



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 305 del 2012, proposto da:

Baxter Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Riccardo Arbib, Carlo Celani, Giuseppe Sbisa', Mario Sanino, con domicilio eletto presso Giuseppe Sbisa' Avv. in Trieste, via Donota 3;

contro

Azienda Ospedaliero Universitaria S. Maria della Misericordia di Udine, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

-della determinazione dirigenziale del direttore del dipartimento servizi condivisi n° 958/2012 del 3 agosto 2012, recante "ID12FAR011 gara a procedura aperta per l'affidamento della fornitura di colla di fibrina. Approvazione verbali di gara dichiarazione di diserzione della procedura aperta, ai sensi del decreto legislativo n.163/2006";

-delle note a firma del direttore del predetto dipartimento n. 46623 del 6 agosto 2012 e n. 47810 del 10 agosto 2012;

-del verbale n. 2 del 30 luglio 2012 concernente la gara di cui trattasi e del verbale n. 1 del 28 giugno 2012 con cui rispettivamente il seggio di gara e la commissione tecnica incaricata hanno entrambi prospettato la non idoneità dell'offerta di baxter presentata per il lotto n. 2 della gara di cui trattasi;

-delle specifiche della gara di cui trattasi relative al lotto n. 2, nella parte in cui non hanno considerato equivalenti i principi attivi Aprotinina bovina e Aprotinina sintetica;

-di ogni altro atto annesso, ovvero connesso, presupposto o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2012 il dott. Oria Settesoldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

La ricorrente espone di aver partecipato alla procedura negoziata indetta dall'Azienda Ospedaliero Universitaria Santa Maria della Misericordia di Udine ripartita in due lotti per la fornitura di Emostatici - Colla di fibrina, che è

stata dichiarata deserta "per assenza di offerta valida", in quanto la Ditta Baxter spa non è stata ritenuta idonea per il lotto offerto in quanto offriva un prodotto che presenta aprotinina sintetica e non bovina, come richiesto.

Nonostante le contestazioni della ricorrente Baxter, che ha evidenziato come "dal mese di settembre 2012 non sarà più disponibile sul territorio nazionale la versione con 'aprotinina bovina' che verrà sostituita dalla versione sintetica, altrettanto efficace e più sicura per il paziente, frutto dell'evoluzione tecnologica del prodotto stesso, fattore essenziale per il progresso del settore farmaceutico", osservando anche che "l'AIC rimane invariata a testimonianza ulteriore dell'assoluta equivalenza dei due prodotti" la stazione appaltante ha confermato la decisione presa, pur dichiarando di "... prendere atto delle osservazioni da voi formulate nella predisposizione dell'eventuale successivo capitolato per l'approvvigionamento dei beni di cui sopra".

Le sopraricordate risultanze della gara, di cui agli atti tutti in epigrafe citati, sono state quindi impugnate con il presente ricorso che deduce i seguenti motivi:

violazione e falsa applicazione degli artt. 68, commi IV e XIII e 81, comma III, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche ed in particolare per manifeste irragionevolezza ed ingiustizia, illogicità, difetto dei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e di motivazione, sviamento.

In punto di fatto la ricorrente conferma che, come accertato dalla Commissione giudicatrice, ha effettivamente offerto un prodotto (Tisseel) a base di aprotinina sintetica, ma sostiene che questo non giustifica la decisione di non idoneità dell'offerta e quindi la mancata aggiudicazione del lotto n. 2, in quanto, ancorchè il Tisseel sia tuttora reperibile con il principio attivo aprotinina bovina, ne è prevista da tempo la dismissione della commercializzazione con sostituzione dell'aprotinina bovina con l'aprotinina sintetica.

Il ricorso è fondato perché, come esattamente argomentato dalla ricorrente, la l'AIFA, cui obbligatoriamente Baxter ha presentato domanda di variazione del principio attivo (aprotinina sintetica in luogo di aprotinina bovina), con determinazione del 12 marzo 2012, pubblicata il 3 aprile 2012, ha approvato le modifiche prospettate senza alcun rilievo o condizione aggiuntiva; pertanto dal momento dell'entrata in vigore di tale determinazione, dal giorno successivo alla sua pubblicazione in G.U., era precluso a Baxter presentare in gare pubbliche offerte concernenti Tisseel a base di aprotinina bovina, ferma restando la possibilità di smaltire le residue scorte di questo specifico prodotto ancora disponibili nelle forniture in corso.

Il prodotto deve pertanto ritenersi sempre rimasto lo stesso, poiché la struttura molecolare è la stessa - ed infatti le avvertenze e le precauzioni suggerite sono coerentemente rimaste immutate -, tanto è vero che il codice di riferimento dell'AIC per ciascuna confezione è rimasto invariato, mentre un unico codice AIC non potrebbe identificare due prodotti distinti.

Anche a prescindere dall'effettiva uguaglianza del prodotto offerto da Baxter rispetto a quello richiesto, l'operato della stazione appaltante violava comunque il combinato disposto dei commi IV e XIII dell'art. 68 del D.Lgs. n.163/2006 per l'ipotesi dell' equivalenza, poiché la stazione appaltante non poteva ignorare il fatto che la soluzione proposta dalla concorrente - Tisseel a base di Aprotinina sintetica - ottemperasse, quantomeno in maniera equivalente, ai requisiti dettati dalle specifiche tecniche - Tisseel a base di aprotinina bovina - il che doveva farla ritenere idonea.

Va altresì precisato che, a seguito dell'intervenuta approvazione delle modifiche sul principio attivo operata dall'AIFA antecedentemente all'indizione della gara, l'AOU avrebbe dovuto da subito - e quindi già nel bando di gara - conformarsi alla determinazione dell'AIFA adeguando le specifiche tecniche del prodotto richiesto e, in ogni caso, avrebbe dovuto farlo almeno nel corso del procedimento di gara invece di attestare un 'inidoneità che non può ritenersi sussistente.

Il ricorso deve essere pertanto accolto e gli atti impugnati vanno annullati con la precisazione che la stazione

appaltante dovrà rideterminarsi a partire dalle statuizioni della commissione di gara.

Le spese possono essere compensate tra le parti tranne per il contributo unificato che va posto a carico della soccombente amministrazione ai sensi di legge,

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione..

Condanna l'AOU Santa Maria della Misericordia di Udine a rifondere a parte ricorrente l'importo del contributo unificato ai sensi di legge e compensa tra le parti le restanti spese del giudizio.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Enzo Di Sciascio, Consigliere

Oria Settesoldi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/10/2012

IL SEGRETARIO

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