



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

ex artt. 38, 60 e 116 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 64 del 2012, proposto da:

Abbott S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. ti Filippo Brunetti e Francesco Scanzano, con domicilio eletto presso Studio Legale Chiomenti in Roma, via XXIV Maggio n. 43;

contro

Soresa - Società Regionale per la Sanità S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Carlo Sarro, presso il cui studio ha eletto il domicilio in Roma, via della Scrofa n.14;

nei confronti di

Roche Diagnostics S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. ti Andrea Manzi e Maria Alessandra Bazzani, con domicilio eletto presso il primo di essi in Roma, via F. Confalonieri n.5;

Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale A. Cardarelli, Azienda Ospedaliera di Rilievo Regionale D. Cotugno, Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II, Istituto Nazionale Tumori Irccs Fondazione G. Pascale, Aorn Azienda Ospedaliera dei Colli Monaldi - Cotugno - Cto, Azienda Ospedaliera Universitaria San Giuseppe Moscati, Azienda Ospedaliera Universitaria OO.RR. San Giovanni di Dio e Ruggi D'Aragona, Azienda Ospedaliera G. Rummo, Azienda Ospedaliera Sant'Anna e San Sebastiano, Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale Santobono Pausilipon, Azienda Sanitaria Locale Benevento 1, Azienda Sanitaria Locale Caserta, Azienda Sanitaria Locale Napoli 1 Centro, Azienda Sanitaria Locale Napoli 2 Nord, Azienda Sanitaria Locale Napoli 3 Sud, Azienda Sanitaria Locale Salerno, Azienda Sanitaria Locale Avellino, Azienda Ospedaliera Universitaria seconda Università di Napoli;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, sezione VI n. 5453/2011, resa tra le parti, concernente il diniego di accesso agli atti in relazione a gara con procedura aperta, divisa in sette lotti, per il "noleggio di analizzatori per chimica clinica e immunochimica, comprensivo del servizio di assistenza e della fornitura dei reagenti e altro materiale di consumo".

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Soresa - Società Regionale per la Sanità e di Roche Diagnostics;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2012 il Cons. Hadrian Simonetti, uditi per le parti gli avvocati Scanzano, Strano su delega di Sarro e Manzi.

Rilevato che:

La società regionale per la sanità (Soresa), nella sua veste di stazione appaltante avente il compito di indire gare centralizzate per la fornitura di beni e servizi destinati alle Aziende del Servizio Sanitario della Regione Campania ai sensi dell'art. 6 della l.r. 28/2003, ha indetto nel 2009 una procedura di gara per il noleggio di analizzatori, comprensiva anche del servizio di assistenza e della fornitura dei reagenti e che, all'esito, due lotti sono stati aggiudicati alla Roche s.p.a. con la quale la stazione appaltante ha stipulato due contratti di appalto in data 21.11.2009 e 25.3.2010;

l'odierna appellante, Abbott s.r.l., che a suo tempo non aveva preso parte a detta procedura, ha proposto, a febbraio del 2011, un primo ricorso dinanzi al Tar Campania lamentando il fatto che Soresa e la Asl di Benevento avrebbero ampliato l'oggetto dei contratti, senza per questo indire una nuova procedura pubblica;

la stessa Abbott ha poi presentato, ad aprile del 2011, istanza di accesso a Soresa, chiedendo di prendere visione di atti e documenti concernenti l'esecuzione della gara quali, in particolare: 1) gli atti e le

comunicazioni con cui Soresa avrebbe consentito alle aziende sanitarie di effettuare ordinativi; 2) le delibere di adesione da parte delle aziende sanitarie; 3) gli ordinativi effettuati dalle aziende; 4) le risposte e i riscontri di Soresa;

Soresa ha negato l'accesso sul rilievo che la Abbott, non avendo partecipato alla procedura di gara, non avrebbe interesse a conoscere gli atti e i contratti posti in essere a valle della medesima procedura; proposto ricorso avverso tale diniego, il Tar, con sentenza n. 5453/2011, lo ha respinto sulla base di diverse ragioni ostative – quali in particolare la carenza di attualità della richiesta e la sua indeterminatezza - e sul fondamentale rilievo che la posizione di operatore di settore non sia da sola sufficiente a fondare la legittimazione di Abbott;

con il presente appello si censura la sentenza n. 5453/2011 per violazione degli artt. 13 d.lgs. 163/2006 e 22 l. 241/1990, ribadendo come l'interesse di Abbott all'ostensione dei documenti richiesti sarebbe preordinato alla verifica del rispetto dei limiti dell'oggetto dei contratti conclusi tra Soresa e Roche e di agire eventualmente in giudizio per la difesa dei propri diritti ed interessi, il tutto sul fondato sospetto che Soresa, ampliando oltre modo l'oggetto ed i beneficiari delle forniture, abbia finito per eludere l'obbligo di indire una nuova gara;

Si sono costituite anche in questa sede Soresa e Roche, con articolate memorie difensive, la seconda proponendo anche appello incidentale

avverso la sentenza di primo grado, laddove ha ammesso il diritto di accesso anche rispetto alla fase di esecuzione del rapporto contrattuale.

Considerato che:

pacifica la circostanza che, a monte della vicenda in contestazione, Abbott non prese parte (per sua libera scelta) alla procedura di gara indetta da Soresa, il Collegio deve valutare l'interesse e la legittimazione della stessa Abbott ad accedere ad atti adottati a valle di detta procedura;

in disparte la questione se in linea generale siano accessibili gli atti relativi alla fase esecutiva dei contratti di appalto (questione discussa in dottrina e giurisprudenza ed oggetto di appello incidentale di Roche), secondo la prospettazione di Abbott, l'interesse e la legittimazione all'accesso nascerebbe dal fatto che la stessa Abbott suppone che, in epoca successiva alla ricordata procedura di gara, Soresa possa avere ampliato l'oggetto ed i beneficiari della commessa, così pervenendo a nuovi affidamenti disposti senza gara; in questa prospettiva, l'accesso potrebbe essere funzionale ad un'impugnazione da proporre nei confronti di tali ultimi atti, a difesa della propria posizione di operatore del settore interessato, in via generale, all'acquisizione di nuove commesse pubbliche;

considerato altresì che:

risulta, peraltro, documentato in atti come Abbott abbia già percorso tale via, avendo impugnato il provvedimento con il quale l'Asl di

Benevento ha aderito alla procedura a suo tempo indetta da Soresa, e come nel frattempo il Tar Campania si sia pronunciato, con sentenza n. 1586/2012, respingendo il ricorso sul fondamentale rilievo che Soresa, dati anche i particolari compiti assegnati dalla norma regionale (cfr. art. 6, comma 15, della l.r. della Campania n. 28/2003) al fine di contenere la spesa pubblica, aveva indetto una procedura di gara centralizzata la cui *lex specialis* prevedeva sin dall'origine la possibilità di ampliare entro certi limiti l'oggetto della fornitura; a fronte di tale quadro disciplinare, la possibilità di ulteriori estensioni contrattuali, avverso le quali Abbott potrebbe presentare nuove ipotetiche impugnazioni, è prospettata in questa sede in termini del tutto generici (v. atto di appello a p. 9), il che non vale a fondare un interesse attuale all'ostensione dei documenti richiesti; vi è piuttosto, al di là delle dichiarazioni di intenti, la tendenza di Abbott a contestare in radice, a distanza di circa tre anni, le modalità della procedura di gara indetta da Soresa, sulla base di motivi che sarebbe stato suo onere dedurre nell'immediatezza della sua indizione;

Ritenuto che:

la particolare natura del giudizio sull'accesso, che nell'opinione divenuta prevalente ha ad oggetto l'accertamento di un diritto soggettivo vero e proprio, non esime da una valutazione circa l'esistenza di una posizione pur sempre differenziata in capo al richiedente e non può quindi risolversi in un'azione popolare diretta

a consentire un controllo generalizzato sull'attività e sull'operato dell'amministrazione (v. Cons. St. Ad. Plen. 7/2012 sub 5., che richiama anche numerosi precedenti conformi);

per tutte le ragioni sin qui evidenziate, la Abbott non ha fornito sufficienti elementi a dimostrazione della propria posizione differenziata, ovvero di essere portatrice di un "interesse diretto, concreto e attuale", non essendo sufficiente a tal fine la mera qualità di operatore del settore declinata unitamente (ed unicamente) alla possibilità di azioni giudiziarie, in parte già infruttuosamente intraprese ed, in altra parte, allo stato del tutto ipotetiche ed astratte;

in conclusione, l'appello è infondato e va respinto, il che determina l'improcedibilità dell'appello incidentale di Roche;

le spese seguono la regola della soccombenza e sono liquidate con il dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna Abbot s.r.l. al pagamento delle spese processuali in favore di So.Re.Sa. s.p.a. e Roche Diagnostic s.p.a., liquidate in favore di ciascuna di esse nell'importo di euro 3.000,00 (tremila/00), oltre ad IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 maggio
2012 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Botto, Presidente FF

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/05/2012

IL SEGRETARIO

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