

Pubblicato il 05/12/2024

N. 09740/2024REG.PROV.COLL.

N. 05704/2024 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5704 del 2024, proposto dalla società ***** S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 89134603E2, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta 142;

contro

Regione Toscana, non costituita in giudizio;
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;
***** - Ente di ++++++, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Luisa Gracili, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

+++++++ 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; +++++ S.p.A., Azienda Usl Toscana Centro, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza) n. 00724/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Usl Toscana Sud Est, di +++++ S.r.l. e di +++++;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2024 il Cons. Giovanni Pescatore e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determinazione n. 164/2018 *****, in qualità di centrale di committenza nell'interesse dell'AUSL Toscana Sud Est (in seguito AUSL TSE), ha disposto in favore della ***** S.p.A. in RTI con Ing. Ferrari S.p.A. l'aggiudicazione della fornitura in service c.d. "Corelab" (gara n. 19/2016), lotti 1 e 2, per un importo complessivo di € 25.418.992,75 IVA esclusa, cui è seguita la sottoscrizione della relativa Convenzione (di seguito "Convenzione Toscana Sud Est").

2. La Convenzione prevedeva una durata originaria di cinque anni, con decorrenza dal 11 giugno 2018 al 10 giugno 2023 e "possibilità di rinnovo, di anno in anno, per

ulteriori 4 (quattro) anni ed eventuale proroga fino ad un massimo di 6 mesi” (art. 1.3 del Capitolato Normativo).

3. Nel corso del 2023, in vista della scadenza della Convenzione, ***** ha invitato *****a formulare proposte migliorative dei progetti realizzati per le varie AUSL e AOU coinvolte, onde consentire a queste ultime, tra cui la AUSL TSE, di esprimere un eventuale interesse al rinnovo della convenzione per ulteriori due anni.

La AUSL TSE ha comunicato di avere esaminato i contenuti delle soluzioni prospettate ma di averle ritenute non conferenti rispetto ai propri specifici bisogni funzionali.

La stessa AUSL TSE si è attivata per esaminare soluzioni negoziali alternative e, tra queste, quelle consistente nell'adesione alla *“convenzione per la fornitura di sistemi analitici ad elevata automazione (Corelab) per i laboratori analisi dell'Azienda USL Toscana Centro”*, aggiudicata con determina 535/2022 al RTI *****S.r.l. - *****S.p.A. (di seguito *“Convenzione Toscana Centro”*).

La facoltà di adesione è prevista dal Capitolato Normativo, all'art. 4.03, il quale dispone che *“***** 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 ***** per l'approvvigionamento di forniture e servizi”*).

All'esito di questa complessiva fase valutativa, la AUSL TSE ha deciso, da un lato, di rinnovare la fornitura in corso di esecuzione con *****per un solo anno (fino al 10 giugno 2024), rinnovo poi perfezionato con l'accettazione da parte di *****in data 3 luglio 2023; e, dall'altro, di aderire alla predetta *“Convenzione Toscana Centro”*, adducendo a giustificazione di quest'ultima scelta: *i) ragioni di carattere tecnico, legate alla necessità di ottenere un maggior grado di automazione delle strumentazioni, superando l'obsolescenza del sistema di*

*****e favorendo una gestione più sostenibile e in linea con le esigenze delle proprie strutture;

ii) ragioni di carattere economico, connesse alla necessità di garantire risparmi tanto in termini di risorse umane da impiegare nello svolgimento delle prestazioni di analisi, quanto in termini di incremento dell'efficacia nell'esecuzione del servizio. L'adesione alla "Convenzione Toscana Centro" è stata formalizzata con determina di ***** n. 1429/2023 comunicata a *****il 9 novembre 2023 e recepita dalla AUSL TSE con delibera 1258 del 28 novembre 2023.

7. In data 6 dicembre 2023 *****ha promosso ricorso innanzi al TAR Toscana – ricorso poi integrato da motivi aggiunti, a seguito dell'accesso integrale agli atti dell'offerta tecnica del RTI +++++ – *****disposto dal TAR con l'ordinanza n. 227/2024 - affidando le proprie doglianze a due ordini motivi:

i) il primo volto a cont*****e l'illegittimo confronto concorrenziale avviato da ***** tra la proposta di *****relativa all'opzione di rinnovo contrattuale della Convenzione 2018 e la proposta di Beckman relativa all'adesione alla Convenzione 2022, confronto condotto senza la predeterminazione di parametri valutativi e criteri regolatori, all'esito del quale l'offerta della controinteressata sarebbe stata ingiustamente preferita sulla base di giudizi e valutazioni erronei e irragionevoli sotto svariati profili;

ii) il secondo volto a cont*****e l'illegittimità dell'adesione dell'AUSL TSE alla Convenzione stipulata dall'Azienda Toscana Centro sotto lo specifico e ulteriore profilo della carenza dei presupposti che, secondo la giurisprudenza, legittimano l'utilizzo di questo peculiare strumento negoziale senza attivazione di una nuova procedura di gara. Secondo *****non sarebbe stata assicurata l'invarianza delle condizioni tecniche ed economiche previste nella Convenzione originaria, giacché sarebbero state apportate plurime modifiche all'iniziale progetto tecnico per adattarlo alle esigenze specifiche dell'AUSL TSE, e sarebbero state

altresì modificate le condizioni economiche della fornitura. Per effetto della oggettiva e rilevante alterazione dell'originaria offerta tecnica ed economica, si sarebbe quindi determinato un illegittimo affidamento diretto al di fuori dei casi tassativi previsti dall'art. 63 d.lgs. 50/2016, applicabile *ratione temporis*.

8. Con sentenza n. 724 del 14 giugno 2024, il TAR Toscana ha respinto il ricorso e i motivi aggiunti, sostenendo, in estrema sintesi:

a) che il primo motivo è infondato perché nella fattispecie non vi è stata una procedura concorsuale atipica, ma la legittima scelta della AUSL TSE tra il rinnovo del contratto in essere con *****e l'adesione alla Convenzione 2022 “...soppesando le due alternative e individuando la soluzione maggiormente rispondente alle esigenze specifiche dell'Azienda...” (pag. 7/20 della sentenza);

b) che è infondato anche il secondo motivo, in quanto nella fase di adesione non vi è stata alcuna modifica sostanziale dell'oggetto della Convenzione 2022, sia perché è stata offerta “..una differente configurazione delle apparecchiature già oggetto della fornitura prevista per l'Azienda Toscana Centro per adattarle alle specifiche esigenze spaziali e funzionali dei lavoratori afferenti all'Azienda Toscana Sud Est...” (pag.14/20 della sentenza); sia perché il mutamento delle condizioni economiche relative al costo dell'assistenza tecnica relativa all'automazione di maggiore dimensione è riferito all'intera Convenzione 2022 e non è riservato alla sola AUSL TSE, quale parte aderente.

9. Avverso la decisione del Giudice delle prime cure, *****ha proposto il ricorso in appello qui all'esame, reiterativo delle questioni già poste in primo grado, con contestuale domanda cautelare.

10. La causa - discussa nel contraddittorio con *****, la AUSL TSE e *****S.r.L. - a seguito del rinvio al merito dell'istanza cautelare è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 21 novembre 2024.

Nel corso del giudizio, al rinnovo contrattuale annuale concesso a *****fino al 10 giugno 2024 ha fatto seguito, come da comunicazione di

***** del 23 luglio 2024, un ulteriore rinnovo contrattuale fino al 10 giugno 2025, accettato da ***** con comunicazione del 25 luglio 2024 ma sottoposto alla condizione risolutiva del possibile subentro nel contratto da parte di Beckman.

11. La disamina dell'appello deve prendere le mosse dallo scrutinio delle eccezioni preliminari sollevate da *****, in quanto concernenti una presunta inammissibilità dell'azione avversaria quale conseguenza:

-- di una asserita carenza di legittimazione ed interesse ad agire in capo alla parte ricorrente, argomentata sull'assunto per cui questa non potrebbe ottenere il bene della vita cui aspira né perseguendo l'annullamento della determinazione n. 1429 del 2023, trattandosi di atto correlato ad una procedura alla quale essa è del tutto estranea; né rimettendo in discussione il rinnovo per un solo anno del contratto in essere con la AUSL TSE, essendo questa scelta coperta da provvedimenti ai quali la stessa ricorrente ha prestato acquiescenza;

-- di una presunta irricevibilità per tardività della censura concernente il mancato rinnovo del contratto in essere tra ***** e AUSL TSE, posto che il ricorso è stato notificato in data 6 dicembre 2023 ma la lesione dell'interesse di ***** è scaturita da atti risalenti a ben oltre il termine decadenziale di impugnazione (in quanto datati 29 maggio 2023; 28 giugno 2023; 16 luglio 2023, 31 agosto 2023) con i quali ***** e la AUSL TSE hanno ripetutamente comunicato alla ricorrente la volontà di non rinnovare la convenzione del 2018, ritenendo non soddisfacenti e non idonee le proposte in tal senso avanzate da Roche.

11.1. Le eccezioni sono entrambe infondate.

11.2. Le deduzioni svolte da ***** anzitutto non mettono in questione il profilo di interesse strumentale, coltivato da ***** con la sua azione, a vedere annullata la determina di adesione e reimmesse nuovamente nel circuito

concorrenziale quelle prestazioni contrattuali che l'ampliamento della convenzione in essere con Beckman ha puntato ad estendere all'AUSL TSE.

Si tratta di un interesse astrattamente meritevole di tutela (siccome strumentale allo svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica per beni sottratti - in tesi – alla concorrenza in quanto affidati senza gara - cfr. tra le tante Cons. Stato, Sez. III, n. 9384/22) e supportato nel caso specifico da sufficienti elementi di concretezza, non essendo poste in dubbio, sotto questo riguardo, né la capacità competitiva di ***** nello specifico settore qui di interesse né, quindi, l'apprezzabile consistenza della *chance* con la quale la stessa potrebbe affacciarsi ad una nuova fase di evidenza pubblica che dovesse essere avviata a valle di un eventuale annullamento della procedura qui controversa.

11.3. Va respinta anche la seconda eccezione poiché - a prescindere da altre considerazioni - il primo motivo di appello non è volto a porre in questione la scelta in sé del mancato rinnovo della convenzione 2018-2023 stipulata tra ***** e AUSL TSE (o il suo prolungamento per un solo anno) ma è invece indirizzato sul diverso profilo della legittimità della gara “atipica” che ***** avrebbe avviato attraverso il confronto delle proposte “innovative” formulate da ***** e Beckman, gara “atipica” poi conclusasi con la determina n. 1429/2023 ritualmente e tempestivamente impugnata in quanto costituente - nella prospettiva di *****- l'esito dell'improprio confronto comparativo condotto tra le due offerte.

Poiché, tuttavia, proprio seguendo l'impostazione in parola, l'effetto lesivo di cui si duole ***** emana dal provvedimento n. 1429/2023, risulta inconferente la valutazione di tempestività rapportata a precedenti e distinti atti concernenti la separata procedura di rinnovo della Convenzione Toscana Sud Est relativa agli anni 2018-2023.

11.4. Va infine chiarito, sempre in via preliminare, che la piena giurisdizione del giudice amministrativo sull'intero ventaglio di istanze dedotte nel primo grado di giudizio e qui riproposte è stata affermata dal TAR con statuizione non impugnata, quindi coperta da giudicato e non più riformabile (art. 9 c.p.a.), il che consente di prescindere dalle deduzioni svolte dalle parti sul punto, in quanto non veicolate da alcun idoneo mezzo di impugnazione *in parte qua* della sentenza.

12. Venendo alle questioni di merito, con il primo motivo di appello ***** sostiene, come già fatto in primo grado e come sopra riepilogato, che la procedura seguita da ***** e dall'AULS TSE avrebbe dato luogo ad un atipico confronto concorrenziale tra la propria offerta, legata al rinnovo contrattuale, e quella di ***** , legata all'adesione alla "Convenzione Toscana Centro", entrambe innovate secondo i "desiderata dell'AUSL" e poi esaminate secondo parametri valutativi non precedentemente stabiliti. I progetti sarebbero stati oggetto di progressive migliorie, introdotte sulla base delle richieste dell'AUSL e ancora una volta valutate in modo comparativo senza alcuna prefissazione di specifici e oggettivi criteri ponderali, con conseguente violazione delle regole dell'evidenza pubblica (ovvero degli schemi di gara tipici previsti e disciplinati dal D.lgs. 50/2016) oltre che del principio di legalità e di tipicità degli atti e dei poteri amministrativi.

Con riguardo poi alle opzioni preferenziali espresse dalla AUSL, queste sarebbero fondate su una serie di criticità connesse a specifiche incongruenze dettagliate in distinti ambiti di censure tecniche concernenti: a) la pezzatura; b) l'aliquotazione; c) il Modulo BLIM– Bulk Loader Module (sistema di caricamento massivo delle provette tramite tramoggia); d) la coagulazione; e) l'ematologia; f) l'ergonomia dell'offerta *****; g) le tempistiche di intervento di *****; h) gli elementi aggiuntivi e migliorativi offerti da *****; i) la composizione del pannello analitico offerto da *****.

Sotto il profilo economico, *****sostiene che l'offerta ***** è molto più onerosa rispetto alla propria, in quanto l'importo complessivo per un anno dell'offerta *****è pari a € 3.000.750,70, con un costo medio a determinazione di € 0,316, mentre l'importo complessivo per un anno dell'offerta ***** è pari a € 3.388.909,47, con un costo medio a determinazione di € 0,35737, sicché anche sotto il profilo della convenienza finanziaria la scelta della parte committente risulterebbe illogica e immotivata.

12.1. Il Collegio ritiene infondato il motivo di appello e in particolare l'assunto di fondo che vi è sotteso – propedeutico agli ulteriori e più specifici rilievi di carattere tecnico – secondo il quale la AUSL TSE avrebbe avviato un confronto concorrenziale “atipico” tra due offerte, messe in competizione al di fuori di una regolare procedura di gara.

Come correttamente evidenziato dal TAR Toscana, la AUSL TSE “*non ha fatto altro che valutare due differenti soluzioni negoziali*” (pag. 7 della sentenza impugnata) e, quindi sondare - nell'ambito della programmazione dei propri acquisti e all'approssimarsi del termine di conclusione della Convenzione in essere con *****- le diverse modalità attraverso le quali poter soddisfare le proprie esigenze, seguendo i due canali del rinnovo della convenzione in corso di esecuzione con *****(c.d. “Convenzione Toscana Sud Est”) ovvero dell'adesione ad una distinta convenzione che vedeva altro operatore economico come aggiudicatario (c.d. “Convenzione Toscana Centro”).

Il solo fatto che l'ente pubblico abbia esplorato le possibili varianti e i più opportuni adattamenti consentiti dai due moduli negoziali non consente di affermare - se non in virtù di un vero e proprio salto logico - che per ciò solo abbia preso avvio, al di là delle stesse intenzioni della parte procedente, una gara informale tra *****e ***** , sia pure attraverso modalità del tutto divaricanti dagli schemi tipici dell'evidenza pubblica: deve al contrario ritenersi che

L'ente committente si sia orientato valutando quale delle due convenzioni meglio aderiva, o poteva adattarsi nei limiti ammessi dai rispettivi perimetri contrattuali, alle sue specifiche necessità.

Questa valutazione si è quindi proiettata anche sul fronte delle migliorie praticabili e di un confronto tra le alternative in campo, ma pur sempre nella cornice di convenzioni già perfezionate e disciplinate da una regolamentazione negoziale data, seguendo quindi un percorso che non ha sollecitato i due operatori alla formulazione di offerte “inedite” ma che ha preso a riferimento accordi contrattuali già consolidati sebbene modulabili nei loro contenuti (entro margini a loro volta sindacabili, come si vedrà *infra*, ma vincolati all'invarianza sostanziale dell'oggetto della fornitura) e comunque aperti - per il tramite del meccanismo della proroga o della adesione - ad una forma di estensione temporale o soggettiva.

12.2. Si ritiene quindi niente affatto causale, ma sintomatico dell'assenza di gara, che questa valutazione sia stata condotta - come ben messo in luce dalla ricorrente - al di fuori di un confronto orientato su una base prestazionale predisposta per l'occasione dall'Amministrazione, senza alcuna regolamentazione dei criteri di comparazione e senza neppure l'implicito vincolo della rigida alternatività delle due soluzioni, tanto vero che la AUSL ha contestualmente deciso di rinnovare la “Convenzione Toscana Sud Est” per una sola ulteriore annualità (fino al 10 giugno 2024) e di aderire alla Convenzione Toscana Centro per i successivi 48 mesi, giungendo quindi ad una sorta di sovrapposizione o combinazione delle due opzioni.

Se la gara prelude al perfezionamento di un nuovo rapporto negoziale, nel caso di specie l'Amministrazione ha agito quale titolare di due rapporti negoziali di distinta matrice, che le consentivano, per il tramite di un rinnovo temporale o di una estensione per adesione, di ricevere prestazioni, tra loro differenti, ma entrambe astrattamente idonee a soddisfare le esigenze degli enti sanitari ultimi destinatari

della fornitura. Il confronto tra le due soluzioni si è quindi svolto e concluso all'interno dei rapporti negoziali di cui si è detto.

12.3. Rovesciando l'impostazione argomentativa dell'atto di appello deve ancora aggiungersi che tutti i profili di anomalia della procedura messi in evidenza dalla ricorrente *****altro non rappresentano che evidenti elementi rappresentativi dell'assenza di una "gara tra offerte", e quindi del fatto che il procedimento si è svolto su binari avulsi dal modulo della evidenza pubblica ma consentiti dalle clausole opzionali - di rinnovo e adesione - previste dalle convenzioni in essere.

D'altra parte, l'appellante non indica mai, e in ciò si coglie un ulteriore argomento induttivo, in quale altro modo l'AUSL TSE avrebbe dovuto scegliere tra le prime due soluzioni (rinnovo / adesione) se non confrontando tra loro le specifiche caratteristiche tecniche ed economiche delle due praticabili soluzioni; né dimostra in che modo questo *iter* avrebbe violato il principio di tipicità dei poteri amministrativi, trattandosi di una iniziativa che ha attivato mere "facoltà" negoziali (e non già poteri amministrativi atipici), espressamente previste e regolamentate nell'ambito di contratti già in vigore.

12.4. Venuto meno, per le ragioni esposte, l'assunto di base posto a fondamento del primo motivo di appello, cadono anche gli addentellati deduttivi che entrano nel merito della supposta valutazione comparativa tra le due offerte, contestando gli elementi preferenziali che avrebbero erroneamente orientato la scelta dell'amministrazione.

Entrambe le opzioni - di proroga e adesione - sono infatti state esercitate sulla base di clausole meramente facoltative che autorizzavano l'ente ad avvalersi della espansione temporale o della estensione soggettiva delle convenzioni in essere, senza in alcun modo vincolarle ad una condizione di maggiore o minore convenienza comparativa esterna, sicché le considerazioni espresse in tal senso

nella determina n. 1429/2023 non possono rappresentare un parametro di riscontro della legittimità delle scelte effettuate, essendo queste, come detto, espressive di una opzione discrezionale, potestativa ed astratta da specifici vincoli motivazionali, fatti salvi quelli della coerenza (questi sì sindacabili) con i presupposti del potere negoziale di volta in volta esercitato (di rinnovo o di adesione).

Concludendo, una volta smentita la tesi della atipica messa in gara delle offerte, si esaurisce la possibilità del raffronto analitico dei rispettivi contenuti delle due proposte, poiché ogni potere negoziale azionato rinviene la sua disciplina nelle clausole contrattuali che lo prevedono e la scelta della sua attivazione non è altrimenti sindacabile se non in relazione alle condizioni poste in quello specifico ambito regolativo.

Sulla scorta di tali considerazioni colgono nel segno le statuizioni del TAR, che reputano la comparazione operata da *****, punto per punto, “inammissibile” in ragione anche del fatto che oggettivamente si verte “*nell’ambito di procedure di gara diverse*”, “*vi è la mancanza di parametri uniformi*” e *****“*sostituisce il proprio giudizio tecnico a quello dell’Amministrazione*”.

13. Con il secondo motivo di appello, la società ricorrente ribadisce la tesi secondo cui l’affidamento *de quo* non può essere qualificato come adesione al precedente contratto in essere con *****, alle stesse condizioni tecniche e economiche ivi previste, e ciò in quanto:

- sotto il profilo tecnico, ***** ha offerto, per gli SPOKE dell’AUSL TSE, un sistema radicalmente differente (Sistema DxA 5000 Fit con Modulo Input/Output proprio specifico), pensato per servire laboratori di piccole dimensioni, che non è stato offerto all’AUSL TC a causa dei differenti obiettivi da soddisfare (laboratori ad alta automazione e ad elevata produttività): i Sistemi DxA 5000 e DxA 5000 Fit sono infatti diversi e non intercambiabili, e il Modulo

Input/Output costituisce elemento a sé caratteristico del solo Sistema Dx A 5000 Fit;

-- sempre sotto il profilo tecnico, *****rileva che la prestazione concordata in adesione con la AUSL TSE contiene l'offerta di una connessione con gli strumenti per l'analisi della coagulazione e con gli strumenti di ematologia non prevista nella originaria Convenzione stipulata in favore dell'Azienda Toscana Centro; ed aggiunge che ***** ha fornito all'AUSL TC l'aggiornamento tecnologico degli analizzatori di immunometria DxI 800 (con il nuovo sistema DxI9000), che invece non è previsto nel progetto predisposto a favore dell'AUSL TSE;

-- anche sotto il profilo economico sarebbero mutate le condizioni dell'originaria convenzione oggetto di adesione, in quanto dalla stessa determina n. 1429/23 si evince che: “... ***** ha... richiesto a *****... di operare un miglioramento economico... ***** ha... risposto... di essere disponibile a ridurre i corrispettivi per il servizio di assistenza tecnica previsti per i sistemi di 38 automazione Dx A 5000 Input Module offerti per i laboratori cd. “hub” da € 48.000/anno a € 28.000/anno; - a fronte di questa miglioria il risparmio economico ipotizzabile per un anno di fornitura potrà essere stimato complessivamente in € 160.000,00 Iva escl. (suddiviso in € 80.000 per ognuna delle due Aziende Sanitarie interessate)”.

13.1. Il motivo di appello è infondato.

13.2. A debita premessa delle successive considerazioni va anzitutto chiarito che il Capitolato normativo della Convenzione Toscana Centro 2022 prevedeva agli artt. 16.01 e 23.01 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” e che “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?”.

13.3. Va da sé che nella dizione “Aziende” si comprendono tutte le Aziende Sanitarie interessate dalla convenzione, quindi tanto quelle rientranti nell’ambito territoriale della AUSL TC, quanto quelle successivamente aderenti, inclusa tra queste la AUSL TSE, e ciò in forza della clausola di adesione riportata all’art. 4.03 del predetto capitolato ove si prevede la possibilità di estensione delle relative condizioni contrattuali a tutti gli “*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 ******”.

13.4. Ciò posto e venendo ai contenuti della proposta perfezionata in sede di adesione, occorre prendere in esame la tesi secondo cui i sistemi di preanalitica offerti da ***** all’AUSL TSE per gli Spoke (DxA 5000 Fit) non sarebbero gli stessi inclusi nell’offerta originaria formulata da ***** in favore dell’AUSL TC, sicché si profilerebbe sotto questo primo profilo l’evidenza di un *aliud pro alio* incompatibile con il meccanismo della estensione della Convenzione mediante adesione del terzo.

A parere del Collegio, l’assunto trova elementi di smentita sufficientemente convincenti, tali quindi da non giustificare approfondimenti istruttori, nei contenuti dell’offerta ***** e dell’allegata documentazione tecnica (scheda tecnica e manuale d’uso), costituente parametro descrittivo di decisiva rilevanza ai fini della determinazione contenutistica della prestazione.

Rilevanti in tal senso appaiono:

-- il riferimento alla “*famiglia di soluzioni DxA5000*” contenuto nel progetto offerto da ***** alla AUSL TSE, allegato alla determina di adesione (pag. 10) e il

ripetuto richiamo alla formula fornitura “*sistemi analitici ad elevata automazione*” contenuta sia nella Convenzione del 2022, sia nella determina di adesione;

-- il manuale per l’uso della strumentazione in commento (vedasi il doc. 41 allegato da *****in primo grado) che, oltre ad essere unico per le due varianti in commento DxA 5000 e DxA 5000 Fit, definisce quest’ultima come “*un’altra configurazione della*” (stessa) “*famiglia DxA 5000. A seconda dei moduli utilizzati nella specifica configurazione, la produttività, le funzioni e gli analizzatori collegati variano*” (pag. 1.1 del Capitolo 1 del Manuale d’uso).

-- la “Scheda Tecnica DxA 5000” (doc. 54 allegato da *****in primo grado) che specifica come “*la grande flessibilità del sistema rende possibili diverse configurazioni che si adattano perfettamente alle condizioni logistiche e alle necessità organizzative dei laboratori*” (pag. 3);

-- la dichiarazione di conformità alle direttive della UE del 21.07.2021 (doc. 15 ***** del giudizio di primo grado), dalla quale si ricava che il sistema (indicato unitariamente come DxA Automation Sistem, declinato nelle due varianti, intervallate da una virgola, DxA 5000 e DxA 5000 Fit) può essere configurato assemblando variamente i differenti moduli indicati nella stessa dichiarazione di conformità (Input Module, Output Module, Input/Output Module, Duple Centrifuge, Rack Building Module, Transport Input Module, Storage Module, Centrifuge etc..).

13.5. Dalle indicazioni innanzi riportate pare possibile desumere non solo che la diversa configurazione e combinazione dei moduli pone capo a varianti dello stesso “sistema”, ma che un’eventuale diversità dei “moduli” – ove anche accertata – non potrebbe che refluire nell’unicità del “sistema” che li raccoglie, nel senso che ciò che cambia è la configurazione del “sistema”, non il “sistema” in quanto tale, poiché strutturalmente predisposto a recepire componenti e combinazioni diverse.

Su questa interpretazione sono d'altra parte concordi le due parti contraenti, che forniscono una lettura autentica della volontà negoziale trasfusa nell'atto contrattuale.

13.6. Appare inoltre indimostrata l'ulteriore affermazione di parte appellante secondo la quale *“le diverse configurazioni possibili sono però riconducibili a due ben specifiche e diverse tipologie di sistema”* (pag. 23 memoria del 5.11.2024).

Come si è esposto, l'offerta di ***** ha avuto ad oggetto, per quanto si intende dalla lettura dei relativi allegati, la fornitura di *“sistemi analitici ad elevata automazione”*: la formulazione al plurale (*“sistemi”*), aggregata al solo fattore comune dell'elevata automazione e ulteriormente declinata in documenti tecnici illustrativi di un'articolata combinazione di possibili configurazioni, rende assai poco plausibile una lettura restrittiva dell'offerta che intendesse coglierne un contenuto *“puntuale”* (ma non meglio circoscritto), quindi confinato ad una specifica composizione componentistica modificata la quale il contenuto dell'offerta muterebbe radicalmente. Si tratta infatti di operazione interpretativa confliggente sia con l'elasticità descrittiva del compendio di elementi rappresentativi della prestazione sopra riportati, sia con l'assenza di specifiche testuali di maggior dettaglio orientate a precludere interpretazioni di tipo *“estensivo”*.

Peraltro, poiché le clausole contrattuali devono *“essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto”* (art. 1369 c.c.) e nell'oggetto della Convenzione si chiarisce (punti 16.01 e 23.01) che *“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”*, l'interprete non può che aderire ad una lettura maggiormente coerente con le esigenze ravvisate al fondo della fornitura, aderendo quindi ad uno scenario ermeneutico che - si ribadisce - non trova sufficienti elementi di contrasto in formule descrittive di senso restrittivo.

13.7. In merito alla questione in esame è parimenti superabile anche l'ulteriore asserzione di *****secondo cui *“a differenza di quanto tentano ancora di accreditare le controparti, non risulta possibile configurare anche in modalità output, e quindi trasformare, il Modulo Input del Sistema DxA 5000 nel Modulo Input/Output del Sistema DxA 5000 Fit”* (pag. 25).

In senso nettamente contrario a questa affermazione depone l'indicazione letterale di cui alla pagina 65 del manuale d'uso del sistema DxA 5000, ove si legge che *“...Il modulo di input/output è un modulo dalla doppia funzionalità che nel contesto della configurazione del sistema DxA 5000 Fit svolge sia la funzione di modulo di input sia quella del modulo di output”*: la formulazione testuale è chiara nell'evidenziare che ciò che cambia non è il modulo ma la funzione dallo stesso svolta nel contesto della configurazione del sistema DxA 5000 Fit; e se, come si è esposto, per definizione il sistema diagnostico modulare va adattato agli spazi in cui deve essere installato e alle esigenze diagnostiche di ogni laboratorio che lo riceve (come espressamente previsto dalle disposizioni del Capitolato tecnico sopra richiamate e relative alla “Convenzione Toscana Centro”), non si può affermare, a fronte della identità dei componenti solo diversamente configurati, che la strumentazione sia cambiata.

13.8. Per le ragioni esposte, merita condivisione il passaggio motivazionale nel quale il TAR osserva 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, contempra 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...”*.

13.9. Con riguardo, poi, alle divergenze contenutistiche tra le due convenzioni concernenti le connessioni con gli strumenti per l'analisi della coagulazione e con gli strumenti di ematologia, si osserva quanto segue:

i) come correttamente evidenziato nella pronuncia gravata, tali collegamenti sono stati proposti da ***** alla AUSL TSE solo in via eventuale (pag. 18 della sentenza impugnata), il che ne evidenzia il carattere di dotazione accessoria e non essenziale, non in grado quindi di alterare in termini sostanziali l'oggetto della fornitura;

ii) gli stessi collegamenti erano previsti come possibilità anche nella gara dell'AUSL TC, in quanto nel relativo capitolato tecnico si legge che *“dovrà essere garantita la presenza di una connessione bidirezionale, elettromeccanica ed informatica, per l'eventuale integrazione in automazione di un analizzatore di coagulazione modello ACL TOP 750 LAS dedicato alle Urgenze. L'analizzatore di coagulazione non è oggetto di fornitura ma dovrà essere comunque incluso e chiaramente descritto nei layouts proposti”* (pag. 6 doc. 24);

iii) lo stesso Capitolato Tecnico della gara che ha condotto alla stipula della Convenzione 2022 prevedeva tra le caratteristiche essenziali del sistema di automazione quella secondo cui *“Il Sistema di Automazione integrata proposto dovrà essere aperto alla possibilità di collegare strumenti analitici di altri fornitori”*;

iv) le connessioni in oggetto integrano addentellati tecnici di peso marginale, quindi inidonei a determinare, per effetto della loro presenza o assenza, un'alterazione contenutistica sostanziale delle due forniture.

13.10. Nessun rilievo può essere attribuito, infine, alla circostanza rilevata dall'appellante per cui *“è poi un dato di fatto che ***** non abbia offerto all'AUSL TSE l'aggiornamento tecnologico degli analizzatori di immunometria DxI 800 (immessi sul mercato nel 2003) con il nuovo sistema Dx A900, fornito invece all'AUSL TC”* (pag. 29): quel che infatti rileva ai fini della valutazione di legittimità dell'adesione, in un'ottica di favore rispetto alle forme di acquisizione centralizzata ed aggregata

di beni e servizi occorrenti al funzionamento della P.A., è la sostanziale invarianza delle prestazioni fornite (Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2016, n. 442; Cons. Stato, sez. III, 15 febbraio 2018, n. 982), e sotto questo riguardo non pare possibile attribuire valore dirimente all'aggiornamento tecnologico di una strumentazione che è e resta la medesima, anche nel caso in cui la relativa versione aggiornata non sia richiesta, offerta e comunque non occorra all'Azienda sanitaria aderente.

13.11. Sulla scorta delle considerazioni che precedono cade anche l'ulteriore rilievo di parte appellante secondo il quale ulteriore conferma della sostanziale differenza tra i due sistemi si rileverebbe nel “.. *diverso canone di noleggio annuo, che è pari a € 24.000,00 per il Sistema Dx A 5000 e a € 10.000,00 per il Sistema Dx A 5000 Fit*” (pag. 29 atto di appello).

Sul punto è decisivo osservare - in accordo alle controrepliche dell'Amministrazione appellata, non efficacemente confutate dalla parte avversaria - che il minor corrispettivo annuo deriva dalla variazione dei moduli che compongono il sistema di automazione; variazione a sua volta indotta dal necessario adattamento delle dotazioni alle specifiche realtà territoriali, posto che il complesso delle funzioni disponibili per i laboratori Spoke non è il medesimo necessario ai laboratori Hub sicché, variando la consistenza dei sistemi di automazione, variano anche le corrispondenti voci di costo.

13.12. E' infine rimasto incontestato il passaggio motivazionale della pronuncia di primo grado nel quale, con argomentazione distinta e autonomamente risolutiva, si afferma che la modifica delle condizioni economiche della fornitura “...*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 generica e inconferente affermazione di parte appellante secondo la quale “è indubbio pertanto che via sia stata una reale e effettiva modifica delle condizioni economiche

*praticate da ****** (pag. 38 dell'appello), non fornisce alcuna confutazione critica neppure di questa distinta *ratio decidendi* fondante la decisione di primo grado.

14. Per quanto esposto, l'appello va integralmente respinto pur potendosi disporre - in considerazione della peculiarità delle questioni trattate - la compensazione delle spese relative al presente grado di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese di lite compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Pescatore

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO