

N. 00535/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01205/2010 REG.RIC.



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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1205 del 2010, proposto da:
Acraf S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Raffaele Izzo, Michele Ottani, Diego Vaiano, con domicilio eletto presso Michele Ottani in Bologna, via Saragozza 1;

contro

Intercent-Er Agenzia Regionale di Sviluppo dei Mercati Telematici, rappresentato e difeso dall'avv. Maria Rosaria Russo Valentini, con domicilio eletto presso Maria Rosaria Russo Valentini in Bologna, via Marconi 34; Regione Emilia Romagna, Avec- Area Vasta Emilia Centro, Azienda Usl di Bologna, Azienda U.S.L. di Imola, Azienda U.S.L. di Ferrara, Azienda Ospedaliero-Universitaria Ferrara-Arcispedale S.Anna, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Bologna Policlinico S.Orsola Malpighi, Istituto Ortopedico Rizzoli di

Bologna;

per l'annullamento

- del bando di gara, del disciplinare e dei relativi allegati con particolare riguardo agli schemi di convenzione predisposti dall'INTERCENTER - ER in relazione alla gara telematica indetta per la fornitura di medicinali per le aziende sanitarie dell'Area Vasta Emilia Centro (AVEC), suddivisa in 1213 lotti, segnatamente nella parte in cui:

prevedono quantitativi di fornitura per più versi indeterminati, specie in considerazione dell'assenza di limiti minimi alla fornitura (artt. 1 e 2 del disciplinare e artt. 4 e 14 degli schemi di convenzione);

prevedono che «le attività di cui alla convenzione ed all'ordinativo di fornitura non sono affidate al fornitore in esclusiva» e che, pertanto, le Aziende Sanitarie afferenti all'AVEC potranno «affidare, in tutto o in parte, le stesse attività anche a soggetti terzi diversi dal fornitore aggiudicatario» (art. 4 degli schemi di convenzione);

- di ogni altro atto comunque presupposto, connesso o consequenziale agli atti di gara impugnati, nonché per la declaratoria di inefficacia, in parte qua:

della convenzione per la fornitura di medicinali, ove nelle more stipulata tra la ricorrente e l'Agenzia Regionale Intercent - ER.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Intercent-Er Agenzia Regionale di Sviluppo dei Mercati Telematici;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 giugno 2011 il dott. Bruno Lelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso indicato in epigrafe, la società istante esponeva che, con bando spedito alla GUCE in data 5.8.2010, l'Agenzia regionale INTERCENT-ER aveva indetto una gara con procedura telematica, per la stipula di una convenzione quadro ai sensi dell'art. 21 della L.R. n. 11/2004 per la fornitura biennale dei medicinali occorrenti alle Aziende sanitarie regionali afferenti all'Area Vasta Centro, suddivisa in 1.213 lotti.

Lamentava l'istante che l'amministrazione avesse omesso la sia la predeterminazione dell'oggetto del vincolo contrattuale, con conseguente impossibilità per le imprese partecipanti di predisporre un'offerta consapevole, sia la previsione del limite di scostamento in aumento o diminuzione, rispetto alle quantità presunte di ogni prodotto indicate nella lex specialis di gara (Il motivo viene epigrafato come segue: violazione e falsa applicazione dell'art. 21 della L.R. n. 11/2004; degli art. 11 e 53 d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 11, r.d. n. 2440 del 1923; violazione e falsa applicazione degli artt. 1559 e 1560 Cod. Civ.; eccesso di potere per irragionevolezza ed illogicità manifesta e violazione del principio di determinatezza dei

parametri per la formulazione dell'offerta.).

La ricorrente deduceva altresì quale ulteriore censura il fatto che la convenzione non vincola le AUSL ad acquistare i farmaci con successivi ordinativi di fornitura, in quanto le attività di cui alla convenzione non sono affidate in via esclusiva al fornitore.

In sostanza sosteneva che l'appalto in oggetto, relativo alla fornitura periodica di beni prodotti industrialmente, avrebbe generato un effetto distorsivo in quanto le imprese offerenti non sarebbero poste in grado di valutare con precisione gli oneri economici connessi alle prestazioni che saranno richieste in un momento successivo.

Si costituiva la Regione intimata deducendo, con varie argomentazioni, l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

La Regione precisava di aver dato applicazione all'art. 21 della L.R. n. 11/2004 che disciplina i sistemi di acquisto centralizzato adottati per ragioni di contenimento della spesa sanitaria, mediante indizione di una gara finalizzata all'individuazione dell'aggiudicatario di ciascun lotto (il fornitore), con cui l'amministrazione medesima stipula la convenzione generale, recante la disciplina delle forniture, successivamente da attivare dalle singole Aziende sanitarie attraverso la sottoscrizione di specifici contratti e l'emissione di singoli ordinativi di fornitura in ragione delle necessità di approvvigionamento.

Altresì evidenziava che il sistema di somministrazione, con definizione puramente indicativa delle quantità, deriva dalla

particolare struttura della convenzione che non consente un'individuazione più precisa.

2. Osserva il Collegio che - a prescindere dalla sottoscrizione della convenzione quadro da parte della concorrente in relazione ai lotti d'interesse - può omettersi di procedere all'esame dell'eccezione preliminare di inammissibilità sollevata dalla Regione intimata, poiché il ricorso appare infondato nel merito.

3. Il primo motivo di ricorso è incentrato essenzialmente sulla censura di indeterminatezza dell'oggetto della gara, per i profili che - conseguentemente - determinerebbero, secondo la tesi di parte istante, l'impossibilità di formulare idoneamente l'offerta, con effetti distorsivi della concorrenza e con violazione del principio del quinto d'obbligo sancito dalle norme di contabilità generale dello Stato.

Parte ricorrente evidenzia che il principio di determinatezza della prestazione risulta confermato anche dal primo comma della L.R. n. 11/2004 nella parte in cui prevede che le convenzioni “devono indicare la quantità dei beni e dei servizi oggetto delle stesse”.

La gara, peraltro, appare rispettosa del principio di determinabilità dell'oggetto del contratto ai fini della presentazione dell'offerta pur fornendo una quantità indicativa dei fabbisogni.

Invero, il principio di determinatezza deve essere riguardato alla luce della tipologia della fornitura ed alla struttura della convenzione.

Se si tratta di individuare con gara regionale un fornitore che si impegna a concludere contratti con altri soggetti titolari del servizio

da erogare (AUSL) si deve ritenere che la determinatezza dell'oggetto è raggiunta quando vengono formulate indicazioni di fabbisogno sulla base di dati storici (nel caso di specie l'attendibilità delle previsioni non viene contestata).

Diversamente opinando verrebbe reso di fatto impossibile operare con sistemi di acquisto centralizzato, mentre la L.R. n. 11/2004 intende consentire (per evidenti ragioni di contenimento di spesa e di omogeneizzazione dei costi) la suddetta modalità di fornitura.

Al riguardo, specificamente per quanto attiene alla fornitura di farmaci, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di affermare che "È legittima la previsione di un capitolato speciale per la fornitura di farmaci nella parte in cui rapporta il quantitativo dei farmaci da fornire al parametro "dell'effettivo fabbisogno complessivo", sebbene con valore puramente indicativo, in quanto ciò che rileva nel contratto di somministrazione è che il fabbisogno effettivo sia agevolmente ed obiettivamente accertabile, anche da parte del somministrante, come lo è il fabbisogno di medicinali per strutture del S.S.N. essendo lo stesso ampiamente ed "ontologicamente" monitorato attraverso meccanismi conosciuti ed accessibili da parte delle stesse ditte produttrici - fornitrici dei farmaci." (T.A.R. Emilia Romagna Bologna, sez. I, 08 maggio 2003, n. 549).

La giurisprudenza, inoltre, per l'ipotesi in cui l'oggetto della procedura sia costituito dalla somministrazione periodica di farmaci,

ritiene che si debba far richiamo alla disciplina del negozio contenuta nel codice civile che specificamente prevede - stante la natura del contratto - che "Qualora non sia determinata l'entità della somministrazione, si intende pattuita quella corrispondente al normale fabbisogno della parte che vi ha diritto, avuto riguardo al tempo della conclusione del contratto" (art. 1560, comma 1, c.c.) (TAR Lazio, Roma, III quater, n. 33222/2010).

Ne deriva che correttamente l'eventuale indeterminabilità iniziale non comporta l'indeterminatezza dell'oggetto che potrebbe sussistere solo se le indicazioni stabilite venissero ritenute inattendibili e non realistiche, ipotesi che non ricorre nel caso di specie.

Nel caso di specie, inoltre il rischio (paventato dalla ricorrente) di un superamento verso l'alto dei limiti della fornitura è inibito dalla clausola contenuta nell'art. 2 del bando di gara che consente di incrementare l'importo spendibile per ciascun lotto per un massimo di 2/5 con ciò ponendo un argine invalicabile agli incrementi di spesa e, quindi, alle quantità dei medicinali da acquistare.

In presenza di tale clausola (conforme all'art. 27 del D.M. 28.10.1985 (comma 3°) non può essere invocata l'applicazione del limite del 20% (cosiddetto quinto d'obbligo), in quanto la legge regionale che ha inteso disciplinare forme di acquisto centralizzato si limita a richiedere la determinazione delle quantità, il che si realizza combinando le specifiche indicazioni contenute nel bando con la

clausola soprariportata.

4. Passando all'esame del secondo profilo di censura si deve osservare che la clausola per la quale le attività di cui alla convenzione ed all'ordinativo non sono affidate al fornitore in esclusiva discende anch'essa dalla peculiarità della fornitura che, riguardando farmaci, deve necessariamente salvaguardare la libertà prescrittiva del medico che conserva la facoltà di richiedere farmaci diversi da quelli inseriti nella convenzione di acquisto centralizzato.

L'acquisto centralizzato, quindi, nel caso di specie, deve contemperare i principi in materia di pubbliche forniture con quelli, di rango costituzionale, attinenti alla tutela della salute di cui la libertà prescrittiva del medico è un corollario ineliminabile.

In definitiva il ricorso all'esame deve essere rigettato siccome infondato.

Tenuto conto della novità della questione e del carattere accentuatamente interpretativo della controversia sussistono giusti motivi per compensare fra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna - Bologna, Sezione II rigetta il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 9 giugno

2011 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Bruno Lelli, Consigliere, Estensore

Alberto Pasi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/06/2011

IL SEGRETARIO

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