

N. 03957/2010 REG.SEN.  
N. 01914/2008 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1914 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Novartis Vaccines and Diagnostics s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Colicchia, Giuseppe Fuda, Fabio Todarello e Mario Francesco Vernole, con domicilio eletto presso Mario Francesco Vernole, in Bari Santo Spirito, via Firenze, 18;

***contro***

l'Azienda Sanitaria Locale di Bari, rappresentata e difesa dagli avvocati Leonardo Digirolamo ed Edvige Trotta, con domicilio eletto presso Leonardo Digirolamo, in Bari, Lungomare Starita 6;

la Regione Puglia;

il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali;

***nei confronti di***

Alfa Wassermann s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Piero Fidanza, con domicilio eletto presso l'avv. Massimo Malena, in Bari, via Amendola, 170/5;

l'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA);

***per l'annullamento***

della deliberazione del Direttore Generale della ASL di Bari n. 1344 del 13 ottobre 2008, di aggiudicazione definitiva ad Alfa Wassermann s.p.a. della fornitura del vaccino antinfluenzale per la campagna vaccinale 2008 – 09, lotto 3, di cui alla gara indetta con bando pubblicato sulla GUCE del 5 settembre 2008;

per quanto occorra, del bando e della lettera d'invito, nonché del capitolato speciale;

di ogni altro provvedimento o atto preordinato, conseguente o comunque connesso, compresi i verbali di gara;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Bari e di Alfa Wassermann s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il consigliere Doris Durante;

Uditi nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2010, per le parti i difensori avv.ti Mario Francesco Vernole e Stefania Miccoli, per delega dell'avv. Piero Fidanza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

L'azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bari, con deliberazione del Direttore Generale n. 1344 del 13 ottobre 2008, all'esito della procedura ristretta accelerata indetta con bando pubblicato sulla GUCE del 5 settembre 2008, aggiudicava alla società Alfa Wassermann s.p.a. la fornitura del vaccino antinfluenzale per la campagna vaccinale 2008 – 09.

La gara aveva ad oggetto la fornitura di quattro distinti lotti di vaccini antinfluenzali tra i quali figurava, nell'ambito del lotto 3, il vaccino "antinfluenzale split o sub unità" per un quantitativo presuntivo di 70.000 dosi.

Il criterio di aggiudicazione per tutti e quattro i lotti era quello del prezzo più basso ai sensi dell'art. 82 del d. lgv. n. 163 del 2006, con obbligo per le imprese concorrenti di presentare all'atto dell'offerta le giustificazioni relative alle voci di prezzo.

L'aggiudicazione era disposta in favore dell'Alfa Wassermann s.p.a. (d'ora innanzi Wassermann) perché aveva offerto il prezzo unitario più basso, di euro 1,50.

La società Novartis Vaccines and Diagnostics s.r.l. (d'ora innanzi Novartis), che aveva partecipato alla gara, offrendo per il lotto 3 il vaccino antinfluenzale da essa commercializzato con il nome di "Agrippa SI", al prezzo di euro 1,92 per unità, gravava con il ricorso all'esame l'aggiudicazione in favore della Wassermann e gli atti della procedura di gara.

Premetteva che il prezzo da essa offerto di euro 1,92 era molto competitivo rispetto alla media dei prezzi di cessione di tale vaccino attestata sui 3,50 euro nel 2008 e 4,02 nell'anno 2007, e precisava che essa aveva potuto offrire un prezzo tanto basso, che le consentiva ugualmente di conseguire un utile di 72 centesimi per unità, per l'elevata tecnologia dei propri macchinari e l'avanzata modernità del proprio processo produttivo che le permettevano di abbattere significativamente i costi medi di produzione.

Essa sosteneva che il prezzo di euro 1,50 offerto dalla Wassermann era al di sotto dei costi di produzione e, comunque, inferiore alla soglia dell'anomalia che si attesterebbe su euro 2,535 secondo il calcolo dettato dall'art. 82 del citato d. lgv. n. 163 del 2006.

Tale offerta, essa aggiungeva, avrebbe dovuto essere sottoposta a verifica di congruità alla stregua delle giustificazioni fornite a corredo dell'offerta, sicché l'omessa verifica della congruità determinerebbe illegittimità dell'aggiudicazione alla stregua dei seguenti motivi:

violazione e mancata applicazione degli articoli 86, comma 1, 87 e 88 del d. lgv. n. 163 del 2006, anche in relazione all'art. 35 della direttiva 2004/18/CE; violazione dell'art. 97 della Costituzione ed eccesso di potere sotto diversi profili.

violazione e mancata applicazione degli articoli 86, comma 3, 87 e 88 del d. lgv. n. 163 del 2006; violazione dell'art. 97 della Costituzione ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Si costituiva in giudizio la Wassermann che chiedeva il rigetto del

ricorso.

La ASL Bari, costituitasi in giudizio, eccepiva l'improcedibilità del ricorso perché con determina n. 178 del 23 gennaio 2009, l'aggiudicazione impugnata era stata annullata in autotutela.

Successivamente, l'Azienda Sanitaria Locale, con deliberazione del Direttore Generale n. 824 del 31 marzo 2009, effettuata la verifica di congruità dell'offerta della Wassermann, aggiudicava nuovamente ad essa la fornitura in questione.

La Novartis, con motivi aggiunti notificati l'8 maggio 2009 impugnava la suddetta deliberazione n. 824 del 31 marzo 2009, chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi:

violazione degli articoli 86, comma 1, 87 e 88 del d. lgv. n. 163 del 2006, anche in relazione all'art. 35 della direttiva 2004/18/CE; violazione dell'art. 97 della Costituzione ed eccesso di potere sotto diversi profili, in quanto le giustificazioni fornite dall'impresa e i successivi chiarimenti dell'11 febbraio 2009, con i quali, la Wassermann avrebbe dichiarato di essere solo distributrice del vaccino acquistato al prezzo unitario di 2,50 euro per unità e di essere disposta a cederlo sotto costo, avrebbero evidenziato che il prezzo offerto era al di sotto del costo;

violazione e mancata applicazione degli articoli 86, comma 1, 87 e 88 del d. lgv. n. 163 del 2006, anche in relazione all'art. 55 della direttiva 2004/18/CE; violazione dell'art. 97 della Costituzione ed eccesso di potere sotto diversi profili, con riferimento alla circostanza che le

giustificazioni prodotte a corredo dell'offerta non erano state esaminate al momento dell'aggiudicazione annullata in autotutela e che, comunque, non sarebbe consentito all'amministrazione aggiudicare un appalto ove l'offerta sia sotto costo o in perdita.

Parte ricorrente depositava memoria difensiva e, alla pubblica udienza del 20 ottobre 2010, il ricorso è stato assegnato in decisione.

Va dichiarata l'improcedibilità del ricorso introduttivo per cessata materia del contendere, atteso che l'atto impugnato con esso ricorso è stato annullato dall'amministrazione in autotutela.

Va, quindi, esaminato il ricorso per motivi aggiunti.

Assume la società ricorrente che l'offerta dell'aggiudicataria è anomala perché addirittura sotto costo, circostanza questa ammessa dalla stessa Wassermann nelle giustificazioni datate 11 febbraio 2009, sicché l'aggiudicazione ad essa concorrente sarebbe in spregio all'orientamento giurisprudenziale consolidato ed ai principi sottesi alle norme in materia di anomalia dell'offerta di cui agli artt. 86 e segg. del codice dei contratti pubblici, in base ai quali, a garanzia della correttezza dell'offerta e della corretta esecuzione della prestazione, non sarebbe ammissibile un'offerta che non consenta neanche un minimo utile.

Va osservato che l'art. 86 del codice dei contratti pubblici, relativamente ai contratti da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, prevede che le stazioni appaltanti valutino la congruità delle offerte anomale, sia se l'anomalia risulti dal calcolo indicato dalla

stessa norma, sia se l'offerta, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

A tal fine è previsto che le offerte debbano essere corredate, sin dalla presentazione, delle giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara.

Aggiunge che ove l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incongruità dell'offerta, la stazione appaltante richiede all'offerente di integrare i documenti giustificativi procedendo ai sensi degli articoli 87 e 88 e che all'esclusione potrà provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio.

Fermo tanto, deve osservarsi che la stazione appaltante, nel caso in esame, ha svolto la procedura prevista dalla normativa citata, concludendo per la valutazione di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria.

Non sussiste, quindi, alcuna violazione della disciplina in materia.

Assume, ancora, la società ricorrente che ritenere congrua un'offerta sotto costo, che non consente alcun utile d'impresa, sarebbe in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale consolidato e con la stessa ratio della disciplina in materia di anomalia dell'offerta.

Va al riguardo osservato che la disciplina sull'anomalia è posta a garanzia della corretta esecuzione della prestazione e la valutazione di congruità non può non risentire della natura della prestazione oggetto del contratto.

Ne consegue che allorquando l'amministrazione abbia constatato nel

procedimento di verifica la congruità dell'offerta anormalmente bassa ed abbia escluso che possa determinare la non corretta esecuzione della prestazione, una tale valutazione, peraltro dal contenuto prettamente tecnico, ove non sia affetta da vizi di irragionevolezza o illogicità, non è ulteriormente sindacabile in sede di giudizio di legittimità.

Quanto alla valutazione dell'anomalia, essa deve caratterizzarsi per un esame complessivo dell'affidabilità finale dell'offerta, non potendo appuntare solo su singole componenti del prezzo globale del tutto avulse e decontestualizzate dalla visione globale dell'offerta nel suo insieme.

L'affidabilità e la sostenibilità complessiva dell'offerta costituisce, invero, il criterio guida al quale deve conformarsi la commissione nella valutazione di anomalia dell'offerta.

Nel caso che ci occupa, la stazione appaltante, malgrado l'offerta dell'aggiudicataria sia al di sotto del costo di produzione del prodotto offerto, recependo in *toto* le giustificazioni e le successive precisazioni della concorrente, ha valutato che non vi fossero rischi di inadempimento o di non corretto adempimento.

Tale valutazione non risulta illogica o irragionevole se si considerano le ragioni indicate dall'aggiudicataria e che consentono di escludere l'incongruità dell'offerta di euro 1,50 per unità.

Esse, al contrario, appaiono consistenti e certamente sono note all'azienda sanitaria e a tutti gli operatori economici del mercato di

alcuni prodotti farmaceutici ed in particolare del vaccino antinfluenzale.

Si tratta di un mercato soggetto a consistenti e relevantissime fluttuazioni, in considerazione del fatto che la durata del vaccino è annuale e che se il vaccino non viene utilizzato deve essere smaltito con ulteriori costi per il cliente.

Corollario di tale caratteristica è che le offerte di gara hanno una fluttuazione stagionale, e che la valutazione economica dell'offerta non può limitarsi alla considerazione di rigidi ed inflessibili parametri di conto economico ma deve tener conto essenzialmente della peculiarità di tale mercato.

Così si spiega che questi prodotti vengono offerti nelle pubbliche gare da aggiudicare con il criterio del massimo ribasso anche a prezzi che sono al di sotto del costo di produzione, onde evitare i maggiori danni da invenduto che va distrutto proprio per la durata stagionale del prodotto (la stessa ricorrente che dichiara di produrre il vaccino al costo unitario di euro 1,22 in analoga gara bandita dalla ASL TO 3 ha offerto il prezzo unitario di euro 1,09).

Peraltro, come precisato dall'aggiudicataria, essa Wassermann, come anche gli altri operatori economici, non si limita a vendere i vaccini alle sole aziende sanitarie ma anche al pubblico, tramite il canale farmaceutico, con un ricavo nettamente superiore; ne consegue che l'utile che essa ritrae dalla commessa pubblica non può essere riguardato in modo isolato (cioè sulla singola vendita effettuata per il

cliente) ma deve essere spalmato sul complesso dei canali di vendita del prodotto.

Nei canali di vendita diversi da quello pubblico, vi è un utile che è ben superiore a quello relativo al mercato ASL, talché l'incongruità dell'offerta non sussiste.

Del resto è la normativa stessa che impone una differenziazione dei prezzi proposti a seconda del tipo di canale distributivo. Negli appalti pubblici di fornitura per quanto concerne i farmaci deve essere praticato uno sconto minimo del 50% sul prezzo di vendita al pubblico.

La necessità di differenziazione dei prezzi sta dunque nella logica stessa che ispira le norme che disciplinano il settore dei farmaci.

D'altronde, in considerazione del ridotto periodo di validità e genuinità del prodotto, esso se invenduto, deve essere smaltito, con ulteriori oneri a carico della ditta.

Nel caso di specie, è indubbio, attesa la particolarità del mercato e dei prodotti, che l'offerta dell'aggiudicataria presenta i caratteri della serietà e affidabilità complessiva, valutati positivamente dall'azienda sanitaria.

Quanto alla genuinità del prodotto, esso non è in discussione

Le censure dedotte con i motivi aggiunti sono, quindi, infondate.

In conclusione, il ricorso in parte va dichiarato improcedibile e in parte va respinto.

Le spese di giudizio vanno compensate tra le parti, tenuto conto

della peculiarità della questione.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara improcedibile e in parte lo respinge.

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Giuseppina Adamo, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/11/2010

IL SEGRETARIO

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