

Pubblicato il 23/01/2020

N. 00061/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00805/2019 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 il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 805 del 2019, proposto da: Bayer s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Aldo Travi, Luca Verrienti ed Elena Travi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luca Verrienti in Torino, via Ottavio Revel, n. 19;

contro

Azienda sanitaria locale di Novara, in persona del Direttore generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Ignazio Pagani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Novara, corso della Vittoria, n. 2/F;

nei confronti

Regione Piemonte, in persona del Presidente *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

del bando di gara dell'Azienda sanitaria locale di Novara per una <<procedura aperta per l'affidamento del servizio di prestazioni diagnostiche con risonanza

magnetica e della fornitura in locazione di tomografo con intensità di campo pari a 1,5T, di apparecchiature amagnetiche ancillari con servizi ed opere accessorie per la s.c. Radiologia del p.o. di Borgomanero>>, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea dell'11 luglio 2019 e sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana del 15 luglio 2019, n. 82, e dei relativi allegati, con particolare riferimento al capitolato speciale descrittivo e prestazionale, nonché dei rispettivi atti preparatori e conseguenti, ivi compreso il provvedimento di indizione della procedura aperta e quello di approvazione del bando e degli atti di gara (procedura identificata con c.i.g. 795675491C).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda sanitaria locale di Novara e i relativi allegati;

Viste la memoria e la memoria di replica della Bayer s.p.a.;

Visti i documenti, la memoria e la memoria di replica dell'Azienda sanitaria locale di Novara;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 gennaio 2020 la dott.ssa Rosanna Perilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. In data 27 ottobre 2016 la società di committenza della Regione Piemonte S.C.R. (d'ora in avanti solo S.C.R.) p.a. e la società Bayer p.a., all'esito di una procedura indetta per l'acquisto centralizzato dei mezzi di contrasto per le prestazioni diagnostiche delle strutture del servizio sanitario regionale, hanno sottoscritto una convenzione per la fornitura in esclusiva degli stessi e dei relativi servizi accessori.

Con determinazione n. 8064 del 27 agosto 2019 la S.C.R. s.p.a. si è avvalsa della facoltà di proroga della convenzione, la cui scadenza è fissata al 26 settembre del 2020.

Con determinazione del 9 novembre 2016, n. 1474, integrata dalla determinazione del 10 novembre 2016, n. 1498, l'Azienda sanitaria locale (d'ora in avanti solo A.s.l.) di Novara ha aderito alla predetta convenzione.

Con bando di gara pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea dell'11 luglio 2019, l'A.s.l. di Novara ha indetto una gara per l'appalto di forniture, lavori e servizi per la risonanza magnetica e la tomografia, per la struttura complessa di Radiologia del presidio ospedaliero di Borgomanero, per la durata di 72 mesi, rinnovabile per ulteriori 24 mesi, per un valore stimato superiore agli 8 milioni di euro e, in caso di proroga, ai 10 milioni di euro.

All'articolo 1 del capitolato speciale descrittivo e prestazionale l'A.s.l. di Novara ha incluso la fornitura dei mezzi di contrasto nell'oggetto dell'appalto, costituito dall'attività principale delle prestazioni diagnostiche e dalle attività secondarie del noleggio, dell'installazione e della manutenzione delle apparecchiature elettromedicali.

La Bayer s.p.a. non ha partecipato alla gara.

1.1. Con ricorso notificato il 6 settembre 2019 e depositato il 16 settembre 2019, la Bayer s.p.a. ha domandato l'annullamento di tutti gli atti della *lex specialis* di gara, nella parte in cui includono nella prestazione la fornitura dei mezzi di contrasto e dei relativi servizi.

Con il primo motivo di ricorso la società ricorrente ha censurato la scelta dell'A.s.l. di Novara di includere nell'oggetto della gara la fornitura dei mezzi di contrasto, in violazione dell'obbligo di approvvigionarsi del medesimo prodotto secondo la convenzione vigente, stipulata tra la stessa e la centrale di committenza regionale.

Con il secondo motivo di ricorso, proposto in via subordinata, la società ricorrente ha eccepito il difetto di motivazione relativo alla mancata attuazione della predetta convenzione.

1.2. Ha resistito al ricorso l'A.s.l. di Novara, la quale ha sostenuto l'insindacabilità della scelta discrezionale di indire una gara per un appalto misto di lavori, servizi e forniture, la quale si rivelerebbe in ogni caso corretta in quanto l'applicabilità della convenzione regionale sarebbe recessiva nelle ipotesi di affidamenti misti, specie ove la prestazione oggetto della convenzione sia marginale rispetto al valore complessivo dell'appalto.

L'amministrazione resistente ha inoltre eccepito che la scelta di non ricorrere alla convenzione per l'affidamento della fornitura dei mezzi di contrasto e dei relativi servizi accessori è giustificata, come esplicitato nella deliberazione a contrarre, da una <<migliore valutazione prestazionale ed economica>>.

1.3. Alla camera di consiglio del 25 settembre 2019 la società ricorrente ha rinunciato all'istanza cautelare.

1.4. In vista dell'udienza di trattazione del merito del ricorso, entrambe le parti hanno depositato memorie e memorie di replica.

Nella memoria depositata in data 30 dicembre 2019, l'A.s.l. di Novara ha eccepito preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, poiché la Bayer s.p.a. ha impugnato il bando di gara senza aver presentato la domanda di partecipazione.

1.5. Alla pubblica udienza del 15 gennaio 2020 la causa è stata discussa e trattenuta in decisione.

2. Il collegio deve innanzitutto affrontare l'eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata dall'A.s.l. di Novara, per carenza di legittimazione e di interesse ad impugnare una clausola del bando di portata non immediatamente escludente, considerato che la società ricorrente, pur potendo partecipare alla gara in

associazione con altri operatori economici o in virtù di un contratto di avvalimento, ha scelto di non parteciparvi.

L'eccezione è infondata.

La Bayer s.p.a. ha contestato in radice la scelta della stazione appaltante di includere nel complesso oggetto della gara una categoria di prodotti e di servizi, quali i mezzi di contrasto e i relativi servizi accessori, per i quali risulta beneficiaria di una convenzione regionale.

La società ricorrente vanta dunque, rispetto all'indizione della gara, una posizione qualificata di tipo oppositivo, differenziata da quella della generalità degli operatori economici del settore della produzione e della commercializzazione dei mezzi di contrasto, individuabile nell'aspettativa che i presidi ospedalieri regionali soddisfino il loro fabbisogno esclusivamente secondo le condizioni generali previste nella vigente convenzione.

Il collegio, in aderenza ai principi enunciati dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze 26 aprile 2018, n. 4, 25 febbraio 2014, n. 9, 7 aprile 2011, n. 4, e 29 gennaio 2003, n. 1, ritiene che, in virtù di tale posizione differenziata, la Bayer s.p.a. sia legittimata ad impugnare il bando di gara, in deroga alla regola generale per cui la legittimazione ad impugnare il bando, unitamente agli atti applicativi, è correlata alla partecipazione alla gara.

La lesione della situazione soggettiva della ricorrente deriva infatti, in via immediata e diretta, dall'inclusione della fornitura dei mezzi di contrasto nell'oggetto dell'appalto e dalla conseguente mancata attuazione, per l'approvvigionamento di quella determinata categoria merceologica, della predetta convenzione regionale.

La Bayer s.p.a. vanta inoltre un interesse diretto, concreto ed attuale all'annullamento del bando, nella parte in cui include nella prestazione complessa la fornitura dei mezzi di contrasto ed i relativi servizi accessori, dal quale ritrarrebbe la

concreta utilità di poter concludere i singoli contratti di fornitura con l'A.s.l. di Novara, a fronte della mera emissione degli ordinativi di fornitura.

Sussistono dunque le condizioni dell'azione di annullamento.

3. Passando alla trattazione del merito del ricorso, è utile effettuare una breve premessa in ordine alla natura e agli effetti delle convenzioni stipulate dalle centrali regionali di committenza in materia sanitaria.

Esse sono state introdotte, per conseguire significativi risparmi della spesa sanitaria mediante l'aggregazione degli acquisti a livello regionale, dall'articolo 1, comma 449, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, ed ulteriormente perfezionate dall'articolo 15, comma 13, lettera d), del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, e dall'articolo 9, commi 1 e 3, del d.l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito dalla legge 23 giugno 2014, n. 89.

Con l'articolo 1, comma 548, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, il legislatore ha inoltre stabilito che <<gli enti del Servizio sanitario nazionale sono tenuti ad approvvigionarsi, relativamente alle categorie merceologiche del settore sanitario, come individuate dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di cui all'articolo 9, comma 3, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, avvalendosi in via esclusiva, delle centrali regionali di committenza di riferimento, ovvero della Consip s.p.a.>>.

Con l'articolo 1, comma 510, della medesima legge, il legislatore ha riconosciuto agli enti del servizio sanitario nazionale obbligati ad approvvigionarsi attraverso le predette convenzioni la possibilità di procedere ad acquisti autonomi <<esclusivamente a seguito di apposita autorizzazione specificamente motivata resa dall'organo di vertice amministrativo e trasmessa al competente ufficio della Corte dei Conti, qualora il bene o il servizio oggetto di convenzione non sia idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali>>.

Dalla ricostruzione del sistema si ricava la regola cogente per cui tutti gli enti appartenenti al servizio sanitario nazionale hanno l'obbligo di approvvigionarsi, per i servizi e le forniture ricadenti nelle categorie merceologiche dell'ambito sanitario ed entro i limiti di spesa prefissati, mediante il ricorso alle centrali di committenza. Tale regola può essere derogata, con conseguente riespansione della discrezionalità degli enti appartenenti al servizio sanitario, solo in presenza di determinate caratteristiche sostanziali dei beni e dei servizi nonché, considerata la rilevanza dell'incidenza della regola sulla spesa pubblica, dietro espressa e motivata autorizzazione dell'organo amministrativo apicale.

4. La Bayer s.p.a ha espressamente graduato l'ordine di trattazione dei motivi e tuttavia il collegio intende procedere all'escusione congiunta dei due motivi di ricorso, in quanto essi involgono le medesime questioni di fatto e di diritto.

Alla luce delle coordinate generali delineate nel paragrafo precedente, entrambi i motivi di ricorso sono fondati.

4.1. L'A.s.l. di Novara ha violato sia l'obbligo positivo di avvalersi della convenzione stipulata tra la S.C.R. s.p.a. e la Bayer s.p.a., sia l'obbligo negativo consistente nel divieto di avviare, per tutta la durata della convenzione ed in assenza dei presupposti fissati dalla legge, un'autonoma procedura di acquisto per la medesima categoria merceologica oggetto di convenzione.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la gara centralizzata per la stipulazione di una convenzione rappresenta lo strumento elettivo per realizzare significativi risparmi di spesa, ottenuti grazie al bagaglio informativo e all'esperienza pratica acquisiti sul territorio regionale ed alle economie di scala conseguenti al maggior volume della prestazione, a prescindere dalla circostanza che una singola A.s.l. riesca ad ottenere condizioni più vantaggiose nel mercato di riferimento (Consiglio di Stato, sezione III, 7 settembre 2015, n. 4133; 7 maggio 2015, n. 2288).

Pertanto nessun rilievo può essere attribuito alla convenienza economica o gestionale derivante dall'espletamento della gara, rispetto all'approvvigionamento effettuato in attuazione della convenzione vincolante.

4.2. Nel caso di specie non è dato neppure configurare gli elementi della fattispecie derogatoria prevista dal comma 510 dell'articolo 1 della legge 28 dicembre 2015, n. 208.

Entrambe le parti hanno infatti riconosciuto che il mezzo di contrasto oggetto della convenzione regionale è un prodotto farmaceutico standardizzato e fungibile, esattamente sovrapponibile al prodotto inserito nell'oggetto dell'appalto per cui è stata indetta la gara.

Difetta pertanto l'elemento sostanziale dell'essenzialità di un requisito del prodotto, richiesto dalla norma per la deroga all'attuazione della convenzione.

4.3. Il collegio non ravvisa alcuna base normativa né una ragione giustificatrice per cui, come sostenuto dall'A.s.l. di Novara, l'obbligo di attuare la convenzione si avrebbe solo nelle ipotesi di <<necessaria identità>> dell'oggetto dell'appalto con quello della convenzione e non negli appalti <<misti>> di lavori, fornitura e servizi. Ove infatti si accogliesse tale tesi, l'obbligo di approvvigionarsi esclusivamente per mezzo delle convenzioni vigenti, che si pone come un limite alla discrezionalità degli enti appartenenti al servizio sanitario, verrebbe agevolmente eluso mediante il semplice accorpamento di prestazioni eterogenee in un unico lotto di gara.

Ne' potrebbe giustificare il mancato ricorso alla convenzione la circostanza, evidenziata dall'A.s.l. di Novara, che la fornitura dei mezzi di contrasto rappresenta un valore minimo dell'appalto, pari a circa 1/100 del valore posto a base d'asta: la <<necessaria identità>> del bene o del servizio involge infatti il profilo qualitativo e non quello quantitativo del prodotto, dal momento che la sottrazione al fabbisogno presunto anche di una minima quantità di prodotto è idonea ad incidere

in maniera significativa sulla realizzazione del complessivo programma di razionalizzazione della spesa sanitaria.

4.4. La difesa dell'A.s.l. di Novara ha eccepito che la inidoneità dei mezzi di contrasto oggetto della convenzione si desumerebbe anche dalla maggiore durata temporale del contratto conseguente all'aggiudicazione dell'appalto rispetto a quella della convenzione.

Il collegio ritiene che il profilo temporale della fornitura, al pari di quello quantitativo, non incida sulla <<necessaria identità>> del bene o del servizio, in quanto occorre distinguere la durata della convenzione, la cui scadenza è fissata al 26 settembre del 2020, dalla durata dei singoli contratti attuativi della stessa.

Inoltre è il momento di indizione della gara e non il momento di esecuzione del contratto conseguente all'aggiudicazione della stessa che deve essere considerato ai fini della vigenza e dunque dell'attuazione del vincolo di approvvigionamento derivante dalla convenzione e del correlato divieto di procedere ad un acquisto autonomo.

4.5. Nella determinazione a contrarre del 28 giugno 2019, n. 1104, l'A.s.l. di Novara, richiamando la nota della Direzione generale del 12 marzo 2019, ha motivato la scelta di non aderire alla convenzione stipulata dalla società Consip p.a., per la fornitura dei tomografi a risonanza magnetica, con l'esigenza di acquisire apparecchiature tecnologicamente più avanzate.

Il collegio ritiene che tale motivazione, in assenza dell'allegazione che i mezzi di contrasto richiesti per il funzionamento del tipo di apparecchiature oggetto di noleggio siano qualitativamente diversi dai mezzi di contrasto oggetto della convenzione regionale e della dimostrazione della loro incidenza negativa sul funzionamento di dette apparecchiature tecnologicamente avanzate, non possa giustificare anche la scelta di non dare attuazione alla convenzione stipulata dalla

S.C.R. s.p.a. per la fornitura dei mezzi di contrasto, la cui vincolatività è stata illegittimamente disattesa dall'amministrazione resistente.

4.6. L'A.s.l. di Novara è dunque obbligata ad approvvigionarsi dei mezzi di contrasto secondo le condizioni stabilite dalla convenzione vigente e sino alla sua effettiva scadenza.

5. In conclusione entrambi i motivi di ricorso devono essere accolti e, per l'effetto, deve essere annullato il bando di gara dell'Azienda sanitaria locale di Novara, pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea dell'11 luglio 2019 e nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana del 15 luglio 2019, n. 82, nonché l'articolo 1 del capitolato speciale, limitatamente alla parte in cui includono nell'oggetto della gara, sotto la voce <<prestazioni diagnostiche con RM>>, la fornitura dei mezzi di contrasto e le relative attività accessorie.

6. La complessità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese del giudizio tra le parti, in deroga alla regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il bando di gara e tutti gli atti presupposti, concomitanti e conseguenti, nei limiti dell'interesse della società ricorrente e nei termini specificati al paragrafo 5 della motivazione.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Savio Picone, Consigliere

Rosanna Perilli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Rosanna Perilli

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO