

Pubblicato il 17/10/2018

N. 02322/2018 REG.PROV.COLL.

N. 01853/2018 REG.RIC.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1853 del 2018, proposto da Siemens Healthcare S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Bonatti, Lorella Fumarola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Stefano Bonatti in Milano, via Podgora, 3;

***contro***

Azienda Socio Sanitaria Territoriale – Asst di Lodi, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Larga, 23;  
Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Cremona non costituita in giudizio;

***nei confronti***

Roche Diagnostics S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Anna Maria Pinto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, viale  
Abruzzi n. 44;

Beckman Coulter S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Riccardo Pagani, Corrado Curzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Biomedical Service S.r.l. non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

- del provvedimento di ammissione alla procedura aperta in forma telematica indetta dall'A.S.S.T. Lodi “per la fornitura in service di diagnostici, sistemi analitici ed informatici per l'esecuzione di esami nel settore “CORELAB — area siero di Lodi, urgenze e routine interni di Codogno”, per il Laboratorio analisi di chimica clinica e microbiologia dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Lodi – Lotto 1 (C.I.G. 7374110C11) e per i Laboratori analisi dei due presidi (LABCR e LABOP) dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Cremona – Lotto 2 (C.I.G. 737414374E)”, delle ditte Roche Diagnostics S.p.A. e Beckman Coulter S.r.l., quest'ultima in raggruppamento con Biomedical Service S.r.l., per quanto concerne il lotto n. 2, come risultante del verbale del 3 luglio 2018 della commissione di gara;
- del verbale stesso del 3 luglio 2018 della medesima procedura aperta, nella parte in cui ha disposto l'ammissione al lotto 2 delle ditte Roche Diagnostics S.p.A. e Beckman Coulter S.r.l., quest'ultima in raggruppamento con Biomedical Service S.r.l.;
- della normativa di gara tutta, compresi i chiarimenti;
- di ogni atto presupposto, comunque connesso e/o consequenziale, anche non conosciuto, ivi compresi i verbali di gara delle sedute riservate e la deliberazione n. 4 del 3 gennaio 2018 di indizione della procedura.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale – Asst di Lodi, di Roche Diagnostics S.p.a. e di Beckman Coulter S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 2 bis e 6, cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2018 la dott.ssa Elena Quadri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

L'Azienda Socio Sanitaria Territoriale (ASST) di Lodi, quale capofila, procedeva, su mandato dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Cremona, all'effettuazione di tutte le operazioni di gara necessarie all'individuazione del contraente cui affidare, per 6 anni, la fornitura in service di diagnostici, sistemi analitici ed informatici per l'esecuzione di esami nel settore "CORELAB — area siero di Lodi, urgenze e routine interni di Codogno", per il Laboratorio analisi di chimica clinica e microbiologia dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Lodi – Lotto 1 (C.I.G. 7374110C11) e per i Laboratori analisi dei due presidi (LABCR e LABOP) dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Cremona – Lotto 2 (C.I.G. 737414374E), con possibile rinnovo contrattuale per altri due anni.

Con riferimento al lotto 2, l'importo complessivo posto a base d'asta veniva fissato in euro 8.380.000 (IVA esclusa), corrispondente alla somma dell'importo presunto del service per il periodo contrattuale di sei anni, stimato in euro 8.100.000, e di quello relativo all'esecuzione dei lavori e agli arredi, quantificato in euro 280.000.

L'oggetto del lotto era rappresentato dalla fornitura di sistemi, nuovi e di ultima generazione, reagenti, materiali di consumo, calibratori, controlli e quanto altro necessario all'ottimizzazione della dotazione tecnologica del Laboratorio Analisi dell'Ospedale di Cremona (LABCR) e Urgenze e Routine Interna Analiti Comuni di Vicomosciano (LABOP). Erano, inoltre, previsti specifici e dettagliati adeguamenti

edili ed impiantistici necessari all'installazione del sistema proposto (cfr., in particolare, art. 6.2 del capitolato speciale, pagg. 16-18).

Con il ricorso all'esame del collegio, proposto ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis, del d.lgs. n. 104 del 2010, la società ricorrente ha contestato l'ammissione delle ditte Roche Diagnostics S.p.a. e Beckman Coulter S.r.l., quest'ultima in raggruppamento con Biomedical Service S.r.l., al lotto 2 della procedura concorsuale di specie.

A sostegno del proprio gravame l'istante ha dedotto, essenzialmente, la violazione dei principi in tema di qualificazione – artt. 28, 30 e 84 e segg. del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 - oltre che l'eccesso di potere per disparità di trattamento, difetto di istruttoria e contraddittorietà della motivazione, erroneità dei presupposti di fatto e di diritto, illogicità e contraddittorietà manifesta.

Secondo l'assunto della stessa, l'oggetto della presente gara prevedeva che fossero a carico dell'aggiudicataria non solo la fornitura di strumentazione, ma anche lavori di adeguamento edile ed impiantistico necessari all'installazione del sistema proposto; con il compito, da parte dell'aggiudicatario, oltre alla realizzazione degli stessi, anche di redigere la progettazione esecutiva.

Sempre per la ricorrente, per il lotto n. 2, stante la palese natura di appalto misto, un gruppo di concorrenti (Siemens e Abbott) avrebbe ritenuto di dover partecipare in raggruppamento temporaneo, associandosi ad una impresa autorizzata e qualificata per la realizzazione di lavori pubblici, mentre Roche e Beckman, pur essendo entrambe sprovviste di SOA, nonchè dei requisiti di qualificazione previsti per i lavori sotto i 150.000 euro richiesti dall'ordinamento, avrebbero ritenuto di poter partecipare lo stesso in forma singola la prima, ed associando al costituendo raggruppamento una impresa non qualificata per eseguire i lavori la seconda.

Quanto ai lavori, sia Beckman che Roche avrebbero dichiarato di voler subappaltare l'attività di lavori edili ed impiantistici ad una terna di imprese e, ciononostante, sarebbero state ammesse al prosieguo della procedura illegittimamente, in quanto

L'attività di tali società non ha ad oggetto anche l'esecuzione di lavori pubblici, ma solo la produzione, la vendita, l'assistenza tecnica di dispositivi medici e medico diagnostici; né le stesse possiedono alcuna qualificazione per l'esecuzione di lavori. Per la stazione appaltante e per le società controinteressate, invece, l'appalto non sarebbe misto, ma avrebbe come oggetto solo la fornitura, costituendo i lavori solo una prestazione accessoria, necessaria per la concreta realizzazione della fornitura. I lavori di adeguamento edile ed impiantistico sarebbero necessari all'installazione del sistema proposto.

Il carattere meramente accessorio dei lavori verrebbe, del resto, testimoniato anche dalla loro scarsissima incidenza sotto il profilo più prettamente economico.

La *lex specialis*, infatti, non esigerebbe per quanto di interesse il possesso di alcuna specifica qualificazione SOA (e sul punto, non essendo stata fatta oggetto di impugnazione da parte ricorrente, sia l'ASST di Lodi che Roche eccepiscono pure l'inammissibilità del ricorso).

Nell'economia complessiva dell'appalto i predetti interventi avrebbero un rilievo assolutamente marginale, non potendo superare il valore complessivo di € 280.000,00 (cifra questa, tra l'altro, comprensiva anche degli arredi), che corrisponde al solo 3,3% circa della base d'asta complessiva (pari a € 8.380.000,00).

Inoltre, sempre per l'assunto delle controparti, il bando di gara stabilisce in € 8.100.000,00 l'importo del servizio, identificato come "fornitura in service di diagnostici, sistemi analitici ed informatici per l'esecuzione di esami dei laboratori analisi per la durata di 72 mesi" ed in complessivi € 280.000,00 l'importo delle forniture di arredi e di lavori, senza però distinguere quanta parte di detto importo fosse riferibile alla fornitura degli arredi e quanta parte ai lavori di adeguamento edile ed impiantistico necessari per l'installazione sia degli arredi che dei sistemi analitici, lasciando sul punto completa libertà al concorrente di allocare le predette risorse tra le due prestazioni.

Sarebbe dunque evidente, che nella fattispecie non si tratta di un “contratto misto di forniture e lavori”, ma di un “contratto di fornitura”, giacché l’art. 3 lett. tt) d.lgs. 50/2016 specifica che, ai fini dell’applicazione della normativa di cui al medesimo decreto, “si intende per... «appalti pubblici di forniture», i contratti tra una o più stazioni appaltanti e uno o più soggetti economici aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti. Un appalto di forniture può includere, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione”.

In ogni caso, la qualificazione dovrà essere comunque posseduta dal subappaltatore e sarà oggetto di verifica mediante l’esame del relativo contratto e dei requisiti del subappaltatore stesso nella fase propria del procedimento.

Deve in via preliminare esaminarsi l’eccezione di parziale inammissibilità del ricorso sollevata dalla stazione appaltante e da Roche, in quanto Siemens non avrebbe contestato specificamente la mancata previsione espressa da parte della lex specialis di gara dell’obbligatorietà del possesso della qualificazione SOA in capo ai concorrenti.

L’eccezione è da disattendere, atteso che, anche se la lex specialis di gara non prevedeva espressamente requisiti di qualificazione per l’esecuzione di lavori, sul punto la stessa deve considerarsi eterointegrata dalle disposizioni del Codice dei Contratti pubblici che dettano principi e regole generali in punto di qualificazione, aventi natura cogente ed imperativa.

Nel merito, il collegio, a seguito dell’attenta disamina della lex specialis, ritiene che l’oggetto della presente procedura concorsuale non consistesse nella mera fornitura di strumentazione, ma anche di specifici e dettagliati lavori di adeguamento edile ed impiantistico, in parte necessari all’installazione del sistema proposto, e in parte da effettuare in occasione di tale installazione.

Tale convincimento si trae, innanzitutto, dalla lettura dell'art. 6.2 del capitolato speciale di appalto, per il quale (le enfasi sono state aggiunte in sentenza):

“Nelle stanze adibite al nuovo sito operativo la ditta aggiudicataria dovrà attuare tutte le misure per permettere l'accoglienza delle apparecchiature, considerando sia l'attività di routine sia quella in urgenza, durante la quale vengono eseguite analisi anche differenti da quelle considerate nel presente capitolato ma che logisticamente dovranno essere attigue al Core-Lab. Le esigenze di impianti (elettrico, idraulico, rete informatica, scarichi, insonorizzazione, depurazione acqua) dovranno essere prese in considerazione dalla ditta aggiudicataria che eseguirà i lavori in collaborazione con l'ufficio tecnico e con il Direttore del Laboratorio.(...) I locali da adeguare al fine dell'installazione delle nuove apparecchiature si trovano al piano terra del monoblocco ospedaliero e, precisamente, nei corpi A, B e C. Nella planimetria allegata sono state individuate tre aree di intervento:

AREA 1 attualmente adibita a preanalitica che, dopo l'intervento in oggetto, sarà trasformata in due studi/uffici di cui uno con annesso servizio igienico;

AREA 2 attualmente adibita a studi/uffici e che, dopo l'intervento in oggetto, sarà trasformata in preanalitica;

AREA 3 attualmente adibita alle apparecchiature della biochimica e che, dopo l'intervento in oggetto, sarà trasformata nel nuovo spazio dove saranno collocate le nuove apparecchiature “in linea”.

L'AREA 3 comprende anche il corridoio. Infatti la ristrutturazione dell'area prevede la realizzazione di un unico ambiente con abbattimento delle pareti divisorie per consentire la realizzazione di un unico locale lungo circa venti metri, idoneo all'installazione di apparecchiature in linea.

Per rendere funzionale e funzionante la catena di apparecchiature potrebbe essere necessario anche l'abbattimento delle pareti divisorie tra i locali interessati

dall'intervento ed il corridoio, mentre invece si dovrà tener conto della imprescindibile presenza delle colonne portanti in calcestruzzo armato.

La sezione del corridoio, eventualmente utilizzato per l'accesso degli operatori alle "stazioni" della catena, non potrà essere utilizzata per posizionare armadi o attrezzature. Dovrà essere sempre libera da qualsiasi ostacolo ed impedimento, per una larghezza minima di 2 metri, in quanto costituisce il percorso per l'evacuazione delle persone in caso di emergenza incendio.

Le ditte offerenti dovranno presentare un progetto di fattibilità comprendente:

- planimetrie con stato attuale, intermedio e futuro;
- computo metrico estimativo dei lavori, suddiviso per le tre aree, comprensivo anche della parte arredi;
- cronoprogramma dei lavori con tutte le fasi degli interventi compreso gli interventi provvisori necessari al momentaneo trasferimento e/o riposizionamento delle apparecchiature per permettere il regolare svolgimento dell'attività durante tutto il periodo dei lavori.

Dovranno essere contemplate nei punti sopracitati tutte le opere di natura edile, impiantistica elettrica, idraulica e di condizionamento necessarie sia per le soluzioni temporanee che per la soluzione definitiva.

Le ditte offerenti potranno anche prevedere ulteriori lavori di miglioria, oltre a quelli strettamente necessari a quanto richiesto dal presente capitolato per la ristrutturazione degli ambienti, sia per la parte edile, sia per la parte impiantistica (sostituzione dei serramenti, porte ad accesso controllato, ecc. (..))

La ristrutturazione dovrà prevedere:

- l'adeguamento/integrazione degli impianti di raffrescamento per il conseguimento di condizioni microclimatiche conformi alla vigente normativa in materia di luoghi di lavoro;



- l'adeguamento/integrazione degli impianti elettrici per assicurare il rispetto delle norme CEI e la garanzia di continuità di funzionamento in caso di blackout.

In merito l'Azienda Sanitaria mette a disposizione al quadro di reparto linee elettriche sia derivate da gruppo elettrogeno sia da gruppo di continuità;

- la sostituzione dell'impianto di illuminazione per il conseguimento di una illuminazione conforme agli standard ed alle norme previste per gli ambienti di lavoro;

- la produzione di acqua demineralizzata per il funzionamento delle apparecchiature".

Il Collegio ritiene inoltre di precisare che, all'art. 2.2, il capitolato speciale prevede l'obbligo per le ditte offerenti di presentare un progetto dettagliato che tenga conto delle aree di intervento rese disponibili come identificate nelle planimetrie allegate (cfr. pag. 6 del capitolato).

Dalla suddetta descrizione dei lavori da realizzare si ricavano, dunque, prescrizioni e linee di intervento ben precise, destinati addirittura alla trasformazione della destinazione di alcune aree, e alla messa a norma degli impianti di raffrescamento e elettrici, senza alcuna relazione con il service, esattamente come non ne presenta l'indicazione per ulteriori lavori di miglioria.

Richiamando quanto già sopra evidenziato, l'area 1, attualmente adibita a preanalitica, dopo l'intervento sarà trasformata in due studi/uffici di cui uno con annesso servizio igienico; l'area 2 attualmente adibita a studi/uffici, dopo l'intervento sarà trasformata in preanalitica.

A sua volta, l'area 3, attualmente adibita alle apparecchiature della biochimica, dopo l'intervento con abbattimento delle pareti divisorie sarà trasformata in un nuovo spazio unico; è, dunque, previsto anche l'abbattimento di pareti divisorie tra i locali interessati dall'intervento ed è specificato che: "si dovrà tener conto della imprescindibile presenza delle colonne portanti in calcestruzzo armato", quasi a

voler evidenziare la delicatezza degli interventi di ristrutturazione, che necessitano, quindi, senza alcun dubbio, della direzione di personale altamente qualificato.

Risulta, poi, dall'esame della tabella che prescrive l'elenco dei subcriteri di valutazione dell'offerta tecnica con i relativi subpunteggi, che su 70 punti previsti per la valutazione dell'offerta tecnica ben 14 sono dedicati al progetto tecnico e architettonico (cfr. pag. 26 del disciplinare di gara).

Gli arredi non risultano, invece, in alcun modo individuati né specificati dalla lex specialis di gara, potendo, dunque, verosimilmente presumersi che la somma della base d'asta di 280.000 sia stata in realtà immaginata dalla stazione appaltante come tesa a remunerare quasi integralmente la realizzazione dei lavori, questi sì dettagliatamente specificati; e, comunque, a tale conclusione deve pervenire il Collegio, considerato che la Stazione appaltante non ha fornito alcun atto istruttorio che permetta di appurare come essa sia giunta a quantificare l'importo dei lavori (del resto, non insignificanti).

Viene, dunque, in rilievo, a parere del collegio e come dedotto da parte ricorrente, il disposto letterale dell'art. 28, comma 1 ult. cpv., del d.lgs. n. 50/2016, che così recita:

“L'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto”.

Tale previsione generale e di significato precettivo inequivocabile deve applicarsi in tutte le ipotesi di contratto misto, e, dunque, anche nella specie, in cui, oltre alla prestazione di una fornitura, è prevista la realizzazione di lavori dettagliatamente individuati la cui effettuazione concreta, quindi, non è prevista come meramente eventuale perché necessaria per la posa in opera o l'installazione della fornitura medesima, bensì è specificamente ed analiticamente individuata nel capitolato speciale d'appalto (cfr. nuovamente art. 6.2 succitato).

Deve, sul punto, richiamarsi l'ormai costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, per il quale: "l'operatore economico, che partecipa alla gara pubblica indetta per l'affidamento di un contratto misto, deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto" (Cons. Stato, sez. III, 10 dicembre 2013, n. 5917).

"La scelta legislativa si è mossa su una diversa linea, di rigore applicativo, superando le perplessità manifestate dall'orientamento giurisprudenziale secondo cui si poteva ammettere la partecipazione dell'operatore in possesso delle sole qualificazioni inerenti le lavorazioni prevalenti, laddove le ulteriori lavorazioni presentassero carattere soltanto secondario e accessorio.

Inoltre, il rigore che caratterizza la richiamata opzione normativa si riflette nel fatto che, ai sensi dell'articolo 15 (cui oggi corrisponde la previsione dell'articolo 28, comma 1, del decreto legislativo n. 50 del 2016), il possesso dei requisiti di qualificazione e capacità per lo svolgimento di ogni singola prestazione costituente l'appalto misto è condizione per la partecipazione alla gara e non solo per l'esecuzione dell'appalto.

Questo essendo il generale quadro concettuale in cui inquadrare la questione, occorre ritenere che sussista un evidente rapporto di genus ad speciem fra:

- (da un lato) la generale previsione codicistica (decreto legislativo n. 163 del 2006, articolo 118, comma 2) che ammette il subappalto per "tutte le prestazioni nonché le lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano" (ma, si ritiene, all'interno di ambiti omogenei - quali i soli lavori, i soli servizi o le sole forniture -) e
- dall'altro, la speciale previsione di cui al più volte richiamato articolo 15 la quale, con formulazione speciale e tassativa, impone all'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto, deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità per ciascuna prestazione prevista dal contratto (requisiti che

pacificamente non erano posseduti dall'odierna appellata)” (Cons. Stato, sez. V, 7 agosto 2017, n. 3918).

Ne consegue che i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal Codice dei Contratti pubblici per ciascuna prestazione di lavori, servizi e forniture contemplata nel contratto devono essere posseduti da ciascun concorrente o in proprio o mediante il ricorso all'istituto dell'associazione temporanea d'impresa con un soggetto che a sua volta li possiede, o dell'avvalimento.

Non è ammesso, invece, il ricorso al subappalto, atteso che i requisiti di qualificazione devono essere posseduti, come detto, dal concorrente al momento della presentazione dell'offerta, per evidenti finalità di garanzia nei confronti delle stazioni appaltanti.

Nella fattispecie concreta è pacifico che né Roche, né il RTI Beckman erano provvisti della necessaria qualificazione per poter eseguire la parte di lavori pubblici dell'appalto misto in questione, sicché entrambi sarebbero dovuti essere esclusi dalla procedura.

Da quanto detto consegue l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante, nella parte in cui ha ammesso Roche e l'ATI Beckman alla procedura concorsuale in questione nonostante le stesse avessero dichiarato di voler subappaltare l'attività di lavori edili ed impiantistici ad una terna di imprese, perché sprovviste della qualificazione necessaria per l'esecuzione di lavori pubblici.

Alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso va accolto e, per l'effetto, va disposto l'annullamento dei provvedimenti in epigrafe impugnati.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, dispone l'annullamento dei provvedimenti impugnati.

Condanna l'Asst di Lodi, Roche Diagnostics S.p.a. e Beckman Coulter S.r.l., in via solidale e per la stessa quota, alla rifusione delle spese di giudizio nei confronti della società ricorrente, che si liquidano in una somma pari ad euro 6.000, oltre ad oneri di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Alessandra Tagliasacchi, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Elena Quadri**

**IL PRESIDENTE**  
**Angelo Gabbricci**

IL SEGRETARIO