ARNAS G.Brotzu
Azienda di Rilievo Nazionale
ed Alta Specializzazione

Deliberazione n. 348

Adottata dal Direttore Generale in data 06.03.2024

Oggetto: Presa d'atto ordinanza emessa dal T.A.R. Sardegna (Sezione Prima) relativa alla Procedura aperta informatizzata per la fornitura in service di sistemi diagnostici per la rilevazione di HBsAg, Anticorpi anti HCV, Anticorpi anti HIV 1 e 2 e Antigene HIV, Anticorpi anti Treponema Pallidum con metodo immunometrico, per la validazione ai fini trasfusionali di sangue ed emocomponenti per le esigenze della S.C. Immunoematologia e Centro Trasfusionale dell'ARNAS "G. Brotzu" per tre anni con eventuale rinnovo per ulteriori due anni - Lotto 1.

PDEL/2024/ 355LP

Pubblicata all'Albo Pretorio dell'Azienda a partire da 06.03.2024 per 15 giorni consecutivi e posta a disposizione per la consultazione.

Il Direttore Generale	Dott.ssa Agnese Foddis
Coadiuvato da	
Direttore Amministrativo	Dott. Ennio Filigheddu
Direttore Sanitario	Dott. Raimondo Pinna

S.C. Affari Generali Ufficio Delibere

Firmato digitalmente da PERRA LUISANNA

La presente Deliberazione prevede un impegno di spesa a carico dell'Azienda Ospedaliera Brotzu

SI NO X

Su proposta della S.C. Acquisizione Beni, Servizi ed Economato;

Richiamato l'atto deliberativo n. 1500 del 12.12.2022 di delega di funzioni in favore del Dott. Davide Massacci, Responsabile del Settore "Area Acquisti di Beni Sanitari e Servizi/Liquidazione Fatture";

Premesso che con atto deliberativo n. 1714 del 28.12.2023 è stata aggiudicata la Procedura Aperta informatizzata per la fornitura in service di sistemi diagnostici per la rilevazione di HBsAg, Anticorpi anti HCV, Anticorpi anti HIV 1 e 2 e Antigene HIV, Anticorpi anti Treponema Pallidum con metodo immunometrico, per la validazione ai fini trasfusionali di sangue ed emocomponenti per le esigenze della SC Immunoematologia e Centro Trasfusionale dell'ARNAS "G. Brotzu" per tre anni con eventuale rinnovo per ulteriori due anni disponendo, nello specifico, in favore della Ditta Roche Diagnostics SpA., la fornitura del Lotto 1, per un importo complessivo annuo € 198.000,04 oltre Iva di Legge;

Atteso che l'Operatore Economico Ortho-Clinical Diagnostics Italy S.r.l., classificatosi secondo in graduatoria in ordine al Lotto 1, ha impugnato la procedura di gara esposta in premessa presso il Tribunale Amministrativo Regionale della Sardegna, depositando, in data 29.01.2024, ricorso avverso l'aggiudicazione di cui all'atto esposto in premessa;

Ravvisato che in data 04.03.2024 il TAR ha notificato la sentenza relativamente alla vertenza in oggetto e che, nella specie, il Collegio ha statuito favorevolmente a quest'Azienda disponendo il rigetto in toto del ricorso formulato dalla Ditta Ortho-Clinical Diagnostics Italy S.r.l., come da allegato sotto la lettera "A";

ARNAS G.Brotzu
Azienda di Rilievo Nazionale
ed Alta Specializzazione

Segue deliberazione n. 348 del 06.03.2024

Ritenuto pertanto, alla luce di quanto esposto sopra, di dover prendere atto del contenuto dell'ordinanza emessa dal T.A.R. Sardegna (Sezione Prima) in data 04.03.2024, che respinge il ricorso avverso l'aggiudicazione di cui all'atto deliberativo n. 1714 del 28.12.2023, relativo alla Procedura aperta informatizzata per la fornitura in service di sistemi diagnostici per la rilevazione di HBsAg, Anticorpi anti HCV, Anticorpi anti HIV 1 e 2 e Antigene HIV, Anticorpi anti Treponema Pallidum con metodo immunometrico, per la validazione ai fini trasfusionali di sangue ed emocomponenti per le esigenze della S.C. Immunoematologia e Centro Trasfusionale dell'ARNAS "G. Brotzu" per tre anni con eventuale rinnovo per ulteriori due anni - Lotto 1, e di dover procedere alla stipula del relativo contratto con l'aggiudicatario Roche Diagnostics SpA.;

Visto il D. Lgs. n. 50/16;

Con il parere favorevole del Direttore Amministrativo e del Direttore Sanitario;

DELIBERA

1. di prendere atto del contenuto dell'ordinanza emessa dal T.A.R. Sardegna (Sezione Prima) in data 04.03.2024, che respinge il ricorso avverso l'aggiudicazione di cui all'atto deliberativo n. 1714 del 28.12.2023, relativo alla Procedura aperta informatizzata per la fornitura in service di sistemi diagnostici per la rilevazione di HBsAg, Anticorpi anti HCV, Anticorpi anti HIV 1 e 2 e Antigene HIV, Anticorpi anti Treponema Pallidum con metodo immunometrico, per la validazione ai fini trasfusionali di sangue ed emocomponenti per le esigenze della S.C. Immunoematologia e Centro Trasfusionale dell'ARNAS "G. Brotzu" per tre anni con eventuale rinnovo per ulteriori due anni - Lotto 1, e di procedere alla stipula del relativo contratto con l'aggiudicatario Roche Diagnostics SpA.

Il DIRETTORE GENERALE
Dott.ssa Agnese Foddis

FODDIS AGNESE Firmato digitalmente da FODDIS AGNESE

Il Direttore Amministrativo
Dott. Ennio Filigheddu

FILIGHEDDU ENNIO Firmato digitalmente da FILIGHEDDU ENNIO

Il Direttore Sanitario
Dott. Raimondo Pinna

PINNA RAIMONDO Firmato digitalmente da PINNA RAIMONDO

Il Delegato Responsabile della S.C. ABSE Dott. D. Massacci MASSACCI DAVIDE

Estensore Dott.ssa Laura Pisano

PISANO LAURA Firmato digitalmente da PISANO LAURA Data: 2024.03.05 14:46:00 +01'00'

Allegato "A"

Pubblicato il 04/03/2024

N. 00182/2024 REG.PROV.COLL.
N. 00100/2024 REG.RIC.

Firmato digitalmente

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 100 del 2024, proposto da

Ortho-Clinical Diagnostics Italy S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 99380691FB, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Pettinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

ARNAS - Azienda di Rilievo Nazionale ed Alta Specializzazione "G. Brotzu", in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefania Sanna e Andrea Versace, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Roche Diagnostics S.p.A. – Società Unipersonale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Jacopo Emilio Paolo Recla, Debora Urru e Ilenia Paziani, con domicilio digitale come da PEC da

Registri di Giustizia e domicilio fisico presso lo studio dell'avv. Debora Urru in Cagliari, via Genneruxi n. 5;

per l'annullamento

previa sospensiva:

- della Deliberazione n. 1714, adottata dal Direttore generale dell'ARNAS in data 28.12.2023, avente a oggetto: "*Aggiudicazione Procedura aperta informatizzata per la fornitura* in service *di sistemi diagnostici per la rilevazione di HBsAg, Anticorpi anti HCV, Anticorpi anti HIV 1 e 2 e Antigene HIV, Anticorpi anti Treponema Pallidum con metodo immunometrico, per la validazione ai fini trasfusionali di sangue ed emocomponenti per le esigenze della SC Immunoematologia e Centro Trasfusionale dell'ARNAS "G. Brotzu" per tre anni con eventuale rinnovo per ulteriori due anni. Lotto 1: Ditta Roche Diagnostics SpA. Importo complessivo annuo € 198.000,04 oltre Iva di Legge – Codice Cig 99380691FB*", comunicata alla ricorrente via p.e.c. in data 29.12.2023, nella parte in cui è disposta l'aggiudicazione del lotto 1 della procedura in favore di ROCHE Diagnostics S.p.A.;
- della nota PG/2023/0022212 datata 29.12.2023, inviata in pari data alla ricorrente, nella parte in cui si comunica l'aggiudicazione del lotto 1 della procedura in favore di ROCHE Diagnostics S.p.A;
- di tutti i verbali del seggio di gara e, segnatamente, dei verbali n. 5 e n. 7, nella parte in cui il predetto seggio di gara ha ammesso alla gara e valutato col punteggio ivi indicato l'offerta di ROCHE Diagnostics S.p.A;
- di ogni ulteriore atto preordinato, conseguente e comunque connesso o presupposto "benché non conosciuto";

per la condanna dell'ARNAS "G. BROTZU", previo accertamento del diritto a conseguire l'aggiudicazione in capo alla ricorrente, ad adottare il provvedimento di aggiudicazione e a stipulare con quest'ultima il contratto relativo al lotto 1 della procedura;

per la dichiarazione della decadenza della parte odierna controinteressata dalla aggiudicazione e della inefficacia del contratto eventualmente *medio tempore* stipulato e per il subentro nel contratto dichiarato inefficace;
per la condanna dell'ARNAS "G. BROTZU", anche per la sola eventuale parte residua, in caso di parziale inefficacia del contratto, al risarcimento dei danni;
e, qualora il Giudice non dichiari l'inefficacia del contratto, per la condanna dell'ARNAS "G. BROTZU" al risarcimento del danno a favore della ricorrente, "con riserva di determinare l'ammontare del danno nel corso del giudizio".

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ARNAS - Azienda di Rilievo Nazionale ed Alta Specializzazione "G. Brotzu" e di Roche Diagnostics S.p.A. – Società Unipersonale;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2024 il dott. Oscar Marongiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda di Rilievo Nazionale ed Alta Specializzazione "G. Brotzu" (in seguito ARNAS) ha indetto una gara, suddivisa in due lotti, per l'affidamento della fornitura *in service* di sistemi diagnostici per la rilevazione di HBsAg, Anticorpi anti HCV, Anticorpi anti HIV 1 e 2 e Antigene HIV, Anticorpi anti *Treponema Pallidum* con metodo immunometrico, per la validazione ai fini trasfusionali di sangue ed emocomponenti per le esigenze della S.C. Immunoematologia e Centro Trasfusionale dell'ARNAS per tre anni con eventuale rinnovo per ulteriori due anni.
Alla procedura, per l'aggiudicazione del lotto 1, hanno partecipato le società Ortho-

Clinical Diagnostics Italy S.r.l., odierna ricorrente, Siemens Healthcare S.r.l. e Roche Diagnostics S.p.A.

Il lotto 1 è stato aggiudicato a Roche Diagnostics S.p.A., odierna controinteressata, mentre Ortho-Clinical Diagnostics Italy S.r.l. si è classificata seconda in graduatoria.

1.1. Con l'odierno ricorso, quindi, Ortho-Clinical Diagnostics Italy S.r.l. ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, nella parte in cui la controinteressata non è stata esclusa dalla gara, deducendone l'illegittimità sulla base del seguente motivo:

"*VIOLAZIONE DI LEGGE: eccesso di potere per illogicità, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, contraddittorietà, illogicità e irragionevolezza. Violazione e falsa applicazione della* lex specialis *della gara e, in particolare, dell'art. 7 del Capitolato Speciale. Violazione del principio della concorrenza, di correttezza e buona fede. Violazione e falsa applicazione del d.lgs. 50/2016, e in particolare degli artt. 59 ss., 83 ss.*".

La ricorrente deduce che la legge di gara, all'art. 3 del Capitolato, prescriveva dei requisiti minimi a pena di esclusione per i reagenti, specificati nell'allegato A), scheda A), che non sarebbero riscontrabili nell'offerta di Roche Diagnostics S.p.A., con la conseguenza che quest'ultima avrebbe dovuto essere esclusa.

La commissione avrebbe omesso di verificare che le quantità offerte dall'aggiudicataria fossero sufficienti a garantire l'esecuzione delle prestazioni come richieste dalla legge di gara a livello quantitativo.

Più nello specifico, secondo la prospettazione di parte ricorrente:

- la tabella A dell'allegato A) del Capitolato speciale (pagg. 59 e 60 del doc. 3 della ricorrente) individua, per il lotto 1, in 20.000 determinazioni/anno il fabbisogno dei Test richiesti dalla stazione appaltante per la validazione Biologica degli Emocomponenti;
- dal combinato disposto dei requisiti minimi indicati nella *lex specialis*, dalla citata tabella A e dai chiarimenti resi dalla stazione appaltante risulterebbe che i test da offrire dovevano essere almeno:

-- in totale 21.937, corrispondenti a 74 confezioni, per HCV, HbsAg e Sifilide, di cui: 20.000 per i campioni, 1.248 per i controlli interni per due strumenti (624 per ogni strumento), 624 per i controlli esterni, 16 per le calibrazioni, 9 per la VEQ (verifica esterna di qualità) e 40 per la qualificazione degli strumenti;

-- in totale 22.873, corrispondenti a 77 confezioni, per HIV, di cui: 20.000 per i campioni, 1.872 per i controlli interni per due strumenti (936 per ogni strumento), 936 per i controlli esterni, 16 per le calibrazioni, 9 per la VEQ e 40 per la qualificazione degli strumenti;

- il difetto dei requisiti essenziali e minimi dell'offerta della aggiudicataria emergerebbe da un semplice calcolo matematico, in quanto Roche Diagnostics S.p.A. ha offerto 3 confezioni in meno (corrispondenti a 900 test) per ognuno degli analiti HCV, HbsAg e Sifilide, e 5 confezioni in meno (corrispondenti a 1500 test) per l'analita HIV.

La controinteressata, quindi, avrebbe dovuto essere esclusa per aver presentato un'offerta carente dei requisiti di cui all'art. 3 del Capitolato.

A sostegno della censura la ricorrente richiama anche l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale la difformità dell'offerta rispetto alle caratteristiche tecniche essenziali previste negli atti di gara, risolvendosi in un *aliud pro alio*, giustifica l'esclusione del concorrente dalla procedura addirittura anche in assenza di espressa previsione della sanzione espulsiva nella *lex specialis* (cfr. T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. II, 24.1.2024, n. 172; C.d.S., Sez. IV, 31 maggio 2023, n. 5393; id., Sez. V, 5 maggio 2016, n. 1818 e n. 1809).

1.2. Si sono costituite l'ARNAS e la controinteressata, chiedendo la reiezione del ricorso.

1.3. Alla camera di consiglio del 21 febbraio 2024 il Collegio ha dato avviso alle parti della possibilità di adottare una sentenza semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a. Le parti hanno discusso e il legale della controinteressata ha prospettato l'eventualità della proposizione di un ricorso incidentale. La causa è quindi passata

in decisione.

2. In via preliminare, osserva il Collegio che ricorrono tutti i presupposti per la definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata *ex* art. 60 c.p.a., atteso che:

- ai sensi del primo comma della disposizione richiamata "*In sede di decisione della domanda cautelare, purché siano trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, il collegio, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata, salvo che una delle parti dichiari che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza, ovvero regolamento di giurisdizione*";

- nella fattispecie: i) sono trascorsi oltre venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso (avvenuta il 29.1.2024); ii) il contraddittorio e l'istruttoria risultano completi; iii) le parti costituite sono state sentite sul punto nel corso dell'udienza camerale; iv) il difensore della controinteressata non ha dichiarato l'intenzione della parte assistita di proporre ricorso incidentale, ma si è limitata a rilevare la pendenza dei termini per la proposizione dello stesso, prospettata in termini meramente ipotetici e senza alcuna espressa richiesta di rinvio al riguardo;

- non è dunque necessario disporre il rinvio ai sensi dell'ultima parte dell'art. 60 cit., secondo cui "*Ove ne ricorrano i presupposti, il collegio dispone l'integrazione del contraddittorio o il rinvio per consentire la proposizione di motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza o di giurisdizione e fissa contestualmente la data per il prosieguo della trattazione*".

2.1. Peraltro, ancora in via preliminare, osserva il Collegio che l'eventuale ricorso incidentale sarebbe comunque privo di interesse in quanto il ricorso in esame – come si vedrà di seguito – è infondato nel merito.

La giurisprudenza, infatti, ha ormai chiarito che una volta esaminato e ritenuto infondato il ricorso principale, in applicazione del principio della c.d. *ragione più liquida*, il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata diviene

inevitabilmente improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse ai sensi degli artt. 42, comma 1, e 35, comma 1, lett. c), c.p.a., essendo evidente che l'interesse della aggiudicataria a proporre ricorso incidentale, al fine di contestare la mancata esclusione dalla gara della ricorrente principale, viene radicalmente meno qualora il ricorso proposto da quest'ultima venga respinto, dal momento che, in tal caso, l'aggiudicataria conserva il bene della vita ottenuto (*id est*: l'aggiudicazione).

Del resto, se è vero che le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea 4 luglio 2013, *Fastweb* (causa c-100/12), 5 aprile 2016 *Puligienica* (causa c-689/13) e 5 settembre 2019 *Lombardi* (causa c-333/18) hanno affermato la necessità di esaminare sempre il ricorso principale, anche in caso di accoglimento del ricorso incidentale escludente e a prescindere dal numero dei partecipanti alla gara e dalla natura dei vizi dedotti, è anche vero, tuttavia, che nessuna pronuncia del giudice europeo, né del giudice nazionale, ha mai affermato la necessità di esaminare comunque il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicataria, qualora, secondo il ridetto principio della ragione più liquida, il ricorso principale sia già stato esaminato e sia stato dichiarato infondato (C.d.S., Sez. IV, n. 3094/2021).

3. Passando al merito, il ricorso, come anticipato, è infondato per le ragioni che di seguito si espongono.

3.1. Non coglie nel segno l'assunto di parte ricorrente secondo cui la *lex specialis* prevedrebbe un quantitativo minimo di reagenti da offrire a pena di esclusione, da individuarsi sommando alle 20.000 determinazioni/anno indicate nel Capitolato le ulteriori determinazioni necessarie per l'esecuzione dei controlli interni ed esterni, delle calibrazioni e delle VEQ (in guisa cioè da ottenere un totale di 21.937 test, corrispondenti a 74 confezioni, per HCV, HbsAg e Sifilide; e di 22.873 test, corrispondenti a 77 confezioni, per HIV).

Invero, la Tabella A allegata al Capitolato speciale (doc. 2 della controinteressata, pagg. 59 e 60), per un verso si limita a richiedere *sic et simpliciter* l'offerta di un quantitativo di "*20.000 det./anno*", senza null'altro aggiungere; per altro verso

stabilisce in modo chiaro ed inequivoco che "*il numero dei test richiesti indicati nella tabella A, per i quali dovrà essere offerto tutto quanto necessario per la loro esecuzione, compresi quindi i controlli di qualità e le calibrazioni, è puramente indicativo del fabbisogno per 12 mesi in quanto dipendente da fattori non prevedibili* […]".

Si desume, dunque, dal tenore letterale della richiamata previsione della *lex specialis* che il quantitativo indicato nella Tabella A, contrariamente a quanto pretenderebbe parte ricorrente, deve intendersi, da un lato, come omnicomprensivo di tutte le determinazioni richieste – sia, quindi, quelle necessarie per l'esame dei campioni, sia quelle necessarie per controlli, calibrazioni e VEQ ("*compresi quindi i controlli di qualità e le calibrazioni*") – e, d'altro lato, come meramente "indicativo" dei quantitativi annui da offrire, e non già tassativo ed escludente.

Sotto il primo profilo, nessuna disposizione del Capitolato prevede che il quantitativo di determinazioni individuato orientativamente nella Tabella A (20.000/anno) debba essere incrementato per far fronte a controlli, calibrazioni e VEQ, sicché il calcolo aritmetico effettuato dalla ricorrente risulta privo di riscontro e, dunque, pretestuoso.

Sotto il secondo profilo, il carattere meramente indicativo del numero di determinazioni richieste dalla *lex specialis* trova conferma anche nell'art. 1 del Capitolato speciale ("*Oggetto e importo dell'appalto*"), a tenore del quale "*Le quantità presunte di fornitura indicate negli atti di gara costituiscono una stima. La valorizzazione del contratto è quindi effettuata in base ai fabbisogni indicati negli atti di gara, i quali non costituiscono obbligo d'acquisizione per l'Azienda, se non nei limiti del fabbisogno effettivamente occorrente nel corso della vigenza del contratto*".

Al riguardo, la giurisprudenza ha chiarito che i quantitativi indicati dal bando in modo chiaramente indicativo non possono essere ritenuti come idonei – per la relatività del contenuto e quindi l'intrinseca indeterminatezza degli stessi – a fondare un requisito espulsivo dal procedimento (cfr. T.A.R. Puglia – Bari, Sez. II,

27 aprile 2020, n. 573, confermata in appello da C.d.S., Sez. III, 3 dicembre 2020, n. 7649).

3.2. Peraltro, occorre anche rilevare che nella fattispecie l'aggiudicataria ha offerto per HCV, HbsAg e Sifilide 71 confezioni, che consentono l'esecuzione di 21.300 determinazioni, e per HIV 72 confezioni, che consentono l'esecuzione di 21.600 determinazioni.

Roche Diagnostics S.p.A., quindi, ha offerto un quantitativo di determinazioni non solo in linea, ma persino superiore rispetto a quello richiesto dalla *lex specialis* di gara.

3.3. Tanto basta a concludere che, in relazione ai profili di censura dedotti, l'offerta della controinteressata non può ritenersi carente dei requisiti di cui all'art. 3 del Capitolato, né in alcun modo difforme - alla stregua di un *aliud pro alio* - rispetto alle caratteristiche tecniche essenziali previste negli atti di gara.

Le censure, pertanto, vanno respinte.

3.4. In definitiva, il ricorso va respinto siccome infondato.

3.4.1. Le spese del giudizio, nondimeno, possono essere integralmente compensate tra le parti, tenuto conto della peculiarità della vicenda e delle questioni affrontate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

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

Marco Buricelli, Presidente

Oscar Marongiu, Consigliere, Estensore

Gabriele Serra, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Oscar Marongiu

IL PRESIDENTE
Marco Buricelli

IL SEGRETARIO