



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6921 del 2011, proposto da Acraf S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Diego Vaiano, Raffaele Izzo, con domicilio eletto presso Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio N. 3;

contro

Intercent - Er Agenzia Regionale di Sviluppo dei Mercati, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Rosaria Russo Valentini, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza Grazioli N.5;

Regione Emilia Romagna, in persona del Presidente pro-tempore;

nei confronti di

Avec - Area Vasta Emilia Centro, in persona del legale

rappresentante pro-tempore;

Asl 108 - Bologna, Asl 106 - Imola, Asl 109 - Ferrara, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Ferrara - Arcispedale S.Anna, Azienda Ospedaliero-Universitaria di Bologna Policlinico S.Orsola-Malpighi, Istituto Ortopedico Rizzoli di Bologna, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. EMILIA ROMAGNA – BOLOGNA - SEZIONE II - n. 00535/2011, resa tra le parti, concernente BANDO DI GARA PER LA FORNITURA DI MEDICINALI PER LE AZIENDE SANITARIE DELL'AREA VASTA EMILIA CENTRO, SUDDIVISA IN 1213 LOTTI,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2011 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli avvocati Vaiano e Russo Valentini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

- Col ricorso introduttivo Acraf S.p.a. ha impugnato il bando della

gara pubblica, indetta da INTERCENT_Emia Romagna, per la stipula di una Convenzione-quadro, ai sensi dell'art. 21 della l.r. 11/2004, concernente la fornitura biennale di medicinali, suddivisi in più lotti, in favore di aziende sanitarie afferenti l'Area Vasta Emilia Centro.

La Società, aggiudicataria di alcuni lotti, ha impugnato altresì il disciplinare di gara e le clausole della Convenzione, lamentando:

1. l'indeterminatezza dell'oggetto dell'appalto e l'impossibilità conseguente di formulare un'offerta consapevole, oltre alla mancata previsione del limite massimo del "quinto d'obbligo", in caso di scostamento in aumento della prestazione richiesta in fase esecutiva;
2. il contrasto coi principi dell'evidenza pubblica, per la mancata previsione di "esclusiva" in favore dell'aggiudicatario.

- Con la sentenza appellata, che definiva il giudizio, il Tar Emilia Romagna- Bologna, II sezione, assorbita l'eccezione di inammissibilità/improcedibilità (per mancata impugnazione dell'aggiudicazione e per carenza di interesse concreto e attuale), ha rigettato entrambi i motivi, ritenendo soddisfatto il principio di determinatezza dell'oggetto del contratto, nonché rispettati i principi in materia di pubbliche forniture, avuto riguardo alla tipologia della fornitura ed alla struttura della convenzione.

Fatto richiamo all'art. 1560, comma 1, c.c. , il giudice di primo grado ha affermato che l'eventuale indeterminabilità iniziale della prestazione non comporterebbe l'indeterminatezza dell'oggetto; ha

ritenuto che “il rischio paventato di superamento verso l'alto dei limiti della fornitura è inibito dalla clausola contenuta nell'art. 2 del bando, che consente di incrementare l'importo spendibile di 2/5, ponendo un argine agli incrementi di spesa”.

Inoltre, valorizzando la peculiarità della fornitura, ha ritenuto che andava salvaguardata la libertà prescrittiva del medico ed altri principi attinenti la tutela della salute, e, di conseguenza, legittimava la clausola del bando che non prevede l'affidamento “in esclusiva” all'aggiudicatario.

-Con l'atto di appello in esame, Acraf S.p.a. ha denunciato l'erroneità della sentenza, riproponendo le censure svolte in primo grado, e precisamente:

1. la violazione e falsa applicazione dell'art. 21 della l.r. 24 maggio 2004 n. 11; la violazione degli artt. 11 e 53 del D. Lgs n. 163/2006; la violazione dell'art. 11 del R.D. 18.11.1923, n. 2440; la violazione e falsa applicazione degli artt. 1559 e 1560 c.c.; l'eccesso di potere per irragionevolezza ed illogicità manifesta; la violazione del principio di determinatezza dei parametri per la formulazione dell'offerta.

2. la violazione e falsa applicazione dei principi in tema di procedure di evidenza pubblica e di scelta del contraente privato da parte delle Amministrazioni in esito a pubblica gara di appalto; la violazione del principio di immutabilità dell'oggetto dell'appalto; la violazione dell'art. 2, D.lgs. n. 163/2006.

- Si è costituita INTERCENT-ER, rimarcando, in punto di fatto, che

la procedura ad evidenza pubblica per cui è causa non è un appalto in senso stretto, ma è finalizzata alla stipula di una convenzione-quadro, che disciplina condizioni generali di contratto. Pertanto ha riproposto l'eccezione di improcedibilità del ricorso introduttivo, nonché, nel merito, l'infondatezza dei motivi di appello.

- All'udienza del 21 ottobre 2011 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

- L'appello non è fondato.

Si prescinde dalle riproposte eccezioni di inammissibilità del ricorso di primo grado, essendo infondato nel merito l'appello.

- Quanto al primo motivo, il Collegio ritiene che la sentenza impugnata ha ritenuto correttamente che, con riguardo alla tipologia della fornitura e alla struttura della convenzione, la determinatezza dell'oggetto del contratto è raggiunta quando, come nella fattispecie, vengono formulate "indicazioni di fabbisogno", sulla base di dati storici la cui attendibilità non viene contestata.

Le considerazioni svolte dal TAR possono ulteriormente integrarsi.

Gli artt. 20 e 21 della l. della Regione Emilia Romagna 24.5.2004, n. 11, introducono e disciplinano, a favore delle Amministrazioni pubbliche della regione, un sistema di negoziazione per gli acquisti di beni e servizi standardizzabili secondo le esigenze comuni, realizzato anche attraverso la stipulazione di convenzioni-quadro "con le quali l'impresa prescelta si impegna ad eseguire, ai prezzi ed alle altre

condizioni ivi previsti, contratti conclusi a seguito della semplice ricezione da parte della medesima impresa degli ordinativi di fornitura emessi dalle amministrazioni; dette convenzioni, anche al fine di tutelare il principio della libera concorrenza e dell'apertura dei mercati, indicano il limite massimo della durata nel tempo e della quantità dei beni e dei servizi oggetto delle stesse.” (art. 21, comma 3).

La convenzione –quadro, disciplinata dal richiamato art. 21, dunque, è cosa diversa rispetto all'appalto di fornitura.

I singoli contratti di fornitura, difatti, saranno conclusi a tutti gli effetti con l'emissione dell'ordinativo da parte delle Aziende interessate; tra la convenzione e i singoli rapporti contrattuali vi è un collegamento negoziale necessario, di modo che gli effetti della prima si comunicano anche al conseguente ordinativo richiesto dall'Amministrazione contraente.

Lo scopo della stipula di un accordo-quadro è quello di individuare il migliore contraente tramite procedure ad evidenza pubblica, per conseguire risparmi sia diretti, ottenibili in virtù del miglior prezzo offerto dalla convenzione quale risultato della gara, sia indiretti, consistenti nella riduzione dei tempi di avvio, espletamento e perfezionamento delle procedure di acquisto di beni e servizi ed eventualmente nella riduzione dei costi per il potenziale contenzioso.

La gara per cui è causa, bandita ai sensi dell'art. 21, comma 3, della legge regionale richiamata, ad avviso del Collegio, ne rispetta le

previsioni.

Il contratto che viene stipulato in esito alla gara de qua è un contratto normativo o programmatico, che disciplina le condizioni generali dei futuri contratti di somministrazione, e necessita di essere attuato mediante ulteriori e distinti accordi negoziali, che mano a mano saranno conclusi tra le singole Aziende sanitarie contraenti ed il fornitore – aggiudicatario a mezzo di Ordinativi.

L'art. 2 del disciplinare di gara esprime chiaramente, in accordo col richiamato art. 21 l.r. n. 11/2004, che “l'appalto ha ad oggetto la stipula di Convenzioni per la fornitura di medicinali i cui requisiti minimi sono fissati dal capitolato”; specifica che i quantitativi di ciascun lotto sono “indicativi, funzionali all'aggiudicazione della gara, e di conseguenza non determinano l'entità della somministrazione; di fatto, tale entità sarà determinata dall'effettivo fabbisogno, in quanto il reale consumo di medicinali è subordinato a fattori variabili e circostanze legate alla natura particolare del bene e dalle esigenze del Servizio Sanitario Pubblico”; specifica che i singoli contratti di fornitura saranno conclusi successivamente, in seguito alla ricezione degli ordinativi da parte dell'impresa aggiudicataria.

Pertanto, la quantità dei beni oggetto degli acquisti nel biennio sarà successivamente determinata con esattezza a mezzo degli ordinativi, essendo il risultato delle effettive richieste delle singole aziende sanitarie; mentre la Convenzione per cui è gara serve solo, in quanto accordo programmatico, a stabilire le “condizioni economiche” che

verranno praticate in seno ai singoli contratti di acquisto, secondo un meccanismo proprio dei “sistemi di acquisto centralizzato”.

A tal fine, è sufficiente che sia indicata la “quantità totale” di medicinali presuntivamente rispondente al fabbisogno nel biennio e “l’importo massimo spendibile” ad essa quantità riferito, posto a base di gara per ciascun lotto (allegati 3 e 5), così da consentire alle concorrenti di formulare la propria offerta.

Va ribadito che nessun vincolo scaturisce dalle Convenzioni stipulate riguardo i quantitativi da fornire (che saranno definiti solo successivamente alla emissione degli ordinativi e che dipendono essenzialmente dai concreti e reali fabbisogni nel biennio).

Tenuto conto della natura della convenzione, pertanto, non contraddice alla regola della determinatezza dell’oggetto del contratto la circostanza che le quantità di medicinali siano solo “indicativamente” specificate all’allegato 3, per ciascun lotto, peraltro sulla base di dati storicamente e statisticamente verificati, la cui attendibilità non è in alcun modo contraddetta dal ricorrente, come osserva il TAR nella sentenza in esame.

Sono legittimi, pertanto, la lex di gara e la convenzione che indicano soltanto, come richiesto dalla norma richiamata, “il limite massimo della quantità dei beni oggetto dei futuri ordinativi” .

- Sotto l’altro profilo di illegittimità denunciato col primo motivo di appello, concernente la violazione dei principi di contenimento dell’alea del fornitore entro limiti predeterminati (il quinto d’obbligo,

che dovrebbe applicarsi anche nell'ipotesi di somministrazione di farmaci), il Collegio condivide l'apprezzamento del giudice di prime cure, secondo cui il rischio paventato dalla ricorrente di superamento verso l'alto dei limiti della fornitura è inibito dalla clausola contenuta all'art. 2 del bando di gara, che consente di richiedere al Fornitore di incrementare "l'importo massimo spendibile" per ciascun lotto, alle stesse condizioni pattuite con la convenzione, non oltre i due quinti. L'incremento dell' "importo massimo spendibile" di due quinti, anzichè di un solo quinto (come vorrebbe la ricorrente, invocando il regolamento di contabilità generale dello Stato, di cui al R.D. n. 827 del 1924, art. 120) è consentito dall'art. 27, comma 3, del D.M. 28.10.1985, a condizione che apposita clausola del bando lo preveda. Nessuna alea "eccessiva o sproporzionata" come affermato dall'appellante, discende dalla clausola in questione, che è consentita dal Decreto ministeriale del 28.10.1985.

Né può dirsi che l'alea, date queste condizioni, non sia chiaramente calcolabile: l'entità massima della fornitura è indicata nella base d'asta e potrebbe essere incrementata, a norma dell'art. 2 del bando, fino a due quinti dell'"importo massimo spendibile pattuito". Superando tale importo, il fornitore può recedere dal contratto, in virtù del carattere "novativo" della richiesta.

- Appare, alla luce delle considerazioni svolte, non pertinente neppure il riferimento all'art. 1560, 1° comma, c.c., che riguarda la determinabilità della prestazione nel contratto di somministrazione

con riguardo al “normale fabbisogno” al tempo della conclusione del contratto.

Nel caso di specie, la gara non riguarda la stipula di un contratto di somministrazione; ma vale solo ad individuare il fornitore, a fissare le condizioni economiche della fornitura in via astratta, presunto in via indicativa un certo fabbisogno, e l’obbligo che discende dalla Convenzione è solo quello di praticare le condizioni economiche risultanti dalla gara, nonché quello di “ somministrare le quantità che saranno richieste dalle singole aziende” alle predette condizioni economiche (come dispone espressamente l’art. 2 del bando).

Solo ai successivi contratti di somministrazione, a seguito di emissione degli Ordinativi, si applicheranno gli artt. 1559 e 1560 c.c.. E’ ben possibile, dunque, che le imprese concorrenti abbiano formulato, sulla base della *lex specialis*, offerte consapevoli, essendo determinato il contenuto del contratto oggetto di gara.

- Quanto al secondo motivo di ricorso, respinto dal TAR, con cui si censura l’art. 4 della Convenzione per avere previsto che le attività di fornitura “non sono affidate al fornitore in esclusiva”, potendo le aziende “affidare in tutto o in parte le stesse attività anche a soggetti terzi diversi dal fornitore aggiudicatario”, in violazione dei principi che impongono alle PA di attenersi agli esiti delle procedure di gara, la decisione del TAR che, sottolineando la peculiarità della fornitura ha ritenuto legittima la clausola in questione, appare condivisibile.

Il TAR ha ritenuto che “la clausola è finalizzata a 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”.

Il ricorrente vorrebbe una pronuncia additiva che circoscriva la previsione del bando impugnata alle ipotesi in cui per ragioni di specificità terapeutiche o altre esigenze cliniche sia necessario avvalersi di “prestazioni differenti”. La richiesta non può trovare accoglimento.

Invero, la sentenza impugnata va condivisa laddove osserva che la clausola discende anch'essa dalla peculiarità della fornitura e della Convenzione.

Osserva, inoltre, questo Collegio che essa va interpretata alla luce dell'art. 21 della l.r. 11/2004, nella parte in cui prevede che dalla Convenzione discende solo per l'impresa prescelta l'impegno ad eseguire, ai prezzi ed alle altre condizioni ivi previsti, i contratti conclusi a seguito della semplice ricezione di ordinativi di fornitura; mentre non sancisce alcun obbligo di esclusiva a carico della committenza pubblica.

Né, un obbligo siffatto, appare essenziale alla tipologia contrattuale di cui si tratta (accordo-quadro).

Conseguentemente, la clausola in questione, conforme al dettato normativo regionale, non viola i principi che concernono l'obbligo di rispettare l'esito della gara, che come già detto, non si configura quale gara per l'affidamento di un appalto di somministrazione, ma

quale disciplina delle condizioni generali di futuri contratti di somministrazione.

-In conclusione, per le ragioni esposte, l'appello va respinto.

- Le spese, considerata la particolarità e novità delle questioni trattate, possono compensarsi tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Alba Paola Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/11/2011

IL SEGRETARIO

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