



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 388 del 2012, proposto da:

Baxter S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Mario Sanino, Riccardo Arbib e Giulio Cerceo, con domicilio eletto presso Giulio Cerceo in Pescara, via G. D'Annunzio, 142;

***contro***

- Asl N. 2 Lanciano-Vasto-Chieti, rappresentata e difesa dagli avv. Domenico Galli e Valentina Paoletti Gualandi, con domicilio eletto presso Pierluigi Tenaglia in Pescara, c.so V.Emanuele,147; - Asl 106 - Teramo, Asl 01 Avezzano/Sulmona/L'Aquila e Asl 105 – Pescara, non costituite in giudizio;

***nei confronti di***

Abbott S.r.l., ora AbbVie S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Leopoldo Di Bonito, con domicilio eletto presso Francesco Barbara in Pescara, corso Umberto I, 55/4;

***per l'annullamento***

della deliberazione 11 luglio 2012, n. 1011, con la quale il Direttore Generale dell'Azienda sanitaria locale n. 2 di Lanciano-Vasto-Chieti ha escluso la società Baxter per il lotto n. 1204 (sevoflurano e relativi vaporizzatori) dalla gara indetta per la fornitura di specialità medicinali; nonché degli atti presupposti, connessi e conseguenti, tra cui l'art. 2 del capitolato d'oneri, le specifiche del lotto n. 1204, l'eventuale atto di aggiudicazione del lotto in questione alla società AbbVie s.r.l. e l'atto di rigetto dell'istanza proposta ex art. 243-bis del D.Lgs. 163/2006.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Asl n. 2 Lanciano-Vasto-Chieti e della Abbott S.r.l. (ora AbbVie S.r.l.);

Visto il ricorso incidentale proposto dalla società Abb Vie S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2012 il dott. Michele Eliantonio e uditi gli avv.ti Riccardo Arbib e Giulio Cerceo per la società ricorrente, l'avv. Domenico Galli per la ASL resistente e l'avv. Vincenzo Di Baldassarre, presente ai soli preliminari, su delega dell'avv. Leopoldo Di Bonito per la società controinteressata e ricorrente incidentale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

L'Azienda sanitaria locale n. 2 di Lanciano-Vasto-Chieti ha indetto una gara telematica, in forma di procedura aperta, per la fornitura, in unione di acquisto regionale, per un triennio di specialità medicinali occorrenti alle strutture ospedaliere di tutte le Aziende sanitarie abruzzesi.

Alla gara, relativamente al lotto n. 1204 (che prevedeva la fornitura del gas sevoflurano e dei relativi vaporizzatori), hanno partecipato due concorrenti ed al primo posto della graduatoria è stata posta la società Baxter, oggi ricorrente, che aveva effettuato la migliore offerta economica, mentre al secondo posto è stata collocata la società Abbott. Con deliberazione 8 marzo 2012, n. 274, il Direttore Generale della Azienda ha, quindi, disposto l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della ricorrente.

Prima della stipula del contratto la ricorrente si è però accorta che i vaporizzatori che avrebbe potuto fornire e che erano reperibili sul mercato non erano compatibili con la strumentazione Siemens Kion presente presso alcune strutture ospedaliere, la cui produzione era cessata nel 2004.

Avendo preso atto di tale circostanza e rilevato che il contratto non era stato ancora concluso, il Direttore Generale dell'Azienda sanitaria locale n. 2 di Lanciano-Vasto-Chieti con deliberazione 11 luglio 2012, n. 1011, ha escluso la società Baxter dalla gara per il lotto n. 1204, dal momento l'offerta, in quanto parziale, era contrastante con l'art. 9 del disciplinare di gara (che vietava appunto la presentazione di offerte incomplete o parziali), ed ha revocato la predetta deliberazione di aggiudicazione n. 274.

Con il ricorso in esame l'interessata è insorta dinanzi questo Tribunale avverso tale atto, nonché avverso tutti gli atti presupposti e connessi, deducendo le seguenti censure:

- 1) che l'Azienda di Lanciano-Vasto-Chieti, una volta conclusa ed aggiudicata la gara, non avrebbe potuto esercitare il potere di autotutela, in quanto l'esecuzione contrattuale rientra nell'esclusiva competenza delle singole Aziende sanitarie, che, peraltro, non erano state neanche interpellate;
- 2) che la ricorrente aveva rispettato la specifica fissata nella lex specialis, per cui non avrebbe potuto essere esclusa in base ad una clausola non prevista; peraltro, non si sono considerate da un lato la buona fede della ricorrente e dall'altro la circostanza che la Abbott è esclusivista nella commercializzazione dei vaporizzatori per apparecchiature Siemens Kion;
- 3) che l'aggiudicazione era stata disposta dopo che era stata svolta una positiva istruttoria da parte della Commissione tecnica sull'idoneità dei prodotti offerti;
- 4) che era stata violata la par condicio e che era anticoncorrenziale la scelta di bandire una gara per la fornitura di vaporizzatori che avrebbero potuto essere forniti da una sola concorrente, per cui in base all'art. 85 del codice dei contratti pubblici non si sarebbe potuto ricorrere ad un'asta elettronica; la decisione di disporre la revoca dell'aggiudicazione, oltre ad essere antieconomica (in quanto si acquistano dai prodotti a prezzi maggiori) è priva di adeguata motivazione per non essersi valutata la possibilità di disporre uno stralcio della fornitura e l'avviata esecuzione della fornitura in alcuna Azienda; non è stato, infine, previsto il dovuto indennizzo;
- 5) che la stazione appaltante aveva tenuto una condotta ostile e non collaborativa, a fronte della condotta pienamente collaborativa della ricorrente, la quale aveva presentato delle controdeduzioni il 29 maggio, che non sono state adeguatamente considerate.

La ricorrente si è, infine, riservata di presentare nel corso del giudizio ulteriore domanda di risarcimento dei danni. Tali doglianze la parte ricorrente ha ulteriormente illustrato con memoria depositata il 5 novembre 2012 e con memoria di replica depositata il 9 novembre 2012.

L'Azienda sanitaria locale n. 2 di Lanciano-Vasto-Chieti si è costituita in giudizio e con memorie depositate il 4 settembre ed il 6 ed il 10 novembre 2012, ha pregiudizialmente eccepito l'inammissibilità del gravame in ragione della mancata impugnativa del predetto art. 9 del disciplinare di gara ed in ragione del fatto che l'interesse della ricorrente potrebbe essere soddisfatto solo con l'annullamento e la riedizione della gara, che però non è stata richiesta con il ricorso; nel merito, ha poi diffusamente confutato il fondamento delle censure dedotte.

Con memoria depositata il 4 settembre 2012 si è costituita in giudizio anche la società AbbVie s.r.l. (sorta per scissione dalla società Abbott), la quale con ricorso incidentale, notificato il 9 ottobre e depositato il 12 ottobre, ha a sua volta dedotto che la ricorrente avrebbe dovuto essere in realtà esclusa dalla gara in quanto i vaporizzatori da questa forniti non erano "pronti all'uso", così come previsto dal capitolato di gara. Ha, inoltre, depositato il 10 novembre 2012 una memoria di replica.

Alla pubblica udienza del 22 novembre 2012 la causa è stata trattenuta a decisione.

## DIRITTO

1. - L'attuale ricorrente ha partecipato alla gara telematica indetta dall'Azienda sanitaria locale n. 2 di Lanciano-Vasto-Chieti per la fornitura, in unione di acquisto regionale, per un triennio di specialità medicinali e con deliberazione 8 marzo 2012, n. 274, il Direttore Generale della Azienda ha disposto l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della ricorrente, che aveva presentato la migliore offerta, relativamente al lotto n. 1204 (che prevedeva la fornitura del gas sevoflurano e dei relativi vaporizzatori).

Con il ricorso in esame - come sopra esposto - ha impugnato la deliberazione 11 luglio 2012, n. 1011, con la quale il Direttore Generale dell'Azienda sanitaria locale n. 2 di Lanciano-Vasto-Chieti ha escluso la società Baxter dalla gara relativamente al lotto in questione ed ha, di conseguenza, annullato il predetto atto di aggiudicazione della gara. Tale deliberazione è stata assunta in ragione della circostanza che la ricorrente si era accorta del fatto che non avrebbe potuto fornire alcuni dei vaporizzatori necessari (11 sui 94 necessari), in quanto presso alcune strutture ospedaliere (4 su 16), erano presenti dei respiratori Siemens Kion la cui produzione era cessata nel 2004 ed i vaporizzatori compatibili con tale strumentazione non erano reperibili sul mercato, dal momento che quelli rigenerati erano nell'esclusiva disponibilità della società la Abbott, che era stata collocata al secondo posto nella gara in questione. Avendo preso atto di tale circostanza ed avendo rilevato che il contratto non era stato ancora concluso, il Direttore Generale con la deliberazione in parola ha escluso la società Baxter dalla gara per il lotto n. 1204, dal momento l'offerta, in quanto parziale, era contrastante con l'art. 9 del disciplinare di gara (che vietava appunto la presentazione di offerte incomplete o parziali), ed ha revocato la predetta deliberazione di aggiudicazione n. 274.

Con l'impugnativa proposta la società Baxter, nell'insorgere avverso tale atto deliberativo, nonché avverso tutti gli atti presupposti e connessi (tra cui il capitolato d'onori e le specifiche del lotto n. 1204), per un verso ha contestato la legittimità dell'asta elettronica per carenza delle specifiche tecniche e per altro verso ha chiesto di poter effettuare la fornitura del gas e dei vaporizzatori reperibili sul mercato alle condizioni indicate nell'offerta, ritenendo che l'Amministrazione avrebbe dovuto annullare solo parzialmente la predetta aggiudicazione della gara.

2. - Così sommariamente riassunte le vicende che hanno determinato la presente impugnativa, in via pregiudiziale - così come oggi espressamente imposto (Cons. St., Ad. pl., 7 aprile 2011, n. 4) - va esaminato il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata, con la quale questa ha dedotto che la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto i vaporizzatori da questa offerti non erano "pronti all'uso", così come previsto dal capitolato di gara.

Tale ricorso è privo di pregio.

Di tale questione si è, invero, già diffusamente occupata la Stazione appaltante prima di disporre la predetta aggiudicazione della gara alla attuale ricorrente. Ed in tale occasione la speciale Commissione tecnica, preposta alla valutazione dell'idoneità dei prodotti, ha già avuto modo di accertare che i prodotti offerti dalla attuale ricorrente dovevano ritenersi "*pronti all'uso*", non essendo in merito rilevante il fatto che l'inserimento del gas sevoflurano nei relativi vaporizzatori avvenisse mediante l'apertura dei flaconi.

Da tali conclusioni cui è pervenuto l'organo tecnico non sembra sussistano ragioni per discostarsi, anche in relazione ai limiti del sindacato di questo Giudice su tali valutazioni tecniche.

Deve, pertanto, ritenersi che il ricorso incidentale non sia fondato.

3. - Una volta giunti a tale conclusione e prima ancora di esaminare le censure dedotte, non solo va meglio precisato l'oggetto dell'impugnativa, ma va anche meglio individuato il bene della vita cui la parte ricorrente nella sostanza aspira in relazione ai predetti vizi così come proposti.

Tale indagine - come sembra evidente - va svolta mediante una interpretazione logica e complessiva del ricorso che tiene conto non solo delle indicazioni contenute nell'epigrafe e nelle conclusioni del gravame, ma anche nei motivi effettivamente dedotti.

Nel caso di specie nell'epigrafe del ricorso per un verso si contesta la legittimità della deliberazione 11 luglio 2012, n. 1011, di esclusione della ricorrente dalla gara, ma per altro verso si contestano anche le "*specifiche*" del lotto n. 1204, che avrebbero dovuto precisare anche il tipo di vaporizzatore richiesto, e si deduce, tra l'altro, l'illegittimità della scelta dell'Azienda di bandire una gara per la fornitura di quei vaporizzatori che avrebbero potuto essere forniti da una sola concorrente; e tale circostanza sarebbe in ogni caso ostativa all'esperimento di un'asta elettronica, ai sensi dell'art. 85 del codice dei contratti pubblici.

Dall'esame complessivo di tali doglianze il Collegio rileva che il bene della vita cui la ricorrente aspira è innanzi tutto quello di poter effettuare la fornitura in parola (con esclusione però dei soli vaporizzatori compatibili con i respiratori Siemens Kion). Dalla censura con la quale è stata contestata la scelta di ricorrere ad una gara telematica senza un'adeguata precisazione delle specifiche tecniche dei prodotti richiesti, si rileva poi che la ricorrente, nel dedurre l'illegittimità del bando di gara, abbia implicitamente anche richiesto la rinnovazione della gara, con il frazionamento dell'unica fornitura posta base di gara, in relazione alla tipologia dei vaporizzatori richiesti.

In estrema sintesi deve ritenersi che la ricorrente abbia chiesto in via prioritaria di poter fornire parzialmente i prodotti in questione ed in via subordinata di annullare *in toto* la gara espletata, nella speranza di poter poi partecipare alla nuova gara che l'Amministrazione avrebbe potuto bandire.

4. - Così meglio precisate le richieste contenute in ricorso, va subito precisato che la prima di tali richieste non è fondata.

Con i motivi dedotti idonei a soddisfare tale richiesta la ricorrente si è, invero, lamentata delle seguenti circostanze:

a) che l'Azienda di Lanciano-Vasto-Chieti, una volta conclusa ed aggiudicata la gara, non avrebbe potuto esercitare il potere di autotutela, in quanto l'esecuzione contrattuale rientra nell'esclusiva competenza delle singole Aziende sanitarie, che, peraltro, non erano state neanche interpellate;

b) che la ricorrente aveva rispettato la specifica fissata nella *lex specialis*, per cui non avrebbe potuto essere esclusa in base ad una clausola non prevista; peraltro, non si sono considerate da un lato la buona fede della ricorrente e dall'altro la circostanza che la Abbott è esclusivista nella commercializzazione dei vaporizzatori per apparecchiature Siemens Kion;

c) che l'aggiudicazione era stata disposta dopo che era stata svolta una positiva istruttoria da parte della Commissione tecnica sull'idoneità dei prodotti offerti;

d) che la decisione di disporre la revoca dell'aggiudicazione, oltre ad essere antieconomica (in quanto si acquistano dai prodotti a prezzi maggiori) è priva di adeguata motivazione per non essersi valutata la possibilità di disporre uno stralcio della fornitura e l'avviata esecuzione della fornitura in alcune Aziende;

e) che non era stato previsto il dovuto indennizzo;

f) che la stazione appaltante aveva tenuto una condotta ostile e non collaborativa, a fronte della condotta pienamente collaborativa della ricorrente, la quale aveva presentato delle controdeduzioni il 29 maggio, che non erano state adeguatamente considerate.

Tali censure, come già detto, non sono fondate.

Quanto alla prima va osservato che ogni Stazione appaltante può certamente sempre procedere, ricorrendone i presupposti, all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione di una gara (Cons. St. sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440), per cui tale potere rientrava nell'esclusiva competenza dell'Azienda sanitaria resistente, che aveva bandito ed aveva gestito la gara.

L'art. 2 del capitolato di gara attribuisce, invero, alla Azienda in parola la titolarità di tutte le attività relative "*all'espletamento della procedura di gara*" ed "*alla gestione dell'eventuale contenzioso legato alla procedura di gara*". Per cui sembra al Collegio che tra i poteri attribuiti alla Azienda capofila in ordine "*all'espletamento della procedura di gara*" rientri anche il potere di autotutela in ordine all'aggiudicazione della gara.

Relativamente alla censura sopra indicata con la lettera b) deve rilevarsi che *lex specialis* aveva previsto che la fornitura comprendeva non solo il gas sevoflurano, ma anche i relativi vaporizzatori, per cui i partecipanti alla gara avrebbero dovuto garantire la fornitura dell'intera tipologia dei vaporizzatori utilizzati nelle Aziende della Regione Abruzzo, non potendo al riguardo assumere alcun rilievo la buona fede della ricorrente.

Ugualmente irrilevante è poi la circostanza dedotta con la censura sopra indicata alla lettera c) secondo la quale era già stata svolta una positiva istruttoria da parte della Commissione tecnica sull'idoneità dei prodotti offerti; sopra, invero, si è già precisato che l'istruttoria espletata dalla stazione appaltante non aveva avuto ad oggetto i vaporizzatori, ma le modalità di trasferimento del gas dai relativi contenitori ai vaporizzatori.

Quanto, infine, alle ulteriori censure va evidenziato che la valutazione della possibilità di disporre uno stralcio della fornitura rientrava nella discrezionalità dell'Amministrazione, la quale, peraltro, ove si fosse determinata in tal senso, avrebbe di certo leso il principio della concorrenzialità e della *par condicio*, in quanto, a tacer d'altro, i vaporizzatori, come sembra rilevarsi dagli atti causa, hanno prezzi diversi ed, in particolare, quelle relativi ai respiratori Siemens, ove in concreto reperibili sul libero mercato, hanno un costo maggiore rispetto a quelli che la ricorrente sarebbe stata in grado di fornire. La scelta effettuata, certamente sorretta da adeguata motivazione, non sembra, pertanto, antieconomica in relazione al fatto che si acquistano dei prodotti a prezzi maggiori.

L'avviata esecuzione della fornitura in alcune Aziende non avrebbe poi potuto essere di ostacolo all'esercizio del potere di autotutela, così come la mancata previsione di un indennizzo, dato che nella specie è stato assunto non un atto di revoca dell'aggiudicazione, ma un atto di annullamento d'ufficio. Né, infine, sembra dalla lettura degli atti di causa che la Stazione appaltante abbia tenuto "*una condotta ostile e non collaborativa*" nei confronti della ricorrente.

Alla luce delle suesposte considerazioni ritiene, pertanto, il Collegio che l'atto di esclusione della ricorrente dalla gara ed il conseguente annullamento d'ufficio della aggiudicazione della fornitura alla ricorrente siano immuni dalle censure dedotte.

5. - Con il gravame, però, come già detto, la parte ricorrente ha anche contestato la legittimità dell'asta elettronica bandita dalla Azienda per carenza delle specifiche tecniche.

Va al riguardo ricordato che le aste elettroniche sono disciplinate dall'art. 85 del codice dei contratti pubblici e

dagli artt. 287 e segg. del relativo regolamento di esecuzione e di attuazione. Tale art. 85 prevede testualmente al n. 3 che tali aste elettroniche possono essere utilizzate *“quando le specifiche dell'appalto possono essere fissate in maniera precisa e la valutazione delle offerte rispondenti alle specifiche definite nel bando di gara sia effettuabile automaticamente da un mezzo elettronico, sulla base di elementi quantificabili in modo tale da essere espressi in cifre o percentuali”*; la stessa norma poi precisa che le stazioni appaltanti *“non possono ricorrere alle aste elettroniche abusivamente o in modo tale da impedire, limitare o distorcere la concorrenza o comunque in modo da modificare l'oggetto dell'appalto, come definito dal bando e dagli altri atti di gara”*.

Caratteristica tipica della gara elettronica è, pertanto, la circostanza che le *“specifiche”* dell'appalto siano fissate *“in maniera precisa”*, cioè che il bando contenga una puntuale specificazione dell'oggetto della gara; mentre non può ricorrersi a tale tipologia di gara *“in modo tale da impedire, limitare o distorcere la concorrenza”*, cioè quando, come nel caso di specie, si tratti di fornire beni nell'esclusiva disponibilità di un solo fornitore.

Ciò detto, va osservato che nella specie il bando di gara per il lotto n. 1204, che prevedeva la fornitura del gas sevoflurano, si limitava a precisare quanto segue: *“la ditta aggiudicataria si impegna a fornire i vaporizzatori (per) gli apparecchi di anestesia”*.

Tale specifica, in relazione alla fornitura in concreto richiesta è però di certo carente.

Come già sopra precisato, infatti, alcune strutture ospedaliere avevano necessità di utilizzare anche dei vaporizzatori particolari (quelli per le apparecchiature Siemens Kion) che sono attualmente fuori produzione e che sono commercializzati esclusivamente dalla società Abbott.

Sembra, pertanto, al Collegio che, così come lamentato dalla ricorrente con il secondo motivo di ricorsi, il bando di gara sia inficiato per un verso in relazione alla mancata fissazione delle specifiche *“in maniera precisa”* e per altro verso in relazione alla circostanza che alcuni dei vaporizzatori in concreto richiesti non sono reperibili (quantomeno nelle quantità richieste di 11 pezzi) sul mercato per essere la società Abbott esclusivista nella commercializzazione. Né può ritenersi tardiva l'impugnazione proposta sul punto in quanto tale mancanza delle specifiche di gara è stata rilevata (sia dalla stazione appaltante, che dalla ricorrente) solo dopo la conclusione della gara.

In accoglimento di tale doglianza deve, pertanto, annullarsi, relativamente al lotto in questione, il bando di gara e la Stazione appaltante, per responsabilità precontrattuale, va condannata - ai sensi dell'art. 34, n. 4, del codice del processo amministrativo - a risarcire la ricorrente delle spese vive di partecipazione alla gara, che dovranno da questa essere puntualmente documentate.

Sussistono, tuttavia, in relazione alla complessità della normativa applicabile alla fattispecie e delle questioni interpretative che tale normativa pone, giuste ragioni per disporre la totale compensazione tra le parti delle spese e degli onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nel senso specificato in motivazione e, per l'effetto, annulla il bando della gara telematica in questione, relativamente al lotto n. 1204.

Condanna, inoltre, la Azienda sanitaria intimata a risarcire la ricorrente delle spese vive di partecipazione alla gara da questa sostenute.

Spese compensate.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Michele Eliantonio, Presidente, Estensore

Dino Nazzaro, Consigliere

Massimiliano Balloriani, Consigliere

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/11/2012

IL SEGRETARIO

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