



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 Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 845 del 2011, proposto da:
Nycomed Italia S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Michele Ottani, Diego Vaiano, Raffaele Izzo, con domicilio eletto presso Michele Ottani in Bologna, via Saragozza 1;

contro

Regione Emilia Romagna, Avec - Area Vasta Emilia Centro, Azienda Usl di Bologna, Azienda Usl di Imola, Azienda Usl Ferrara, Azienda Ospedaliero Universitaria di Ferrara- Arcispedale S.Anna, Istituto Ortopedico Rizzoli di Bologna;

Azienda Ospedaliero Universitaria di Bologna Policlinico S.Orsola Malpighi, rappresentata e difesa dall'avv. Roberto Manservisi, con domicilio eletto presso Roberto Manservisi in Bologna, via Santo Stefano 16;

nei confronti di

Baxter S.p.A.;

per l'annullamento

della determinazione n. 337/PC del 30 maggio 2011, dell'Azienda Ospedaliera Universitaria S. Orsola-Malpighi di Bologna pubblicata all'albo aziendale il 31 maggio 2011, nella parte in cui è stato aggiudicato in favore della controinteressata il lotto n. 3.

della procedura di gara aperta per la fornitura, in lotti separati di adesivi e sigillanti chirurgici, emostatici, per le esigenze delle Aziende Sanitarie dell'area vasta Emilia Centrale;

del bando di gara, del disciplinare di gara, del capitolato speciale d'appalto e del disciplinare tecnico, nella parte in cui hanno accomunato all'interno dello stesso lotto di gara (L.3) e messo in concorrenza tra loro prodotti contraddistinti da differenti caratteristiche di forma e di materia;

dei verbali di gara;

di ogni altro atto presupposto, connesso e o conseguente;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliero Universitaria di Bologna Policlinico S.Orsola Malpighi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2012 il dott. Sergio

Fina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

E' impugnata la determinazione di aggiudicazione della fornitura di emostatici adesivi e sigillanti per l'impiego nella chirurgia epatobiliare, in favore della controinteressata Baxter spa e viene altresì impugnato il bando di gara ed i connessi disciplinari e capitolati nella parte in cui si inseriscono nel medesimo lotto di gara prodotti aventi caratteristiche diverse e quindi non accomunabili tra loro.

Si sostiene, sotto un primo profilo, che le differenze strutturali ed applicative tra il prodotto offerto dalla società ricorrente e quelli proposti dalle altre imprese concorrenti esigevano la predisposizione nel bando di gara di un lotto semplice riservato alla specialità medicinale elaborata dalla ricorrente medesima e non aperto alla concorrenza di prodotti aventi efficacia terapeutica equivalente.

L'assunto deve ritenersi del tutto infondato.

Occorre anzitutto premettere che l'Amministrazione ha richiesto nel bando di gara la fornitura di prodotti ad uso chirurgico epatobiliare in grado di assicurare un effetto emostatico e sigillante – impiego congiunto di colla di fibrina e di collagene – e dunque un prodotto avente le finalità indicate ma indifferenziato nelle sue caratteristiche preparatorie ed applicative.

In proposito l'art. 57 del D.lgs. n. 163/2006 prevede l'adozione della

procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara soltanto nei casi in cui per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero di tutela di diritti esclusivi il contratto possa essere affidato ad un operatore determinato.

E' quindi necessario in base alla disposizione che vi sia un'oggettiva impossibilità o un'estrema difficoltà di acquisire, attraverso gli ordinari meccanismi ad evidenza pubblica, i beni o i servizi da utilizzare.

Nella specie non era certamente questa l'ipotesi applicabile atteso che il medesimo risultato conseguito dalla specialità medicinale – Tachosil - commercializzato dall'interessata, poteva essere raggiunto tecnicamente, secondo l'Azienda Ospedaliera, anche per mezzo di altri trattamenti medicinali, dotati della stessa intrinseca efficacia.

Né al riguardo possono in contrario valere affermazioni apodittiche circa l'insostituibilità del prodotto in forza delle sue peculiari caratteristiche e sotto il medesimo profilo neppure possono essere condivise le considerazioni circa le determinazioni in passato assunte dall'amministrazione in ordine al sistema di gara prescelto e le altre argomentazioni relative alla differenza di prezzo in relazione ai requisiti strutturali e quantitativi tra i prodotti offerti.

Invero il dato tecnico della equivalenza tra i prodotti e le opzioni precedentemente effettuate appartengono al campo delle scelte di merito dell'amministrazione, sindacabili in sede giurisdizionale solo per i casi di difetto assoluto di motivazione o d'irragionevolezza,

mentre per ciò che attiene al prezzo, esso, posto il criterio dell'equivalenza tra i prodotti, diviene semplicemente uno degli elementi naturali di comparazione delle offerte.

In definitiva deve ritenersi del tutto indimostrata la tesi secondo la quale il prodotto offerto dalla ricorrente avesse i requisiti della esclusività e della specificità tecnica tali da richiedere l'assunzione di procedure derogatorie del principio del necessario confronto concorrenziale tra più imprese offerenti.

Quanto all'ulteriore prospettata anomalia del prezzo praticato dall'aggiudicataria che ad avviso dell'interessata sarebbe più alto del costo del prodotto stesso se applicato con la particolare modalità dello "spray" si rileva come dalla scheda tecnica presentata dalla 1^a classificata, che è stata oggetto di valutazione da parte della commissione giudicatrice, il prodotto offerto possa essere utilizzato in modalità distinte e dunque il prezzo offerto appare indipendente dalla modalità di utilizzo sopra ricordata.

In conclusione il ricorso in quanto infondato deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge

Condanna la ricorrente alle spese che si liquidano in complessivi €

3000,00 (euro tremila/zero) .

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Calvo, Presidente

Ugo Di Benedetto, Consigliere

Sergio Fina, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/03/2012

IL SEGRETARIO

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