Pubblicato il 27/11/2017

**N. 11732/2017 REG.PROV.COLL.**

**N. 10592/2017 REG.RIC.**

****

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Terza Quater)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

*ex* art. 60 cod. proc. amm.;  
sul ricorso numero di registro generale 10592 del 2017, proposto da:   
Siemens Healthcare s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Bonatti, Lorella Fumarola e Raffaele Izzo, con domicilio eletto presso lo studio di quest’ultimo in Roma, lungotevere Marzio, 3

***contro***

Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Fratto, Vincenzo Gambardella e Egidio Mammone, con domicilio eletto presso la sede aziendale in Roma, circonvallazione Gianicolense, 87

***nei confronti di***

- Roche Diagnostics s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Franco Ferrari ed Ernesto Papponetti, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via di Ripetta, 142;  
- Azienda Sanitaria Locale Roma 3, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Ferrara e Carmen Di Carlo, con domicilio eletto presso la sede aziendale in Roma, via Casal Bernocchi 73;  
- Ospedale G.B. Grassi di Ostia non costituito in giudizio;

***per l'annullamento,***

*previa sospensione dell’efficacia,*

- della deliberazione n. 1285 in data 22 settembre 2017 con la quale il Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini ha aggiudicato la gara a procedura aperta per la fornitura di Sistema macchina reattivi per esami di Ematologia, di Emocoagulazione, di Chimica clinica e Immunometria in automazione, Aggregazione piastrinica, Allergologia, Autoimmunità con metodiche in Immunoflorescenza indiretta, in Immunometria e in Immunoblot, per le necessità del Laboratorio di Patologia clinica della stessa Azienda, secondo i verbali ed i quadri sinottici allegati alla medesima deliberazione, assegnando la fornitura di cui al lotto 3 a Roche Diagnotics a.p.a.;

- della relativa comunicazione di aggiudicazione, pervenuta alla ricorrente a mezzo mail, in data 28 settembre 2017 e, per quanto occorrer possa, di tutti gli atti connessi al procedimento, ivi inclusi tutti i verbali di gara; la proposta di aggiudicazione del Direttore U.O.C. acquisizione beni e servizi; la nota n. prot. 0021079 del 19 luglio 2017, con la quale si comunicava alle ditte aggiudicatarie della gara in oggetto che l'aggiudicazione avrebbe subito delle modifiche quantitative, in conseguenza del decreto del Commissario ad acta U00238 del 28 giugno 2017 emanato dalla Regione Lazio e in attuazione del Programma Operativo Regionale 2016-2018 e si richiedeva alle medesime di comunicare le loro intenzioni sull'accettazione dell'aggiudicazione provvisoria; la nota di accettazione dell'aggiudicazione da parte di Roche Diagnostics S.p.A. del 20 luglio 2017;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale concernente la valutazione delle offerte della ricorrente e della controinteressata in esito alla quale quest'ultima è stata individuata quale proponente l'offerta economicamente più vantaggiosa;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato dalla stazione appaltante, con richiesta di subentro nello stesso;

e per la conseguente condanna al risarcimento del danno subito in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, di Roche Diagnostics s.p.a. e dell’Azienda Sanitaria Locale Roma 3;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2017 il dott. Alfredo Storto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Col ricorso in esame, la Siemens Healthcare s.r.l. (da qui Siemens) impugna l’aggiudicazione in favore di Roche Diagnostics s.p.a. (da qui Roche) del lotto n. 3 della gara aperta in epigrafe meglio indicata, bandita dall’Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini (da qui Azienda), con deliberazione n. 841 del 6 luglio 2016, nell’assetto organizzativo risultante dal DCA U00219 del 2 luglio 2014, alla stregua del quale il Laboratorio di biochimica clinica (ora Patologia clinica) aziendale era configurato come laboratorio specializzato principale con funzione di HUB al quale avrebbero dovuto far riferimento, in funzione di SPOKE, gli altri laboratori satelliti identificati nel Laboratorio di Patologia clinica dell’Ospedale G.B. Grassi di Ostia (Roma D) e l’ormai chiuso Laboratorio di Biochimica clinica e Farmacologia dell’Istituto nazionale per le malattie infettive L. Spallanzani di Roma, confluito nell’Azienda.

Riferisce la ricorrente che, alla stregua del predetto modulo organizzativo, al Laboratorio HUB spettavano: a) il coordinamento e la gestione delle risorse umane e strumentali nonché dei sistemi macchina reagenti, comprese la preparazione e l’espletamento delle procedure di acquisizione; b) l’organizzazione e la gestione della rete logistica per il trasporto dei campioni da tutti i centri prelievo che insistono nell’area della rete e dagli SPOKE agli HUB, ai laboratori specialistici e di riferimento.

Inoltre: a) quanto al lotto n. 3 messo a gara (relativo ai sistemi macchina-reattivi occorrenti per le analisi di Chimica clinica e Immunometria in automazione), avevano partecipato la Abbott Divisione Diagnostici, la Siemens e la Roche e quest’ultima era stata proposta per l’aggiudicazione nell’ultima seduta di commissione del 22 giugno 2017 con 38,58 punti per il prezzo e 53,30 punti per la qualità (punti 91,88 totali), a fronte di 51,20 punti per la qualità e 40 per il prezzo (punti 91,20 totali), attribuiti a Siemens e a 39,90 punti per la qualità e 29,48 per il prezzo (punti 69,38 totali), attribuiti ad Abbott; b) sei giorni dopo, il 28 giugno 2017, con DCA U238 veniva modificato, a decorrere dall’1 agosto 2017, il precedente assetto organizzativo della rete dei laboratori, disponendo la soppressione della rete HUB/SPOKE, cosicché il Laboratorio dell’Azienda tornava a essere un laboratorio generale di base, mentre il Laboratorio di Patologia clinica dell’Ospedale G.B. Grassi di Ostia e i relativi centri di prelievo territoriali della *ex* Asl Roma D venivano accorpati alla rete HUB/SPOKE avente a riferimento l’Ospedale Sant’Eugenio; c) avendo il DCA 238/2017 disposto che «le Aziende coinvolte sono tenute ad adeguare, o rimodulare l’acquisizione di nuove tecnologie nel settore, secondo quanto previsto dal presente decreto, per consentire la razionalizzazione delle risorse da destinare all’acquisto di beni e servizi», l’Azienda aveva segnalato alle ditte risultate prime in graduatoria per i vari lotti di dover disporre una modifica «quantitativa» degli esami clinici, per i quali nel capitolato era prevista la quantificazione cumulativa in qualità di HUB, con accettazione della modifica in vista dell’adozione del provvedimento di aggiudicazione; d) avendo la Roche comunicato il proprio assenso con nota del 20 luglio 2017, il Direttore generale dell’Azienda le aveva aggiudicato il lotto.

Siemens lamenta: 1) il difetto di istruttoria, la violazione e la falsa applicazione di legge, il travisamento degli obiettivi perseguiti dal DCA 238/2017, l’irragionevolezza e la contraddittorietà della decisione assunta a seguito dell’entrata in vigore del predetto DCA, in quanto l’Amministrazione avrebbe omesso di valutare come le nuove modalità organizzative avessero modificato l’oggetto dell’appalto soprattutto in punto di organizzazione del lavoro, con significative ripercussioni sulla formulazione dell’offerta, limitandosi a una riduzione quantitativa dei test analitici invece che a revocare la gara ai sensi dell’art. 3 del capitolato speciale; 2) la violazione dell’art. 106 del d.lgs. n. 50/2016, il difetto dei presupposti, la disparità di trattamento e la violazione della *par condicio*, l’irrazionalità, la contraddittorietà e l’incongruenza, avendo l’Azienda negoziato la riduzione esclusivamente con la Roche e, comunque, violando i principi di immodificabilità, nonché di segretezza dell’offerta e di imparzialità della p.a., non risultando peraltro applicabile il disposto dell’art. 106 cit.; 3) ancora, il difetto dei presupposti, la disparità di trattamento e la violazione della *par condicio*, l’irrazionalità, la contraddittorietà e l’incongruenza, in quanto ove Siemens avesse potuto calibrare l’offerta sul nuovo assetto organizzativo avrebbe avuto nuove *chances* di aggiudicazione, per cui «l’unica decisione legittima sarebbe stata la revoca della gara e l’indizione di una nuova procedura»; 4) stesse censure di cui al n. 3) e difetto di motivazione, in quanto il punteggio tecnico assegnato dalla Commissione sarebbe stato condizionato proprio dal fatto che si trattava di una gara aggregata che contemplava la fornitura di apparecchi di chimica e immunoterapia di due laboratori (San Camillo e Ostia), per cui il mutamento dell’assetto organizzativo non avrebbe potuto che incidere anche sulle relative valutazioni.

Siemens chiede pertanto, assunte le idonee misure cautelari, l’annullamento degli atti di gara e il risarcimento del danno.

Ha resistito l’Azienda deducendo, *in limine*, l’irricevibilità ovvero l’inammissibilità del ricorso per carenza di un interesse attuale della Siemens diverso da quello puramente economico, nonché la sua infondatezza, tenuto conto: a) che l’appalto, per aver tenuto distinti nel capitolato test e strumenti, consentiva la modifica solo quantitativa dei primi (con una riduzione del 20% dei test di immunofluorscenza indiretta e del 17% per i test di immunoblot), senza alcun riflesso su strumenti e organizzazione del lavoro; b) che l’art. 106 si può applicare a gara aggiudicata, potendosi considerare concluso il contratto; c) che l’interesse alla riedizione della gara sarebbe fondato su mere ipotesi probabilistiche, anche tenuto conto che solo con quantitativi maggiori è possibile offrire prezzi più vantaggiosi; d) l’offerta era scindibile e le valutazione della Commissione non sarebbero state influenzate dall’accorpamento dei laboratori.

Anche la Roche ha contrastato il ricorso deducendo, tra le altre cose: a) che le determinazioni della stazione appaltante assumerebbero carattere discrezionale, sottraendosi dunque al sindacato pieno del g.a. per impingere il merito amministrativo; b) che la ricorrente non avrebbe dimostrato di poter conseguire l’utilità prefissa con la riedizione della gara.

Si è costituita in giudizio anche l’Azienda Sanitaria Locale Roma 3 che ha eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva per essere stata la gara bandita direttamente dall’Azienda.

Nell’odierna camera di consiglio la causa è stata posta in decisione, avendo sentito ai sensi dell’art. 60 c.p.a. le parti che nulla hanno opposto in proposito.

Ritiene infatti il Collegio che il ricorso sia fondato per le manifeste e assorbenti ragioni da identificare nella falsa applicazione dell’art. 106 del codice degli appalti nonché nella violazione dei principi di immodificabilità dell’offerta e di *par condicio* tra i partecipanti alla gara.

E infatti, questa norma – che la stazione appaltante ha posto a fondamento della richiesta a Roche di modifica quantitativa della prestazione (v. nota del 19 luglio 2017) – consente, a determinate condizioni, «*le modifiche, nonché le varianti dei contratti di appalto in corso di validità*» e, dunque, secondo la puntuale indicazione che si trae dalla rubrica dell’articolo e dal tenore letterale di esso, la «*modifica di contratti durante il periodo di efficacia*».

La disposizione scolpisce dunque in modo netto i propri confini operativi, circoscrivendoli al caso nel quale, conseguita l’aggiudicazione, non solo sia già stato stipulato il contratto, ma questo sia anche efficace e in corso di validità.

Si tratta, peraltro, di disciplina non applicabile analogicamente al di fuori dell’area normativa così disegnata, posto che lo spazio che precede la stipula del contratto valido ed efficace rimane presidiata dai principi dell’evidenza pubblica i quali non consentono l’apprezzabile modifica (ancorché quantitativa) dell’oggetto dell’appalto, se non a prezzo di vulnerare la *par condicio* tra i concorrenti (*ex multis*, Tar Lazio, Roma, 4 maggio 2016, n. 5088), né in conseguenza la possibilità di riformulare l’offerta (e non il contratto) che rimane invece connotata da immutabilità dei contenuti e dalla tassatività dei termini di presentazione.

Tanto basta a collocare la fattispecie odierna, nella quale neppure era stata effettuata l’aggiudicazione, fuori da quel perimetro.

Ne discende l’illegittimità non solo dell’aggiudicazione, ma dell’intera gara così immissibilmente modificata nel proprio oggetto, a fronte della riconosciuta necessità di mutarlo in conseguenza del differente assetto organizzativo scaturente dal DCA n. 238/2017.

Né, per altro verso, può non riconoscersi in capo alla ricorrente l’interesse a ricorrere, chiaramente individuabile sia rispetto al bene della vita strumentale della ripetizione della gara, sia con riguardo alla possibilità (evincibile anche dall’esigua differenza di punteggio esistente fra le prime due classificate) di poter in futuro conseguire l’aggiudicazione.

Non può invece essere accolta la pretesa risarcitoria, non essendo emersa fin qui la produzione di alcun danno che non sia riassorbibile mediante la pronuncia caducatoria.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo in capo all’Azienda, nel mentre possono essere compensate con riguardo alle altre parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto annulla gli atti gravati.

Condanna l’Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini a rifondere alla Siemens Healthcare s.r.l. le spese di lite liquidate in € 8.000,00, oltre al rimborso del contributo unificato e compensa le spese con le altre parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Sapone, Presidente

Pierina Biancofiore, Consigliere

Alfredo Storto, Consigliere, Estensore

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
| **Alfredo Storto** |  | **Giuseppe Sapone** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

IL SEGRETARIO