



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 Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 719 del 2010, proposto da:
Alk-Abello' Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Erica Bianco, con
domicilio eletto presso Elena Pagani in Brescia, via Gramsci, 30;

contro

Azienda Ospedaliera di Desenzano del Garda, rappresentato e difeso
dagli avv. Dario Meini, Alessandro Nember, con domicilio eletto
presso Dario Meini in Brescia, borgo Wuhrer, 81
(Fax=030/3364979); Azienda Ospedaliera Carlo Poma di Mantova,
Azienda Ospedaliera Istituti Ospitalieri di Cremona, Azienda
Ospedaliera Mellino Mellini di Chiari, Azienda Ospedaliera Ospedale
Maggiore di Crema, Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti di
Bergamo, Azienda Ospedaliera della Provincia di Lodi, Azienda
Ospedaliera della Provincia di Pavia, Azienda Ospedaliera Spedali

Civili di Brescia, Azienda Ospedaliera di Treviglio Caravaggio, Asl 315 - A.S.L. di Vallecamonica-Sebino;

nei confronti di

Stallergenes Italia Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Riccardo Anania, con domicilio eletto presso M. Gabriella Bertoli in Brescia, p.za Mercato, 30; Allergopharma Spa, Allergy Therapeutics Italia Srl, Anallergo Srl, Lofarma Spa;

per

(A- ricorso principale)

l'annullamento, previa sospensione,
del decreto 31 maggio 2010 n°588.1, con il quale il Direttore generale dell'Azienda ospedaliera di Desenzano del Garda ha dichiarato idonea l'offerta presentata dalla Stallergenes Italia S.r.l. con riferimento al lotto n°2 della procedura ristretta consorziata con altre Aziende ospedaliere della Regione Lombardia finalizzata a concludere un accordo quadro ai sensi dell'art. 59 d. lgs. 12 aprile 2006 n°163 per la fornitura di vaccini anallergici iposensibilizzanti e diagnostici in vivo per allergopatie;
della nota 19 aprile 2010 prot. n°8940 di detta Azienda;
di tutte le operazioni e di tutti i verbali di gara, in particolare:
dei verbali 23 aprile 2010 n°6 e 3 maggio 2010 nn°7 e 8;
del provvedimento tacito manifestatosi a seguito del silenzio serbato sulla informativa 18 giugno 2010 trasmessa dalla ricorrente per manifestare l'intento di proporre ricorso ai sensi dell'art. 243 bis d.

lgs. 163/2006;

di tutti gli atti preordinati, presupposti e consequenziali, in ispecie dei contratti di fornitura eventualmente stipulati fra le intimato e la controinteressata;

nonché per l'accertamento

del diritto della ricorrente ad essere classificata in posizione migliore rispetto alla controinteressata nella graduatoria relativa al lotto 2 della procedura suddetta;

e per la declaratoria di inefficacia

dei contratti di fornitura eventualmente stipulati fra le intimato e la controinteressata;

nonché infine per l'accertamento

del diritto della ricorrente al subentro nei contratti predetti;

(B – ricorso incidentale)

l'annullamento

dei suddetti atti della procedura, nella parte in cui hanno dichiarato idonea l'offerta presentata dalla ALK Abellò S.p.A. con riferimento al lotto n°2 e avessero precluso la presentazione di chiarimenti alla propria offerta da parte della Stallergenes Italia S.r.l.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera di Desenzano del Garda e di Stallergenes Italia Srl;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Stallergenes Italia Srl,

rappresentato e difeso dall'avv. Riccardo Anania, con domicilio eletto presso M. Gabriella Bertoli in Brescia, p.za Mercato, 30;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2010 il dott. Francesco Gambato Spisani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con decreti del Direttore generale rispettivamente del 23 novembre 2009 n°1075 quanto all'approvazione del bando e 22 dicembre 2009 n°1220 quanto all'approvazione della lettera di invito e del capitolato speciale, l'Azienda ospedaliera di Desenzano del Garda, quale "capofila", ha indetto una procedura ristretta, consorziata con le altre aziende di cui meglio in epigrafe, per concludere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa un accordo quadro per la fornitura, suddivisa in lotti, a carattere periodico e a consegne ripartite, di vaccini anallergici iposensibilizzanti e diagnostici in vivo per allergopatie, per una durata di quarantotto mesi dall'aggiudicazione; in coerenza con il disposto degli artt. 3 comma 13 e 59 del d. lgs. 12 aprile 2006 n°163, ha quindi precisato che la procedura era volta non a individuare un unico aggiudicatario per ciascun lotto, bensì a selezionare più soggetti ritenuti idonei ed eseguire la fornitura, e quindi all'esito avrebbe lasciato ai medici

curanti, utilizzatori dei presidi in parola, il compito di individuare il prodotto ritenuto più idoneo alle esigenze terapeutiche del caso di specie, e quindi da acquistare, nel rispetto del principio di rotazione fra i fornitori selezionati (cfr. doc. ti 1 e 2 Azienda intimata, copie decreti citati; a p. 16 del documento 2, nelle premesse del capitolato, la precisazione di cui si è detto).

Per quanto più specificamente interessa, il bando di gara divideva l'offerta in una serie di lotti, consentendo di presentare offerta anche per uno solo di essi; comprendeva inoltre fra gli stessi un "lotto 02" relativo a vaccini per immunoterapia sublinguale; il capitolato speciale prevedeva poi, all'art. 2, che l'efficacia di ciascun prodotto offerto dovesse essere dimostrata, a pena di esclusione, allegando idonea documentazione tecnica, fra cui una "valutazione di efficacia per almeno uno degli allergeni offerti nei singoli lotti secondo le norme di Evidence Based Medicine [ovvero: "medicina fondata su prove", ove "prove" è la corretta traduzione dell'inglese "evidence"] attraverso studi controllati in doppio cieco contro placebo... oppure attraverso studio osservazionale ben disegnato, come indicato nelle linee guida cliniche GRADE-Allergy 2009"; ancora il capitolato speciale, all'art. 3, prevedeva che le quantità di prodotto da fornire indicate negli allegati al bando fossero "puramente indicative", in dipendenza fra l'altro dalle necessità terapeutiche da fronteggiare, da ritenersi secondo logica comprese nella "particolare natura dell'attività aziendale"; vincolava quindi le imprese selezionate ad

eeguire le forniture richieste sia per quantità minori sia per quantità maggiori, senza potere in tal caso pretendere “maggiori compensi rispetto ai prezzi indicati in offerta”; infine sempre il capitolato speciale, stavolta all’art. 6 commi 7 e 8, prevedeva ancora che le offerte economiche per il citato lotto 02 dovessero essere relative “al dosaggio massimo previsto dalla scheda tecnica del prodotto” e che esse “ai fini della sola valutazione economica” dovessero essere formulate “presupponendo che la terapia venga effettuata tutto l’anno” (doc. ti 1 e 2 Azienda, cit.).

In base a tutto ciò, l’Azienda capofila ha concluso la procedura selezionando per il lotto 02 come fornitrici idonee, fra le altre ditte, la Alk Abellò, odierna ricorrente, e la Stallergenes Italia, odierna controinteressata, così come da decreto del direttore generale 588/2010 meglio citato in epigrafe (doc. 16 Azienda e doc. 1 ricorrente, copia di esso; doc. 15 Azienda e doc. 4 ricorrente, copia verbale di gara 3 maggio 2010 n°8, ove a p. 5 l’elenco delle ditte idonee).

Avverso l’inclusione della Stallergenes Italia nell’elenco delle ditte selezionate, la Alk Abellò ha quindi proposto nella presente sede ricorso, notificato il 6 luglio 2010 e articolato in una premessa sul proprio asserito interesse a ricorrere e in un unico complesso motivo di altrettanto asserita violazione del citato art. 6 del capitolato speciale di gara:

- in ordine al proprio interesse ad agire, la Alk Abellò deduce che

comunque dall'accoglimento del ricorso le deriverebbe una effettiva utilità. Osserva infatti, come è evidente, che in tal caso l'elenco delle ditte individuate come possibili fornitrici, cui rivolgersi a rotazione, dalla capofila e dalle aziende consorziate diminuirebbe di una unità; per conseguenza, aumenterebbero in misura corrispondente e apprezzabile le possibilità che ciascuna delle ditte rimaste nell'elenco, fra le quali appunto la ricorrente stessa, fossero in concreto richieste di effettuare una o più forniture;

- con l'unico motivo dedotto, la Alk Abellò deduce poi che l'offerta formulata dalla Stallergenes ai sensi del citato art. 6 commi 7 ed 8 del capitolato si sarebbe dovuta escludere, e non già ammettere come fatto prima dalla commissione di gara e in seguito dalla direzione dell'azienda, per ragioni diverse, ma ad avviso della ricorrente in tutti e due i casi erronee. In proposito, la ricorrente deduce anzitutto in linea di fatto che la Stallergenes nella propria offerta economica aveva previsto la fornitura di 40 flaconi del proprio prodotto "Staloral", un vaccino per l'allergia alle graminacee (doc. 11 ricorrente, scheda tecnica del prodotto), come quantità necessaria per eseguire una terapia quadriennale; la commissione di gara aveva però ritenuto tale indicazione non corretta: "considerato il dosaggio indicato in scheda tecnica (4 pressioni/die, [ove la "pressione" è il singolo spruzzo sublinguale del flacone dosatore] corrispondenti a 0,4 ml/die), si desume che un flacone da 10 ml corrisponda a 25 giorni di terapia; per la copertura di un anno servono pertanto 14,6

flaconi e 59 flaconi per la copertura di 4 anni”: ciò posto, la commissione aveva effettuato un “adeguamento” del prezzo unitario del flacone, dividendo per 59 l’importo indicato dalla concorrente come prezzo della terapia quadriennale per paziente, importo peraltro tenuto fermo (doc. 15 Azienda, cit. p. 3). A fronte di ciò, la Stallergenes, con propria nota 25 maggio 2010 (doc. 19 Azienda, copia di essa), aveva ribadito di voler tenere per fermo il prezzo indicato per la terapia quadriennale del singolo paziente, riferendolo al quantitativo ritenuto da lei corretto di 40 flaconi; si era però all’occorrenza impegnata a fornire senza sovrapprezzo gli eventuali flaconi eccedenti, sino al totale individuato dalla commissione. Della precisazione aveva preso atto il Direttore generale nel citato decreto 588/2010, osservando che “da un lato non viene modificata l’offerta economica della ditta, e dall’altro le aziende ospedaliere non sosterranno ulteriori oneri nel caso in cui la terapia richieda flaconi in numero eccedente rispetto a quanto dichiarato da Stallergenes” (doc. 16 Azienda, cit. p. 2 § 7). La ricorrente in proposito fa però presente che, a suo avviso, il dosaggio massimo del prodotto di cui si ragiona, ovvero dello Staloral, sarebbe di 8 pressioni/die, corrispondenti a 0,8 ml/die; tale dosaggio, rapportato ad una terapia annuale, corrisponderebbe a un numero di flaconi molto superiore ai 40 offerti, i quali consentirebbero invece , in base a semplice calcolo matematico, di somministrare solo poco più di 2 pressioni/die nel periodo annuale di riferimento. Da ciò, la Alk Abellò desume la

violazione delle citate norme di capitolato: in base a tale violazione, il seggio di gara avrebbe senz'altro dovuto escludere l'offerta della Stallergenes perché non conforme; della precisazione da essa inviata non si sarebbe poi dovuto tener conto, in quanto così facendo si sarebbe alterata la parità di condizioni fra i concorrenti.

Avverso l'inclusione della Alk Abellò nell'elenco delle ditte selezionate, la controinteressata Stallergenes ha anzitutto proposto ricorso incidentale, con atto notificato il 14 luglio 2010 e depositato il 15 successivo, nel quale, con l'unico motivo dedotto, sostiene che per il medesimo lotto 02 l'offerta della ricorrente relativa al prodotto "Slit One", si sarebbe dovuta escludere, per inidoneità della documentazione tecnico scientifica prodotta a supporto, che non ne avrebbe dimostrato l'efficacia nei termini della medicina basata su prove come richiesto dal citato capitolato.

Al ricorso principale hanno poi resistito sia la Stallergenes, con il medesimo atto 15 luglio 2010, sia l'Azienda di Desenzano, con memoria 14 luglio 2010, sostenendo:

- in punto interesse, che esso difetterebbe, perché nessuna utilità deriverebbe dal suo accoglimento alla Alk Abellò, comunque inclusa nell'elenco dei fornitori selezionati (memoria Azienda 14 luglio, pp. 4-9);
- nel merito, che il ricorso stesso sarebbe comunque infondato, alla luce delle particolari caratteristiche del prodotto Staloral. In proposito, si premette che in generale esistono due tipi di terapia per

le patologie allergiche: quella continuativa, che risponde ad allergeni perenni, e quella stagionale, ovvero con termine tecnico “prestagionale”, che risponde alla comparsa dei pollini delle varie specie vegetali; che le due terapie richiedono posologie diverse e che, sempre in generale, non è possibile dire a priori se un dato paziente necessiti di una sola di tali terapie, o di entrambe. Ciò posto, lo Staloral può essere utilizzato sia per la terapia continuativa sia per quella prestagionale: alla prima corrisponde un dosaggio inferiore, di 4 pressioni/die, da mantenere per tutto l’anno, e alla seconda il dosaggio massimo, di 8 pressioni/die, che però viene mantenuto non per un anno intero, ma per una durata inferiore, tendenzialmente sovrapposta alla durata della stagione del polline allergenico. Tanto premesso, la commissione di gara con l’art. 6 commi 7 e 8 citati si è trovata di fronte ad una clausola imprecisa, dato che il riferimento al “dosaggio massimo” non distingue fra terapia continuativa e terapia prestagionale; si è poi trovata di fronte ad una scheda tecnica dello Staloral muta sul punto, nel senso (v. doc. 11 ricorrente, cit.) che indica solo un dosaggio minimo e un dosaggio massimo, senza precisare a quale tipo di terapia esso sia riferito. A fronte di ciò, la commissione stessa ha ritenuto di interpretare il disposto del capitolato come riferito alla terapia continuativa, e quindi di considerare come dosaggio massimo quello di 4 pressioni/die che per tale terapia si impiega (memoria Azienda 14 luglio 2010, p. 11). In proposito, si evidenzia ancora che la dose di 8 pressioni/die

considerata come corretta dose massima dalla ricorrente avrebbe invece, ove somministrata in via continuativa, potenziali effetti nocivi da sovradosaggio come risulta sempre dalla scheda (doc. 11 ricorrente, cit. e memoria Stallergenes 15 luglio 2010 p. 13). Si evidenzia infine che in nessun modo l'offerta economica della Stallergenes sarebbe stata modificata, stante il ricordato obbligo imposto dal capitolato di fornire comunque al prezzo indicato tutta la quantità di medicamento ritenuta dal medico curante necessaria per eseguire la terapia (memoria Azienda, cit. pp. 13-14 e memoria Stallergenes, cit. pp. 8-9: l'asserito secondo motivo di ricorso incidentale della controinteressata è in effetti una difesa sul punto indicato).

Al ricorso incidentale ha replicato anzitutto l'Azienda, con memoria 23 luglio 2010, deducendo in sintesi:

- in via preliminare, che esso sarebbe inammissibile per difetto di interesse, al pari del ricorso principale;
- nel merito, che esso sarebbe comunque infondato, perché l'efficacia del prodotto Alk Abellò, oggetto in ogni caso di apprezzamento tecnico discrezionale da parte della commissione, risulterebbe da uno studio non citato dalla Stallergenes, prodotto a supporto della domanda di partecipazione e idoneo ai sensi del capitolato (memoria Azienda cit. p. 8; conforme sul punto la memoria 27 luglio 2010 della ricorrente, di cui fra poco).

La ricorrente ha poi replicato alle deduzioni della Stallergenes con la

ricordata memoria 27 luglio 2010, ove sostiene in particolare (cfr. p. 11) che la dose massima ai fini della formulazione dell'offerta si sarebbe dovuta calcolare in 8 pressioni/die "indipendentemente... dalle effettive condizioni di somministrazione del prodotto".

Da ultimo, con memorie 16 novembre 2010 per tutte le parti e repliche 19 novembre 2010 per la ricorrente e 20 novembre 2010 per l'Azienda, le parti stesse hanno sostanzialmente ribadito le rispettive tesi, solo aggiungendo la ricorrente che la dose di Staloral da lei indicata come massima sarebbe comunque prevista come tale da uno studio scientifico in materia proveniente da ricercatori della stessa Stallergenes (doc. 21 ricorrente, copia di esso).

Respinta la domanda cautelare con ordinanza 30 luglio 2010 n°481, all'udienza pubblica del 2 dicembre 2010 la Sezione tratteneva il ricorso in decisione e lo decideva come da dispositivo in pari data n° 35.

DIRITTO

1. Va in primo luogo ritenuta la sussistenza dell'interesse ad agire in capo alla ricorrente. Come è noto – si veda per tutte C.d.S. sez. IV 12 ottobre 2010 n°7443 – l'interesse ad agire come condizione di ammissibilità del ricorso sussiste allorquando il ricorrente, ove esso sia accolto, ne possa ricavare una concreta utilità, diversa dal mero ristabilirsi di una legalità che si assume violata; non è però in alcun modo richiesto che tale utilità debba rivestire un determinato valore economico, potendo essa identificarsi, al limite, con una mera

possibilità di guadagno che si ignora se potrà concretarsi.

2. In base a tali principi, l'interesse ad agire della Alk Abellò sussiste, dovendosi condividere quanto essa afferma sul punto nei termini riportati in narrativa. Come è pure noto, ai sensi degli artt. 3 comma 13 e 59 del d. lgs. 163/2006, un accordo quadro come quello per cui è causa rappresenta in generale “un accordo concluso fra più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici” il cui fine è “stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo”, in particolare quanto ai prezzi e alle quantità; la sua utilità poi consiste nel permettere di aggiudicare gli appalti basati su di esso alle condizioni già previste “senza nuovo confronto competitivo”, in base ad un criterio di rotazione, criterio che, come si è detto in narrativa, è previsto anche nel caso di specie, se pure subordinatamente al fatto che i vari medici curanti i quali operano nelle aziende appaltanti ritengano un dato preparato idoneo alle necessità terapeutiche dei loro pazienti.

3. Ciò posto, è evidente che l'accordo quadro attribuisce agli operatori economici selezionati un'utilità economica che, se non è immediata e attuale, è però indiretta e potenziale, dato che nel periodo di tempo di riferimento è fra gli operatori stessi, ad esclusione di altri soggetti, che i singoli contratti delle amministrazioni, nella specie le forniture di vaccini, verranno stipulati. E' anzi il caso di ricordare come nel caso presente tale possibilità si sia già realizzata, dato che almeno l'Azienda di

Desenzano risulta già avere ricevuto forniture dei rispettivi prodotti tanto dalla Alk Abellò quanto dalla Stallergenes (doc. ti Azienda 25-27, copie dei contratti relativi).

4. Discende poi dalla comune logica che l'effettiva possibilità di vedersi aggiudicare una fornitura sia tanto maggiore quanto minori siano i possibili aggiudicatari e che quindi, come sottolineato dalla Alk Abellò, ciascuno di essi abbia concreto interesse ad escludere gli altri. A riprova, se la ricorrente, ovvero la controinteressata, fossero state escluse dall'accordo quadro, è evidente che non avrebbero potuto beneficiare degli utili derivanti dalle forniture già espletate di cui si è detto, che sarebbero secondo ogni logica andate ad altra ditta.

5. Tale rilievo non è smentito dalla presunta non sostituibilità dei prodotti offerti dalla Alk Abellò e dalla Stallergenes, evidenziata dall'Azienda in particolare alle pp. 5 e ss. della memoria 6 novembre 2010, nel senso che, in sintesi, il prodotto Staloral sarebbe particolarmente indicato per le immunizzazioni precostagionale, mentre per le immunizzazioni continuative sarebbe preferibile lo Slit One. In proposito, va infatti osservato intanto che, secondo quanto la stessa Azienda riconosce, tale diverso uso risponde a un criterio di massima, ma non esclusivo, dato che anche per una immunizzazione continuata lo Staloral si potrebbe utilizzare: in proposito la p. 5 ultima riga della memoria citata e tutte le argomentazioni svolte nei termini di cui in narrativa nella memoria 14 luglio 2010 in ordine ai due diversi corrispondenti dosaggi. Come riconosce anche l'azienda

(p. 7 memoria cit.) e risponde del resto a logica, va poi osservato che la necessità di ordinare in concreto l'uno o l'altro prodotto è stabilita dal medico curante del singolo paziente, con esiti che non possono essere determinati se non a posteriori: prima di tale determinazione, tutte le possibili fornitrici di presidi per la cura delle allergie in genere hanno uguale interesse ad essere presenti nella gamma di strumenti dalla quale il medico può attingere.

6. Le riportate considerazioni, come è ovvio, valgono anche ad affermare la sussistenza dell'interesse relativo al ricorso incidentale della Stallergenes, che nel caso di specie assume valenza particolare. Contrariamente a quanto di solito avviene per tale rimedio, che si sostanzia in definitiva in un modo particolare di far valere l'inammissibilità del ricorso principale (sul punto, v. per tutte TAR Sicilia, sez. I Catania, 9 febbraio 1991 n° 65, che si cita in quanto particolarmente argomentata), il ricorso incidentale nella specie fondato su argomenti concettualmente identici e speculari a quelli del ricorso principale stesso, e mira ad un risultato ulteriore rispetto alla mera reiezione di questo, tanto che si sarebbe potuto proporre anche in via autonoma, per ottenere l'esclusione della Alk Abellò dalla lista delle ditte idonee. Per tale ragione, lo si anticipa, il ricorso incidentale dovrà essere comunque scrutinato nel merito, indipendentemente dall'esito del principale.

7. Il ricorso principale della Alk Abellò è peraltro infondato e va respinto, perché infondato è l'unico motivo a sostegno. I fatti di

causa sul punto sono pacifici: come ricordato in narrativa, se è vero che il capitolato di gara richiedeva come necessaria la formulazione dell'offerta con riferimento al "dosaggio massimo", è altrettanto vero che esso non specificava a quale tipo di terapia il dosaggio massimo si dovesse riferire, ovvero se alla terapia prestagionale ovvero a quella continuativa: l'informazione sarebbe stata, come evidente, di rilievo per l'offerta di prodotti, come lo Staloral, utilizzabili in entrambi i casi, ma con posologie diverse. E' poi altrettanto vero che, nell'ambito complessivo della disciplina di gara, l'indicazione della dose massima rivestiva un valore definito esattamente dal bando stesso come "puramente indicative": quello che contava era che l'offerente indicasse un prezzo al quale riteneva di fornire l'intera terapia ritenuta necessaria dal medico per il singolo paziente, accettando anche il rischio che ciò dovesse comportare la fornitura di quantitativi maggiori rispetto al preventivato (cfr. doc. 2 Azienda, cit.).

8. Ciò posto, al bando si ritengono applicabili le regole generali dell'interpretazione negoziale (v. sul punto per tutte C.d.S. sez. V 10 gennaio 2007 n°37), e in particolare quella dell'interpretazione secondo buona fede, che impone senz'altro di pervenire, nell'interpretazione stessa, ad esiti realistici in relazione alla materia. In tali termini, va allora ritenuto corretto l'operato della commissione di gara, che del bando ha operato una interpretazione ragionevole, facendo riferimento alla dose massima di Staloral che si utilizza

secondo i dettami della scienza medica per la terapia annuale, quella cui il capitolato imponeva di riferirsi.

9. La contraria affermazione della ricorrente (cfr. memoria 27 luglio 2010 p. 11 dalla quindicesima riga), per cui si sarebbe invece dovuto tener conto del massimo dosaggio possibile parametrato a 365 giorni “indipendentemente dalle effettive condizioni di utilizzazione del prodotto” nella sua assolutezza è invece non condivisibile, perché porterebbe appunto ad esiti irrealistici, ovvero a individuare un dosaggio privo di qualsiasi riferimento ad una terapia effettivamente praticata, ed anzi suscettibile di dare effetti indesiderati al paziente (doc. 11 ricorrente, cit., ove l’espressa previsione della possibilità di sovradosaggio da trattare con farmaci).

10. Il punto non è smentito dalle ultime deduzioni della ricorrente, che, come già accennato in premesse, sostiene come un dosaggio di 8 pressioni/die per un intero anno sarebbe invece indicato dalla stessa Stallergenes. Il riferimento è a un saggio curato da ricercatori di tale ditta, intitolato “Drug design of a sublingual allergy vaccine for grass pollinosis”, ovvero “Progettazione di un vaccino per la pollinosi da graminacee ad uso sublinguale” e concernente lo Staloral: a p. 100 di esso, al paragrafo “Administration regimen” ovvero “Posologia”, primo capoverso, si legge testualmente che “the maintenance dose recommended... is eight pressures... for six month/year” ovvero “la dose di mantenimento raccomandata è di 8 pressioni... per sei mesi all’anno”: non se può desumere, come vorrebbe invece la ricorrente,

che la dose in questione si debba o si possa mantenere per un anno intero, ovvero per un periodo doppio, tenuto anche conto quanto si desume dal medesimo paragrafo dedicato alla posologia, secondo il quale la dose di attacco è minore di quella di mantenimento e si somministra per un periodo breve, che non supera le sei settimane e si tende a ridurre il più possibile (cfr. doc. 21 ricorrente, copia saggio citato; si fa applicazione della regola di costante giurisprudenza, per tutte Cass. civ. sez. I 18 febbraio 1982 n°1013, secondo la quale il giudicante, senza dover ricorrere alla consulenza tecnica, può tradurre lingue straniere come l'inglese, che si presumono comunemente note).

11. A prescindere da quanto precede, va poi ritenuto corretto l'operato dell'Azienda in sede di decreto di aggiudicazione, nel quale si è applicata la già descritta regola ulteriore del capitolato, per cui il concorrente si impegnava comunque, per il prezzo offerto, a fornire la terapia completa, regola che a ben vedere depotenzia in modo notevole il valore dell'indicazione del dosaggio di cui si è detto. Sotto questo profilo, è condivisibile quanto deduce da ultimo l'Azienda a p. 3 § 6 della memoria di replica 20 novembre 2010, ovvero che Stallergenes avrebbe dovuto fornire allo stesso prezzo originariamente indicato i flaconi eventualmente richiesti per completare la terapia non per una sorta di gentile concessione in base alla propria nota 25 maggio 2010, ma già in forza del capitolato di gara (doc. ti Azienda 19 e 16, cit.): E' quindi corretto affermare che

L'offerta economica della controinteressata non è stata in alcun modo modificata.

12. Per contro, è infondato e va respinto nell'unico motivo di cui consta anche il ricorso incidentale, proposto al fine particolare di cui si è detto. Il disposto rilevante del capitolato di gara è già stato ricordato in narrativa: ogni concorrente doveva produrre a corredo della domanda una documentazione tecnico scientifica che dimostrasse l'efficacia del proprio prodotto, e che, sempre a termini di capitolato, poteva essere di due diversi tipi. Erano infatti ammessi sia gli studi "doppio cieco contro placebo" sia lo "studio osservazionale ben disegnato" secondo date regole internazionali: il primo tipo corrisponde ad una sperimentazione in cui a un gruppo di pazienti viene somministrato il farmaco da provare, ad un altro appunto un placebo, ovvero una sostanza inattiva, senza che né i pazienti né i sanitari curanti sappiano cosa in concreto viene somministrato a chi, onde evitare apprezzamenti soggettivi; il secondo tipo corrisponde ad una sperimentazione che non segue tale metodo, ma è comunque considerata corretta dalla comunità scientifica.

13. Ciò posto, il ricorso incidentale di Stallergenes si fonda sulla presunta mancanza, nella letteratura scientifica sul prodotto Alk Abellò, di studi in doppio cieco contro placebo, in base ad una nutrita serie di citazioni, che però qui non rilevano. E'infatti sufficiente rilevare che il ricorso stesso esprime un punto di vista

parziale, in quanto nulla dice sullo “studio ben disegnato” denominato EFESO che la Alk Abellò ha allegato alla propria domanda, e che sarebbe di per sé bastato a soddisfare le specifiche di cui al capitolato: si vedano sul punto la memoria 23 luglio 2010 dell’Azienda e il doc. 21 di essa, ove copia dello studio, non contestati nello specifico.

14. La soccombenza reciproca e la natura interpretativa degli atti di gara della decisione sono giusti motivi per compensare le spese, restando come per legge il contributo unificato a carico delle parti che lo hanno anticipato, la cui domanda non è stata comunque accolta.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge. Respinge altresì il ricorso incidentale. Compensa per intero fra le parti le spese di lite, ponendo il contributo unificato a definitivo carico di quanti lo hanno anticipato. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2010 con l’intervento dei magistrati:

Stefano Tenca, Presidente

Francesco Gambato Spisani, Primo Referendario, Estensore

Mara Bertagnolli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/01/2011

IL SEGRETARIO

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