



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 542 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Italfarmaco S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Aldo Cappuccio, Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso Aldo Cappuccio in Trieste, via di Cavana 14;

contro

Azienda Ospedaliero Universitaria Santa Maria della Misericordia - Dipartimento Servizi Condivisi, rappresentato e difeso dall'avv. Federico Rosati, con domicilio eletto presso Federico Rosati Avv. in Trieste, via Donota 3;

Azienda Ospedaliero Universitaria Santa Maria della Misericordia, Asl 101 - Triestina, Asl 102 - Isontina, Asl 103 - Alto Friuli, Asl 104 - Medio Friuli, Asl 105 - Bassa Friulana, Asl 106 - Friuli Occidentale, Azienda Ospedaliera Universitaria Ospedali Riuniti di Trieste, Azienda Ospedaliera Santa Maria degli Angeli di Pordenone, Istituto Cro Centro di Riferimento Oncologico di Aviano, Istituto di Ricovero e Cura A Carattere Scientifico Burlo Garofolo di Trieste;

nei confronti di

Sandoz S.p.A., Sanofi - Aventis S.p.A.;

sul ricorso numero di registro generale 146 del 2012, proposto da:

Italfarmaco S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Giuseppe Franco Ferrari, Aldo Cappuccio, con domicilio eletto presso Aldo Cappuccio in Trieste, via di Cavana 14;

contro

Azienda Ospedaliero Universitaria Santa Maria della Misericordia - Dipartimento Servizi Condivisi, rappresentato e difeso dall'avv. Federico Rosati, con domicilio eletto presso Federico Rosati Avv. in Trieste, via Donota;

Azienda Ospedaliero Universitaria Santa Maria della Misericordia, Asl 101 - Triestina, Asl 102 - Isontina, Asl 104 - Medio Friuli, Asl 105 - Bassa Friulana, Asl 106 - Friuli Occidentale, Azienda Ospedaliera Universitaria Ospedali Riuniti di Trieste, Azienda Ospedaliera Santa Maria degli Angeli di Pordenone, Istituto Cro di Aviano, Istituto di Ricovero e Cura A Carattere Scientifico Burlo Garofolo 3;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 542 del 2011:

con il ricorso introduttivo:

- della determina del Dipartimento Servizi Condivisi n. 1404 dd. 24.10.2011 di indizione della procedura aperta, per l'affidamento della Fornitura di farmaci - ID11FAR010;
- del bando pubblicato in GURI, 5° Serie Speciale - Contratti Pubblici n. 130 dd. 4.11.2011;
- dell'avviso di gara pubblicato in GU/S S107 dd. 4.11.2011;
- delle norme di partecipazione alla gara a procedura aperta per l'affidamento della fornitura di farmaci, ed in specie degli artt. 5 e 9;
- del capitolato speciale;
- dell'elenco definitivo recante i farmaci e i fabbisogni delle Aziende Sanitarie Regionali;
- di tutti i chiarimenti resi dall'Azienda Ospedaliero-Universitaria di Udine;
- del provvedimento di non luogo a provvedere serbato dalla P.A. sull'informativa ex art. 243bis, dlgs 163/2006, trasmessa da Italfarmaco Spa a mezzo del proprio legale di fiducia;
- di tutte le determinazioni di rettifica della procedura di affidamento de qua; nonchè di qualsivoglia documentazione/atto istruttorio che abbia contribuito alla formulazione dei lotti di gara e, in specie, dei lotti nn. 739, 740 e 869 e, infine, dei verbali di gara e delle aggiudicazioni e dei relativi contratti;

quanto ai motivi aggiunti depositati in data 13 gennaio 2012:

- della comunicazione prot. N. 73482 del 6.12.2011 a firma della Responsabile della Linea Approvvigionamenti e Logistica, recante parziale riscontro all'informativa ex art. 243-bis, dlgs. 163/2006, in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale;
- del parziale silenzio-diniego formatosi in relazione alle ulteriori censure formulate in sede di informativa ex art. 243-bis, d.lgs 163/2006;

quanto ai motivi aggiunti depositati in data 17.4.2012:

- della Determinazione dirigenziale n. 315 dd. 8.3.2012, comunicata con nota prot. 15162 dd. 9.3.2012, recante fornitura di farmaci-ID11FAR010. Aggiudicazioni lotti sospesi e parziale rettifica determinazione di aggiudicazione n. 152/2012", nella parte in cui ha aggiudicato il lotto 739 a Sanofi Aventis Spa;
- della nota suddetta e dell'ulteriore nota prot. 16444 dd. 14.3.2012;
- del verbale n. 4 dd. 28.2.2012 allegato alla Determinazione 315/2012 e della comunicazione di avvio del procedimento prot. 9944;
- in via subordinata della lex specialis di gara, ivi inclusi la determinazione di indizione e l'Allegato 1 al capitolato speciale;
- per la declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto di appalto intercorso tra la Stazione appaltante e la Società controinteressata, e per la consequenziale declaratoria del diritto di Italfarmaco spa a conseguire l'aggiudicazione del lotto 739 in luogo di Sanofi Aventis spa e a subentrare, nel caso in cui ne fosse iniziata l'esecuzione, nel contratto per cui è causa e per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente.

quanto al ricorso n. 146 del 2012:

- a) della determina del Dip.Servizi Condivisi n. 333 dd. 13.3.2012 di indizione della procedura aperta, ai sensi del d.lgs 163/2006, ID11FAR010-3-"fornitura farmaci-lotti riformulati-per 24 mesi;
- b) del bando pubblicato in GURI, 5° Serie Speciale- Contratti Pubblici n. 35 dd. 23.3.2012, con cui l'Azienda Osp. di Udine- ha indetto la procedura aperta ID11FAR010-3 per la fornitura di farmaci-lotti riformulati;
- c) dell'avviso di gara dd. 16.4.2012;
- d) delle norme di partecipazione alla gara a procedura aperta per l'affidamento della fornitura di farmaci, ed in

specie degli artt. 5 e 9;

e) del capitolato speciale;

f) dell'elenco definitivo recante i farmaci e i fabbisogni delle Aziende Sanitarie Regionali;

g) dei provvedimenti impugnati in principalità, delle Determinazioni del Dirett. Dip. Serv. Condivisi n. 152 e 315/2012, nonché di qualsivoglia documentazione/atto istruttorio che abbia contribuito alla formulazione del lotto 869, compreso il Prontuario Terapeutico dell'Area Vasta Pordenonese, nella parte in cui assimila lenograstim e filgrastim; dei verbali di gara e delle aggiudicazioni e dei relativi contratti.

Visti i ricorsi, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliero Universitaria Santa Maria della Misericordia - Dipartimento Servizi Condivisi e di Azienda Ospedaliero Universitaria Santa Maria della Misericordia - Dipartimento Servizi Condivisi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2012 il dott. Oria Settesoldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo la ricorrente impugna l'indizione ed il bando della procedura aperta ID11 FAROIO per la fornitura biennale di prodotti farmaceutici alle Aziende Sanitarie della Regione Friuli Venezia Giulia per 2190 lotti, preannunciando di essere intenzionata a formulare offerta con riferimento, tra gli altri, ai lotti 869 e 739, i quali raggruppano una pluralità di principi attivi biologici diversi, presupponendone l'equivalenza.

In particolare, il lotto 869 equipara filgrastim 30.000.000 UI e lenograstim 36.000.000 UI, mentre il lotto 739 pone in confronto concorrenziale dalteparina, enoxaparina e nadroparina calcica date come da pta.

In data 25.11.2011 la ricorrente, al fine di contestare la formulazione dei predetti lotti, oltre che del lotto 740 nella parte in cui non include nadroparina calcica, trasmetteva all'Azienda l'informativa pre-contenzioso ai sensi dell'art. 243-bis d. lgs. 163/2006, preannunciando l'intento di proporre ricorso giurisdizionale avverso gli atti di gara per l'asserita illegittimità dell'intera lex specialis di gara per violazione degli artt. 3, 32, 41 e 97 Cost., e della dir. CE 83/2001 ed in specie dell'allegato I parte 1 modulo 3, punto 3.2.1.1. b, e dell'art. 10, comma 4, nonché dell'art. 10, comma 7, d.lgs. 219/2006.

Italfarmaco segnalava inoltre la violazione di tutti i principi fondamentali in materia di appalti pubblici di forniture stabiliti dal d.lgs 163/2006, nonché dei principi di par condicio concurrentium, buon andamento e trasparenza dell'azione amministrativa, tutela dell'affidamento, nonché il vizio di eccesso di potere per carenza di istruttoria, travisamento dei presupposti, sviamento, manifesta illogicità, irragionevolezza ed ingiustizia.

Non avendo ricevuto riscontro alcuno alla predetta informativa ha quindi proposto il ricorso in oggetto che deduce i seguenti motivi:

I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 32 e 97 Cost. .. Violazione e falsa applicazione della dir. CE 83/2001, ed in specie dell'allegato I. parte 1, modulo 3, punto 3.2.1.1. b, e dell'art. 10, comma 4. Violazione e falsa applicazione dell'art. 10, comma 7, d.lgs. 219/2006. Violazione e falsa applicazione delle linee guida EMEA/CHMP/BMWP/31329/05 ed EMEA/ CPMP/ BMWP/42832/05. Eccesso di potere per erroneità dei presupposti, travisamento dei fatti, carenza di istruttoria e di motivazione, manifeste illogicità, ingiustizia ed

irragionevolezza, violazione dei principi di trasparenza e buon andamento dell'azione amministrativa, violazione della par condicio concurrentium e sviamento. Violazione del principio di precauzione.

Si evidenzia come l'A.O.U. di Udine abbia proceduto a raggruppare nel lotto 869, e a porre tra loro in confronto concorrenziale, sia alcuni principi attivi diversi, sia, addirittura, i biosimilari di uno di essi (filgrastim 30.000.000 UI) con l'altro principio attivo originale (lenograstim 33.600.000 UI) commercializzato da Italfarmaco, che invece non sarebbero confrontabili tra di loro, in quanto aventi caratteristiche pacificamente non sovrapponibili.

La ricorrente al riguardo fornisce le precisazioni di carattere scientifico di seguito testualmente riportate:

“Filgrastim è un G-CSF ricombinante umano (prodotto in E. Coli) approvato dal 1991 per la neutropenia indotta dalla chemioterapia.

Il prodotto ricombinante non è glicosilato e contiene un residuo di metionina N-terminale.

Oltre all'originator di filgrastim 30.000.000 UI. GRANULOKINE, sono stati recentemente immessi in commercio diversi prodotti biosimilari di quest'ultimo, che sono: NIVESTIM 30 MU, commercializzato da J-IOPIRIA ITALIA S.r.l., RA TIOGRASTIM 30 MUI. commercializzato da RATIOFARM ITALIA s.r.l. TEVAGRASTIM 30 MUL commercializzato da TEVA ITALIA S.r.l., ZARZIO 30 MU, commercializzato da SANDOZ s.p.a.,....

Lenograstim è, invece, un G-CSF ricombinante umano prodotto da cellule di ovaio di criceto cinese (CHO).

La differenza fondamentale fra le due molecole risulta la porzione glicosidica che, pur non essendo basilare per l'attività biologica del G-CSF, è da ritenersi responsabile delle notevoli differenze fra le caratteristiche chimico-fisiche e biologiche di lenograstim e filgrastim. La glicosilazione, infatti, aumenta in lenograstim la stabilità della molecola alle variazioni termiche e di pH e all'aggressione delle proteasi (elastasi), l'affinità per il recettore specifico e l'efficacia nella mobilitazione dei PMN, che risulta in vivo di circa il 27% superiore a quella di filgrastim (cfr. E. Orciuoli, Ruolo della glicosilazione del fattore stimolante le colonie granulocitarie nella funzione neutrofilia)”..

Viene quindi dedotta l'illegittimità degli atti con cui la stazione appaltante ha raggruppato non solo principi attivi differenti (filgrastim e lenograstim). ma addirittura i biosimilari di uno di essi (filgrastim) con l'altro diverso principio attivo originale (lenograstim), commercializzato da Italfarmaco, senza averli comparati in base ad una valutazione delle rispettive indicazioni e proprietà terapeutiche supportata da adeguati studi clinici nell'uomo, non potendosi dare per presupposta l'equivalenza terapeutica.

Si rileva altresì come, nel quadro regolatorio vigente, la comparazione tra principi biologici non possa prescindere da quanto previsto nelle linee guida licenziate dall'EMA, che chiariscono che l'equivalenza terapeutica tra due prodotti biologici (originator e suo similare) a base di uno dei predetti principi attivi deve essere dimostrata con adeguati studi clinici di confronto nell'uomo.

II. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 32 e 97 Cost.. Violazione dei principi fondamentali sanciti dall'art. 2, d.lgs. 163/2006: violazione dei principi di economicità, efficacia, correttezza, libera concorrenza, parità di trattamento. non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità. Eccesso di potere per manifesta illogicità, irragionevolezza ed ingiustizia, sviamento, carenza di istruttoria, travisamento dei presupposti, difetto di motivazione, perplessità e contraddittorietà intrinseca.

La già sopra contestata formulazione del lotto 869, unitamente agli artt. 5 e 9 delle norme di partecipazione alla gara, sarebbe ulteriormente illegittima in quanto sono stati posti in concorrenza filgrastim da 30.000.000 UI e lenograstim da 33.600.000 e, ai sensi dell'art. 5 delle norme di partecipazione alla gara l'offerta dovrà indicare "prezzo netto offerto (in cifre ed in lettere - IVA esclusa - riferito a U.M.: fiala, flacone, ecc ..) derivante dall'applicazione dello sconto di cui al punto precedente", così da lasciare intendere che l'aggiudicazione verrà effettuata non in base al prezzo più conveniente a UI, bensì ad unità di misura, ossia, per quanto attiene alla

fattispecie in esame, a fiala o siringa.

L'art. 9 delle norme di partecipazione alla gara, poi, prevede che "laddove fossero proposti, e fosse consentito di presentare confezionamenti diversi tra le varie ditte concorrenti, ai fini di una corretta comparazione economica delle diverse proposte, si prenderà a riferimento il prezzo dell'unità minima (a ml, a mg etc]" e non quello a UI.

In questo modo il raffronto viene operato in base a formulazioni differenti, ossia siringa da 33.600.000 UI per lenograstim e da 30.000.000 per filgrastim, come se una siringa 33.600.000 UI di lenograstim fosse equivalente ad una 30.000.000 UI di filgrastim, ai fini della comparazione del prezzo, il che non risulta supportato da una valida istruttoria di carattere tecnico-scientifico.

Pertanto la lex specialis di gara, nella parte in cui intende operare una "reductio ad unum" non solo di principi attivi diversi tra loro non equiparabili ma anche tra differenti confezioni di tali principi attivi, in quanto contenenti quantità di sostanze biologiche non confrontabili, sarebbe del tutto illogica, irragionevole e violativa dei principi di uguaglianza e par condicio concurrentium, tanto più che, con riferimento ad altri lotti, è stato invece previsto che il prezzo debba essere indicato a U.I. (si vedano, ad esempio i lotti 739 e 740), evidentemente ritenendo di non poter in alcun modo comparare confezioni aventi una concentrazione di principio attivo differente.

III. Violazione degli artt. 3, 32 e 97 Cost.. Violazione e falsa applicazione della dir. CE 83/2001, ed in specie dell'allegato I, parte I, modulo 3, punto 3.2.1. 1. b, e dell'art. 10, comma 4. Violazione e falsa applicazione dell'art. 10, comma 7, d.lgs. 219/2006. Violazione e falsa applicazione della linea-guida EMEA/CHMP/BMWP/118264/2007 del 19 marzo 2009. Violazione dell'art. 3, lo 241/1990. Eccesso di potere per erroneità dei presupposti, travisamento dei fatti, carenza di istruttoria e di motivazione, manifeste illogicità, ingiustizia ed irragionevolezza, violazione dei principi di trasparenza e buon andamento dell'azione amministrativa, violazione della par condicio concurrentium e sviamento. Violazione del principio di precauzione. Si richiamano le argomentazioni di cui al primo motivo anche con riferimento alla scelta di raggruppare nel lotto 739, riservato alle EPBM per profilassi trombosa profonda in chirurgia generale ed ortopedica, le seguenti diverse molecole: nadroparina calcica, dalteparina e enoxaparina, in tal modo ponendo in confronto concorrenziale principi attivi pacificamente non confrontabili tra loro, senza che l'equivalenza risulti affermata sulla scorta di studi clinici espletati sulla base delle modalità operative individuate dall'EMA per i prodotti biosimilari.

IV. In via gradata: violazione e falsa applicazione dell'art. 2, d.lgs. 163/2006, violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 32, 41 e 97 Cost.. Eccesso di potere per illogicità manifesta, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto. contraddittorietà, violazione dei principi di par condicio concurrentium e proporzionalità, difetto di istruttoria e di motivazione

In via gradata, si rileva che nella denegata ipotesi in cui si volesse ritenere ammissibile il raggruppamento in unico lotto di diverse EBPM in commercio, allora dovrebbe concludersi per l'illegittimità della formulazione del lotto 740, riservato alle Eparine a basso peso molecolare per profilassi venosa profonda nei pazienti a rischio maggiore di trombosi venosa profonda, laddove non reca l'inserimento di nadroparina calcica, che è un principio attivo, appartenente alla categoria ATC B01AB ed a base delle specialità mediche commercializzate da Italfarmaco SELEPARINA, SELEDIE, FRAXIPARINA e FRAXODI, indicato per la richiamata tipologia di trattamento, a maggior ragione, ove si consideri che proprio il rischio maggiore di trombosi venosa profonda è riscontrabile nei pazienti chirurgici ed ortopedici.

L'A.O.U., avrebbe quindi operato in maniera contraddittoria nella parte in cui ha inserito nadroparina calcica nel lotto 739, relativo alla profilassi venosa profonda in chirurgia generale ed ortopedica, mentre ne ha omissa l'indicazione nel successivo lotto 740, riservato alle Eparine per profilassi venosa profonda nei pazienti "a rischio maggiore", benché tale principio attivo sia espressamente indicato per i trattamenti delle trombosi venose profonde

nei pazienti a rischio maggiore, come i pazienti chirurgici ed ortopedici, come risulterebbe dalle indicazioni terapeutiche che presenta nadroparina in RCP.

Con un successivo primo ricorso per motivi aggiunti la medesima parte ricorrente ha impugnato anche la nota 6.12.2011 con cui l'amministrazione ha riscontrato negativamente la comunicazione di intento di proporre ricorso giurisdizionale, con parziale confutazione delle argomentazioni esposte nell'informativa precontenzioso, per il profilo afferente all'illegittima comparazione nel lotto 869 di confezioni quantitativamente diverse.

I primi motivi aggiunti sono i seguenti:

1^) violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 3 l n. 241/90; violazione e falsa applicazione degli artt. 77, co. 1 e 243 bis c.1 del d.lgs 163/2006; violazione e falsa applicazione del punto VI.3.3. del bando di gara. violazione e falsa applicazione dell'art. 10 delle norme di partecipazione; eccesso di potere per sviamento, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, illogicità manifesta. Difetto di istruttoria e violazione del principio di legittimo affidamento. Perplessità e contraddittorietà intrinseca;

La motivazione addotta circa l'impossibilità di accogliere l'istanza di autotutela a fronte della già intervenuta scadenza del termine – in data 25.11.2011 – per la formulazione di osservazioni e istanze di modifica e per l'imminente scadenza del termine per la presentazione delle offerte non tiene conto del fatto che si trattava di informativa pre-contenzioso, volta a segnalare l'illegittimità dell'operato dell'amministrazione, che è stata poi seguita dal ricorso e che era stata comunque anticipata via fax già in data 25.11.2011.

2^) violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 32 e 97 Cost., violazione dei principi fondamentali sanciti dall'art. 2 d.lgs 163/2006, violazione dei principi di economicità, efficacia, correttezza, libera concorrenza, proporzionalità, pubblicità. Eccesso di potere per manifesta illogicità, irragionevolezza ed ingiustizia, sviamento, carenza di istruttoria, travisamento dei presupposti, difetto di motivazione, perplessità e contraddittorietà manifesta; nell'assunto che l'asserita equivalenza ai fini della comparazione del prezzo di una siringa 33.600.000 UI di lenograstim a una 30.000.000 UI di filgrastim non sarebbe supportata da una valida istruttoria di carattere tecnico-scientifico.

3^) Invalidità derivata dalle censure del ricorso introduttivo

Con un secondo atto di motivi aggiunti la ricorrente precisa che nel prosieguo della gara era stata individuata quale miglior offerente del lotto 739, avendo offerto un prezzo a UI pari 0,00034; mentre si classificava al secondo posto Sanofi Aventis S.p.A., avendo offerto un prezzo a UI pari ad Euro 0,00037, con conseguente dichiarazione di aggiudicazione provvisoria del lotto n. 739 in capo ad Italfarmaco e successiva sua individuazione in via definitiva quale migliore offerente dopo l'esaurimento delle verifiche di cui all'art. 48, d.lgs. 163/2006, con la determina dirigenziale n. 152 del 6.2.2012

Con nota prot. 9944 del 16.2.2012, trasmessa in data 17.2.2012, il responsabile Approvvigionamenti e Logistica del DSC comunicava poi l'avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7, l. 241/1990, con riferimento, tra gli altri, al lotto 739, asseritamente per procedere "alla verifica dei prodotti offerti dalle ditte per i lotti in questione e quindi all'eventuale adozione dei provvedimenti conseguenti, in esito, in particolare, al possesso in capo a tutte le concorrenti dei requisiti essenziali richiesti dagli atti di gara. Alla luce di quanto sopra, si invita codesta società a voler produrre ogni documentazione ed osservazione ritenuta inerente a quanto contestato entro le ore 12. 00 del 27. 02.2012"

Alla seduta convocata per il 28.2.2012, quindi, il Seggio di gara prendeva atto delle nuove determinazioni dell'Amministrazione. In particolare, con riferimento a quanto qui di interesse, rilevava:

"Lotto 739: a seguito dell'aggiudicazione si è potuto constatare che la stessa avrebbe dovuto tenere conto della media del prezzo dei dosaggi disponibili per le indicazioni del lotto, cosa che non si è verificata in sede di lettura

dei prezzi. Tralasciando l'offerta della Dalteparina che ha sicuramente un prezzo superiore in quanto i dosaggi di riferimento sono più alti rispetto ai concorrenti (2.500 e 5.000), si procede a esaminare le altre due offerte:

Per Enoxaparina (offerta dalla ditta Sanofi-Aventis spa) è stato considerato il dosaggio medio di 2.000 in profilassi chirurgica e 4.000 in quella ortopedica, dai dati di consumo si rileva un rapporto di circa 1 a 2 fra i due dosaggi, pertanto il prezzo ad unità (€ 0.00037) andrà moltiplicato per 10.000 per un prezzo di riferimento pari a € 3,70

per Nadroparina (offerta dalla ditta ITALFARMACO SPA) è stato considerato il dosaggio 2.850 in profilassi chirurgica e un dosaggio di 4.275 per quella ortopedica riferita ad un paziente di 75 Kg, anche in questo caso il rapporto è 1 a 2, pertanto il prezzo ad unità (€ 0,00034) andrà moltiplicato per 11.400 per un prezzo di riferimento pari a € 3,876. Tutto ciò premesso ne risulta che il nuovo migliore offerente è la ditta SANOFI-AVENTIS SPA e il secondo in graduatoria è ITALFARMACO SPA".

Seguiva la Determinazione n. 315 dell'8.3.2012, impugnata con i secondi motivi aggiunti, con cui l'A.O.U. resistente ha provveduto a rettificare e ad integrare la Determinazione di aggiudicazione n. 152 del 6.2.2012, con definitiva assegnazione del lotto 739 a Sanofi Aventis e conseguente graduazione in seconda posizione di Italfarmaco, che veniva ulteriormente confermata con nota 16444 inviata il 15.3.2012.

Con il secondo ricorso per motivi aggiunti Italfarmaco dichiara espressamente che, in forza del principio dispositivo del processo amministrativo, che consente una graduazione delle censure, tale da subordinare alcune di esse al rigetto di altre, secondo una valutazione della migliore soddisfazione degli interessi dedotti come prospettati dalla parte ricorrente, intende contestare la Determinazione n. 315 dell'8.3.2012, nella parte in cui assegna il lotto 739 a Sanofi Aventis, deducendo, sia doglianze dal cui accoglimento deriva l'aggiudicazione in favore della ricorrente (quelle formulate sub I e IV); sia, in via gradata, censure che imporrebbero in caso di accoglimento la riedizione del segmento procedimentale emendato dai vizi riscontrati (formulate sub II e III), nonché, in via ulteriormente subordinata, facendo valere vizi (dedotti sub V e VI) la cui positiva delibazione, investendo la legittimità della procedura concorsuale nel suo complesso, porterebbe alla caducazione dell'intera gara con riferimento al lotto 739.

I secondi motivi aggiunti sono i seguenti:

I. In via prioritaria: Violazione e falsa applicazione dell'art. 82, d.lgs. 163/2006. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost .. Violazione e falsa applicazione sez. IV del bando di gara. Violazione e falsa applicazione degli artt. 5, 7 e 9 delle "Norme di partecipazione alla gara". Violazione e falsa applicazione dell'art. 21-nonies, l-241/1990. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto. Irragionevolezza. Difetto di istruttoria e di motivazione.

Si deduce l'illegittimità dell'aggiudicazione decretata in favore di Sanofi Aventis, posto che la scelta di aggiudicare il lotto 739 in base al prezzo a UI (unità internazionale), che indica la quantità di una sostanza biologica che produce un particolare effetto biologico riconosciuto a livello internazionale, era l'unica possibile soluzione permessa dalla lex specialis di gara, alla stregua del senso letterale emergente dagli artt. 5, 7 e 9 delle norme di partecipazione, che, infatti, prevedevano che il prezzo fosse riferito all'unità di misura indicata nel lotto 739 in UI- (cfr. art. 5 norme di partecipazione); che il miglior offerente fosse individuato secondo il criterio dell'art. 82, d.lgs. 163/2006 (cfr. sez. IV del bando e art. 7 norme di partecipazione) e che la valutazione, in caso di confezionamenti differenti, sarebbe avvenuta prendendo a riferimento il prezzo dell'unità minima (art. 9 norme di partecipazione).

Dal momento che le norme di partecipazione prevedevano che la migliore offerta sarebbe stata selezionata, con riferimento al lotto 739, in base al prezzo indicato a UI, da intendersi quale unità minima, l'Azienda resistente non avrebbe potuto attribuire valore determinante all'oscura formula "agg. tenuto conto della media del prezzo dei dosaggi disponibili per le indicazioni del lotto" contenuta nell' Allegato I al capitolato speciale, nel riquadro della

"Descrizione" del lotto 739, al fine di determinare l'aggiudicazione del lotto in medesimo. Infatti la regolamentazione della procedura selettiva è contenuta nel bando e nel disciplinare di gara, mentre il capitolato assolve alla preminente funzione di predeterminare l'assetto negoziale degli interessi dell'amministrazione e dell'impresa aggiudicataria in seguito all'espletamento della gara.

Pertanto, dato che le modalità di presentazione delle offerte e quelle di aggiudicazione risultavano contenute nel documento denominato "Norme di partecipazione alla gara a procedura aperta per l'affidamento della fornitura di farmaci", la specifica regolamentazione della procedura concorsuale dovrebbe ricondursi a quest'ultimo documento - oltre che al bando - e le norme di questi, nel contrasto tra le clausole del bando di gara (e/o del documento che disciplina le modalità della procedura selettiva) e quelle del capitolato, dovrebbero prevalere su quelle di quest'ultimo.

L'Azienda resistente avrebbe quindi illegittimamente dato prevalenza, ai fini dell'aggiudicazione, ad un elemento contenuto in un allegato del capitolato speciale, anziché alle univoche prescrizioni contenute nel bando e nelle norme di partecipazione alla gara in punto di valutazione delle offerte, determinando anche l'intrinseca lesione della par condicio concurrentium insita nel richiedere di formulare un prezzo a UI, per poi determinare l'aggiudicazione in base a parametri differenti, quale il costo di riferimento per i dosaggi disponibili, senza aver consentito ai concorrenti di presentare le offerte in base a detti parametri.

II. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 7, 8 e 10. I. 241/1990. Violazione e falsa applicazione dell'art. 7 delle norme di partecipazione. Violazione del principio di pubblicità della valutazione dell'offerta economica. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione del principio del giusto procedimento. Incompetenza.

Il procedimento di annullamento in autotutela sarebbe stato avviato con comunicazione di avvio del procedimento in contrasto con la reale "istruttoria" compiuta dalla Azienda intimata in sede di riesame, atteso che questa non ha riguardato né i requisiti/caratteristiche dei prodotti offerti, né i requisiti essenziali in capo alle concorrenti, bensì la metodologia di individuazione dell'offerta recante il prezzo più basso. La comunicazione di avvio del procedimento dovrebbe quindi intendersi tamquam non esset, posto che non può considerarsi assolto dalla P.A. l'onere di cui agli artt. 7 e 8, 1. 241/1990, ove l'oggetto della comunicazione non rispecchi quello del procedimento promosso e non permetta di comprendere esattamente l'oggetto del riesame e conseguentemente, di esercitare in modo pieno e compiuto i propri diritti partecipativi,

I diritti di partecipazione e di difesa di Italfarmaco sarebbero stati lesi anche perché, in ossequio alle norme di partecipazione la valutazione del miglior offerente avrebbe dovuto essere effettuata dal Presidente del Seggio, nonché RUP dell'intera procedura concorsuale (cfr. sezione VI del bando), mentre, dalla lettura del verbale del 28.2.2012, apparrebbe che la nuova valutazione circa le offerte pervenute per il lotto 739 non è stata effettuata dal Presidente del Seggio e, oltretutto, che la predetta valutazione non è stata eseguita in seduta pubblica perché in detta seduta il Presidente del Seggio ha semplicemente preso atto delle nuove determinazioni dell'Amministrazione, sicché non emerge né quale soggetto abbia assunto detta determinazione né tanto meno in che sede la stessa sia stata adottata.

Da ultimo, si segnala che Italfarmaco, una volta appreso nella seduta del 28.2.2012 che l'oggetto del riesame da parte dell'A.D. resistente si era appuntato sulla verifica del prezzo offerto alla luce della media dei dosaggi previsti in scheda tecnica e che, in base ai discutibili conteggi operati dall'Amministrazione, il lotto avrebbe dovuto essere aggiudicato alla controinteressata, provvedeva a trasmettere, in data 6.3.2012, una nota in cui, pur esprimendo riserve di metodo e di merito, rilevava come la possibile aggiudicazione del lotto 739 alla molecola enoxaparina fosse comunque viziata da un errore di calcolo, posto che il dosaggio medio di nadroparina in chirurgia ortopedica

avrebbe dovuto essere fissato in 3757 UI e non in 4275 UI, con conseguente maggiore convenienza dell'offerta di Italfarmaco. All'uopo, la ricorrente, a dimostrazione della tesi patrocinata, allegava sia lo stralcio delle schede tecniche dei due prodotti, sia un prospetto da cui emergevano i conteggi effettuati ma il provvedimento di aggiudicazione in rettifica 315/2012 non contiene alcun riferimento alla nota trasmessa da Italfarmaco, né dimostra che la stessa sia stata fatta oggetto di valutazione da parte della resistente.

Quest'ultima censura non potrebbe ritenersi superata alla luce della nota 16444 trasmessa dall' AO.U. intimata ad Italfarmaco in data 15.3.2012 in preteso riscontro alle osservazioni inoltrate dalla ricorrente in data 6.3.2012 perché, oltre ad essere successiva al provvedimento di modifica dell'aggiudicazione adottato, si limita a confermarlo, senza in alcun modo dare conto delle ragioni per cui le osservazioni di Italfarmaco non sono state ritenute idonee a superare le valutazioni precedentemente compiute.

III. Violazione e falsa applicazione degli artt.2 e 82, d.lgs. 163/2006. Eccesso di potere per sviamento. Violazione e falsa applicazione delle norme di partecipazione e, in specie, degli artt. 1,5, 7 e 9, Violazione del principio di trasparenza e par condicio concurrentium. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost ..

Anche nella denegata ipotesi in cui si ritenesse che la stazione appaltante avrebbe dovuto tenere in considerazione ai fini dell'aggiudicazione, quanto previsto nell' Allegato 1 al capitolato speciale, ossia la "media del prezzo dei dosaggi disponibili per le indicazioni del lotto", si segnala come l'Amministrazione resistente abbia integrato, in sede di riesame delle offerte pervenute, il medesimo criterio attraverso l'introduzione di parametri sconosciuti alle imprese concorrenti, avendo fissato criteri interpretativi inediti ed assunto a parametri di valutazione dati non resi noti alle parti nelle forme di legge.

Infatti, a fronte di un'offerta in cui il prezzo andava espresso a UI, per un dato fabbisogno parimenti espresso in UI e calcolato complessivamente per entrambe le indicazioni del lotto profilassi trombosa venosa profonda in chirurgia generale e profilassi trombosa venosa profonda in chirurgia ortopedica -la stazione appaltante, al preteso fine di calcolare la media del prezzo dei dosaggi disponibili per le indicazioni del lotto, ha provveduto, in sede di riesame delle offerte, a scomporre il fabbisogno asseritamente in base a non meglio specificati dati di consumo riferiti a ciascuna indicazione (un rapporto di 1 a 2 non comunicato ex ante e non dimostrato ex post), per poi calcolare un "prezzo di riferimento", che rappresenta una sorta di costo/die per 2 trattamenti di profilassi della TVP in ortopedia e 1 trattamento della profilassi della TVP in chirurgia generale, computato in base ai dosaggi di ciascun prodotto, che sarebbero stati, "liberamente tratti" dalle schede tecniche, con l'aggravante che, al momento dell'individuazione dei criteri di calcolo, le offerte erano già cognite.

IV. Violazione e falsa applicazione degli artt. 2. 81 e 82, d.lgs. 163/2006. Violazione falsa applicazione dell'art. 21-nonies, 1.241/1990. Eccesso di potere per: difetto di istruttoria, irragionevolezza, contraddittorietà; violazione del principio di par condicio concurrentium, palese illogicità, irrazionalità, incoerenza, sviamento dalla causa tipica, difetto di motivazione, errore sul fatto e/o sui presupposti, comportamento contrario al pubblico interesse

La ricorrente sostiene che le valutazioni compiute dall' A.D.U. intimata in sede di riesame sarebbero in ogni caso errate e che, applicando coerentemente i parametri fissati nel corso del procedimento di secondo grado, avrebbe dovuto comunque pervenire all'aggiudicazione in favore di Italfarmaco, perché il dosaggio medio su cui risulta basata la decisione sarebbe stato calcolato con approssimazione per difetto in relazione ad enoxaparina e con approssimazione per eccesso in relazione a nadroparina, così da pervenire ad un' aggiudicazione in favore di un prodotto certamente più costoso, in spregio al principio di economicità cui la procedura selettiva era originariamente ispirata.

V. in via subordinata: Violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 81, 82 e 53, d.lgs. 163/2006. Eccesso di potere per sviamento. Violazione del principio di trasparenza e par condicio concurrentium. Violazione e falsa

applicazione degli artt. 3 e 97 Cost .. Eccesso di potere per contraddittorietà intrinseca, illogicità ed irragionevolezza.

Sempre nella denegata ipotesi in cui venissero ritenute infondate le doglianze esposte ai paragrafi precedenti e si ritenesse che l'Azienda resistente dovesse tenere in considerazione, ai fini della determinazione di aggiudicazione, quanto previsto nell' Allegato 1 al capitolato speciale d'appalto, lotto 739 (con conseguente infondatezza della doglianza relativa all'introduzione di criteri postumi di valutazione), e che i conteggi operati dall' Amministrazione fossero corretti, la ricorrente contesta la predetta previsione e l'intera lex specialis di gara ove interpretata alla luce della stessa.

Infatti si sostiene che la procedura avrebbe dovuto essere assegnata in base al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, per cui era precluso adottare, nella valutazione del prezzo, qualunque criterio che si basi su medie matematiche o criteri forfetari.

Se l'intendimento della stazione appaltante fosse stato quello di comparare il costo/die di un mix di trattamenti calcolato in base all'incidenza storica di diverse tipologie di interventi, infatti, non si comprenderebbe per quale ragione la stessa abbia, da una parte, individuato i fabbisogni in UI e, dall'altra, non abbia richiesto alle concorrenti di formulare la propria offerta in base a tale differente parametro, in modo da consentire loro di comprendere appieno quali criteri avrebbero informato la valutazione.

Nella fattispecie in esame, del resto, la predetta contraddittorietà appare ancor più grave, ove si consideri che i prodotti inseriti nel lotto 739 differiscono per principio attivo e schema posologico, per CUI l'individuazione del costo/die rimesso alla mera discrezionalità della stazione appaltante a fronte di un prezzo espresso a UI non può che condurre a valutazioni opinabili.

VI. Violazione degli artt. 3, 32 e 97 Cost.. Violazione e falsa applicazione della dir. CE 83/2001, ed in specie dell'allegato I, parte 1, modulo 3, punto 3.2.1.1. b, e dell'art. 10, comma 4. Violazione e falsa applicazione dell'art. 10, comma 7, d.lgs. 219/2006. Violazione e falsa applicazione della linea-guida del EMEA/CHMP/BMWP/118264/2007 del 19 marzo 2009. Violazione dell'art. 3, l. 241/1990. Eccesso di potere per erroneità dei presupposti, travisamento dei fatti, carenza di istruttoria e di motivazione, manifeste illogicità, ingiustizia ed irragionevolezza, violazione dei principi di trasparenza e buon andamento dell'azione amministrativa, violazione della par condicio concurrentium e sviamento. Violazione del principio di precauzione. Sempre nell'ipotesi di non accoglimento delle censure che conducono all'aggiudicazione in favore di Italfarmaco del lotto 739, si ribadisce la permanenza dell'interesse alla censura sollevata sub III.1 del ricorso introduttivo del giudizio.

Viene formulata istanza risarcitoria, chiedendo in via principale il ristoro in forma specifica.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione intimata controdeducendo per il rigetto ed eccependo la carenza di interesse alla coltivazione delle doglianze relative al lotto 869 dato che lo stesso non era stato aggiudicato e la mancata presentazione di domanda di partecipazione alla gara per il lotto 740.

Con il successivo ricorso 146/2012 la medesima ricorrente ha impugnato gli atti tutti relativi alla nuova indizione della procedura aperta relativa al lotto 869 dopo che nella precedente gara la commissione giudicatrice non aveva proceduto alla valutazione delle cinque offerte pervenute, avendo ritenuto che il lotto non era formulato correttamente, ancorché poi, nella determinazione di aggiudicazione definitiva n. 152 del 6.2.2012, si fosse invece dato atto che "il lotto 869 è andato deserto per mancanza di offerte valide o corrispondenti a quanto richiesto a capitolato".

La nuova procedura peraltro riprodurrebbe pedissequamente quella già in precedenza contestata da Italfarmaco, tanto che ivi si rinviene il lotto 869, che, analogamente a quello inserito nell' Allegato al capitolato della gara

ID11FAR010, equipara filgrastim 30.000.000 UI a lenograstim 36.000.000 UI, per un importo stimato pari ad Euro 2.123.842,50, ed è stata quindi impugnata per i seguenti motivi:

I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, e 97 Cost.. Eccesso di potere per contraddittorietà tra atti. Irragionevolezza, illogicità. Travisamento dei presupposti di fatto e di diritto. Violazione del principio di economicità. Difetto di motivazione. Violazione del principio di buona fede contrattuale consacrato negli artt. 1337 e 1338 c.c.; nell'assunto che non sarebbe stato vero che il lotto era andato deserto per mancanza di offerte valide o corrispondenti alle richieste perchè, come emergerebbe dal verbale del 16.12.2011, le offerte non sono state esaminate materialmente il che rende impossibile un loro giudizio di inidoneità e che il comportamento dell'amministrazione si rivelerebbe contraddittorio e illogico, avendo rieditato una gara nella consapevolezza della sua illegittimità, costringendo la ricorrente ad un nuovo ricorso.

2) Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 32 e 97 Cost .. Violazione e falsa applicazione della dir. CE 83/2001, ed in specie dell'allegato I, parte 1, modulo 3, punto 3.2.1.1. b, e dell'art. 10, comma 4. Violazione e falsa applicazione dell'art. 10, comma 7, d.lgs. 219/2006. Violazione e falsa applicazione delle linee guida EMEA/CHMP/BMWP/31329/05 ed EMEA/CPMP/BMWP/42832/05. Eccesso di potere per erroneità dei presupposti, travisamento dei fatti, carenza di istruttoria e di motivazione, manifesta illogicità, ingiustizia ed irragionevolezza, violazione dei principi di trasparenza e buon andamento dell'azione amministrativa, violazione della par condicio concurrentium e sviamento. Violazione del principio di precauzione; nell'assunto che sarebbero stati raggruppati farmaci con caratteristiche non sovrapponibili, operando una sovrapposizione/equivalenza, oltre che tra due principi attivi biologici diversi (filgrastim e lenograstim) anche tra i biosimilari di filgrastim ed il diverso principio attivo originale lenograstim, così postulandone l'equivalenza terapeutica in assenza di una valida istruttoria supportata da adeguati studi clinici nell'uomo, operazione illegittima per tutte le ragioni già diffusamente esposte con il ricorso 542/2011.

3) Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 32 e 97 Cost .. Violazione dei principi fondamentali sanciti dall'art. 2, d.lgs. 163/2006: violazione dei principi di economicità, efficacia, correttezza, libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità. Eccesso di potere per manifesta illogicità, irragionevolezza ed ingiustizia, sviamento, carenza di istruttoria, travisamento dei presupposti, difetto di motivazione, perplessità e contraddittorietà intrinseca.

Si ricorda che, sono stati posti in concorrenza filgrastim da 30.000.000 UI e Lenograstim da 33.600.000 UI, che l'aggiudicazione verrà effettuata non in base al prezzo più conveniente a UI, bensì ad unità di misura, ossia, a fiala o siringa e questo comporta che nel caso di specie si dia per presupposto, senza che tale assunto risulti supportato da una valida istruttoria di carattere tecnico-scientifico, che una siringa 33.600.000 UI di lenograstim sia equivalente ad una 30.000.000 UI di filgrastim, ai fini della comparazione del prezzo. La contraddittorietà di comportamento della stazione appaltante è viepiù avvalorata dal fatto che per altri lotti era stato previsto che il prezzo dovesse essere indicato a U.I.

Anche nel ricorso 146 l'amministrazione si è costituita in giudizio ed insiste per il rigetto del ricorso.

DIRITTO

1) Il Collegio ritiene anzitutto necessario riunire i due ricorsi per la evidente connessione soggettiva e consequenzialità logica.

Di fatto le problematiche sono talmente interconnesse che il Collegio ritiene preferibile trattarle in maniera unitaria. E' evidente pertanto che non ha alcun senso soffermarsi da subito sulla eccezione di inammissibilità per carenza di interesse relativamente alle prime due censure del ricorso 542 perché la problematica deve essere comunque esaminata nell'ambito del ricorso 146 e il Collegio preferisce procedere secondo l'ordine originario delle censure

che meglio si presta ad affrontare funditus la questione che rappresenta il vero fulcro dei gravami.

2) Il Collegio ha ben chiari i limiti della propria competenza giurisdizionale in materia, che non gli consentono di affrontare valutazioni di merito tecnico che sono giustamente lasciate ai molteplici organi tecnici che sono deputati ad affrontare, sia a livello ministeriale, sia per le singole organizzazioni sanitarie, la complessa problematica dell'equivalenza tra originator, (o medicinale biologico di riferimento) e farmaci biosimilari. Questo tuttavia presuppone che vi sia stata, a monte di qualsiasi gara, una decisione in cui sia possibile rintracciare la fonte delle scelte poi tradottesi nella normativa di gara. (T.A.R. Cagliari Sardegna sez.I, n.136/2011). Vale a dire che, sia che si decida di bandire una gara dove vengono raggruppati in un unico lotto presupponendosene l'equivalenza totale, sia che invece si scelga di procedere per lotti separati, ripartendo tra originator e biosimilari i quantitativi dei farmaci da acquistare, deve esservi a monte una valutazione tecnica che dia conto delle motivazioni per cui tale scelta è stata fatta. Non è cosa che si possa dare per presupposta perché dipende sia da valutazioni sulla ritenuta generale equivalenza del farmaco, sia dalle specifiche scelte terapeutiche delle singole realtà ospedaliere che devono specificamente affrontare la tematica della sovrapponibilità terapeutica, sia da considerazioni economiche. In tale ambito deve essere considerata anche la possibilità di equiparare confezioni di prodotti diversi in quantità diversa, che deve essere giustificata da una specifica valutazione di efficacia terapeutica.

Nel caso di specie tale valutazione non risulta sia stata fatta o, quantomeno, non ne è stato dato conto in giudizio. Anzi, è significativo che la difesa della stazione appaltante, a proposito della mancata inclusione dell'eparina prodotta dalla ricorrente (a base di nadroparina) nel lotto 740 (ultimo motivo del ricorso introduttivo n. 542) sostenga, a pag. 9 della memoria 4.1.2012, che “.. L'eparina prodotta dalla ricorrente a base nadroparina è idonea a soddisfare le esigenze terapeutiche di cui al lotto 739 (lotto che la Italfarmaco si è aggiudicata) ma non è stata equiparata da un punto di vista terapeutico con i prodotti posti in gara nel lotto 740. La scelta, operata in ambito ospedaliero ed effettuata in ragione di specifiche esigenze terapeutiche, attiene alla discrezionalità tecnica e pertanto non pare censurabile in questa sede...”. Il Collegio invero non dubita del fatto che tale scelta, così come tutte le scelte alla base dell'inclusione dei vari farmaci e principi attivi nei lotti di cui si discute, attenga alla discrezionalità tecnica e debba essere operata nell'ambito ospedaliero in ragione delle specifiche esigenze terapeutiche, ma intende chiarire che discrezionalità tecnica non significa agire “ad libitum”. Le scelte discrezionali, comprese quelle rientranti nella c.d. discrezionalità tecnica, vanno sempre supportate dall'enunciazione delle specifiche ragioni di diritto e/o opportunità che hanno guidato l'azione dell'amministrazione e, per quanto in particolare attiene alla discrezionalità tecnica, deve essere data contezza dei supporti scientifici cui si è fatto ricorso e della specifica applicazione degli stessi alle necessità terapeutiche evidenziate dalla specifica realtà ospedaliera.

Tutto questo nel caso di specie non risulta esistere ed è evidente che il prontuario terapeutico dell'area vasta 2007, prodotto in giudizio nell'edizione di novembre 2007, non risponde a tali requisiti, sia perché rappresenta semmai la conseguenza e non la motivazione delle valutazioni effettuate sia perché non risulta esaustivo nemmeno dal punto di vista dell'estensione territoriale delle aziende interessate dalla procedura in questione.

3) Ciò premesso, e considerato che da tutte le considerazioni sopra effettuate si evince la chiara fondatezza di tutte le censure di difetto di motivazione e di istruttoria avanzate con il ricorso introduttivo 542/2011, il Collegio ritiene a questo punto necessario soffermarsi sulle conseguenze procedurali derivanti dalle vicende di fatto dei singoli lotti cui il ricorso si riferiva e di cui intendeva impugnare il bando,

4) Il lotto 869 non è stato aggiudicato perché la commissione, nella seduta del 16.12.2011, decideva che le domande delle ditte ammesse non andavano valutate in quanto “ il lotto non è formulato correttamente”, motivazione riportata anche nel prospetto di aggiudicazione provvisoria allegato alla determinazione di

aggiudicazione provvisoria 1743/2011, ragione per cui i primi due motivi del ricorso introduttivo 542/2011 devono, a stretto rigore, essere dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse. E' peraltro evidente che, dal punto di vista sostanziale, questo non cambia nulla perché la questione ritorna nel ricorso 146/2012, a proposito del quale varranno quindi anche le considerazioni già anticipate, come si vedrà fra breve.

5) Il terzo motivo del ricorso 542/2011 si riferisce al lotto 739, rispetto al quale, in un primo momento, la ricorrente era stata dichiarata la migliore offerente e aggiudicataria provvisoria; successivamente la stazione appaltante ha comunicato l'avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7, l. 241/1990 anche per tale lotto per procedere "alla verifica dei prodotti offerti dalle ditte per i lotti in questione e quindi all'eventuale adozione dei provvedimenti conseguenti, in esito, in particolare, al possesso in capo a tutte le concorrenti dei requisiti essenziali richiesti dagli alti di gara. Alla luce di quanto sopra, si invita codesta società a voler produrre ogni documentazione ed osservazione ritenuta inerente a quanto contestato entro le ore 12.00 del 27.02.2012". Alla seduta convocata per il 28.2.2012 il Seggio di gara ha rilevato, quanto al Lotto 739, che: "a seguito dell'aggiudicazione si è potuto constatare che la stessa avrebbe dovuto tenere conto della media del prezzo dei dosaggi disponibili per le indicazioni del lotto, cosa che non si è verificata in sede di lettura dei prezzi...". Ne è poi conseguita la decisione di ritenere che per Enoxaparina (offerta dalla ditta Sanofi-Aventis spa) andasse considerato il dosaggio medio di 2.000 in profilassi chirurgica e 4.000 in quella ortopedica e che il prezzo ad unità (€ 0.00037) andasse moltiplicato per 10.000 portando ad un prezzo di riferimento pari a € 3,70, in quanto, dai dati di consumo, sarebbe stato rilevato un rapporto di circa 1 a 2 fra i due dosaggi, invece per Nadroparina (offerta dalla ditta ITALFARMACO SPA) è stato considerato il dosaggio 2.850 in profilassi chirurgica e un dosaggio di 4.275 per quella ortopedica riferita ad un paziente di 75 Kg, anche in questo caso il rapporto è risultato di 1 a 2, pertanto il prezzo ad unità (€ 0,00034) è stato moltiplicato per 11.400 per un prezzo di riferimento pari a € 3,876. A seguito di questo procedimento è stato quindi affermato che il nuovo migliore offerente era la ditta SANOFI-AVENTIS SPA..

E' a questo punto evidente che la ricorrente ha interesse prioritario ad ottenere l'aggiudicazione della gara piuttosto che a vedersi dare ragione sui motivi che ne comporterebbero il necessario rifacimento, tra cui vi è anche la sesta censura dei secondi motivi che riporta le considerazioni di cui al terzo motivo del ricorso introduttivo.

Con riferimento al primo dei secondi motivi aggiunti l'amministrazione ha eccepito che avrebbe dovuto essere tempestivamente impugnata la previsione contenuta nell'allegato "1" al capitolato speciale laddove, a proposito del lotto n. 739, si specificava che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta "tenuto conto della media del prezzo dei dosaggi disponibili per le indicazioni del lotto" configurante la prescrizione circa il criterio di calcolo del prezzo più basso a cui la stazione appaltante si sarebbe poi attenuta.

Osserva al riguardo il Collegio che, come ammesso dalla stessa difesa dell'amministrazione, gli articoli 5 e 7 delle norme di partecipazione fanno riferimento ad un'offerta economica da esprimere esclusivamente in riferimento alle U.I. e all'aggiudicazione al prezzo più basso. Infatti l'art. 5 prevede che l'offerta economica debba indicare l'unità di misura (come indicata all'allegato 1 del capitolato speciale) e il prezzo netto offerto riferito alla stessa, l'art. 7 prevede l'individuazione del miglior offerente secondo il criterio del prezzo più basso (art. 82 d.lgs 163/2006) e l'art. 9 ribadisce che l'aggiudicazione avverrà al prezzo più basso e che, per i lotti che ammettevano la presentazione di confezionamenti diversi, la comparazione doveva avvenire con riferimento al prezzo dell'unità minima (a ml., a mg ecc). Pertanto nessuna tra le norme di bando autorizzava la stazione appaltante ad aggiudicare sulla base della sopra riportata quanto mai oscura formula prevista nel capitolato, subito dopo la precisazione di indicare il prezzo a U.I. ed è evidente che la apparente antinomia esistente tra capitolato e norme di bando quanto alle modalità di aggiudicazione deve essere risolta con la prevalenza delle seconde che costituiscono la *lex specialis* della gara; non vi era pertanto alcuna necessità di impugnare una normativa di capitolato, che non poteva

ritenersi cogente e che risultava, tra l'altro, di oscura lettura ed ancora più oscura applicabilità, tanto è vero che l'amministrazione in pretesa applicazione di tale criterio, ha poi introdotto a posteriori ulteriori parametri di valutazione che sono stati desunti, arbitrariamente e senza preventiva informativa, dalle schede tecniche dei prodotti, come esattamente denunciato con il terzo motivo aggiunto.

6) E' quindi evidente la palese fondatezza del primo dei secondi motivi aggiunti, che va accolto ed è ovviamente assorbente perché comporta l'annullamento degli atti impugnati con i secondi motivi aggiunti relativi all'aggiudicazione del lotto 739 a Sanofi Aventis spa e la riviscenza della precedente aggiudicazione a favore della ricorrente.

La stazione appaltante, pertanto, in corretta esecuzione della presente sentenza dovrà procedere con la predetta aggiudicazione a favore della ricorrente dando luogo a tutti gli adempimenti conseguenti.

Tutti i restanti motivi del ricorso 542 relativi al lotto 739 diventano quindi improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse.

7) Per quanto riguarda il quarto motivo del ricorso introduttivo, concernente il lotto 740, l'eccezione dell'amministrazione si rivela fondata e deve esserne dichiarata l'improcedibilità per la mancata presentazione di domanda di partecipazione e la mancata impugnazione dei risultati di gara e dell'aggiudicazione di tale lotto.

8) I primi motivi aggiunti sono anch'essi chiaramente improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse, essendo evidente che ormai, per quanto riguarda l'altro lotto per cui la ricorrente aveva partecipato alla gara – il lotto 869 – l'interesse si è necessariamente spostato sul ricorso 146/2012.

9) Il ricorso 146/2012 è fondato in toto.

Come già sopra ricordato sub 4, il lotto 869 della gara oggetto del precedente ricorso non è stato aggiudicato perché le offerte non erano state valutate in quanto “ il lotto non è formulato correttamente”. Tuttavia, nella successiva determina di aggiudicazione definitiva, l'amministrazione dichiarava che il lotto era andato deserto per mancanza di offerte valide o corrispondenti a quanto richiesto a capitolato” e, successivamente, con la nuova determinazione n. 333 del 13.3.2012 indicava nuova gara riportante lo stesso lotto con le medesime particolarità già contestate con il precedente ricorso ancorché per un diverso importo di fornitura.

Osserva al riguardo il Collegio che non solo sono ovviamente fondate la seconda e terza censura per le ragioni sopra diffusamente esposte sub 2) e 3) a proposito dei primi due motivi del ricorso 542/2011 ma è palesemente fondato anche il primo motivo del ricorso 146/2012, perché il comportamento dell'amministrazione appare illogico, contraddittorio, viziato da palese travisamento dei fatti oltre che del principio di economicità che dovrebbe sempre improntare l'agire. Basta considerare il fatto che non si può considerare deserta una gara nella quale il verbale afferma che le offerte non sono state valutate e che la mancata valutazione non permette nemmeno di affermare che non fossero valide o corrispondenti alle richieste, che non si può bandire una gara con le stesse regole che hanno precedentemente condotto a non valutare le offerte pervenute perché si era ritenuto che il lotto non fosse stato formulato correttamente e, naturalmente e a maggior ragione, che nulla di quanto sopra può essere legittimamente fatto senza nemmeno spendere una parola di spiegazione. Inoltre, la pendenza di un ricorso giurisdizionale che si appuntava specificamente avverso le modalità di formulazione del lotto di cui era stata, in un primo momento, attestata l'incorretta formulazione e che invece viene successivamente ribadito senza modifiche induce anche a sospettare l'intento di frustrare l'obiettivo del ricorrente di ottenere il tempestivo pronunciamento giurisdizionale su quelle modalità di formulazione costringendolo quantomeno ad un nuovo ricorso.

Per tutte le considerazioni che precedono il ricorso 146/2012 deve essere accolto con il conseguente annullamento di tutti gli atti impugnati.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, li riunisce ed accoglie in parte nei limiti e per gli effetti di cui in motivazione il ricorso 542/2011 e per il resto lo dichiara improcedibile ed accoglie il ricorso 146/2012 ai sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Condanna la resistente amministrazione a rifondere alla parte ricorrente le spese e competenze di entrambi i ricorsi liquidate in complessivi € 10.000 + IVA e CPA oltre al rimborso del contributo unificato ai sensi di legge.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Enzo Di Sciascio, Consigliere

Oria Settesoldi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/11/2012

IL SEGRETARIO

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