

Publicato il 19/06/2025

**N. 01094/2025 REG.PROV.COLL.**  
**N. 00949/2025 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 949 del 2025, proposto da Convatec Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG B5E9CFFDFF, rappresentata e difesa dagli avvocati Alfonso Celotto e Jacopo Ferracuti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto *ex art. 25 c.p.a.* presso lo studio dell'avv. Alfonso Celotto in Roma, via Emilio de' Cavalieri 11;

*contro*

Estar - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Guarino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

- della Determinazione del Direttore del Dipartimento di ESTAR – Ente di supporto tecnico-amministrativo regionale n. 1476 del 19.12.2024, avente ad oggetto “PROCEDURA APERTA PER LA DISPOSITIVI MEDICI PER ANESTESIA E RIANIMAZIONE PER DM ENDOTRACHEALI, PER TRACHEOTOMIA E DISPOSITIVI VARI - INDIZIONE”, in parte qua, e

precisamente nella parte in cui per il lotto n. 46 di gara prevede il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso;

- ove occorrer possa, e comunque nei limiti dei motivi di ricorso, della Determinazione del Direttore del Dipartimento di ESTAR – Ente di supporto tecnico-amministrativo regionale n. 276 del 04.03.2025, avente ad oggetto “PROCEDURA APERTA PER LA DISPOSITIVI MEDICI PER ANESTESIA E RIANIMAZIONE PER DM ENDOTRACHEALI, PER TRACHEOTOMIA E DISPOSITIVI VARI DELLE AA.SS. DELLA REGIONE TOSCANA - ADEGUAMENTO NORMATIVO ATTI DI GARA A SEGUITO DEL D.LGS. N. 209/2024 (DETERMINA DI INDIZIONE N. 1476/2024)”;

- del bando di gara, pubblicato in data 06.03.2025, relativo alla “Procedura aperta per l’affidamento in Accordo quadro per la Fornitura di DISPOSITIVI MEDICI PER ANESTESIA E RIANIMAZIONE PER DM ENDOTRACHEALI, PER TRACHEOTOMIA E DISPOSITIVI VARI per le AA.SS. della Regione Toscana (52 lotti)” e di tutti i relativi Allegati, nessuno eccettuato e/o escluso, in parte qua, e precisamente nella parte in cui per il lotto n. 46 di gara prevede il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso;

- del Disciplinare di gara relativo alla “Procedura aperta per l’affidamento in Accordo quadro per la Fornitura di DISPOSITIVI MEDICI PER ANESTESIA E RIANIMAZIONE PER DM ENDOTRACHEALI, PER TRACHEOTOMIA E DISPOSITIVI VARI per le AA.SS. della Regione Toscana (52 lotti)” e di tutti i relativi Allegati, nessuno eccettuato e/o escluso, in parte qua, e precisamente nella parte in cui per il lotto n. 46 di gara prevede il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso;

- del Capitolato Normativo e Prestazionale relativo alla “Procedura aperta per l’affidamento in Accordo quadro per la Fornitura di DISPOSITIVI MEDICI PER ANESTESIA E RIANIMAZIONE PER DM ENDOTRACHEALI, PER TRACHEOTOMIA E DISPOSITIVI VARI per le AA.SS. della Regione Toscana (52 lotti)” e di tutti i relativi Allegati, nessuno eccettuato e/o escluso,

in parte qua, e precisamente nella parte in cui per il lotto n. 46 di gara prevede il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso;

- del Capitolato Tecnico relativo alla “Procedura aperta per l’affidamento in Accordo quadro per la Fornitura di DISPOSITIVI MEDICI PER ANESTESIA E RIANIMAZIONE PER DM ENDOTRACHEALI, PER TRACHEOTOMIA E DISPOSITIVI VARI per le AA.SS. della Regione Toscana (52 lotti)” e di tutti i relativi Allegati, nessuno eccettuato e/o escluso, in parte qua, e precisamente nella parte in cui per il lotto n. 46 di gara prevede il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché allo stato sconosciuto;

per l’accertamento e la declaratoria

dell’illegittimità della scelta di procedere all’aggiudicazione del lotto n. 46 di gara, con cui si è richiesta la fornitura di un “Kit per la gestione delle feci liquide e semiliquide composto da: voce a) sonda per evacuazione, sacca di raccolta e siringa di gonfiaggio, monouso e latex free; voce b) sacca di ricambio per suddetto sistema”, in forza del criterio del prezzo più basso, ai sensi dell’art. 108 del d.lgs. n. 36/2023.

Visti il ricorso 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;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 giugno 2025 il dott. Guido Gabriele 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 il ricorso in esergo, è stata impugnata la determina dirigenziale del 19 dicembre 2024, n. 1476, con cui Estar ha indetto una procedura aperta,

suddivisa in n. 52 lotti, per l'affidamento della fornitura di dispositivi medici per anestesia e rianimazione endotracheali, per tracheotomia e dispositivi vari. In particolare, la ricorrente ha impugnato la *lex specialis* relativa alla predetta procedura di affidamento (bando di gara, disciplinare di gara, capitolato tecnico e normativo) limitatamente al lotto n. 46, nella parte in cui la stazione appaltante ha prescelto, per l'aggiudicazione del predetto lotto, il criterio del prezzo più basso, in ragione del dichiarato carattere standardizzato della fornitura, ai sensi dell'art. 108, comma 3, del d. lgs. n. 36/2023.

2. Avverso gli atti impugnati, come indicati in epigrafe, la ricorrente ha prospettato il seguente articolato motivo:

- “*VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DI LEGGE E, IN PARTICOLARE, DELL'ART. 108, CO. 1, CO. 2, LETT. C), E CO. 3, DEL D.LGS. N. 36/2023. VIOLAZIONE DELL'ART. 97 COST. ILLOGICITÀ E INGIUSTIZIA MANIFESTE. ILLEGITTIMITÀ DELLA LEX SPECIALIS DI GARA NELLA PARTE IN CUI PER IL LOTTO N. 46 DI GARA PREVEDE IL CRITERIO DI AGGIUDICAZIONE DEL PREZZO PIÙ BASSO.*”.

In sostanza, con il predetto mezzo, parte ricorrente lamenta l'illegittimità degli atti impugnati, nella parte in cui essi hanno disposto il ricorso al criterio del prezzo più basso per l'aggiudicazione della gara, contestando, in particolare, la riconducibilità dell'oggetto della predetta fornitura nell'alveo di quelle con caratteristiche standardizzate, che consentono, per effetto dell'espressa previsione dell'art. 108, comma 3, del d. lgs. n. 36/2023, il ricorso al criterio di aggiudicazione basato unicamente sul prezzo.

3. Estar si è costituita in giudizio, depositando memoria difensiva e documenti.

3.1 In via preliminare, Estar ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse.

Assume in particolare Estar che Convatec ha partecipato alla gara in esame e che, pertanto, non ha dimostrato in che misura la *lex specialis*, nella parte in cui

ha previsto il ricorso al criterio del prezzo più basso, in luogo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, abbia determinato un effetto escludente dalla procedura in esame, con conseguente attuale lesione del proprio interesse legittimo all'aggiudicazione della gara.

3.2 Nel merito, Estar ha comunque concluso per il rigetto del ricorso, stante la sua infondatezza.

4. In vista dell'udienza di merito, Convatec ha depositato memoria con cui ha replicato alle deduzioni di Estar.

4.1 In particolare, la ricorrente ha assunto che la partecipazione alla gara non costituisce acquiescenza e che l'adozione del criterio del prezzo più basso determina una immediata lesione dell'interesse all'utile partecipazione alla procedura di gara, in ragione del falso presupposto fatto proprio dalla stazione appaltante, costituito dalla riconduzione dei dispositivi medici oggetto di fornitura nell'alveo di quelli con caratteristiche standardizzate.

5. All'udienza del 11 giugno 2025 la causa è stata posta in decisione, con eccezione a verbale formulata da parte ricorrente di inammissibilità della memoria di replica depositata da Estar in data 30 maggio 2025, per violazione dell'art. 73, comma 1, cpa.

6. In via preliminare, va accolta l'eccezione proposta da parte ricorrente in ordine alla inammissibilità della memoria di replica depositata da Estar in data 30 maggio 2025.

6.1 In detta prospettiva, la condivisibile giurisprudenza amministrativa afferma pacificamente che: *“Nel processo amministrativo le memorie di replica sono previste e regolate dall'art. 73, comma 1, D.Lgs. n. 104/2010, per il precipuo ed esclusivo fine di consentire di rispondere alle deduzioni contenute nelle nuove memorie depositate dalle controparti in vista dell'udienza di discussione; ne segue che la replica è inammissibile qualora controparte non abbia depositato memoria conclusionale e che il suo oggetto deve restare, comunque, contenuto nei limiti della funzione di contrasto alle difese svolte nella memoria conclusionale avversaria, onde evitare che si traduca in un mezzo per eludere il termine per il deposito delle memorie conclusionali, proponendo tardivamente argomenti che*

*avrebbero dovuto trovare posto nella memoria per l'udienza di discussione.*" (Consiglio di Stato, VI Sezione, sentenza del 23 giugno 2021, n. 4816; in senso conforme: Consiglio di Stato, V Sezione, sentenza del 2 dicembre 2024, n. 9610).

6.2 Nel caso di specie, parte ricorrente, con la propria memoria difensiva conclusionale, non ha svolto difese, riservandosi semplicemente le repliche sulla corrispondente memoria depositata da Estar; pertanto, la memoria di replica depositata dalla difesa dell'Ente regionale è inammissibile per violazione dell'art. 71, comma 1, cpa.

7. Ciò posto, il ricorso è inammissibile per difetto di interesse sulla base delle considerazioni che seguono.

8. Come detto, con il ricorso in scrutinio, la società ricorrente ha impugnato la *lex specialis* della gara in esame, nella parte in cui, per il lotto n. 46, ha previsto il ricorso al criterio di aggiudicazione del minor prezzo in luogo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Va rilevato che parte ricorrente ha partecipato alla gara, eppure essa ha ritenuto di insorgere avverso gli atti di indizione della procedura di affidamento, ritenendoli immediatamente lesivi del proprio interesse all'aggiudicazione.

8.1 La prospettazione attorea non può essere condivisa dal Collegio.

8.2 Invero, deve premettersi che, di recente, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, proprio con riferimento alla questione dell'immediata impugnabilità delle clausole del bando di gara di scelta del criterio di aggiudicazione, ha enunciato, in dichiarata continuità con i principi dal medesimo Consesso espressi con le pronunce n. 1/2003, n. 4/2011 e n. 9/2014, il seguente principio di diritto: *"le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugunate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugunate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura."* (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza del 26 aprile 2018, n. 4).

In particolare, la prefata pronuncia, nel verificare la tenuta del principio di diritto affermato sin dalla sentenza n. 1/2003 anche con riferimento all'allora vigente "nuovo" codice dei contratti pubblici, recato dal d. lgs. n. 50/2016, ha avuto modo di precisare che: *"né la pregressa disposizione (art. 81, commi 1 e 2, d. lgs. n. 163/2006 n.d.r.) né quella attuale (art. 95 d. lgs. n. 50/2016 n.d.r.) consentono di rinvenire elementi per pervenire all'affermazione che debba imporsi all'offerente di impugnare immediatamente la clausola del bando che prevede il criterio di aggiudicazione, ove la ritenga errata: versandosi nello stato iniziale ed embrionale della procedura, non vi sarebbe infatti né prova né indizio della circostanza che l'impugnante certamente non sarebbe prescelto quale aggiudicatario; per tal via, si imporrebbe all'offerente di denunciare la clausola del bando sulla scorta della preconizzazione di una futura ed ipotetica lesione, al fine di tutelare un interesse (quello strumentale alla riedizione della gara), certamente subordinato rispetto all'interesse primario (quello a rendersi aggiudicatario), del quale non sarebbe certa la non realizzabilità."*

8.3 Peraltro, ritiene il Collegio che il principio di diritto espresso dalla Plenaria nella prefata sentenza debba continuare a trovare applicazione anche con riferimento al codice dei contratti pubblici di cui al d. lgs. n. 36/2023, atteso che:

- l'art. 108 del d. lgs. n. 36/2023, nel prevedere al comma 1 che *"[f]atte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici, le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione ... sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ..."*, esprime la medesima "preferenza" per il criterio di aggiudicazione del miglior rapporto qualità/prezzo già riscontrabile nel previgente art. 95 del d. lgs. n. 50/2016, preferenza, peraltro, ulteriormente corroborata dalla previsione di cui all'art. 1 del medesimo d. lgs. n. 36/2023, secondo cui: *"Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo ..."*;

- sia il d. lgs. n. 50/2016 che il d. lgs. n. 36/2023 costituiscono atti di recepimento della medesima direttiva n. 2014/24/UE, che, al considerando 90, espressamente prevede che: *“Al fine di incoraggiare maggiormente l'orientamento alla qualità degli appalti pubblici, dovrebbe essere consentito agli Stati membri di proibire o limitare il ricorso al solo criterio del prezzo o del costo per valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa qualora lo ritengano appropriato.”*;

- l'art. 120, comma 2, secondo inciso, cpa continua a prevedere che i bandi e gli avvisi di indizione di gara sono impugnabili solo se *“autonomamente lesivi”*.

8.4 Pertanto, considerato che la ricorrente ha presentato domanda di partecipazione alla gara in esame, essa è titolare dell'interesse legittimo pretensivo alla aggiudicazione; tuttavia, difetta, nel caso di specie, l'interesse ad agire, perché la lesione del predetto interesse all'aggiudicazione della gara non è attuale ed è solo potenziale ed eventuale.

Finché non si attualizza la lesione dell'interesse finale all'aggiudicazione non è peraltro predicabile la sussistenza dell'interesse strumentale alla riedizione della gara, stante il suo carattere subordinato al primo, come precisato dalla richiamata pronuncia n. 4/2018 dell'Adunanza Plenaria.

8.5 In definitiva, il ricorso va dichiarato inammissibile per difetto di interesse.

9. La peculiarità della questione costituisce giusto motivo per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di interesse.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2025 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Maria Bucchi, Presidente

Raffaello Gisondi, Consigliere

Guido Gabriele, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Guido Gabriele**

**IL PRESIDENTE**

**Roberto Maria Bucchi**

IL SEGRETARIO