell'Amministrazione."

la contro-interessata ha replicato con la memoria depositata il 9 novembre 2021 nei seguenti termini:

"A tal riguardo la Sapiro Life replica molto semplicemente che l'aggiudicataria non ha inteso offrire in gara il prodotto dalla concorrente Didacare - come controparte vorrebbe dare ad intendere - ma si è limitata ad offrire una "Raccolta Cartacea PCS Aggiornata, ISO 22.21.03.003 - Corredo Cartaceo di Simboli Per La Comunicazione", come risulta dall'offerta della Sapiro Life (doc. 5), senza tuttavia specificare il produttore dal quale avrebbe reperito il prodotto in questione, ben consapevole che, una volta aggiudicatasi la gara d'appalto per cui è causa, avrebbe potuto agevolmente reperire i PCS richiesti senza particolari sforzi, attesa la larghissima diffusione sul mercato del prodotto in questione e la loro marginalità nell'ambito della fornitura in questione, come sotto meglio rappresentato [...] A tal proposito, va sottolineato come anche l'utilizzo dell'immagine dei PCS prodotti dalla Helpicare by Didacare nella scheda tecnica che Sapiro Life ha depositato in gara è del tutto privo di qualsivoglia rilevanza, come tale incapace di fondare la

pretestuosa contestazione della ricorrente. Difatti, tale immagine ha sempre avuto una valenza meramente "simbolica", ossia volta ad operare un generico riferimento alla moltitudine di raccolte di PCS cartacee esistenti sul mercato e realizzate da praticamente tutte le aziende che producono ausili per persone colpite da disabilità. Ciò trova insuperabile conferma nell'avviso riportato nella scheda tecnica presentata dall'aggiudicataria, avviso il cui contenuto è certamente chiaro e non fraintendibile e che recita: "Tutte le immagini sono inserite a scopo illustrativo. I prodotti possono subire modifiche".

La disposta verifica, infatti, ha evidenziato come:

al CODICE n.1 – 22.21.03.003 corredo cartaceo di simboli per la comunicazione, dalla documentazione fornita dalla contro-interessata, non sia possibile evincere se - siano "inclusi i pannelli di comunicazione di sguardi Etran (Eye-Transfer) anche costituiti da sole lettere applicate"

- "i modelli [siano] forniti con un kit che contiene lettere adesive, numeri, alcuni simboli di controllo del messaggio (errore, spazio, punto interrogativo) e 2 piedini estraibili per un uso in appoggio sul tavolo."

La risposta del verificatore deve considerarsi conforme al quesito posto dal Tribunale.

E invero, parte ricorrente ha prospettato come il prodotto offerto non fosse nella disponibilità giuridica dell'aggiudicataria che ha replicato affermando di non avere indicato uno specifico produttore in ragione della semplice reperibilità degli stessi, avendo così indicato il prodotto della ricorrente solo a fini illustrativi, specificando altresì come, in ogni caso, tale prodotto sia liberamente ottenibile sul mercato, senza la necessità di specifici accordi con la Didacare.

Il Tribunale, sul punto, deve evidenziare la contraddittorietà di tale difesa poiché delle due l'una: o il prodotto offerto è pienamente caratterizzato sotto il profilo delle specifiche tecniche dalla riconducibilità ad un singolo produttore oppure deve ritenersi un prodotto generico le cui caratteristiche devono essere puntualmente descritte.

Sotto tale profilo, pertanto, il verificatore, nel rispondere al quesito, ha tenuto conto delle argomentazioni difensive spese dall'aggiudicataria che, negando di avere offerto un prodotto specifico, ne ha prospettato la facile reperibilità sul mercato.

Il Tribunale, pertanto, all'esito della verifica deve concludere che, stante l'assenza della riconducibilità di quanto offerto ad uno specifico produttore, l'offerta della contro-interessata non poteva essere valutata.

In questo senso, la censura della ricorrente appare fondata poiché tesa a confutare l'attendibilità dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria.

Quanto al profilo relativo all'offerta CODICE n.16 – 22.21.12.003 comunicatore simbolico /16 caselle, il verificatore ha così concluso: *“La ditta Sapio Life S.r.l. ha offerto il dispositivo NewDpocket, prodotto dalla ditta Dialog Ausili S.r.l., allegando nella documentazione tecnica la dichiarazione di conformità ed un elenco dei dettagli tecnici del prodotto. Dall'offerta tecnica della ditta Sapio Life S.r.l. non è possibile evincere se:*

a) i simboli del sistema di comunicazione posti su ogni casella sono selezionabili dall'utente tramite l'accensione della luce corrispondente;

b) il prodotto è dotato di modalità di scansione con “modulazione a velocità variabile”;

c) il prodotto consente di memorizzare 10 caselle;

*caratteristiche tecniche richieste nel Capitolato Tecnico per il codice n.16 – 21.42.06.003 comunicatore simbolico/16 Caselle.” [...] “l'offerta tecnica della ditta Sapio Life S.r.l. è da ritenere **NON CONFORME.**”*

Quanto al CODICE n.17 – 21.42.06.006 sistema di comunicazione per simboli n.100 caselle

La ditta Sapio Life S.r.l. ha offerto il dispositivo NewDpocket, prodotto dalla ditta Dialog Ausili S.r.l., allegando

nella documentazione tecnica la dichiarazione di conformità ed un elenco dei dettagli tecnici del prodotto.

Dall'offerta tecnica della ditta Sapio Life S.r.l. non è possibile evincere se:

a) i simboli del sistema di comunicazione posti su ogni casella sono selezionabili dall'utente tramite l'accensione della luce corrispondente;

b) il prodotto è dotato di modalità di scansione con "modulazione a velocità variabile";

c) il prodotto presenta un'area di lavoro programmabile da 2 a 100 caselle;

d) il prodotto consente di memorizzare 50 caselle;

caratteristiche tecniche richieste nel Capitolato Tecnico per il codice n.17 – 21.42.06.006 comunicatore simbolico/100 Caselle.

CODICE n.1 – 22.21.03.003 corredo cartaceo di simboli per la comunicazione, l'offerta tecnica della ditta Sapio Life S.r.l. è da ritenere NON CONFORME.

In conclusione, seppure limitatamente ai predetti profili, il ricorso principale deve essere accolto con conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

Il ricorso incidentale proposto dalla contro-interessata è infondato e va rigettato.

E infatti, il richiamo operato dal capitolato speciale, quanto alle caratteristiche tecniche dei prodotti da offrire nel prevedere che "al DPCM del 12/01/2017, Allegato 5, "Ausili su misura e ausili di serie (elenchi 1, 2A e 2B)" non impone la qualificazione del "Boardmaker v7", ossia un software per la comunicazione interpersonale, come dispositivo medico, ossia quale "dispositivo destinato a somministrare una sostanza considerata un medicinale" ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 46/1997 né ai sensi dell'art. 2 del Regolamento (UE) del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 aprile 2017 relativo "ai dispositivi medici, che modifica la direttiva 2001/83/CE, il regolamento (CE) n. 178/2002 e il regolamento (CE) n. 1223/2009 e che abroga le direttive 90/385/CEE e 93/42/CEE del Consiglio".

Infatti, contrariamente da quanto sostenuto dalla ricorrente incidentale tale software non ha una specifica destinazione medica con riguardo alla "diagnosi, [al] monitoraggio, [al] trattamento, [all'] attenuazione o [alla] compensazione di una lesione o di una disabilità" (finalità espressamente indicate dall'art. 2 del

Regolamento UE citato con definizione sostanzialmente sovrapponibile al precedente art. 1, paragrafo 1, e dell'articolo 1, paragrafo 2, lett. a, della direttiva 93/42/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, ma ha una funzione di miglioramento delle possibilità di apprendimento (C.G.U.E., Sez. IV, 7. Dicembre 2017, causa C-329/16, ECLI:EU:C:2017:947).

L'inclusione di tali dispositivi nell'elenco 2B "Ausili di serie" dell'all. n. 5 del d.P.C.M. del 12 gennaio 2017 ove prevede che "*I dispositivi medici elencati devono essere conformi al d. lgs. 24 febbraio 1997, n. 46 in attuazione della direttiva 93/42/CEE*" non attribuisce automaticamente la qualifica di "dispositivo medico" a tutti i prodotti ivi elencati, tra cui quindi anche i "corredi di lettere o simboli per la comunicazione" avente codice 22.21.03.

La disposizione, infatti, non afferma in alcun modo che "i dispositivi elencati sono dispositivi medici", ma si limita ad imporre che ove tra i dispositivi elencati ve ne siano alcuni qualificati come "medici" gli stessi debbano essere conformi al d.lgs. n. 46/1997.

Ove si aderisse all'opzione interpretativa sostenuta dalla contro-interessata la disposizione dell'all. n. 5 del citato d.P.C.M. 12 gennaio 2017 sarebbe inutilmente ridondante in ragione della necessaria conformità di ogni dispositivo medico alla disciplina del d.lgs. n. 46/1997

D'altronde anche l'art. 17 del citato d.P.C.M. definisce i prodotti elencati nell'elenco 2B come ausili tecnologici non qualificandoli in modo generalizzato come "dispositivi medici".

Si aggiunga, inoltre, che il capitolato speciale rimanda al d.P.C.M. del 12 gennaio 2017 solo al fine di definirne le caratteristiche tecniche, tra cui non può annoverarsi la registrazione nella banca dati dei dispositivi medici del Ministero della Salute.

Deve altresì evidenziarsi come sia nel sistema del d.lgs. n. 46/1997 sia in quello del Regolamento UE del 2017, solo la marcatura "CE" assurga a presupposto per la commercializzazione del "dispositivo medico" giacché la registrazione nelle banche

dati si configura come un obbligo in capo al fabbricante la cui violazione comporta solo l'eventuale irrogazione di sanzioni.

In conclusione, il ricorso incidentale deve essere rigettato.

Le spese di lite, liquidate nella misura indicata in dispositivo, seguono la soccombenza nei rapporti tra ricorrente principale e contro-interessata e si compensano nei rapporti tra la ricorrente principale e l'amministrazione intimata non costituitasi in giudizio.

Le spese della verifica, liquidate con separato decreto, sono poste definitivamente a carico della contro-interessata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando:

- accoglie il ricorso principale, e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati;
- rigetta il ricorso incidentale;
- condanna la contro-interessata al pagamento delle spese di lite in favore della ricorrente principale che si liquidano in 2.000,00 EUR, oltre al rimborso delle spese forfettarie ex art. 2, comma 2, del d.m. n. 55/2014, della C.P.A. e dell'I.V.A., nella misura di legge;
- compensa le spese di lite tra la parte ricorrente e l'amministrazione intimata;
- pone definitivamente a carico della contro-interessata le spese della disposta verifica che si liquidano con separato decreto.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 1 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Maisano, Presidente

Giuseppe La Greca, Consigliere

Calogero Commandatore, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Calogero Commandatore

IL PRESIDENTE
Nicola Maisano

IL SEGRETARIO