

APPALTI - MODIFICA CONTRATTUALE - ART. 106, C. 1, LETT. B, D.LGS. 50/16 - LESIONE CONCORRENZA - ILLEGITTIMA

La stazione appaltante non può modificare l'originaria prestazione contrattuale qualora la rinegoziazione comporti prestazioni aggiuntive che vadano a sottrarsi alle regole dell'evidenza pubblica, con conseguente lesione dell'originario confronto concorrenziale.

TAR Lombardia, Milano, Sez. II, sentenza n. 174/2020

Pubblicato il 24/01/2020

N. 00174/2020 REG.PROV.COLL.

N. 02106/2019 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 Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2106 del 2019, proposto da Beckman Coulter s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Corrado Curzi e Riccardo Pagani, con domicilio digitale presso la casella di posta elettronica certificata dell'avvocato Corrado Curzi (corrado.curzi@pec-ordineavvocatiancona.it);

contro

Azienda Sanitaria Territoriale della Valle Olona, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Vittoria Luciano e

Annalisa Avolio, con domicilio eletto presso gli avvocati Vittoria Luciano e Annalisa Avolio, con studio ubicato in Milano, Viale Gian Galeazzo, n. 16;

nei confronti

Roche Diagnostics s.p.a. – società unipersonale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Jacopo Emilio Paolo Recla e Michele Di Michele, con domicilio eletto presso gli avvocati Jacopo Emilio Paolo Recla e Michele Di Michele, con studio ubicato in Milano, via S. Damiano, n. 9;

per l'annullamento:

- della deliberazione n. 930 della A.S.S.T. Valle Olona, avente ad oggetto *“Affidamento della fornitura in service di reagenti di chimica clinica, immunologia e marcatori cardiaci occorrenti ai laboratori analisi dei PP.OO. di Busto Arsizio e Gallarate della ASST Valle Olona, per il periodo dal 01.08.2019 al 30.06.2021, in adesione successiva a procedura aperta, espletata ai sensi dell'art. 83 ex D.L.vo n. 163/2006 e ss.mm., dalla ex A.O. "Ospedale di Circolo e Fondazione Macchi" di Varese, ora ASST Sette Laghi”*;
- della nota con cui la predetta delibera è comunicata alla ricorrente;
- di tutti gli atti presupposti richiamati nella Deliberazione n. 930 del 26 agosto 2019 (le note e-mail del Direttore della S.C. Servizio di Medicina di Laboratorio dell'A.S.S.T. del 31/07/2016, del 02/10/2018, del 04/10/2018, del 22/10/2018, del 29/10/2018 e del 28/05/2019);
- *“di ogni ulteriore atto presupposto, connesso, conseguente e correlato a quelli oggetto di impugnazione, anche non noti alla ricorrente, e di ogni condotta dell'ASST adottata in violazione di legge”*;

Per la dichiarazione di inefficacia del contratto nelle more stipulato con la Roche Diagnostics s.p.a.;

Per il risarcimento del danno rappresentato dalla perdita da parte della ricorrente della possibilità di aggiudicarsi la procedura di gara;

Per l'accertamento del diritto all'accesso *ex* articolo 116 c.p.a. agli atti espressamente richiamati dalla Deliberazione n. 930 del 26 agosto 2019 (nota e-mail del 04/10/2018 del Direttore della S.C. Servizio di Medicina di Laboratorio dell'A.S.S.T., proposta tecnico economica n. 21901/54090/01026354/CA del 15/10/2018 della Roche con e-mail del 16/10/2018, proposta integrativa n. 21901/54090/01026354_integrazione/CA del 29/10/2018 della Roche, nota e-mail del 31/05/2019 della Roche), o, in alternativa per l'acquisizione *ex officio* dei predetti documenti al giudizio *ex* articolo 64, comma 2, c.p.a.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Territoriale della Valle Olona e di Roche Diagnostics s.p.a. - società unipersonale;

Visti il decreto cautelare n. 1295/2019 e l'ordinanza cautelare n. 1427/2019 della Sezione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2020 il dott. Lorenzo Cordi' e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Beckman Coulter s.r.l. adisce l'intestato Tribunale chiedendo l'annullamento: a) della deliberazione n. 930 dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale della Valle Olona, pubblicata all'Albo Pretorio *on-line* aziendale in data 30 agosto 2019 ed avente ad oggetto “*Affidamento della fornitura in service di reagenti di chimica clinica, immunologia e marcatori cardiaci occorrenti ai laboratori analisi del PP.OO. di Busto Arsizio e di Gallarate dell'ASST Valle Olona, per il periodo dal 01.08.2019 al 30.06.2021, in adesione successiva a procedura aperta, espletata ai sensi dell'art. 83 ex D.L.vo n. 163/2006 e*

ss.mm., dall'ex A.O. "Ospedale di Circolo e Fondazione Macchi" di Varese, ora ASST Sette Laghi"; b) della nota con cui la predetta delibera è comunicata alla ricorrente; c) di tutti gli atti presupposti richiamati nella Deliberazione n. 930 del 26 agosto 2019 (le note e-mail del Direttore della S.C. Servizio di Medicina di Laboratorio dell'A.S.S.T. del 31/07/2016, del 02/10/2018, del 04/10/2018, del 22/10/2018, del 29/10/2018 e del 28/05/2019); d) "di ogni ulteriore atto presupposto, connesso, conseguente e correlato a quelli oggetto di impugnazione, anche non noti alla ricorrente, e di ogni condotta dell'ASST adottata in violazione di legge". La ricorrente chiede, inoltre, di dichiarare l'inefficacia del contratto nelle more stipulato con la Roche Diagnostics s.p.a., e il risarcimento del danno rappresentato dalla perdita della possibilità di aggiudicarsi la procedura di gara. In ultimo, la ricorrente chiede di accedere ex articolo 116 c.p.a. agli atti espressamente richiamati dalla Deliberazione n. 930 del 26 agosto 2019 (nota e-mail del 04/10/2018 del Direttore della S.C. Servizio di Medicina di Laboratorio dell'A.S.S.T.; proposta tecnico economica n. 21901/54090/01026354/CA del 15 ottobre 2018 della Roche con e-mail del 16 ottobre 2018; proposta integrativa n. 21901/54090/01026354_integrazione/CA del 29 ottobre 2018 della Roche; nota e-mail del 31 maggio 2019 della Roche), o, in alternativa l'acquisizione ex officio dei predetti documenti al giudizio ex articolo 64, comma 2, c.p.a.

2. In punto di fatto la ricorrente espone che: a) nell'anno 2013 consegue l'aggiudicazione del Lotto 7 della procedura aperta indetta dalla ex A.O. di Gallarate, avente ad oggetto la "Fornitura di reagenti, materiali di consumo ed attrezzature in locazione per l'esecuzione di esami vari di laboratorio occorrenti all'Unità Operativa di Laboratorio Analisi degli Stabilimenti Ospedalieri di Gallarate ed Angera per un periodo di anni 5 dalla data di decorrenza dei contratti"; b) con deliberazione del 27 giugno 2016 il Direttore generale dell'A.S.S.T. estende il contratto stipulato tra la ex A.O. di Gallarate e la Beckman Coulter s.r.l. per la fornitura di reagenti di chimica clinica e

turbidimetria e farmaci oggetto dell'aggiudicazione del 2013, alle esigenze di fabbisogno del laboratorio analisi del P.O. di Busto Arsizio, per il periodo dal 23 giugno 2016 al 30 giugno 2017; c) con deliberazione n. 954 dell'11 settembre 2017, si proroga la fornitura per il periodo dal 1° luglio 2017 al 30 aprile 2018; d) con deliberazione n. 550 del 24 aprile 2018 si proroga la fornitura per il periodo dal 1° maggio 2018 al 31 luglio 2018; e) con successive delibere si proroga la fornitura per il periodo dal 1° agosto 2018 al 31 dicembre 2018 e, successivamente, dal 1° gennaio 2019 al 31 luglio 2019; f) con deliberazione n. 930 del 26 agosto 2019 la A.S.S.T. decide di aderire al contratto aggiudicato dall'Azienda Ospedaliera di Circolo e Fondazione Macchi di Varese (a cui subentra A.S.S.T. Sette Laghi) a decorrere dal 1° agosto 2019 affidando alla Roche Diagnostic s.p.a. le forniture in service di reagenti di chimica clinica, immunologia e marcatori cardiaci occorrenti ai laboratori analisi dei PP.OO. di Gallarate e Busto Arsizio.

3. La Società ricorrente articola un unico motivo di ricorso così rubricato: *“Vizio di legittimità rappresentato da violazione di legge, violazione degli art. 3 e 97 della Costituzione, violazione degli articoli 21, 35, 37, 54, 63 e 106 del D.lgs. 50/2016, violazione e falsa applicazione dei principi fondamentali che regolano la materia degli appalti pubblici di forniture, violazione e falsa applicazione dei principi che regolano il buon andamento e la trasparenza dell'azione amministrativa, violazione dei principi di pubblicità e massima concorrenza, eccesso di potere per difetto di istruttoria e difetto di motivazione, travisamento dei presupposti di fatto, sviamento ed irragionevolezza, illogicità, violazione della par condicio dei concorrenti”*. In sostanza la ricorrente evidenzia l'illegittimità dell'adesione alla fornitura assicurata dal contratto tra la controinteressata e l'Azienda Ospedaliera di Circolo e Fondazione Macchi di Varese (cui subentra la A.S.S.T. Sette Laghi), difettando i presupposti di applicazione dell'istituto.

4. Si costituisce in giudizio Roche Diagnostic s.r.l. chiedendo di dichiarare il ricorso irricevibile, inammissibile, improcedibile e comunque infondato. La

controinteressata ritiene che la domanda di annullamento sia contraddittoria e che non possa disporsi l'annullamento di parti del provvedimento che sono legittime prevalendo, in tal caso, la conservazione dell'intero atto.

5. Si costituisce in giudizio la A.S.S.T. Valle Olona chiedendo di dichiarare il ricorso inammissibile per doversi, in realtà, individuare il provvedimento lesivo nella deliberazione della A.S.S.T. Sette Laghi n. 893/2018, *“che intervenendo sul contratto aggiudicato a Roche nel 2014, ne ha ampliato l'oggetto”*. Nel merito, l'Azienda contesta il ricorso della Beckman Coulter s.r.l. ritenendo sussistenti i presupposti per l'adesione al contratto.

6. Con decreto n. 1295/2019 si respinge la domanda di concessione di misure cautelari monocratiche. Con ordinanza n. 1427/2019 la Sezione respinge la domanda cautelare ritenendo che i motivi di ricorso impongano *“un'analitica disamina anche tecnica in ordine alla sostanziale identità della prestazione assicurata in forza del contratto di fornitura stipulato da altra Amministrazione aggiudicatrice e della prestazione fornita all'Azienda sanitaria aderente al contratto”*. La Sezione evidenzia come la ravvicinata fissazione dell'udienza pubblica - a fronte anche della prevista durata della convenzione - consenta la definizione della controversia prima che si producano effetti irreversibili rispetto all'interesse azionato che si sostanzia nella richiesta di indizione di una procedura di affidamento che consenta alla ricorrente di parteciparvi al fine di ottenere la commessa.

7. In data 15 novembre 2019 parte ricorrente rinuncia alla domanda di accesso agli atti formulata con il ricorso introduttivo stante l'avvenuta produzione di tali atti da parte dell'Amministrazione resistente.

8. In vista dell'udienza pubblica del 10 gennaio 2020 la ricorrente e la controinteressata depositano memorie difensive conclusionali. Tutte le parti depositano memorie di replica. All'udienza del 10 gennaio 2020 la causa è trattenuta in decisione dopo la discussione.

9. Preliminarmente il Collegio prende atto della rinuncia alla domanda di accesso formulata *ex* articolo 116, comma 2, c.p.a. sottoscritta “*per adesione alla rinuncia ed accettazione della compensazione delle spese degli atti di procedura*” dai difensori di Roche Diagnostic s.r.l. e della A.S.S.T. Valle Olona. Pertanto, il giudizio di accesso incidentale deve considerarsi estinto per intervenuta rinuncia. Quanto alla regolazione delle spese di lite (che tutte le parti chiedono di compensare in ordine a tale segmento processuale) osserva il Collegio come tale regolazione debba avvenire avendo riguardo all’esito complessivo della lite poiché la valutazione della soccombenza opera, ai fini della liquidazione delle spese, in base ad un criterio unitario e globale (cfr., *ex multis*, Cassazione civile, Sez. III, ord. 12 aprile 2018, n. 9064). Principio valevole anche nel caso di pluralità di domande che impongono, in ogni caso, un apprezzamento complessivo della vicenda all’attenzione del Giudice.

10. Entrando in *medias res*, pare opportuno delineare i tratti essenziali della controversia e la questione giuridica che si pone all’attenzione del Collegio.

10.1. Beckman Coulter s.r.l. contesta, in sostanza, la legittimità dell’adesione da parte della A.S.S.T. della Valle Olona al contratto stipulato tra l’Azienda Ospedaliera di Circolo e Fondazione Macchi di Varese (a cui subentra la A.S.S.T. Sette Laghi) e la Roche Diagnostics s.p.a. all’esito dell’aggiudicazione disposta in favore di quest’ultima con deliberazione n. 765 del 16 settembre 2014, emessa all’esito della procedura aperta espletata ai sensi delle previsioni di cui all’articolo 83 del D.Lgs. n. 163/2006. In particolare, la ricorrente evidenzia come la stazione appaltante decida di avvalersi della modifica del contratto originariamente stipulato *ex* articolo 106, comma 1, lettera *b*), del D.Lgs. n. 50/2016, ampliandone l’oggetto. La modifica consiste nella fornitura di ulteriori 20 tipologie di reattivi volti alla esecuzione di altrettante tipologie di determinazioni diagnostiche che si aggiungono, pertanto, alle 73 tipologie di reattivi previsti nell’originaria

aggiudicazione. Inoltre, la fornitura richiesta dall'A.S.S.T. Valle Olona riguarda ulteriori reagenti non oggetto della competizione svolta dalla stazione appaltante (a cui subentra A.S.S.T. Sette Laghi), né previsti dalla variante intercorsa in relazione al contratto stipulato *inter partes*. In sintesi, l'adesione della A.S.S.T. della Valle Olona è effettuata ai sensi della previsioni di cui all'articolo 13 del capitolato di appalto della gara n. 5541993 indetta dalla stazione appaltante cui è *medio tempore* subentrata la A.S.S.T. Sette Laghi, ma consiste nella prestazione indicata nell'offerta n. 77416/77417/O1029257/BF formulata in data 9 maggio 2019, cod. 368819821 (documento n. 10 di parte ricorrente), parte integrante della deliberazione 930/2019. Tale prestazione risulta differente da quella oggetto dell'affidamento disposto all'esito dell'aggiudicazione del lotto 1 della gara n. 5541993 stante: *a*) la mancata fornitura di arredi ed attrezzature di laboratorio (parte integrante del lotto 1 della gara n. 5541993); *b*) la fornitura aggiuntiva di reagenti, calibratori, controlli e consumabili per l'esecuzione di test non previsti nel lotto 1 della predetta gara; *c*) la fornitura di reagenti, calibratori, controlli e consumabili per l'esecuzione di test non previsti nel lotto 1 ma affidati, in forza della deliberazione n. 690 dell'8 agosto 2014, ad altro operatore economico dalla A.S.S.T. Sette Laghi; *d*) la fornitura di reagenti, calibratori e controlli per l'esecuzione di un test diagnostico non previsto nel Lotto 1 della gara, né affidato alla Roche o alla B.S.N. (l'operatore economico indicato alla precedente lettera *c*) (cfr., per la ricostruzione della fattispecie, i fogli 11-12 del ricorso introduttivo).

10.2. La questione giuridica che Beckman Coulter s.r.l. pone all'attenzione del Collegio concerne, quindi, la legittimità di un'adesione che, pur mantenendo parte rilevante della fornitura oggetto della procedura di gara, riguardi prestazioni aggiuntive quali quelle risultanti all'esito della rinegoziazione effettuata ai sensi della previsione di cui all'articolo 106, comma 1, lettera *b*), del D.Lgs. n. 50/2016 dalla stazione appaltante e quelle negoziate direttamente dall'aderente.

11. Delineati gli elementi di fatto a fondamento della domanda (pur con le precisazioni che saranno effettuate *infra*) e la questione giuridica in cui si sostanzia il ricorso, può procedersi ad esaminare le eccezioni di inammissibilità formulate dalla controinteressata e dall'Amministrazione resistente.

11.1. Roche Diagnostics s.p.a. deduce l'inammissibilità del ricorso nella parte in cui le ragioni a sostegno della domanda di annullamento formulata dalla Beckman Coulter s.r.l. (*i.e.*, in sostanza, l'adesione al contratto oltre i limiti della prestazione originaria) non investono la componente originaria della prestazione. Osserva Roche Diagnostics s.p.a. come oggetto del ricorso non sia la clausola di adesione *ex se* o, in generale, la configurabilità dell'istituto, quanto l'approvvigionamento di una prestazione parzialmente diversa in ragione delle componenti ulteriormente aggiunte. Ne conseguirebbe l'inammissibilità del ricorso nella parte in cui chiede l'annullamento dell'intero provvedimento di adesione anche nelle parti non investite dalle censure. Il riferimento è, in particolare, alla *“fornitura degli strumenti e dei 73 reagenti pacificamente ricompresi – per ammissione della stessa Beckman - nel contratto-base tra ASST Sette Laghi e Roche del 19.11.2014”* (foglio 5 della memoria di costituzione di Roche Diagnostics s.p.a.).

11.2. La ricorrente replica all'eccezione di Roche Diagnostics s.p.a. evidenziando che: a) con il ricorso introduttivo si chiede l'integrale annullamento dei provvedimenti impugnati; b) *“l'Autorità Giudiziaria non può stabilire se le esigenze che la ASST intendeva ed intende soddisfare con il conseguimento della prestazione descritta, siano ugualmente soddisfatte dall'erogazione di un servizio diagnostico che contempli solamente la fornitura in service di sistemi in grado di eseguire 73 esami diagnostici?”*.

11.3. Osserva il Collegio come la questione non involga l'ammissibilità (anche solo parziale) del ricorso ma riguardi, piuttosto, la portata dell'effetto costitutivo e conformativo della pronuncia giurisdizionale di eventuale accoglimento. Per tale motivo il Collegio ritiene di esaminare la questione all'esito della verifica dei limiti

di fondatezza del ricorso trattandosi di determinare gli effetti dell'annullamento e della caducazione del contratto successiva all'annullamento giurisdizionale.

12. A.S.S.T. della Valle Olona eccepisce l'inammissibilità del ricorso evidenziando di aderire ad un contratto già modificato per effetto della disposta variante che, tuttavia, non è impugnata dalla ricorrente. Ritiene la A.S.S.T. resistente che *“la lesione della posizione giuridica della ricorrente, semmai ravvisabile, non discende dalla deliberazione oggetto di impugnativa, ma da quella della A.S.S.T. Sette Laghi n. 893/2018, che intervenendo sul contratto aggiudicato a Roche nel 2014, ne ha ampliato l'oggetto, con l'inevitabile conseguenza per cui le successive adesioni degli enti beneficiari del contratto hanno potuto giovare di tale ampliamento”*. Tale deliberazione non è, tuttavia, impugnata con conseguente inammissibilità del ricorso nella parte in cui incentra la domanda di annullamento su un atto che *ex se* non può ritenersi lesivo.

12. L'eccezione è infondata.

12.1. Parte ricorrente non censura la delibera con la quale la A.S.S.T. Sette Laghi modifica parzialmente l'originaria prestazione richiesta alla Roche Diagnostics s.p.a. ma incentra la propria iniziativa giurisdizionale sull'adesione da parte della A.S.S.T. Valle Olona. La lesione alla sfera giuridica della ricorrente è arrecata, infatti, non dalla rinegoziazione ad opera dell'originaria stazione appaltante ma della successiva adesione da parte della resistente. Coerentemente a tale prospettiva impugnatoria il ricorso è parametrato sull'atto che realizza simile lesione ed ossia l'adesione da parte di A.S.S.T. Valle Olona. Non è, infatti, in discussione la possibilità di una ulteriore prestazione per la stazione appaltante ma per l'aderente A.S.S.T. Valle Olona. Per tali ragioni l'eccezione di inammissibilità è da ritenersi priva di fondamento.

13. Esaminate le eccezioni di inammissibilità proposte dall'Ente resistente e dalla Società controinteressata può ora procedersi alla disamina del merito della domanda descritta al punto 10 della presente sentenza.

13.1. Come già evidenziato, la questione giuridica all'attenzione del Collegio riguarda la legittimità di un'adesione che involga prestazioni ulteriori rispetto a quelle oggetto della dialettica competitiva tra operatori del mercato in cui si sostanzia la procedura di gara. Prestazioni aggiuntive derivanti in parte dall'utilizzo da parte dell'originaria stazione appaltante della facoltà prevista dalla previsione di cui all'articolo 106, comma 1, lettera *b*), del D.Lgs. n. 50/2016, e, in altra parte, dalla negoziazione di ulteriori prestazioni tra l'aderente e l'aggiudicatario parte del contratto.

13.2. Si tratta di questione che non trova una regolamentazione espressa nella normativa in materia ma alla quale deve fornirsi risposta alla luce dei principi che regolamentano le procedure ad evidenza pubblica che costituiscono il necessario referente di legittimità di un'operazione non esaminabile attraverso la mera specola civilistica. Non può, infatti, affermarsi la legittimità dell'adesione sulla base del mero rilievo secondo cui la clausola di estensione non può che riferirsi al contratto "*vigente al momento dell'adesione*" (foglio 2 della memoria di replica di A.S.S.T. della Valle Olona). Una simile prospettiva muove dalla constatazione secondo cui l'adesione non può che rivolgersi al programma negoziale in atto al momento della manifestazione di volontà dell'aderente ma termina per privare il necessario rilievo che deve conferirsi alla regolazione pubblicistica su cui, del resto, si incentra l'attenzione della giurisprudenza interna e sovranazionale (cfr., *ex multis*, Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. VIII, 19 dicembre 2018, in C-216/17, e l'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato, Sez. IV, 11 aprile 2017, n. 1690; v., inoltre, Consiglio di Stato, Sez. III, 15 febbraio 2018, n. 982; Consiglio di Stato, sez. III, 4 febbraio 2016, n. 442;). E', pertanto, dai principi pubblicistici che il Collegio deve prendere le mosse al fine di disegnare la cornice all'interno della quale ascrivere la vicenda in esame.

13.3. Seguendo la linea operativa appena tracciata si nota come la figura in esame sia ritenuta ammissibile da parte della giurisprudenza rinvenendo “*le radici genetiche nell’orientamento normativo favorevole all’utilizzo di forme di acquisizione centralizzata ed aggregata di beni e servizi occorrenti al funzionamento della P.A.*” (Consiglio di Stato, Sez. III, 15 febbraio 2018, n. 982 che si riferisce a Consiglio di Stato, sez. III, 4 febbraio 2016, n. 442). In tale prospettiva il contratto contenente la clausola di adesione viene configurato come “*contratto ad oggetto multiplo*” avente ad oggetto servizi “*identici o analoghi*” che possono estendersi ad Amministrazioni diverse da quelle che indicano la procedura di gara qualora individuate o individuabili in base a criteri enunciati dalla *lex specialis*. Di diverso avviso si mostra la Sesta Sezione del Consiglio di Stato che, nel rimettere una serie di questioni alla Corte di Giustizia dell’Unione europea, ritiene di assimilare la figura all’istituto dell’accordo quadro mutuando la relativa disciplina (Consiglio di Stato, Sez. IV, 11 aprile 2017, n. 1690, a cui segue la decisione della Corte di giustizia dell’Unione europea, Sez. VIII, 19 dicembre 2018, in C-216/17). Opzione condivisa anche da altre parte della giurisprudenza secondo cui è “*nella disciplina degli accordi quadro che le fonti comunitarie stabiliscono a quali condizioni il contratto stipulato fra un’amministrazione aggiudicatrice (sia essa o meno una centrale di committenza) ed un operatore economico all’esito di una gara possa essere utilizzato da amministrazioni aggiudicatrici diverse, prevedendo che queste debbano essere chiaramente individuate nell’avviso di indizione di gara (art. 33 comma 2 direttiva 24/2014) anche quando la stessa venga bandita da una centrale di committenza [...]*” (T.A.R. per la Toscana, Sez. III, 8 giugno 2017, n. 783). Declinato in simili termini, il contratto quadro realizza un *pactum de modo contrahendi* ossia un contratto “*normativo*” dal quale non scaturiscono effetti reali o obbligatori, ma la cui efficacia consiste nel “*vincolare*” la successiva manifestazione di volontà contrattuale delle stesse parti (cfr., per simile configurazione dell’accordo quadro, Corte dei Conti per la Campania, Sez. Contr., deliberazione 6 giugno 2018, n. 77; v., inoltre, il

parere di ANAC n. 213/2013). E, invero, proprio la natura normativa attribuita al contratto-quadro e, in generale, i profili strutturali e funzionali di simile istituto svelerebbero l'impossibilità di effettuare una integrale assimilazione tra gli istituti in esame. Lo evidenzia il Consiglio di Stato notando come “*mentre l'accordo-quadro dett[i] una disciplina sostanziale del rapporto contrattuale con la/e impresa/e stipulante/i ontologicamente non esaustiva, in quanto destinata ad essere completata in sede di conclusione degli accordi esecutivi, la clausola di adesione afferisce ad un rapporto contrattuale contenutisticamente completo, sebbene estensibile in chiave soggettiva*” (Consiglio di Stato, Sez. III, 15 febbraio 2018, n. 982). Un rilievo che, se, da un lato, evidenzia correttamente elementi di distonia di un'operazione di assimilazione *tour court* delle due figure, dall'altro, sembra (pur solo in parte) ridimensionato dall'interpretazione della Corte di Giustizia dell'Unione europea che ritiene imprescindibile la preventiva determinazione della quantificazione dell'intero valore economico delle possibili adesioni al fine di garantire sia le esigenze di certezza e trasparenza dell'azione amministrativa sia la tutela del contraddittorio concorrenziale che il sistema dell'evidenza pubblica è parimenti destinato a realizzare (Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. VIII, 19 dicembre 2018, in C-216/17).

13.4. Si tratta, del resto, del dato su cui converge la giurisprudenza sin qui formatasi nella disamina di una figura che si colloca al crocevia dei valori e dei principi che regolano il sistema degli affidamenti pubblici. Da un lato, le esigenze di concentrazione delle gare, di contenimento della spesa pubblica ed incremento dell'efficienza misurata che assumono specifica valenza nel settore sanitario stante la normativa intervenuta nel tempo in materia (cfr., *ex aliis*, articolo 1, comma 449, ultima parte della L. n. 296/1996; articoli 1, comma 12, e articolo 15, comma 13, lettera b), del D.L. n. 95/2012; in relazione alla Regione Lombardia, si veda la previsione di cui all'articolo 3, comma 7, della L.r. 19 maggio 1997 n. 14; per una puntuale indicazione di tali normative e dei principi dalle stesse ricavabili, si veda:

Consiglio di Stato, sez. III, 4 febbraio 2016, n. 442). Dall'altro, le esigenze di rispetto della trasparenza, della parità di trattamento, del principio di non discriminazione, del dialogo competitivo che non assumono valenza sono in relazione a posizioni specifiche di singoli operatori in una concreta vicenda ma costituiscono, altresì, i cardini attraverso i quali il diritto dell'Unione intende realizzare quella strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva a cui fa riferimento il *considerandum* n. 2 della Direttiva 2014/24/UE.

13.5. Il punto di equilibrio e contemperamento tra i principi evocati è individuato dalla giurisprudenza richiamata nella necessaria e congiunta ricorrenza dei presupposti legittimanti il ricorso all'istituto. Sono tali: *a)* l'individuazione preventiva della possibilità di estensione della prestazione e l'indicazione delle Amministrazioni abilitate ad aderire; *b)* l'individuazione del valore economico massimo delle eventuali adesioni ed estensioni consentite; *c)* la sussistenza di prestazioni sostanzialmente omologhe con conseguente irrilevanza di modifiche meramente marginali. In presenza di simili presupposti, le esigenze dell'Amministrazione trovano compiuta realizzazione senza urtare gli ulteriori principi che vengono in rilievo. Infatti, in tal modo, l'appalto oggetto di estensione, “*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 c.d. 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*” (Consiglio di Stato, sez. III, 4 febbraio 2016, n. 442).

13.6. Nel caso di specie, la clausola di estensione di cui all'articolo 13 del capitolato speciale prevede, in primo luogo, la possibilità di adesione per una serie di Aziende tra cui deve ritenersi ricompresa la resistente A.S.S.T., costituita a seguito di fusione per incorporazione della A.O. "Ospedale di Circolo di Busto Arsizio" (con scorporo del P.O. di Tradate) e della A.O. "Ospedale Sant'Antonio Abate di Gallarate", entrambe ricomprese nella previsione in esame. La clausola prevede la possibilità per tali Aziende di procedere *"all'acquisto dei prodotti aggiudicati con la presente procedura, al prezzo ottenuto in sede di gara"*. In particolare, si prevede che, *"nel corso di validità del contratto sottoscritto con l'A.O., ai soggetti aggiudicatari potrà essere richiesto di estendere la fornitura anche ad una o più Aziende sopra elencate, alle medesime condizioni contrattuali di cui al presente capitolato (fatte salve le specificità di ogni azienda – luoghi di consegna ecc.), sino ad una massimo del 200 % del valore complessivo netto aggiudicato"*.

13.7. Se, pertanto, appare pienamente rispettato il presupposto soggettivo individuato dalla giurisprudenza, maggiormente problematico risulta il tema relativo all'identità della prestazione che, come spiegato, è oggetto, in primo luogo, della rinegoziazione effettuata dalla stazione appaltante ai sensi della previsione di cui all'articolo 106, comma 1, lettera b) (cfr. documento n. 11 di parte ricorrente). Simile previsione consente alla stazione appaltante di modificare i contratti *"per lavori, servizi o forniture, supplementari da parte del contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente produca entrambi i seguenti effetti, fatto salvo quanto previsto dal comma 7 per gli appalti nei settori ordinari: 1) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale; 2) comporti per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore notevoli disagi o una consistente duplicazione dei costi"*. Nel caso in esame, la disposizione è ritenuta operante dalla stazione appaltante (nonostante i maggiori

costi) stante la sussistenza di impellenti necessità di tipo organizzativo che conducono all'implementazione della prestazione già aggiudicata.

13.8. La stazione appaltante ricorre, quindi, ad un istituto che, come evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa, è il *“frutto di un delicato bilanciamento operato dal legislatore fra le regole comunitarie sulla concorrenza (che impongono la corrispondenza fra l'appalto eseguito e quello messo in gara) e le esigenze sopravvenute della stazione appaltante che richiedono una modifica del contratto senza la quale l'interesse che sta alla base della stipula verrebbe ad essere in vario modo frustrato o, comunque, non completamente o proficuamente realizzato”* (T.A.R. per la Toscana, Sez. III, 8 giugno 2017, n. 783). Una valutazione che disvela la peculiarità e delicatezza della fattispecie all'attenzione del Collegio ove si consideri che, come spiegato, già la figura dell'estensione del contratto si colloca al crocevia tra buon andamento ed efficienza dell'azione amministrativa e tutela della concorrenza e parità di trattamento tra operatori economici. Il congiunto operare di tali due figure nella medesima vicenda amministrativa impone, quindi, particolare acribia nella disamina non tanto dell'astratta meccanica di tali istituti quanto della concreta portata effettuale che il loro combinarsi realizza. Infatti, nella fattispecie non viene in rilievo *ex se* la modifica contrattuale effettuata dalla stazione appaltante (come spiegato, del resto, al punto 12 della presente sentenza) quanto la ritenuta sottrazione dell'affidamento alle procedure di evidenza pubblica (o, *“l'aggiramento della gara pubblica per l'affidamento”*, per mutuare l'espressione della Cassazione civile, Sezioni unite, 31 ottobre 2019, n. 28211). Pertanto, non è in gioco la facoltà della stazione appaltante di ricorrere alla modifica del contratto originario quanto l'effetto che simile operazione produce, in caso di estensione del contratto, sui principi che tutelano il confronto concorrenziale.

13.9. Ritiene il Collegio che, nel caso di specie, l'avvenuto mutamento della prestazione originaria (sostanziatosi nell'aumento della fornitura con 20 tipologie

di reattivi volti alla esecuzione di altrettante tipologie di determinazioni diagnostiche che si aggiungono, pertanto, alle 73 tipologie di reattivi previsti nell'originaria aggiudicazione e nel consequenziale contratto) si traduca, per il tramite dell'utilizzo della clausola di estensione e della stipula di un nuovo e diverso contratto (che costituisce un indice evidente dell'*aliquid novi* che la complessiva operazione realizza, risultando, altrimenti sufficiente la mera applicazione della clausola), nella sottrazione di tale segmento ulteriore della prestazione alle procedure ad evidenza pubblica. Deve, infatti, considerarsi che il ricorso all'istituto di cui all'articolo 106, comma 1, lettera b), del D.lgs. n. 50/2016 costituisca già una peculiare deroga alle regole euro-unitarie in materia di concorrenza ammessa dal legislatore per consentire alla stazione appaltante di governare le sopravvenienze che si verificano nella fase esecutiva. In tal caso, la c.d. "*Vertragsrechanpassung*" non opera in ragione della insostenibilità delle condizioni originarie (c.d. "*Unzumutbarkeit*") ma per consentire forniture "*supplementari*" resesi necessarie e consentite dall'ordinamento per governare in parte quello che un'autorevole dottrina chiama il "*futuro indomabile*" delle prestazioni di durata che la "*razionalità limitata*" dei contraenti non è da sola in grado di controllare. La revisione del contratto è, quindi, eccezionalmente consentita esonerando la stazione appaltante dal ricorso al mercato che, come indicato dalla previsione, comporterebbe "*notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi*". Tale eccezione deve, tuttavia, contenersi nei limiti propri della *regola iuris* in esame. Diversamente opinando si creerebbe quell'effetto moltiplicatore della lesione della concorrenza su cui correttamente incentra le proprie argomentazioni la parte ricorrente. Infatti, la prestazione derivante dalla pur legittima revisione del contratto da parte della stazione appaltante diviene, ove estesa da parte di una diversa Amministrazione, il veicolo attraverso il quale si esce

dall'alveo della consentita deroga alla concorrenza determinando, sul piano effettuale, la sottrazione della prestazione alle regole dell'evidenza pubblica.

13.10. Né a diversa conclusione può giungersi seguendo la tesi della parte controinteressata che ritiene contraddittorie le argomentazioni di Beckman Coulter s.r.l. nella parte in cui, in sostanza, riterrebbero, per converso, legittima la possibilità di rinegoziazione successiva all'estensione. Situazione che potrebbe condurre al medesimo effetto raggiunto per opera di una rinegoziazione antecedente all'estensione con conseguente contraddittorietà di una tesi che ritiene legittima quest'ultima operazione ma predica, al contrario, l'illegittimità della prima.

13.11. La tesi, pur suggestiva, non merita, tuttavia, condivisione ove si consideri che, come spiegato, la previsione di cui all'articolo 106, comma 1, lettera *b*), del D.lgs. n. 50/2016 ammette la rinegoziazione negli stretti limiti in cui tale necessità sia imposta dalle sopravvenute esigenze dell'Amministrazione. La regola è, quindi, calibrata sulla situazione singolare e sopravvenuta. Ne consegue che, nell'ipotesi adombrata dalla controinteressata, il ricorso allo strumento in esame risulta legittimo solo laddove miri a governare simili sopravvenienze. Laddove, al contrario, non si tratti di esigenze sopravvenute, la deroga alla concorrenza non risulterà ammessa dall'ordinamento. La gestione delle sopravvenienze è, quindi, la valvola attraverso cui l'istituto respira e, di conseguenza, lo stesso non trova applicazione ove non si tratti di governare simili esigenze ulteriori e future ma di legittimare la lesione dei principi della concorrenza in nome di esigenze già attuali al momento dell'adesione.

13.12. L'estensione del contratto come rinegoziato dalla stazione appaltante realizza, quindi, una lesione del dialogo competitivo sottraendo allo stesso la porzione di fornitura ulteriore rispetto a quella oggetto dell'originario confronto concorrenziale. Lesione ulteriormente perpetrata con l'aggiunta di prestazioni non contemplate né nell'originario contratto, né nel contratto rinegoziato. Sul punto,

non convince il Collegio la tesi della stazione appaltante secondo cui non si determinerebbe in *parte qua* alcuna lesione della concorrenza trattandosi di prestazioni liberamente negoziabili dall'Amministrazione stante il valore limitato. Il dato ostativo alla condivisione di simile prospettiva risiede nell'impossibilità di considerare una prestazione frazionata e non integrale al fine di giustificare la deroga ai principi della concorrenza. Una simile interpretazione risulta, inoltre, contraria al principio dell'effetto utile che presidia l'applicazione del diritto dell'Unione europea e assume precipuo rilievo proprio in ambito ermeneutico precludendo soluzioni di casi concreti contrarie alle finalità del diritto dell'Unione e, in particolare, ai principi di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza.

14. In definitiva il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento degli atti impugnati e dichiarazione di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato tra la controinteressata e l'Amministrazione resistente trattandosi di negozio conseguente (nei termini di seguito precisati) ad un “*affidamento diretto, senza alcuna previsione di gara, in violazione delle norme comunitarie e nazionali in materia di contratti pubblici*” (Cassazione civile, Sezioni unite, 8 agosto 2012, 14260) e che, come evidenziato al punto 13.9 della presente sentenza, è lo strumento di un'operazione negoziale complessiva posta in violazione dei principi sin qui evocati.

14.1. La notazione in ultimo effettuata impone un approfondimento al Collegio stante anche le deduzioni delle parti e l'eccezione articolata dalla difesa della controinteressata Roche Diagnostics s.r.l. che, come spiegato dal punto 11.2 della presente sentenza, richiede un necessario chiarimento in ordine alla portata di annullamento e conformativa del presente giudicato di annullamento.

14.2. Sul punto, occorre prendere l'abbrivio dalla tesi dell'Amministrazione e della controinteressata secondo cui nel caso di specie dovrebbe trovare applicazione la previsione di cui all'articolo 1419, comma 1, c.c. Tesi non condivisa dalla

ricorrente secondo cui il Giudice dovrebbe ritenersi sprovvisto del potere di “*stabilire se le esigenze che la ASST intendeva ed intende soddisfare con il conseguimento della prestazione descritta, siano ugualmente soddisfatte dall'erogazione di un servizio diagnostico che contempli solamente la fornitura in service di sistemi in grado di eseguire 73 esami diagnostici*”.

14.3. Osserva, sul punto, il Collegio come, nel caso di specie, non si tratti di dichiarare la nullità parziale del contratto stipulato per la decisiva ragione che simile contratto non è ritenuto contrario ad una regola di validità del negozio. L'intervento del Giudice amministrativo è effettuato, in tali casi, mediante la dichiarazione non di invalidità ma di inefficacia del negozio (Cassazione civile, Sezioni unite, 8 agosto 2012, 14260).

14.4. La prospettazione dell'Amministrazione resistente e della controinteressata deve, quindi, esaminarsi spostando l'attenzione dal piano della validità a quello dell'efficacia, verificando la portata effettuale della presente sentenza di accoglimento della domanda di annullamento ed i riflessi spiegati sulla declaratoria di inefficacia del negozio.

14.5. Simile disamina non può che prendere le mosse dall'identificazione della domanda giudiziale della parte avendo riguardo alle componenti del *petitum* e della *causa petendi*. Osserva, a tal fine, il Collegio come l'interesse legittimo fatto valere dalla parte ricorrente consista nell'eliminazione di atti amministrativi e nella declaratoria di inefficacia di un contratto posto in essere in violazione delle regole ad evidenza pubblica al fine di assicurarsi la *chance* di ottenere l'affidamento di una commessa relativa al settore economico in cui la stessa opera. In simili casi la pronuncia di annullamento non consente alla parte di raggiungere immediatamente il risultato finale (un'eventuale aggiudicazione) strutturandosi la stessa domanda in termini diversi. Non si tratta, quindi, di un limite della tutela giurisdizionale (da considerarsi, quindi, inidonea a realizzare quel principio di effettività imposto dalla previsione di cui all'articolo 1 c.p.a.). Al contrario, quello in esame costituisce un

aspetto fisiologico correlato alle vicende sostanziali dell'interesse legittimo che, come notato dalla dottrina, costituisce, talora, una fattispecie a formazione progressiva. In tali casi la pronuncia di annullamento realizza, quindi, la tutela di un "*bene intermedio*", costituito dalla "*sola possibilità di vedere realizzato il risultato sperato*" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321) che, nel caso di specie, risiede, con ogni evidenza, nell'eventuale aggiudicazione di una fornitura all'esito di una procedura di gara indebitamente omessa dall'Amministrazione.

14.6. L'agire progressivo della tutela giurisdizionale è, quindi, il precipitato della gradualità del processo di formazione dell'interesse legittimo sostanziale in casi come quelli all'attenzione del Collegio. Un progredire verso un'utilità finale che un'autorevole dottrina accosta alla nota metafora della tartaruga di Achille per rappresentare le difficoltà nell'afferrarla a causa del peculiare atteggiarsi del potere. Difficoltà che trovano soluzione, secondo il Consiglio di Stato, nella constatazione secondo la quale il giudizio di annullamento produce una "*riduzione progressiva della discrezionalità amministrativa*" che avvicina il privato all'utilità finale eliminando gli ostacoli che il potere illegittimamente frappone (Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321). Un principio che opera anche nel caso di specie ove si consideri che la sentenza di accoglimento elide quegli effetti anticoncorrenziali che sono a base della *causa petendi* della domanda giudiziale svolta. La "*riduzione della discrezionalità*" illegittimamente esercitata opera, quindi, mediante l'annullamento degli atti e la conseguenziale dichiarazione di inefficacia di un contratto nella parte in cui simili atti conducono ad una violazione delle regole dell'evidenza pubblica.

14.7. Simile aspetto costituisce il motivo portante tanto della domanda giudiziale quanto della decisione (per riprendere la nota teorica della dottrina tedesca utilizzata anche da Cassazione civile, Sezioni unite, 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243) e, inoltre, realizza la situazione soggettiva oggetto di giudizio elidendosi, come spiegato, le componenti illegittime dell'operato dell'Amministrazione. Sono

tali le parti delle deliberazioni e i segmenti di un negozio giuridico complesso che si pongono in contrasto con tale motivo portante. La appena decretata complessità del negozio in esame discende dalla circostanza che lo stesso costituisce il risultato finale non di un mero esercizio dell'opzione estensiva ma comprende anche la porzione oggetto della rinegoziazione della stazione appaltante e dell'accordo ulteriore tra aderente e controinteressata. In quanto lesive dei principi a fondamento della decisione simili componenti del contratto sono, quindi, interessate dalla dichiarazioni di inefficacia affermata dalla presente statuizioni. Non vi è, invece, un travolgimento integrale della componente originaria della prestazione (oggetto, come spiegato, della clausola di estensione di cui all'articolo 13 del capitolato speciale) in quanto, per simile componente, non si realizza una sottrazione al confronto concorrenziale a valle trattandosi, a monte, della risultante del confronto tra le imprese partecipanti alla gara (per mutuare l'efficace espressione di Consiglio di Stato, sez. III, 4 febbraio 2016, n. 442).

15. Le considerazioni sin qui svolte consentono, inoltre, di rigettare la domanda di risarcimento del danno formulata dalla parte ricorrente che individua l'evento lesivo nella sottrazione della possibilità di aggiudicare la commessa nelle parti che sono sottratte all'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica. Il disposto annullamento del provvedimento impugnato e la conseguenziale dichiarazione di inefficacia del contratto (pur nei termini precisati *supra* e ritenuti conformi alla *causa petendi* su cui si fonda il ricorso) realizzano, infatti, l'interesse della parte ricorrente e ristorano, con ogni evidenza, il pregiudizio dalla stessa patito. La perdita di *chance* lamentata dalla parte trova ristoro nella ripetizione dell'occasione perduta (cfr., Consiglio di Stato, Sez. III, 17 novembre 2017, n. 5303) che, nel caso di specie, si sostanzia nella necessaria sottoposizione della prestazione al confronto concorrenziale imposto dalle regole dell'evidenza pubblica.

16. Il ricorso va, quindi, accolto con annullamento degli atti impugnati e declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato nei termini sopra precisati.

17. Le spese complessive del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo. Va, inoltre, posto a carico dell'Amministrazione il rimborso del contributo unificato *ex* articolo 13, comma 6, del D.P.R. n. 115 del 2002.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

a) dichiara estinto il giudizio nella parte relativa alla domanda di accesso *ex* articolo 116, comma 2, c.p.a.;

b) accoglie il ricorso nei sensi e nei limiti indicati in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati e dichiara l'inefficacia parziale del contratto stipulato tra la Azienda Sanitaria Territoriale della Valle Olona e la Roche Diagnostics s.p.a.;

c) condanna l'Azienda Sanitaria Territoriale della Valle Olona e la Roche Diagnostics s.p.a. a rifondere alla parte ricorrente le spese di lite del presente giudizio che quantifica in euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di Legge, a carico di ciascuna delle parti soccombenti;

d) pone a carico dell'Azienda Sanitaria Territoriale della Valle Olona il rimborso del contributo unificato *ex* articolo 13, comma 6-*bis*, D.P.R. n. 115 del 2002.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere

Lorenzo Cordi', Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Lorenzo Cordi'

IL PRESIDENTE
Italo Caso

IL SEGRETARIO