

Pubblicato il 10/02/2020

N. 00284/2020 REG.PROV.COLL.

N. 02143/2019 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2143 del 2019, proposto da Instrumentation Laboratory S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Piero Fidanza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Teresa Ricotti in Milano, via Fontana, 14;

contro

Asst Sette Laghi, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Colombo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Haemonetics Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Cristina Martorana, Filippo Pacciani, Alessandro Botto, Ada Esposito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Cristina Martorana in Milano, corso

Regione Lombardia, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della Determinazione Dirigenziale n. 193 del 23/07/2019 assunta dal Direttore ad interim della S.C. Approvvigionamenti per delega del Direttore Generale dell'ASST dei Sette Laghi Dott. Gianni Bonelli, nominato con D.G.R. della Lombardia n. XI/1068 del 17 dicembre 2018, avente ad oggetto “aggiudicazione di procedura negoziata ai sensi dell'art. 36 comma 2 lett. b) del d.lgs. n. 50/2016 espletata mediante utilizzo della piattaforma informatica regionale SINTEL, per l'affidamento, per il periodo dall'1.8.2019 sino al 31.7.2022, della fornitura di cartucce per l'esecuzione di test sul tempo di coagulazione e noleggio di due sistemi per test viscoelastici e di aggregazione occorrenti all'ASST DEI SETTE LAGHI – Ditta Haemonetics Italia srl di Milano - importo complessivo € 228.786,60 iva compresa”, e relativa comunicazione di non aggiudicazione prot. n. 45905 del 25.07.2019 trasmessa in data 29.07.2019;

- nonché, per quanto occorrer possa, anche ogni altro atto connesso, presupposto e conseguente, ivi compresa la lex specialis tutta (Lettera d'invito, Capitolato speciale e relativi allegati); dell'atto indittivo della procedura ed ogni altro atto alla stessa relativo, ivi compresi i chiarimenti resi; nonché di ogni ulteriore atto successivamente adottato, ivi compresi la nomina della commissione giudicatrice e del seggio di gara, i verbali di gara, e in particolare i verbali di valutazione tecnica ed economica, le graduatorie provvisorie e definitive;

nonché della proposta di aggiudicazione e dell'aggiudicazione definitiva; di ogni ulteriore atto connesso, presupposto e conseguente, ivi compresa la valutazione di anomalia dell'offerta, e ogni altro atto confermativo dell'ammissione in graduatoria e della valutazione dell'offerta di Haemonetics, anche non noto;

altresì, per quanto occorra, della nota prot. n. 52112 del 30.08.2019, nonché della Comunicazione trasmessa via pec Prot. n.0057639 del 26.9.2019 a cura del Direttore ad interim S.C. Approvvigionamenti con la quale si riscontra che la Commissione Giudicatrice conferma le valutazioni già esposte nel verbale n. 2 del 7 maggio 2019, in risposta alla nota trasmessa in data 07.08.2019;

.....*per la declaratoria...*

di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato, con richiesta di subentro e con richiesta di condanna al risarcimento del danno, in forma specifica o, in ipotesi, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Asst Sette Laghi e di Haemonetics Italia S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale presentato da Haemonetics Italia S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 gennaio 2020 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La ricorrente, seconda classificata all'esito della procedura negoziata per l'affidamento della fornitura triennale di "*cartucce per l'esecuzione di test sul tempo di coagulazione e noleggio di due sistemi per test viscoelastici e di aggregazione*", gara indetta dall'ASST dei Sette Laghi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ha impugnato *in parte qua* i relativi atti per i seguenti motivi:

I) Violazione e falsa applicazione degli artt. 68, 95 d.lgs. 50/2016; violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara; eccesso di potere per omessa/carente istruttoria, carenza di presupposti, travisamento.

Secondo la ricorrente l'offerta economica di Haemonetics era incompleta, pertanto meritevole di esclusione, in quanto mancante delle cartucce reagenti necessarie all'esecuzione dei controlli di qualità. Infatti, come evincibile dalla sua offerta economica, la controinteressata avrebbe proposto 60 cartucce "QC livello 1" e "QC livello 2", mancando dunque le cartucce per i test coagulativi e le 60 cartucce per i test di funzionalità piastrinica necessarie all'esecuzione dei controlli di qualità. Difetterebbero più specificatamente le cartucce multicanale citratate, che devono essere aggiuntive rispetto a quelle per eseguire gli esami richiesti, ed il prodotto "Abnormal QC Vial Test Kit,07-662", funzionale al controllo della qualità anomalo.

II) Violazione e falsa applicazione degli artt. 68, 95 d.lgs. 50/2016; violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara; eccesso di potere per omessa/carente istruttoria, carenza di presupposti, travisamento.

In via subordinata rispetto alla precedente censura, viene evidenziata la palese incoerenza dell'assegnazione di 3 punti per il parametro tecnico 2.2 "*Cartuccia per il controllo di qualità: caratteristiche e facilità di gestione*", alla luce di quanto già evidenziato nel primo motivo. Infatti l'offerta sarebbe mancante dei profili di controllo di qualità sulle prestazioni dei reagenti, nonché del reagente "Abnormal", sicché Haemonetics avrebbe dovuto conseguire un punteggio pari a zero e ciò avrebbe consentito alla ricorrente di sopravanzarla in graduatoria, a seguito della prevista riparametrazione, con punteggio complessivo di 98,49 per Instrumentation Laboratory e punteggio complessivo di 97,58 per Haemonetics.

III) Violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 35 d.lgs. 50/2016; eccesso di potere per omessa/carente istruttoria, carenza di presupposti, travisamento.

In via subordinata rispetto ai precedenti motivi, viene denunciata l'illegittimità della lex specialis di gara, al fine di vederla annullare e ottenere la rinnovazione dell'intera procedura, in dipendenza di un presunto errore nella determinazione del valore di gara. Secondo la ricorrente è illegittima l'opzione per una gara "sotto-soglia" ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016, giacché la base d'asta è stata individuata per il triennio in € 220.935,00, inferiore alla soglia comunitaria (€ 221.000,00), e tuttavia il capitolato speciale d'appalto prevedeva espressamente all'art. 6 la possibilità di operare con il cd. "quinto d'obbligo", in conformità al disposto dell'art. 106, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016, per cui anche tale "quinto", ovvero il 20% del valore posto a base d'asta, avrebbe dovuto essere a tali fine computato, con conseguente superamento della soglia comunitaria di € 221.000,00 e necessaria applicazione delle prescritte diverse regole di scelta del contraente.

La ricorrente ha poi chiesto il risarcimento del danno in forma specifica, mediante annullamento degli atti impugnati e, in via principale, mediante aggiudicazione a sé della procedura; in subordine, con ripetizione della procedura di gara e con espressa richiesta di subentro nell'appalto e nel contratto, ove nelle more stipulato. In via ulteriormente subordinata, ha chiesto il risarcimento per equivalente monetario, mediante risarcimento nella misura dell'utile atteso, ammontante al 10.80% dell'offerta di 197.496,00 € oltre iva, a titolo di lucro cessante, ovvero per € 21.359,57 oltre iva e oltre danno curricolare, da quantificarsi secondo giustizia; in via subordinata, nella diversa, minore o maggiore, somma ritenuta di giustizia, o con indicazione dei criteri. Il tutto oltre interessi e rivalutazione monetaria sino al dì del saldo.

Costituitasi in giudizio, con memoria depositata in data 28/10/19 l'A.S.S.T. Sette Laghi chiede la reiezione del ricorso.

Il primo motivo, innanzi tutto, sarebbe perplessa in quanto sarebbero indicate con scarsa precisione le cartucce reagenti che la controinteressata avrebbe omesso di offrire. In secondo luogo nessuna omissione sarebbe oggettivamente riscontrabile in quanto l'apparato TEG oggetto della fornitura di Haemonetics presenta la particolarità di controllare ad un tempo la piena funzionalità della macchina e il «corretto funzionamento» (come si esprime il ricorso) delle cartucce: i controlli di qualità sono svolti direttamente dalla macchina, senza bisogno di alcun altro materiale di consumo a ciò specificamente destinato, e inoltre il sistema TEG offerto dall'aggiudicataria consente, come richiesto dalla lex specialis, anche l'esecuzione di controlli di qualità extra-routinari e l'offerta contiene le cartucce denominate "QC Livello 1" e "QC Livello 2", cioè le cartucce per il controllo di qualità.

In merito al secondo motivo l'amministrazione sostiene che esso è infondato in quanto le cartucce per il controllo di qualità sono regolarmente ricomprese nell'offerta della controinteressata.

Il terzo motivo sarebbe inammissibile in quanto dall'auspicata applicazione della disciplina sopra-soglia del Codice dei contratti pubblici potrebbe al più derivare un aumento degli operatori partecipanti alla gara e, quindi, una contestuale diminuzione delle probabilità di aggiudicazione per ciascun concorrente. Esso sarebbe comunque infondato in quanto il "quinto d'obbligo", non è, né può qualificarsi, un'opzione; tanto meno potrebbe considerarsi un rinnovo ai sensi del comma 4 dell'art. 35 del Codice dei contratti pubblici.

Costituitasi in giudizio, con memoria depositata in data 28/10/19 la controinteressata afferma che il primo motivo è infondato in quanto tramite le 60 cartucce dedicate ai controlli di qualità di Livello 1 e di Livello 2 offerte vengono opportunamente verificate le performance analitiche dell'apparecchiatura, come precisate nelle risposte ai quesiti richiamate da controparte. Per le stesse ragioni

anche il secondo mezzo andrebbe respinto. Il terzo motivo, poi, sarebbe infondato in quanto il “quinto d’obbligo” (art. 106, co. 12, del Codice) non sarebbe riconducibile alle “eventuali opzioni” di cui all’art. 35, comma 4, del Codice ma ad un meccanismo *ipso iure* applicabile e quindi prescinderebbe da qualsiasi previsione ad opera della *lex specialis*.

2. Con ricorso incidentale, depositato in data 28/10/19, l’aggiudicataria dell’appalto chiede l’annullamento dell’ammissione della ricorrente principale, o quanto meno il ridimensionamento del punteggio alla stessa assegnato, per i seguenti motivi:

- Violazione e falsa applicazione dell’art. 3 del Capitolato - Eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche e, in particolare, per difetto di istruttoria e dei presupposti sotto il profilo dell’offerta di un aliud pro alio, illogicità manifesta, contraddittorietà, sviamento.

I) Il capitolato di gara richiede, all’art. 3, al paragrafo “Caratteristiche tecniche delle cartucce”, che queste siano “*pre-dosate*” e “*in grado di permettere analisi visco-elastica di un campione di sangue*”. Inoltre richiede che le stesse cartucce “*non necessitino di processi di preparazione del test da parte dell’operatore*”. La ricorrente principale non dispone di cartucce dedicate a tale genere di controlli e quindi avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

II) Poiché l’oggetto dell’appalto è la fornitura di cartucce per l’esecuzione di test sul tempo di coagulazione con metodo viscoelastico ed il dispositivo VerifyNow offerto dalla ricorrente non è in grado di eseguire i test rispettando il metodo viscoelastico, la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara. Infatti il dispositivo VerifyNow non utilizzerebbe un metodo viscoelastico, trattandosi piuttosto di un sistema di rilevazione ottica a base turbidimetrica che fornisce una misura quantitativa dell’aggregazione piastrinica nel sangue intero.

III) L'offerta della ricorrente principale disattenderebbe la *lex specialis* anche perché il sistema VerifyNow non è in grado di garantire la “gestione dell'emorragia critica”, che l'art. 3 del Capitolato annovera tra i requisiti tecnici essenziali della fornitura. E ciò costituirebbe un'ulteriore ragione di esclusione dalla gara.

IV) Secondo la ricorrente incidentale i 3 punti assegnati alla ricorrente principale in relazione all'elemento di valutazione “caratteristiche e facilità di gestione” appaiono del tutto ingiustificati per le medesime ragioni esposte nei precedenti paragrafi. Ne consegue che dovrebbe quanto meno essere accertato che si presenta illegittima l'attribuzione dei 3 punti assegnati ad Instrumentation Laboratory S.p.A. in relazione all'elemento in parola e che va perciò ridimensionato il punteggio tecnico-discrezionale associato al criterio in parola.

V) In via gradata rispetto ai precedenti motivi, la ricorrente incidentale deduce l'illegittimità di tutti gli atti di gara (incluso il Capitolato) nella parte in cui fossero da interpretare nel senso di richiedere ulteriori cartucce per il controllo qualità rispetto a quelle da essa offerte.

La ricorrente incidentale ha proposto anche un'istanza di accesso “incidentale” ex art. 116 cod.proc.amm., chiedendo al Tribunale di “*ordinare alla Stazione Appaltante il rilascio completo della documentazione di offerta IL*”.

Alla camera di consiglio del 30 ottobre 2020 la ricorrente principale ha rinunciato all'istanza cautelare, mentre la ricorrente incidentale ha rinunciato all'istanza di accesso “incidentale” (v. verbale di udienza).

Con memoria depositata in data 3/01/20 l'amministrazione ha chiesto la reiezione del ricorso principale. La stazione appaltante evidenzia, con riferimento al primo motivo, che la reale ed effettiva composizione della fornitura dell'aggiudicataria è descritta nell'offerta economica e nella relazione tecnica, dai quali risulta chiaramente che è stato offerto il materiale di consumo sia per i test ematici che per i controlli di qualità; in secondo luogo, le IFU, cioè i fogli di istruzioni acclusi

ad uno dei prodotti, non costituiscono documenti di gara; in terzo luogo, la cartuccia multicanale citratata denominata «Abnormal QC Vial Test Kit 07-662» non faceva parte della richiesta capitolare. Il secondo motivo sarebbe infondato in quanto la completezza dell'offerta dell'aggiudicataria giustificerebbe il punteggio attribuito. In merito al terzo motivo sostiene che il quinto d'obbligo non sarebbe un'opzione da inserire nel valore della gara in quanto non prevedibile né quantificabile alla data di pubblicazione del bando.

Con memoria di replica depositata in data 9/01/20 la ricorrente principale ribadisce che quanto ha offerto Haemonetics, denominato “cartucce CQ” Level 1 e Level 2, non è un controllo di qualità, ma unicamente un controllo della funzionalità strumentale (elettronica, meccanica, pneumatica), che non può quindi in alcun modo verificare il buon funzionamento delle cartucce reagenti che potrebbero essersi deteriorate in seguito ad una cattiva conservazione e dunque fornire risultati non attendibili in un contesto di emergenza. La contestazione di Instrumentation Laboratory S.p.A. riguardava la mancanza delle cartucce reagenti (Cartucce multicanale citratate) necessarie a verificare il corretto funzionamento e conservazione dei reagenti contenuti nelle cartucce citratate. Sarebbe la stessa Haemonetics a dichiarare la necessità di testare le cartucce reagenti citratate al fine di garantire l'affidabilità dei risultati sui pazienti. Le c.d. “IFU” (ovvero, il volgarmente detto “bugiardino” dei dispositivi o dei farmaci) avrebbero uno stretto valore probatorio, a prescindere da quanto inserito nell'offerta tecnica dalla controinteressata.

Sul terzo motivo di ricorso principale, essa ribadisce l'ammissibilità del motivo, in quanto volto a ripetere con le dovute forme di legge la procedura al fine di reiterare la chance di aggiudicazione alla ricorrente.

In merito al ricorso incidentale, la ricorrente principale sostiene che il primo motivo sarebbe infondato in quanto, in conformità alle normative in materia di

controllo di qualità, essa ha offerto per l'esecuzione del controllo le medesime cartucce utilizzate per l'esecuzione degli esami sui pazienti e le fiale di controllo di Qualità Level 1 e Level 2 contenenti il plasma di origine umana; in particolare l'esecuzione del controllo sui sistemi Rotem e VerifyNow avverrebbe in modo automatico inserendo direttamente la fiala di plasma nella cartuccia, come riportato nella relazione tecnica prodotta in gara, mentre l'esecuzione dei controlli offerti da Haemonetics, oltre a non essere un vero controllo di qualità, dal punto di vista della facilità d'uso richiede la dispensazione non automatica mediante pipetta. Il secondo motivo, poi, sarebbe infondato in quanto tutti i test sopra indicati vengono eseguiti dal sistema Rotem con analisi viscoelastica. In merito al terzo motivo, ancora, sostiene che la sua offerta soddisfa il bando di gara. In merito al quarto motivo, invece, assume che le cartucce offerte avrebbero le caratteristiche richieste e facilità di gestione. Sul quinto motivo richiama quanto già dedotto confermando che le cartucce reagenti necessarie per l'esecuzione del controllo di qualità, e pretermesse da controparte, erano chiaramente da considerarsi in aggiunta a quelle richieste per l'esecuzione dei test pazienti.

All'udienza pubblica del 21 gennaio 2020 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Il primo motivo del ricorso principale, con il quale la ricorrente Instrumentation Laboratory S.p.A. contesta l'incompletezza dell'offerta presentata dalla controinteressata Haemonetics Italia S.r.l., è infondato.

In merito alla presunta assenza delle cartucce per i test coagulativi e delle 60 cartucce per i test di funzionalità piastrinica, denunciata nella prima parte del motivo, rileva il Collegio come la doglianza non trovi concreto riscontro negli atti del fascicolo processuale, tanto più che, come evidenziato dall'Amministrazione resistente, le cartucce asseritamente mancanti, nella peculiare prospettazione che se

ne è fatta in ricorso, non sono in realtà preordinate ai c.d. “controlli di qualità” – quelli che la ricorrente adduce sacrificati dall’incompletezza dell’offerta –, quanto piuttosto all’effettuazione di due specifiche tipologie di test ematici. Non emerge, insomma, sotto questo particolare aspetto, l’inosservanza delle previsioni dell’art. 5 del capitolato speciale di appalto.

Anche la seconda parte del motivo, con cui la ricorrente denuncia la mancanza delle “cartucce multicanale citrate” e del prodotto “Abnormal QC Vial Test Kit, 07-662” che sarebbero necessari secondo le IFU (instructions for use) dell’analizzatore offerto, è infondata.

Le IFU richiamate dalla ricorrente prevedono che *“L’analizzatore TEG esegue controlli della qualità interni nel corso di un pre-test all’inserimento della cartuccia e quindi di nuovo durante il test. In questo modo si verifica che tutte le funzioni elettromeccaniche e pneumatiche del gruppo analizzatore cartuccia vengano svolte in modo soddisfacente. I laboratori devono svolgere i test del controllo della qualità come previsto in base ai regolamenti CLIA in vigore in materia di livelli e frequenza dei materiali del controllo. Haemonetics fornisce i materiali per i controlli della qualità di Livello 1 e di Livello 2 e le cartucce di cloruro di calcio da utilizzare a tale fine ... Per verificare le prestazioni dei reagenti citratati è possibile utilizzare sangue normale e il materiale per il controllo della qualità anomalo Haemonetics con la cartuccia multicanale citratata. Tale compito può essere svolto dal laboratorio per controllare che le cartucce vengano maneggiate e conservate in base alle condizioni corrette dopo il loro ricevimento, oppure quando le cartucce sono esposte a condizioni ambientali sfavorevoli. Per ulteriori dettagli sull’esecuzione di questo test, fare riferimento all’insero della confezione del kit del test della fiala per CQ anomalo (Abnormal QC Vial Test Kit, 07-662)”*.

Dall’esame delle istruzioni in questione, anche ad assegnare loro rilievo per la gara oggetto della controversia, risulta chiaro che l’ “Abnormal QC Vial Test Kit, 07-662”, non indicato tra i materiali per i controlli della qualità di Livello 1 e di Livello 2 offerti in gara, non è elemento essenziale dell’offerta. Infatti le istruzioni

stabiliscono che “*Per verificare le prestazioni dei reagenti citratati è possibile utilizzare sangue normale e il materiale per il controllo della qualità anomalo Haemonetics con la cartuccia multicanale citratata*”. Si tratta quindi di una mera eventualità, considerata dalle istruzioni in via aggiuntiva rispetto ai test del controllo della qualità previsti in base ai regolamenti CLIA circa livelli e frequenza dei materiali del controllo e per i quali Haemonetics fornisce i materiali e le cartucce da utilizzare a tale fine.

A ciò si aggiunge che, poiché la stazione appaltante non ha richiesto di utilizzare “sangue normale” e “la “cartuccia multicanale citratata”, deve escludersi che la mancata indicazione della cartuccia QC codice 07-662 costituisca un vizio dell’offerta. Ciò è confermato dalla difesa della stazione appaltante, non contraddetta sul punto, la quale ha evidenziato che i controlli di qualità si fanno con l’uso di cartucce *ad hoc*, caricate con plasma bovino citratato ricostituito (pag. 7 della memoria ASST del 03/01/2020).

In definitiva quindi il primo motivo di ricorso va respinto, risultando dagli atti di gara l’offerta completa dei prodotti necessari all’esecuzione delle previste tipologie di test ematici e all’effettuazione dei relativi controlli di qualità.

2. Anche il secondo motivo di ricorso è infondato in quanto l’erroneità del punteggio di gara attribuito all’aggiudicataria si fonda su una presunta incompletezza dell’offerta che risulta esclusa in conseguenza della reiezione del primo motivo di ricorso.

3. Venendo al terzo motivo, occorre in primo luogo sgombrare il campo dall’eccezione di inammissibilità per carenza di interesse, eccezione sollevata sul presupposto che la ripetizione della gara, per la presumibile più ampia platea dei concorrenti, comporterebbe unicamente la riduzione delle possibilità di successo. Infatti l’*utilitas* che la parte ricorrente in giudizio può ritrarre dall’accoglimento del motivo è quella della rinnovazione della gara, interesse strumentale che, nelle controversie relative all’aggiudicazione di appalti pubblici, la Corte di Giustizia UE

riconosce sempre e comunque meritevole di tutela per esigenze di effettività (cfr. sentenza Puligienica, Corte di giustizia Ue, grande sezione, 05.04.2016, C-689/2013). Inoltre l'interesse strumentale a ricorrere, dal quale deriva una nuova "chance" di partecipazione e di aggiudicazione, è configurabile *ex se* e non occorre che la ricorrente dimostri che l'esito sarebbe sicuramente o probabilmente ad essa favorevole, salvo che non risulti che, per altre ragioni, tale risultato favorevole non sia in assoluto raggiungibile, ovvero che sia data la prova contraria della non esistenza della probabilità indicata.

Nel merito il motivo di ricorso è infondato.

Secondo l'art. 35, comma 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 *"Il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara. Quando l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore prevedono premi o pagamenti per i candidati o gli offerenti, ne tengono conto nel calcolo del valore stimato dell'appalto"*. A sua volta, il successivo art. 106, comma 12, stabilisce che *"La stazione appaltante, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario. In tal caso l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto"*.

Tale ultima norma è chiara nel definire il "quinto d'obbligo" come una prestazione aggiuntiva rispetto al contratto originario che costituisce una sopravvenienza. Essa quindi si sottrae alla previsione dell'art. 35, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, il quale fa riferimento a clausole già previste al momento della predisposizione degli atti di gara ed in questa sede inserite per effetto di scelta discrezionale della stazione appaltante – che evidentemente ne valuta *ab*

initio l'utilità per l'interesse pubblico perseguito –, sia pur rimesse dette clausole, nella loro concreta applicazione, ad una successiva valutazione facoltativa dell'amministrazione. Tale ricostruzione risulta confermata dal fatto che il “quinto d'obbligo” rientra tra le modifiche contrattuali, oggetto di variante, e quindi si differenzia nettamente dai patti aggiunti al contenuto del contratto che si inseriscono nella fase di formazione del medesimo ed ai quali la norma in esame si rivolge.

Inoltre la sua inclusione negli atti di gara, ma non nel contratto, finirebbe per creare una distonia rilevante tra valore della gara e valore del contratto. Infatti l'art. 106, comma 12, del Codice dei contratti pubblici prevede che tale diritto potestativo ha fonte legale e non negoziale, innestandosi *ab externo* sul contratto il cui valore può essere ridotto o incrementato per effetto di scelte operate solo *ex post* dalla stazione appaltante, mentre il valore della gara risulterebbe fin dall'inizio ancorato ad un importo solo ipotetico e sicuramente divergente dalle offerte dei concorrenti, dal cui confronto concorrenziale dovrebbe di norma scaturire la difformità tra valore della gara e valore del contratto.

In considerazione di ciò nessuna norma del Codice dei contratti pubblici, e tantomeno l'art. 106, comma 12, richiede che il ricorso al “quinto d'obbligo” assuma rilevanza ai fini della determinazione del valore dell'appalto oggetto di gara. E non se ne può dunque tenere conto neppure per le soglie di rilevanza comunitaria.

Né, infine, rileva che nella fattispecie l'art. 6 del capitolato speciale d'appalto prevedesse “... un aumento o una diminuzione della fornitura ... fino alla concorrenza del quinto dell'appalto alle medesime condizioni del contratto ...”, giacché il richiamo esplicitamente fattovi dalla *lex specialis* di gara nulla aggiunge all'ambito di efficacia dell'istituto del “quinto d'obbligo”, per trattarsi di meccanismo che comunque

opera *ex lege*, sì da non rientrare tra le voci “opzioni o rinnovi” previste di volta in volta dall’ente appaltante all’atto dell’indizione della gara.

4. In definitiva il ricorso principale non merita accoglimento.

5. La reiezione di tale ricorso esonera il Collegio dalla disamina del ricorso incidentale stante l’insussistenza di un interesse concreto ed attuale alla decisione nel merito delle domande in esso proposte. Come chiarito dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, “*il rigetto del ricorso principale comporta*”, infatti, “*l’assorbimento del ricorso incidentale (espressamente o implicitamente) subordinato o condizionato all’accoglimento di quello principale*” (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 27 aprile 2015, n. 5).

6. La peculiarità della fattispecie giustifica la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, assorbito l’esame del ricorso incidentale, respinge il ricorso principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Antonio De Vita, Consigliere

L'ESTENSORE
Alberto Di Mario

IL PRESIDENTE
Italo Caso

IL SEGRETARIO