

Appalti di forniture: a tutela dei principi di concorrenza, non discriminazione, imparzialità e parità di condizioni tra i partecipanti alle gare pubbliche che permeano la materia dell'affidamento di lavori, forniture e servizi da parte delle Amministrazioni

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

In tema di appalti di forniture, il Consiglio di Stato con la decisione numero 4647 del 9 settembre 2005 ha insegnato quanto segue:

?

<La equivalenza dei prodotti accertata ufficialmente, come nella fattispecie qui in esame, comportava una sola alternativa? o ammettere l'equivalenza? i prodotti equivalenti a quelli espressamente individuati attraverso le prescrizioni di gara ovvero modificare le norme di gara, illegittime per non aver previsto l'equivalenza, e riaprire i termini per la formulazione di nuove offerte, di certo non la esclusione dell'offerta equivalente e, pertanto, corrispondente alle caratteristiche tecniche richieste negli atti di gara>

?

a cura di *****

?

?

REPUBBLICA ITALIANA N. 4647/05 REG.DEC.

?

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 10825 REG.RIC.

?

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione) ANNO 2004

?

ha pronunciato la seguente

?

DECISIONE

?

Sul ricorso in appello n. 10825/2004 del 9/12/2004, proposto dall'ISTITUTO BIOCHIMICO ITALIANO GIOVANNI SPA, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'Avv. ***** con domicilio eletto in Roma in Via Delle Quattro Fontane, 20 presso lo studio ***** & Partners;

?

contro

?

l'AZIENDA U.S.L. BR/1 DI BRINDISI, in persona del Direttore Generale pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. *****, con domicilio eletto in Roma, in Via Giuseppe Ferrari, 4 presso il Sig. *****;

?

e nei confronti della

?

*** S.P.A., rappresentata e difesa dall'Avv. ***** e dall'Avv. ***** con domicilio eletto in Roma in Via S. Maria in Via, 12 presso l'Avv. *****;

?

??? per la riforma

della sentenza del TAR Puglia - Lecce: Sezione II n. 7667/2004, resa tra le parti;

?

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

?

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda U.S.L. BR/1 di Brindisi e della *** S.P.A.;

?

Viste le memorie difensive;

?

Visti gli atti tutti della causa;

?

Visto il dispositivo n. 41 del 27.1.2005;

?

Alla pubblica udienza del 25 Gennaio 2005, relatore il Consigliere ***** ed uditi, altresì, gli avvocati *****, ***** e *****;

?

FATTO E DIRITTO

?

1) La sentenza appellata ha respinto il ricorso proposto in primo grado dall'Istituto Biochimico Italiano ***** s.p.a. (***) per l'annullamento della esclusione dalla gara indetta dalla Azienda Unit? Sanitaria Locale Brindisi/1 (USL BR/1) per l'aggiudicazione della fornitura di ?medicinali- emoderivati- soluzioni infusioni e preparati galenici- mezzi di contrasto?, esclusione disposta nei suoi confronti limitatamente alle voci 1147 e 1149 dell'Elenco Fabbisogni? allegato al Capitolato speciale .

?

L'impugnazione in primo grado era estesa, altresì, agli atti connessi e consequenziali ed, in particolare, alla previsione delle due voci in parola dell'allegato al Capitolato speciale ed ai provvedimenti con cui la fornitura è stata aggiudicata alla *** s.p.a..

?

2) In fatto va precisato preliminarmente che nell'Elenco Fabbisogni allegato al Capitolato speciale della gara in questione erano contemplate due voci (n. 1145 e 1146) con preparazioni a base di solo Propofol e quattro voci (1147, 1148, 1149 e 1150) con preparazioni in cui il Propofol era associato all'EDTA.

?

L'Istituto appellante ha formulato la propria offerta per i lotti 1145, 1146, 1147 ed 1149, senza concorrere per i lotti 1148 e 1150 in quanto non disponeva del prodotto nella confezione richiesta (siringhe preriempite).

?

Nella seduta del 15 settembre 2004 della Commissione di gara i quattro lotti per cui aveva presentato l'offerta sono stati assegnati all'*** con riserva di verificare, attraverso un parere del Ministero della Salute, se il prodotto offerto dall'*** corrispondesse a quanto richiesto dal Capitolato speciale. Successivamente, in una seduta del 20 settembre 2004, senza attendere la risposta al quesito, l'aggiudicazione dei lotti per i quali era stata richiesta l'associazione con l'**** (1147 e 1149) venne effettuata nei confronti di *** s.p.a. in quanto l'offerta dell'*** fu giudicata non conforme alle prescrizioni del Capitolato speciale.

?

3) Il giudice di primo grado ha ritenuto che nel caso di specie la scelta dell'Amministrazione di prevedere nell'Elenco Fabbisogni sia preparazioni in cui il Propofol era associato all'EDTA che preparazioni in cui tale associazione non era richiesta provava che non vi era stato alcun passivo recepimento di una nota

(diramata dalla ***? s.p.a. in data 3 novembre 2003 per promuovere l'utilizzo del suo prodotto in cui il Propofol era associato all'EDTA) ma, invece, ponderazione delle modalit? di utilizzo delle diverse preparazioni e scelta di merito, non sindacabile in sede di giudizio di legittimit?, nel senso di richiederle entrambe distintamente. Secondo la sentenza appellata, inoltre, la circostanza che i fogli illustrativi delle due preparazioni, di cui trattasi, fossero caratterizzate da avvertenze e modalit? di uso diverse confermava la congruit? della scelta dell'Amministrazione.

?

Sulla base di queste valutazioni si ? esclusa la violazione delle norme, segnatamente dell'articolo 8, sesto comma, del D. Lvo 24 luglio 1992 n.358, che vietano l'introduzione di clausole contrattuali di requisiti tecnici dei prodotti tali da favorire determinati fornitori quando ci? non sia giustificato da motivi che consentono la deroga a tale principio e che la stessa disposizione richiamata contempla nel terzo comma. Da ci? la reiezione del ricorso di primo grado.

?

4) Ritiene il Collegio che le valutazioni poste nella sentenza qui in esame a fondamento della decisione non resistano alla censura con cui parte appellante? lamenta in modo specifico la violazione della norma qui sopra richiamata ed, in termini pi? generali, dei principi di concorrenza, non discriminazione, imparzialit? e parit? di condizioni tra i partecipanti alle gare pubbliche che permeano la materia dell'affidamento di lavori, forniture e servizi da parte delle Amministrazioni pubbliche.

?

Per comprendere appieno il significato della censura qui in esame, svolta in modo articolato nell'unico motivo di appello, si deve puntualizzare in fatto che la Commissione Unica del Farmaco (CUF) nella seduta del 17 dicembre 2003 ha deciso, in ordine alla equivalenza dei due prodotti che vengono qui in considerazione e su specifica istanza dell'***, ?l'armonizzazione degli stampati cos? come riportato sulla documentazione originale allegata? ed ha, altres?, ribadito: ?conferma l'equivalenza? (cfr. allegato n. 6 all'atto di appello).

?

In seguito a tale decisione con nota del 4 maggio 2004 la Direzione Generale dei Farmaci e dei ***** del Ministero della Salute ha comunicato alle due parti del presente giudizio tale decisione invitandole ad attuarla sollecitamente (doc. n. 7 della produzione in atti citata).

?

Sulla base di tale presupposto ? evidente che al momento in cui la Commissione di gara doveva pronunciarsi sulla aggiudicazione definitiva dei due lotti per i quali era richiesta l'associazione del Propofol all'EDTA e che, in via provvisoria, erano stati aggiudicati all'Istituto appellante, non poteva non tener conto dell'elemento essenziale della equivalenza dei due prodotti e considerare, quindi, corrispondente alle prescrizioni di gara anche il prodotto, recante il solo principio attivo offerto dall'***.

?

Con nota unita al verbale della seduta del 20 settembre 2004, infatti, il rappresentante dell'Istituto appellante (cfr. doc. n. 13 della produzione in atti citata) aveva ben chiarito le circostanze di fatto qui evidenziate e, quindi, l'Amministrazione aveva tutti gli elementi per provvedere.

?

E' evidente, ad avviso del Collegio, che la determinazione presa dalla Azienda USL BR/1 di esclusione dell'offerta dell'*** si pone in contrasto con l'esplicito disposto dell'articolo 8, sesto comma, del D.Lvo 358/1992, perch? oggettivamente diretta a privilegiare un prodotto le cui specifiche tecniche non consentivano la deroga al principio della concorrenza, deroga prevista solo nella ricorrenza dei presupposti di cui al terzo comma dello stesso articolo 8.

?

Non hanno pregio le osservazioni di parte appellata che, da un lato, sostiene con argomentazioni tecniche

la specialità del prodotto offerto (nel quale il principio attivo è in associazione con l'EDTA) perché tale tesi è contraddetta, come si è precisato, dalle valutazioni dell'organismo deputato a pronunciarsi su tali caratteristiche che ovviamente vincolano questo giudice sul merito della questione. Dall'altro lato la stessa tesi si riferisce ad una nota nella quale il responsabile del Centro di Rianimazione e del Servizio Anestesia aveva sostenuto che il preparato prodotto dalla Atrazeneca s.p.a. era più indicato per l'utilizzo in sala operatoria e nei reparti di terapia intensiva; anche questa valutazione non può superare il parere che si è qui richiamato proveniente dall'unico organismo all'epoca competente a pronunciarsi sulle qualità terapeutiche dei medicinali.

?

Non è, sullo specifico punto, senza rilievo che anche l'Agenzia Italiana del Farmaco, che è oggi deputato ad effettuare le valutazioni tecniche di cui trattasi, con nota del 12 novembre 2004 (cfr. allegato n. 14 della produzione in atti citata) abbia confermato la precedente valutazione della CUF precisando che «allo stato dei fatti, una eventuale discriminazione tra i due prodotti non trova giustificazione alcuna».

?

Sono, altresì, influenti le considerazioni con cui parte appellata sostiene che la prescrizione specifica del Capitolato speciale di gara vincolava l'Amministrazione e che, pertanto, la esclusione della offerta dell'*** era doverosa.

?

La equivalenza dei prodotti accertata ufficialmente, come nella fattispecie qui in esame, comportava una sola alternativa: o ammettere «tout-court» i prodotti equivalenti a quelli espressamente individuati attraverso le prescrizioni di gara ovvero modificare le norme di gara, illegittime per non aver previsto l'equivalenza, e riaprire i termini per la formulazione di nuove offerte, di certo non la esclusione dell'offerta equivalente e, pertanto, corrispondente alle caratteristiche tecniche richieste negli atti di gara.

?

5) Alla stregua delle considerazioni che precedono l'appello va accolto con riforma della sentenza appellata ed annullamento degli atti impugnati in primo grado.

?

Sussistono ragioni per compensare tra le parti le spese del giudizio.

?

P.Q.M.

??? Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello indicato in epigrafe lo accoglie e, per l'effetto, riforma la sentenza appellata ed annulla gli atti impugnati in primo grado.

?

????? Spese compensate.

?

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

?

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 25 Gennaio 2005 con l'intervento dei Sigg.ri:

?

??? *****

??? Chiarenza Millemaggi Cogliani Consigliere

?

??? *****? Consigliere est.

?

??? *****

?

??? *****?? Consigliere

?

?

L?ESTENSORE IL PRESIDENTE

?

F.to ***** *****

?

IL SEGRETARIO

?

F.to *****

?

?

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 9 settembre 2005

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

<https://www.diritto.it/appalti-di-forniture-a-tutela-dei-principi-di-concorrenza-non-discriminazione-imparzialita-e-parita-di-condizioni-tra-i-partecipanti-alle-gare-pubbliche-che-permeano-la-materia-dell-affidamento-di/>