



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 105 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Medical Systems S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giulietta Redi e Roberto Damonte, con domicilio eletto presso lo studio della prima in Torino, via Paolo Sacchi, 44;

***contro***

Azienda Sanitaria Locale - Vercelli, in persona del commissario legale p.t., rappresentata e difesa dal prof. avv. Carlo Emanuele Gallo, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Torino, via Pietro Palmieri, 40;

***nei confronti di***

Siemens Healthcare Diagnostics S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Claudio Vivani e Stefano Bonatti, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Torino, corso Galileo Ferraris, 43;

Roche Diagnostics S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Riccardo Montanaro, Jacopo Recla e Maria Alessandra Bazzani, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Torino, via del Carmine, 2;

Diasorin S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Antonella Borsero, con domicilio eletto presso lo studio della medesima in Torino, via Pietro Micca, 21;

***per l'annullamento***

- della determinazione della ASL Vercelli del 23 settembre 2011 n. 194, avente ad oggetto "Fornitura di reagenti e apparecchiature per l'esecuzione di indagini chimico cliniche, immunochimiche, ematologiche ed emocoagulative per i laboratori analisi e per il servizio di immunoematologia e medicina trasfusionale - integrazione prodotti proroga al 31.12.2012" conosciuta in data 16 gennaio 2012 nella parte in cui prevede "l'esaurimento della fornitura relativa al lotto 7 e, in sostituzione, l'integrazione dei lotti 2 e 5 con aggiornamento tecnologico delle strumentazioni e la fornitura di prodotti sostitutivi" e determina al punto 2 di "integrare (dal 1 ottobre 2011) i lotti 2 e 5 con la strumentazione e i prodotti di cui all'elenco richiamato in premessa, comprensivo anche dei prodotti della ditta Diasorin di Saluggia (VC)";

- della nota della ASL Vercelli prot. n. 38621 del 5 agosto 2011, avente ad oggetto la "riorganizzazione Laboratorio Analisi (Sedi Vercelli e Borgosesia)" conosciuta in data 16 gennaio 2012,

nonché per l'annullamento

di ogni atto precedente e/o presupposto, conseguente e/o connesso ed, in particolare dello sconosciuto progetto

"Proposta di integrazione e di sinergie tra le strutture di Laboratorio Analisi AFS2" predisposto dal Comitato di Coordinamento dell'Area Funzionale Sovrazonale 2, trasmesso con protocollo n. 0013107 del 15 luglio 2011 alla Direzione Sanità - Assessorato alla Tutela della salute e sanità - Regione Piemonte,

e per l'accertamento e la declaratoria anche ai sensi degli artt. 121, 122, 123 e 124 del D.Lgs. n. 104/2010 dell'inefficacia dell'atto di proroga contrattuale o dei contratti in favore delle società Siemens Healthcare Diagnostics S.r.l., Roche Diagnostics S.p.a. e Diasorin S.p.a. delle forniture relative ai lotti 2 e 5 determinata dalla ASL Vercelli e/o del contratto in favore di Diasorin,

nonché per l'accertamento e la condanna dell'Amministrazione intimata anche ai sensi degli artt. 30 e 124 del D.Lgs. 2/07/2010 n. 104, all'integrale risarcimento per equivalente dei danni ingiustamente arrecati alla ricorrente con gli illegittimi provvedimenti impugnati;

nonché per l'annullamento, con i motivi aggiunti depositati in data 16.03.2012,

- dell'atto della ASL Vercelli prot. n. 968 del 30 agosto 2011 inviato alla Diasorin s.p.a. avente ad oggetto "Fornitura di reagenti per laboratori analisi - Richiesta Prezzi";
- dell'atto della ASL Vercelli prot. n. 2119 del 26 ottobre 2011 alla Diasorin s.p.a. avente ad oggetto "Fornitura di reagenti e apparecchiature per l'esecuzione di indagini chimico-cliniche, immunochimiche, ematologiche ed emocoagulative - Accettazione Offerta";
- dell'atto della ASL Vercelli n. 967 del 30 agosto 2011 inviata alla Roche Diagnostics s.p.a. avente ad oggetto "Fornitura di reagenti e apparecchiature per l'esecuzione di indagini chimico-cliniche, immunochimiche, ematologiche ed emocoagulative. Lotti 1 e 5 - Richiesta prezzi";
- dello sconosciuto atto della ASL Vercelli avente ad oggetto l'accettazione dell'offerta di Roche Diagnostics s.p.a. con riguardo alla "Fornitura di reagenti e apparecchiature per l'esecuzione di indagini chimico-cliniche, immunochimiche, ematologiche ed emocoagulative";
- dello sconosciuto atto della ASL Vercelli a Siemens Healthcare avente ad oggetto la richiesta prezzi per la Fornitura di reagenti e apparecchiature per l'esecuzione di indagini chimico-cliniche, immunochimiche, ematologiche ed emocoagulative;
- dello sconosciuto atto della ASL Vercelli avente ad oggetto l'accettazione dell'offerta di Siemens Healthcare relativa alla "Fornitura di reagenti e apparecchiature per l'esecuzione di indagini chimico-cliniche, immunochimiche, ematologiche ed emocoagulative";

e, per quanto possa occorrere,

della nota di Diasorin s.p.a. del 13 settembre 2011 avente ad oggetto "Vs. richiesta prezzi - Fornitura di reagenti per laboratori analisi prot. n. 968 del 30/08 ";

- della nota di Roche Diagnostics s.p.a. del 12 settembre 2011 avente ad oggetto "Fornitura di reagenti e apparecchiature per l'esecuzione di indagini chimico-cliniche, immunochimiche, ematologiche ed emocoagulative. Lotti 1 e 5 - Richiesta prezzi Integrazione per il P.O. di Vercelli;
- della sconosciuta nota di Siemens Healthcare avente ad oggetto la trasmissione prezzi relativi alla "Fornitura di reagenti e apparecchiature per l'esecuzione di indagini chimico-cliniche, immunochimiche, ematologiche ed emocoagulative";

e per l'accertamento e la declaratoria anche ai sensi degli artt. 121, 122, 123 e 124 del D.Lgs. n. 104/2010 dell'inefficacia dell'atto di proroga contrattuale e/o dei contratti in favore delle società Siemens Healthcare Diagnostics s.r.l., Roche Diagnostics S.p.a. e Diasorin S.p.a. delle forniture relative ai lotti 2 e 5 determinata dalla ASL Vercelli, e/o del contratto in favore di Diasorin,

nonché per l'accertamento e la condanna dell'Amministrazione intimata anche ai sensi degli artt. 30 e 124 del D.Lgs. 2.07.2010 n. 104, all'integrale risarcimento per equivalente dei danni ingiustamente arrecati alla ricorrente con gli illegittimi provvedimenti impugnati.

nonché per l'annullamento, con i motivi aggiunti depositati in data 17.05.2012,

- della determinazione della ASL Vercelli n. 61 dell'11 aprile 2012, pubblicata in data 16 aprile 2012 avente ad oggetto "Approvazione provvedimenti temporanei e urgenti per il funzionamento dei Laboratori Analisi dell'ASL VC, nelle more dell'aggiudicazione della gara indetta con deliberazione n. 269/C del 27.03.2012" nella parte in cui determina di affidare mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando ai sensi dell'art. 57 comma 2) lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006, fino all'aggiudicazione della nuova gara la fornitura di "sistemi di chimica clinica – polo sanitario sud" a favore di Siemens Healthcare Diagnostics s.r.l. di Milano, la fornitura di "sistemi di emocoagulazione aziendale" a favore di Roche Diagnostics s.p.a. di Monza nonché di integrare il contratto a favore di Diasorin S.p.a. di Saluggia per la fornitura in service di un sistema diagnostico per l'esecuzione di test virologici aggiudicato con deliberazione n. 1097 del 22.12.2009,

nonché per l'annullamento di ogni atto precedente e/o presupposto, conseguente e/o connesso e per l'accertamento e la declaratoria anche ai sensi degli artt. 121, 122, 123 e 124 del D.Lgs. n. 104/2010 dell'inefficacia dell'affidamento mediante procedura negoziata delle forniture alle società Siemens Healthcare Diagnostics S.r.l., Roche Diagnostics S.p.a. e dell'inefficacia della proroga alla Diasorin S.p.a. determinate dalla ASL Vercelli,

nonché per l'accertamento e la condanna dell'Amministrazione intimata anche ai sensi degli artt. 30 e 124 del D.Lgs. 2.07.2010 n. 104, all'integrale risarcimento per equivalente dei danni ingiustamente arrecati alla ricorrente con gli illegittimi provvedimenti impugnati.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale - Vercelli e delle società Siemens Healthcare Diagnostics S.r.l., Roche Diagnostics S.p.A. e Diasorin S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 dicembre 2012 la dott.ssa Manuela Sinigoi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1) L'Azienda Sanitaria Locale di Vercelli - ASL VC (d'ora in poi ASL) bandiva, nell'anno 2005, una procedura aperta per la fornitura, suddivisa in più lotti, di reagenti ed apparecchiature per l'esecuzione di indagini chimico cliniche, immunochimiche, ematologiche ed emocoagulative per i laboratori analisi dei presidi ospedalieri di Vercelli, Borgosesia, Gattinara, Santhià e per il Servizio Immunoematologia e Medicina Trasfusionale di Vercelli per la durata di 60 mesi.

1.1) Ai fini che qui rilevano, all'esito della gara, risultavano aggiudicatarie, giusta determinazione dirigenziale n. 11 in data 24 gennaio 2006, la società Siemens Healthcare Diagnostic s.r.l. per il lotto n. 2 (Chimica clinica polo sanitario sud – Laboratori analisi dei presidi ospedalieri di Vercelli e Santhià) e per il lotto n. 4 (Ematologia polo

sanitario sud - Laboratori analisi dei presidi ospedalieri di Vercelli e Santhià), la società Dasit s.p.a. di Milano per il lotto n. 3 (Ematologia – polo sanitario nord), la società Roche Diagnostics s.p.a. di Monza per il lotto n. 5 (Emocoagulazione aziendale) e la società Medical System s.p.a. per il lotto n. 7 (Immunochimica presidio ospedaliero di Vercelli).

2) Alla scadenza dell'appalto (28 febbraio 2011), l'ASL, con determinazione n. 50 in data 1° marzo 2011, prorogava le forniture alle su indicate aggiudicatrici sino al 31 dicembre 2011.

3) In prossimità di tale termine, l'ASL, con nota in data 22 dicembre 2011, prot. n. 3311, chiedeva alla società Medical System s.p.a. la disinstallazione e rimozione, entro il mese di gennaio 2012, della strumentazione Immulite 2000 relativa alla fornitura di reagenti ed apparecchiature per l'esecuzione di indagini chimico cliniche, immunochimiche, ematologiche ed emocoagulative, oggetto del lotto n. 7.

4) La Medical System, ricevuta tale comunicazione ed avendo avuto sentore dell'intenzione della stazione appaltante di affidare la fornitura di cui al lotto n. 7 dianzi indicato, di cui era l'originaria aggiudicataria, alle aziende aggiudicatrici di altri lotti della stessa gara, in particolare a Roche e Siemens, con nota in data 27 dicembre 2011, chiedeva chiarimenti in merito e di conoscere, in caso affermativo, quale fosse la procedura di affidamento dei test di cui al detto lotto 7 osservata in tale specifica occasione.

In esito a tale richiesta le veniva accordato di esercitare il diritto d'accesso agli atti "previo accordo con il Responsabile del procedimento (...) reperibile dal 9 gennaio 2012" (vedi nota ASL in data 28/12/2011 – all. 8 fascicolo doc. Medical System).

Esperito l'accesso, la società Medical System veniva così a conoscenza che la stazione appaltante, con determinazione del dirigente responsabile della S.C. Provveditorato – Economato n. 194 in data 23 settembre 2011 (all. 9 – fascicolo doc. cit.), "in attesa di espletamento della procedura aperta", aveva disposto: a) la proroga della fornitura di reagenti ed apparecchiature per l'esecuzione di indagini chimico cliniche, immunochimiche, ematologiche ed emocoagulative per i laboratori analisi dei presidi ospedalieri di Vercelli e Borgosesia e per la S.C. Immunoematologia e Servizio Trasfusionale, sino al 31 dicembre 2012, a favore delle società Siemens Healthcare Diagnostic s.r.l. (lotti n. 2 e n. 4), Dasit s.p.a. di Milano (lotto n. 3) e Roche Diagnostics s.p.a. di Monza (lotto n. 5); b) l'integrazione, dal 1° ottobre 2011, dei lotti n. 2 e n. 5 con la strumentazione e i prodotti indicati in apposito elenco, comprensivo anche dei prodotti della ditta Diasorin di Saluggia (VC), il tutto per un importo presunto di € 1.507.700,00, iva inclusa.

Tale decisione trovava supporto in una nota interna del 5 agosto 2011 relativa alla riorganizzazione dei Laboratori Analisi delle sedi di Vercelli e di Borgosesia [che prevedeva - tra l'altro - "l'esaurimento della fornitura relativa al lotto 7 e, in sostituzione, l'integrazione dei lotti 2 e 5 con aggiornamento tecnologico delle strumentazioni (nello specifico strumento Vista collegato in catena di Siemens) e la fornitura di prodotti sostitutivi" di cui all'elenco su indicato (nello specifico analizzatori e reagenti)], ritenuta - tra l'altro - necessaria "al fine di garantire il servizio al pubblico nonostante la carenza di personale", nonché nel progetto "Proposta di integrazione e di sinergie tra le strutture di Laboratorio Analisi AFS2", predisposto dal Comitato di Coordinamento dell'Area Funzionale Sovrazonale 2 e trasmesso con nota prot. n. 0013107 in data 15 luglio 2011 alla Direzione Sanità – Assessorato alla

Tutela della Salute e Sanità – Regione Piemonte, con cui l'organo adottante affermava che il provvedimento di proroga fosse "in linea".

5) La Società Medical System s.p.a., quale impresa di settore interessata a partecipare ad una regolare procedura ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione della fornitura in questione, ritenendo il provvedimento di proroga dianzi indicato illegittimo e gravemente lesivo delle proprie prerogative, con ricorso notificato il 27 gennaio e depositato il successivo 1° febbraio 2012 (d'ora in poi ricorso introduttivo), ne invocava innanzi a questo Tribunale Amministrativo Regionale, l'annullamento, previa sospensione cautelare, nella parte in cui prevedeva "l'esaurimento della fornitura relativa al lotto 7 e, in sostituzione, l'integrazione dei lotti 2 e 5 con aggiornamento tecnologico delle strumentazioni e la fornitura di prodotti sostitutivi" e determinava "di integrare (dal 1° ottobre 2011) i lotti n. 2 e n. 5 con la strumentazione e i prodotti di cui all'elenco richiamato in premessa, comprensivo anche dei prodotti della ditta Diasorin di Saluggia (VC)".

Chiedeva, inoltre, l'annullamento della nota dell'ASL VC in data 5 agosto 2011 e di ogni atto precedente e/o presupposto, tra cui, in particolare, l'allora non conosciuto progetto "Proposta di integrazione e di sinergie tra le strutture di Laboratorio Analisi AFS2" e instava per l'accertamento e la declaratoria dell'inefficacia dell'atto di proroga contrattuale o dei contratti in favore delle società Siemens Healthcare Diagnostic s.r.l. (d'ora in poi Siemens), Roche Diagnostics s.p.a. di Monza (d'ora in poi Roche) e Diasorin di Saluggia (d'ora in poi Diasorin), nonché per l'accertamento del danno subito e la conseguente condanna dell'Amministrazione intimata al relativo risarcimento per equivalente.

A sostegno delle richieste avanzate deduceva:

I) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2 d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i. dei principi di trasparenza, correttezza e della par condicio tra i concorrenti. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2 direttiva 2004/18 e degli artt. 49, 56, 105 e 106 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

II) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 57 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i., per manifesta illogicità ed irragionevolezza. Difetto assoluto di presupposti, motivazione e di istruttoria. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2 d. lgs. N. 163/2006 e s.m.i. e della par condicio tra i concorrenti. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2 direttiva 2004/18 e degli artt. 49, 56, 105 e 106 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

III) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 29 e dell'art. 125 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i.. Difetto assoluto di presupposti, motivazione ed istruttoria. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2 d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i. e della par condicio tra i concorrenti. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2 direttiva 2004/18 e degli artt. 49, 56, 105 e 106 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

IV) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 42 e dell'art. 125 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i.. Difetto assoluto di presupposti, motivazione ed istruttoria. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2 d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i. e della par condicio tra i concorrenti. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2 direttiva 2004/18 e degli artt. 49, 56, 105 e 106 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

6) Si costituivano in giudizio, con separate memorie, per resistere al ricorso e contestarne la ricevibilità, l'ammissibilità e la fondatezza l'ASL e le controinteressate Siemens, Roche e Diasorin.

6.1) L'ASL eccepiva, in particolare, l'inammissibilità del ricorso nella parte in cui venivano, a suo avviso, contestate le scelte organizzative poste a sostegno della proroga gravata, nel mentre la Siemens e la Roche ne eccepivano l'irricevibilità, in quanto, a loro avviso, la ricorrente avrebbe avuto conoscenza di tale provvedimento, pubblicato all'albo pretorio dell'ente dal 17 ottobre 2011, per lo meno dal 22 dicembre 2011 (data in cui aveva ricevuto la richiesta di disinstallare le apparecchiature) o dal 27 dicembre 2011 (data in cui aveva inviato la richiesta di chiarimenti all'ASL).

7) La causa veniva chiamata all'udienza camerale del 22 febbraio 2012, fissata per la trattazione dell'istanza incidentale di sospensione del provvedimento impugnato, nel corso della quale la ricorrente, a fronte della prospettata possibilità di ottenere la fissazione di un'udienza pubblica a breve per la discussione del merito, rinunciava alla domanda cautelare.

7.1) Il Presidente di questa Sezione fissava, pertanto, l'udienza pubblica del 9 maggio 2012, dandone già in quella sede notizia alle parti, come consta dal verbale d'udienza.

8) In attesa del suo svolgimento, la società ricorrente, con ricorso per motivi aggiunti notificato il 14 marzo e depositato il successivo 16 marzo 2012 (d'ora in poi I ricorso per motivi aggiunti), gravava innanzi a questo Tar gli atti e i provvedimenti in epigrafe indicati, tutti riconducibili alla sequenza procedimentale conclusasi con la proroga impugnata con il ricorso introduttivo e ritenuti parimenti lesivi, di cui era venuta a conoscenza a seguito del deposito documentale effettuato dalle contro interessate Roche e Diasorin in data 20 febbraio 2012 in vista della udienza camerale dianzi indicata.

A sostegno dell'impugnazione di questi ulteriori atti riproponeva, in via derivata, i medesimi motivi di gravame dedotti col ricorso introduttivo.

9) Nel frattempo, il Commissario dell'ASL bandiva la nuova procedura aperta per la fornitura in service di sistemi analitici occorrenti ai laboratori analisi (delib. N. 269 in data 27 marzo 2012) e il dirigente responsabile della S.C. Provveditorato-Economato, con determinazione n. 61 in data 11 aprile 2012, nel dichiarato intento di adottare "provvedimenti temporanei e urgenti per il funzionamento dei Laboratori Analisi dell'ASL VC, nelle more dell'aggiudicazione della gara indetta con deliberazione n. 269/C del 27/3/2012", oltre ad estemare le ragioni della mancata tempestiva indizione di una nuova gara in epoca antecedente alla scadenza dei contratti relativi alla fornitura aggiudicata con deliberazione n. 11 in data 24/1/2006, offriva una chiave di lettura del provvedimento di proroga contestato dalla Medical System col ricorso introduttivo.

9.1) Ai fini che qui rilevano, evidenziava, in particolare, che:

- "(...) in attesa si verificassero le condizioni giuridico-amministrative per poter addvenire all'espletamento di gara ad evidenza pubblica, si è proceduto a garantire il servizio con provvedimenti di proroga, ad eccezione della fornitura di cui al lotto 6, in quanto per problemi organizzativi interni si è concentrata l'attività di immunometria e

infettivologia presso il Laboratorio Analisi di Vercelli”;

- “ (...) per garantire il servizio nelle more dell’avvio dei nuovi contratti, a fronte della mutazione delle condizioni del laboratorio analisi di Vercelli rispetto all’epoca di aggiudicazione delle forniture di cui alla determinazione n. 11/2006 soprattutto per quanto concerne il personale tecnico, è necessario consolidare e concentrare le procedure analitiche su alcuni strumenti in modo da ottimizzare la gestione delle risorse umane (...)”;

- “(...) le misure organizzative richieste prevedono la redistribuzione delle prestazioni analitiche, come segue: a) concentrazione di alcuni analiti sui due strumenti consegnati da Siemens Healthcare Diagnostics di Milano, nell’ambito dell’aggiudicazione avvenuta con la deliberazione n. 11/2006 (...); b) concentrazione di altri analiti su strumento Roche Diagnostics s.p.a. di Monza, prevedendo lo spostamento all’interno dello stesso Laboratorio dello strumento stesso, fornito nell’ambito del contratto di cui alla deliberazione n. 11 del 24/1/2006 (...); c) trasferimento dalla S.S. Microbiologia al Laboratorio Centrale dello strumento Liason fornito dalla Diasorin s.p.a. nell’ambito del contratto di fornitura in service di strumenti per l’esecuzione dei test virologici aggiudicato con deliberazione n. 1097 del 22/12/2009 (...)”;

- “(...) le ditte interpellate hanno accettato, quantificando il costo dei reagenti aggiuntivi (...)”.

9.2) A fronte della ritenuta “urgenza di provvedere, al fine di non interrompere l’attività diagnostica dei laboratori analisi dell’ASL VC” disponeva, quindi, tra gli altri, lo “affidamento mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando ai sensi dell’art. 57, comma 2, lett. c), del d.lgs. 163/2006, fino all’aggiudicazione della nuova gara e comunque non oltre il 31/12/2012, della fornitura in service di : a) sistemi di chimica clinica – polo sanitario sud a favore di Siemens Healthcare Diagnostics s.r.l. di Milano alle condizioni di cui alla determinazione di aggiudicazione n. 11/2006 integrata come da offerta prot. 5/2439 del 6/9/2011 (...); b) sistemi di emocoagulazione aziendale a favore di Roche Diagnostics s.p.a. di Monza alle condizioni di cui alla determinazione di aggiudicazione n. 11/2006 integrata come da offerta prot.19337 del 12/9/2011 (...)”, nonché la “integrazione del contratto a favore di Diasorin s.p.a. (...) per la fornitura in service di un sistema diagnostico per l’esecuzione di test virologici aggiudicato con deliberazione n. 1097 del 22/12/2009 e in scadenza al 30/6/2013, nell’ambito del quinto d’obbligo previsto dal contratto stesso, alle condizioni di cui all’offerta integrativa DL411753A/lg del 13/8/2011 (...)”.

10) L’adozione di tale nuovo provvedimento da parte dell’ASL in prossimità della fissata udienza pubblica del 9 maggio 2012, in vista della quale le parti avevano depositato le proprie memorie difensive e relative repliche, induceva, tuttavia, il legale della ricorrente a chiedere un rinvio dell’udienza per la proposizione di motivi aggiunti, di fatto proposti con ulteriore ricorso notificato il 15 maggio e depositato il successivo 17 maggio 2012 (d’ora in poi II ricorso per motivi aggiunti).

La ricorrente, oltre a stigmatizzare il comportamento dell’ASL, che riteneva preordinato a dilatare i tempi del giudizio, deduceva a sostegno dell’invocato annullamento del provvedimento da ultimo impugnato sia vizi in via derivata, che i seguenti vizi propri:

D) Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 2 e dell’art. 57 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i. dei principi di trasparenza, correttezza e della par condicio tra i concorrenti. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 2 direttiva 2004/18 e degli artt. 49, 56, 105 e 106 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE). Abuso del processo.

II) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 57, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i., per manifesta illogicità ed irragionevolezza. Difetto assoluto di presupposti, motivazione e di istruttoria. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2 d. lgs. N. 163/2006 e s.m.i. e della par condicio tra i concorrenti. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2 direttiva 2004/18 e degli artt. 49, 56, 105 e 106 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

III) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 57, comma 2, lett. c), (rectius comma 3, lett. b) del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i., per manifesta illogicità ed irragionevolezza. Difetto assoluto di presupposti, motivazione e di istruttoria. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2 d. lgs. N. 163/2006 e s.m.i. e della par condicio tra i concorrenti. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2 direttiva 2004/18 e degli artt. 49, 56, 105 e 106 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

11) La causa veniva, quindi, chiamata alla nuova udienza pubblica dell'11 dicembre 2012, in vista della quale le parti si scambiavano ulteriori memorie a sostegno delle rispettive tesi difensive, cui seguivano le relative repliche.

12) Celebrata l'udienza, la causa veniva trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

1) Va innanzitutto disattesa l'eccezione di irricevibilità del gravame sollevata dalle difese delle controinteressate Siemens e Roche.

Contrariamente a quanto da esse sostenuto, ritiene, invero, il Collegio che il ricorso introduttivo sia stato tempestivamente proposto.

1.1) Non risulta, infatti, in alcun modo provata, ma unicamente affermata, la circostanza che la ricorrente fosse a conoscenza dell'avvenuta adozione del provvedimento contestato col ricorso introduttivo già a far data dalla sua pubblicazione all'albo pretorio dell'ASL o per lo meno dal 22 o dal 27 dicembre 2011.

1.2) A prescindere dalla circostanza che l'art. 41, comma 2, c.p.a. stabilisce, per quanto qui rileva, che "Qualora sia proposta azione di annullamento il ricorso deve essere notificato, a pena di decadenza, alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato e ad almeno uno dei controinteressati che sia individuato nell'atto stesso entro il termine previsto dalla legge, decorrente (...) per gli atti di cui non sia richiesta la notificazione individuale, dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione se questa sia prevista dalla legge o in base alla legge" e che, come già condivisibilmente affermato dalla giurisprudenza durante la vigenza della norma pressoché analoga di cui all'art. 21 della legge n. 1034 del 1971 e in questa sede evidenziato dalla difesa della ricorrente, "la presunzione di conoscenza di un atto derivante dalla sua pubblicazione in un determinato albo vale solo quando tale pubblicazione sia prescritta da una disposizione normativa che tale effetto espressamente riconosca... pertanto la pubblicazione all'albo dell'ASL non è idonea a fare decorrere il termine di impugnativa al giudice amministrativo... in quanto tale specifico effetto non è previsto da alcuna disposizione normativa" (Tar Puglia, Bari, I, 7 giugno 2006, n. 2222; in termini Tar Campania, Salerno, I, 17 dicembre 2009, n. 7963 confermata da C.d.S., V, 8 marzo 2011, n. 1434), osserva, invero, il Collegio che, nel caso di specie, non consta che la ricorrente abbia comunque avuto la "piena conoscenza" dell'atto impugnato alle date su indicate.



1.3) A tale riguardo, devesi, infatti evidenziare che il concetto di “piena conoscenza” dell’atto lesivo, il verificarsi della quale determina il dies a quo per il computo del termine decadenziale per la proposizione del ricorso giurisdizionale, pur non dovendo essere inteso quale “conoscenza piena ed integrale” del provvedimento che si intende impugnare, ovvero di eventuali atti endoprocedimentali, la cui illegittimità infici, in via derivata, il provvedimento finale, richiede, tuttavia, necessariamente “la percezione dell’esistenza di un provvedimento amministrativo e degli aspetti che ne rendono evidente la lesività della sfera giuridica del potenziale ricorrente, in modo da rendere percepibile l’attualità dell’interesse ad agire contro di esso” (ex plurimis, C.d.S., IV, 26 luglio 2012, n. 4255; id, III, 19 settembre 2011, n. 5268; id., VI, 28 aprile 2010, n. 2439; id., IV, 19 luglio 2007, n. 4072 e 29 luglio 2008, n. 3750).

Come ha avuto modo di sottolineare la IV sezione del C.d.S. nella citata pronuncia n. 4255/2012 “la verifica della piena conoscenza dell’atto lesivo da parte del ricorrente (...) deve essere estremamente cauta e rigorosa, non potendo basarsi su mere supposizioni ovvero su deduzioni, pur sorrette da apprezzabili argomentazioni logiche. Essa deve risultare incontrovertibilmente da elementi oggettivi, ai quali il giudice deve riferirsi, nell’esercizio del suo potere di verifica di ufficio della eventuale irricevibilità del ricorso, o che devono essere rigorosamente indicati dalla parte che, in giudizio, eccepisca l’irricevibilità del ricorso instaurativo del giudizio”.

1.4) Nel caso di specie, il Collegio ritiene che la “materiale percezione della lesività dell’atto” non possa essere fatta risalire al momento in cui la ricorrente ha chiesto alla s.a. chiarimenti in merito all’intenzione di affidare la fornitura di suo specifico interesse alle controinteressate, ma solo a quello successivo in cui essa ha avuto certa contezza dell’effettivo avvenuto affidamento.

1.5) Dalla documentazione versata in atti (all. 6, 7 e 8 – fascicolo doc. ricorrente) risulta, invero, pacifico che:

a) al 22 dicembre 2011 la ricorrente fosse solamente informata della necessità di disinstallare e rimuovere la strumentazione Immulite 2000 entro il mese di gennaio 2012, in considerazione della scadenza contrattuale della fornitura medesima al 31/12/2011 (come disposto con determinazione dirigenziale n. 50/2011);

b) al 27 dicembre 2011 la ricorrente fosse solo ufficiosamente a conoscenza della “intenzione” della s.a. di affidare (si badi bene non dell’avvenuta adozione da parte della s.a. del provvedimento di affido) la fornitura di cui al lotto 7, di cui in quel momento era ancora fornitrice, ad altre aziende aggiudicatarie della gara aggiudicata con determinazione dirigenziale n. 11/2006 e successivamente prorogata sino al 31/12/2011 con la citata determinazione n. 50/2011. Prova ne è che, nella missiva inviata alla s.a., la ricorrente, oltre a chiedere conferma della notizia ufficiosa ricevuta, si limita a svolgere generiche considerazioni “al buio” sui presupposti richiesti per il ricorso alla procedura negoziata ex art. 57 del d.lgs. n. 163/2006 o alla procedura per l’acquisizione in economia di beni e servizi di cui all’art. 125 del decreto medesimo ovvero a fare riferimento ad elementi di cui non v’è traccia nel provvedimento di “proroga” originariamente impugnato, in cui, come evidenziato nelle premesse fattuali dianzi riportate, la s.a. parla, per l’appunto, di <proroga integrata con aggiornamento tecnologico delle strumentazioni e la fornitura di prodotti sostitutivi, in sostituzione della fornitura relativa al lotto 7 (che aveva deciso di “esaurire”)>, necessitata da esigenze di riorganizzazione, in attesa dell’espletamento della (nuova) procedura aperta, e non di procedura negoziata o affidamento in economia. Solo con determinazione dirigenziale n. 61/12 la s.a. chiarisce, infatti, che la fornitura in questione (già formalmente affidata e già oggetto di contestazione in sede giurisdizionale) viene affidata “mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando ai sensi dell’art. 57, comma 2, lett. c), del d.lgs. 163/2006”;

c) la s.a. ha espressamente differito al 9 gennaio 2012 la possibilità per la ricorrente di ottenere i chiarimenti richiesti.

1.6) Alla luce delle considerazioni dianzi svolte, l'eccezione di tardività va, in definitiva, respinta.

2) Del pari priva di pregio s'appalesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalla difesa dell'ASL, atteso che risulta di palmare evidenza che la ricorrente non ha inteso assolutamente sindacare le scelte organizzative dell'Azienda, ma unicamente contestare la legittimità del provvedimento con cui la medesima ha ritenuto di assicurarsi, per un ulteriore anno, la fornitura di reagenti ed apparecchiature per l'esecuzione di indagini chimico cliniche, immunochimiche, ematologiche ed emocoagulative per i laboratori analisi dei presidi ospedalieri di Vercelli e Borgosesia e per la S.C. Immunoematologia e Servizio Trasfusionale di Vercelli.

3) Nel merito, il ricorso introduttivo e i ricorsi per motivi aggiunti successivamente proposti sono fondati e vanno accolti.

3.1) Come dianzi ricordato, la ricorrente contesta la legittimità dei provvedimenti con cui l'ASL VC, in vista della scadenza della I proroga (31/12/2011) della fornitura di reagenti ed apparecchiature per l'esecuzione di indagini chimico cliniche, immunochimiche, ematologiche ed emocoagulative per i laboratori analisi dei presidi ospedalieri di Vercelli e Borgosesia e per la S.C. Immunoematologia e Servizio Trasfusionale di Vercelli, ha ulteriormente prorogato alle controinteressate, sino al 31 dicembre 2012, la fornitura relativa ai lotti d'interesse, integrandoli, in sostituzione del lotto 7 (di cui, sino a tutto il 31/12/2011, sarebbe stata fomitrice la ricorrente medesima), con la strumentazione e i prodotti indicati in apposito elenco, comprensivo anche dei prodotti della ditta Diasorin di Saluggia (aggiudicataria in ATI con Roche, in altra gara bandita dall'ASL, della fornitura triennale in service di un sistema diagnostico completo per l'esecuzione di test virologici occorrente al Laboratorio di Microbiologia del P.O. di Vercelli), lamentando sostanzialmente che la s.a. non avrebbe potuto rinnovare, prorogare o, comunque, affidare con trattativa privata diretta il contratto in questione, ma avrebbe dovuto indire una nuova gara.

La stazione appaltante, con determinazione del dirigente responsabile della S.C. Provveditorato-Economato n. 194 in data 23 settembre 2011, assumendo la sussistenza di esigenze legate alla riorganizzazione dei Laboratori Analisi, ha ritenuto, infatti, di "prorogare" la fornitura in questione nei sensi dianzi indicati "in attesa di espletamento della procedura aperta per la fornitura in service di strumentazione per laboratorio analisi: settori di chimica clinica, immunochimica, ematologia ed emocoagulazione" e, con determinazione n. 61 in data 11 aprile 2012 (che la difesa dell'ASL nella memoria di replica da ultimo depositata definisce essere sostanzialmente una "convalida"), ha precisato che, "stante l'urgenza di provvedere, al fine di non interrompere l'attività diagnostica dei Laboratori Analisi dell'ASL VC", la fornitura di che trattasi viene affidata "mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. c), del d.lgs. 163/2006".

4) Ad avviso del Collegio, le varie letture che, anche nel corso del presente giudizio, la stessa ASL ha offerto del proprio operato (mera proroga; procedura negoziata per consegne complementari ex art. 57, comma 3, lett. b, d.lgs. n. 163/2006; procedura negoziata per ragioni d'urgenza ex art. 57, comma 2, lett. c, d.lgs. cit.; prestazione aggiuntiva rientrante nel quinto d'obbligo per la parte affidata a Diasorin) o quella ulteriore suggerita dalle controinteressate (procedura negoziata per ragioni di natura tecnica ex art. 57, comma 2, lett. b, del d.lgs. cit.) sono di per sé sintomatiche dell'illegittimità dei provvedimenti adottati e tali da mettere, anzi, in risalto la palese elusione da parte della s.a. della vigente normativa in materia di contratti pubblici e dei principi interni e

comunitari posti a garanzia della concorrenza, della par condicio tra i partecipanti, della correttezza e della trasparenza della condotta della s.a.

4.1) Nessun rilievo possono assumere, infatti, il dichiarato intento di concentrare l'attività su piattaforme esistenti e/o l'affermata invarianza dei costi, dato che, come evidenziato anche dalla stessa s.a. nella determinazione n. 194/2011, tali piattaforme sono state "opportunamente adeguate da parte delle ditte" e il mancato aggravio dei costi per l'ASL non coincide assolutamente con la gratuità della nuova fornitura, ma vale unicamente ad indicare che la spesa complessivamente sostenuta è rimasta immutata rispetto a quella precedentemente sopportata per la proroga delle forniture dei vari lotti riferibili alla gara aggiudicata nel 2006.

5) Non pare, in primo luogo, ravvisabile la sussistenza dei presupposti di legge per "prorogare" la fornitura "in attesa di espletamento della procedura aperta", in ragione del mutato assetto organizzativo dei Laboratori Analisi, che, come si ritrae dalla piana lettura della determinazione dirigenziale n. 194/2011, impugnata col ricorso introduttivo, la s.a. ha espressamente addotto a motivazione della sua adozione.

5.1) Al di là del fatto che, nella fattispecie, non di mera proroga si tratta, ma più propriamente di rinnovo, dato che, come risulta palese dal contenuto del citato provvedimento e degli atti da cui lo stesso trae origine e/o fondamento, tra cui, in particolare, la nota interna dell'ASL in data 5 agosto 2011 (all. 2 – fascicolo doc. ASL) e le note scambiate tra l'Azienda e la Roche (all. 2 e 3 – fascicolo doc. Roche), la Siemens e la Diasorin (all. 5 – fascicolo doc. Diasorin) tra il 30 agosto e il 13 settembre 2011, la s.a. non si è limitata a prolungare i termini dei contratti in scadenza con le società Siemens (lotto 2) e Roche (lotto 5) ad invarianza delle condizioni contrattuali, ma li ha, di fatto, rinegoziati allo scopo di supplire al deciso "esaurimento" della fornitura relativa al lotto 7, con la conseguente stipula di nuovi negozi giuridici, di contenuto in parte diverso dai precedenti e che contemplano anche l'inserimento dei prodotti della Diasorin ovvero di una società estranea alla fornitura che la s.a. intendeva "prorogare", va evidenziato che, in linea di principio, il rinnovo o la proroga, al di fuori dei casi contemplati dall'ordinamento, di un contratto d'appalto di servizi o di forniture stipulato da un'amministrazione pubblica dà luogo a una figura di trattativa privata non consentita e legittima qualsiasi impresa del settore a far valere dinanzi al giudice amministrativo il suo interesse legittimo all'espletamento di una gara.

5.2) Nel caso di specie, il provvedimento dirigenziale dianzi indicato si pone in contrasto con la disciplina della materia, e specificamente con l'art. 23 della L. 18 aprile 2005, n. 62, che, come noto, al comma 1 ha vietato il rinnovo dei contratti e al successivo comma 2 ha consentito solo la "proroga" dei contratti per acquisti e forniture di beni e servizi "per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge".

Nella fattispecie, invece, la proroga-rinnovo è stata disposta per un ulteriore anno in vista della scadenza della proroga di 10 mesi già precedentemente accordata e, come intuibile, non è stata bandita alcuna gara nei termini di cui alla norma citata.

La nuova procedura aperta per la fornitura in service di sistemi analitici occorrenti ai laboratori analisi dell'ASL VC è stata, infatti, indetta appena con deliberazione commissariale n. 269 in data 27 marzo 2012 ovvero a ben 13 mesi

di distanza dalla scadenza dell'originaria fornitura e addirittura dopo la scadenza della I proroga disposta dalla s.a.

Tale provvedimento è stato, peraltro, recentemente revocato dall'ASL con determinazione n.480 del 19 dicembre 2012, circostanza quest'ultima che rende anche inutile lo scrutinio da parte di questo giudice dell'eccezione di sopravvenuta carenza d'interesse che la difesa della Siemens aveva sollevato nel corso del giudizio a seguito dell'avvenuta indizione della nuova gara.

5.3) Sulla portata della normativa su indicata si è, del resto, pronunciata la IV Sezione del Consiglio di Stato che, con decisione 31 ottobre 2006, n. 6457, ha avuto modo di chiarire quanto segue:

"Deve premettersi che la modifica introdotta dall'art. 23 l. n. 62/05 deve intendersi finalizzata, come si ricava dall'esame della relazione illustrativa e dalla collocazione sistematica della disposizione, all'archiviazione di una procedura di infrazione comunitaria (n. 2003/2110) avente ad oggetto proprio la previsione normativa nazionale della facoltà di procedere al rinnovo espresso dei contratti delle pubbliche amministrazioni, ritenuta incompatibile con i principi di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi cristallizzati negli artt. 43 e 49 del Trattato CE e con la normativa europea in tema di tutela della concorrenza nell'affidamento degli appalti pubblici, e che, quindi, ogni esegesi della sua portata applicativa dev'essere coerente con la ratio e con lo scopo della relativa innovazione, per come appena evidenziati.

In conformità a tale premessa metodologica, deve osservarsi che all'eliminazione della possibilità di provvedere al rinnovo dei contratti di appalto scaduti, disposta con l'art. 23 l. n. 62/05, deve assegnarsi una valenza generale ed una portata preclusiva di opzioni ermeneutiche ed applicative di altre disposizioni dell'ordinamento che si risolvono, di fatto, nell'elusione del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici.

Solo rispettando il canone interpretativo appena indicato, infatti, si assicura l'effettiva conformazione dell'ordinamento interno a quello comunitario, mentre, accedendo a letture sistematiche che riducano la portata precettiva del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici scaduti e che introducano indebite eccezioni, si finisce per vanificare la palese intenzione del legislatore del 2005 di adeguare la disciplina nazionale in materia a quella europea e, quindi, per conservare profili di conflitto con quest'ultima del regime giuridico del rinnovo dei contratti di appalto delle pubbliche amministrazioni.

Ne consegue che, in coerenza con la regola ermeneutica appena sintetizzata, non solo l'intervento normativo di cui all'art. 23 l. n. 62/05 dev'essere letto ed applicato in modo da escludere ed impedire, in via generale ed incondizionata, la rinnovazione di contratti di appalto scaduti, ma anche l'esegesi di altre disposizioni dell'ordinamento che consentirebbero, in deroga alle procedure ordinarie di affidamento degli appalti pubblici, l'affidamento, senza gara, degli stessi servizi per ulteriori periodi dev'essere condotta alla stregua del vincolante criterio che vieta (con valenza imperativa ed inderogabile) il rinnovo dei contratti.

Né varrebbe, ancora, sostenere l'illegittimità del controverso diniego sulla base dell'argomento della previsione della possibilità del rinnovo nel bando di gara e nel successivo contratto, posto che la natura imperativa ed inderogabile della sopravvenuta disposizione legislativa che introduce un divieto generalizzato di rinnovazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni implica la sopravvenuta inefficacia delle previsioni, amministrative e contrattuali, configgenti con il nuovo e vincolante principio, che non tollera la sopravvivenza dell'efficacia di difformi clausole negoziali (attesa la natura indisponibile degli interessi in esse coinvolti)."

5.4) Da quanto sopraesposto emerge dunque che in tema di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto non vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti, ma vige il principio che, salvo espresse previsioni

dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara (salva la limitata proroga di cui sopra).

5.5) Non paiono, in ogni caso, ravvisabili, nella fattispecie, nemmeno i presupposti per aderire a quell'orientamento giurisprudenziale meno preclusivo che, sulla scorta di una lettura sistematica delle norme, inclusa la disposizione di cui all'art. 29 del d.lgs. n. 163 del 2006, è giunto a sostenere la legittimità della proroga tecnica (C.d.S., V, n. 2151/11) e si è posto la questione dell'ammissibilità della proroga contrattuale (C.d.S., V, n.3607/11) o, ancora, ha confermato la facoltà in capo all'amministrazione di ricorrere all'istituto della proroga in caso di espressa previsione nel bando di gara e successiva dettagliata motivazione, quale unica eccezione all'obbligo di ricorrere a gara alla scadenza del contratto (C.d.S., VI n.6194/11).

Nel caso di specie, oltre a non essere stata prevista nel CSA alcuna facoltà di proroga, va sottolineato che di tale facoltà la s.a. si era comunque già avvalsa, spendendo una motivazione, se non analoga, per lo meno molto simile a quella posta a sostegno della II "proroga" qui scrutinata ovvero l'esigenza di non avviare una nuova procedura di gara "in attesa del riassetto delle Aziende Sanitarie Regionali ed in particolare dei Laboratori dei presidi di Vercelli e Borgosesia ed in previsione di un'eventuale adesione ad altre gare del medesimo settore" (vedi determinazione n. 50/2011), con conseguente impossibilità di prorogare ulteriormente la fornitura.

6) La riscontrata insussistenza dei presupposti di legge per poter ricondurre il provvedimento adottato ad una legittima proroga e, anzi, la pacifica riconducibilità dell'affidamento disposto a favore delle controinteressate ad una "trattativa privata diretta" (come, peraltro, precisato dalla stessa ASL nella determinazione n. 61/2012) non esime, in ogni caso, il Collegio dall'accertare l'eventuale possibilità di farlo rientrare nelle ipotesi di procedura negoziata ammesse dal codice dei contratti, ad iniziare da quella prevista dall'art. 57, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006 (ragioni d'urgenza), invocata dalla stessa s.a. a giustificazione postuma del proprio operato con la determinazione "interpretativa" n. 61/2012.

6.1) Al riguardo il Collegio osserva, in via generale e a valere per tutte le ipotesi di procedura negoziata invocate dall'ASL e dalle controinteressate, che la procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando di gara, è ammessa nei soli e limitati casi individuati dal legislatore all'art. 57 del D.Lgs. n. 163 del 2006.

Trattasi, infatti, di procedura che, derogando all'ordinario obbligo dell'Amministrazione di individuare il privato contraente attraverso il confronto concorrenziale, riveste carattere di eccezionalità e richiede un particolare rigore nella individuazione ed apprezzamento dei presupposti che possono legittimare il ricorso (ex multis Corte giustizia CE, 13 gennaio 2005, n. 84), di cui, peraltro, deve essere data adeguata motivazione nella deliberazione o determinazione a contrarre (art. 57, comma 1), in modo da "scongiurare ogni possibilità che l'amministrazione utilizzi situazioni genericamente affermate, come un <commodus discessus> dall'obbligo di esperire una pubblica procedura di selezione che è la sola con carattere di oggettività e trasparenza. In tali ambiti, l'obbligo motivazionale non deve atteggiarsi a mera estrinsecazione di un apparato preconfezionato al solo scopo di giustificare le scelte discrezionalmente operate dall'Amministrazione, ma deve oggettivamente offrire l'indicazione dei pertinenti presupposti legittimanti; e, con essi, della presenza di un nesso di necessaria implicazione causale, tale da imporre il ricorso all'affidamento diretto" (cfr. T.A.R. Lazio Roma, I, 18 febbraio 2009, n. 1656).

7) Per quanto riguarda l'ipotesi specifica di cui all'art. 57, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006, il Collegio ricorda, inoltre, che il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara è possibile nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara e sempre che tali circostanze invocate a giustificazione dell'estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti.

Come evidenziato dalla costante giurisprudenza amministrativa, anche di questo Tribunale, l'urgenza di provvedere "non deve essere addebitabile in alcun modo all'Amministrazione per carenza di adeguata organizzazione o programmazione ovvero per sua inerzia o responsabilità" (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-quater, 30 gennaio 2012, n. 989; in termini C.d.S., sez. V, 10 novembre 2010, n. 8006; Tar Catania, sez. III, 1 marzo 2011, n. 524; Tar Reggio Calabria 9 febbraio 2010, n. 62; T.A.R. Piemonte, sez. II, 26/1/2010, n. 1597 e sez. I, 24/11/2008, n. 2943; T.A.R. Molise Campobasso, sez. I, 16/07/2008, n. 689).

7.1) Il Collegio ritiene, tuttavia, che, alla luce dei fatti sopra riassunti, tali circostanze non ricorrano nella fattispecie.

7.2) Non sussiste l'urgenza qualificata, atteso che la data di scadenza dell'originaria fornitura era nota sin dalla data della sua aggiudicazione, così come quella di scadenza della I proroga era nota sin dal momento in cui essa è stata disposta.

7.3) Il progetto "Proposta di integrazione e di sinergie tra le strutture di Laboratorio Analisi AFS2" predisposto dal Comitato di Coordinamento dell'Area Funzionale Sovrazonale 2, cui è stato - tra l'altro - informato il CSA della nuova procedura aperta per la fornitura in service di sistemi analitici occorrenti ai Laboratori Analisi dell'ASL (det. 269/2012), è, inoltre, il medesimo con cui l'ASL ha affermato essere "in linea" il provvedimento di proroga impugnato col ricorso introduttivo ed è documentato che tale proposta progettuale è stata redatta al più tardi al 15 luglio 2011 (data della sua trasmissione alla Direzione Sanità – Assessorato alla Tutela della Salute e Sanità della Regione Piemonte) ovvero ad una data che avrebbe potuto consentire alla s.a. di indire, sin da subito, una pubblica gara, o, per lo meno di espletare gli incombeni di cui all'art. 57, comma 6, del d.lgs. n. 163/2006, anziché ricorrere all'espedito dell'affidamento diretto a favore di poche elette società.

7.4) Né, del resto, può valere a giustificare il ricorso a tale ipotesi il generico riferimento alla necessità di "garantire il servizio al pubblico nonostante la carenza di personale", atteso che tale carenza risulta solo apoditticamente affermata, ma non documentata, e, in ogni caso, non pare integrare il requisito dell'imprevedibilità richiesto dall'ipotesi normativa in esame.

7.4.1) Osserva, al riguardo, il Collegio che le cessazioni dal servizio del personale di un ente pubblico sono circostanze sicuramente note con largo anticipo e, quindi, prevedibili e programmabili, coincidendo, di norma, col raggiungimento dei limiti di età o di anzianità contributiva per il collocamento in quiescenza, nel caso dei rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, o con la scadenza contrattuale, nel caso di contratti di lavoro o collaborazioni a tempo determinato.

Le uniche cessazioni imprevedibili sono, infatti, quelle dovute decesso o dimissioni senza preavviso, ma non consta che a tali ipotesi sia riconducibile la carenza di personale cui l'ASL fa riferimento nei propri atti.

7.4.2) Né imprevedibili o per lo meno non evitabili risultano eventuali trasferimenti interni del personale, dato che, essendo conosciuta dai dirigenti competenti la consistenza organica delle varie strutture, è difficile credere che possano essere state attuate procedure di mobilità interna potenzialmente idonee a mettere "in sofferenza" i Laboratori Analisi dell'ASL VC ovvero delle strutture deputate a "fornire risultati analitici utili per la prevenzione, la diagnosi, il decorso della malattia e per il monitoraggio della terapia" cioè un servizio di primaria rilevanza e funzionale a tutte le restanti strutture dell'Azienda.

7.5) Le ragioni di urgenza, eventualmente esistenti, non sono state, comunque, per nulla estemate (nemmeno nella determinazione n. 61/2012 impugnata col II ricorso per motivi aggiunti) e la forma apodittica utilizzata dalla s.a. non soddisfa ed esaurisce l'onere motivazionale che una costante giurisprudenza del giudice amministrativo richiede per derogare alla regola del massimo coinvolgimento degli operatori economici, non essendo sufficiente un mero richiamo, nella determina di affidamento, all'urgenza di provvedere, occorrendo piuttosto una motivazione dettagliata (Cons. St., sez. V, 31 dicembre 2007, n. 6797; Tar Lazio, Roma, n. 989/2012 cit; id, sez. III, 16 gennaio 2010, n. 286), che specifichi i presupposti di fatto dell'urgenza stessa (Tar Lazio, sez. III, 3 luglio 2009, n. 6443).

Come ha chiarito il Tar Lazio nella citata pronuncia n. 989/2012, "l'urgenza di procedere deve essere, oltre che concreta e motivata, anche non addebitabile alla stazione appaltante per carenza di adeguata organizzazione o programmazione ovvero per sua inerzia o responsabilità (Cons. St., sez. V, 10 novembre 2010, n. 8006; Tar L'Aquila 10 gennaio 2011, n. 3). Tali presupposti devono sussistere entrambi, con la conseguenza che è sufficiente, a rendere illegittimo il ricorso alla procedura dell'art. 57, comma 2, del codice degli appalti, la mancanza (e la mancata motivazione) dell'urgenza, indipendentemente dall'individuazione del soggetto al quale la stessa sia imputabile".

7.6) Anche a fronte dell'urgenza di provvedere, il ricorso alla procedura negoziata di cui all'art. 57 del d.lgs. n. 163 del 2006 non esime, in ogni caso, la s.a. dal porre in essere gli adempimenti di cui al comma 6 o, in caso d'impossibilità, dal darne adeguata contezza nella determinazione d'affidamento.

8) Ragioni simili a quelle che hanno portato il Collegio ad escludere la sussistenza dei presupposti di legge per ricorrere ad un affidamento diretto per ragioni d'urgenza, impediscono anche di ricondurre la fattispecie concreta a quella astratta normativa di cui all'art. 57, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 163/2006 (ragioni di natura tecnica), invocata dalla società Siemens nei propri scritti difensivi.

8.1) Spetta, infatti, alla stazione appaltante dimostrare giuridicamente la ragione per cui solamente un certo prodotto sarebbe dotato delle specificità tecniche necessarie e indicare sotto quale profilo un cambiamento di fornitore la costringerebbe ad acquisire un materiale non adeguato tecnicamente o tale da comportare un'incompatibilità tecnica ovvero difficoltà di uso o di manutenzione sproporzionate (cfr. Corte giustizia CE, Grande Sezione, 08 aprile 2008, n. 337) e, come è pure già stato precisato in giurisprudenza, nel caso di motivi di natura tecnica, "l'amministrazione è autorizzata alla procedura negoziata solo qualora sussistono precise esigenze

che impediscono o rendono assolutamente vano il ricorso agli ordinari incanti” e, dunque, “... solo in presenza di prestazioni infungibili, ovvero in altri casi nei quali non può assolutamente prescindere dalla considerazione della qualità del soggetto” (TAR Lazio, III –quater, 11 novembre 2009, n.11069).

8.2) Nella fattispecie in esame, sarebbe stato, pertanto, onere della stazione appaltante dimostrare la "unicità" del fornitore e la conseguente necessità di attivare la procedura negoziata, ma - come già dianzi evidenziato - la s.a. ha solo deciso di “esaurire” la fornitura dei prodotti della ricorrente e, in sua sostituzione, di “estendere” altre forniture, in modo da poter comunque garantire il servizio dei laboratori analisi.

9) Devesi, inoltre, escludere la ricorrenza, nel caso di specie, anche dei presupposti di cui all'ipotesi delle cd. “consegne complementari” prevista dall'art. 57, comma 3, lett. b), del d.lgs. n. 163/2006 (che, ad onore del vero, la stessa ricorrente ha - nel dubbio - ritenuto comunque di contestare con specifiche argomentazioni), e ciò non solamente perché, al pari di quella precedentemente scrutinata, di essa non v'è traccia o cenno nei provvedimenti amministrativi adottati dall'ASL e, essendo stata unicamente prospettata in sede giurisdizionale dalle difese dell'ASL e di tutte le controinteressate nello strenuo, ma vano, tentativo di dare una “veste” di legittimità postuma ad un affidamento diretto impropriamente disposto, manca, all'evidenza, del necessario ed ineludibile supporto motivazionale, ma anche e soprattutto perché la norma ammette la procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando di gara, nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, solo “qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate”.

9.1) Nel caso di specie, si è, invece, verificato l'esatto contrario ovvero la s.a. ha deciso proprio di “sostituire” i prodotti originariamente forniti dalla ricorrente, con l'impropria estensione della fornitura dei lotti 2 e 5 a favore delle società Siemens e Roche, integrata anche con i prodotti della Diasorin.

10) Va, infine, esclusa la riconducibilità della fornitura affidata alla Diasorin al cd. “quinto d'obbligo”, come, invece, sostenuto dall'ASL nel provvedimento “chiarificatore” impugnato col ricorso per motivi aggiunti.

11) Rammenta, al riguardo, il Collegio che con il termine quinto d'obbligo si fa comunemente riferimento alla previsione di legge (artt. 344 della legge 20 marzo 1865, n. 2248; 11 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440; 120 del r.d. 23 maggio 1924, n. 827) in forza della quale, nel corso dell'esecuzione di un contratto, l'appaltatore è soggetto all'obbligo di eseguire le integrazioni disposte dalla stazione appaltante, purché esse non superino il quinto dell'importo complessivo dell'appalto (in aumento o in diminuzione), senza potersi sottrarre a tale obbligo oppure pretendere particolari indennità ed avendo unicamente diritto, al di là di questo limite, alla risoluzione del contratto e al pagamento delle opere, dei lavori o delle forniture eseguite.

11.1) Ci si riferisce, in sostanza, alla modifica di aspetti eminentemente quantitativi del contratto in essere, che non ricorrono, però, nella fattispecie in esame, in quanto la fornitura aggiuntiva richiesta dall'ASL alla Diasorin (che l'interessata stessa definisce “complementare” nelle proprie difese) anziché avere ad oggetto l'estensione della prestazione originaria (ovvero la fornitura in service del sistema diagnostico completo per l'esecuzione di test



virologici), mantenendo immutate tutte le restanti condizioni economiche ed esecutive già pattuite e fissate nel contratto in vigore, ha avuto come oggetto la fornitura di “reagenti per laboratori analisi”, per la quale la Diasorin è stata invitata a formulare apposita offerta economica (vedi all. 5 – fascicolo doc. Diaorin), che poi è stata accettata dall’ASL.

11.1.1) Prova ne è che, nella stessa determinazione n. 61/2012, in cui è stata spesa tale motivazione a sostegno dell’affidamento della fornitura a Diasorin, la s.a. ha disposto l’integrazione del contratto a favore di tale società “alle condizioni di cui all’offerta integrativa DL411753A/Ig del 13/8/2011 (...)”, appalesando, dunque, in maniera inequivocabile che non di quinto d’obbligo poteva trattarsi, ma di nuovo affidamento a titolo oneroso.

11.2) Le considerazioni su esposte possono venir riproposte anche laddove si ritenga di dover rileggere la disposizione dianzi indicata alla luce di quanto stabilito in merito al quinto d’obbligo dal Codice dei contratti e dal relativo regolamento di esecuzione e attuazione, dato che le disposizioni di cui agli artt. 114, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 e dell’art. 311 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 risultano ancor più limitative di quelle contenute nell’ancora vigente art. 11 del r.d. n. 2440/1923 e tali da richiedere, in ogni caso, alla s.a. uno sforzo motivazionale ben più accentuato di quello imposto dalla più risalente disposizione.

12) In definitiva, sulla scorta del vaglio logico-valutativo, proprio di un giudizio impugnatorio, ora ipoteticamente ripercorso a meri fini risarcitori e/o sanzionatori, dato che la fornitura è giunta a scadenza, il Collegio ritiene che siano fondate e meritevoli di accoglimento le doglianze contenute:

- nel I e nel II motivo del ricorso introduttivo, in quanto risulta palese che, nel caso di specie, la s.a., con la determinazione n. 194/2011, ha provveduto ad affidare direttamente alle controinteressate Siemens, Roche e Diasorin, senza indire una pubblica gara, una fornitura di valore superiore alla soglia di rilievo comunitario di cui all’art. 28 del d.lgs. n. 163 del 2006 ed assimilabile, sotto il profilo prestazionale, a quella di cui all’originario lotto 7, ricorrendo allo stratagemma dello “affidamento integrato” della fornitura a favore di soggetti legati da rapporto contrattuale vigente o rinnovato nell’occasione, ma, di fatto, dando vita ad un nuovo affidamento in violazione dei principi di trasparenza, correttezza, par condicio e non discriminazione tra i concorrenti sanciti dall’art. 2 del d.lgs. n. 163/2006 e dall’art. 2 della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, nonché, in ogni caso, al di fuori dei presupposti legittimanti la procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando di gara, stabiliti dall’art. 57 del d.lgs.n. 163/2006;

- nel II e nel III motivo del II ricorso per motivi aggiunti (illegittimità in via propria), in quanto la s.a., con la determinazione n. 61/2012, ha “ri-affidato” alle contro interessate la fornitura di che trattasi al di fuori dei presupposti legittimanti la procedura negoziata, senza previa pubblicazione del bando di gara, stabiliti dall’art. 57 del d.lgs.n. 163/2006, e, per quanto riguarda la Diasorin, al di fuori dei presupposti propri del cd. “quinto d’obbligo” o, comunque, delle consegne complementari.

13) Si ribadisce, infatti, che, in sede di affidamento di appalti pubblici, la procedura di evidenza pubblica costituisce un presidio indispensabile a garanzia del corretto dispiegarsi della libertà di concorrenza e della trasparenza dell’operato delle amministrazioni dalla quale si può prescindere, ai sensi dell’art. 57, comma 2, del codice degli appalti solo eccezionalmente (C.d.S., sez. VI, 28 gennaio 2011, n. 642). Rappresentando tale procedura un’eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorsualità tipica della procedura aperta, i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva (C.d.S., sez. V, 2 novembre 2011, n. 5837).

14) Conclusivamente, in accoglimento dei su indicati motivi di gravame ed assorbiti gli ulteriori dedotti, il ricorso introduttivo e i ricorsi per motivi aggiunti successivamente proposti vanno accolti e, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a., dichiarata l'illegittimità in parte qua delle determinazioni dirigenziali n. 194/2011 e n. 61/2012, non essendovi più alcuna utilità pratica di disporre l'annullamento atteso che gli affidamenti illegittimamente disposti hanno oramai esaurito i loro effetti per scadenza del termine finale di durata (31/12/2012). Al riguardo, va, peraltro, dato atto dell'impropria formula riportata nel dispositivo pubblicato in data 13/21/2012 ("annulla gli atti e i provvedimenti impugnati").

15) Per le stesse ragioni, il Collegio ritiene di poter prescindere dal dichiarare, ai sensi dell'art. 121 c.p.a., l'inefficacia dei contratti stipulati con le controinteressate, ma che, ai sensi del comma 4 di tale articolo, sussistano i presupposti per applicare le sanzioni alternative di cui all'art. 123 c.p.a. nei confronti dell'ASL e, nello specifico, la sanzione pecuniaria di cui al comma 1, lett. a).

16) Ai fini dell'instaurazione del contraddittorio per la definitiva applicazione della sanzione fissa, pertanto, l'udienza pubblica del 26 marzo 2013, assegnando all'ASL il termine di 30 giorni dalla comunicazione, in via amministrativa, della presente sentenza per il deposito di memorie.

17) Rinvia al definitivo la decisione in ordine al regime delle spese di lite e all'eventuale risarcimento del danno.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Sezione II, parzialmente pronunciando sul ricorso principale e sui ricorsi per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e, per l'effetto, dichiara l'illegittimità in parte qua delle determinazioni dirigenziali n. 194/2011 e n. 61/2012.

Ai fini dell'instaurazione del contraddittorio per l'applicazione della sanzione di cui all'art. 123 del c.p.a. rinvia alla pubblica udienza del 26 marzo 2013.

Rinvia al definitivo la decisione in ordine al regime delle spese di lite e all'eventuale risarcimento del danno.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Ofelia Fratamico, Referendario

Manuela Sinigoi, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/01/2013

IL SEGRETARIO

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