

Publicato il 14/06/2024

N. 00724/2024 REG.PROV.COLL.
N. 01466/2023 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 Toscana

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1466 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Roche Diagnostics S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG n. 89134603E2, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Francesco Grassi in Firenze, via Giorgio La Pira n. 21;

contro

Estar Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luisa Gracili, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Azienda Usl Toscana Sud Est, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Bracci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Regione Toscana, Azienda Usl Toscana Sud Est - Dipartimento Medicina di Laboratorio e Trasfusionale, non costituite in giudizio;

nei confronti

Beckman Coulter S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Corrado Curzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Azienda Usl Toscana Centro, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Liliana Molesti e Claudio Fantoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Diasorin S.p.A., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della determinazione del Direttore di Area Farmaci, Diagnostici e Dispositivi medici di Estar – Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale della Regione Toscana n. 1429 del 08.11.2023 recante “Adesione da parte dell'Az. Usl Toscana Sud Est alla Convenzione per la fornitura in service di sistemi analitici ad elevata automazione per i Laboratori Analisi dell'Az. Usl Toscana Centro (cd. ‘Corelab Az. Usl Toscana Centro’ - determinazione dirig. ESTAR n. 535/2022 aggiudicatario R.T.I. Beckman Coulter Srl - DiaSorin Spa – C.I.G. originario n. 89134603E2)” e dei relativi Allegati (Allegato “A” - Dettaglio offerta economica ditta Beckman Coulter Srl, formato da n. 22 pagg.; - Allegato “B” – Progetto Tecnico ditta Beckman Coulter Srl, formato da n. 23 pagg.; - Allegato “C” – Relazione Dr. Ognibene, formato da n. 17 pagg.), determinazione comunicata a Roche Diagnostics S.p.A. il 09.11.2023;
- della comunicazione del 09.11.2023 inviata a Roche Diagnostics S.p.A.;
- di ogni altro atto e/o comportamento preordinato, connesso e conseguente, ivi compresi tutti gli atti istruttori posti a fondamento della predetta determinazione, anche non conosciuti, ed in specie:
 - della proposta di determina n. 2870 del 08.11.2023;
 - della nota dell'Azienda USL Toscana Sud Est del 29.05.2023 e della proposta del Direttore del Dipartimento Medicina di Laboratorio e Trasmfusionale di tale

- Azienda ad ESTAR di adesione alla gara c.d. “Corelab Az. USL Toscana Centro”;
- della nota prot. n. 35090/AF/ap del 28.06.2023 di Estar e della connessa richiesta del Direttore del Dipartimento Medicina di Laboratorio e TrASFusionale dell'Azienda USL Toscana Sud Est;
 - della relazione del Direttore del Dipartimento Medicina di Laboratorio e TrASFusionale dell'Azienda USL Toscana Sud Est del 31.08.2023 e dell'analisi dello stesso Direttore del progetto di massima formulato da Beckman Coulter S.r.l.;
 - della richiesta di ESTAR di modifica del progetto proposto da Beckman Coulter S.r.l.;
 - dell'invio della nuova proposta progettuale ed economica di Beckman Coulter S.r.l. da parte di Estar all'Azienda USL Toscana Sud Est;
 - della nota prot. n. 47032/AF/ap del 07.09.2023 di ESTAR;
 - della richiesta di adesione - RDA n. 8472 prot. n. 58918 del 20.10.2023 dell'Azienda USL Toscana Sud Est;
 - dell'istruttoria del Responsabile del Procedimento;
 - della attestazione di copertura economica dell'Azienda USL Toscana Sud Est;
 - del parere di conformità della UOC Audit e Compliance di Estar;
 - occorrendo, della deliberazione del Direttore Generale di Estar n. 510 del 14.12.2022, atti tutti richiamati nella determinazione sub a);
 - della comunicazione via e-mail del Direttore del Dipartimento Medicina di Laboratorio e TrASFusionale dell'Azienda USL Toscana Sud Est del 09.06.2023;
 - della comunicazione di Estar del 28.06.2023, in parte qua;
 - della “Analisi e commento alla proposta migliorativa della ditta Roche” del Direttore del Dipartimento Medicina di Laboratorio e TrASFusionale dell'Azienda USL Toscana Sud Est del 16.07.2023;

- dei “Commenti alla nuova proposta contenuta nella ‘Nuova Relazione Estar SUD_EST’ ed in particolare alla nuova relazione progettuale a seguito del tavolo tecnico” del Direttore del Dipartimento Medicina di Laboratorio e Trasfusionale dell'Azienda USL Toscana Sud Est del 31.08.2023;

per l'accertamento e la dichiarazione di inefficacia

del/dei contratto/contratti nelle more eventualmente stipulato/stipulati;

per l'accertamento e la dichiarazione

del danno ingiusto subito dalla Società ricorrente per effetto degli impugnati provvedimenti, da risarcirsi, in via principale, in forma specifica, ovvero, solo in subordine, per equivalente;

per la condanna

al risarcimento del danno ingiusto subito dalla Società ricorrente, in via principale, in forma specifica, ovvero, solo in subordine, per equivalente;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 3 aprile 2024:

- degli atti e dei provvedimenti già impugnati con il ricorso introduttivo.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Estar, di Azienda Usl Toscana Sud Est, di Azienda Usl Toscana Centro e di Beckman Coulter S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 maggio 2024 la dott.ssa Silvia De Felice e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Roche Diagnostics S.p.A (di seguito solo Roche), in R.T.I. con Ing. Ferrari S.p.A., è risultata aggiudicataria dei lotti nn. 1 e 2 della fornitura in service denominata “Corelab”, oggetto della gara n. 19/2016, indetta da Estar, Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale della Regione Toscana, per la fornitura di piattaforme analitiche e pre-analitiche automatizzate occorrenti,

per quanto qui interessa, ai laboratori di alcune Aziende Sanitarie toscane, tra le quali l'Azienda Toscana Sud Est.

La gara prevedeva la stipula di un contratto di durata quinquennale, con possibilità di rinnovo fino ad un massimo di ulteriori 48 mesi (cfr. doc. 2 di Estar).

Alla scadenza dei contratti, le Aziende interessate hanno manifestato la volontà di rinnovarli per altri due anni, ad eccezione dell'Azienda Toscana Sud Est, che ha invece optato per un solo anno di rinnovo.

Nel frattempo, per far fronte alle proprie esigenze, quest'ultima ha stabilito di aderire alla Convenzione per la fornitura in service di sistemi analitici ad elevata automazione (CORELAB) per i laboratori analisi dell'Azienda Toscana Centro, aggiudicata a seguito di altra procedura di gara al R.T.I. Beckman - Diasorin, per la durata di 48 mesi.

2. La ricorrente è insorta avverso le determinazioni assunte da Estar e dall'Azienda Toscana Sud Est evidenziando, preliminarmente, di avere un duplice interesse alla proposizione del ricorso.

Da un lato, essa intende infatti censurare l'atipico confronto concorrenziale posto in essere dall'Amministrazione tra la propria offerta, ai fini di un eventuale rinnovo, e quella del R.T.I. Beckman - Diasorin, ai fini dell'adesione alla Convenzione già sottoscritta con l'Azienda Toscana Centro. La propria proposta progettuale, infatti, sarebbe stata illegittimamente penalizzata rispetto a quella della Società concorrente, caratterizzata da svariate criticità.

Dall'altro lato, essa fa valere il proprio interesse - strumentale - all'annullamento del provvedimento di adesione e allo svolgimento di una nuova gara pubblica per l'acquisto dei beni e dei servizi di cui si tratta, stante l'asserita insussistenza dei presupposti per una legittima estensione della Convenzione stipulata dalla sola Azienda Toscana Centro anche a favore dell'Azienda Toscana Sud Est.

3. Con ordinanza collegiale n. 227/2024 è stata accolta, con prescrizioni, l'istanza di accesso presentata dalla ricorrente in via incidentale, ai sensi

dell'art. 116, comma 2 c.p.a., avente ad oggetto l'offerta tecnica presentata da Beckman nella gara indetta per l'Azienda Toscana Centro, ritenuta indispensabile per accertare il puntuale rispetto delle condizioni ivi previste in fase di adesione da parte dell'Azienda Toscana Sud Est e la conseguente legittimità di tale procedura.

4. Ottenuta la documentazione suddetta, la ricorrente ha proposto ricorso per motivi aggiunti, formulando ulteriori censure avverso gli atti già impugnati con il ricorso introduttivo.

5. Si sono costituite Estar, le Aziende Toscana Centro e Toscana Sud Est e la controinteressata Beckman.

Le stesse, in via preliminare, hanno eccepito l'irricevibilità e l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione - con specifico riguardo alla parte in cui si contesta il mancato rinnovo del contratto stipulato da Roche - e per carenza di un interesse qualificato al rinnovo del contratto

Nel merito, le parti resistenti hanno evidenziato l'infondatezza delle doglianze e chiesto il rigetto del ricorso.

6. All'udienza pubblica del 22 maggio 2024, sentite le parti come da verbale, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. L'infondatezza delle censure formulate nel ricorso introduttivo e nel ricorso per motivi aggiunti, per le ragioni che verranno di seguito illustrate, consente al Collegio di tralasciare l'esame delle eccezioni preliminari sollevate dalle parti resistenti, fatte salve le brevi considerazioni in punto di giurisdizione che saranno svolte al paragrafo seguente.

2. Con la prima censura del ricorso introduttivo e con la seconda censura del ricorso per motivi aggiunti la ricorrente lamenta che Estar avrebbe posto in essere un atipico confronto concorrenziale tra la propria offerta, ai fini di un eventuale rinnovo, e quella del R.T.I. Beckman - Diasorin, ai fini dell'adesione alla Convenzione già sottoscritta a favore dell'Azienda Toscana Centro, e che nell'ambito di tale confronto, l'offerta della controinteressata sarebbe stata

ingiustamente preferita alla propria; i giudizi e le valutazioni espresse da Estar sarebbero invero erronei e irragionevoli, sotto innumerevoli profili.

Va preliminarmente evidenziato che la peculiare formulazione della censura - con cui si mira, non tanto a contestare il mancato rinnovo biennale del contratto stipulato dalla ricorrente con l'Azienda Toscana Sud Est, quanto piuttosto la legittimità del confronto posto in essere da Estar tra le offerte di Roche e di Beckman - consente di ritenere sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo. L'oggetto del contendere attiene infatti all'esercizio di poteri autoritativi da parte dell'Amministrazione per la scelta del contraente al quale affidare l'appalto di cui si discute.

Ciò precisato, le suddette censure, che si possono esaminare nel merito, sono infondate.

Ed infatti, va prima di tutto evidenziato che nella fattispecie manca proprio la procedura concorrenziale atipica cui fa riferimento la ricorrente e sulla quale essa fonda le singole ragioni di doglianza.

A ben vedere l'Amministrazione, nel legittimo esercizio dei propri poteri discrezionali, una volta scaduto il contratto in essere con la ricorrente, non ha fatto altro che valutare due differenti soluzioni negoziali - ossia il rinnovo a favore di Roche o l'adesione al contratto stipulato con Beckman dall'Azienda Toscana Centro - previste ed ammesse dall'ordinamento e dalle stesse convenzioni stipulate con le citate Società; l'Amministrazione, quindi, attraverso una approfondita attività istruttoria, ha semplicemente soppesato le due alternative e individuato la soluzione maggiormente rispondente alle esigenze specifiche dell'Azienda Toscana Sud Est.

I progetti tecnici delle due Società, pertanto, sono stati valutati nel loro complesso, in modo globale, per individuarne la minore o maggiore rispondenza alle nuove e specifiche esigenze organizzative evidenziate dall'Azienda, senza tuttavia dar luogo ad un confronto assimilabile a quello che avviene nell'ambito di una gara, fondato su criteri valutazionali uniformi e

predeterminati, riconducibili a caratteristiche specifiche del servizio e della fornitura da aggiudicare.

D'altra parte, le differenze dei progetti di Roche e Beckman - offerti dai due operatori economici nell'ambito di procedure di gara diverse - e la mancanza di parametri uniformi da mettere a diretto confronto avrebbero reso oggettivamente impossibile l'effettuazione di una comparazione di tal genere, punto per punto.

Una volta esclusa la configurabilità di un confronto concorrenziale tra le offerte di Roche e di Beckman, non possono che ritenersi inammissibili le singole contestazioni mosse dalla ricorrente con la prima censura del ricorso introduttivo e con la seconda censura del ricorso per motivi aggiunti, relative ai giudizi di tipo comparativo che, a suo dire, Estar avrebbe espresso in relazione ai singoli elementi tecnici dei due progetti, in realtà insussistenti.

A quanto precede si aggiunga che attraverso le proprie contestazioni la ricorrente tenta, del tutto inammissibilmente, di sostituire il proprio giudizio tecnico a quello dell'Amministrazione, cui sola compete la scelta della soluzione tecnica e negoziale più confacente alle proprie esigenze. E comunque, le valutazioni dell'Amministrazione - svolte all'esito di un'attività istruttoria completa ed articolata e confluite in un provvedimento finale ampiamente motivato - non presentano profili di manifesta illogicità o erroneità, gli unici a poter essere eventualmente sindacati in questa sede.

3. E' ora possibile passare all'esame della seconda censura del ricorso introduttivo e della prima censura del ricorso per motivi aggiunti, con le quali la ricorrente lamenta l'illegittimità dell'adesione dell'Azienda Toscana Sud Est alla Convenzione stipulata dall'Azienda Toscana Centro per carenza dei presupposti che, secondo la giurisprudenza, legittimano l'utilizzo di questo peculiare strumento negoziale, senza dover dare avvio ad una nuova procedura di gara.

Secondo Roche, in particolare, non sarebbe stata assicurata l'invarianza delle condizioni tecniche ed economiche previste nella Convenzione originaria,

giacché sarebbero state apportate innumerevoli modifiche al progetto tecnico offerto, per adattarlo alle esigenze specifiche dell'Azienda Toscana Sud Est, e sarebbero state altresì modificate le condizioni economiche della fornitura.

Il nuovo rapporto contrattuale, instauratosi a seguito di una sostanziale rinegoziazione, comporterebbe pertanto una modifica oggettiva e rilevante dell'originaria offerta tecnica ed economica e, quindi, un illegittimo affidamento diretto, al di fuori dei casi tassativi previsti dall'art. 63 d.lgs. 50/2016, applicabile *ratione temporis*.

Anche queste censure, che si possono esaminare congiuntamente, sono infondate.

3.1. Va prioritariamente rammentato che “il meccanismo di affidamento incentrato sull'applicazione della cd. clausola di adesione non costituisce oggetto di una disciplina legislativa espressa, in particolare di fonte statale (attesa l'inerenza della materia alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, ex art. 117, comma 2, lett. e) Cost.), che ne sancisca l'ammissibilità e ne preveda presupposti e limiti applicativi.

La legittimità della figura, insieme alla sua compatibilità con la normativa nazionale ed euro-unitaria in materia di tutela della concorrenza, è stata infatti affermata dalla giurisprudenza in un'ottica interpretativa di carattere non strettamente letterale, rinvenendone cioè 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. (il quale trova una delle sue manifestazioni-cardine nell'istituto della centrale di committenza) (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, n. 442 del 4 febbraio 2016), ovvero assimilandola tout court alla fattispecie dell'accordo-quadro (sebbene rinviando pregiudizialmente alla Corte di Giustizia la questione di compatibilità con l'ordinamento europeo dei profili di difformità dell'istituto, così come concretamente applicato, rispetto allo schema-tipo) (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 1690 dell'11 aprile 2017).

Al di là delle questioni di inquadramento, l'assenza di una normativa espressamente rivolta a disciplinare la cd. clausola di adesione ha posto, all'Amministrazione, il compito di modularne l'applicazione in vista, prioritariamente, del rispetto dei canoni inderogabili di trasparenza, pubblicità e salvaguardia della concorrenza, ed al giudice, quello di verificare la coerenza tra le soluzioni concretamente adottate e le suindicate finalità.

A tale scopo, il criterio orientativo di base, elaborato dalla giurisprudenza, vuole che una clausola estensiva "in tanto possa essere ammessa, in quanto soddisfi i requisiti, in primis di determinatezza, prescritti per i soggetti e l'oggetto della procedura cui essa accede" (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 663 dell'11 febbraio 2014): infatti, "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 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" (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, n. 442/2016, cit.)" (cfr. per tutte Cons. Stato, sez. III, 15 febbraio 2018, n. 982).

Occorre dunque capire se nel caso di specie siano rispettate le suddette condizioni.

3.2. In via del tutto preliminare è utile evidenziare che si discute oggi dell'adesione da parte dell'Azienda Toscana Sud Est, mediante la stipula di apposito contratto attuativo, ad una Convenzione stipulata per l'acquisizione in service di sistemi analitici per i laboratori di analisi dell'Azienda Toscana Centro.

Tale Convenzione, per le sue oggettive caratteristiche, è sostanzialmente assimilabile ad un Accordo Quadro.

La stessa infatti si caratterizza per l'elasticità di alcune sue previsioni, da definire mediante la sottoscrizione di appositi contratti attuativi, e per la possibilità, espressamente prevista, di estenderne le condizioni anche ad altre Aziende ed Enti del Sistema Sanitario Regionale.

Più nel dettaglio, l'art. 3 del capitolato normativo precisava che "... La stipula della Convenzione non è fonte di alcuna obbligazione per ESTAR o per le Aziende nei confronti del Fornitore, costituendo la medesima convenzione unicamente la regolamentazione per l'adesione ai Contratti Attuativi".

L'art. 4.03, inoltre, prevedeva espressamente che "ESTAR si riserva la facoltà di estendere le condizioni contrattuali della presente Convenzione ad Enti eventualmente previsti in normative o disposizioni della Regione Toscana, che per disposizione di legge e/o a seguito di stipula di apposita Convenzione si avvalgano di ESTAR per l'approvvigionamento di forniture e servizi. ESTAR procederà alla verifica della capienza economica dell'importo massimo disponibile per l'adesione/integrazione ed ai correlati adempimenti di legge tra i quali richiedere la presentazione della cauzione, nei termini previsti dall'art. 103 del D. Lgs .50/2016 calcolata sull'importo contrattuale della eventuale adesione. Gli effettivi importi da fornire, pertanto, sono determinati fino alla concorrenza del predetto quadro economico, in base ai contratti attuativi delle Amministrazioni Contraenti che utilizzano la Convenzione" (cfr. doc. 16 di Estar).

L'art. 5 del medesimo capitolato precisava poi che la stima del quadro economico e della base d'asta è stata effettuata tenendo conto sia dei fabbisogni comunicati dall'Azienda Toscana Centro, sia delle eventuali adesioni.

L'art. 6.01 ulteriormente chiariva che "La Convenzione viene stipulata da ESTAR quale centrale di committenza di Regione Toscana di cui all'art. del D.Lgs. 50/2016 e dell'art. 1, comma 455, della L. 27/12/2006, n. 296, nonché

dall'art. 101, comma 1 bis della LGRT n. 40/2005 e successive Leggi Regionali n. 26/2014 e n.86/2014. Per tale ragione i destinatari sono le Aziende Sanitarie ed Ospedaliere del servizio sanitario della Regione Toscana, la Fondazione Toscana Gabriele Monasterio (FTGM), l'ISPRO, Enti, Amministrazioni, Strutture della Regione Toscana, altre Pubbliche Amministrazioni che insistono sul territorio regionale e altri Enti, qualora se ne presentasse la necessità, anche in relazione a cambiamenti organizzativi decisi dalla Regione e in riferimento anche ad altre necessità che si presentassero da altri Enti, con i quali ESTAR abbia stipulato appositi accordi. I primi contratti attuativi saranno prioritariamente stipulati con le Amministrazioni Contraenti che hanno fatto pervenire i propri fabbisogni (presunti), riportati negli allegati tecnici al presente capitolato normativo. Anche le estensioni/integrazioni/adesioni dei singoli contratti attuativi sono consentite, durante il periodo di vigenza della Convenzione, da parte di ciascuna Azienda/Ente interessati sempre entro il limite massimo dell'importo previsto dalla Convenzione per il lotto/i di riferimento”.

L'art. 6.03 prevedeva, ancora, che “In nessun caso potranno essere emessi ordinativi concernenti forniture che comportino modifiche sostanziali all'oggetto della Convenzione”.

Agli artt. 16.01 e 23.01 del capitolato normativo si stabiliva infine che “Le Aziende Sanitarie ed Ospedaliere Universitarie effettueranno direttamente gli ordini delle apparecchiature” indicate nel capitolato tecnico, consistenti – in estrema sintesi – nei sistemi così detti “preanalitici” per il carico delle provette, nei sistemi di automazione per la connessione di tutte le fasi del processo cui sono sottoposte le provette (check in, centrifugazione, stappatura, ritappatura etc.) e nei sistemi analitici, deputati all'esecuzione dei vari test di laboratorio (cfr. doc. 24 Toscana Sud Est). Ogni Ente, pertanto, tra quelle offerte, può individuare le apparecchiature compatibili con le dimensioni e la conformazione dei propri laboratori e necessarie allo svolgimento delle proprie attività di analisi.

Previsioni corrispondenti a quelle appena illustrate sono riportate nella Convenzione stipulata da Estar e dal R.T.I. Diasorin - Beckman (cfr. doc. 23 di Toscana Sud Est).

In conclusione, nella legge di gara sono state predeterminate le Amministrazioni che avrebbero potuto avvalersi della Convenzione originaria, anche mediante adesione, l'oggetto della procedura e l'importo massimo complessivo della commessa.

Sotto questi primi profili, pertanto, può affermarsi che l'adesione da parte dell'Azienda Toscana Sud Est è avvenuta nel rispetto dei generali principi di concorrenza, *par condicio* e trasparenza, poiché l'affidamento della fornitura disposto a suo favore, seppur previsto solo in via eventuale, è stato regolarmente sottoposto, a monte, al necessario confronto tra gli operatori economici di settore.

Va anche evidenziato che nella determina con cui è stata disposta l'adesione di cui oggi si controverte, sul punto mai contestata, si legge che "... la fornitura inizialmente aggiudicata per l'Az. USL Toscana Centro (Determinazione Dirig. ESTAR n. 535/2022) prevede una prima attivazione della durata di 60 mesi (a partire dal 15/11/2022 fino al 30/10/2027), con possibilità di rinnovo di 24 mesi e proroga per ulteriori 6 mesi, ed un Quadro Economico stimato per l'importo massimo di € 150.000.000,00 I.V.A. esclusa (C.I.G. originario n. 89134603E2) che allo stato attuale risulta dotato della capienza necessaria per assorbire l'adesione richiesta dall'Az. USL Toscana Sud Est" (cfr. doc. 1 di Estar).

Risulta dunque concretamente rispettato l'importo massimo presunto dell'appalto messo a gara.

3.2. Occorre a questo punto chiedersi se in fase di adesione sia stata assicurata anche l'invarianza dell'oggetto della gara originaria o se, al contrario, siano state introdotte modifiche sostanziali alla Convenzione.

Nello svolgere tale indagine va rammentato che il concetto di "modifica sostanziale" ha carattere relativo e deve essere perciò rapportato allo specifico

oggetto e alle complessive condizioni del contratto originario; laddove infatti – come nel caso di specie – lo stesso non contenga un programma regolatorio predeterminato, rigido e completo in ogni suo aspetto ma, al contrario, contempi espressamente la possibilità/necessità di adattare, in fase di sottoscrizione dei singoli contratti attuativi, ogni singola fornitura alle caratteristiche e alle esigenze delle singole Amministrazioni aderenti, non si potrà parlare di modifica sostanziale a fronte di variazioni parziali e di dettaglio, ma solo in caso di un significativo, sostanziale mutamento dell'originario contenuto del contratto (cfr. arg. ex Cons. Stato, n. 982/2018 cit.).

Ebbene, alla luce di tali indicazioni e delle più puntuali considerazioni che saranno svolte di seguito, si deve escludere che nella fattispecie siano state apportate modifiche sostanziali alla Convenzione originaria, essendosi offerta, piuttosto, una differente configurazione delle apparecchiature già oggetto della fornitura prevista per l'Azienda Toscana Centro, per adattarle alle specifiche esigenze spaziali e funzionali dei laboratori afferenti all'Azienda Toscana Sud Est.

3.2.1. Nel dettaglio, la prima discrepanza evidenziata dalla ricorrente consisterebbe nella miglioria economica offerta da Beckman, che in occasione dell'adesione da parte dell'Azienda Toscana Sud Est ha ridotto il corrispettivo previsto nella Convenzione originaria per il servizio di assistenza tecnica relativo ai sistemi di automazione Dx A 5000 Input Module offerti per i laboratori "hub" (ossia, in breve, quelli di maggiori dimensioni), da euro 48.000/anno a euro 28.000/anno. Secondo la ricorrente ciò avrebbe comportato, in sede di adesione, una variazione delle condizioni economiche previste nella Convenzione originaria.

La tesi non convince.

La modifica sopra indicata, infatti, incide direttamente sulla Convenzione originaria e viene poi estesa all'Azienda aderente (e a tutte quelle che dovessero farlo in futuro), proprio per garantire l'uniformità e l'invarianza

delle condizioni contrattuali praticate ad entrambe le strutture. La stessa, quindi, non comporta l'unilaterale alterazione delle condizioni praticate all'Azienda aderente, ma una minimale e assolutamente parziale rinegoziazione di una clausola della Convenzione originaria.

3.2.2. La seconda discrepanza, secondo la ricorrente, sarebbe rinvenibile nel fatto che per i laboratori "spoke" (ossia quelli periferici, di minori dimensioni) dell'Azienda Toscana Centro sarebbe stato offerto il sistema di preanalitica/automazione denominato "DxA 5000", mentre per i corrispondenti laboratori dell'Azienda Toscana Sud Est sarebbe stata prevista la fornitura di un differente sistema denominato "DXA 5000 Fit", caratterizzato dalla presenza di un unico modulo "input/output" - deputato a consentire l'introduzione e l'estrazione delle provette da esaminare tramite il sistema - anziché dalla presenza di due distinti moduli, "input" e "output".

Le suddette circostanze, tuttavia, non denotano l'esistenza di una modifica sostanziale rispetto alle originarie condizioni di fornitura e la conseguente illegittimità dell'adesione.

Infatti, come precisato nella parte che precede, la Convenzione stipulata da Beckman con l'Azienda Toscana Centro ha ad oggetto più apparecchiature, da combinare tra loro, in modo da creare un unico sistema di analisi automatizzato. E' stato quindi offerto un sistema diagnostico composto da più moduli così detti preanalitici, di ingresso e uscita, in cui le provette con il campione biologico da sottoporre ad esame entrano per iniziare il percorso e da cui escono al termine dello stesso; da analizzatori; e da connessioni che consentono il collegamento tra il modulo di preanalitica e gli analizzatori, su cui le provette con il liquido biologico transitano per giungere agli strumenti destinati all'analisi del campione biologico.

Si tratta dunque, in estrema sintesi, di un sistema composto da moduli distinti - dotati di funzioni differenti e collegabili tra loro - che può (e deve) essere adattato alle specifiche esigenze diagnostiche dei vari laboratori e agli spazi

fisici in cui va materialmente collocato, in perfetta aderenza a quanto espressamente previsto nella gara indetta da Estar e nella Convenzione stessa. Il numero e le caratteristiche dei singoli moduli utilizzati possono quindi variare, senza tuttavia dar vita ad un sistema diagnostico differente. E il prezzo delle singole configurazioni dipenderà dal numero e dal tipo di moduli utilizzati in ogni specifico contesto.

La modifica evidenziata dalla ricorrente attiene, nello specifico, al sistema di preanalitica offerto da Beckman che, a sua volta, risulta composto da più elementi, suscettibili di differenti combinazioni, per consentirne il miglior adattamento possibile alle esigenze dei singoli laboratori.

Al capitolo 1 delle relative Istruzioni d'Uso si legge, in particolare, che “Il sistema DxA 5000 è un sistema di manipolazione dei campioni automatizzato, modulare e a elevata produttività in grado di eseguire l'elaborazione pre e post-analisi delle provette campione. A seconda dei moduli utilizzati nella specifica configurazione, la produttività, le funzioni e gli analizzatori collegati variano” (cfr. doc. 41 di Roche).

Il fatto che nella configurazione DXA 5000 Fit sia previsto il modulo preanalitico “input/output” e che in quella base DXA 5000 siano invece previsti due moduli distinti, con separata funzione di “input” e di “output”, non basta a determinare una modifica sostanziale dell'oggetto della Convenzione originaria e a renderne perciò illegittima l'estensione a favore dell'Azienda Toscana Sud Est. Si tratta infatti di una modifica parziale, quasi inevitabile per il sistema di tipo modulare offerto, che non muta l'oggetto sostanziale della Convenzione originaria, che era e rimane un sistema analitico automatizzato, composto dai medesimi strumenti di analisi e dal medesimo sistema di preanalitica e automazione della famiglia DXA 5000, seppure in una particolare configurazione. E difatti, a pag. 65 delle Istruzioni d'Uso si descrive il modulo “input/output” e si precisa espressamente che lo stesso ha una doppia funzionalità “che, nel contesto della configurazione del sistema

DxA 5000 Fit, svolge sia le funzioni del modulo di input, sia quelle del modulo di output”.

Analoghe considerazioni valgono anche per le ulteriori differenze evidenziate dalla ricorrente tra il sistema DXA 5000 e il sistema DXA 5000 Fit, quali la possibilità di aggiungere una sola centrifuga, anziché due, o l'impossibilità di collegare un ritappatore di provette o un sistema di stoccaggio automatico dei campioni in linea. Si tratta, anche in questo caso, di modifiche minime e parziali, derivanti, in ultima analisi, dalla minore dimensione del sistema nella configurazione “Fit” e dal minor carico di lavoro che lo stesso è chiamato a sostenere.

L'unicità del sistema è peraltro dimostrata dal fatto stesso che esiste un solo manuale d'uso, a prescindere dal tipo di configurazione prescelta (cfr. doc. 41 di Roche cit.), e un'unica dichiarazione di conformità riferita al “sistema di automazione DXA”, nelle due diverse configurazioni DXA 5000 e DXA 5000 Fit (cfr. doc. 15 di Beckman).

3.2.3. La terza discrepanza evidenziata dalla ricorrente consisterebbe nel fatto che, a seguito dell'aggiudicazione, Beckman avrebbe fornito all'Azienda Toscana Centro l'aggiornamento tecnologico degli analizzatori di immunometria DxI 800 (immessi sul mercato nel 2003) con il nuovo sistema DxI9000, mentre ciò non sarebbe previsto nel progetto predisposto a favore dell'Azienda Toscana Sud Est.

La censura, oltre ad essere formulata in termini assai generici e priva di riscontri oggettivi, non è fondata.

Infatti, l'analizzatore offerto rimane il medesimo.

La scelta tra il modello base e quello aggiornato non determina una variazione sostanziale della Convenzione originaria, nell'accezione delineata nei paragrafi precedenti, ma un mero adattamento della fornitura, ammissibile e fisiologico in sede di adesione; la stessa, inoltre, dipende esclusivamente dalle specifiche esigenze organizzative cui l'Azienda Toscana Sud Est deve far fronte e si fonda perciò su una valutazione di tipo tecnico discrezionale rimessa in via

esclusiva all'Amministrazione, rispetto alla quale la ricorrente non ha evidenziato palesi illogicità.

3.2.4. La quarta criticità evidenziata dalla ricorrente riguarda, da un lato, l'offerta di una connessione con gli strumenti per l'analisi della coagulazione dell'attuale fornitore, che non sarebbe in realtà possibile; e dall'altro, l'offerta di una connessione con gli strumenti di ematologia della stessa Beckman, non prevista nella Convenzione a favore dell'Azienda Toscana Centro.

Tali soluzioni, pertanto, determinerebbero l'inadeguatezza dell'offerta tecnica formulata a favore dell'Azienda Toscana Sud Est e l'illegittima modificazione della Convenzione originaria.

Anche questa doglianza è formulata in termini generici, priva di riscontri oggettivi significativi e comunque infondata.

Ed invero, per quanto attiene la presunta inadeguatezza del progetto predisposto da Beckman rispetto alle reali esigenze dei laboratori di analisi dell'Azienda Toscana Sud Est, occorre ancora una volta rammentare che la stessa può essere rilevata dalla sola Amministrazione, in base a valutazioni di natura tecnico-discrezionale che possono essere sindacate dinanzi al giudice amministrativo solo se palesemente errate o illogiche. Circostanze che, tuttavia, non si ravvisano nel caso in esame.

Beckman si è in verità limitata ad assicurare la possibilità di collegamento del proprio sistema analitico con il sistema di analisi per la coagulazione dell'attuale fornitore dell'Azienda Toscana Sud Est. Non vi sono ragioni per ritenere che ciò non sia possibile, adottando soluzioni ed accorgimenti tecnici che ad oggi possono avere la più svariata natura. Si tratta peraltro di profili che potranno, al massimo, venire in rilievo nella fase esecutiva del contratto.

Pure il collegamento con gli strumenti di ematologia di Beckman rappresenta una mera possibilità, evidenziata dalla Società nella predisposizione del progetto, anche in considerazione del fatto che la stessa attualmente fornisce all'Azienda Toscana Sud Est questa tipologia di strumentazione.

Le suddette caratteristiche, in ogni caso, non rappresentano una modifica sostanziale della gara originaria, nella quale già si prevedeva la possibilità di collegamento con i sistemi di coagulazione e di ematologia (cfr. doc. 24 Toscana Sud Est).

3.2.5. In conclusione, si deve escludere che in fase di adesione siano state introdotte modifiche sostanziali rispetto alla Convenzione originaria e possono perciò dirsi rispettate tutte le condizioni che rendono legittima l'adesione dell'Azienda Toscana Sud Est.

4. Alla luce delle considerazioni che precedono, il ricorso introduttivo e il ricorso per motivi aggiunti sono infondati e vanno rigettati.

5. Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sul ricorso per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge per le ragioni evidenziate in motivazione.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di lite a favore di Estar, di Azienda Usl Toscana Sud Est, di Azienda Usl Toscana Centro e di Beckman Coulter S.r.l., liquidandole in euro 4.000,00 oltre oneri accessori come per legge a favore di ciascuna delle ridette parti.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Antonio Andolfi, Consigliere

Silvia De Felice, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Silvia De Felice

IL PRESIDENTE
Eleonora Di Santo

IL SEGRETARIO