

Sotto tale profilo, ad avviso della Sezione, la circostanza che un parametro per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sia posseduto da un prodotto e non da un altro, non è da sola sufficiente a far ritenere che la valutazione di parametro costituisca una violazione dei principi di imparzialità e di par condicio: invero proprio la sussistenza di differenze qualitative tra prodotti (nel caso di specie, vaccini) ugualmente capaci di raggiungere gli stessi obiettivi (nel caso di specie, la prevenzione del carcinoma della cervice) giustifica la scelta di prevedere quale criterio di aggiudicazione della fornitura quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, laddove nel caso di prodotti assolutamente uguali il sistema di aggiudicazione da adottarsi non potrebbe che essere quello del prezzo più basso.

secondo la disposizione del quarto comma dell'articolo 83 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, come modificato dall'articolo 1, comma 1, lett. u), del decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152, la commissione giudicatrice non può neppure introdurre in via generale, prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta, i criteri motivazionali per l'attribuzione a ciascun criterio e sub criterio di valutazione il punteggio tra il minimo ed il massimo stabilito dalla lex specialis della gara.

il principio della rotazione dei componenti delle commissioni giudicatrici di cui all'articolo 84, comma 8, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, non riguarda i funzionari della stazione appaltante, quali sono pacificamente quelli che componevano nel caso di specie la commissione giudicatrice, bensì i funzionari esterni ovvero i professionisti ed i professori universitari, allorquando l'amministrazione appaltante sia costretta a rivolgersi a tali categorie di soggetti per l'accertata carenza in organico di adeguate professionalità ovvero nei casi in cui, secondo le specifiche previsioni del regolamento, ricorrono esigenze oggettive e comprovate; d'altra parte la tutela dei principi di imparzialità e buon andamento è assicurata dalla previsione del comma 7 dello stesso articolo 84, secondo cui si applicano ai commissari le cause di astensione previste dall'articolo 51 del codice di procedura civile.

E' jus receptum che le valutazioni delle offerte operate in una gara dalla commissione giudicatrice rientrano nella sfera della discrezionalità tecnica dell'amministrazione e come tali non sono sindacabili sotto il profilo della legittimità, salvo che non siano arbitrarie, illogiche, irragionevoli ovvero fondate su di un evidente travisamento dei fatti.

la asserita insufficienza del tempo dedicato dalla commissione alla valutazione delle offerte presentate, salvo che non sia assolutamente macroscopica, non può costituire di per sé un vizio della valutazione stessa, ma può eventualmente rappresentare solo un elemento sintomatico dell'eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento ovvero della carenza di istruttoria, qualora si accompagni ad altri elementi indiziari, come, per esempio, la omessa valutazione di alcuni parametri qualitativi stabiliti dalla lex specialis della gara.

sia la scelta del criterio più idoneo per l'aggiudicazione di un appalto (tra quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del prezzo più basso), sia la scelta dei criteri più adeguati (tra quelli esemplificativamente indicati dall'articolo 83 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, costituiscono espressione tipica della discrezionalità della stazione appaltante e, impingendo nel merito dell'azione amministrativa, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, tranne che, in relazione alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, non siano manifestamente illogiche, arbitrarie, irragionevoli, irrazionali ovvero macroscopicamente viziate da travisamento di fatto, così che il giudice amministrativo non può sostituire con proprie scelte quelle operate dall'amministrazione nel criterio di aggiudicazione di un appalto secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa si tiene conto di una pluralità di elementi, anche qualitativi, e non solo del prezzo, spettando all'amministrazione appaltante, a seconda della peculiarità specifiche dell'appalto, e dunque dell'importanza che, nel caso concreto, ha il fattore prezzo (prestazione particolarmente semplice) o l'elemento qualità (prestazione particolarmente

complessa), dare il peso relativo a ciascun elemento; inoltre la scelta da parte dell'amministrazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, pur essendo connotata da ampia discrezionalità, deve avvenire nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione (C.d.S., sez. V, 11 gennaio 2006, n. 28), dovendo in ogni caso i singoli criteri essere riferiti direttamente ed esclusivamente alle prestazioni che formano oggetto specifico dell'appalto ed essere pertinenti alla natura, all'oggetto ed al contenuto del contratto (C.d.S., sez. V, 21 novembre 2007, n. 5911)

Ciò precisato e rilevato, per completezza, che non è dubitabile la legittimità della scelta dell'amministrazione di prevedere per l'aggiudicazione del vaccino antipapilloma virus il sistema dell'offerta economica più vantaggiosa, la Sezione osserva che il Capitolato Speciale di gara, all'articolo 6, dopo aver stabilito che il punteggio massimo di 100 punti attribuibile ad ogni, era suddiviso tra la qualità (50 punti) ed il prezzo (50 punti), prevedeva anche i criteri di valutazione della qualità; in particolare il punteggio massimo di 50 punti, relativo alla qualità, era così suddiviso secondo i seguenti criteri di valutazione: a) efficacia nel prevenire tumori dovuti ad HPV, fino ad un massimo di 25 punti; b) reattività crociata con altri singoli sierotipi oncogeni di HPV, fino ad un massimo di 10 punti; c) durata dell'efficacia del vaccino, fino ad un massimo di 6 punti; d) eventi avversi, fino ad un massimo di 5 punti; e) efficacia nel prevenire lesioni non tumorali, fino ad un massimo di 4 punti.

Alla stregua del ricordato indirizzo giurisprudenziale, la scelta di tali criteri, tra cui anche quello sub e), circa l'efficacia nel prevenire lesioni non tumorali, si sottrae al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, costituendo espressione della discrezionalità che impinge nel merito dell'azione amministrativa, tanto più che essa non risulta manifestamente illogica, arbitraria, irragionevole, irrazionale, né frutto di un palese travisamento di fatti.

Sul punto, invero, se, per un verso, non è stato neppure contestato che tali criteri di valutazione siano del tutto pertinenti alle prestazioni che formano oggetto dell'appalto ovvero alla natura, all'oggetto ed al contenuto del contratto, per altro verso, e con particolare riguardo proprio al criterio dell'efficacia dei vaccini offerti nel prevenire le lesioni non tumorali, non può ragionevolmente dubitarsi, secondo il comune sentire, della logicità e della correttezza di un criterio di valutazione qualitativa di un vaccino che tenga conto della capacità di prevenire altre lesioni non tumorali e che quindi, nell'ambito dell'oggetto principale della campagna di vaccinazione diretta alla prevenzione del carcinoma delle cervici, sia anche idonea ad estendere la protezione della salute del cittadino, secondo le attuali conoscenze scientifiche.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 7259 del 19 novembre 2009, emessa dal Consiglio di Stato

N. 07259/2009 REG.DEC.

N. 04117/2009 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso numero di registro generale 4117 del 2009, proposto da:
ALFA MSD SPA, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avv. proff. Rodolfo Mazzei, Giuseppe Morbidelli e Fabio Cintioli, con domicilio eletto presso l'avv. Fabio Cintioli, in Roma, via Salaria, n. 259;

contro

BETA S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. proff. Angelo Clarizia e Giuseppe Ferrari, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Franco Ferrari in Roma, via di Ripetta, n.142;

nei confronti di

AZIENDA UNITA' LOCALE SOCIO - SANITARIA N. 6 DI VICENZA, in proprio e quale capofila dell'unione di acquisto tra le Aziende Sanitarie Locali n.1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 della Regione Veneto, in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;
AZIENDA UNITA' LOCALE SOCIO – SANITARIA N. 20 DI VERONA, in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;
REGIONE VENETO, in persona del presidente della giunta regionale in carica, non costituita in giudizio;
AZIENDE UNITA' LOCALI SOCIO – SANITARIE: N. 1 BELLUNO; N. 2 FELTRE; N. 3 BASSANO DEL GRAPPA; N. 4 ALTO VICENTINO; N. 5 OVEST VICENTINO; N. 7 PIEVE DI SOLIGO; N. 8 ASOLO; N. 9 TREVISO; N. 10 VENETO ORIENTALE; N. 12 – VENEZIANA; N. 13 MIRANO; N. 14 CHIOGGIA; N. 15 ALTA PADOVANA; N. 16 PADOVA; N.

17 ESTE; N. 18 ROVIGO; N. 19 ADRIA; N. 21 LEGNAGO; N. 22 BUSSOLENGO, ognuna in persona del proprio legale rappresentante in carica, tutte non costituite in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sez. I, n. 1027 del 31 marzo 2009;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della BETA S.p.A., che ha spiegato anche appello incidentale;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive tesi difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2009 il consigliere Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Cintioli, Clarizia e Ferrari, informati dell'intenzione della Sezione di decidere la causa direttamente nel merito;

Visto il dispositivo di sentenza n. 592 del 25 giugno 2009;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con la sentenza n. 1027 del 31 marzo 2009, adottata in camera di consiglio ai sensi degli articoli 21 e 26 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, come modificata dalla legge 21 luglio 2000, n. 205, il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sez. I, ha accolto il ricorso proposto dalla BETA S.p.A. avverso gli atti della procedura di gara indetta dall'Azienda Unità Locale Socio – Sanitaria n. 6 di Vicenza (bando di gara, capitolato speciale, lettera di invito alla gara, verbali della commissione di gara, in particolare quelli del 12, 13 e 16 febbraio 2009, provvedimento di aggiudicazione in favore della società ALFA MSD S.p.A.) per la

fornitura biennale del vaccino anti - papilloma virus per le aziende unità locali socio – sanitarie della Regione Veneto, annullandoli.

Secondo il predetto tribunale, infatti:

- sebbene potesse ritenersi corretto ed opportuno l'aggiudicazione dell'appalto in esame secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il peso ponderale (quattro punti) attribuito al parametro della "efficacia nel prevenire lesioni non tumorali" era eccessivo, tenuto conto che solo uno dei due vaccini poteva beneficiarne, di tal che proprio tale parametro con il relativo punteggio sembravano costituire elementi precostituiti per l'aggiudicazione della fornitura alla società ALFA MSD S.p.a., con palese violazione dei principi di concorrenza e par condicio;

- il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, fondato sulla discrezionalità della scelta della commissione di gara, mal si conciliava nel caso di specie, connotato dall'assenza di discrezionalità nella scelta dell'offerta migliore, con la reiterata nomina da parte dell'amministrazione appaltante a componenti della commissione giudicatrice degli stessi due componenti che già avevano costituito la commissione giudicatrice della stessa gara per la fornitura dello stesso vaccino per l'anno precedente, in palese violazione dell'articolo 84, comma 8, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

- la durata di efficacia oggettivamente diversa, ad innegabile vantaggio del Cervarix (offerto dalla società ricorrente), rendeva illogica l'attribuzione del medesimo punteggio ad entrambi i vaccini offerti;

- altrettanto irragionevole era l'assegnazione ai due vaccini in gara dell'identico punteggio, tenuto conto che, mentre il Gardasil (offerto dalla ALFA MSD S.p.A.) aveva reattività crociata con un solo sierotipo oncogeno (il gruppo 31), il Cervarix (offerto dalla BETA S.p.A.) presentava reattività crociata con due sierotipi, il ceppo 31 ed il ceppo 45, il più pericoloso dopo i ceppi 16 e 18.

Il Tribunale ha nondimeno respinto la domanda risarcitoria, ritenendo non sussistenti i relativi presupposti.

La società ALFA MSD S.p.A. ha ritualmente e tempestivamente chiesto la riforma di tale sentenza, alla stregua di cinque articolati motivi di gravame.

Dopo aver delineato il substrato fattuale – normativo della controversia, la predetta appellante ha innanzitutto dedotto la nullità della impugnata sentenza per violazione del principio di pienezza ed effettività del contraddittorio e di quello di completezza dell'istruttoria, sostenendo che nel caso di specie non sussistevano i presupposti per decidere immediatamente la causa con sentenza in forma semplificata, stante anche la delicatezza e la complessità delle questioni sollevate.

Quanto al merito, l'appellante, evidenziato che la campagna di vaccinazione nazionale contro il papilloma virus non poteva considerarsi “chiusa” alla sola prevenzione del cervicarcinoma, bensì “aperta” a tutto il virus HPV, come si ricavava dalle disposizioni contenute nella legge finanziaria 2008, dal parere espresso nella seduta dell'11 gennaio 2007 dal Consiglio Superiore di Sanità, dal contenuto dei Livelli essenziali di assistenza, modificati in data 23 aprile 2008, e dall'intesa del 20 dicembre 2007 della Conferenza Stato – Regioni, ha rilevato che, contrariamente a quanto apoditticamente ritenuto dai primi giudici, non poteva considerarsi irragionevole ed illegittimità la valutazione, ai fini della individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche della efficacia dei vaccini offerti nel prevenire lesioni non tumorali e tanto meno poteva considerarsi eccessivo il peso (quattro punti) attribuito a tale parametro, atteso che esso, per un verso, rappresentava solo l'8% del complessivo punteggio attribuibile all'aspetto qualitativo dei prodotti offerti e, per altro verso, consentiva di tener conto delle proprietà aggiuntive dei prodotti, contemperando così tutti gli interessi in gioco, ivi compreso quello del contenimento della spesa pubblica; sotto altro concorrente profilo, poi, secondo l'appellante, non poteva negarsi la facoltà della Regione di

ampliare gli obiettivi di prevenzione sanitaria, vaccinando le giovani donne con un prodotto che offrisse una copertura a più ampio spettro, non potendo neppure ipotizzarsi la subordinazione dell'interesse primario alla tutela della salute a quello economico – finanziario del contenimento della spesa pubblica.

Sempre secondo le tesi della società appellante, i primi giudici, inoltre, non solo avevano ritenuto erroneamente fondata la censura relativa alla illegittima composizione della commissione giudicatrice per la mancata rotazione dei suoi componenti, senza avvedersi che nel caso di specie non ricorrevano i presupposti per l'applicazione della norma indicata (atteso che i componenti della predetta commissione appartenevano alla stessa amministrazione appaltante), per quanto essi avevano in concreto esercitato un inammissibile sindacato pieno e di merito sulle scelte dell'amministrazione appaltante quanto ai parametri della “durata dell'efficacia del vaccino” e alla “reattività crociata con altri sierotipi oncogeni”, sostituendo le proprie valutazioni tecniche (peraltro scientificamente errate) a quelle dell'amministrazione.

Infine, con l'ultimo motivo di gravame, l'appellante ha eccepito l'inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di rappresentanza.

La società BETA S.p.a., costituendosi in giudizio, oltre a dedurre l'inammissibilità, l'improcedibilità e l'infondatezza dell'avverso appello, di cui ha chiesto il rigetto, ha spiegato anche appello incidentale, sollevando due motivi di censura, rubricati rispettivamente, il primo “I. Violazione dell'art. 111 della Costituzione – Difetto di motivazione – Violazione degli artt. 3, 32, 97, 166, 117, comma 1 e 2, lett. e) ed m), e comma 3, Cost. – Violazione degli artt. 2, 4 e 881 d. lgs. 12/04/2006, n. 163 – Violazione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione e di ragionevolezza dell'azione amministrativa – Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, d.lgs. 30/12/1992, n. 502, nonché della norma di cui al d.P.C.M. 29/11/2001 (G.U. 08/12/2001, n. 33) in tema di definizione dei livelli

essenziali e uniformi di assistenza, tra cui in particolare quelli risultanti dall'art. 1, co. 1, e degli allegati 1 e 4, d. lgs. 30/06/1993, n. 266 di "riordinamento del Ministero della Sanità" – Violazione dell'art. 48 d.l. 30/9/2003, n. 269 (convertito in l. 24.11.2003, n. 326) e del d.P.C.M. 23/03/2003, n. 129 ivi richiamato – Incompetenza assoluta della Regione e dell'Azienda ULSS n. 6 "Vicenza" nella fissazione dei requisiti delle prestazioni rientranti nei livelli essenziali ed uniformi di assistenza con costi a carico del Servizio Sanitario Nazionale – Incompetenza assoluta dell'Azienda ULSS n. 6 "Vicenza" in tema di vaccinazione anti Papilloma Virus in relazione alla normativa sopra indicata in tema di LL.EE.AA. e di competenza del Ministero della Salute, del Consiglio Superiore della Sanità e dell'Agenzia Italiana del Farmaco – Eccesso di potere per sviamento – Contraddittorietà dell'azione amministrativa", ed il secondo "II.Violazione dell'art. 111 Cost- - Difetto di motivazione – Violazione degli articoli 3, 32, 41 e 97 della Costituzione – Violazione e falsa applicazione degli articoli 1 e 3 della l. n. 241/1990 e s.m.i. – Violazione e falsa applicazione degli articoli 2, 68, 81, 83 e 84 del d. Lgs. 163/2006 e s.m.i. – Violazione e falsa applicazione degli articolo 12, 81, 82 e 86 del Trattato CE – Violazione e falsa applicazione della Direttiva Comunitaria 17/2004 ed in particolare dell'art. 10 – Eccesso di potere per travisamento, illogicità, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto – Violazione del principio di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e buon andamento dell'attività amministrativa – Violazione dei principi generali di imparzialità e ragionevolezza dell'azione amministrativa".

In estrema sintesi, secondo la BETA S.p.a., i primi giudici avevano omesso di esaminare il motivo di censura con cui era stata contestata la competenza dell'amministrazione appaltante di estendere la campagna di vaccinazione ad un obiettivo non espressamente individuato nella campagna nazionale, così violando

macroscopicamente i principi fondamentali in materia di livelli essenziale di assistenza e di riparto di competenza del potere legislativo in materia di tutela della salute tra Stato e Regioni; ciò senza contare che anche a voler in astratto ammettere l'esistenza di un potere regionale di ampliare l'oggetto della campagna di vaccinazione nazionale, ciò poteva avvenire solo con l'utilizzo esclusivo di risorse regionali, previa adozione di un apposito atto amministrazione regionale, circostanze di cui invece non vi era alcuna traccia.

Inoltre, i primi giudici avevano omesso di pronunciarsi sulle doglianze appuntate sulla dedotta genericità dei parametri di valutazione dei prodotti offerti, così come individuati nell'articolo 6 del Capitolato Speciale, nonché sulla mancata fissazione da parte dell'amministrazione appaltante degli specifici sub - criteri di valutazione, illegittimamente introdotti dalla stessa commissione di gara; era stato omesso anche l'esame sia della censura di difetto di istruttoria sollevata in primo grado in relazione al tempo utilizzato dalla commissione di gara per la valutazione tecnica dei prodotti offerti (irragionevolmente breve, come si ricavava dalla lettura dei verbali del 13 febbraio 2009), sia di quella concernente la contraddittorietà dell'azione amministrativa, atteso che la commissione di gara, pur formata per 2/3 dagli stessi componenti di quella dell'anno precedente, con gli atti impugnati aveva smentito la valutazione di sostanziale identità dei vaccini cui era pervenuta per la gara svolta nell'anno precedente.

Le parti costituite hanno ampiamente illustrato le proprie difese con apposite memorie difensive, depositando una corposa documentazione.

All'udienza in camera di consiglio del 23 giugno 2009, fissata per l'esame della domanda cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata, la Sezione ha informato le parti dell'intenzione di decidere la causa direttamente nel merito.

DIRITTO

I. Occorre preliminarmente esaminare il primo motivo dell'appello principale proposto dalla ALFA MSD S.p.A., incentrato sulla denunciata nullità della sentenza impugnata per la asserita violazione del principio della pienezza e della effettività del contraddittorio, oltre che della completezza dell'istruttoria, atteso che il suo eventuale accoglimento è idoneo a determinare l'annullamento della sentenza stessa con rimessione della causa al primo giudice.

Ad avvio della Sezione, la doglianza non merita favorevole considerazione.

I.1. Invero, secondo un ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale, dal quale non vi è ragione di discostarsi, presupposti della sentenza in forma semplificata sono la completezza del contraddittorio (cioè la rituale notifica del ricorso e il rispetto del termine per la discussione sull'istanza incidentale), la completezza dell'istruttoria e la mancata opposizione delle parti (C.d.S., sez. IV, 4 maggio 2004, n. 2741); l'esigenza e l'opportunità della sollecita decisione nel merito di una causa è stata rimessa dal legislatore al prudente apprezzamento del giudice e non alla volontà delle parti, alle quali è stato riconosciuto il diritto di essere avvertite dell'intenzione del giudice (di decidere immediatamente nel merito la causa) al fine precipuo di non esaurire le loro difese sul piano della misura cautelare incidentalmente richiesta e di sviluppare pertanto le proprie argomentazione difensive anche nel merito (C.d.S., sez. V, 26 aprile 2007, n. 1882).

E' stato anche di recente ribadito (C.d.S., sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824) che la censura proposta contro la sentenza di primo grado, con cui si denuncia la carenza dei presupposti per la pronuncia in forma semplificata all'esito della camera di consiglio fissata per la trattazione dell'incidente cautelare, oltre ad essere inammissibile se le parti, espressamente informate dell'intenzione del collegio giudicanti di definire immediatamente nel merito la causa, nulla hanno obiettato, è anche infondata nel merito, atteso che la doglianza si sostanzia in una censura di difetto di motivazione della sentenza impugnata che non rileva nel giudizio di

appello, giacché l'effetto devolutivo di quest'ultimo consente al giudice di appello di provvedere sulle domande eventualmente integrando la motivazione mancante (in senso conforme, anche sez. V, 22 febbraio 2007, n. 937).

I.2. Ciò posto, dalla lettura della sentenza impugnata e dall'esame del fascicolo di causa non si rinviene alcun elemento che conforti la deduzione dell'appellante circa la carenza dei presupposti per procedere alla immediata definizione nel merito della causa in primo grado.

Infatti, quanto all'integrità e alla completezza del contraddittorio, è sufficiente rilevare, in mancanza di una qualsivoglia specifica contestazione al riguardo da parte dell'appellante, che non vi è alcuna ragione per dubitare che siano state correttamente individuate e ritualmente evocate in giudizio le parti necessarie della controversia, le quali si sono tutte costituite nel giudizio di primo grado, spiegando anche le proprie puntuali difese di merito.

Non risulta, poi, contestato né il rispetto dei termini per la discussione dell'incidente cautelare, né l'effettivo avviso fatto dal collegio giudicante alle parti circa l'intenzione di decidere la causa immediatamente nel merito; né risulta che le parti abbiano formulato una qualche opposizione alla manifestata intenzione dei primi giudici di decidere la causa immediatamente, né tanto meno la appellante ha eccepito che i primi giudici non avrebbero rilevato la (eventuale e comunque non provata) opposizione manifestata alla predetta intenzione del collegio.

Quanto al dedotto difetto di istruttoria, anche a voler prescindere da ogni questione sulla stessa ammissibilità della censura alla stregua del ricordato indirizzo giurisprudenziale, la Sezione osserva che l'appellante si è limitato sul punto ad una generica ed apodittica affermazione, senza neppure indicare in cosa consisterebbe la asserita lacuna istruttoria ovvero di quali elementi o documenti probatori è stata omessa l'acquisizione, necessaria ai fini della correttezza della decisione.

In conclusione la censura deve essere respinta.

II. Prima di procedere all'esame dei motivi di merito dell'appello principale (il secondo, il terzo ed il quarto) nonché dei due motivi dell'appello incidentale, la Sezione ritiene indispensabile svolgere alcune puntualizzazioni in punto di fatto.

II.1. Il Ministero della Salute (Dipartimento della prevenzione e della comunicazione – Direzione generale della prevenzione sanitaria, Ufficio V, Malattie infettive e profilassi internazionali), con nota DG.PREV.V/35974/P/I.4.c.a.9. del 18 dicembre 2007, ha trasmesso all'ufficio di segreteria della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano il documento “Strategia per l'offerta attiva del vaccino contro l'infezione HPV in Italia” ai fini della stipula della relativa intesa tra lo stesso ministero, i presidenti delle regioni e delle province autonome.

Insieme a tale documento è stata trasmessa anche la bozza del decreto ministeriale di ripartizione del fondo assegnato alla Direzione generale della prevenzione, ammontante a 40 milioni di euro, tra le regioni e le provincia autonome per sostenere proprio il programma di prevenzione, comprendente la vaccinazione anti HPV.

Per quanto qui interessa, il documento “Strategia per l'offerta attiva del vaccino contro l'infezione HPV in Italia”, espressamente finalizzato a fornire indicazioni per l'offerta attiva e gratuita, su scala nazionale, della vaccinazione anti HPV alle dodicenni, a partire dal gennaio 2008, evidenziava, tra l'altro, che: a) la maggior parte dei tumori della cervice uterina (70%) è causato da due tipi di HPV (Human Papilloma Virus) “ad alto rischio”: HPV 16 e HPV 18; b) l'EMEA aveva di recente autorizzato due tipi di vaccino: uno, quadrivalente che previene le lesioni causate da HPV 16,18, 6 e 11 (questi ultimi due responsabili del 30% circa dei condilomi genitali); l'altro bivalente, per la prevenzione delle lesioni causare da HPV 16 e 18; c) erano stati recentemente autorizzati per l'uso due vaccini per la prevenzioni primaria delle infezioni da HPV e delle forme tumorali correlate, entrambi

costituiti da “virus-like particles” – VLPs L1 – non infettanti, in quanto prove di DNA, ma capaci di mantenere le proprie proprietà immunogeniche; entrambi contenenti VLPs dei genotipi HPV – 16 e HPV – 18: Gardasil (Merck), quadrivalente (HPV tipi 16/18/6/11), via i.m. in 3 dosi (0, 2 e 6 mesi), adiuvante: alluminio; Cervarix (BETA), bivalente (HPV tipi 16/18), via i.m. in 3 dosi (0, 1 e 6 mesi), adiuvante AS04 (Al(OH)₃ + MPL); d) per entrambi i prodotti (con autonome determinazioni, in data 28 febbraio 2007 per il vaccino anti HPV Gardasil, e in data 29 ottobre 2007 per il vaccino anti HPV Cervarix) l’Agenzia Italiana per il Farmaco aveva deliberato il regime di rimborsabilità ed il prezzo di vendita, classificandoli in classe H-RR e prevedendone la dispensazione attraverso il Servizio Sanitario Nazionale e la gratuita per le bambine nel corso del dodicesimo anno di età; e) per quanto concerneva l’efficacia clinica, i dati di immunogenicità avevano mostrato che oltre il 98% delle donne tra i 15 ed i 26 anni presentava anticorpi specifici per i tipi di HPV contenuti nei vaccini un mese dopo la somministrazione della terza dose e che valutazioni condotte in bambine e ragazze tra i 9 ed i 15 anni avevano dimostrato che in questa fascia di età il vaccino induceva una risposta immunitaria maggiore di quella osservata nelle donne tra i 15 ed i 26 anni.

Con atto n. 264/CSR del 20 dicembre 2007 è stata effettivamente sancita l’intesa, ai sensi dell’articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano concernente la “Strategia per l’offerta attiva del vaccino contro l’infezione da HPV in Italia”: è parte dell’intesa anche la ripartizione del fondo di 40 milioni di euro, da utilizzare, secondo quanto si legge nella predetta nota, al paragrafo “Finanziamento”, in massima parte per sostenere il programma di prevenzione, che include la vaccinazione anti HPV.

E' da precisare che, giusta nota 8428 del 17 marzo 2008, diretta alla Regione Calabria (che aveva chiesto chiarimenti circa l'efficacia dei due vaccini Gardasil e Cervarix), il Ministero della Salute (Dipartimento della prevenzione e della comunicazione – Direzione generale della prevenzione sanitaria, Ufficio V, Malattie infettive e profilassi internazionali), richiamando proprio il contenuto del documento “Strategia per l'offerta attiva del vaccino contro l'infezione da HPV in Italia”, oggetto dell'intesa del 20 dicembre 2007, ha testualmente affermato che “...entrambi i vaccini possono considerarsi ugualmente efficaci ai fini della prevenzione del carcinoma della cervice uterina intesa come obiettivo di Sanità Pubblica”.

II.2. L'Azienda ULSS n. 6 di Vicenza, quale azienda capofila delle UU.LL.SS.SS. n. 1, n. 2, n. 3, n. 4, n. 5, n. 6, n. 7, n. 8, n. 9, n. 10, n. 12, n. 13, n., 14, n. 15, n. 16, n. 17, n. 18, n. 19, n. 20, n. 21 e n. 22 della Regione Veneto, giusta delibera n. 6 del 19 gennaio 2009, ha indetto una procedura negoziata per la fornitura biennale di vaccino anti-papilloma virus per le aziende ULSS della Regione Veneto.

Nel Capitolato speciale, per quanto qui interessa, è stato previsto, all'articolo 3 (Documentazione tecnica), che i concorrenti dovevano allegare le relazioni descrittive e le schede tecniche (concernenti - tra l'altro - le condizioni di conservazione e validità nel tempo per ogni prodotto offerto) aggiornate ed approvate dall'Agenzia Italiana del Farmaco, dei prodotti offerti (lett. a); la eventuale documentazione bibliografica e relazioni scientifiche (lett. b); le schede di sicurezza dei prodotti offerti, se previsto dalla normativa vigente (leggi 81/2008 e 242/1996) (lett. c); dichiarazione attestante la disponibilità del servizio scientifico di cui all'art. 126 del D. Lgs. 24/4/2006, n. 219 indicando il nominativo del Direttore del servizio scientifico (lett. d).

Secondo il successivo articolo 6 (Modalità di aggiudicazione) l'aggiudicazione sarebbe stata effettuata in base al criterio dell'offerta economicamente più

vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 83 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, valutata secondo il criterio della qualità (cui potevano essere attribuiti fino ad un massimo di 50 punti) e del prezzo (cui pure potevano essere attribuiti fino ad un massimo di 50 punti).

Il punteggio relativo al criterio della qualità dei prodotti è stato a sua volta ripartito secondo i seguenti sub – criteri di valutazione: a) efficacia nel prevenire tumori dovuti ad HPV, fino ad un massimo di 25 punti; b) reattività crociata con altri singoli sierotipi oncogeni di HPV, fino ad un massimo di 10 punti; c) durata dell'efficacia del vaccino, fino ad un massimo di 6 punti; d) eventi avversi, fino ad un massimo di 5 punti; e) efficacia nel prevenire lesioni non tumorali, fino ad un massimo di 4 punti.

Quanto alla specifica procedura di valutazione delle offerte, il Capitolato Speciale ha anche previsto che, quanto alla qualità, la documentazione sarebbe stata esaminata da una Commissione Giudicatrice appositamente costituita, che avrebbe attribuito i punteggi di qualità per i criteri sopraindicati, e che, quanto al prezzo, si sarebbe proceduto alla elencazione del prezzo per il servizio annuo e si sarebbe attribuito quindi il coefficiente 50 al prezzo inferiore ed un coefficiente inversamente proporzionale ai prezzi superiori; la fornitura sarebbe stata quindi aggiudicata alla ditta che aveva ottenuto, dalla somma dei punti attribuiti in sedi di valutazione quantitativa e del prezzo, il punteggio più alto.

Giusta verbale della commissione giudicatrice in data 13 febbraio 2009 il vaccino Gardasil, offerto dalla ALFA MSD S.p.A., ha ottenuto, quanto alla valutazione qualitativa, 50 punti, mentre il vaccino Cervarix, offerto dalla BETA S.p.A. ha ottenuto 43, 5.

In particolare, i due vaccini hanno ottenuto l'identico punteggio di merito quanto ai sub criteri della reattività crociata con altri singoli sierotipi oncogeni di HPV (lett. b, punti 10), della durata dell'efficacia del vaccino (lett. c, punti 6) e degli

eventi avversi (lett. d, punti 5); per contro, quanto al sub criterio della efficacia nel prevenire tumori dovuti ad HPV (lett. a, 25 punti), il vaccino Gardasil ha ottenuto 25 punti, rispetto ai 22, 5 punti ottenuti dal vaccino Cervarix, mentre, quanto al sub criterio della efficacia nel prevenire lesioni non tumorali (lett. d, punti 4), il primo ha ottenuto 4 punti, mentre alcun punteggio è stato attribuito al secondo.

La commissione ha peraltro motivato tali punteggi, evidenziando, quanto al maggior punteggio assegnato al sub criterio a) per il primo vaccino rispetto al secondo, che “le indicazioni preventive prevedono solo le lesioni genitali precancerose del collo dell’utero e non quelle della vulva e della vagina”, e, quanto al punteggio di cui al sub criterio e), attribuito solo al primo vaccino, che il secondo vaccino (Cervarix) “non è in grado di proteggere da lesioni non tumorali associate ai tipi 6 e 11 (condilomi acuminati).

Quanto all’offerta economica, la ALFA MSD S.p.A. ha offerto il prezzo unitario, IVA esclusa, di €. 55,00, la BETA S.p.A. ha offerto il prezzo unitario, IVA esclusa, di €. 55,49.

Con delibera del direttore generale dell’Azienda ULS n. 6 di Vicenza n. 73 del 20 febbraio 2009 la fornitura oggetto della ricordata procedura negoziata è stata aggiudicata alla ALFA MSD S.p.A..

II.3. Completezza espositiva impone anche di ricordare che l’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, con parere n. 78 del 20 marzo 2008, reso sull’istanza per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lett. n), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, proposta proprio dalla ALFA MSD S.p.A. in relazione ad una procedura di gara per la fornitura del vaccino anti papilloma virus bandita dalla AUSL di Agrigento e dall’Azienda Ospedaliera San Giovanni di Dio in forma consorziata (che aveva fissato come criterio di aggiudicazione dell’appalto quello del prezzo più basso), tenendo conto anche delle osservazioni svolte dalla BETA S.p.A., intervenuta nel procedimento,

ha osservato, tra l'altro che "...A fronte di ditte diversità e specificità dei due vaccini, nonché tenuto conto della recente immissione in commercio dei due farmaci, sui quali sono ancora in corso le sperimentazioni, sarebbe utile per l'azienda sanitaria mettere in concorrenza i farmaci anche dal punto di vista qualitativo, al fine di dare la possibilità di trovare soluzioni migliorative rispetto a quanto previsto nel capitolato tecnico", aggiungendo che "Pertanto, il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sembra essere, in questo caso, maggiormente idoneo rispetto al criterio meccanico del prezzo più basso, perché consente l'individuazione dell'offerta davvero "migliore", mettendo in concorrenza altri fattori. Come viene evidenziato, infatti, nel considerando 46 della direttiva n. 2004/18/CE, i criteri sia economici, sia qualitativi, nel loro insieme, devono consentire di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa".

Tale criterio, secondo l'Autorità, "...è da preferire, in quanto risulta soddisfare i due presupposti sopra evidenziati. Infatti con riferimento alle caratteristiche dell'oggetto dell'appalto, l'offerta economicamente più vantaggiosa potrà consentire di valutare il livello di prestazione che ciascuna offerta presenta rispetto all'oggetto dell'appalto, quale definito nelle specifiche tecniche, nonché di misurare il rapporto qualità/prezzo di ciascuna offerta", potendosi porsi quali elementi di valutazione "a titolo esemplificativo...la reattività dei vaccini con altri tipi di ceppi virali, l'eventuale protezione di altri ceppi virali, la tollerabilità di ciascun vaccino, la dimostrazione dell'efficacia clinica, la durata dell'efficacia di ciascun vaccino, i giorni di consegna del prodotto, etc.", con l'avvertenza che "particolare attenzione nella predisposizione dei parametri dovrà, comunque, essere posta nel creare dei criteri preferenziali, data la specificità della gara ed il mercato ristretto a due sole imprese", nel senso che "...i parametri qualitativi di ponderazione devono essere scelti in modo da non preconstituire l'aggiudicazione a favore di una impresa

determinata, così da garantire il rispetto del secondo sopra citato criterio della concorrenza effettiva e da raffrontare le offerte, valutandole in maniera oggettiva”. In modo ancor più specifico l’Autorità ha aggiunto che “...posto che solo uno dei due vaccini presenta, rispetto all’altro, già in partenza, un livello quantitativo aggiuntivo relativo a due genotipi virali per la prevenzione dei condilomi genitali e delle patologie correlate (vaccino tetravalente) che, tuttavia, non rientra nell’obiettivo principale della campagna vaccinale nazionale, la quale, come descritto in narrativa, è finalizzata alla prevenzione del carcinoma della cervice, tale caratteristica aggiuntiva potrà essere considerata quale elemento di valutazione in termini di prestazione aggiuntiva, con un peso ponderale, tuttavia, che non potrà assumere una incidenza tale da pregiudicare l’effettiva concorrenza, nonché costituire una violazione della par condicio dei due concorrenti. Sul punto, appare opportuno segnalare che la Corte di Giustizia, valutando se uno dei criteri adottati dall’amministrazione aggiudicatrice per individuare l’offerta economicamente più vantaggiosa possa essere soddisfatta soltanto da un piccolo numero di imprese, si è pronunciata nel senso di non ritenere che tale condizione sia di per sé in violazione del principio di parità di trattamento (Corte di Giustizia 17 settembre 2002, C – 513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab, già Stagecoach Finland Oy Ab)”; peraltro è stato evidenziato che “...a compensare l’elemento della valutazione qualitativo aggiuntivo, vi è l’elemento prezzo il cui peso ponderale dovrà essere stabilito in una misura tale da non risultare, a sua volta, sotto valutato rispetto agli altri elementi”.

III. Ciò premesso in punto di fatto, la Sezione è dell’avviso che i motivi di merito dell’appello principale sono fondati e devono essere accolti, mentre non sono meritevoli di favorevole considerazioni le censure sollevate con l’appello incidentale.

III.1. Per priorità logica deve essere esaminato il primo motivo dell'appello incidentale, con cui la BETA S.p.A. ha lamentato che i primi giudici, pur accogliendo il ricorso di primo grado, hanno ommesso di pronunciarsi sul motivo di censura relativo alla illegittima estensione della campagna di vaccinazione antipapilloma virus, operata dall'amministrazione appaltante con l'introduzione di un criterio di valutazione delle offerte concernente la prevenzione di lesioni non tumorali, così violando palesemente i livelli essenziali di assistenza, mancando, tra l'altro, anche il necessario atto regionale di autorizzazione a tale estensione.

La suggestiva doglianza è priva di fondamento giuridico.

Premesso che i primi giudici, piuttosto che omettere la pronuncia sul motivo di censura relativo alla presunta illegittima estensione della campagna di vaccinazione antipapilloma virus, hanno in realtà correttamente ritenuto tale doglianza assorbita dalla fondatezza di altri motivi di censura (che già di per sé determinavano l'annullamento degli atti impugnati), la Sezione osserva che non sussiste affatto la dedotta estensione della campagna di vaccinazione in questione.

Al riguardo è sufficiente rilevare che la tesi sostenuta dalla BETA S.p.A. si fonda su di una evidente confusione tra l'oggetto della campagna di vaccinazione, notoriamente diretta alla prevenzione del carcinoma della cervice, cui è finalizzata la gara di appalto per la fornitura del relativo vaccino, e la valutazione dell'efficacia dei vaccini in commercio offerti nella gara.

Infatti la prevenzione di lesioni non tumorali, come si ricava anche dalla lettura delle disposizioni del Capitolato Speciale di appalto relativi ai criteri di valutazione delle offerte, non costituisce una nuova patologia da prevenire e quindi un obiettivo aggiuntivo, nuovo, diverso ed ulteriore rispetto a quello principale della campagna di vaccinazione (cioè la prevenzione del carcinoma della cervice), ma rappresenta soltanto un parametro qualitativo di valutazione dell'efficienza dei prodotti offerti, al fine di selezionare l'offerta migliore.

In altri termini la prevenzione di lesioni non tumorali non viene in rilievo autonomamente nell'ambito della generale tutela della salute ed in particolare della lotta alle grandi patologie (tra cui i tumori) e de controllo delle malattie diffusive, in cui si inserisce invece la vaccinazione antipapilloma virus (come si ricava dalla lettura delle motivazioni dell'Intesa tra Stato, Regioni e Province Autonome del 20 dicembre 2007), ma indica soltanto un eventuale elemento intrinseco, caratteristico dei vaccini diretti alla prevenzione del carcinoma della cervice, che la stazione appaltante ha ritenuto opportuno di considerare ai fini della individuazione del vaccino migliore: tale determinazione costituisce peraltro espressione della discrezionalità dell'amministrazione che, impinguendo nel merito dell'azione amministrativa, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, non risultando palesemente irrazionale, irragionevole, arbitraria o illogica.

In tal senso è significativo ricordare che la stessa Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nel richiamato parere n. 78 del 20 marzo 2008, ha sottolineato come proprio il parametro della prevenzione di lesioni non tumorali può rappresentare un adeguato strumento di valutazione qualitativa dei vaccini in commercio per la prevenzione del carcinoma della cervice, quale prestazione aggiuntiva dei vaccini stessi.

Ciò esclude in radice che si sia potuta verificare la dedotta indebita estensione dell'oggetto della campagna di vaccinazione anti papilloma virus e rende, sotto altro concorrente profilo, prive di qualsiasi consistenza giuridica le questioni relative alla violazione dei livelli essenziali di assistenza ovvero alla validità ed efficacia del D.P.C.M. del 23 aprile 2008, modificativo dei livelli essenziali di assistenza, ma non pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, ovvero alla pretesa violazione della provvista finanziaria dei fondi assegnati alle Regioni proprio per la prevenzione del carcinoma alla cervice, di cui alla ricorda Intesa del 20 dicembre 2007, ovvero ancora all'impropria utilizzazione di tale provvista.

III.2. Possono essere esaminati congiuntamente il secondo ed il terzo motivo dell'appello principale, con cui è stata lamentata la erroneità della sentenza impugnata sia per aver ritenuto illegittimo e discriminatorio il parametro di valutazione delle offerte fondato sul parametro della prevenzione di lesioni non tumorali ed eccessivo il relativo punteggio, sia per aver ritenuto illegittimamente costituita la commissione giudicatrice delle offerte, nonché il secondo motivo dell'appello incidentale, con cui sono state riproposte le censure relative alla presunta genericità dei criteri di valutazione delle offerte che sarebbero state addirittura introdotte dalla stessa commissione giudicatrice.

III.2.1. Occorre premettere che sia la scelta del criterio più idoneo per l'aggiudicazione di un appalto (tra quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del prezzo più basso), sia la scelta dei criteri più adeguati (tra quelli esemplificativamente indicati dall'articolo 83 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, costituiscono espressione tipica della discrezionalità della stazione appaltante e, impingendo nel merito dell'azione amministrativa, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, tranne che, in relazione alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, non siano manifestamente illogiche, arbitrarie, irragionevoli, irrazionali ovvero macroscopicamente viziate da travisamento di fatto, così che il giudice amministrativo non può sostituire con proprie scelte quelle operate dall'amministrazione (C.d.S., sez. IV, 8 giugno 2007, n. 3103; sez. V, 16 febbraio 2009, n. 837).

In particolare è stato evidenziato che nel criterio di aggiudicazione di un appalto secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa si tiene conto di una pluralità di elementi, anche qualitativi, e non solo del prezzo, spettando all'amministrazione appaltante, a seconda della peculiarità specifiche dell'appalto, e dunque dell'importanza che, nel caso concreto, ha il fattore prezzo (prestazione

particolarmente semplice) o l'elemento qualità (prestazione particolarmente complessa), dare il peso relativo a ciascun elemento; inoltre la scelta da parte dell'amministrazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, pur essendo connotata da ampia discrezionalità, deve avvenire nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione (C.d.S., sez. V, 11 gennaio 2006, n. 28), dovendo in ogni caso i singoli criteri essere riferiti direttamente ed esclusivamente alle prestazioni che formano oggetto specifico dell'appalto ed essere pertinenti alla natura, all'oggetto ed al contenuto del contratto (C.d.S., sez. V, 21 novembre 2007, n. 5911).

III.2.2. Ciò precisato e rilevato, per completezza, che non è dubitabile la legittimità della scelta dell'amministrazione di prevedere per l'aggiudicazione del vaccino antipapilloma virus il sistema dell'offerta economica più vantaggiosa, la Sezione osserva che il Capitolato Speciale di gara, all'articolo 6, dopo aver stabilito che il punteggio massimo di 100 punti attribuibile ad ogni, era suddiviso tra la qualità (50 punti) ed il prezzo (50 punti), prevedeva anche i criteri di valutazione della qualità; in particolare il punteggio massimo di 50 punti, relativo alla qualità, era così suddiviso secondo i seguenti criteri di valutazione: a) efficacia nel prevenire tumori dovuti ad HPV, fino ad un massimo di 25 punti; b) reattività crociata con altri singoli sierotipi oncogeni di HPV, fino ad un massimo di 10 punti; c) durata dell'efficacia del vaccino, fino ad un massimo di 6 punti; d) eventi avversi, fino ad un massimo di 5 punti; e) efficacia nel prevenire lesioni non tumorali, fino ad un massimo di 4 punti.

Alla stregua del ricordato indirizzo giurisprudenziale, la scelta di tali criteri, tra cui anche quello sub e), circa l'efficacia nel prevenire lesioni non tumorali, si sottrae al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, costituendo espressione della discrezionalità che impinge nel merito dell'azione amministrativa, tanto più che

essa non risulta manifestamente illogica, arbitraria, irragionevole, irrazionale, né frutto di un palese travisamento di fatti.

Sul punto, invero, se, per un verso, non è stato neppure contestato che tali criteri di valutazione siano del tutto pertinenti alle prestazioni che formano oggetto dell'appalto ovvero alla natura, all'oggetto ed al contenuto del contratto, per altro verso, e con particolare riguardo proprio al criterio dell'efficacia dei vaccini offerti nel prevenire le lesioni non tumorali, non può ragionevolmente dubitarsi, secondo il comune sentire, della logicità e della correttezza di un criterio di valutazione qualitativa di un vaccino che tenga conto della capacità di prevenire altre lesioni non tumorali e che quindi, nell'ambito dell'oggetto principale della campagna di vaccinazione diretta alla prevenzione del carcinoma delle cervici, sia anche idonea ad estendere la protezione della salute del cittadino, secondo le attuali conoscenze scientifiche.

Sotto tale profilo, ad avviso della Sezione, la circostanza che tale caratteristica sia propria del solo vaccino Gardasil (offerto dalla ALFA MSD S.p.A.) e non anche del vaccino Cervarix (offerto invece dalla BETA S.p.A.) non è da sola sufficiente a far ritenere che la valutazione di parametro costituisca una violazione dei principi di imparzialità e di par condicio: invero proprio la sussistenza di differenze qualitative tra prodotti (nel caso di specie, vaccini) ugualmente capaci di raggiungere gli stessi obiettivi (nel caso di specie, la prevenzione del carcinoma della cervice) giustifica la scelta di prevedere quale criterio di aggiudicazione della fornitura quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, laddove nel caso di prodotti assolutamente uguali il sistema di aggiudicazione da adottarsi non potrebbe che essere quello del prezzo più basso.

Del resto in questo senso si è espressa anche l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e fornitura nel più volte ricordato parere n. 78 del 20 marzo 2008, sottolineando, come già ricordato, che la illegittimità della valutazione

della citata caratteristica aggiuntiva della prevenzione di lesioni non tumorali conseguirebbe soltanto nel caso che ad esso fosse assegnata un peso ponderale tale da pregiudicare in concreto l'effettiva concorrenza, violando la par condicio dei due concorrenti.

Senonchè nel caso di specie, diversamente da quanto ritenuto dai primi giudici, l'attribuzione a tale caratteristica di un massimo di 4 punti nell'ambito dei 50 punti complessivamente attribuibili alla valutazione qualitativa dell'offerta non rappresenta palesemente uno strumento di palese violazione del principio di non discriminazione e di pari trattamento dei concorrenti, tanto più che per tale criterio è stata prevista l'attribuzione della più bassa valutazione (4 punti) tra i criteri qualitativi.

Alla stregua di tali osservazioni è, per un verso, fondato il secondo motivo dell'appello principale, mentre sono del tutto privi di consistenza le censure sollevate con parte del secondo motivo dell'appello incidentale, relativamente alla asserita genericità dei criteri di valutazione e alla circostanza che essi sarebbero stati addirittura introdotti in sede di gara direttamente dalla commissione giudicatrice.

Quanto alla prima censura, in relazione alla puntuale elencazione dei criteri di valutazione e alla indicazione del relativo peso contenute nell'articolo 6 del Capitolato speciale, l'affermazione della loro genericità si risolve in una evidente mera petizione di principio, tanto più che non risultano neppure indicate le ragioni della asserita genericità, non potendo condividersi in tal senso la altrettanto generica deduzione circa la asserita mancata specificazione delle lesioni non tumorali ovvero degli eventi avversi ovvero degli specifici genotipi oncogeni meritevoli di apprezzamento in sede tecnica, deduzioni non accompagnate da alcuna puntuale indicazione di quali sarebbero state almeno alcune delle lesioni non tumorali ovvero degli eventi avversi o dei gene topici oncogeni di cui sarebbe stata omessa la necessaria specificazione.

Quanto al secondo profilo di censura, la lettura del ricordato articolo 6 del Capitolato Speciale e del verbale di gara del 13 febbraio 2009, esclude in punto di fatto la fondatezza degli doglianze relativa alla asserita introduzione solo in sede di gara e da parte della commissione giudicatrice dei criteri di valutazione delle offerte, senza contare che, secondo la disposizione del quarto comma dell'articolo 83 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, come modificato dall'articolo 1, comma 1, lett. u), del decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152, la commissione giudicatrice non può neppure introdurre in via generale, prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta, i criteri motivazionali per l'attribuzione a ciascun criterio e sub criterio di valutazione il punteggio tra il minimo ed il massimo stabilito dalla *lex specialis* della gara.

Per altro, non può non rilevarsi che la commissione giudicatrice, come si ricava dal più volte ricordato verbale del 13 febbraio 2009, per i criteri di valutazione per i quali ha attribuito punteggi diversi ai due vaccini in gara ha espressamente motivato la sua decisione, così che alcuna illegittimità sotto il profilo in esame è dato rinvenire nell'operato della stessa.

III.2.3. Ad avviso della Sezione è meritevole di favorevole considerazione anche il terzo motivo dell'appello principale, con cui la ALFA MSD S.p.A. ha lamentato l'erroneità della sentenza per aver ritenuto illegittima la composizione della commissione giudicatrice, in quanto formata, ad eccezione del Presidente, dagli stessi funzionari che avevano composto la commissione giudicatrice dell'identica fornitura per l'anno 2008.

Invero, diversamente da quanto ritenuto dai primi giudici e da quanto dedotto dalla BETA S.p.A. nella memoria difensiva, il principio della rotazione dei componenti delle commissioni giudicatrici di cui all'articolo 84, comma 8, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, non riguarda i funzionari della stazione appaltante, quali sono pacificamente quelli che componevano nel caso di specie la

commissione giudicatrice, bensì i funzionari esterni ovvero i professionisti ed i professori universitari, allorquando l'amministrazione appaltante sia costretta a rivolgersi a tali categorie di soggetti per l'accertata carenza in organico di adeguate professionalità ovvero nei casi in cui, secondo le specifiche previsioni del regolamento, ricorrono esigenze oggettive e comprovate; d'altra parte la tutela dei principi di imparzialità e buon andamento è assicurata dalla previsione del comma 7 dello stesso articolo 84, secondo cui si applicano ai commissari le cause di astensione previste dall'articolo 51 del codice di procedura civile.

Peraltro, sotto altro concorrente, profilo la Sezione osserva che i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa previsti nel Capitolato speciale per la fornitura degli stessi vaccini per l'anno 2008 erano diversi, anche quanto alla valore ponderale, da quelli di cui al Capitolato speciale per l'anno 2009 e ciò esclude che possa essersi verificata in concreto una situazione di conflitto nella posizione dei commissari, anche solo astrattamente idonea a ledere i principi di imparzialità e buon andamento.

III.3. Con il quarto motivo dell'appello principale la ALFA MSD S.p.A. ha lamentato la erroneità della sentenza impugnata per aver ritenuto fondate le censure sollevate in prime cure in ordine ai punteggi assegnati ai criteri "durata di efficacia del vaccino" e "reattività crociata con altri sierotipi oncogeni", così effettuando un inammissibile sindacato di merito sulle valutazioni operate dalla commissione di gara.

Il motivo è fondato.

E' jus receptum che le valutazioni delle offerte operate in una gara dalla commissione giudicatrice rientrano nella sfera della discrezionalità tecnica dell'amministrazione e come tali non sono sindacabili sotto il profilo della legittimità, salvo che non siano arbitrarie, illogiche, irragionevoli ovvero fondate su di un evidente travisamento dei fatti.

Nel caso di specie, posto che nessuna questione di travisamento è stata sollevata dalla società ricorrente in primo grado, le valutazioni operate dalla commissione di gara non potevano essere suscettibili di annullamento da parte dei primi giudici, non ricorrendo neppure (ovvero non essendo stata in alcun modo provata) la loro illogicità, arbitrarietà e irragionevolezza.

Del resto la stessa amplissima letteratura medico – scientifica, citata dalle parti a sostegno delle rispettive tesi difensive, lungi dal provare l'erroneità delle valutazioni operate dalla commissione di gara, dà conto della gran massa di opinione, a volte discordi o non pienamente concordanti, sulla efficacia dei vaccini in questioni: sennonchè proprio tale circostanza, seppure rende opinabili le valutazioni della commissione di gara (con la doverosa precisazione che non è stata giammai messa in discussione la capacità e la competenza professionale dei suoi componenti) rende altresì ugualmente soggettive le avverse tesi della ricorrente in primo grado, in gran parte riproposte nel presente grado di giudizio apposta memoria.

Alla stregua di tali considerazioni il motivo di doglianza è fondata, mentre non possono trovare accoglimento le avverse tesi sostenute dall'appellante incidentale.

III.4. Resta da completare l'esame del secondo motivo dell'appello incidentale, nella parte in cui la BETA S.p.A. ha riproposto le censure di primo grado concernenti la illegittimità dell'operato della commissione giudicatrice per l'asserita carente istruttoria nella valutazione delle caratteristiche qualitative dei prodotti offerti in relazione al tempo impiegato per tale attività, nonché per la contraddittorietà dell'azione amministrativa, attese le differenti conclusioni cui la stessa commissione di gara era pervenute quanto all'aggiudicazione della fornitura dello stesso vaccino per la stessa vaccinazione per l'anno precedente.

Entrambe le censure sono prive di fondamento.

Quanto al primo profilo, la Sezione è dell'avviso che la asserita insufficienza del tempo dedicato dalla commissione alla valutazione delle offerte presentate, salvo che non sia assolutamente macroscopica, non può costituire di per sé un vizio della valutazione stessa, ma può eventualmente rappresentare solo un elemento sintomatico dell'eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento ovvero della carenza di istruttoria, qualora si accompagni ad altri elementi indiziati, come, per esempio, la omessa valutazione di alcuni parametri qualitativi stabiliti dalla lex specialis della gara.

Nel caso di specie di specie, tuttavia, non solo il tempo impiegato dalla commissione giudicatrice (oltre tre ore, come si ricava dall'esame del verbale del 13 febbraio 2009) non risulta essere manifestamente esiguo rispetto all'attività valutativa svolta che, com'è pacifico, concerneva solo due offerte, per quanto non emergono (né sono stati indicati) altri elementi indiziati circa la dedotta carenza di istruttoria o lo sviamento: in particolare, dall'esame del già ricordato verbale della commissione, risulta invero (e si tratta di una circostanza che non è stata contestata) che tutti i parametri di valutazione delle offerte sono stati effettivamente considerati dalla commissione stessa.

Quanto al secondo profilo è sufficiente rilevare che non può sussistere neppure la dedotta contraddittorietà dell'azione amministrativa, stante la evidente autonomia ed indipendenza delle singole procedure di gara con cui annualmente la stessa amministrazione appaltante ha provveduto alla fornitura del vaccino occorrenti per la campagna anti papilloma virus: ciò senza contare che, come già evidenziato, i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa previsti nel Capitolato Speciale per la gara dell'anno 2008 erano parzialmente diversi da quelli relativi alla gara per l'anno 2009, il che esclude in radice la stessa ammissibilità della censura di contraddittorietà o illogicità dell'azione amministrativa.

IV. L'accoglimento degli esaminati motivi dell'appello principale e il rigetto dell'appello incidentale esime la Sezione dall'esame del quinto motivo di appello, con cui la società ALFA MSD S.p.A. aveva lamentato l'inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado per difetto di rappresentanza.

V. In conclusione, alla stregua delle osservazioni svolte, l'appello principale deve essere accolto, mentre deve essere respinto l'appello incidentale; per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso proposto in primo grado dalla BETA S.p.A.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate per entrambi i gradi di giudizio come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello principale proposto dalla società ALFA MSD S.p.A. e sull'appello incidentale proposto dalla società BETA S.p.A. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sez. I, n. 1027 del 31 marzo 2009; così provvede:

accoglie l'appello principale nei sensi di cui in motivazione e respinge l'appello incidentale; per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado;

condanna la parte appellata al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio che si liquidano complessivamente in €. 7.000,00 (settemila).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Cesare Lamberti, Presidente

Aniello Cerreto, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Eugenio Mele, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/11/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione