

N. 00034/2010 REG.SEN.
N. 00130/2009 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 il Friuli Venezia Giulia
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 130 del 2009, proposto da:

3M Italia Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Cassamagnaghi, Andrea Crismani e Andrea Vischi, con domicilio eletto presso Andrea Crismani Avv. in Trieste, via Valdirivo 13;

contro

Centro Servizi Condivisi, rappresentato e difeso dall'avv. Federico Rosati, con domicilio eletto presso Federico Rosati Avv. in Trieste, via Donota 3;

Regione Friuli-Venezia Giulia, Asl 101 - Triestina, Asl 102 - Isontina, Asl 103 - Alto Friuli, Asl 104 - Medio Friuli, Asl 105 - Bassa Friulana, Asl 106 - Friuli Occidentale, Azienda Ospedaliera di Udine, Azienda Ospedaliera di Pordenone, Centro di Riferimento Oncologico di Aviano, Irccs Burlo Garofalo di Trieste, non costituiti

in giudizio;

nei confronti di

Kirmed Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Maurizio Consoli e Giuseppe Sbisa', con domicilio eletto presso Giuseppe Sbisa' Avv. in Trieste, via Donota 3; Ad Servizi Diagnostici Srl;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

dei seguenti atti:

il decreto dd. 18.12.2008, con il quale è stato approvato il verbale della procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento della fornitura di dispositivi per la protezione individuale, la nota dd. 22.12.2008, tutti i verbali di gara ed in particolare il verbale dd. 22.10.2008 e tutti i verbali di valutazione tecnica, ivi compreso il prospetto riepilogativo redatto dalla Commissione tecnica, le Norme di partecipazione ed il Capitolato Speciale, nonché per l'accertamento del diritto della società ricorrente ad ottenere l'aggiudicazione della fornitura dei lotti e per il risarcimento di tutti i danni dalla stessa subiti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Centro Servizi Condivisi e di Kirmed Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2010 il dott.

Oria Settesoldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

A) La ricorrente impugna i risultati della gara in epigrafe limitatamente ai lotti 21, per il quale nessuna ditta è risultata ammessa, e 22, aggiudicato alla contro interessata Kirmed srl previa esclusione della ricorrente.

Viene dedotto per il lotto 22:

1) Violazione della lex specialis di gara; violazione del d.lgs 475/92; violazione degli artt. 2, 43 e 68 del d.lgs 163/2006; eccesso di potere; violazione della par condicio tra i concorrenti; illogicità manifesta; la ricorrente è stata esclusa per aver offerto un DPI “non certificato per la protezione da agenti biologici” mentre la ricorrente sostiene che il proprio prodotto è munito di attestato di certificazione CE che lo dichiara conforme alla norma armonizzata europea ENI 149/2001, il che dimostrerebbe che è da considerarsi idoneo a proteggere anche dagli agenti biologici. Le due ditte ammesse avrebbero invece offerto un prodotto non conforme ai requisiti tecnici richiesti dal bando perché accompagnato da certificato CE di tipo non attestante la corrispondenza alle norme comunitarie ma basato su alcuni rapporti di prova effettuati da tale CPT LAB srl sulla base di prove elaborate dallo stesso produttore, pur se espressamente menzionante l'idoneità del prodotto a proteggere da “agenti

biologici". Le due concorrenti ammesse avrebbero dovuto essere escluse e, comunque, avrebbe dovuto essere ammessa la ricorrente, che doveva essere riconosciuta anche la miglior offerente, sia per quanto riguarda le caratteristiche tecniche, che sotto il profilo economico e quello dei tempi di durata.

2) Violazione dell'art. 97 Cost. e del principio di buon andamento della pubblica amministrazione. Violazione degli artt. 2 e 68 del d. lgs 163/2006. Eccesso di potere : violazione della par condicio tra i concorrenti, illogicità manifesta, violazione dei principi di massima partecipazione agli appalti pubblici, di proporzionalità e dei principi del Trattato CE di libera concorrenza; contraddittorietà. Carenza di istruttoria e di motivazione; in via subordinata si deduce l'illegittimità del capitolato speciale per aver richiesto un requisito di ammissione che non trova riscontro nella normativa di riferimento. Inoltre si stigmatizza che, mentre per i lotti 21, 23 A e 23 B - aventi ad oggetto maschere facciali come il lotto 22 - veniva richiesta la rispondenza alla norma armonizzata europea di riferimento, tale richiesta non veniva illogicamente ribadita per il lotto 22.

Il capitolato speciale viene impugnato anche con riferimento ai requisiti richiesti per il lotto 21.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione resistente ed ha eccepito l'irricevibilità del ricorso avverso le prescrizioni di bando che sarebbero state immediatamente lesive ed andavano impuginate nei termini decadenziali dalla data di scadenza delle offerte. Nel merito si

contro deduce per il rigetto.

B) Con sentenza parziale n 477/2009 il TAR ha respinto l'eccezione di irricevibilità ed ha parzialmente accolto il ricorso per quanto concerne l'impugnazione dell'esclusione della ricorrente dal lotto 21 e le presupposte previsioni di capitolato, disponendo la riammissione in gara della ricorrente.

C) Per quanto concerne il lotto 22 è stata invece disposta una verifica ad opera del Presidente dell'UNI o suo delegato per acclarare se le certificazioni CE presentate dalla contro interessata e dall'altra ditta ammessa attestavano la realizzazione dei loro prodotti in conformità alle prescrizioni del d.lgs 475/1992 e se quella presentata dalla ditta ricorrente attestava la conformità del prodotto alle disposizioni dettate dal d.lgs 475/1992 anche per quanto concerne la protezione da agenti biologici delle vie respiratorie.

D) Dopo l'espletamento della suddetta verifica il ricorso è tornato in decisione.

H) Il verificatore ha concluso nel senso di ritenere che la norma UNI EN 149-2003 sia l'unica norma armonizzata sui DPI e che tale norma, per la quale sono previste prove che riguardano sia le polveri che gli aerosol, preveda anche una protezione per gli aerosol contenenti "microorganismi ed enzimi" e che, pertanto, i DPI dichiarati conformi a tale norma siano applicabili anche al caso di particolati biologici (con carica batterica). Veniva pertanto specificamente risposto al quesito posto da questo TAR che le

certificazioni emesse da tutte le ditte interessate “attestano la realizzazione dei loro prodotti in conformità alle prescrizioni del D.lgs 457/92 ..” e, in particolare, che “ la certificazione presentata dalla ditta ricorrente attesta la conformità del prodotto alle disposizioni dettate dal D.lgs 457/92 anche per quanto concerne la protezione di agenti biologici in quanto gli attestati di certificazione CE del tipo emessi dal BSI riportano la conformità alla norma armonizzata EN 149 che copre anche questa protezione come dimostrato in precedenza”.

I) Dopo il deposito della relazione di verifica l'amministrazione resistente depositava memoria in cui ne contestava le risultanze alla luce di una ulteriore documentazione, che solo allora veniva dimessa, includente anche tre note dell'ISPESL. La prima e la seconda risultano dei pareri tecnici resi a pagamento, in data 2.5.2008 ed ancora in data 15.9.2009 alla CL.com Advanced Technology s.p.a. ed affermano la necessità di approntare facciali filtranti e/o filtri da raccordare a maschere a pieno facciale o semimaschere caratterizzati da un certificazione CE di tipo che evidenzia la protezione da agenti biologici quando dalla valutazione del rischio biologico ne deriva la necessità di proteggere le vie respiratorie degli operatori, ritenendosi che”... Attualmente i facciali filtranti FFP3 (o N95)non possiedono una certificazione CE di Tipo che indica la protezione da agenti biologici ed il loro impiego per tale tipologia di rischio, nel momento in cui si possono utilizzare DPI appropriati e specifici, si

configura, ai sensi della vigente legislazione, come una inadempienza non garantendo inoltre la tutela della salute per una rilevante modalità espositiva...” Infine il terzo parere ISPESL appare essere stato chiesto dal resistente CSC proprio in relazione alle risultanze della verifica disposta da questo Tar, relazione che l’ISPESL (fax 4.12.2009) ritiene non coerente con la legislazione vigente perchè “la norma tecnica EN 149.2001 non è stata elaborata per verificare la protezione da agenti biologici ma solo per determinare la protezione da polveri e/o da altro particolato non vitale e che allo stato attuale non esiste alcuna norma tecnica del CEN (Comitato Europeo di Normazione), nè di altro ente Normatore Internazionale (es. ISO) o dei Paesi dell’UE che disciplini per i DPI delle vie respiratorie la protezione da agenti biologici. E’ quindi un preciso obbligo del datore di lavoro e/o del management della struttura, ai sensi del D.lgs 81/2008 (che comprende gli adempimenti del D.lgs 476/92 e succ. modif.) con particolare riferimento al titolo X- Titolo I (per quanto riportato nell’art. 15 ed art. 18) rendere disponibili per la protezione delle vie respiratorie da agenti biologici DPI con Certificazione CE che evidenzino nell’estensione del relativo certificato tale specificità di protezione.”

L) Si è infine costituita in giudizio anche la controinteressata Kirmed, contestando la correttezza delle conclusioni raggiunte dal verificatore e controdeducendo per il rigetto del ricorso.

M) Alla pubblica udienza del 16 dicembre 2009 il ricorso è stato

rinviato alla pubblica udienza del 13 gennaio 2010 data la necessità di approfondire le molte questioni sollevate, sia per le parti che per lo stesso Collegio.

N) Con memoria 5 gennaio 2010 la ricorrente 3M ITALIA spa ha eccepito l'inammissibilità della costituzione di Kirmed, avvenuta il 4 dicembre 2009, e/o la necessità di espungere dal giudizio la memoria dalla stessa depositata in data 10 dicembre 2009 per tardività, nell'assunto che la trattazione piena della causa sarebbe già avvenuta nell'udienza del 4 giugno a seguito della quale il TAR ha pronunciato sentenza parziale ed ha disposto la verifica, per cui Kirmed non avrebbe più potuto intervenire in giudizio addirittura per sindacare l'esito della verifica suddetta.

O)Le eccezioni sollevate dalla ricorrente in ordine alla costituzione in giudizio della controinteressata non sono condivisibili. Infatti il ricorso aveva per oggetto un atto cumulativo, perché riguardava la definizione di una gara indetta per l'appalto di forniture diverse suddivise in tanti lotti separati e l'impugnazione si incentrava sull'esito di due di essi. La sentenza parziale n. 477/2009 ha definito il giudizio per quanto concerne il lotto n. 21 con l'accoglimento del ricorso che su questo si incentrava ed ha disposto in via istruttoria per quanto invece riguarda il lotto 22, espressamente affermando al riguardo sospesa ogni ulteriore pronuncia in merito, sul rito e sulle spese e fissando per l'ulteriore prosecuzione del giudizio la pubblica udienza del 16 dicembre 2009. E' pertanto evidente che, con

riferimento a tale parte del giudizio, per la quale questo ancora prosegue, non si è verificata alcuna preclusione processuale alla costituzione delle altre parti, per cui la costituzione di Kirmed, essendo avvenuta nei termini di legge prima dell'udienza del 16 dicembre 2009 - che sono quelli ridotti fissati dall'art. 23 bis della l. 1034/1971- non è inammissibile; allo stesso modo anche il deposito della memoria di Kirmed risulta rispettare il termine di legge dei 5 giorni anteriori alla pubblica udienza.

P) Anche se la verifica non è stata espletata negli esatti termini in cui è stata disposta, tuttavia se ne possono trarre chiarimenti utili ai fini del decidere.

Q) Risulta anzitutto confermato, anche dalla succitata relazione, l'assunto di Kirmed e CSC che l'unica norma armonizzata esistente sui DPI è la norma UNI EN 149-2003 "Apparecchi di protezione delle vie respiratorie – Semimaschera filtrante contro particelle – Requisiti, prove, marcatura" recepimento italiano della norma europea EN 149 di pari titolo pubblicata nel 2001 e che tale norma contiene i requisiti minimi per le semimaschere filtranti utilizzate come apparecchi di protezione delle vie respiratorie contro le particelle, ovverosia le semimaschere filtranti antipolvere. E' stato chiarito che queste devono soddisfare requisiti specifici verificati attraverso prove che riguardano non solo le polveri ma anche gli aerosol e che a tale riguardo vengono effettuate prove con l'utilizzo di un aerosol di sale da cucina, cioè aerosol di Na Cl.

Il verificatore ha poi proseguito il suo ragionamento affermando che il normatore europeo, avendo dichiarato armonizzata la norma EN 149, avrebbe evidentemente ritenuto che detta norma preveda una protezione anche per gli aerosol contenenti “microorganismi ed enzimi”, derivando tale convincimento dal fatto che in altra norma non armonizzata (la UNI EN 529) si dettano ulteriori disposizioni per la cura e la manutenzione dei dispositivi delle vie respiratorie partendo dall’implicito presupposto che le semimaschere antipolvere (EN 149) siano utilizzate anche contro “microorganismi ed enzimi” nonchè “contaminanti tossici in natura, per esempio batteri, virus, polveri radioattive, enzimi, agenti cancerogeni quali amianto”. Sulla base di tale ragionamento, che il verificatore condivide, il Gruppo di lavoro “Dispositivi di protezione delle vie respiratorie “ della Commissione Sicurezza dell’UNI si è più volte pronunciato nel senso di ritenere che i facciali filtranti rispondenti alla norma EN 149 siano adeguati a fornire protezione anche contro particolati con carica biologica.

Ciò premesso il verificatore, prima di dare risposta conclusiva al quesito postogli da questo TAR, raggiunge anche un’altra conclusione, per così dire intermedia nel percorso logico seguito e che di seguito si riporta: “ la norma armonizzata UNI EN 149 viene considerata dal Gruppo di lavoro “Dispositivi di protezione delle vie respiratorie” della Commissione Sicurezza dell’UNI adeguata a fornire protezione anche contro particolati con carica batterica. Alle

stesse conclusioni sono giunti anche il CEN – Comitato Europeo di Normazione – secondo quanto riportato nella norma EN 529 e la Commissione Europea che ha dichiarato armonizzata la norma stessa pubblicandone i riferimenti sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea.”

E' evidente pertanto che il verificatore ha poi potuto concludere nel senso di ritenere che la certificazione CE di tipo presentata dalla ditta ricorrente attestava la conformità del prodotto alle disposizioni dettate dal d.lgs 475/1992 anche per quanto concerne la protezione di agenti biologici delle vie respiratorie.

R) Il Collegio deve peraltro rilevare che tale conclusione poggia su un salto logico che non permette di ritenerla condivisibile: infatti si parte dalla constatazione che le prove e le verifiche da effettuarsi per la certificazione CE di tipo di un dispositivo di classe FFP3 in conformità della norma UNI EN 149 non riguardano anche la verifica dell'indice di penetrazione massima di particolati biologici per poi concludere che questi dispositivi debbano ritenersi adeguati a fornire protezione anche contro tali particolati.

E' invece acclarata l'inesistenza di norma armonizzata CE per dispositivi di protezione delle vie respiratorie degli utilizzatori da agenti biologici.

S) A questo punto pare al Collegio evidente che la certificazione CE di tipo per tale tipo di protezione avrebbe dovuto essere rilasciata dall'organismo notificato – come previsto per i casi di inesistenza di

norme armonizzate – mediante la verifica della conformità delle specifiche tecniche di costruzione ai requisiti essenziali di sicurezza e quindi in conformità alle previsioni dell'art. 7 comma 6 e 8 del d.lgs 475/1992 (art. 10 comma 4 della direttiva 89/686/CEE) secondo i quali:

“6. Qualora non esistano norme armonizzate o il costruttore non le abbia applicate o le abbia applicate solo parzialmente, l'organismo di controllo verifica la conformità delle specifiche tecniche di costruzione ai requisiti essenziali di cui all'allegato II e, successivamente, la conformità della documentazione tecnica di fabbricazione alle specifiche tecniche. ...

8. Nelle ipotesi di cui al comma 6, accertata la conformità delle specifiche tecniche di costruzione ai requisiti essenziali di cui all'allegato II, l'organismo di controllo effettua gli esami e le prove necessarie per stabilire la rispondenza del modello a dette specifiche.
“

T) Questo è quanto risulta essere stato effettuato nel caso di specie dalla controinteressata KIRMED il cui materiale era corredato dalla certificazione CE di tipo emessa dall'Organismo notificato n. 0068 Istituto di Ricerche e Collaudi M. Masini, relativa alla protezione da agenti biologici del gruppo 2 e 3 in riferimento alla Direttiva 2000/54/CE, come riconosciuto dallo stesso verificatore. Per contro l'efficienza filtrante batterica dei dispositivi di protezione offerti dalla ricorrente risulta essere stata attestata da un laboratorio che non è un

organismo notificato.

U) Tutto ciò premesso risulta evidente l'infondatezza delle censure dedotte in ricorso, dato che la richiesta del bando non viola alcuna norma e appare invece rispettosa delle previsioni del d.lgs 457/92 oltre che pienamente logica e rispondente ai doveri della pubblica amministrazione di adoperarsi per garantire il massimo rispetto dell'incolumità del personale, anche in conformità delle linee guida al riguardo fornite dall'ISPESL. L'operato della Commissione è, a sua volta, puntualmente rispettoso del bando e anch'esso indenne dai vizi dedotti.

V) Per quanto riguarda il lotto 22 il ricorso deve essere pertanto respinto.

Z) Le spese dell'intero giudizio possono essere parzialmente compensate data la parziale reciproca soccombenza e poste parzialmente a carico di 3M Italia spa per l'importo relativo alla fattura del verificatore per un totale complessivo di euro 6.960,00.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Friuli Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa per quanto riguarda la parte ancora da decidere cioè il gravame afferente il lotto 22, respinta ogni contraria istanza ed eccezione, lo rigetta.

Le spese per l'espletamento della verifica vengono poste a carico della ricorrente soccombente e liquidate in complessivi euro 6.960,00, spese compensate per il resto.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2010 con l'intervento dei Signori:

Saverio Corasaniti, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere, Estensore

Rita De Piero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/01/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO