

Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Monza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Vittorio Miniero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Azienda Socio Sanitaria Territoriale (Asst) di Pavia, Azienda Socio Sanitaria Territoriale (Asst) di Lodi, Fondazione Irccs Policlinico San Matteo di Pavia, ciascuna in persona del proprio legale rappresentante *pro tempore*, tutte non costituite in giudizio; Siemens Healthcare S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Bonatti e Lorella Fumarola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio 'fisico' presso lo studio dell'avvocato Stefano Bonatti in Milano, Via Podgora, 3;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

degli atti della *“Gara europea a procedura aperta per la fornitura di sistema diagnostico completo per l'esecuzione dell'esame chimico-fisico delle urine e analisi del sedimento urinario, occorrente all'ASST di Monza (capofila), alla ASST di Pavia, all'ASST di Lodi e alla Fondazione Irccs Policlinico San Matteo di Pavia (aggregate). – CIG 7907580572”*, incluso il bando, il disciplinare, il capitolato e i chiarimenti resi nonché gli atti della successiva procedura, quali l'aggiudicazione e i verbali di gara

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da A. Menarini Diagnostics S.r.l. il 10 gennaio 2020:

per l'annullamento degli atti della *“Gara europea a procedura aperta per la fornitura di sistema diagnostico completo per l'esecuzione dell'esame chimico-fisico delle urine e analisi del sedimento urinario, occorrente*

all'ASST di Monza (capofila), alla ASST di Pavia, all'ASST di Lodi e alla Fondazione Irccs Policlinico San Matteo di Pavia (aggregate). – CIG 7907580572”, incluso il bando, il disciplinare, il capitolato e i chiarimenti resi nonché del provvedimento di esclusione disposta nei confronti della ricorrente, della nota di comunicazione dello stesso del 2 dicembre 2019 prot ASSTMB-2019-0041487, di tutti i verbali di gara e del provvedimento di aggiudicazione in favore di Siemens Healthcare S.r.l., nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Monza e della Siemens Healthcare S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 84 D.L. 18/2020 (convertito, con modificazioni, nella Legge 27/2020);

Relatore nell'udienza del giorno 6 maggio 2020 la dott.ssa Katuscia Papi;

Trattenuta la causa in decisione, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con deliberazione a contrarre n. 2251 del 18 dicembre 2018 l'ASST di Monza, quale capofila delle ASST di Pavia e Lodi, oltre che della Fondazione IRCCS Policlinico San Matteo di Pavia, indiceva la procedura aperta per l'affidamento della fornitura di sistemi diagnostici completi per l'esecuzione dell'esame chimico-fisico delle urine e l'analisi del sedimento urinario, per un periodo di quattro anni rinnovabile di altri due, e possibile proroga tecnica di sei mesi.

Al punto 4 del Disciplinare di gara era prevista la *“Clausola di adesione successiva”*, in virtù della quale le ASST di Lecco, di Vimercate e del Grande ospedale Metropolitano Niguarda, nonché la Fondazione I.R.C.C.S. *“Ca’ Granda Ospedale Maggiore Policlinico”* di Milano avrebbero potuto chiedere di estendere la fornitura in proprio favore, alle condizioni risultanti dal contratto sottoscritto, ed entro limiti quantitativi e temporali prestabiliti.

Il medesimo disciplinare, alla pagina 7, punto 1.4, prevedeva, tra le *“Caratteristiche minimali e indispensabili”*, con riferimento al Punto 1 *“Esame chimico-fisico delle urine”*, che: *“Ogni sistema analitico dovrà essere in grado di fornire le seguenti prestazioni: [...] 1.4. Caricamento a bordo dei reattivi per l’esecuzione di almeno 400 test”*.

2. Con il ricorso introduttivo del giudizio, la A. Menarini Diagnostics impugnava la *lex specialis* della gara, e con essa tutti gli atti della procedura, chiedendone l’annullamento, per i seguenti motivi.

I) *“Violazione e/o falsa applicazione art. 30 e 68 D. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50. Eccesso di potere per violazione dei principi di proporzionalità, non discriminazione, ragionevolezza, libera concorrenza”*: la doglianza era dedotta con riferimento al requisito del caricamento a bordo di reattivi per 400 test, indicato come limitativo della concorrenza (posto che una sola ditta sarebbe stata in grado di offrirlo), e nel contempo inidoneo ad apportare alcun beneficio alla p.a.;

II) *“Eccesso di potere per indeterminatezza dell’oggetto dell’appalto, carenza di istruttoria e di presupposto. Violazione e/o falsa applicazione dei principi di trasparenza e di parità di trattamento e degli artt. 54, 60 e 95 D. Lgs. N. 50/2016”*: con tale censura si contestava la clausola di adesione, che sarebbe stata introdotta in difetto di individuazione del numero massimo

delle prestazioni per il fornitore, e in presenza di un'eccessiva incertezza nell'importo del corrispettivo spettante all'aggiudicatario.

3. La Menarini partecipava alla gara, dichiarando espressamente, in tale sede, che i dispositivi offerti non presentavano la caratteristica del caricamento dei reattivi per almeno 400 test (il dispositivo offerto dalla ricorrente ne consentiva il caricamento per 300). Per tale ragione la società veniva esclusa, come da verbale della seduta del 1° ottobre 2019 della Commissione Giudicatrice, comunicato alla ditta in data 2 dicembre 2019.

Alla gara, in seguito all'esclusione della Menarini, risultava ammessa un'unica azienda, la Siemens.

4. Con successivo ricorso per motivi aggiunti depositato il 10 gennaio 2020, e notificato anche a Siemens Healthcare S.r.l. in quanto controinteressata sopravvenuta, la Menarini estendeva l'impugnazione al provvedimento di esclusione, alla nota di comunicazione dello stesso, ai verbali di gara e all'aggiudicazione, dei quali chiedeva l'annullamento per illegittimità derivata dal bando. Nel contempo, proponeva domanda di declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

Con tale secondo ricorso, la Menarini, dopo aver riproposto (quali ragioni di illegittimità derivata dei nuovi atti impugnati) le stesse censure già spese nei confronti del bando, introduceva un nuovo motivo di gravame: IV) *“Violazione e/o falsa applicazione art. 63 D. Lgs. 19 aprile 2016 n. 50. Violazione e/o falsa applicazione Linee Guida ANAC n. 8. Eccesso di potere per violazione di dette Linee Guida in mancanza di motivazione sull'infungibilità della caratteristica tecnica richiesta a pena di esclusione”*.

Con tale censura la ricorrente si doleva del fatto che, attraverso il requisito dei 400 test, la procedura aperta avesse nella sostanza assunto le vesti di una procedura negoziata tra la stazione appaltante e l'unico operatore

economico in grado di fornire il prodotto richiesto, con conseguente elusione, da parte della ASST di Monza, dell'obbligo (previsto per l'appunto dall'art. 63 C.C.P. e dalle Linee Guida ANAC n. 8) di motivare la non fungibilità del prodotto richiesto.

5. Si costituivano in giudizio la ASST di Monza e la controinteressata Siemens, chiedendo la reiezione del ricorso e dei motivi aggiunti. La ASST di Lodi e Pavia e la Fondazione IRCCS Policlinico San Matteo di Pavia, sebbene intimate, non si costituivano.

All'udienza del 6 maggio 2020, tenutasi ai sensi dell'art. 84 comma 5 D.L. 18/2020, convertito in L. 27/2020, la causa veniva tratta in decisione.

6. Si prende in esame il primo motivo del ricorso introduttivo, con il quale la Menarini deduceva l'illegittimità per violazione del principio di concorrenza della specifica tecnica, prevista nel Disciplinare di gara, relativa alla possibilità di caricamento di reagenti per almeno 400 test.

6.1. Occorre in primo luogo precisare che l'individuazione delle specifiche tecniche di una fornitura costituisce estrinsecazione di ampia discrezionalità amministrativa; spetta alla p.a. la ricognizione delle esigenze da soddisfare mediante l'approvvigionamento e, in via consequenziale, dei requisiti necessari al relativo soddisfacimento. Tale discrezionalità è purtuttavia assoggettata ai limiti propri di ogni azione amministrativa e, nel settore dei contratti pubblici, al generale principio di concorrenza.

In virtù di ciò, le caratteristiche tecniche della fornitura devono essere enucleate dalla p.a. in modo tale da favorire la più ampia partecipazione alla gara, ferma restando la necessità di soddisfare appieno le esigenze della stazione appaltante. L'Amministrazione procedente, in sede di elaborazione della *lex specialis* della gara, dovrà pertanto evitare di inserire

requisiti che in modo irragionevole restringano la platea dei concorrenti ammessi; laddove l'irragionevolezza, censurabile dal G.A., risiede nell'individuazione di specifiche non rivolte al soddisfacimento di un effettivo bisogno, ma tendenti in via esclusiva a limitare *ex ante* gli interlocutori.

6.2. Nel caso di specie, occorrerà dunque stabilire se la richiesta del caricamento dei 400 test si sia posta in contraddizione con il principio di concorrenza e, in caso di risposta positiva, se tale limitazione sia stata irragionevole (e dunque illegittima) nel senso sopra evidenziato, ovvero se corrispondesse invece a un'effettiva esigenza della p.a.

6.3. Quanto alla violazione della concorrenza, rileva prioritariamente il Collegio che la stessa non può evincersi, a posteriori, dalla mera circostanza che solo Siemens venisse ammessa alla procedura; rendendosi invece necessario accertare, *ex ante*, se il requisito inserito nel bando fosse idoneo a identificare, nel mercato dei dispositivi di analisi delle urine, il solo prodotto commercializzato da tale azienda.

La ricorrente non forniva alcuna prova della sussistenza di una siffatta situazione di mercato.

La stazione appaltante, dal canto proprio, contestava specificamente il rilievo, evidenziando la sussistenza di almeno tre ditte in grado di assolvere alla fornitura: Siemens, Roche e da ultimo Arkray (il cui prodotto, in passato, era commercializzato dalla stessa Menarini). Le argomentazioni della ASST, munite anche di supporto documentale, appaiono condivisibili. Del resto, alle stesse la Menarini ribatte che quella descritta dalla p.a. sarebbe una concorrenza solo "fittizia". L'argomentazione della società ricorrente non risulta tuttavia persuasiva, soprattutto in quanto non suffragata da prove, né da dati e indicazioni (geografiche, dimensionali *aut*

similia) che evidenzino per quali ragioni le imprese individuate dalla ASST sarebbero state impossibilitate *ex ante* a rispondere al bando e avrebbero dunque costituito una concorrenza meramente teorica e non sostanziale.

Per quanto precede, deve dunque ritenersi che la configurazione del bando non abbia determinato un'illegitima restrizione *ex ante* della concorrenza.

6.4. Peraltro, il requisito tecnico censurato dalla ricorrente non può ritenersi irragionevole.

Invero, non appare privo di intrinseca logicità quanto dedotto al riguardo dalla stazione appaltante. La ASST afferma infatti, condivisibilmente, che il caricamento di materiale reattivo relativo ad almeno 400 test, tra l'altro previsto da macchinari già in opera presso alcune delle amministrazioni beneficiarie della fornitura, sortisce degli effetti positivi in termini organizzativi per l'amministrazione sanitaria; e ciò, evidentemente, sotto il profilo della riduzione del numero degli interventi del personale impiegato e della conseguente razionalizzazione nell'impiego delle risorse umane.

6.5. Per tutto quanto precede, deve dunque concludersi per l'infondatezza del primo motivo di gravame.

7. Si procede ora alla disamina del secondo motivo di ricorso, afferente alla dedotta illegittimità della clausola di adesione riportata nel Disciplinare di gara.

Sul punto, occorre innanzi tutto precisare che, in linea astratta, la legittimità di una siffatta previsione nella *lex specialis* è stata oggetto di plurime conferme in sede giurisprudenziale. Ciò che è invece necessario indagare, nella dimensione concreta della specifica clausola, è la sufficiente determinatezza o determinabilità della stessa sotto il profilo soggettivo (ovvero delle amministrazioni titolate ad aderire), oggettivo (con riferimento alle prestazioni oggetto di estensione) e cronologico (riguardo

ai tempi per l'adesione). In giurisprudenza, si è infatti precisato che: *“L'appalto oggetto di estensione, in questa prospettiva, non viene sottratto al confronto concorrenziale, a valle, ma costituisce l'oggetto, a monte, del confronto tra le imprese partecipanti alla gara, poiché queste nel prendere parte ad una gara, che preveda la cd. clausola di estensione, sanno ed accettano che potrebbe essere loro richiesto di approntare beni, servizi o lavori ulteriori, rispetto a quelli espressamente richiesti dalla lex specialis, purché determinati o determinabili a priori, al momento dell'offerta, secondo requisiti né irragionevoli né arbitrari, tanto sul piano soggettivo – per caratteristiche e numero delle Amministrazioni eventualmente richiedenti – che su quello oggettivo – per natura, tipologia e quantità dei beni o delle prestazioni aggiuntive eventualmente richieste entro un limite massimo. Il timore che, attraverso il meccanismo dell'estensione, venga aggirato il confronto concorrenziale e, più in generale, il principio della concorrenza, architrave dell'intera disciplina dei contratti pubblici, è del tutto infondato, poiché le imprese concorrono ad aggiudicarsi un appalto avente un oggetto (eventualmente) multiplo, senza la necessità di dover concorrere ogni volta, e per servizi sostanzialmente identici o analoghi, a tante gare quante sono le Amministrazioni richiedenti”* (Consiglio di Stato, III, 4 febbraio 2016 n. 445; in senso conforme, *ex multibus*: TAR Lombardia, Milano, IV, 12 febbraio 2016 n. 303).

La clausola prevista dall'art. 4 del Disciplinare di gara della ASST di Monza appare idonea a verificare i presupposti di determinatezza/determinabilità sopra specificati. Sotto il profilo soggettivo, vengono infatti individuate nominativamente le otto amministrazioni sanitarie ammesse a beneficiare dell'estensione. Quanto al limite di carattere temporale, anch'esso risulta individuato, essendosi prevista la possibilità, per ciascuna p.a. interessata,

di aderire una sola volta nel periodo contrattuale, alle stesse condizioni previste dall'aggiudicazione, e per una fornitura di durata non superiore a quella del contratto originariamente stipulato. Anche l'elemento oggettivo appare adeguatamente specificato, e ciò sia in termini qualitativi (l'estensione potrà riguardare gli stessi beni oggetto della fornitura originaria, alle condizioni previste dall'aggiudicazione), che quantitativi (laddove si precisa che l'adesione potrà essere richiesta da una o più delle aziende elencate *“per un massimo pari al 200% dell'importo di aggiudicazione”*).

Anche la seconda censura va dunque disattesa.

8. Stante l'infondatezza delle doglianze formulate dalla ricorrente, in sede di ricorso introduttivo, avverso il bando di gara, devono disattendersi anche le censure di illegittimità derivata sollevate in sede di motivi aggiunti con riferimento all'esclusione disposta dalla stazione appaltante nei confronti della Menarini, e agli atti successivi.

9. Rimane da vagliare il motivo di censura dedotto per la prima volta nei motivi aggiunti, con il quale si rilevava come la ASST avesse, nella sostanza, individuato il contraente non già mediante una procedura aperta (come dichiarato negli atti di gara), bensì attraverso una procedura negoziata con la Siemens, unico operatore in grado di far fronte alla fornitura, omettendo i passaggi motivazionali imposti dalle Linee Guida ANAC n. 8 per tale modalità procedimentale.

La doglianza non ha fondamento; si è infatti già precisato al punto 6 come non possano rilevarsi, nella fattispecie, restrizioni della concorrenza, stante la presenza di una pluralità di ditte che avrebbero potuto fornire i dispositivi muniti della caratteristica censurata dalla Menarini. La circostanza che una sola di esse abbia inteso partecipare alla gara è

elemento certamente non idoneo, di per sé, a modificare la natura della procedura di selezione del contraente, e dallo stesso non può conseguire alcun onere motivazionale aggiuntivo a carico della p.a.

10. Per le ragioni che precedono ritiene il Collegio che il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti debbano essere rigettati, siccome entrambi destituiti di fondamento.

11. Le spese del giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza, e vengono pertanto poste a carico della parte ricorrente, che dovrà rifonderle alla stazione appaltante e alla controinteressata. Nulla per le spese con riferimento alle amministrazioni non costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge entrambi, per le ragioni indicate in motivazione.

Condanna la A. Menarini Diagnostics S.r.l. alla refusione, in favore della ASST di Monza e della società Siemens Healthcare S.r.l., delle spese del presente giudizio, che si liquidano in misura pari a €. 3.000,00 (Tremila/00) oltre accessori di legge per ciascuna delle due parti.

Nulla per le spese con riferimento alla ASST di Pavia, alla ASST di Lodi e alla Fondazione IRCCS Policlinico San Matteo di Pavia, non costitutesi in giudizio.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 6 maggio 2020 tenutasi mediante collegamento da remoto in audioconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (convertito in L. n. 27 del 24 aprile 2020) e dall'art. 4 del decreto del Presidente del

T.A.R. Lombardia, Milano, n. 6 del 19 marzo 2020, con l'intervento dei magistrati:

Rosalia Maria Rita Messina, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Katiuscia Papi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Katiuscia Papi

IL PRESIDENTE
Rosalia Maria Rita Messina

IL SEGRETARIO