

Sentenza n. 1667 del 13 ottobre 2004

Pubblica udienza del: 6 maggio 2004

Presidente dott. Bruno Amoroso

Relatore dott. Giuseppe Daniele

TESTO:

SENTENZA

sul ricorso n.1043 del 2002, proposto dalla ***, corrente in Firenze, dalla ***, corrente in L'Aquila, dalla ***, corrente in Milano, dalla ***, corrente in Pisa, dalla ***, corrente in Bagno a Ripoli (FI), in persona dei rispettivi rappresentanti legali pro-tempore, rappresentati e difesi dagli avv.ti Domenico Iaria, Ivan Marrone e Andrea Galvani, presso il terzo elettivamente domiciliati in Ancona, al Corso Mazzini n.156;

contro

- l'AZIENDA SANITARIA U.S.L. N.13 della REGIONE MARCHE, con sede in Ascoli Piceno, in persona del Direttore Generale pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Riccardo Pagani, presso il quale è elettivamente domiciliato in Ancona, alla Via Menicucci n.1;

- l'AZIENDA OSPEDALIERA "G.M.LANCISI" della REGIONE MARCHE, con sede in Ancona, in persona del Direttore Generale pro-tempore, non costituito in giudizio;

- l'AZIENDA SANITARIA U.S.L. N.8 della REGIONE MARCHE, con sede in Civitanova Marche, in persona del Direttore Generale pro-tempore, non costituito in giudizio;

- l'AZIENDA SANITARIA U.S.L. N.9 della REGIONE MARCHE, con sede in

Macerata, in persona del Direttore Generale pro-tempore, non costituito in giudizio;

- l'AZIENDA SANITARIA U.S.L. N.10 della REGIONE MARCHE, con sede in Camerino, in persona del Direttore Generale pro-tempore, non costituito in giudizio;

- l'AZIENDA SANITARIA U.S.L. N.11 della REGIONE MARCHE, con sede in Fermo, in persona del Direttore Generale pro-tempore, non costituito in giudizio;

- l'AZIENDA SANITARIA U.S.L. N.12 della REGIONE MARCHE, con sede in San Benedetto del Tronto, in persona del Direttore Generale pro-tempore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

dell'avviso di gara per pubblico incanto per la fornitura di farmaci indetta dall'Azienda Sanitaria U.S.L. n.13 di Ascoli Piceno in data 1.10.2002, nonché delle “norme di partecipazione” e del “capitolato speciale per l'approvvigionamento dei farmaci” allegati all'avviso di gara, unitamente ad ogni atto presupposto, connesso e conseguente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria U.S.L. n.13 di Ascoli Piceno;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 6 maggio 2004, il Consigliere Giuseppe Daniele;

Uditi l'avv. Andrea Galvani e l'avv. Riccardo Pagani, per le parti rispettiva-

mente rappresentate;

Visto il dispositivo n.18, pubblicato in data 7 maggio 2004, ai sensi dell'art.23/*bis*, sesto comma, della L. 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto dall'art.4 della L. 21 luglio 2000, n.205;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

...omissis...

DIRITTO

1.- Il Collegio prescinde dall'esame dei profili d'inammissibilità, formulati dalla difesa dell'Azienda Sanitaria resistente o rilevabili d'ufficio, in relazione all'impugnazione di clausole dell'avviso di gara e del capitolato speciale diverse da quelle che stabiliscono i requisiti di partecipazione o che impongono oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati, e quindi implicanti l'impossibilità di accesso alla procedura ed il conseguente arresto procedimentale (cfr. Cons.St., Ad.Plen., 29 gennaio 2003, n.1) poiché il ricorso è infondato e deve essere respinto.

2.- Con il primo motivo sono dedotti il vizio di eccesso di potere sotto vari profili e la violazione del principio di buon andamento della P.A., assumendo che l'estrema incertezza sulla durata dell'appalto, che è biennale, salvo il rinnovo di anno in anno per ulteriori tre anni, impedisce alle imprese concorrenti di ponderare adeguatamente la propria offerta economica, producendo danno alla stessa Amministrazione appaltante.

La censura è infondata.

Osserva il Collegio che la durata del rapporto contrattuale è fissata negli atti di gara in due anni. La facoltà prevista dal capitolato (art.2, comma 1) per cia-

scuna Azienda Sanitaria o Ospedaliera di rinnovare e/o prorogare i contratti di anno in anno, per un massimo di tre anni, previa trattativa a ribasso e sentita l'apposita Commissione tecnica, non integra alcuna ipotesi di obbligo contrattuale a carico delle ditte aggiudicatrici, che sono libere di accettare o meno la proposta dell'Amministrazione appaltante. In questo senso depone la formulazione letterale della norma, che parla di facoltà di rinnovo e/o proroga, previa trattativa al ribasso, facendo chiaramente intendere che la prosecuzione del rapporto contrattuale con il medesimo contraente è subordinata non solo alla volontà della P.A., ma anche alla libera determinazione della ditta di accettare o meno – in base ad una propria valutazione di convenienza – le condizioni economiche prospettate dall'Amministrazione (questo è il significato della locuzione “trattativa”) e nel caso contrario di non aderire al rinnovo. Ne deriva che non sussiste alcuna impossibilità, per le aziende concorrenti, di operare adeguate stime e valutazioni previsionali per formulare la propria offerta economica, che può essere calibrata in riferimento al biennio previsto dal capitolato, ferma restando la possibilità di accettare eventuali proroghe qualora, effettuata la trattativa, le relative condizioni risultino vantaggiose.

3.- Con altro profilo del medesimo motivo le ricorrenti deducono l'illegittimità della disposizione del capitolato (art.2, comma 3) in virtù della quale ciascuna Azienda sanitaria o ospedaliera si riserva la facoltà di modificare o risolvere il contratto qualora sopravvengano variazioni connesse con il principio attivo aggiudicato (es.: esclusione di un principio attivo dal Prontuario Tecnico Ospedaliero).

Anche tale censura è destituita di fondamento, poiché la succitata disposizione non è affatto illogica, ma costituisce estrinsecazione del principio generale

sancito dall'art.1463 c.c.; né può sostenersi che la sua genericità impedisca l'adozione di qualsivoglia programmazione imprenditoriale e commerciale delle imprese concorrenti, perché l'evento in essa richiamato (esclusione di un principio attivo dal Prontuario Tecnico Ospedaliero), dal quale viene fatta dipendere la possibilità di modifica o di risoluzione del rapporto, rientra nella normale alea del contratto di fornitura di farmaci. Si applica, in ogni caso, il disposto dell'art.1464 c.c..

4.- Con il secondo motivo le ricorrenti assumono la illegittimità di alcune previsioni dell'art.6 del capitolato speciale, per effetto delle quali:

- lo sconto percentuale offerto per ogni singolo prodotto è fisso e invariabile per tutto il periodo a cui si riferisce la fornitura, salvo eventuali più favorevoli condizioni economiche derivanti da azioni promozionali o dalla scadenza del brevetto e cioè dall'immissione in commercio del relativo farmaco generico; in questo ultimo caso la ditta dovrà obbligatoriamente applicare il prezzo di riferimento del farmaco generico e comunicarlo tempestivamente al responsabile del servizio farmaceutico;

- l'Azienda Sanitaria capofila si riserva in sede di aggiudicazione di richiedere l'applicazione di condizioni economiche migliorative qualora il prezzo in vigore non sia in linea con il prezzo medio rilevato dalla ultima edizione dell'Osservatorio Regionale; identica facoltà spetta alla singola Azienda contraente durante la vigenza contrattuale e le migliorie concordate si estenderanno automaticamente a tutte le rimanenti Aziende Sanitaria e/o Ospedaliera.

Ad avviso delle ricorrenti le suddette previsioni sono illegittime in quanto integrano ipotesi di rinegoziazione dell'offerta, determinando una ingiustificata lesione dei principi della *par condicio* tra i concorrenti e della trasparenza

dell'azione amministrativa (in quanto si consente ad un unico partecipante alla gara di migliorare la propria offerta) e si pongono in contrasto con il principio della immodificabilità nel corso dell'esecuzione del contratto del prezzo offerto in sede di gara, oltre a risultare viziate da illogicità manifesta, perplessità e carenza d'istruttoria.

Neppure tali argomentazioni meritano di essere condivise.

4.1.- Rileva il Collegio, in riferimento alla seconda di dette disposizioni, che essa non viola il principio della *par condicio*, in quanto applicabile a qualunque impresa aggiudicataria che come tutte le altre concorrenti, è a conoscenza fin dal momento della partecipazione alla gara delle previsioni del capitolato.

In secondo luogo, non può neanche sostenersi che la suddetta disposizione configuri una ipotesi di rinegoziazione dell'offerta.

Infatti, contrariamente a quanto asserito dalle ricorrenti, non vengono alterati i meccanismi della pubblica gara, poiché l'aggiudicazione viene comunque effettuata nei confronti dell'impresa farmaceutica che ha offerto il prezzo più basso per ogni singolo lotto; successivamente non si apre alcuna procedura negoziata, ma l'Azienda Sanitaria o Ospedaliera può richiedere condizioni economiche migliorative qualora il prezzo in vigore non sia in linea con il prezzo medio rilevato dalla ultima edizione dell'Osservatorio Regionale. Non si tratta, quindi, della possibilità di rinegoziare con l'impresa aggiudicataria (nel senso di chiedere ulteriori sconti) il corrispettivo della fornitura, che resta quello risultante dalla pubblica gara, fatta salva una limitata possibilità di modifica (prevista *ex ante* dal capitolato) nella sola ipotesi – oggettiva, e non ricollegabile a valutazioni discrezionali dell'Amministrazione appaltante – in cui il prezzo non sia in linea con quello medio regionale. Tanto non consente di ravvisare la violazione degli artt. 9

e 19 del D.Lgs. 24 luglio 1992, n.358, né la disposizione in argomento può ritenersi illogica, poiché i concorrenti sono a conoscenza di detta eventualità prima della predisposizione dell'offerta, che può quindi essere effettuata in maniera ponderata.

4.2.- Analoghe considerazioni possono essere svolte in riferimento all'altra clausola dell'art.6 del capitolato oggetto di contestazione (obbligo di applicazione del prezzo di riferimento del farmaco generico per i farmaci relativamente ai quali, nel corso della fornitura, dovesse scadere la tutela brevettale). Contrariamente a quanto asserito nel ricorso, tale disposizione non produce l'effetto di rendere assolutamente incerte le future condizioni della fornitura, poiché l'impresa concorrente è a conoscenza della scadenza del termine della tutela brevettale (e del correlativo minor valore sul mercato del prodotto) e, pertanto, può valutarne *a priori* le conseguenze nella formulazione dell'offerta. Aggiungasi che la disposizione non può essere ritenuta illogica poiché non esiste un "prezzo di riferimento" per i farmaci generici; essendo evidente che tale prezzo sarà quello del corrispondente prodotto generico, nel caso sia l'unico disponibile sul mercato, mentre nel caso di più prodotti disponibili – in applicazione dei criteri di correttezza e buona fede (artt.1175 e 1375 c.c.) cui occorre attenersi nell'esecuzione del contratto – il prezzo di riferimento sarà costituito dalla media dei prezzi dei prodotti disponibili.

5.- Risultando infondate le censure con esso dedotte, il ricorso deve essere respinto.

6.- Si ravvisano ragioni per compensare tra le parti le spese del giudizio.”