

**GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: Ricorso giurisdizionale - Notifica - A mezzo PEC - Nel caso in cui sia risultato comprovato che il relativo messaggio è stato rifiutato dal sistema a causa della casella di destinazione piena - E' da ritenere perfezionata.**

**Tar Toscana - Firenze, Sez. III, 16 ottobre 2021, n. 1326**

*“[...] L’atto introduttivo del giudizio è stato notificato alla controinteressata Evoluzione ai sensi dell’art. 3-bis della legge n. 53/1994, e, come risulta dalla documentazione in atti, il messaggio è stato rifiutato dal sistema a causa della casella di destinazione piena. Nondimeno, la notifica può considerarsi perfezionata: al “momento in cui viene generata la ricevuta di avvenuta consegna”, identificato dalla norma ai fini del perfezionamento della notifica, va infatti equiparato quello in cui il notificante riceve dal sistema l’attestazione di casella PEC di destinazione “piena”, evento imputabile al destinatario e, come tale, equivalente a una consegna effettiva [...]”.*

**FATTO e DIRITTO**

1. 3M Italia S.r.l. ha partecipato alla procedura indetta nel 2014 da E.S.T.A.R. – centrale di committenza delle aziende sanitarie toscane – per la fornitura biennale di medicazioni per ferite, piaghe e ulcere, rendendosi aggiudicataria del lotto n. 43 relativo a “Medicazione sterile adesiva per fissaggio in film di poliuretano con rilascio lento e prolungato di clorexidina”.

Nel corso del rapporto, che in virtù di successivi rinnovi e proroghe si concluderà il 28 febbraio 2022, 3M Italia avrebbe fornito quantitativi annui per circa 70.000 pezzi.

Frattanto, con bando pubblicato il 16 luglio 2021 e preceduto da consultazioni preliminari di mercato, E.S.T.A.R. ha indetto una nuova procedura di gara per la fornitura di medicazioni (di seguito, per brevità: la gara “Medicazioni” del 2021). La ricorrente espone di aver chiesto chiarimenti circa la mancata inclusione, in quella gara, di un lotto dedicato alla medicazione sterile adesiva con rilascio di clorexidina, da essa sino ad oggi fornita; e di avere appreso da E.S.T.A.R. che essa sarebbe dipesa dall’avvenuta indizione, nel 2019, di altra procedura di acquisto avente a oggetto la fornitura di cateteri e relativi accessori (la gara “Cateteri” del 2019), contenente un lotto n. 75 dedicato al dispositivo “Feltrino antimicrobico assorbente in schiuma di poliuretano idrofilico con clorexidina gluconato”, destinato al medesimo utilizzo del prodotto fornito dall’odierna ricorrente.

Premesso di avere separatamente impugnato tutti gli atti della gara “Medicazioni” del 2021 (ricorso R.G. n. 1107/2021), 3M Italia impugna in questa sede l’aggiudicazione della gara “Cateteri” disposta in favore della controinteressata Evoluzione S.r.l. con provvedimento del 19 luglio 2021, e ne chiede l’annullamento – previa sospensione dell’efficacia – sulla scorta di un unico motivo in diritto.

1.1. Si è costituito in giudizio E.S.T.A.R., che conclude per l'inammissibilità e comunque per l'infondatezza del gravame.

Non si sono costituiti la controinteressata e la Regione Toscana, parimenti intimata.

1.2. Sulla domanda cautelare formulata in ricorso, la causa è stata discussa e trattenuta per la decisione nella camera di consiglio del 5 ottobre 2021.

2. Il ricorso va definito con sentenza in forma semplificata, sussistendo le condizioni richieste dall'art. 120 co. 6, primo periodo, c.p.a., come modificato dal d.l. n. 76/2020, convertito in legge n. 120/2020.

3. L'atto introduttivo del giudizio è stato notificato alla controinteressata Evoluzione ai sensi dell'art. 3-*bis* della legge n. 53/1994, e, come risulta dalla documentazione in atti, il messaggio è stato rifiutato dal sistema a causa della casella di destinazione piena. Nondimeno, la notifica può considerarsi perfezionata: al "momento in cui viene generata la ricevuta di avvenuta consegna", identificato dalla norma ai fini del perfezionamento della notifica, va infatti equiparato quello in cui il notificante riceve dal sistema l'attestazione di casella PEC di destinazione "piena", evento imputabile al destinatario e, come tale, equivalente a una consegna effettiva (per tutte, cfr. Cass. civ., sez. VI, 11 febbraio 2020, n. 3164).

Ciò posto, con l'unico motivo di impugnazione 3M Italia deduce che la decisione di E.S.T.A.R. di non dare corso all'acquisto della "Medicazione sterile adesiva per fissaggio in film poliuretano con rilascio lento e prolungato di clorexidina" nell'ambito della gara "Medicazioni" indetta nel 2021 è dipesa dalla pendenza e quindi dall'intervenuta aggiudicazione del lotto n. 75 nella gara "Cateteri" indetta nel 2019.

La decisione si baserebbe dunque su un duplice presupposto, errato: la sovrapposibilità dei prodotti e quella dei fabbisogni.

Circa il secondo profilo, la ricorrente sostiene che i quantitativi oggetto della gara "Cateteri" – 4.300 unità di prodotto all'anno – sarebbero largamente sottostimati a fronte di un fabbisogno pari ad almeno 70.000 unità. Sarebbero dunque evidenti il difetto di istruttoria e lo sviamento, giacchè per coprire tale fabbisogno il lotto n. 75 della gara "Cateteri" avrebbe dovuto essere dimensionato ben diversamente, né in contrario sarebbe sufficiente invocare la natura presuntiva dei fabbisogni le disposizioni capitolari che consentono l'adeguamento degli acquisti alle esigenze effettive delle aziende sanitarie.

D'altro canto, il lotto n. 75 della gara "Cateteri" avrebbe una formulazione del tutto restrittiva, riferendosi a un prodotto specifico, al punto che la sola controinteressata avrebbe formulato offerta. Qualora, tuttavia, il fabbisogno attualmente soddisfatto tramite la fornitura di circa 70.000 pezzi

all'anno del prodotto Tegaderm CHG di 3M dovesse considerarsi coperto dalla fornitura del prodotto Biopatch di Evoluzione, dalla sottostante valutazione di equivalenza funzionale tra i prodotti – non apprezzabile attraverso la descrizione del contenuto del lotto contenuta nella legge di gara – deriverebbe l'interesse di 3M a partecipare alla gara, previo annullamento dell'aggiudicazione frattanto disposta da E.S.T.A.R..

L'amministrazione resistente eccepisce l'inammissibilità del ricorso per non avere 3M Italia partecipato alla procedura di affidamento del lotto n. 75 in questione (pur avendo partecipato alla procedura per altri lotti), nonché per la mancata tempestiva impugnazione del bando, immediatamente lesivo. Dall'annullamento dell'aggiudicazione della gara "Cateteri" la ricorrente non ricaverebbe, peraltro, nessuna utilità.

Nel merito, le censure sarebbero infondate giacché la stima dei fabbisogni annui posti a gara sarebbe stata effettuata sulla base delle indicazioni trasmesse dalle aziende sanitarie e ospedaliere interessate. La ricorrente non potrebbe poi dolersi, oggi, della sua libera scelta di non partecipare alla gara per il lotto n. 75 della procedura "Cateteri", né tantomeno impugnarne l'aggiudicazione perché E.S.T.A.R. ha soddisfatto il proprio fabbisogno e non necessita di bandire una nuova gara con riferimento a un prodotto già acquistato.

3.1. Ricostruite, in tal modo, le contrapposte posizioni delle parti, il collegio osserva quanto segue.

3M Italia sostiene che l'interesse a impugnare l'aggiudicazione del lotto n. 75, bandito da E.S.T.A.R. nell'ambito della gara "Cateteri" cui essa aveva partecipato per altro lotto (il n. 79), sarebbe insorto soltanto dopo la notizia che il mancato inserimento di un lotto dedicato a "Medicazione sterile adesiva per fissaggio in film poliuretano con rilascio lento e prolungato di clorexidina" nell'ambito della gara "Medicazioni" del 2021 dipenderebbe proprio dall'avvenuta aggiudicazione del predetto lotto n. 75. La prospettazione sembra implicare che un giudizio di equivalenza funzionale fra il prodotto messo a gara nel lotto n. 75 – "Feltrino antimicrobico assorbente in schiuma di poliuretano idrofilico con clorexidina gluconato, idonea per tutti i cateteri vascolari adulti e pediatrici, varie dimensioni in ragione del calibro del catetere, monouso e sterile" – e il prodotto Tegaderm CHG commercializzato da 3M Italia sia divenuto ipotizzabile solo per effetto della giustificazione fornita da E.S.T.A.R. nei termini sopra esposti: secondo la ricorrente, in definitiva, l'oggetto del lotto n. 75 sarebbe diverso da quello dichiarato e reso palese al mercato con il bando del 2019, circostanza che, se conosciuta, avrebbe consentito alla ricorrente di partecipare alla gara per la sua aggiudicazione.

Ora, se si confrontano le schede tecniche del prodotto Biopatch di Evoluzione S.r.l. e del prodotto Tegaderm CHG di 3M Italia, è agevole avvedersi che si tratta in entrambi i casi di medicazioni

utilizzate per coprire le lesioni causate dall'applicazione di cateteri e altri dispositivi cutanei, indicate per ridurre la colonizzazione dei cateteri e le infezioni, e idonee ad assorbire l'essudato. Ambedue i dispositivi rilasciano clorexidina gluconato e sono composti da poliuretano, l'uno in schiuma (Biopatch), l'altro in pellicola (Tegaderm).

Che i due prodotti possano considerarsi equivalenti, nel senso di cui all'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016, non pare discutibile, né del resto la società ricorrente nega o contesta l'equivalenza, limitandosi a sottolineare come il lotto n. 75 si presentasse con una formulazione del tutto restrittiva e identificativa di uno specifico prodotto, il Biopatch di Evoluzione S.r.l.. Ma è di tutta evidenza che, pur a fronte della descrizione impiegata da E.S.T.A.R. (feltrino in schiuma di poliuretano), a un operatore del settore non potesse sfuggire la sovrapposibilità dei due prodotti, in termini di destinazione d'uso.

La mancata partecipazione di 3M Italia alla gara per l'affidamento del lotto n. 75 della gara "Cateteri" deve ritenersi, pertanto, il frutto (di una svista o) di una consapevole scelta imprenditoriale. E, allo stesso modo, frutto di una consapevole scelta deve ritenersi la mancata impugnazione del bando di gara, che, ove inteso nel senso di impedire la partecipazione di 3M Italia alla gara per il lotto n. 75 con il prodotto Tegaderm CHG, avrebbe potuto e dovuto essere gravato immediatamente, senza attendere l'aggiudicazione.

Le considerazioni esposte evidenziano la fondatezza dell'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata da E.S.T.A.R. e, al contempo, l'infondatezza dei motivi di gravame, la quale si estende alle censure che investono l'adeguatezza del fabbisogno di 4.300 unità annue di prodotto, messo a gara con il più volte menzionato lotto n. 75. La ricorrente sostiene che i fabbisogni non avrebbero potuto essere inferiori alle 70.000 unità annue, pari ai quantitativi da essa consegnati alle aziende sanitarie toscane in forza della fornitura conseguita nel 2016.

La tesi secondo cui la ricorrente avrebbe fornito una media di 70.000 unità di prodotto all'anno non è, tuttavia, supportata da alcun principio di prova ed, anzi, risulta smentita dalla stessa documentazione prodotta da 3M Italia, che attesta la consegna di quantità assai più contenute, inferiori alle 1.000 unità annue per il 2018 e il 2019 e con una crescita esponenziale delle consegne solo a seguito delle proroghe contrattuali il periodo successivo al 1 ottobre 2020. Le ragioni di tale crescita non sono note (può solo congetturarsi che il prodotto della ricorrente sia stato acquistato più massicciamente, grazie alla proroga contrattuale, perché idoneo a una pluralità di usi e perciò sovrapposibile ad altri prodotti momentaneamente non acquistabili per necessità di dare corso a nuove procedure di acquisto, ma sta di fatto che anteriormente alla proroga il fabbisogno si è dimostrato modestissimo e che la quantità di 70.000 unità consegnate è riferibile all'intero periodo

del quale la ricorrente offre riscontro (dall'ottobre 2018 al settembre 2021), non certo a ciascun anno di durata della fornitura.

Ne discende che il dato allegato da 3M Italia allo scopo di dimostrare l'inattendibilità dei fabbisogni stabiliti da E.S.T.A.R. ai fini della gara del 2019 – e, successivamente, per escludere la necessità di inserire un apposito lotto nella gara “Medicazioni” del luglio 2021 – è a sua volta del tutto inattendibile e non consente di presumere alcuna manifesta illogicità nelle scelte della stazione appaltante. Addirittura, stando agli stessi numeri offerti dalla ricorrente, il quantitativo di 4.300 unità annue fissato per il 2019 appare sovradimensionato rispetto alle consegne di Tegaderm CHG effettuate da 3M Italia nello stesso anno e nell'anno precedente, a conferma che le scelte adottate dalla stazione appaltante nel bandire la gara “Cateteri”, il cui esito è qui impugnato, sono pienamente aderenti ai fabbisogni reali delle aziende sanitarie.

3.2. Alla luce delle considerazioni che precedono, contenute nei limiti imposti dalla doverosa osservanza del principio di sinteticità, l'impugnazione proposta nei confronti dell'aggiudicazione a Evoluzione S.r.l. del lotto n. 75 della gara “Cateteri” del 2019 non può trovare accoglimento.

3.3. Ne consegue la condanna della società ricorrente alla rifusione delle spese processuali sostenute da E.S.T.A.R., che si liquidano come in dispositivo, mentre nulla è dovuto per le spese in favore della controinteressata, non costituita in giudizio, e della Regione Toscana, anch'essa non costituita e comunque da ritenersi intimata a mero titolo di *denuntiatio litis*.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso e condanna la società ricorrente alla rifusione delle spese processuali sostenute da E.S.T.A.R., che liquida in euro 4.000,00, oltre agli accessori di legge.

Nulla per le spese nei confronti delle rimanenti parti, non costituite in giudizio.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

Silvia De Felice, Referendario

IL SEGRETARIO