



REPUBBLICA ITALIANA
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 6219 del 2011, proposto da:

Regione Calabria, rappresentata e difesa dall'avv. Franceschina Talarico, con domicilio eletto presso Graziano Pungì in Roma, via Ottaviano N. 9;

contro

Sandoz S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Piergiorgio Villa, Carlo A. Piria, Francesca Libanori, con domicilio eletto presso Piergiorgio Villa in Roma, via Donatello 23;

nei confronti di

Pfizer Italia Srl;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - CATANZARO :SEZIONE II n. 00703/2011, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE DEI LOTTI NN.1170-1171-1174-1175 DELLA GARA PER LA FORNITURA TRIENNALE DI FARMACI ALLE AZIENDE SANITARIE DELLA REGIONE CALABRIA , INDETTA DALLA S U A CON BANDO 56-083404

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sandoz S.p.A.;

Visto l'appello incidentale proposto da Sandoz s.p.a. ;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza cautelare n. 3637/2011, con cui questa Sezione ha respinto l'istanza di sospensione della sentenza appellata ;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo di sentenza n. 6352/2011;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 novembre 2011 il Cons. Lydia Ada Orsola Spiezia e uditi per le parti gli avvocati Pungì su delega di Talarico e Piria;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. All'esito di una gara a procedura aperta per la fornitura triennale, in più lotti, di farmaci- emoderivati -soluzioni galeniche ed infusionali e mezzi di contrasto per le Aziende sanitarie di Reggio Calabria, la S U A (Stazione Unica Appaltante) della Regione Calabria aggiudicava i lotti 1171 e 1172, nonché 1174 e 1175 (preparati antiblastici) alla Pfizer Italia s r l , ritenendo che aveva offerto il prezzo più basso, in conformità all'art 10 del bando, per prodotti in soluzione pronta dotati anche di uno speciale sistema di protezione che (in conformità a quanto prescritto dall'art. 8 del capitolato speciale) avrebbe impedito la fuoruscita del prodotto in caso di rottura del flacone.

La Ebewe s.p.a. , partecipante alla gara, in data 23 luglio 2010 presentò alla SUA, senza esito positivo, istanza di annullamento dell'aggiudicazione dei suddetti lotti in quanto, a suo dire, la Pfizer avrebbe offerto prodotti privi dello speciale sistema di protezione.

Di poi la Sandoz s.p.a., incorporata il 26 luglio 2010 la Ebewe s.p.a. , propose ricorso al TAR Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, notificato alla SUA in data 13 settembre 2010, chiedendo l'annullamento degli atti di gara per i lotti suddetti per vizi di violazione dell'art. 8 del capitolato e di eccesso di potere.

Disposta a carico della ricorrente l'integrazione del contraddittorio nei confronti della Regione Calabria (regolarmente effettuata con notifica del 10 novembre 2010), con sentenza n. 703/2011 il TAR Calabria accolse il ricorso della Sandoz s.p.a. , annullando l'aggiudicazione alla Pfizer per i quattro lotti in questione e disponendo, altresì, l'inefficacia del contratto, ove stipulato, nonché il subentro della ricorrente nella fornitura.

1.1. Avverso tale sentenza ha proposto appello la Regione Calabria, chiedendone la riforma, previa sospensione, per profili procedurali (per tardività del ricorso TAR nei confronti della regione Calabria) e per profili sostanziali (per violazione della lex specialis di gara) con due articolati motivi di impugnazione.

Si è costituita in giudizio la Sandoz s.p.a. , che, replicando ai mezzi di impugnazione, a sua volta ha eccepito l'inammissibilità o improcedibilità dell'appello per mancata notifica alla S U A .

Con ordinanza cautelare 26 agosto 2011 n. 3637 questa Sezione ha respinto l'istanza di sospensione della sentenza.

1.2. Con atto notificato il 16 settembre 2011 la Sandoz s.p.a. ha proposto anche appello incidentale, chiedendo la riforma della sentenza TAR nella parte in cui non aveva dichiarato la tardiva costituzione della Sandoz nel giudizio di primo grado con la conseguente inammissibilità dell'appello principale proposto da Sandoz; ha controdedotto la Regione Calabria, che, eccepita a sua volta l'inammissibilità dell'appello incidentale (per mancanza di procura speciale proporre l'appello medesimo e per aver agito solo per conto della Sandoz, e non anche della Ebewe Italia s r l , società incorporata, originaria partecipante alla gara) ha insistito per l'accoglimento dell'appello principale ed il rigetto di quello incidentale.

Con successive memorie, nell'imminenza della trattazione della causa, ciascuna delle parti ha insistito nelle proprie conclusioni.

1.3. Alla pubblica udienza del 25 novembre 2011, uditi i difensori presenti per le parti e preso atto che la Regione Calabria , ai sensi dell'art. 119 , comma 5, c. p a., ha chiesto la pubblicazione anticipata del dispositivo della sentenza, la causa è passata in decisione, con richiesta di pubblicazione anticipata del dispositivo.

2. In diritto la controversia concerne la contestata aggiudicazione alla Pfizer della fornitura triennale alle Aziende Sanitarie della Regione Calabria dei farmaci antiblastici indicati nei lotti 1170 e 1171, nonché 1174 e 1175.

In sostanza l'appellante principale Regione Calabria contesta l'interpretazione che la sentenza TAR ha dato delle prescrizioni dell'art. 8 del capitolato tecnico secondo il quale per i prodotti in soluzione pronta l'aggiudicazione sarebbe stata effettuata a favore della concorrente che li offriva confezionati in flaconi protetti da film plastico o altro analogo sistema che, in caso di rottura accidentale del flacone, non consenta la fuoruscita del farmaco.

Preliminarmente, peraltro, va esaminato l'appello incidentale proposto da Sandoz s.p.a, per censurare la sentenza

TAR nella parte in cui non ha dichiarato la tardività della costituzione della Regione Calabria innanzi al TAR, in data 18 gennaio 2011, con la conseguente esclusione dagli atti delle sue difese e l'inammissibilità dell'appello principale.

A sua volta, però, la Regione Calabria ha eccepito l'inammissibilità dell'appello incidentale per mancanza della procura alle liti in capo al difensore: il Collegio, preso atto che la Sandoz ha esibito procura alle liti (con facoltà anche di proporre appello incidentale) in calce all'atto di costituzione in appello del 22 luglio 2011, comunque, ritiene di poter prescindere dall'esame di tale eccezione poiché l'appello incidentale non appare fondato.

Infatti né l'invocato art. 46 c.p.a. contempla sanzioni per l'inosservanza del termine previsto per la costituzione in giudizio della parte intimata né il richiamo all'art. 54 c.p.a. risulta pertinente, visto che si riferisce ai termini per il deposito di documenti e memorie.

Si può, quindi, passare all'esame dell'appello principale proposto dalla Regione Calabria.

Anche in questa circostanza il collegio, per economia di mezzi, ritiene di prescindere dall'esame delle eccezioni di inammissibilità sollevate dalla appellata Sandoz, poiché anche l'appello principale va respinto.

Con il primo motivo la Regione Calabria ha dedotto l'inammissibilità del ricorso di primo grado che proposto in origine il 13 settembre 2010 soltanto contro la Stazione Unica Appaltante- SUA, poi era stato notificato anche alla Regione Calabria in data 10 novembre 2010 a seguito di ordinanza TAR n. 277/2010, che aveva disposto l'integrazione del contraddittorio a carico della ricorrente in considerazione della incerta interpretazione della normativa regionale circa la natura di organo o di ente da attribuire alla SUA rispetto all'apparato amministrativo della Regione Calabria.

La censura va disattesa.

Invero la ricorrente correttamente aveva notificato il ricorso alla SUA, visto che la Regione Calabria con legge regionale n. 26/2007 ha istituito questa struttura centralizzata a livello regionale, deputata all'indizione ed all'aggiudicazione delle gare per opere, beni e servizi a favore della Regione, degli enti strumentali e delle Aziende Sanitarie Regionali, dotandola di autonomia organizzativa e finanziaria.

Pertanto certamente la SUA è stazione appaltante ed organo della Regione Calabria, visto che il Direttore opera, comunque, come funzionario delegato e l'aggiudicazione definitiva costituisce adempimento di attività di delegazione (vedi artt. 6 e 10 legge Reg. Calabria n. 26/2007, Istituzione della Autorità Regionale "Stazione Unica Appaltante"); in conseguenza, ad avviso del collegio, correttamente il TAR (nell'incertezza circa la autonoma personalità giuridica della SUA) ha ritenuto sufficiente regolarizzare la notifica del ricorso, disponendone la trasmissione anche alla sede della Regione Calabria, in persona del Presidente, anziché dichiarare il ricorso inammissibile.

D'altra parte, nel caso di specie, il TAR ha applicato di fatto l'istituto dell'errore scusabile (art. 37 c. p. a.), che consente, anche d'ufficio, di rimettere in termini il ricorrente in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto.

Con il secondo (ed ultimo) motivo, invece, l'appellante Regione censura la sentenza TAR sotto il profilo sostanziale, nella misura in cui ha ritenuto che, nel caso di prodotti in soluzione pronta, la richiesta della protezione dei flaconi con pellicola plastica o con altro analogo sistema, inserita per i preparati antiblastici nell'art. 8 (Scheda del fabbisogno) del capitolato tecnico, costituiva un'integrazione del criterio generale di aggiudicazione per 2072 lotti della fornitura, individuato nel prezzo più basso dall'art. 10 del disciplinare di gara (criterio e modalità di aggiudicazione).

La censura non è condivisibile.

Appare, infatti, evidente che la stazione appaltante per i suddetti prodotti ha richiesto un requisito qualitativo

specifico ed inderogabile, e cioè la protezione con pellicola dei flaconi per evitare che, in caso di rottura accidentale, il farmaco venga a contatto del soggetto che lo maneggia.

Pertanto, a differenza di quanto asserisce la Regione, si tratta di requisiti tecnici che sono specifici per tale genere di prodotti e, quindi, inidonei a snaturare il criterio di aggiudicazione al prezzo più basso, come stabilito dal disciplinare di gara; infatti lo stesso art 8 del Capitolato precisa che il sistema di protezione deve essere dichiarato nella scheda tecnica.

Né è corretto ritenere che, non essendo la protezione dei flaconi richiesta a pena di esclusione, l'art. 8 in questione debba essere interpretato come clausola di preferenza tra le offerte parimenti più vantaggiose sotto il profilo economico: infatti la disposizione del capitolato è univoca nel riferire il prezzo più basso ai prodotti in soluzione pronta dotati di speciale protezione dei flaconi.

Pertanto, ove la SUA avesse inteso la protezione solo come "mera clausola di preferenza fra offerte parimenti economicamente più vantaggiose" (v. appello pag. 10), avrebbe dovuto indicare diversamente nel capitolato il requisito tecnico richiesto.

Né la stazione appaltante, in contrasto con i principi di par condicio e di trasparenza, può in corso di procedura di gara introdurre diversi criteri di valutazione delle offerte.

Per questo motivo risulta in contrasto con la *lex specialis* il riferimento (nella nota 4 agosto 2010 SUA che ha respinto la istanza di autoannullamento proposta da Sandoz) alla circostanza che gli antiblastici Pfizer possedevano "la registrazione per un maggior numero di indicazioni terapeutiche e la qualità collaudata dall'uso storico".

Infatti, come ha rilevato il TAR, il Capitolato tecnico (art. 3) ha previsto che nell'allegato A siano riportati il lotto, il codice di classificazione ATC (classificazione Anatomico Terapeutica Chimica), il principio attivo, la forma farmaceutica ed il dosaggio; pertanto, da un lato, il numero di indicazioni terapeutiche non era indicato nel capitolato requisito tecnico specifico dei prodotti, mentre, dall'altro, l'appellante rappresenta che poiché (ai sensi del d. l g s. n. 219/2006, art. 10, comma 5) il medicinale generico ha la stessa composizione qualitativa e quantitativa di sostanze attive del medicinale di riferimento ed è bioequivalente al medicinale di riferimento, ne deriva che i medicinali equivalenti, comunque, sono utilizzabili per le affezioni morbose indipendentemente dal dettaglio delle indicazioni terapeutiche, così come risulta dai riassunti delle caratteristiche del prodotto approvati dall'AIFA.

In conclusione, quindi, la Pfizer, pur avendo offerto per i lotti in controversia il prezzo più basso (con un risparmio complessivo di euro 171.000,00, v. nota 10 gennaio 2011, n. 67, da SUA ad Avvocatura Reg. Calabria), non poteva aggiudicarsene la fornitura per la mancata osservanza della prescrizione del capitolato relativa alla protezione dei flaconi di soluzione pronta con pellicola plastica.

Per le esposte considerazioni, vanno respinti sia l'appello incidentale, proposto in parte qua da Sandoz s.p.a. , sia quello principale proposto da Regione Calabria; per l'effetto la sentenza TAR in epigrafe va confermata.

Gli oneri di lite per il presente grado di giudizio seguono la soccombenza e pertanto, liquidati in complessivi euro 6.000,00 oltre gli accessori di legge, sono posti a carico della Regione Calabria.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge sia quello incidentale sia quello principale.

Pone gli oneri di lite del presente grado di giudizio, liquidati in complessivi euro 6.000,00 (seimila), oltre gli accessori di legge, a carico della Regione Calabria.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/08/2012

IL SEGRETARIO

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