



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 Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 483 del 2011, proposto da:
Fresenius Kabi Italia Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari,
con domicilio eletto presso Mario Alberto Quaglia in Genova, via Roma 3/9;

contro

Asl N.1 - Imperiese, rappresentato e difeso dall'avv. Ernesto Lavatelli, con
domicilio eletto presso Ernesto Lavatelli in Genova, via XX Settembre 37/1;

nei confronti di

Baxter Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Setti, Paolo Tarnassi, Anna
Ranzani, con domicilio eletto presso Paolo Tarnassi in Genova, via Alla Porta degli
Archi, 10/9; B.Braun Spa;

per l'annullamento

DELIBERA DI AGGIUDICAZIONE FORNITURA

DELIBERA DI AGGIUDICAZIONE FORNITURA

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Asl N.1 - Imperiese e di Baxter Spa;
Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal
ricorrente incidentale Baxter Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Setti,
Paolo Tarnassi, Anna Ranzani, con domicilio eletto presso Paolo Tarnassi in
Genova, via Alla Porta degli Archi, 10/9;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 giugno 2011 il dott. Oreste Mario
Caputo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Fresenius Kabi Italia s.r.l. ha impugnato la deliberazione del Direttore generale della AUSL n. 1 Imperiese avente ad oggetto “Affidamento fornitura biennale sacche pronte per nutrizione parenterale anni 2011-2012” e le aggiudicazioni definitive per i lotti 3 e 4 rispettivamente in favore delle società Baxter s.p.a. e B. Braun Milano s.p.a.

All'impugnazione, estesa a tutti gli atti della procedura concorsuale, è stata cumulata la domanda di declaratoria d'inefficacia dei contratti “che dovessero essere stati stipulati” e l'azione di risarcimento danni.

A fondamento del ricorso ha dedotto in fatto:

di essere stata invitata a partecipare alla procedura di cottimo fiduciario ex art. 125 d.lgs n. 163/2006 per la fornitura biennale di sacche pronte per la nutrizione parenterale per gli anni 2011-2012 suddivisa in quattro lotti;

che l'aggiudicazione è stata effettuata per ciascun lotto unico ed inscindibile con il criterio del prezzo più basso, fatta salva la verifica d'idoneità e/o corrispondenza di quanto proposto alle caratteristiche tecniche richieste;

che fra le caratteristiche richieste l'art. 3 del capitolato speciale tecnico prescriveva la conservazione a temperatura ambiente, senza alcuna ulteriore specificazione; che nonostante il prezzo netto unitario a sacca per i lotti 3 e 4 fosse inferiore a quello delle altre concorrenti, la sua offerta è stata giudicata non idonea in ragione di quanto contenuto nella nota di riscontro del Direttore della farmacia ospedaliera adottata di concerto con la Responsabile della s.s. nutrizionale territoriale: ossia per l'esiguo periodo di stabilità dopo la miscelazione del prodotto offerto.

In consequenzialità logico-giuridica dai fatti esposti, i seguenti motivi di censura:

Violazione degli artt. 81-83 e 125 d.lgs. n. 163/2006 nonché degli artt. 3 e 97 cost., 1 e 3 l. n. 241/0. Eccesso di potere sotto vari profili sintomatici;

Violazione stesse norme sotto altro profilo.

La stazione appaltante, contravvenendo al criterio del prezzo più basso della procedura di cottimo fiduciario avente ad oggetto la fornitura delle sacche pronte per nutrizione parenterale, avrebbe in realtà, lamenta la ricorrente, selezionato l'offerta in base ad un criterio qualitativo non richiesto dal capitolato.

La lex specialis di gara, precisa la ricorrente, non avrebbe operato alcun riferimento ad esigenze cliniche dell'AUSL circa il periodo di stabilità delle sacche dopo la miscelazione: sicché l'esclusione della sua offerta, più bassa nel prezzo, così come giustificata violerebbe, oltre la normativa specifica del cottimo fiduciario, i principi tutti che conformano le procedure concorrenziali.

La controinteressata Baxter s.p.a. ha spiegato, a sua volta, ricorso incidentale deducendo che la ricorrente, in quanto già affidataria della precedente fornitura, avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per cui è causa in virtù del principio di rotazione.

L'AUSL n. 1 Imperiese si è costituita in giudizio chiedendo la reiezione del gravame.

Alla pubblica udienza del 16.06.2011 la causa, su richiesta delle è parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Sono impugnati da parte della società ricorrente la deliberazione del Direttore generale della AUSL n. 1 Imperiese avente ad oggetto “Affidamento fornitura biennale sacche pronte per nutrizione parenterale anni 2011-2012” e le aggiudicazioni definitive per i lotti 3 e 4 rispettivamente in favore delle società Baxter s.p.a. e B. Braun Milano s.p.a.

Cumulativamente sono state proposte le domanda di declaratoria d’inefficacia dei contratti “che dovessero essere stati stipulati” e di risarcimento danni.

Nucleo fondante le censure è che la stazione appaltante, anziché attenersi al criterio del prezzo più basso della procedura di cottimo fiduciario a cui s’era (auto)vincolata per l’individuazione del fornitore delle sacche pronte per nutrizione parenterale, avrebbe in realtà selezionato l’offerta in base ad un criterio qualitativo non richiesto dal capitolato.

Le esigenze cliniche dell’AUSL circa il periodo di stabilità delle sacche dopo la miscelazione, che hanno dato stura all’esclusione dell’offerta della ricorrente, la migliore in base al prezzo, sovvertirebbe di fatto, secondo quanto si lamenta nel garvame, il criterio del prezzo di basso, previsto dalla lex specialis, con quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Il ricorso è infondato.

Vero è come insistentemente ribadito nell’atto introduttivo e nella memoria conclusiva deposita in prossimità dell’udienza pubblica che allorché la stazione appaltante decida di aggiudicare una gara pubblica secondo il criterio del prezzo più basso, la discrezionalità è circoscritta all’elemento economico.

Per garantire l'uniformità dell'offerta deve essere comunque richiesto un obiettivo qualitativo minimo delle offerte che ne assicuri la rispondenza alla prestazione dedotta in appalto.

Nel caso della fornitura, il prezzo deve riferirsi, oltre che ad una stessa entità quantitativa, ad prodotto individuato in base caratteristiche qualitative omogenee.

Mentre il primo parametro è (oggettivamente) assoluto, in quanto riferito ad un elemento identitario materiale, quest'ultimo è relativo: nel senso che la specificità del prodotto, nel caso che ne occupa farmaceutico, conforma il requisito qualitativo minimo.

Del resto è al riguardo sintomatico rilevare che la stazione appaltante ha previsto l'aggiudicazione per ciascun lotto unico ed inscindibile con il criterio del prezzo più basso, fatta salva la verifica d'idoneità e/o corrispondenza di quanto proposto alle caratteristiche tecniche richieste.

Fra di esse l'art. 4 del capitolato speciale, ha richiesto a pena d'esclusione, la "documentazione sui tempi e modi di conservazione delle miscele alle varie temperature".

In definitiva la *lex specialis*, in ragione della specialità del prodotto, ha per un verso espressamente previsto la verifica d'idoneità in base alle caratteristiche tecniche richieste, e, per l'altro, fissato un parametro qualitativo riferito alla conservazione delle miscele a varie temperature.

Sicché il riscontro negativo del prodotto offerto dalla ricorrente per "l'esiguo periodo di stabilità dopo la miscelazione" non si traduce affatto nel surrettizio ingresso di un criterio qualitativo di selezione delle offerte non previsto dalla *lex specialis*, bensì nel riscontro empirico della verifica del prodotto offerto, che l'amministrazione s'era espressamente riservata di effettuare, condotta oltretutto alla stregua di quanto richiesto nel capitolato speciale.

Vero è che sia la riserva di verifica che la richiesta sui tempi e modi di conservazione delle miscele sono genericamente espresse: in qualche modo indefinite nel contenuto, ossia non obbediscono al criterio di stretta tipicità (e quindi d'interpretazione letterale) delle causa d'esclusione dalle procedure concorrenziali

Nondimeno esse sono il portato tipico delle procedure di cottimo fiduciario improntate, nel rispetto dei principi di trasparenza e *par condicio*, alla flessibilità e semplificazione della procedura.

Del resto dalla documentazione presentata dalla ricorrente emerge inconfutabilmente che dopo "l'apertura dei setti la stabilità chimica e fisica, prima dell'impiego, dei tre componenti miscelati è stata dimostrata essere di 24 ore a 25°": il mantenimento del prodotto avviene pertanto ad un'unica temperatura.

Sicché, in assenza di additivi il prodotto offerto non risponde a quello richiesto (art. 4 cap. spec.) dalla stazione appaltante.

L'infondatezza del ricorso principale, determina l'improcedibilità del ricorso incidentale condizionato.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto respinge il ricorso

Dichiara il ricorso incidentale improcedibile.

Condanna la ricorrente Fresenius Kabi Italia al pagamento delle spese di lite in favore dell'AUSL n. 1 Imperiese e Baxter s.p.a. che si liquidano in complessivi 5000,00 (cinquemila) euro da dividersi fra loro in parti uguali.

,

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 16 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/06/2011

IL SEGRETARIO

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