



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 886 del 2012, proposto da Alk Abello' s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuliano Berruti, Alessia Keissidis, Edward W.W. Cheyne, con domicilio eletto presso l'avv. Edward W.W. Cheyne in Firenze, via V. Alferi, n. 19;

contro

ESTAV Sud Est - Ente Per i Servizi Tecnico-Amministrativi di Area Vasta Sud-Est, in persona del Direttore Generale p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Iaria, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via dei Rondinelli, n. 2;

nei confronti di

Stallergenes Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Riccardo Anania, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanni Petrocchi in Firenze, viale Matteotti, n. 25;

per l'annullamento

- della lettera di invito di Estav Sud Est 8.05.2012, prot. n. 17438, comunicata in data 9.05.2012, avente ad oggetto la procedura negoziata con modalità telematica per la fornitura triennale di "Vaccino orale specifico a base di estratto allergenico di polline di graminacee" da destinare alle Aziende sanitarie della Regione Toscana;
- del provvedimento, di cui alla nota prot. n. 18951 del 22.05.2012, comunicato in pari data, avente ad oggetto la mancata ammissione dell'offerta di Alk Abello' S.p.A.;
- del provvedimento, di cui non si conoscono gli estremi, con il quale la procedura di gara è stato aggiudicata alla Stallergenes Italia S.r.l.;
- di ogni altro atto a quelli suindicati comunque connesso e coordinato, anteriore e conseguente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ESTAV Sud Est e di Stallergenes Italia S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2012 il dott. Riccardo Giani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Nel ricorso introduttivo del giudizio la società Alk Abellò s.p.a. espone in punto di fatto quanto segue:

- con bando pubblicato sulla GUUE in data 28 febbraio 2012 ESTAV Sud Est ha indetto una procedura aperta per la fornitura, tra l'altro, di <vaccino orale specifico a base di estratto allergenico da polline di graminacee> (lotto n. 36), prodotto fornito in commercio dalla ricorrente (sotto la denominazione <Grazax>) e dalla società Stallergenes (sotto la denominazione <Oralair>);
- la Stallergenes Italia s.r.l. ha impugnato il bando di gara con ricorso ancora pendente dinanzi a questo Tribunale, contestando il criterio di comparazione delle offerte ivi stabilito, consistente nel confronto tra il prezzo unitario della singola compressa, criterio a suo avviso illegittimo e fuorviante, stante la diversità dei cicli di trattamento immunologico dei due farmaci;
- l'ESTAV ha quindi sospeso autonomamente la gara limitatamente al lotto n. 36 e con successiva lettera d'invito del giorno 8 maggio 2012 (ricevuta dalla ricorrente il successivo giorno 9) ha indetto procedura negoziata in via telematica per la fornitura del <vaccino orale specifico a base di estratto allergenico da polline di graminacee> con un nuovo criterio di comparazione, che prevede che si tenga conto per il <Grazax> di 1095 unità posologiche nel triennio e per l'<Oralair> di 540 unità posologiche nello stesso periodo;
- la lettera d'invito ha previsto per la presentazione delle offerte la data del 16 maggio 2012, quindi un termine di 7 giorni, ed ha poi escluso la ricorrente che ha presentato la propria offerta in data 16 maggio 2012, ma oltre l'orario stabilito (alle ore 14,32 invece che entro le ore 13,00) e ha aggiudicato la gara alla Stallergenes Italia s.r.l.

Tanto esposto in punto di fatto la ricorrente impugna la lettera d'invito, il provvedimento di esclusione, l'atto di aggiudicazione della procedura alla Stallergenes Italia srl, articolando nei confronti degli atti impugnati le seguenti censure:

- 1 – “Violazione dell'art. 70, commi 5 e 8, d.lgs. n. 163 del 2006. Errore sui presupposti di fatto e di diritto. Difetto di motivazione”, censurando il termine di solo 7 giorni concesso per la presentazione delle offerte;
- 2 – “Errore nei presupposti di fatto e di diritto. Difetto di istruttoria. Eccesso di potere per illogicità manifesta. Violazione del principio di tutela della par condicio in materia di procedure di gara”, contestando il criterio di comparazione tra le offerte stabilito dalla lettera d'invito, che non tiene conto dei diversi obiettivi terapeutici dei due farmaci a confronto;
- 3 – “Errore nei presupposti di fatto e di diritto. Difetto di istruttoria”, evidenziandosi come la scheda tecnica del farmaco <Oralair> non evidenzia la sussistenza dei necessari dati di sicurezza e tollerabilità dopo il primo anno di trattamento, il che esclude che possa essere preso in considerazione per cicli triennali di trattamento.

Si sono costituiti in giudizio, per resistere al ricorso, l'ESTAV Sud Est e la controinteressata, la quale ha anche eccepito la inammissibilità del gravame per mancata notifica anche agli ESTAV Centro e Nord Ovest.

La Sezione, con ordinanza n. 410 del 2012, ha accolto la domanda incidentale di sospensione avanzata da parte ricorrente.

Chiamata la causa alla pubblica udienza del giorno 5 dicembre 2012 e sentiti i difensori comparsi, come da verbale, la stessa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1 - Con lettera d'invito prot. n. 17438 del giorno 8 maggio 2012 (doc. 2 di ESTAV) l'ESTAV Sud Est ha indetto <Procedura negoziata da svolgersi con la modalità telematica, per l'affidamento della fornitura triennale di “vaccino orale specifico a base di estratto allergenico da polline di graminacee” da destinare alle aziende sanitarie della Regione Toscana>. L'art. 1 della suddetta lettera chiarisce che “la presente procedura ha per oggetto

l'affidamento della fornitura di <vaccino orale specifico a base di estratto allergenico da polline di graminacee> da destinare alle aziende sanitarie della Regione Toscana, disciplinata nel Capitolato Speciale d'Oneri della gara originaria indetta con deliberazione n. 59/2012". E' infatti accaduto che ESTAV Sud Est abbia prima indetto una procedura aperta da svolgersi con modalità telematica per l'affidamento della fornitura di vaccini ad uso umano da destinare alle aziende sanitarie della Regione Toscana, articolata in 38 lotti e comprendente, al lotto 36, il "vaccino orale specifico a base di estratto allergenico da polline di graminacee" (confronta il relativo Disciplinare di gara *sub* all. 2 di Stallergenes); con nota prot. n. 14024 del 5 aprile 2012 (prodotta da Stallergenes nel deposito del 25 giugno 2012) la stazione appaltante ha poi invitato le ditte interessate a non presentare offerte per il lotto n. 36, stante la necessità di valutazioni "in merito all'unità di misura e relativa base d'asta", concludendo che "per la fornitura del lotto n. 36, questo ESTAV, appena avrà terminato le operazioni di verifica sulla problematica emersa, provvederà ad esperire una nuova procedura di gara"; ha quindi fatto seguito la procedura negoziata di cui alla richiamata lettera d'invito del giorno 8 maggio 2012.

2 – Ponendo a confronto le due discipline di gara, risulta che nella procedura aperta, quanto all'offerta economica, si poneva a confronto il prezzo della singola compressa offerta (si veda il Disciplinare della relativa gara *sub* B.1 e 10), mentre nella procedura negoziata si stabilisce di porre a confronto il costo di 1.095 unità posologiche del farmaco <Grazax> con quello di 540 unità posologiche del farmaco <Oralair> (lettera d'invito *sub* 1 e B1).

3 – Il punto 7 della lettera d'invito del giorno 8 maggio 2012 stabilisce che "per partecipare all'appalto dovrà essere inserita nel sistema telematico, nello spazio relativo alla gara di cui trattasi, entro e non oltre le ore 13:00 del giorno 16/05/2012" la richiesta documentazione. La società Alk Abello' s.p.a. è stata esclusa dalla gara con nota ESTAV prot. 18951 del 22 maggio 2012 (doc. 3 di ESTAV) in quanto "risulta pervenuta nello spazio comunicazioni del sistema di acquisti on line di questo ESTAV Vs. documentazione in data 16/05/2012 alle ore 14:32. Poiché il termine per la presentazione delle offerte è scaduto il 16/05/2012 alle ore 13:00, si comunica che questa Stazione Appaltante non procederà all'apertura del contenuto degli allegati alla Vs. comunicazione, in quanto pervenuta fuori termine".

4 – Con il ricorso in esame la Alk Abellò s.p.a. impugna la lettera d'invito, il provvedimento di propria esclusione dalla gara e l'aggiudicazione alla controinteressata Stallergenes Italia s.r.l., formulando nei confronti degli atti gravati le censure esposte in fatto.

5 – La controinteressata ha eccepito la inammissibilità del gravame in quanto non notificato anche ad ESTAV Centro ed ESTAV Nord Ovest.

L'eccezione è infondata.

La stazione appaltante, soggetto che ha emesso gli atti di svolgimento della procedura di gara ritenuti lesivi dalla ricorrente, è esclusivamente ESTAV Sud Est e a tale ente doveva quindi essere notificato, com'è stato, il ricorso in esame. La circostanza che nella specie ESTAV Sud Est proceda allo svolgimento di una procedura d'acquisto anche nell'interesse delle altre due ESTAV regionali, e cioè ad acquisire la fornitura del vaccino in considerazione per le esigenze di tutte le aziende sanitarie della Regione Toscana, non determina l'acquisizione della legittimazione passiva, nella presente controversia, da parte di ESTAV Centro e di ESTAV Nord Ovest, poiché tali enti sono rimasti del tutto estranei alla procedura selettiva, rivestendo, rispetto ad essa, un mero interesse di fatto.

6 - Con il primo mezzo la ricorrente censura l'operato della stazione appaltante che avrebbe violato il disposto di cui all'art. 70, commi 5 e 8, d.lgs. n. 163 del 2006, avendo concesso ai concorrenti solo sette giorni per la presentazione delle offerte.

La censura è fondata.

Come già evidenziato, la lettera d'invito del giorno 8 maggio 2012 prevede che le domande di partecipazione alla

selezione siano presentate dalle imprese interessate entro le ore 13 del 16 maggio 2012, assegnando quindi agli operatori economici un termine di appena otto giorni dall'emissione della lettera d'invito stessa. Ciò risulta in palese violazione del disposto dell'art. 70, comma 5, d.lgs. n. 163 del 2006 che per le procedure negoziate prevede un termine minimo per la ricezione delle offerte di venti giorni dall'invio dell'invito, ciò anche tenendo conto della riduzione di sette giorni prevista dal successivo comma 8 per l'ipotesi di utilizzo dello strumento elettronico. Non risulta in tale ottica convincente l'assunto delle parti resistenti secondo cui nella specie dovrebbe guardarsi non già alla lettera d'invito dell'8 maggio 2012, ma al precedente bando relativo alla procedura aperta pubblicato sulla GUCE del 28 febbraio 2012, stante la continuità tra le due procedure. In disparte il rilievo che la nota ESTAV prot. n. 14024 del 5 aprile 2012, che ha sospeso l'originaria procedura aperta in relazione al lotto 36, parla invero di successivo esperimento di "una nuova procedura di gara", quel che rileva è in ogni caso – come già evidenziato dalla Sezione nell'ordinanza di accoglimento della misura cautelare – il carattere sostanziale delle modifiche apportate al meccanismo selettivo dalla lettera d'invito datata 8 maggio 2012, con la conseguente necessità di garantire agli operatori economici il termine minimo per la presentazione delle offerte di cui all'art. 70 del d.lgs. n. 163 del 2006. Non appare infatti convincente il tentativo delle parti resistenti di sminuire la portata innovativa delle modalità di confronto tra i costi dei due farmaci contrapposti (da costo unitario della singola compressa a costo dei due cicli terapeutici individuati in ben diversi tempi di somministrazione), trattandosi appunto di modificazioni che toccano la sostanza del confronto concorrenziale e qualificano la procedura negoziata come procedura nuova e distinta dalla procedura aperta inizialmente indetta; e proprio la brevità del termine come sopra illegittimamente assegnato potrebbe, del resto, avere inciso anche sul ritardo nella presentazione dell'offerta da parte dell'odierna ricorrente.

7 – Con il secondo mezzo parte ricorrente contesta il criterio di comparazione tra le offerte stabilito dalla lettera d'invito, che non tiene conto dei diversi obiettivi terapeutici dei due farmaci a confronto.

La censura è fondata.

La lettera d'invito stabilisce di prendere in considerazione un ciclo terapeutico di tre anni, valutando tuttavia che nel caso del <Grazax> tale ciclo terapeutico sia portato a compimento con 1.095 unità posologiche (considerando quindi la somministrazione di una compressa per ogni giorno dell'anno) mentre nel caso del farmaco <Oralair> il medesimo ciclo terapeutico sia portato a compimento con sole 540 unità posologiche (considerando quindi la somministrazione di una compressa al giorno per sei mesi l'anno). Dalla documentazione versata in atti non pare adeguatamente dimostrata e motivata la omogeneità dei trattamenti terapeutici posti a confronto e consistenti in un profilo di somministrazione di farmaci così diversi (ogni giorno dell'anno per tre anni e ogni giorno per sei mesi di ciascun anno del triennio). Il verbale della riunione della Commissione Terapeutica Regionale del 9 marzo 2011 (all. 4 di ESATAV), pur dedicato tra l'altro alla "comparazione fra due vaccini anti graminacee", e cioè appunto il <Grazax> e l'<Oralair>, afferma che "la sicurezza e l'efficacia di entrambi i trattamenti sembra ampiamente provata", che "per il *Grazax* vi è evidenza di un effetto persistente, fino a due anni dopo la fine del trattamento, per l'<Oralair> questo non è stato documentato, dato che quest'ultimo è un farmaco nuovo" e conclude che la "CTR approva la relazione e decide che, vista l'equivalenza terapeutica dei due vaccini, possono essere messi in concorrenza con le procedure di gara". La Commissione Terapeutica Regionale, dunque, niente evidenza quanto a diversi percorsi di somministrazione tra i due farmaci e sembra invero porli su uno stesso piano. Più specifico sul profilo terapeutico invece il parere del Dipartimento Politiche del Farmaco della USL n. 9 di Grosseto del 26 aprile 2012 (doc. 1 di ESTAV), ove il confronto tra i cicli terapeutici dei due farmaci è svolto prendendo a base la scheda tecnica dei due prodotti. È in tale atto che emerge il dato dell'utilizzo giornaliero del <Grazax> per tre anni contro l'utilizzo per quattro mesi prima della stagione dei pollini più due mesi dopo per l'<Oralair>. Il suddetto parere

risulta però non pienamente convincente. Da un lato il Collegio osserva che la valutazione tecnica è connotata da profili di perplessità, come risulta dal fatto che dopo aver previsto l'utilizzo del <Grazax> per 1.095 unità posologiche nel triennio si aggiunge che “pur convenendo sul fatto che esiste la possibilità di un ciclo più breve in alcuni casi riteniamo però di non poterlo assumere a valore comparativo ufficiale del ciclo terapeutico” (ove non è specificato quali siano i “casi” nei quali è possibile un trattamento terapeutico “più breve”, né è specificato quale sia in tali ipotesi la durata del ciclo terapeutico, né vengono esplicitate le ragioni per le quali pur convenendo su tali ipotesi le stesse non possano essere assunte a valore comparativo ufficiale). Dall'altro il suddetto parere non pare svolgere in autonomia e con riscontro di casistica e documentazione scientifica la valutazione tecnica di raffronto tra i due farmaci, ma sembra dedurre le proprie, peraltro perplesse, considerazioni solo dall'esame della scheda tecnica dei farmaci. L'esame dei fogli illustrativi dei farmaci versati in giudizio (produzione documentale della ricorrente del 20 giugno 2012) paiono sul punto non decisivi: nel caso del <Grazax> si legge che “affinché l'efficacia del trattamento sia ottimale si deve iniziare ad assumere le compresse almeno 4 mesi prima del previsto inizio della stagione dei pollini di graminacee. Si raccomanda di continuare il trattamento per 3 anni”; nel caso dell'<Oralair> si legge che “il trattamento inizia circa 4 mesi prima della prima comparsa prevista dei pollini e continua per diversi mesi fino al termine della stagione dei pollini”.

Concludendo sul punto, ritiene il Collegio che l'Amministrazione non abbia fornito adeguata giustificazione di un così diverso utilizzo dei due farmaci, come previsto in gara, che risulta quindi, allo stato delle allegazioni, connotato da profili di ingiustificata disomogeneità.

8 – Alle luce delle considerazioni che precedono il ricorso deve essere accolto, potendosi considerare assorbita l'ulteriore censura.

9 – L'accoglimento del ricorso comporta l'annullamento degli atti impugnati, risultando inammissibile la domanda risarcitoria in quanto solo formalmente enunciata nelle conclusioni del ricorso, ma priva di ogni allegazione e documentazione.

10 – Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati nei sensi di cui in motivazione.

Condanna ESTAV Sud Est e Stallergenes Italia s.p.a. al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente, che liquida in € 2.500,00 a carico di ciascuna parte resistente .

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Riccardo Giani, Consigliere, Estensore

Alessandro Cacciari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2013

IL SEGRETARIO

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