

Sentenza n. 1668 del 13 ottobre 2004

Pubblica udienza del 6 maggio 2004

Presidente dr Bruno Amoroso

Relatore dr. Giuseppe Daniele

Testo:

“SENTENZA

sui ricorsi riuniti nn.510, 807 e 808 del 2003, proposti:

A) il ricorso n.510 del 2003, dalla s.r.l. ***, e dalla s.p.a. *** rappresentati e difesi dagli avv.ti Domenico Iaria e Ivan Marrone, elettivamente domiciliati in Ancona, al Corso Mazzini n.156, presso l'avv. Andrea Galvani;

contro

- l'AZIENDA SANITARIA U.S.L. N.13 della REGIONE MARCHE, con sede in Ascoli Piceno, in persona del Direttore Generale pro-tem-pore, 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 15.4.2003, 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;

nonché per l'annullamento

con i motivi aggiunti notificati il 6.10.2003, depositati il 14.10.2003, del provvedimento di aggiudicazione n.780 del 17.7.2003, emesso dall'Azienda Sanitaria U.S.L. n.13 di Ascoli Piceno, nella parte in cui conferma le prescrizioni oggetto di contestazione con l'atto introduttivo del giudizio;

B) il ricorso n.807 del 2003, dalla s.r.l. ***, in persona del rappresentante legale pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Domenico Iaria e Ivan Marrone, elettivamente domiciliato in Ancona, al Corso Mazzini n. 156, presso l'avv. Andrea Galvani;

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;

e nei confronti

della s.p.a.***, in persona del rappresentante legale pro-tempore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione n.780 del 17.7.2003, emesso dall'Azienda Sanitaria U.S.L. n.13 di Ascoli Piceno relativamente alla gara per pubblico incanto per la fornitura di farmaci indetta dalla medesima Azienda Sanitaria in data 15 aprile 2003, unitamente ad ogni atto presupposto, connesso e conseguente, nella parte in cui alcuni lotti non sono stati aggiudicati all'impresa ricorrente;

per la condanna

dell'Azienda Sanitaria U.S.L. n.13 di Ascoli Piceno al risarcimento dei danni subiti e subendi dall'impresa ricorrente per effetto dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati;

C) il ricorso n.808 del 2003, dalla s.p.a.***, in persona dei rispettivi rappresentanti legali pro-tempore, rappresentati e difesi dagli avv.ti Domenico Iaria e Ivan Marrone, elettivamente domiciliati in Ancona, al Corso Mazzini n.156, presso l'avv. Andrea Galvani;

contro

- l'AZIENDA SANITARIA U.S.L. N.13 della REGIONE MARCHE, con sede in Ascoli

Piceno, in persona del Direttore Generale pro-tem-pore, 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;

e nei confronti

della s.p.a.***, della s.p.a.***, della s.p.a. ***,della s.p.a. *** della s.p.a.***, della s.p.a.***, corrente in Milano, della s.p.a. ***, della s.p.a.***, in persona dei rispettivi rappresentanti legali pro-tempore, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione n.780 del 17.7.2003, emesso dal-l'Azienda Sanitaria U.S.L. n.13 di Ascoli Piceno relativamente alla gara per pubblico incanto per la fornitura di farmaci indetta dalla medesima Azienda Sanitaria in data 15 aprile 2003, unitamente ad ogni atto presupposto, connesso e conseguente, nella parte in cui alcuni lotti non sono stati

aggiudicati all'impresa ricorrente;

per la condanna

dell'Azienda Sanitaria U.S.L. n.13 di Ascoli Piceno al risarcimento dei danni subiti e subendi dall'impresa ricorrente per effetto dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati.

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria U.S.L. n.13 di Ascoli Piceno;

Visti i motivi aggiunti proposti nel ricorso n.510 del 2003;

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

Visti gli atti tutti delle cause;

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

Uditi l'avv. Andrea Galvani, su delega dell'avv. Ivan Marrone, e l'avv. Riccardo Pagani per le parti rispettivamente rappresentate;

Visto il dispositivo n.20, 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.- Innanzi tutto il Tribunale deve disporre la riunione dei tre ricorsi in epigrafe indicati ai fini della decisione con unica sentenza, stanti le evidenti ragioni di connessione soggettiva ed oggettiva, ai sensi dell'art.52 del R.D. 17 agosto 1907, n.642, richiamato dall'art.19 della L. 6 dicembre 1971, n.1034.

2.- Ciò premesso, il Collegio prescinde dall'esame dei profili di inammissibilità, formulati

dalla difesa dell'Azienda Sanitaria resistente o rilevabili d'ufficio, in relazione all'impugnazione – con l'atto introduttivo del giudizio rubricato al n.510/2003 – 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 i ricorsi sono infondati e debbono essere respinti.

3.- Con il primo motivo dei ricorsi (e dei motivi aggiunti) 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 ciascuna 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.

4.- 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’e-vento 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..

5.- Con il secondo motivo le ricorrenti assumono l’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 dall'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 un'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 dell'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.

5.1.- 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 dall'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.

5.2.- 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 nei ricorsi, 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.

6.- Risultando infondate tutte le censure, anche di illegittimità derivata, con essi dedotte, i ricorsi devono essere respinti, comprese le domande di risarcimento del danno.

7.- Si ravvisano ragioni per compensare tra le parti le spese dei giudizi.”