



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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2279 del 2010, proposto da:
Sanofi-Aventis S.p.A., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Raffaele
Izzo, Fabio Todarello e Diego Vaiano, con domicilio eletto presso il
secondo di essi in Milano, Piazza Velasca, n. 4

contro

Regione Lombardia, in persona del Presidente della Giunta regionale
pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Marinella Orlandi,
Sabrina Gallonetto e Pio Dario Vivone, domiciliata presso gli Uffici
dell'avvocatura regionale, in Milano, Piazza Città di Lombardia, n. 1;
Lombardia Informatica S.p.A., rappresentata e difesa dagli Avv.ti
Gaetano Morazzoni e Guido Salvadori Del Prato, con domicilio
eletto presso quest'ultimo, in Milano, Via L. Manara, n. 15

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Farindustria - Associazione delle Imprese del Farmaco, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Raffaele Izzo, Fabio Todarello e Diego Vaiano, con domicilio eletto presso il secondo di essi in Milano, Piazza Velasca, n. 4

per l'annullamento

del bando di gara, del disciplinare, del capitolato tecnico e dei relativi allegati, con particolare riguardo agli schemi di convenzione predisposti dalla Lombardia Informatica S.p.A. per la gara a procedura aperta, suddivisa in 570 lotti, indetta per la stipula di convenzioni ai sensi dell'art. 1, comma 4 della L.r. n.33/2007 per la fornitura di farmaci agli Enti del Servizio sanitario della Regione Lombardia in parte qua, e di ogni altro atto comunque presupposto, connesso o consequenziale agli atti di gara impugnati; del decreto regionale n. 7237 del 21 luglio 2010; nonché per la declaratoria di inefficacia in parte qua della convenzione per la fornitura di medicinali, ove nelle more stipulata tra la ricorrente e la Lombardia Informatica S.p.A.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lombardia e di Lombardia Informatica S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, comma 9, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2011 il dott. Marco Poppi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

FATTO e DIRITTO

1 - Con bando spedito in G.U.U.E. il 6 agosto 2010, Lombardia Informatica, in qualità di Centrale di acquisto istituita dalla Regione Lombardia, ha indetto una gara finalizzata alla selezione di soggetti con i quali stipulare una convenzione quadro per la fornitura biennale di farmaci (suddivisa in più lotti) in favore degli Enti del Servizio Sanitario Regionale.

Ritenendo che la disciplina di gara preveda, da un lato, clausole in grado di alterare il meccanismo di formulazione delle offerte e, dall'altro, disposizioni suscettibili di incidere in maniera non prevedibile sulle condizioni di esecuzione del rapporto, la ricorrente ha impugnato i provvedimenti in epigrafe, deducendo:

1.la violazione dell'art. 23 della Costituzione, dell'art. 1, commi 449, 453 e 455 della L. n. 296/2006, della L.r. n. 33/2007, degli artt. 33 e 113 del D.Lgs. n. 163/2006 ed eccesso di potere per irragionevolezza, sproporzione, ingiustizia manifesta, carenza dei presupposti, contraddittorietà e difetto di motivazione;

2.la violazione degli artt. 11 e 53 del D.Lgs. n. 163/2006, dell'art. 11 del R.D. n. 2440/1923 e degli artt. 1559 e 1560 c.c., del principio di determinatezza dei parametri di formulazione delle offerte, nonché eccesso di potere per irragionevolezza e illogicità manifeste;

3. la violazione dell'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006 e dei principi in tema di procedure di evidenza pubblica e di scelta del contraente privato;

4. la violazione dell'art. 81, comma 3 del D.Lgs. n. 163/2006, dei principi di ragionevolezza, non discriminazione, proporzionalità, affidamento e buona fede in senso oggettivo, nonché eccesso di potere per sviamento.

Con decreto n. 1162 del 28 ottobre 2010 è stata concessa una misura cautelare in sede monocratica (richiesta con atto depositato il 28 ottobre 2010).

Lombardia Informatica, costituitasi in giudizio, ha eccepito preliminarmente l'inammissibilità del ricorso, da un lato, per difetto di contestazioni riferite a profili incidenti sulla possibilità di partecipazione alla gara: dall'altro, per la mancata indicazione dei lotti cui è rivolto un potenziale interesse della ricorrente che renderebbe indeterminato l'oggetto del ricorso.

Nel merito, conformemente alla posizione espressa dalla Regione Lombardia, anch'essa costituitasi in giudizio, ha contestato la fondatezza delle dedotte censure, chiedendo la reiezione del ricorso.

Con atto depositato l'8 novembre 2011, Farindustria - Associazione delle Imprese del Farmaco, ha proposto intervento ad adiuvandum, ritenendo la disciplina di gara lesiva dei propri interessi di associazione di categoria che assume quale fine statutario la creazione "di un mercato basato sui principi della libera concorrenza e del pieno riconoscimento del valore dell'innovazione".

Nella camera di consiglio dell'11 novembre 2010 il Tribunale ha accolto l'istanza di sospensione "limitatamente alla clausola che stabilisce la commissione di transazione" ed all'esito della pubblica udienza del 23 marzo 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

2 - Preliminarmente deve essere disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalle resistenti sul presupposto che il bando verrebbe in questa sede impugnato relativamente a profili inidonei ad inibire la partecipazione della ricorrente alla gara.

E' noto al Collegio il principio in base al quale le clausole contenute nei bandi di gara, e non preclusive della partecipazione, devono di norma essere impugunate unitamente agli atti che di esse fanno applicazione in quanto, precedentemente a tale momento, il partecipante alla procedura di gara risulterebbe privo di un interesse concreto ed attuale all'impugnazione.

Deve rilevarsi, tuttavia, che la giurisprudenza ha individuato un'eccezione a detto principio in presenza di prescrizioni suscettibili di incidere sulla formulazione della domanda di partecipazione, impedendo al concorrente di elaborare un'offerta congruamente ponderata. (Cons. St., Ad. Plen., 23 gennaio 2003, n. 1).

Individuata nei suddetti termini la lesione allegata dalla ricorrente diviene conseguentemente irrilevante la mancata specificazione dei singoli lotti in relazione ai quali sussiste l'interesse a partecipare alla gara, in quanto con il prodotto ricorso viene tutelata una posizione preesistente a detta fase procedimentale, essendo nella specie

pregiudicata la stessa possibilità di formulare un'offerta competitiva e, quindi, di partecipare alla gara con la piena consapevolezza degli impegni che sul piano contrattuale saranno successivamente assunti.

Quanto al merito del ricorso, con il primo motivo la ricorrente ha denunciato l'illegittimità dell'art. 1.4 del disciplinare di gara nella parte in cui prevede, a carico degli aggiudicatari, una commissione di transazione, la cosiddetta "transaction fee", pari allo 0,1% del fatturato realizzato per tutta la durata della convenzione e dei singoli contratti di fornitura stipulati con gli Enti contraenti (art. 30 dello schema di convenzione) da corrispondere a Lombardia Informatica quale rimborso delle spese sostenute dalla Regione Lombardia per la realizzazione della "Centrale Acquisti Regionale" di cui al decreto regionale n. 7237 del 21 luglio 2010.

Sotto un primo profilo, la ricorrente ha denunciato l'assenza di una sicura base normativa che legittimi la suddetta prestazione.

Sotto altro profilo, trattandosi di imposizione ricollegata "alla realizzazione del progetto regionale della Centrale Acquisti", ha lamentato che si sarebbe dissociata la prestazione siffattamente imposta dalla gara in relazione alla quale è stata richiesta, creando "una sorta di sponsorizzazione del complessivo progetto regionale" per un importo (€ 1.534.643,00, pari allo 0,1% del valore a base d'asta dei lotti) ritenuto sproporzionato rispetto ai costi della gara.

Ciò comporterebbe, a dispetto della formale qualificazione del contributo come un "rimborso parziale" delle spese sostenute, una

traslazione del costo del progetto su una sola categoria di imprese, nella specie, quelle partecipanti alla gara in questa sede impugnata.

L'Amministrazione non avrebbe, inoltre, precisato sulla base di quali criteri sia stata definita l'entità del contributo, esponendo la decisione della Stazione appaltante a non irragionevoli dubbi di arbitrarietà.

Con riferimento a tale prescrizione sono state contestate anche le modalità di pagamento di detta commissione, che prescrivono un termine di 60 giorni dall'emissione della relativa fattura trimestrale pena, in caso di ritardo o di irregolarità nei pagamenti, l'escussione della cauzione definitiva prestata a garanzia dell'esatto adempimento degli obblighi del fornitore.

Ne conseguirebbe, secondo la ricorrente, la sua palese estraneità alla funzione assegnata a tale istituto dall'art. 113, comma 5, del D.Lgs. n. 163/2006, a norma del quale "la garanzia copre gli oneri per il mancato od inesatto adempimento e cessa di avere effetto solo alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione".

3 - Il motivo è fondato con riferimento al primo profilo (illegittimità della "transaction fee") nei termini che seguono.

Premette, al riguardo, il Collegio che, con la L. 27.12.2006, n. 296 (legge finanziaria per il 2007), sono state introdotte innovative misure per la razionalizzazione e il contenimento della spesa pubblica, facendo riferimento relativamente all'approvvigionamento di beni e di servizi da parte delle Amministrazioni statali centrali e

periferiche, fatta espressa eccezione per gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado, alle convenzioni-quadro previste dagli artt. 26 della L. 23.12.1999, n. 488 e 58 della L. 23.12.2000, n. 388 (legge finanziaria per il 2001). Con la prima disposizione il Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica è stato autorizzato a stipulare, nel rispetto della vigente normativa in materia di scelta del contraente e con procedure competitive tra primarie società italiane ed estere, convenzioni con le quali l'impresa prescelta si impegna ad accettare, sino alla concorrenza della quantità massima complessiva stabilita dalla convenzione ed ai prezzi e condizioni ivi previsti, ordinativi di fornitura di beni e servizi deliberati dalle Amministrazioni dello Stato anche con il ricorso alla locazione finanziaria. Con la successiva norma è stato stabilito che le suddette convenzioni sono stipulate dalla Concessionaria per i servizi informatici pubblici (CONSIP) per conto del Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e devono indicare, anche al fine di tutelare il principio della libera concorrenza e dell'apertura dei mercati, i limiti massimi dei beni e dei servizi espressi in termini di quantità nel quadro del loro previsto periodo di efficacia.

Con l'art. 1, comma 449 della L. n. 296 del 2006 il sistema è stato conformemente richiamato, attribuendo al Ministro dell'economia e delle finanze di stabilire con proprio decreto entro il gennaio di ogni anno, tenuto conto delle caratteristiche del mercato e del grado di

standardizzazione dei prodotti, le tipologie dei beni e dei servizi per le quali tutte le Amministrazioni centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e di quelle universitarie, sono tenute ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni-quadro. E' stato, altresì, contestualmente previsto che le restanti Amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 del D.lgs. 30.3.2001, n. 165 possano ricorrere alle stesse convenzioni, oltre che a quelle stipulate dalle centrali di acquisto regionali o interregionali di cui al successivo art. 455 ovvero utilizzarne i parametri di prezzo-qualità come limiti massimi per la sottoscrizione dei relativi contratti; che, infine, gli enti del Servizio sanitario nazionale sono in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle ridette centrali regionali di riferimento.

Tale processo di razionalizzazione e di contenimento della spesa pubblica per gli occorrenti beni e servizi per le Amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, perseguito tramite la prefissione dei relativi prezzi non più da parte di queste ultime, ma attraverso le citate convenzioni-quadro stipulate dalla CONSIP, si completa con l'introduzione della carta d'acquisto elettronica per i pagamenti di limitato importo (art. 1, comma 451), con il negozio elettronico da istituirsi nel quadro delle stesse convenzioni (art. 1, comma 452) e con una novella previsione (art. 1, comma 453), in base alla quale il Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro per le riforme e le innovazioni della pubblica amministrazione, è

stato autorizzato ad introdurre “meccanismi di remunerazione sugli acquisti da effettuare a carico dell’aggiudicatario delle convenzioni di cui all’art. 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488”.

Con detta ultima disposizione ha fatto dunque ingresso nell’ordinamento giuridico un modello di gestione degli acquisti da parte delle Amministrazioni centrali e periferiche dello Stato che appare caratterizzato da un prelievo sugli acquisti a favore del bilancio dello Stato da stabilirsi di concerto dai due indicati Ministri.

Per l’identico fine del contenimento e della razionalizzazione della spesa per l’acquisto di beni e servizi l’art. 1, comma 455 ha, poi, attribuito alle Regioni la potestà di “costituire centrali di acquisto anche unitamente ad altre regioni, che operano quali centrali di committenza ai sensi dell’articolo 33 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in favore delle amministrazioni ed enti regionali, degli enti locali, degli enti del Servizio sanitario nazionale e delle altre pubbliche amministrazioni aventi sede nel medesimo territorio”.

La previsione normativa ha trovato attuazione a livello regionale con L.r. n. 33/2007 che, all’art. 1, comma 3, dispone che “in attuazione dei commi 449 e 455 dell’articolo 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (...), le funzioni di centrale di committenza di cui all’articolo 33 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (...) a favore dei soggetti indicati nell’articolo 1, comma 455 della legge 296/2006, sono svolte da Lombardia Informatica S.p.A., che opera come Centrale regionale

acquisti”.

Al successivo comma 4, la medesima L.r. ha specificato che è compito della Centrale acquisti “a) stipulare convenzioni di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 (...), in cui le imprese aggiudicatarie si obbligano ad accettare, sino a concorrenza della quantità massima stabilita da ciascuna convenzione, ai prezzi e alle altre condizioni ivi previsti, ordinativi di fornitura emessi dai soggetti di cui al comma 3; b) aggiudicare appalti di beni e servizi destinati ad uno o più soggetti di cui al comma 3; c) concludere accordi quadro ai sensi dell'articolo 59 del d.lgs. 163/2006 e istituire sistemi dinamici di acquisto ai sensi dell'articolo 60 del d.lgs. 163/2006 destinati ai soggetti di cui al comma 3”.

In attuazione della richiamata norma regionale la Regione Lombardia ha stabilito con decreto dirigenziale n. 3939 del 18 aprile 2007 di “sperimentare modalità di autofinanziamento dei costi di funzionamento” della nuova Centrale regionale acquisti, inserendo nei bandi e nelle convenzioni da stipularsi l’impegno dei fornitori a “corrispondere, a titolo di parziale rimborso delle spese sostenute dalla regione Lombardia per la realizzazione del progetto, una percentuale sul transato da definire in sede di bando, convenzione o accordo”.

L’entità della contribuzione è stata da allora stabilita con decreto dirigenziale e da ultimo con decreto n. 7237 del 21 luglio 2010, impugnato in questa sede, con il quale è stato confermato “il

meccanismo di remunerazione sulle procedure di acquisto della Centrale Regionale Acquisti da effettuare a carico dell'aggiudicatario" fissando l'importo in "una percentuale sul transato, non superiore all'1,3%", in seguito definita, ai fini della gara per cui è causa, nello 0,1%, del fatturato.

Osserva, al riguardo, il Collegio che, mentre l'art. 1, comma 453 della L. n. 296/2006, stabilisce che, con decreto interministeriale, possono essere previsti meccanismi di remunerazione sugli acquisti a carico dell'aggiudicatario nei termini già esposti, un'identica previsione non compare nel successivo comma 455: il che prospetta il dubbio che il relativo prelievo sugli acquisti possa essere effettuato, come puntualmente contesta la ricorrente che assume l'illegittimità del provvedimento impugnato, stante l'assenza di una puntuale base normativa.

A parere del Collegio tale ordine d'idee deve essere condiviso.

La lettura dell'art. 1, comma 455 trova la propria premessa nella considerazione che non pare ragionevole e comunque non rispondente alla ratio istitutiva del modello statale ipotizzarne il trasferimento nell'ordinamento regionale limitatamente alla sola previsione della costituzione delle centrali di committenza, privando conseguentemente queste ultime della possibilità di un finanziamento computato in percentuale sull'ammontare maggiore o minore degli acquisti; una tale lettura della norma porrebbe, infatti, gli oneri di progettazione e di espletamento delle gare a carico esclusivo del

bilancio regionale, che si giova peraltro a tal fine dei correlati flussi finanziari da parte dello Stato.

D'altra parte se l'interesse pubblico da perseguire prioritariamente è quello del contenimento della spesa, oltre alla sua razionalizzazione, al vuoto normativo derivante dal mancato, formale richiamo di "meccanismi di remunerazione della spesa sugli acquisti da effettuare a carico dell'aggiudicatario", non può che supplire l'interprete, potendosi ipotizzare la voluntas legis di mantenere l'identica ratio normativa: ossia che identiche centrali di committenza, destinate a operare tramite la stipula di convenzioni o di accordi-quadro o di altre procedure concorsuali, trovino analoga disciplina sul piano del recupero dei ridetti costi di progettazione e di espletamento delle gare, senza pregiudizio per il bilancio delle Regioni, analogamente a quanto avviene per lo Stato.

Se dunque lo strumento individuato dalla legge può e deve apparire unitario sul territorio nazionale del tutto indipendentemente dagli acquisti effettuati per le Amministrazioni centrali e periferiche dello Stato e dalle Regioni o da più Regioni insieme per quelli regionali a diversa conclusione deve pervenirsi quanto all'individuazione dell'autorità preposta a stabilire quale debba essere di volta in volta in quest'ultima sede il "meccanismo di remunerazione" da porre a carico delle imprese che partecipino alle gare, attesa la peculiare natura di tale ultima previsione.

Ne discende che l'individuazione del Ministro dell'economia e delle

finanze di concerto con quello per le riforme e le innovazioni della pubblica amministrazione - contenuta nel comma 453 dell'art. 1 – quale autorità preposta a regolare con proprio decreto il recupero in discorso, non può che significare che anche in sede regionale debba replicarsi l'identico modello.

Ne consegue, pertanto, che l'istituzione della Centrale acquisti in sede regionale non può essere legittimamente associata al prelievo a titolo di “transaction fee” sul fondamento di un mero provvedimento dirigenziale e, quindi, di un atto inidoneo a determinare una diretta imputazione della decisione ad organi di governo dell'Ente investiti di responsabilità politica.

Per tale ragione la prodotta censura va dunque accolta con assorbimento degli ulteriori profili dedotti per contestare la legittimità della “transaction fee”.

Con il secondo motivo è stato contestato il ricorso parziale e distorto all'istituto del cosiddetto “quinto d'obbligo”, che renderebbe indeterminato l'oggetto della prestazione dedotta in convenzione, in violazione dell'art. 11 del R.D. n. 2440/1923.

In altri termini è stata denunciata la mancata previsione della possibilità, da parte dell'impresa concorrente, di sciogliersi dal vincolo contrattuale o di ottenere una rinegoziazione del prezzo nel caso in cui la fornitura del prodotto, ragguagliata alle effettive esigenze terapeutiche, si riveli inferiore di oltre un quinto rispetto ai quantitativi preventivati in sede di gara.

Tale possibilità sarebbe prevista unicamente con riferimento ad eventuali aumenti delle prestazioni contrattuali richieste senza alcuna corrispondente previsione in caso di diminuzione in analogia percentuale e, quindi, senza alcun vincolo o minimo garantito.

Ne deriva che i concorrenti sarebbero tenuti a formulare un prezzo destinato a rimanere invariato per tutta la durata del rapporto senza alcuna garanzia circa il quantitativo minimo di prodotti da fornire, stante la natura meramente indicativa dei fabbisogni complessivi presunti specificati dalla disciplina di gara (art. 1.1 del disciplinare di gara e art. 1 del capitolato tecnico): il che violerebbe l'art. 11 che, stante l'identità della ratio, contempla l'istituto sia in caso di aumento che in caso di diminuzione.

La censura è infondata.

Le contestate previsioni del bando, che peraltro replicano disposizioni di legge (di cui all'art. 26, comma 1, della L. n. 488/1999 ribadita dall'art. 1, comma 4, lett. a) della L.r. n. 33/2007) sono riferite alla convenzione-quadro, mentre lo specifico profilo qui dedotto, ovvero le quantità che costituiranno oggetto della fornitura appaltata, saranno disciplinate dalle convenzioni che verranno stipulate fra le Imprese aggiudicatarie e le singole strutture del sistema sanitario regionale.

L'infondatezza della tesi della ricorrente è, ad avviso del Collegio, dimostrata dallo schema di convenzione predisposto dalla Stazione appaltante che, all'art. 3 punto 6, contrariamente a quanto dedotto in

ricorso, stabilisce che “relativamente a ciascun Contratto di Fornitura, l’ente Contraente ha facoltà di richiedere al Fornitore, nel periodo di efficacia del contratto medesimo, la riduzione delle prestazioni contrattuali fino alla concorrenza di 1/5 (un quinto) dell’Importo della Fornitura, ai sensi dell’art. 11 del R.D. 18.11.1923, n. 2440”

L’istituto del cosiddetto “quinto d’obbligo”, pertanto, una volta stipulate le convenzioni con gli Enti interessati, troverà applicazione anche in ipotesi di riduzione dei quantitativi concordati.

La circostanza che, in sede di predisposizione della disciplina di gara, non siano stati specificati “tetti minimi” è conseguenza, come certamente noto agli operatori di settore, dell’oggettiva impossibilità di determinare ex ante il fabbisogno di ogni singola struttura sanitaria.

Con il terzo motivo di ricorso è stata dedotta l’illegittimità dell’art. 3 punto 7 dello schema di convenzione, ove è precisato che “le attività, forniture e servizi oggetto della Convenzione e dei singoli contratti di forniture non sono affidate al Fornitore in esclusiva e, pertanto, gli Enti Contraenti... potranno affidare, in tutto o in parte, le stesse attività, forniture e servizi anche a soggetti terzi diversi dal medesimo fornitore”.

Si tratterebbe, secondo la ricorrente, di una clausola meramente potestativa che consentirebbe di disattendere gli esiti di gara affidando tranche di fornitura anche a imprese estranee alla gara che,

una volta conosciuta l'offerta dell'aggiudicatario, potrebbero offrire importi più convenienti.

La clausola attribuirebbe alla Stazione appaltante la possibilità di addivenire ad ulteriori acquisti con elusione dei risultati delle procedure già svolte, ponendo in essere violazioni di norme imperative e inderogabili tali da determinarne la radicale nullità (Cons. St., Sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281).

Anche la vista censura è infondata.

L'interesse azionato dalla ricorrente è, infatti, tutelato in via immediata dalla legge che impone il ricorso allo strumento della convenzione.

La precisazione (che nel contesto di gara, riservato ad operatori di settore con una consolidata presenza nel mercato di riferimento, altro non fa che descrivere una facoltà implicita della Stazione appaltante) è imposta dalla necessità di rispettare il principio di continuità terapeutica e di libertà di prescrizione medica e, pertanto, deve ritenersi ristretta ad ipotesi assolutamente eccezionali, quali la necessità di farmaci diversi in dipendenza di corrispondenti prescrizioni dei sanitari ovvero perché successivamente entrati in commercio, carenze di produzione o ritardi negli approvvigionamenti, che potrebbero provocare la sospensione delle terapie in atto.

Si tratta all'evidenza di possibilità di scelta che, stante il rilievo delle posizioni coinvolte, in alcun caso potrebbe essere preclusa dalla legge

di gara.

Con il quarto motivo di ricorso è stata contestata la prescrizione di cui all'art. 5.3 del disciplinare nella parte in cui prevede che la Stazione appaltante si riserva di non procedere ad aggiudicazione in caso di offerta ritenuta non conveniente.

La clausola contestata, tuttavia, recepisce sotto un primo profilo una facoltà riconosciuta dall'art. 81, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006, che consente “di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto”; sotto altro profilo, è palese espressione di un generale potere di ritiro degli atti già adottati sul rilievo del preminente interesse pubblico perseguito dalla centrale di committenza al contenimento della spesa pubblica, il che ovviamente dovrà essere debitamente motivato con provvedimento ad hoc impugnabile davanti al giudice amministrativo.

Per quanto precede il ricorso deve essere accolto con riferimento al primo motivo di ricorso, con cui è stata denunciata l'illegittimità della “transaction fee”.

Le spese, stante la reciproca soccombenza, sono compensate.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente, Estensore

Hadrian Simonetti, Referendario

Marco Poppi, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/05/2011

IL SEGRETARIO

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