Pubblicato il 14/09/2017

N. 00582/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00088/2017 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 Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 88 del 2017, proposto da: Abbvie S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Leopoldo Di Bonito, con domicilio eletto presso lo studio Debora Urru in 44, via Farina;

contro

Regione Autonoma della Sardegna, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Mattia Pani, Sonia Sau, con domicilio eletto presso lo studio Mattia Pani in Cagliari, viale Trento 69; Regione Autonoma Sardegna Direzione Centrale di Committenza, Regione Autonoma Sardegna - Avvocatura Distrettuale non costituiti in giudizio;

nei confronti di

Piramal Critical Care Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Giacon, Nicola Maragna, Emanuele Ghiotto, Gianmarco Delunas, con domicilio eletto presso lo studio Gian Marco

Delunas in Cagliari, via Koch n. 8;
Baxter S.p.a. non costituita in giudizio;

per l'annullamento

a) della lettera di invito, del capitolato d'oneri e del capitolato speciale relativi all'appalto specifico indetto dalla Regione Sardegna - Centrale regionale di committenza per la fornitura di prodotti farmaceutici destinati alle Aziende Sanitarie regionali, nella parte in cui prevedono, per il lotto n. 1235/A, il criterio di aggiudicazione del minor prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 4, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016;

b) della determinazione prot. n. 53235 - rep. n. 3123 del 27/12/2016 di indizione della gara, se ed in quanto in parte qua lesiva;

c) di ogni altro atto presupposto, preordinato, connesso e conseguente se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Autonoma della Sardegna e di Piramal Critical Care Italia S.p.a.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 maggio 2017 il dott. Gianluca Rovelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Espone la ricorrente che la Regione Sardegna ha indetto un appalto per la fornitura di prodotti farmaceutici destinati alle aziende sanitarie regionali.

La procedura è stata divisa in 1765 lotti per un importo complessivo dell'appalto pari a € 1.352.583.030,28 ed è finalizzata alla stipula di convenzioni quadro con gli

aggiudicatari di ciascun lotto della durata di 36 mesi, prorogabili per un massimo di 6 mesi.

La gara deve essere aggiudicata con il criterio del minor prezzo ai sensi dell'art. 95 comma 4 lett. b), d.lgs. n. 50/2016, in quanto, come si legge nella determina di indizione "trattasi di fornitura con caratteristiche standardizzate, le cui condizioni sono definite dal mercato".

La procedura di gara è connotata dunque da un criterio di aggiudicazione al prezzo più basso, con verifica di corrispondenza tecnica dei prodotti offerti alle caratteristiche indicate (principio attivo, dosaggio e forma farmaceutica), verifica affidata, come da capitolato, ad una commissione di esperti da nominarsi dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Tra i lotti di gara figura il n. 1235/A avente ad oggetto la fornitura del sevoflurane per il quale, nella "tabella elenco lotti", sono previsti, quali requisiti minimi, forma farmaceutica (gas), dosaggio (250 ml), unità di misura (flacone), senza ulteriori specificazioni.

Afferma la ricorrente che la stazione appaltante, pur nella consapevolezza della particolare natura del prodotto e del connesso rilevante tema della sicurezza derivante dal suo impiego (si tratta di un anestetico utilizzato nelle sale operatorie e somministrato ai pazienti tramite "vaporizzatori") si è limitata a richiedere la fornitura di un adeguato numero di dispositivi travasatori al fine di garantire un "caricamento chiuso" dell'anestetico nel vaporizzatore, con prescrizione che, al di là della sua formulazione, colloca il delicato tema del sistema di caricamento dell'anestetico i) non solo al di fuori di ogni apprezzamento qualitativo dei prodotti offerti, vista la scelta del criterio di selezione ma anche della stessa verifica di corrispondenza a requisiti tecnici minimi, non essendo il sistema di caricamento oggetto della verifica di conformità prevista dall'art. 5 del capitolato né indicato in corrispondenza del lotto nella relativa "tabella elenco lotti".

Avverso gli atti indicati in epigrafe la ricorrente ha dedotto le seguenti censure:

1) violazione e falsa applicazione art. 95 del d.lgs. n. 50/2016, violazione e falsa applicazione artt. 15, 223, 224 d.lgs. 81/2008, violazione dei principi comunitari di trasparenza e par condicio nelle procedure di gara, eccesso di potere per carenza di motivazione, difetto di istruttoria, erroneità dei presupposti, illogicità manifesta, contraddittorietà, sviamento;

2) ulteriore motivo rubricato come il primo con contestazione degli atti sotto differenti profili;

3) ulteriore motivo rubricato come il primo con contestazione degli atti sotto differenti profili.

Conclude per l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Si sono costituite la Regione Sardegna e la controinteressata Piramal chiedendo il rigetto del ricorso.

Con memorie difensive le parti hanno argomentato ulteriormente le rispettive tesi.

Alla udienza pubblica del 10 maggio 2017 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Va anzitutto esaminata l'eccezione preliminare sollevata dalla difesa della Regione Sardegna secondo cui il ricorso sarebbe inammissibile per carenza di legittimazione attiva.

L'eccezione non è fondata.

Il più recente orientamento del Consiglio di Stato è nel senso di ritenere che nel caso in cui il bando di gara preveda il sistema del massimo ribasso, il bando stesso è da ritenere immediatamente e direttamente impugnabile, non occorrendo attendere l'adozione dell'atto di aggiudicazione, atteso che: a) la posizione giuridica legittimante ha a base, quale interesse sostanziale, la competizione secondo

meritocratiche opzioni di qualità oltre che di prezzo; b) la lesione attuale e concreta è generata dalla previsione del massimo ribasso in difetto dei presupposti di legge; c) l'interesse a ricorrere sorge in relazione all'utilità concretamente ritraibile da una pronuncia demolitoria che costringa la stazione appaltante all'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ritenuto dalle norme del nuovo codice quale criterio "ordinario" e generale (Consiglio di Stato, Sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014).

La Sezione ha osservato che l'attuale normativa consente di ritenere in parte superata la sentenza della Adunanza plenaria 29 gennaio 2003, n. 1 la quale ha affermato che: "Non può essere condiviso quell'indirizzo interpretativo che è volto ad estendere l'onere di impugnazione alle prescrizioni del bando che condizionano, anche indirettamente, la formulazione dell'offerta economica tra le quali anche quelle riguardanti il metodo di gara e la valutazione dell'anomalia. Anche con riferimento a tali clausole, infatti, l'effetto lesivo per la situazione del partecipante al procedimento concorsuale si verifica con l'esito negativo della procedura concorsuale o con la dichiarazione di anomalia dell'offerta. L'effetto lesivo è, infatti, conseguenza delle operazioni di gara, e delle valutazioni con essa effettuate, dal momento che è solo il concreto procedimento negativo a rendere certa la lesione ed a trasformare l'astratta potenzialità lesiva delle clausole del bando in una ragione di illegittimità concreta ed effettivamente rilevante per l'interessato: devono pertanto ritenersi impugnabili unitamente all'atto applicativo, le clausole riguardanti i criteri di aggiudicazione, anche se gli stessi sono idonei ad influire sulla determinazione dell'impresa relativa alla predisposizione della proposta economica o tecnica, ed in genere sulla formulazione dell'offerta, i criteri di valutazione delle prove concorsuali, i criteri di determinazione delle soglie di anomalie dell'offerta, nonché le clausole che precisano l'esclusione automatica dell'offerta anomala".

Il nuovo codice appalti – ed in particolare gli artt. 95, 204 (nella parte in cui prevede l'immediata impugnabilità dell'ammissione di altri operatori economici), 211, comma 2 (sull'autotutela "doverosa") – rende, infatti, chiaro che vi sono elementi fisiologicamente disciplinati dal bando o dagli altri atti di avvio della procedura, che assumono rilievo sia nell'ottica del corretto esercizio del potere di regolazione della gara, sia in quella dell'interesse del singolo operatore economico ad illustrare ed a far apprezzare il prodotto e la qualità della propria organizzazione e dei propri servizi, così assicurando, nella logica propria dell'interesse legittimo (figlio della sintesi di potere e necessità) la protezione di un bene della vita che è quello della competizione secondo il miglior rapporto qualità prezzo; un bene, cioè, diverso, e dotato di autonoma rilevanza rispetto all'interesse finale all'aggiudicazione.

Nel merito il ricorso è comunque infondato.

Il principio attivo oggetto del lotto di gara all'attenzione del Collegio è considerato dall'amministrazione, con una valutazione che non è né illogica né abnorme né irragionevole un prodotto con caratteristiche standardizzate. Così stando le cose e avendo pur succintamente motivato sul punto, non vi è motivo per considerare illegittimo il criterio di aggiudicazione prescelto.

L'amministrazione, considerate le caratteristiche della fornitura ha, nell'esercizio della propria discrezionalità, ritenuto di privilegiare l'interesse ad un approvvigionamento al miglior prezzo sulla base di caratteristiche preliminarmente individuate e nel rispetto di quanto autorizzato dall'AIFA (sul punto, le osservazioni di cui alla pagina 12 della memoria difensiva della Regione depositata il 21 aprile 2017 sono condivisibili).

Peraltro, l'oggetto della fornitura è il Sevoflurano, che viene commercializzato dalle tre società che in effetti hanno partecipato alla gara (compresa la ricorrente). Il sistema del minor prezzo può essere utilizzato, come ben ha fatto

l'amministrazione, quando le condizioni della fornitura sono già note in fase di predisposizione del bando.

Che la fornitura sia nota alla stazione appaltante è del tutto evidente posto che si tratta di un anestetico già ampiamente utilizzato fino ad oggi.

Le argomentazioni della ricorrente, pur pregevolmente esposte, non possono essere condivise posto che, data la caratteristica della fornitura, la scelta della stazione appaltante, lo si ribadisce, non presenta alcun elemento di illogicità.

La Regione Sardegna ha evidenziato che il Sevoflurano è una fornitura standardizzata e tanto basta per assolvere all'onere motivazionale che incombeva su di essa.

La ricorrente afferma che il proprio prodotto sia migliore rispetto agli altri reperibili sul mercato. Ma si tratta di valutazioni non pertinenti e comunque del tutto opinabili.

L'amministrazione, nel predisporre il capitolato tecnico ha fissato dettagliate prescrizioni (in particolare punto 5 - caratteristiche tecnico qualitative di confezionamento). Non va poi dimenticato che trattasi di medicinale a cui è stata attribuita l'autorizzazione all'immissione in commercio. Il suo utilizzo è stato pertanto già ritenuto sicuro sotto ogni punto di vista, anche quello della modalità di somministrazione.

I primi due motivi di ricorso sono pertanto infondati.

Non spetta miglior sorte al terzo motivo.

Il contestato art. 8 del capitolato prevede per l'aggiudicatario l'obbligo di svolgere un servizio di reportistica.

L'obbligo non è anche in questo caso né illogico né sproporzionato rispetto all'entità dell'appalto.

Il ricorso è in definitiva infondato e deve essere rigettato.

La assoluta particolarità della questione sottoposta al Collegio giustifica la compensazione delle spese di lite.

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 10 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Antonio Plaisant, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE
Caro Lucrezio Monticelli

IL SEGRETARIO