



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 il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 533 del 2010, proposto da:
Lofarma S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Riccardo Montanaro e
Tiziano Ugoccioni, con domicilio eletto presso l'avv. Riccardo
Montanaro in Torino, via del Carmine, 2;

contro

Società di Committenza Regione Piemonte S.p.A., rappresentata e difesa
dall'avv. Mauro Milan, con domicilio eletto presso il suo studio in
Torino, via Buozzi, 3;

per l'annullamento

1) del provvedimento prot. n. 1558 del 2 aprile 2010, recante l'esclusione
della ricorrente dalla gara per la "fornitura di estratti allergenici Named
Patient Products per terapia iposensibilizzante specifica (ITS) ed estratti

allergenici per diagnostica in vivo da destinarsi al Servizio Sanitario della Regione Piemonte (gara 1-2010)";

2) ove occorra per duplice profilo, del disciplinare di gara, nella parte in cui richiede - a pena di esclusione - che anche i direttori tecnici (figura non più esistente nell'ambito delle aziende produttrici di farmaci) rendano la dichiarazione prevista dall'art. 11, lett. d), di cui agli artt. 38, d. lgs. n. 163/2006 e 32-quater c.p.;

3) dei verbali di gara e, in particolare, del verbale del 2 marzo 2010, ove la commissione giudicatrice si riservava di comunicare le imprese ammesse al prosieguo della selezione;

4) di ogni altro atto, comunque denominato ed ancorché non noto, che sia presupposto, connesso e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Società di Committenza Regione Piemonte S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 ottobre 2010 il dott. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in oggetto, parte ricorrente espone che, con bando in data 19 gennaio 2010 (e successivamente rettificato con nota prot. 490 del 3 febbraio 2010), la Società di Committenza Regione Piemonte S.p.A. aveva indetto la procedura aperta per la “fornitura di estratti allergenici Named Patient Products per terapia iposensibilizzante specifica ed estratti allergenici per diagnostica in vivo da destinarsi al Servizio Sanitario della Regione Piemonte (gara 1-2010)”.

Si espone ancora che tale predetto avviso concerneva l’istituzione di un accordo quadro della durata di 36 mesi per la fornitura di estratti allergenici da effettuarsi in favore delle aziende sanitarie ubicate nell’ambito della Regione Piemonte; il valore totale stimato degli acquisti da effettuarsi nel corso della durata dell’accordo era pari ad € 20.300.000, IVA esclusa, e l’appalto era suddiviso in tre lotti distinti e prevedeva la sottoscrizione di tre accordi quadro con più operatori economici, ai sensi dell’art. 59 d.lgs. n. 163/2006.

Si espone ancora che alla gara, da aggiudicarsi secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, partecipava l’odierna ricorrente presentando nei termini previsti la propria offerta predisposta secondo quanto previsto dalla lex specialis per i lotti n. 1 e n. 3; il disciplinare di gara, all’art. 11, lett. d), tra le dichiarazioni da rendere ai fini della partecipazione alla procedura di selezione, annoverava, a pena di esclusione dalla gara, quella con la quale ciascun amministratore munito di poteri di rappresentanza legale, nonché i direttori tecnici,

avrebbero dovuto attestare di non versare nelle cause di esclusione dagli appalti pubblici di cui all'art. 38, lett. b), c) e m-ter), d.lgs. n. 163/2006, nonché di non versare nella fattispecie di cui all'art. 32-quater c.p.

Si espone ancora che, secondo parte ricorrente, detta clausola conteneva una evidente forzatura, poiché, in base a quanto previsto dall'art. 2, d. lgs. 24 aprile 2006, n. 219 (recante l'attuazione della direttiva 2001/83/CE (e successive direttive di modifica) relativa al codice comunitario concernente i medicinali per uso umano, nonché della direttiva 2003/94/CE, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 142 del 21 giugno 2006, Supplemento Ordinario n. 153, "il titolare dell'autorizzazione alla produzione di medicinali deve avvalersi di almeno una persona qualificata" la quale, sin dall'entrata in vigore di tale normativa, ha di fatto sostituito la qualifica del direttore tecnico la cui presenza in azienda non è nemmeno più disciplinata e prevista.

Si espone ancora che, in considerazione di quanto premesso, nella predisposizione dell'offerta il legale rappresentante della ricorrente (sig. Ruben Vaglio) provvedeva a dichiarare personalmente l'insussistenza delle cause ostative previste per sé e per il dott. Achille Golferini, in forza presso l'azienda quale persona qualificata ai sensi del citato art. 52 d.lgs. n. 219/2006 e non più facente le funzioni di direttore tecnico, qualifica non più presente in azienda già da 4 anni.

Si espone infine che, in tale occasione, la commissione riscontrava che, per quanto concerne la ricorrente, la dichiarazione de qua era stata resa sì

con riferimento ai soggetti indicati dall'art. 11 del disciplinare di gara, ma proveniva unicamente dal legale rappresentante, mancando invero la sottoscrizione del dott. Golferini citato. Pertanto, la ricorrente doveva essere esclusa per violazione della *lex specialis*.

Secondo parte ricorrente, il provvedimento in epigrafe indicato sarebbe illegittimo, per i seguenti motivi:

Illegittimità del provvedimento di esclusione in quanto la dichiarazione cumulativa resa dal legale rappresentante è conforme al disposto dell'art. 38 D. Lgs. n. 163/06. Illegittimità della clausola del disciplinare di gara con la quale si chiede al direttore tecnico di dichiarare i requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 D. lgs. n. 163/06 in quanto:

- nelle aziende che producono farmaci non esiste più la figura del direttore tecnico;
- in ogni caso l'art. 38 D. lgs. n. 163/06 consente dichiarazioni cumulative da parte del solo legale rappresentante.

Violazione, falsa ed omessa applicazione dell'art. 38 d. lgs. n. 163/2006.

Violazione, falsa ed omessa applicazione dell'art. 52 d.lgs. n. 219/2006.

Violazione, falsa ed omessa applicazione dei principi di massima partecipazione, parità di trattamento, par condicio, ragionevolezza, logicità e proporzionalità.

Si costituiva l'Amministrazione intimata chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza di questa sezione n. 395 del 26 maggio 2010, veniva respinta la domanda di sospensione del provvedimento impugnato.

Con ordinanza cautelare d'appello della Sezione Quinta del Consiglio di Stato n. 3169 dell'8 luglio 2010, veniva respinto l'interposto appello cautelare.

Alla pubblica udienza del 27 ottobre 2010, il ricorso veniva posto in decisione.

DIRITTO

Rileva il Collegio che, con ordinanza di questa sezione n. 395 del 26 maggio 2010, si è sancito che è pur vero che, a differenza degli appalti di lavori, per i quali la figura del direttore tecnico è quella che integra i requisiti di cui all'art. 26, d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, nelle gare per l'aggiudicazione di appalti di servizi e di forniture, va individuato quale "direttore tecnico" ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, qualunque soggetto al quale, pur in assenza di specifica individuazione statutaria, vengano attribuite o delegate funzioni in grado di orientare, ancorché per determinati settori, l'assetto gestionale dell'impresa, e ciò mediante l'esercizio di poteri che per la loro ampiezza sono in grado di aggiungersi e sostanzialmente di sovrapporsi a quelli degli organi societari (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 14 dicembre 2009, n. 1910).

Tuttavia, nel caso di specie, al di là della configurazione della persona qualificata ex art. 52 d. lgs. 24 aprile 2006, n. 219 (peraltro astrattamente possibile anche se non scontata come si evince dal comma 6 di detto articolo), è la stessa parte ricorrente che, nella sua dichiarazione ai sensi

dell'art. 11, lett. D) del disciplinare di gara, qualifica il Dott. Achille Golferini quale direttore tecnico; dunque, per il noto principio di autoresponsabilità nelle dichiarazioni (imputabili, nella specie, allo stesso legale rappresentante), risulta legittimata l'Amministrazione ad escludere l'impresa partecipante per mancanza della firma del "direttore tecnico" in calce a detta dichiarazione, così come imposto dalla lex specialis di gara.

Pertanto la citata disposizione di cui all'art. 11, lett. D) del disciplinare di gara è priva di profili di illegittimità e, anzi, coerente con la disciplina degli appalti (art. 38 citato), atteso che, come detto, anche la persona qualificata può rivestire, nella sostanza, il ruolo di direttore tecnico.

Nel merito non si può che confermare la reiezione della domanda di annullamento alla stregua delle motivazioni ut supra riportate.

In primo luogo, si deve affermare che **la clausola di cui si discute, che imponeva che la dichiarazione fosse effettuata anche dal Direttore tecnico personalmente (e non dal solo legale rappresentante cumulativamente) non viola affatto il disposto di cui all'art. 38 D. Lgs. n. 163/06, perché impone, in modo non irragionevole, un onere di facile adempimento a carico delle imprese partecipanti (tutte nella stessa condizione), rafforzando l'assunzione di responsabilità nelle dichiarazioni di autocertificazione e scoraggiando le eventuali mendacità** (è ovvio che, sotto il profilo penale, è molto più semplice discolparsi da eventuali falsità nelle dichiarazioni se esse si riferiscono a situazioni riferibili ad altri, piuttosto

che se riferibili a se stessi, atteso che l'ignoranza circa le eventuali condanne subite risulterebbe, in quest'ultimo caso, assolutamente poco credibile).

In secondo luogo, si ribadisce che, a differenza degli appalti di lavori, per i quali la figura del direttore tecnico è quella che integra i requisiti di cui all'art. 26, d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, **nelle gare per l'aggiudicazione di appalti di servizi e di forniture, va individuato quale "direttore tecnico" ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, qualunque soggetto al quale, pur in assenza di specifica individuazione statutaria, vengano attribuite o delegate funzioni in grado di orientare, ancorché per determinati settori, l'assetto gestionale dell'impresa, e ciò mediante l'esercizio di poteri che per la loro ampiezza sono in grado di aggiungersi e sostanzialmente di sovrapporsi a quelli degli organi societari (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 14 dicembre 2009, n. 1910).**

Pertanto, **la qualifica di Direttore tecnico, in questo settore, e a differenza che nei lavori, non è formale e tipizzata dal legislatore, ma si riferisce ad una posizione specifica di responsabilità all'interno dell'impresa, posizione che può essere rivestita anche dalla persona qualificata: ciò che conta, non è, quindi, il nomen iuris, ma le concrete mansioni che il dipendente svolge.**

Peraltro, lo stesso art. 52 del d. lgs. 24 aprile 2006, n. 219, al comma 6, stabilisce che "I direttori tecnici di officine di produzione, già

riconosciuti dall'AIFA o dal Ministero della salute al momento dell'entrata in vigore del presente decreto, possono continuare ad esercitare la medesima attività con la funzione di persona qualificata”, confermando che anche la persona qualificata, se ha determinate caratteristiche nell’ambito dell’organizzazione dell’impresa, assume le vesti, nella sostanza, di direttore tecnico.

Peraltro, assume valenza tranchant la considerazione, già esposta dall’ordinanza cautelare, e ribadita anche dal Giudice d’appello, che è la stessa parte ricorrente che, nella sua dichiarazione ai sensi dell’art. 11, lett. D) del disciplinare di gara, qualifica il Dott. Achille Golferini quale direttore tecnico; avendo effettuato tale dichiarazione, parte ricorrente se n’è assunta la responsabilità, compresa la responsabilità civile (per mancata chance di aggiudicazione della gara) per eventuali errori commessi, responsabilità che i soci dell’impresa ricorrente potranno, eventualmente, far valere nei confronti del legale rappresentante, laddove risultasse, dopo un esame in fatto, che il suddetto Golferini non avrebbe avuto i requisiti del direttore tecnico nella valenza sostanziale di cui sui è detto.

Esame in fatto che, invece, è precluso in questo giudizio, trattandosi di un’esclusione dalla gara per inosservanza di un’inequivoca disposizione della *lex specialis*.

Si può ancora aggiungere al riguardo che, a contrariis, sarebbe allora facilmente eludibile la disposizione ex art. 38, comma 1, lett. c), d. lgs. 12

aprile 2006, n. 163, in tema di incensuratezza dei direttori tecnici, poiché basterebbe attribuire una qualsiasi altra denominazione a tale figura, nell'ambito della singola impresa, per impedire, in modo surrettizio, l'applicazione di tale norma

Peraltro, non è neppure possibile far leva sul principio (o obbligo del soccorso).

Come è noto, in tema di procedura per l'aggiudicazione di appalti pubblici, la disposizione dell'art. 15, d. lgs. n. 157 del 1995 (e art. 16, d. lgs. n. 358 del 1992) e, adesso, dell'art. 46, d. lgs. n. 163 del 2006 deve intendersi come la codificazione di un ordinario modo di procedere, volto a far valere, entro certi limiti e nel rispetto della par condicio dei partecipanti, la sostanza sulla forma, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e del possesso della capacità tecnica ed economica. Onde **il potere-dovere di chiedere un'integrazione documentale (in via generale, nell'art. 6, lett. b), l. n. 241/1990), trova un riscontro pure nell'art. 46, Codice appalti, e codifica uno strumento inteso a far valere, entro certi limiti, la sostanza sulla forma (o sul formalismo), nell'esibizione della documentazione ai fini della procedura selettiva, onde non sacrificare l'esigenza della più ampia partecipazione per carenze meramente formali nella documentazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 10 settembre 2009, n. 5451).**

Tuttavia, i limiti che, in generale, incontra il potere-dovere di chiedere un'integrazione documentale ai sensi dell'art. 6, l. n. 241 del 1990 e dell'art. 46 del codice degli appalti, con riferimento alla possibilità di chiedere la regolarizzazione delle dichiarazioni lacunose e della documentazione incompleta, sono molto stringenti: quello innanzitutto della par condicio, che ne esclude l'utilizzazione suppletiva dell'inosservanza di adempimenti procedurali significativi o dell'omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara (come nel caso di specie, il che appare dirimente, per di più in presenza di una dichiarazione inequivoca, proveniente dalla stessa parte ricorrente, relativa all'esistenza di un Direttore tecnico nell'organigramma dell'impresa, dichiarazione rispetto alla quale, l'Amministrazione non era tenuta a compiere alcun ulteriore accertamento); quello del c.d. limite degli elementi essenziali, nel senso che la regolarizzazione non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda, salvo che gli atti tempestivamente prodotti contribuiscano a fornire ragionevoli indizi circa il possesso del requisito di partecipazione non espressamente documentato; quello dell'equivocità delle clausole del bando relative alla dichiarazione o alla documentazione da integrare o chiarire; quello del divieto di presentazione ex post di dichiarazioni del tutto omesse e mancanti, atteso che la regolarizzazione documentale consiste

nella integrazione di incompletezze da integrare o erroneità da rettificare, riferibili al contenuto di dichiarazioni, istanze o certificazioni comunque presentate in termini (cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 25 febbraio 2010, n. 395).

Come detto, tuttavia, l'obbligo di soccorso è precluso in questo giudizio, trattandosi di un'esclusione dalla gara per inosservanza di un'inequivoca disposizione della lex specialis in presenza di una dichiarazione inequivoca, proveniente dalla stessa parte ricorrente, relativa all'esistenza di un Direttore tecnico nell'organigramma dell'impresa, dichiarazione rispetto alla quale l'Amministrazione non era tenuta a compiere alcun ulteriore accertamento.

Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, il ricorso deve essere respinto, in quanto infondato.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte - 2^a Sezione - definitivamente pronunciandosi sul ricorso in epigrafe indicato, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio dei giorni 27 ottobre e 10 novembre 2010, con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Manuela Sinigoi, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/11/2010

IL SEGRETARIO

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