

Pubblicato il 17/11/2020

N. 07138/2020REG.PROV.COLL.
N. 03857/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3857 del 2020, proposto da Beckman Coulter S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Corrado Curzi, Riccardo Pagani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Asl Roma 1, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Alessandra Belletti, Stefano Vinti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Stefano Vinti in Roma, via Emilia n. 88;

nei confronti

Roche Diagnostics S.p.A. non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 3160/2020, resa tra le parti, concernente l'affidamento della fornitura in service di sistemi macchina reagenti occorrenti all'HUB3 Regione Lazio;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Asl Roma 1;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 novembre 2020 il Cons.

Giovanni Tulumello, e nessuno presente per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza n. n. 3160/2020 il T.A.R. del Lazio, sede di Roma, ha respinto il ricorso proposto dalla s.r.l. Beckman Coulter contro il Bando di Gara avente ad oggetto la “Fornitura in service di sistemi macchina reagenti occorrenti all'HUB3 Regione Lazio”, suddivisa in 18 lotti, del valore complessivo stimato pari ad € 36.355.549,16 IVA esclusa, pubblicato sulla GU dell'Unione Europea in data 30 luglio 2019; e contro il Disciplinare di Gara ed il Capitolato Tecnico inerente il Lotto 1, Codice CPV Supplementare 33159000, avente base d'asta di € 14.684.204,63 IVAE esclusa, denominato “Corelab”, avente ad oggetto “Gli strumenti di pre-analitica del LHUB (Laboratorio HUB 3 regionale UOC Patologia clinica Ospedale San Filippo Neri – ASL Roma 1) e del LBS (Laboratori di Base degli Ospedali San Paolo di Civitavecchia – ASL Roma 4 e San Camillo de Lellis – ASL Rieti; laboratori Spoke/Urgenze Ospedali S. Spirito in Saxia – ASL Roma 1 e Padre Pio di Bracciano – ASL Roma 4)”.

Con ricorso in appello notificato e depositato il 18 maggio 2020, la ricorrente in primo grado ha impugnato l'indicata sentenza.

Si è costituita in giudizio, per resistere al ricorso in appello, la A.S.L. Roma 1.

La domanda cautelare è stata respinta dapprima con decreto n. 2735/2020, quindi con ordinanza n. 3757/2020.

La difesa della parte appellante ha depositato in data 10 novembre 2020 una istanza di discussione da remoto: tale istanza risulta tuttavia tardiva rispetto al termine indicato DALL'ART. 25, terzo comma, del decreto-legge n. 137/2020.

Il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione all'udienza del 12 novembre 2020.

2. Il ricorso di primo grado ha contestato la legittimità della legge di gara sopra meglio descritta, nella parte in cui *“prevede tra le determinazioni analitiche obbligatorie, il Cortisolo, che come detto deve essere eseguito sui campioni di siero, plasma, saliva, l'Amilasi pancreatica che deve essere eseguita sui campioni di siero, plasma, urine, il PSA totale, che deve essere eseguito sui campioni di siero e plasma e il PSA free che parimenti deve essere eseguito su campioni di siero e plasma”*.

Ad avviso della ricorrente si tratterebbe di un requisito escludente, perché posseduto soltanto dalla Roche Diagnostics S.p.A.

Il T.A.R. ha rigettato il ricorso, con le seguenti motivazioni: *“L'allegato 3.1 del Capitolato tecnico individua le determinazioni analitiche richieste per partecipare alla procedura di gara, suddivise in obbligatorie e facoltative, da eseguirsi su diverse tipologie di campioni biologici. Le determinazioni analitiche obbligatorie sono n. 78. La ricorrente fonda l'intero ricorso sulla considerazione che quattro delle n. 78 determinazioni analitiche obbligatorie (ossia, quelle relative al Cortisolo, all'Amilasi Pancreatica, al PSA*

totale e al PSA Free), dovendo essere effettuate su diversi campioni biologici, sarebbero preclusive della partecipazione alla gara, con esclusione di un unico operatore economico (Roche Diagnostics s.p.a.). Sostiene altresì che la carenza dei requisiti richiesti non potrebbe essere sopperita attraverso il ricorso a forme di partenariato con altri operatori economici, in quanto i relativi dispositivi non sarebbero compatibili con la catena di automazione della società ricorrente. Di qui la richiesta di annullamento della intera procedura di gara (relativamente al lotto n. 1). La tesi della ricorrente sembra provare troppo. Occorre premettere che deve ritenersi rimessa in via esclusiva al potere latamente discrezionale dell'Amministrazione l'individuazione della tipologia degli analiti oggetto della fornitura come pure l'individuazione dei campioni biologici sui quali detti analiti debbono essere utilizzati, senza che possa assumere rilievo giuridico dirimente il carattere residuale di alcune forme di accertamento diagnostico. Partendo da questa premessa, deve considerarsi giuridicamente irrilevante che l'organizzazione aziendale della ricorrente non le consenta di formulare un'offerta relativa a tutte le determinazioni analitiche obbligatorie sui campioni biologici considerati dal bando. Come pure giuridicamente irrilevante è che la ricorrente non possa avvalersi di forme di partenariato con altri operatori economici, in quanto i relativi dispositivi non sarebbero compatibili con la propria catena di automazione. In entrambi i casi si tratta di aspetti tecnici relativi all'assetto organizzativo interno dell'azienda della ricorrente, che non possono assumere rilevanza giuridica ai fini dell'annullamento degli impugnati atti di gara. È bensì vero che l'art. 68, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 dispone: "4. Le specifiche tecniche consentono pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non devono comportare direttamente o indirettamente ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza". E, tuttavia, nel caso di specie, la ricorrente non ha fornito elementi concreti che dimostrino che

le specifiche tecniche richieste dalla stazione appaltante siano ingiustificate e abbiano il solo scopo di alterare la par condicio tra concorrenti”.

3. Con il ricorso in appello Beckman ripropone la censura già respinta in primo grado, deducendo *“violazione di legge, violazione dell’art. 68 in combinato disposto con l’art. 4 del d.lgs. 50/2016, Violazione dell’art. 3 e 97 della Costituzione, Eccesso di potere per difetto di istruttoria, Irragionevolezza, Illogicità e Violazione della par condicio dei concorrenti”.*

La censura si articola su tre profili: la circostanza che Roche sia, o meno, l’unico imprenditore in grado di offrire la prestazione richiesta; la dimostrazione, o meno, della possibilità per Beckman di partecipare alla gara anche eventualmente in forma associata; la legittimità della restrizione della concorrenza operata dalla scelta della stazione appaltante.

4. Ritiene il Collegio che nello scrutinio del mezzo in esame risulti preliminare l’esame del terzo profilo di censura.

Questa Sezione, in sede cautelare, ha operato una delibazione sommaria di infondatezza del gravame, ritenendo, anche mediante richiamo alla precedente sentenza n. 1076/2020, che *“nella dialettica fra tutela della concorrenza e perseguimento dell’interesse pubblico primario l’amministrazione gode di un’ampia discrezionalità nella selezione dell’oggetto (e delle caratteristiche tecniche) dell’appalto, in funzione degli standards organizzativi e di efficienza delle relative prestazioni (in tesi anche molto elevati, purché non irragionevoli), dovendo l’offerta adattarsi alla domanda e non viceversa”* (così l’ordinanza cautelare n. 3757/2020).

La citata sentenza n. 1076/2020 – che il Collegio condivide e alla quale si riporta - aveva infatti affermato che *“A partire alla sentenza della Corte di Giustizia, 17 settembre 2002, in causa C-513/99, è acquisito il principio per cui la tutela della concorrenza nel settore dei contratti pubblici*

implica anche la capacità dell'impresa di stare sul mercato offrendo prodotti competitivi per soddisfare una domanda pubblica qualificata, in relazione ai sottostanti interessi della collettività (secondo la logica del contratto pubblico come strumento a plurimo impiego). La positivizzazione di tale principio è scolpita nella direttiva 2014/24/UE laddove si prevede, con riferimento alle capacità tecniche e professionali, che "le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità" (art. 58, paragrafo 4), confermando l'impostazione secondo la quale la pubblica amministrazione ha interesse ad incentivare la partecipazione alle gare di soggetti particolarmente qualificati, che garantiscano elevati standard qualitativi al fine di svolgere al meglio le prestazioni oggetto di gara. (...) La rilevanza della tutela della salute, sottesa alla previsione di livelli di competenza tecnica e standard qualitativi così elevati, in una con le caratteristiche del territorio regionale, consentono nel caso di specie l'introduzione di un requisito proporzionato alla prestazione che si intende acquisire, nonché al perseguimento dell'interesse pubblico ad essa sotteso. A tale scopo, all'Amministrazione è garantita un'ampia discrezionalità nell'individuazione dei requisiti tecnici, ancorché più severi rispetto a quelli normativamente stabiliti, purché la loro previsione sia correlata a circostanze giustificate e risulti funzionale rispetto all'interesse pubblico perseguito. In ragione di ciò, il sindacato del giudice amministrativo deve limitarsi alla verifica del rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non estraneità rispetto all'oggetto di gara (ex plurimis: Cons. Stato, sez. III, 07/07/2017, n.3352; Cons. Stato, V, 26 luglio 2017, n. 3105; Cons. Stato, Sez. V, 4 gennaio 2017, n. 9; Cons. Stato, V, 8 settembre 2008, n. 3083; VI, 23 luglio 2008, n. 3655). La giurisprudenza ha, altresì, precisato che "le clausole di un bando di gara concernenti i requisiti di capacità tecnica e dei requisiti soggettivi delle concorrenti

devono perciò essere congrue e adeguate rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto in modo che la lex specialis possa consentire la selezione dell'operatore economico più idoneo, anche in ragione della pregressa esperienza acquisita e delle competenze tecniche e gestionali maturate, allo svolgimento delle prestazioni da affidarsi" (Cons. Stato, sez. V, 03/09/2018, n. 5158)".

Il sindacato ammissibile si incentra dunque sulla proporzionalità e ragionevolezza della scelta della stazione appaltante.

5. Sotto questo profilo, le difese della parte appellante successive al richiamato pronunciamento cautelare deducono la pretesa diversità della fattispecie in esame rispetto a quella decisa con la citata sentenza n. 1076/2020, nel senso che mentre in quel caso ci sarebbe stata comunque una competizione fra (poche) imprese, nel caso di specie la legge di gara indica un requisito che in tesi solo Roche può offrire.

Osserva il Collegio che la questione, anche in questi termini, è mal posta: in disparte il profilo – che sarà esaminato più avanti – della effettività o meno dell'affermazione dell'effetto monopolistico della clausola in discussione, il punto di equilibrio del sistema non è dato, sulla base dell'argomentazione sopra richiamata, dal numero di concorrenti operanti sul mercato in grado di offrire il prodotto richiesto (uno, ovvero tre), ma dall'esistenza o meno di una ragionevole e proporzionata esigenza del committente pubblico che giustifica la domanda di un prodotto offerto solo da poche imprese (in tesi, anche da una soltanto: come nel caso esaminato dalla sentenza della Corte di Giustizia, 17 settembre 2002, in causa C-513/99).

6. Sotto questo profilo deve osservarsi che la sentenza gravata ha affermato che *“la ricorrente non ha fornito elementi concreti che dimostrino che*

le specifiche tecniche richieste dalla stazione appaltante siano ingiustificate e abbiano il solo scopo di alterare la par condicio tra concorrenti?

Deve altresì darsi conto del fatto che l'Azienda appellata ha inoltre versato in atti, in data 5 giugno 2020 (documenti da 3 a 8), documentazione scientifica che dimostra, in modo non implausibile, l'esistenza di specifiche ed evidenti ragioni di tipo sanitario connesse alle scelte contestate dall'appellante, con riferimento: alla scelta dell'impiego della matrice biologica "saliva" sull'analita del cortisolo; alla scelta dell'uso della matrice plasmatica, in via generale, e anche specificamente in merito all'analita PSA (tot e free); alla scelta dell'uso della matrice urina in merito all'analita Amilasi Pancreatica.

L'appellante, però, nelle successive difese non ha contestato tali elementi, che costituiscono invece, per quanto fin qui evidenziato, la base su cui operare lo scrutinio di proporzionalità e ragionevolezza di cui si discute.

In ogni caso, e dunque al di là del profilo della non contestazione, osserva il Collegio che la richiamata documentazione scientifica supporta in modo assolutamente plausibile le richiamate scelte aziendali, in punto di ragionevolezza delle stesse e di proporzionalità rispetto all'interesse pubblico da soddisfare, sicché la conseguente restrizione della concorrenza (peraltro anch'essa contestata dall'azienda, quanto meno nei termini che si fanno per esaminare) risulterebbe comunque giustificata dalle esigenze della commessa pubblica (nei limiti – sopra ricordati - in cui le relative scelte giurisdizionali possono essere oggetto di sindacato giurisdizionale).

7. Sempre in relazione all'elemento di bilanciamento in esame va osservato che nel ricorso in appello Beckam sostiene che *“Sarebbe stato sufficiente al riguardo prevedere che alcuni degli esami obbligatori sulle*

specifiche matrici biologiche potessero essere offerti anche su strumentazione stand alone e l'appalto in questione sarebbe stato aperto alla concorrenza'.

Nella memoria di replica depositata il 30 ottobre 2020 l'Azienda appellata ha sul punto osservato – con affermazione rimasta anch'essa incontestata - che *“quanto auspicato da controparte è indicato a pag. 5 del Capitolato addirittura lasciando la scelta (senza alcuna imposizione) di quali esami su specifiche matrici biologiche offrire su strumentazione stand alone; stand alone, si ribadisce, vuol dire strumentazione accessoria o, ancora, non connessa fisicamente alla catena di automazione”*.

8. Deduce inoltre in memoria l'Azienda appellata che *“la lex specialis ammette(va) senza alcun dubbio che, ove le strumentazioni e sistemi di automazione dei concorrenti non fossero sufficienti per soddisfare la richiesta di fornitura degli analiti obbligatori richiesti sulle determinate matrici biologiche, si potessero utilizzare diversi Kit e strumentazioni ancorché non connessi fisicamente alla catena di automazione. In tal senso, sul punto, il Capitolato tecnico (cfr. doc. 2) è chiaro laddove richiede un “sistema integrato costituito da strumenti di biochimica e immunometria ad alta automazione...” precisando, però, espressamente a pag. 5 del Capitolato stesso, che: “Per i test a minor frequenza possono essere forniti sistemi analitici non connessi fisicamente alla catena di automazione”*”.

9. Osserva inoltre il Collegio che la A.S.L. ha prodotto in giudizio l'aggiudicazione disposta il 2 ottobre 2020 in favore del RTI Roche-Diasorin.

Il dato fattuale sopra richiamato esclude uno dei presupposti della tesi di parte appellante.

Le ragioni economiche che hanno indotto le due imprese aggiudicatrici ad associarsi nella presentazione dell'offerta attengono

esclusivamente a profili di autonomia privata, irrilevanti (ed insindacabili) in questa sede.

Nondimeno il fatto storico che Roche - in tesi unica fornitrice degli analiti richiesti: e dunque (secondo questa prospettazione) produttore monopolista in grado di escludere dalla utile partecipazione alla gara ogni altro imprenditore – abbia coinvolto altra impresa nella formulazione dell'offerta dimostra che la legge di gara, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, non impediva l'ingresso (in forma associata) di altre imprese nella competizione.

Se poi la partecipazione in forma associata di Roche e Diasorin sia, come ritenuto dall'appellante, una forma di *conventio ad excludendum* finalizzata proprio ad impedire l'accesso di altri concorrenti, è questione che prospetta una pratica anticoncorrenziale rilevante su altri piani e davanti ad altre autorità, ma che non consente di avallare la pretesa ad una formulazione della legge di gara che per rimuovere tale ostacolo, in tesi riconducibile alla condotta di due imprese concorrenti, depotenzi la domanda di una prestazione funzionale ad una efficace tutela del sottostante interesse pubblico (una volta che se ne sia accertato il fondamento scientifico).

10. Sotto altro profilo Beckam replica ulteriormente, in argomento, che la competizione concorrenziale non può esplicitarsi costringendo un'impresa ad associarsi per partecipare ad una gara: ciò è vero solo in parte, nel senso che le scelte economiche dell'imprenditore sono insindacabili, ma nel caso di specie è l'appellante a dedurre una circostanza indimostrata, vale a dire la predisposizione di una legge di gara di fatto rivolta da un solo offerente.

D'altra parte, se è vero che non si può costringere l'imprenditore ad associarsi, è ancor più vero che non si può costringere la stazione appaltante a piegare la propria scelta discrezionale, in punto di qualità del prodotto richiesto, alla logica imprenditoriale di chi voglia partecipare necessariamente in forma singola.

11. Conclusivamente, deve dunque ritenersi infondato il motivo di appello proposto, in tutte le sue articolazioni: sia perché l'appellante non ha fornito la prova di una restrizione, o addirittura eliminazione, della concorrenza nei termini prospettati; sia – soprattutto- perché non ha fornito la prova di una ipotetica non rispondenza di tale effetto economico ad interessi meritevoli di tutela, con una scelta ragionevole e proporzionata alle relative esigenze (anzi, sul punto l'Azienda appellata ha fornito, come detto, la prova contraria).

La censura dell'appellante si risolve, nei suoi presupposti, in una critica alla struttura del relativo mercato: profilo che, quand'anche fondato, non potrebbe comunque, come detto, comportare come conseguenza la fondatezza della pretesa ad un ridimensionamento del potere dell'amministrazione di disegnare la legge di gara, predisposta in funzione dei ragionevoli e proporzionati obiettivi di cura dell'interesse pubblico, per correggere eventuali deficit concorrenziali del settore: posto che, come ricordato dalla sentenza di questa Sezione n. 4086/2020, *“l'interesse pubblico alla tutela della concorrenza portato dalla normativa sui contratti pubblici è funzionale comunque alla tutela dell'interesse dell'amministrazione all'acquisizione di beni o servizi destinati a soddisfare le specifiche esigenze della collettività di cui essa è attributaria, come definite nella lex specialis di gara. (...) La natura del procedimento di evidenza pubblica come sede nella quale vengono create artificialmente le condizioni di concorrenza non deve infatti far perdere di vista la*

funzione del procedimento medesimo, che è quella, pur in un contesto concorrenziale, di acquisire beni e servizi maggiormente idonei a soddisfare l'interesse pubblico specifico portato dall'amministrazione aggiudicatrice".

12. L'appellante in buona sostanza si duole che la legge di gara possa favorire il gestore uscente, nella misura in cui l'Azienda appellata ha dato rilievo all'esigenza – ragionevole - di non stravolgere un funzionale assetto organizzativo, premiando – in modo non sproporzionato - elementi dell'offerta tali da soddisfare tale esigenza senza peraltro alterare – se non nella misura fisiologica connessa al mantenimento del precedente assetto organizzativo - un'effettiva dinamica competitiva.

Peraltro, nella memoria di replica depositata il 30 ottobre 2020 l'Azienda appellata ha osservato – con affermazione rimasta anch'essa incontestata - che *“l'unico requisito (sempre di esecuzione) imprescindibilmente richiesto anche per la strumentazione accessoria è che questa risulti collegata informaticamente al LIS di laboratorio. E non esistono più allo stato, né controparte ha smentito sul punto, sistemi non predisposti ad un collegamento informatico. Esemplificando anche i KIT accessori, definiti stand alone, pur non connessi fisicamente alla catena di automazione, avrebbero potuto essere utilizzati e collegati informaticamente al LIS di laboratorio”*.

Ne consegue che le due esigenze non sono state considerate, nella contestata legge di gara, in relazione di reciproca incompatibilità: la ragionevole necessità di una operatività connessa nell'ambito di un sistema integrato non avrebbe infatti avuto l'effetto di escludere o limitare la concorrenza nel senso denunciato dalla ricorrente.

13. L'infondatezza, nel merito, del gravame, esime il Collegio dall'esame delle eccezioni in rito sollevate dalla parte appellata.

14. Sussistono le condizioni di legge, avuto riguardo alla peculiarità della fattispecie, per disporre la compensazione fra le parti delle spese del giudizio.

15. La conferma della sentenza impugnata, che ha rigettato il ricorso di primo grado proposto contro la legge di gara, determinando l'accertamento della legittimità della stessa, comporta l'esclusione di qualsivoglia effetto invalidante o caducante sugli atti e i contratti a valle, e da essa logicamente e giuridicamente dipendenti.

16. La presente sentenza è redatta ai sensi dell'art. 120, commi 9 (come modificato dall'art. 4, comma 4, lett. *a*), del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito dall'art. 1, comma 1, della legge 11 settembre 2020, n. 120) e 10, del codice del processo amministrativo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 novembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Tulumello

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO