

N. 00385/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 00999/2010 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 della Campania**

**sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 999 del 2010, proposto da:  
società Instrumentation Laboratory s.p.a., in persona del legale  
rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Piero Fidanza,  
con domicilio eletto in Salerno, via Arce n. 40, presso l'avv.  
Gianpiero Cipolletta;

***contro***

A.S.L. 112 - Salerno 2, in persona del Direttore Generale p.t.,  
rappresentato e difeso dagli avv. Antonio Di Filippi, Valerio Casilli,  
Gennaro Sasso ed Emma Tortora, con domicilio eletto in Salerno, via  
Nizza n. 146;

***nei confronti di***

Roche Diagnostics s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentato e difeso dagli avv. Maria Alessandra Bazzani, Angela

Ferrara e Jacopo Recla, con domicilio eletto in Salerno, via A. Nifo n. 2;

*per l'annullamento*

della deliberazione del Commissario Straordinario della ASL Salerno n. 797 del 7.5.2010, avente ad oggetto “fornitura triennale in noleggio di strumenti con fornitura di reagenti e materiali di consumo per laboratori analisi e di biologia molecolare, centri trasfusionali ed anatomia patologica della ASL Salerno 2. Delibera di aggiudicazione - disciolta ASL SA2 n. 231 del 21.3.2008 - lotto n. 4 “coagulazione e fibrinolisi” – ditta Roche Diagnostics s.p.a.”, con la quale l’ASL ha deliberato di “prendere atto della proposta della Roche Diagnostics s.p.a. relativa all’affiancamento di un nuovo prodotto di cui al lotto n. 4 e di procedere affiancando al reattivo STA Tromboplastina ricombinante il reattivo Innovin Tromboplastina ricombinante”, nonché per la condanna dell’amministrazione intimata al risarcimento del danno, in forma specifica o per equivalente

Visto il ricorso ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della A.S.L. 112 - Salerno 2 e della società Roche Diagnostics s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 febbraio 2011 il dott. Ezio Fedullo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato preliminarmente che, ai sensi dell'art. 120, comma 10, cod. proc. amm., nella materia cui inerisce la presente controversia “la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all'art. 74” (concernente le “sentenze in forma semplificata”);

Ritenuta l'inammissibilità delle doglianze volte a contestare la legittimità della delibera n. 797 del 7.5.2010, con la quale l'Azienda intimata ha disposto di affiancare il reagente Innovin Tromboplastina ricombinante al prodotto STA Tromboplastina ricombinante, oggetto dell'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata società Roche Diagnostics s.p.a., all'esito della gara relativa alla “fornitura in noleggio per un periodo di tre anni di strumenti con fornitura di reagenti e materiali di consumo per i laboratori di analisi e biologia molecolare, centri trasfusionali ed anatomia patologica” della A.S.L. intimata;

Evidenziato infatti che, ove la domanda di annullamento proposta con il ricorso in esame avverso la delibera suindicata venisse accolto, nessun effetto concretamente vantaggioso si produrrebbe in favore della parte ricorrente, derivandone esclusivamente il ripristino delle originarie condizioni della fornitura, anche quanto alla tipologia di prodotti che ne costituiscono oggetto, da parte della aggiudicataria società Roche Diagnostics s.p.a.;

Considerato, in proposito, che la contestazione della rispondenza del prodotto STA Tromboplastina ricombinante alle prescrizioni di gara, alla normativa tecnica e di sicurezza nonché alle esigenze manifestate

dalla stazione appaltante mediante l'indizione del procedimento selettivo avrebbe dovuto essere attuata mediante l'impugnazione dell'atto conclusivo della gara medesima, ovvero del provvedimento di aggiudicazione della fornitura in favore della società Roche Diagnostics s.p.a. (laddove non risulta, sulla scorta del ricorso n. 890/2008 proposto dalla società ricorrente avverso l'atto suindicato, e respinto con sentenza di questo Tribunale n. 10086/2010, che la questione inerente alla idoneità tecnica del menzionato reagente sia stata ritualmente sollevata), o, in alternativa, mediante l'impugnazione dell'esito negativo del procedimento di revoca in autotutela del medesimo provvedimento di aggiudicazione, attivato dalla stessa parte promotrice del ricorso in esame (cfr. nota prot. n. 7192 del 3.11.2009, a firma del Dirigente della Struttura Provveditorato ed Economato della A.S.L. intimata, depositato agli atti del giudizio in data 30.6.2010);

Ritenuto che nemmeno sia tutelabile l'aspettativa della parte ricorrente alla costituzione dei presupposti (per effetto dell'eventuale annullamento della delibera impugnata) per la rinnovazione della gara (previo eventuale ritiro in autotutela del provvedimento di aggiudicazione della fornitura in favore della società Roche Diagnostics s.p.a.), sulla scorta della asserita non rispondenza del reagente STA Tromboplastina ricombinante alle esigenze di tutela e di sicurezza degli utilizzatori;

Evidenziato infatti, sulla scorta della documentazione versata in

giudizio, che il rischio (di cancerogenicità) connesso all'impiego del suddetto reagente è adeguatamente prevenibile mediante l'adozione delle opportune precauzioni di uso (cfr. la relazione prot. n. 412 del 18.11.2008 del Dirigente del Servizio di Prevenzione e Protezione dell'ASL 2, depositata in data 30.6.2010);

Ritenuto quindi, in tale contesto ricostruttivo, che l'affiancamento del reagente Innovin Tromboplastina ricombinante al prodotto STA Tromboplastina ricombinante (munito, peraltro, delle necessarie certificazioni ed autorizzazioni alla commercializzazione), proposto dalla società aggiudicataria ed approvato dall'amministrazione intimata, attenga alle valutazioni discrezionali di quest'ultima, volte a favorire l'impiego di prodotti che non necessitino dell'osservanza di particolari modalità operative al fine di eliminare i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori, in un'ottica di rafforzata protezione di tali beni, senza che sia predicabile, in capo alla medesima stazione appaltante, un obbligo, giuridicamente azionabile mediante l'imposizione alla stessa della rinnovazione della gara, di sostituzione del prodotto originariamente offerto dalla società Roche Diagnostics s.p.a.;

Ritenuto che, in ogni caso, la sostituzione del prodotto originario con il reagente Innovin Tromboplastina ricombinante, ammesso che in tale attività si risolva quella assentita (mediante l'impiego del termine "sfiancamento") con la deliberazione impugnata, sia riconducibile, anche solo analogicamente, allo *ius variandi* contemplato dal non

impugnato art. 11 del capitolato speciale di gara, rubricato “riserva di sostituzione e/o aggiornamento tecnologico”, ai sensi del quale “qualora, durante il periodo di validità della fornitura, la ditta aggiudicataria dovesse porre in commercio nuove apparecchiature o nuovi reattivi, da considerarsi aggiornamento tecnologici, analoghi a quelli oggetto della fornitura ma che presentino migliori o uguali caratteristiche di rendimento e funzionalità, la stessa potrà proporre alla ASL la sostituzione, ferme restando le condizioni economiche stabilite nella gara, sia delle apparecchiature che dei reattivi”;

Rilevato che nella stessa direzione interpretativa milita il disposto di cui all’art. 235, comma 1, d.lgs 9 aprile 2008, n. 81, ai sensi del quale “il datore di lavoro evita o riduce l’utilizzazione di un agente cancerogeno o mutageno sul luogo di lavoro in particolare sostituendolo, se tecnicamente possibile, con una sostanza o un preparato o un procedimento che nelle condizioni in cui viene utilizzato non risulta nocivo o risulta meno nocivo per la salute e la sicurezza dei lavoratori”;

Ritenuto infatti che, in considerazione del carattere circoscritto della *mutatio* (sia quanto alla sua incidenza complessiva sull’oggetto della fornitura, sia quanto alla differenza qualitativa con il prodotto originariamente offerto: cfr. sul punto la nota del referente aziendale prot. n. 333 del 3.3.2010, con la quale si attesta che il prodotto proposto in affiancamento garantisce le stesse caratteristiche tecniche e qualitative del prodotto oggetto di aggiudicazione), l’introduzione

del prodotto offerto in “affiancamento” dalla società aggiudicataria sia legittimato dalla disposizione suindicata della *lex specialis*, senza imporre, dal punto di vista delle esigenze di trasparenza, non discriminazione ed imparzialità sottese alla disciplina di legge regolatrice delle procedure di evidenza pubblica, l’indizione di un nuovo procedimento concorsuale;

Ritenuta l’infondatezza delle censure mosse avverso gli atti che hanno positivamente concluso il procedimento di collaudo, incentrate sulla dedotta dannosità per la salute dei lavoratori del reagente STA Tromboplastina ricombinante, essendo il collaudo medesimo funzionale a verificare la conformità dei prodotti forniti a quelli oggetto di aggiudicazione (cfr. art. 120 cod. contratti pubblici: “per i contratti relativi a servizi e forniture il regolamento determina le modalità di verifica della conformità delle prestazioni eseguite a quelle pattuite”), conformità che è stata accertata con la nota del 18.9.2009 del Responsabile Laboratorio Analisi del P.O. di Eboli e che nella specie non risulta contestata, tenuto anche conto che la scheda tecnica del suddetto reagente, recante l’indicazione del rischio di cancerogenicità, era stata presentata dalla società aggiudicataria nell’ambito del procedimento di gara;

Ritenuto in conclusione che il ricorso debba essere respinto, siccome infondato;

Ritenuto di condannare la parte ricorrente al rimborso delle spese di giudizio sostenute dalle parti resistenti, nella misura di € 2.000 per

ciascuna;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Sezione Staccata di Salerno, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 999/2010, come in epigrafe proposto, lo respinge, condannando la parte ricorrente al rimborso delle spese di giudizio sostenute dalle parti resistenti, nella misura di € 2.000 per ciascuna.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Onorato, Presidente

Sabato Guadagno, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/03/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)



