

ORIGINALE



N. 4941/05 Reg. Sent.

N. 1582/05 Reg. Ric.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA LOMBARDIA

(Sezione III)

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 1582/2005 proposto da Novartis Farma S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Francesca Libanori e Carlo A. Piria ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Milano, via Brera, n. 5;

contro

il Policlinico San Matteo, Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico di Diritto Pubblico di Pavia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Marco Branzoli, Simona Codena e Lionello Oleotti, ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo in Milano, via Bonvesin de la Riva, n. 9;

e nei confronti di

Ebewe S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Lia Vozza e Alfredo Frangini presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Milano, via Boschetti, n. 1;

per l'annullamento

- della deliberazione del Commissario Straordinario del Policlinico San Matteo n. 317 del 05.04.2005 (comunicata con lettera del Dirigente Responsabile della struttura provveditorato n. 20050010847 pervenuta il 28 aprile 2005) con la quale il predetto Policlinico ha provveduto ad assegnare ad altra ditta la fornitura della molecola "Pamidronato Disodico F 15 mg e 90 mg", occorrente all'Istituto fino al 5 ottobre 2007;
- delle "risultanze di gara" e del "verbale di negoziato", riferiti nella stessa delibera;
- della lettera dell'8 marzo 2005 con la quale il Policlinico San Matteo ha invitato la ricorrente a ridefinire il prezzo del predetto medicinale, la cui fornitura era stata aggiudicata con deliberazione commissariale n. 511/2004;
- del bando di gara n. 00526004 pubblicato il 22 marzo 2004 e dell'annesso capitolato;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale;

nonché per la condanna

dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno anche in forma specifica, mediante l'accertamento e la reintegrazione del diritto della ricorrente a fornire il medicinale "pamidronato disodico" alle condizioni stabilite nel provvedimento di aggiudicazione;

VISTO il ricorso con i relativi allegati;

VISTI gli atti di costituzione in giudizio del Policlinico San Matteo, Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico di Diritto Pubblico e di Ebewe S.r.l.-;

VISTE le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

VISTI gli atti tutti della causa;

Nominato relatore alla pubblica udienza del 20 ottobre 2005 il Ref. Vincenzo Blanda;

Uditi l'avv. Carlo A. Piria per la ricorrente, l'avv. Simona Codena per il Policlinico San Matteo e l'avv. Alfredo Frangini per Ebewe S.r.l.-;

Considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

In data 06.10.2004 il Policlinico San Matteo di Pavia ha aggiudicato alla ricorrente la fornitura triennale di alcuni medicinali, tra i quali il "pamidronato disodico".

Con nota dell'8.03.2005 l'Amministrazione, richiamato l'art. 5 del capitolato speciale annesso al bando del 22 marzo 2004, invitava l'interessata a partecipare al negoziato per ridefinire il prezzo del "pamidronato disodico", "in considerazione della recente immissione sul mercato di un nuovo prodotto".

L'invito era rivolto anche ad altre imprese che non avevano partecipato alla gara originaria di cui al bando del 22 marzo 2004 (tra le quali figura la controinteressata Ebewe S.r.l. che, alla data fissata per la presentazione delle domande di partecipazione alla procedura, non era stata ancora costituita).

Con due note del 10 e 14 marzo 2005, Novartis Farma chiedeva dapprima di

chiarire le motivazioni della rinegoziazione ed esprimeva, poi, la propria opposizione a partecipare al negoziato con altre imprese.

Nonostante ciò il Policlinico San Matteo, dopo aver proceduto alla nuova contrattazione in data 14.03.2005, con delibera commissariale n. 317 del 05.04.2005, provvedeva a riassegnare la fornitura della specialità in questione alla Ebewe Italia S.r.l. che aveva offerto un prezzo unitario di € 18,00 per il dosaggio 15 mg e di € 80,00 per il dosaggio 90 mg, mentre la ricorrente aveva confermato il prezzo di gara di € 19,00 per il dosaggio 15 mg e € 115,00 per il dosaggio 90 mg.

Avverso tale atto ed ogni altro a questo connesso, presupposto e consequenziale, ha proposto impugnativa l'interessata, chiedendone l'annullamento previa sospensione della esecuzione, per il seguente unico motivo: violazione dell'art. 19 del d. lgs. 24 luglio 1992, n. 358 come successivamente modificato, nonché delle direttive comunitarie di riferimento.

Eccesso di potere per contraddittorietà con i criteri stabiliti dalla *lex specialis* del bando, illogicità, disparità di trattamento, violazione dei principi dell'affidamento e del giusto procedimento.

Il capitolato di appalto approvato dal Policlinico San Matteo all'art. 5, comma 6, dispone che "nel periodo di vigenza contrattuale, in caso di nuove commercializzazioni di medicinali (generici o altri) che rispondano alle specifiche tecniche delle molecole aggiudicate, l'Istituto si riserva la facoltà di procedere a nuova negoziazione".

Con parere n. 1094/2000 del 12.10.2001 l'adunanza della Commissione speciale

del Consiglio di Stato ha confermato l'indirizzo contrario alla rinegoziazione della giurisprudenza amministrativa. Tale orientamento è stato poi recepito dalla circolare 15.11.2001, n. 17727 della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Conforme a questo orientamento si è dimostrata la più recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 13.11.2002, n. 6281.

Altra giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 249/2002), mostrandosi più aperta in tema di rinegoziazione, ha affermato che, nei casi in cui questa è consentita, non può che avvenire alla presenza delle condizioni previste ed esclusivamente con l'impresa aggiudicataria della fornitura.

Alla luce della giurisprudenza sopra richiamata, l'Amministrazione interessata, in caso di fallimento del negoziato, deve conservare il contratto e solo qualora ricorrano i presupposti -come ad esempio in caso di eccessiva onerosità- può adottare motivati provvedimenti di scioglimento del vincolo, dando luogo ad una nuova gara.

La procedura seguita nel caso in esame, in cui la nuova assegnazione della fornitura è stata disposta a favore di altra ditta che non aveva partecipato alla gara precedente, non può essere considerata legittima. L'Azienda Ospedaliera, al fine di consentire la partecipazione al negoziato di altre imprese, avrebbe dovuto indire una nuova gara nelle forme del pubblico incanto.

La Ebewe S.r.l., come appare dall'estratto dell'informatore farmaceutico non possiede l'autorizzazione all'immissione in commercio (d'ora in poi anche A.I.C.) del "pamidronato disodico", ma è solo concessionaria di vendita di altra impresa

titolare della predetta licenza. La controinteressata, inoltre, è stata costituita in data posteriore a quella fissata per la partecipazione alla gara, per cui essa risulta priva dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria richiesti dal bando per poter essere contraente.

Si sono costituiti in giudizio il Policlinico San Matteo di Pavia e la controinteressata Ebewe S.r.l., deducendo entrambi con memoria la inammissibilità del ricorso per tardività dell'impugnazione e la infondatezza del gravame avversario.

Con ordinanza n. 1582 del 16 giugno 2005 questa Sezione ha accolto la domanda cautelare presentata dalla ricorrente, con esito sovvertito in grado di appello dal Consiglio di Stato -con ordinanza n. 4282/2005- il quale si è limitato ad osservare l'inesistenza dei requisiti di cui all'art. 21, 7° comma, della legge 6.12.1971, n. 1034;

Con motivi aggiunti, depositati in data 07.10.2005, alla luce della sopravvenuta esibizione da parte dell'Ente Ospedaliero del verbale di negoziato del 14.03.2005, la ricorrente ha ribadito, sulla base di nuove argomentazioni, le censure già esposte in ricorso.

In prossimità della trattazione del merito, le parti hanno depositato memorie insistendo nelle loro rispettive richieste.

Alla udienza pubblica del 20 ottobre 2005, la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare devono esaminarsi le eccezioni che sono state formulate in rito dalle parti resistenti.

E' stata dedotta l'inammissibilità per tardività del ricorso avversario, dovuta alla omessa tempestiva impugnazione dei tre atti che costituiscono presupposto dell'annullamento della delibera commissariale con cui era stata aggiudicata alla controinteressata la fornitura di cui è causa ed in particolare:

- il bando di gara n. 005260004 pubblicato il 22.03.2004 e, nello specifico, la disposizione di cui all'art. 5 dell'annesso capitolato speciale, che attribuisce al Policlinico San Matteo di Pavia la facoltà di procedere alla rinegoziazione dell'aggiudicazione della fornitura in caso di commercializzazione di nuovi prodotti corrispondenti alle specifiche tecniche delle molecole già aggiudicate;
- la lettera di invito alla procedura di negoziato inviata al Policlinico a Novartis in data 08.03.2005;
- il verbale di negoziato in data 14.03.2005.

L'eccezione si rivela infondata.

Come noto il termine per l'impugnazione inizia a decorrere dal momento in cui si verifica "la sussistenza di una lesione concreta ed attuale della situazione soggettiva dell'interessato, che determina, a sua volta, la sussistenza di un interesse attuale all'impugnazione" (cfr. Adunanza Plenaria, 29.01.2003, n. 1).

Nel caso di specie, la percezione della lesione concreta ed attuale della propria situazione giuridica soggettiva non può che essersi realizzata alla data in cui (28.04.2005) la ricorrente ha ricevuto comunicazione che, con deliberazione

commissariale n. 317/2005 del 05.04.2005, era stata assegnata ad altra ditta la fornitura della molecola "pamidronato disodico".

Il ricorso notificato all'Azienda Ospedaliera e alla controinteressata in data 26.05.2005 deve, quindi, ritenersi tempestivo.

Né in proposito possono condividersi le osservazioni eccezioni formulate dal Ebewe S.r.l. secondo cui il termine di impugnazione sarebbe dovuto decorrere dal 14.03.2005, ossia dalla data in cui si è svolto il nuovo negoziato, in quanto in quel momento non è stata formalizzata alcuna aggiudicazione neanche a titolo provvisorio (cfr. in proposito T.A.R. Lombardia, Sez. III, 06.02.2003, n. 201).

Da quella data, piuttosto, la ricorrente avrebbe dovuto impugnare la clausola del capitolato speciale (contenuta nell'art. 5, comma 6) che aveva dato luogo alla rinegoziazione, in quanto in quel momento Novartis Farma ha preso cognizione del fatto che l'interpretazione della disposizione svolta dalla stazione appaltante avrebbe determinato un'illegittima compressione della propria sfera giuridico-patrimoniale.

Al riguardo giova richiamare ancora una volta la nota pronuncia n. 1/03, nella quale l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha ribadito l'indirizzo tradizionale, che normalmente esclude l'onere dell'immediata impugnazione delle clausole del bando riguardano le modalità di svolgimento della gara.

Detto indirizzo trova radice nel principio generale che connette l'onere di immediata impugnazione all'esistenza di una lesione non potenziale, ma concreta ed attuale della situazione soggettiva dell'interessato, alla sua chiara ed immediata percepibilità, ed alla correlativa sussistenza di un interesse (processuale) a ricorrere.

Nel caso di specie, la clausola contestata non precludeva la partecipazione alla procedura concorsuale e, quindi, non presentava una diretta capacità lesiva, che appariva al più meramente potenziale e, come tale, non idonea a determinare l'insorgere dell'onere di immediata impugnazione. L'applicazione della stessa richiede, infatti, accertamenti e valutazioni da parte della stazione appaltante, sicché solo all'esito di questi e con riferimento ad essi si è manifestata ed è divenuta effettiva l'astratta capacità lesiva della clausola.

Ed invero, per disporre la rinegoziazione, la stazione appaltante ha dovuto considerare il sorgere dei presupposti necessari per poter applicare la disposizione contenuta nella clausola controversa.

Il che evidenzia come la rilevanza e la concreta capacità di provocare una lesione attuale si sia manifestata solo con l'atto applicativo della clausola del capitolato speciale.

Or bene, la clausola impugnata è stata inserita nel capitolato speciale allegato al bando di gara approvato con delibera commissariale n. 126 del 17.03.2004.

Nella vicenda in esame, l'interesse all'impugnazione della clausola da parte della ricorrente, sulla base di quanto sopra osservato, deve ritenersi essere sorto quanto meno alla data in cui la stazione appaltante ha ritenuto di dare applicazione alla suddetta disposizione, invitando Novartis, con nota dell'8 marzo 2005 ricevuta nella stessa data, a partecipare al negoziato che si sarebbe svolto il successivo 14 marzo 2005.

Anche volendo riferire la percezione della lesività della disposizione al momento in cui si è svolta la nuova negoziazione (in data 14.03.2005), quando la ricorrente ha preso contezza che alla contrattazione avrebbero partecipato anche altre imprese che non avevano partecipato alla originaria procedura di gara -tra cui Ebewe S.r.l.-, l'impugnazione del bando *in parte qua*, appare tardiva, in quanto il ricorso è stato notificato solo il 30 maggio 2005, oltre il termine decadenziale di impugnazione.

Dalla tardiva impugnazione della clausola (che rende inammissibile il ricorso solo ed esclusivamente nella parte riguardante tale disposizione) non può, invece, farsi discendere la ben più grave conseguenza della tardività dell'intero ricorso, secondo quanto sopra specificato.

In proposito appare chiara, quindi, la necessità di distinguere tra impugnazione della controversa clausola del capitolato speciale e applicazione in concreto che di quest'ultima è stata svolta dall'Amministrazione. Per cui una volta rilevata la piena efficacia della clausola di rinegoziazione, sarà possibile verificare se essa è stata correttamente applicata alla luce dei principi comunemente riconosciuti in tema di procedure di evidenza pubblica.

2. Nel merito il ricorso è fondato nei termini di seguito illustrati.

Nell'unico motivo di ricorso proposto, la ricorrente sostiene la illegittima applicazione della disposizione del capitolato speciale svolta dall'Ente Ospedaliero, il quale avrebbe dovuto procedere alla rinegoziazione con l'iniziale aggiudicataria della fornitura (Novartis appunto) senza coinvolgere altre imprese.

In proposito, appare utile al Collegio premettere alcune brevi considerazioni di carattere generale per un corretto inquadramento della questione posta con il ricorso in esame che si risolve, in definitiva, nel verificare la possibilità per le Amministrazioni appaltanti di rinegoziare con il soggetto prescelto come contraente alcune condizioni di esecuzione dei contratti aggiudicati in esito a procedure concorsuali.

La risposta al quesito non può non tener conto di alcune osservazioni elaborate dalla recente giurisprudenza che, sebbene siano state espresse in un caso parzialmente diverso di rinegoziazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 13.11.2002, n. 6281 si riferisce ad un'ipotesi di rinegoziazione disposta dalla stazione appaltante dopo l'aggiudicazione provvisoria), appaiono utili ad esaminare la questione all'attenzione di questo Collegio.

Per gli Enti Pubblici la capacità di agire nei rapporti contrattuali non è rimessa alla libera scelta degli organi chiamati a manifestare la volontà dell'Amministrazione, ma è invece strettamente correlata allo svolgimento da parte degli organi competenti di procedure definite in modo compiuto dal legislatore siano esse concorsuali o, come accade in alcune ipotesi eccezionali individuate specificamente dall'ordinamento, non concorsuali.

L'attuazione di tali procedure sostituisce il procedimento logico di formazione della volontà e di conseguente scelta del contraente, riservato nei rapporti interpretati alla libera autonomia negoziale e che si concreta nelle singole manifestazioni di volontà dei soggetti privati. In altri terreni nel nostro

ordinamento giuridico la capacità giuridica e di agire degli Enti Pubblici è disciplinata dalle disposizioni di diritto positivo relative alle persone giuridiche ma, in relazione al principio della necessaria evidenza pubblica delle scelte effettuate da detti Enti, le persone giuridiche pubbliche possono assumere impegni solo nei limiti e nei modi stabiliti dalla legislazione che regola la loro attività per il perseguimento dei fini che sono loro assegnati (in tal senso cfr. tra le altre decisioni Cons. Stato Ad. Gen., 17 febbraio 2000, n. 2).

Da tale premessa, discende, per il carattere inderogabile delle disposizioni che prevedono tali procedure sicuramente ascrivibili al novero delle norme imperative, l'obbligo di seguire i procedimenti nei quali è, per così dire, cristallizzata la volontà dell'Ente, volontà che così come deve manifestarsi secondo tali procedure parimenti può essere modificata solo con il ricorso ai medesimi procedimenti e, di regola, con l'adozione di atti espressione del potere di autotutela ove sussistano i presupposti per il ricorso ai relativi istituti.

Al di fuori dei limiti segnati dalle norme dell'ordinamento di settore che fissano le regole che le Amministrazioni devono seguire nel contrattare non vi è, pertanto, capacità di agire di diritto privato, che possa essere utilmente esercitata dalla P.A..

3. Tale conclusione non può essere smentita neanche dall'assunto, sostenuto in memoria dall'Amministrazione resistente, secondo cui il legislatore ha riconosciuto alla P.A. la possibilità di revocare un provvedimento amministrativo già adottato, in presenza delle situazioni indicate nell'art. 21 *quinquies* della legge 241/1990, introdotto dalla legge n. 15/2005.

Anche a voler ricondurre la controversa clausola del capitolato speciale nell'ambito dell'istituto della revoca dei provvedimenti amministrativi, occorre considerare che un'interpretazione coerente e logica della disposizione, conforme ai principi appena illustrati dal Consiglio di Stato, avrebbe dovuto indurre l'Azienda Ospedaliera ad avviare il negoziato esclusivamente con la società ricorrente, nei confronti della quale si era vincolata dopo la stipulazione del contratto di fornitura.

Del resto, gli atti impugnati non possono neanche essere ricondotti ad una mera revoca di un'aggiudicazione per sopravvenuto mutamento della situazione di fatto o nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, dal momento che non si può affermare che sussistessero le condizioni per procedere in tal senso.

Il prodotto che il Policlinico San Matteo ha deciso di acquistare in sostituzione di quello fornito da Novartis Farma era già in commercio da anni e non presentava alcun profilo di novità tale da giustificare un provvedimento così grave quale quello di una revoca dell'aggiudicazione, secondo quanto previsto dalla norma sopra citata.

A ciò va aggiunto che nei provvedimenti impugnati non si fa alcun riferimento alla necessità di predisporre una revoca della aggiudicazione per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, ai sensi dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990, ma solo all'intenzione di dare attuazione alla clausola di rinegoziazione.

4. Nel caso di specie, in cui la rinegoziazione dopo l'aggiudicazione della fornitura ha trasformato l'originaria selezione aperta (trattandosi di pubblico incanto) in una

procedura negoziata, trasmodata nello schema della trattativa privata, si è, perciò, in presenza di un illegittimo esercizio della funzione amministrativa, in palese contrasto con le norme in tema di procedure di evidenza pubblica.

La procedura di scelta del contraente si era, infatti, conclusa ed era stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della ricorrente, pertanto, la riapertura del negoziato, finalizzato alla modificazione delle condizioni di aggiudicazione e nel quale sono state coinvolte altre aziende (tra cui la stessa controinteressata) che non avevano partecipato alla gara iniziale, si è svolta non solo in violazione delle norme imperative e non derogabili sulla capacità contrattuale dell'Amministrazione, ma anche ledendo le regole a tutela della concorrenza e della parità di condizioni tra i partecipanti alle gare pubbliche.

D'altronde ove la clausola di rinegoziazione (che si risolve nella introduzione di una appendice negoziata nella procedura di gara condotta) fosse intesa nel senso di consentire la partecipazione ad altre imprese neppure presenti alla gara già espletata (è il caso di Ebewe che risulta costituita solo in data 31.08.2004), si permetterebbe di eludere gli sbarramenti posti dalla legge alla presentazione di offerte prive dei necessari requisiti di congruità e serietà, siccome destinati ad operare nel corso dello svolgimento della gara.

Siffatta conclusione appare confortata dal rilievo che, come ammesso dallo stesso Policlinico San Matteo (pag. 11 della memoria di costituzione), la controinteressata è stata invitata a partecipare al negoziato sebbene questa -trattandosi di impresa iscritta all'Ufficio del Registro delle Imprese presso la C.C.I.A.A. di Roma in data

15 settembre 2004- fosse priva del requisito di capacità tecnica prescritto a pena di esclusione dall'art. 2 dell'originario capitolato d'appalto, che ha richiesto la dimostrazione delle principali forniture effettuate nel corso dell'ultimo triennio.

Pertanto, anche a voler ammettere che l'Ente Ospedaliero potesse procedere alla rinegoziazione con altre ad imprese diverse dalla aggiudicataria o, addirittura, non esistenti alla data in cui si erano concluse le procedure della gara precedente, tale circostanza, però, non può prescindere dal rispetto dalle regole poste dall'originario bando di gara e di tutela della *par condicio*, con la conseguenza che mai si sarebbe potuto procedere alla nuova aggiudicazione a favore di Ebewe S.r.l.-

5. Nel caso di specie, quindi, il Commissario Straordinario avrebbe dovuto invitare preliminarmente l'aggiudicataria (Novartis Farma S.p.a.) ad un nuovo negoziato, da svolgersi tenendo conto del prezzo praticato per i nuovi medicinali (generici o altri) nel frattempo introdotti sul mercato, e, solo dopo l'esito infruttuoso di tale negoziato, procedere all'annullamento della procedura concorsuale che aveva condotto ad una aggiudicazione divenuta troppo onerosa per l'Amministrazione.

6. Da quanto sopra consegue che la ricorrente deve essere considerata legittima aggiudicataria della fornitura di "pamidronato disodico" secondo quanto stabilito nel provvedimento di aggiudicazione, salvo restando la facoltà dell'Amministrazione di procedere a rinegoziazione con l'interessata (la quale peraltro ha già dimostrato la propria disponibilità, consentendo un ribasso del prezzo praticato sul medicinale fornito, come si desume dalla delibera del 28.07.2005, pag. 3, depositata in atti) secondo quanto precisato in precedenza.

7. In conclusione, il ricorso in epigrafe va accolto, restando assorbite le ulteriori censure dedotte.

Le spese di giudizio possono essere compensate, sussistendone giusti motivi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sez. III, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Milano, nella Camera di Consiglio del 20 ottobre 2005, con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano - Presidente

Daniele Dongiovanni - Referendario

Vincenzo Blanda - Referendario est.

