

Pubblicato il 30/04/2019

N. 00231/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00002/2019 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 l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2 del 2019, proposto da Bioprojet Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Sonia Selletti, Mauro Putignano, Maria Lucia Liotta, Maurizio Rencricca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Maurizio Rencricca in L'Aquila, via Vittorio Veneto n.11;

contro

Regione Abruzzo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata *ex lege* in L'Aquila, via Buccio Da Ranallo S. Domenico;

nei confronti

Alk Abello S.p.A. non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della Determinazione del Direttore del Servizio Genio Civile L'Aquila, ufficio Supporto Amministrativo ex Stazione Unica Appaltante, Vigilanza e Osservatorio dei Contratti Pubblici, n. DPE016/63, del 12 novembre 2018, pubblicata sul sito della Regione Abruzzo il 19 novembre 2018, avente ad oggetto "Appalto Specifico per la fornitura di Farmaci ospedalieri, Farmaci in distribuzione per conto e servizi connessi occorrenti alle Aziende del Servizio Sanitario della Regione Abruzzo - Edizione II Determinazione indizione n. gara SIMOG 7187250" (doc. 1) e di tutti i suoi allegati, con particolare riferimento:

(i) al Capitolato Tecnico, e specificamente all'art. 3 rubricato "*caratteristiche tecniche dei prodotti e confezionamento*", nella parte in cui stabilisce che "*I prodotti farmaceutici devono essere conformi alla normativa in vigore e rispettare quanto indicato in ciascun campo dell'Allegato - Tabella Elenco Lotti*" (doc. 2);

(ii) al Capitolato d'Oneri, con particolare riguardo all'art. 9.2 rubricato "*ulteriori regole e vincoli*", nella parte in cui impone l'esclusione del concorrente che presenti "*Offerte di prodotti/ servizi che non possiedano le caratteristiche minime stabilite nel Capitolato Tecnico e relativi allegati*" (doc. 3);

(iii) alla Tabella Elenco Lotti (doc. 4), in relazione a quanto dedotto nel ricorso;

- dei chiarimenti n. 29 resi dalla stazione appaltante a fronte delle richieste pervenute delle aziende farmaceutiche interessate alla partecipazione alla gara (doc. 5);

- di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale, ancorché non conosciuto, ivi compresi, in particolare, gli atti relativi all'istruttoria compiuta per la redazione degli atti di gara, l'ammissione e la valutazione delle offerte, relativamente ai lotti di interesse.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Regione Abruzzo;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 aprile 2019 la dott.ssa Paola Anna Gemma Di Cesare e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con il ricorso in epigrafe, Bioprojet Italia s.p.a. premette, in punto di fatto: di essere un'azienda farmaceutica titolare dei diritti di commercializzazione della specialità medicinale denominata *Chenpen*, costituita da un "autoiniettore di adrenalina in siringa preriempita" progettato per l'utilizzo da parte del paziente in una situazione di emergenza (anafilassi o shock anafilattico); che sono disponibili in commercio e rimborsati dal servizio sanitario nazionale altri due iniettori di adrenalina (il *Fastject* e il *Jext*) delle società Meda Pharma e Alk Abello, produttori che adoperano lo stesso principio, hanno la stessa posologia e modalità di somministrazione (uso intramuscolare), ma si presentano in modalità di "penne preriempite".

La società titolare della commercializzazione del *Chenpen* impugna i provvedimenti di indizione dell'Appalto Specifico "per la fornitura di Farmaci ospedalieri, Farmaci in distribuzione per conto e servizi connessi occorrenti alle Aziende del Servizio Sanitario della Regione Abruzzo ...", adottati dalla Regione Abruzzo in qualità di Stazione Unica Appaltante.

In particolare, la ricorrente lamenta l'illegittimo frazionamento dei lotti di gara (nello specifico, i lotti nn. 408, 409, 410 e 411) relativi all'acquisto di "adrenalina" nella forma di "autoiniettori" (Cod. ATC C01CA24), deducendo il seguente unico motivo di ricorso:

1) violazione e/o falsa applicazione degli articoli 51 e 68, comma 4, del d.lgs. 50/2016; violazione dei principi di concorrenza, non discriminazione, imparzialità, massima partecipazione alle gare e ragionevolezza; eccesso di potere per insussistenza e falsità dei presupposti; travisamento dei fatti; carenza di istruttoria; difetto di motivazione e sviamento; il frazionamento della fornitura del farmaco in più lotti senza che a ciò corrisponda una differenza fra i medicinali da fornire, e per giunta con una immotivata differenziazione anche del prezzo a base d'asta, costituisce un palese ed illegittimo impedimento alla libera partecipazione di alcuni operatori a tutti i singoli sub-lotti (in termini, il ricorrente cita TAR Marche, sez. I, sentenza n. 627 del 26 settembre 2018); afferma parte ricorrente che la centrale di committenza ha operato una ingiustificata distinzione tra autoiniettori di adrenalina in forma di "siringa preriempita" e in "penna pre riempita", pur trattandosi di prodotti equivalenti e fungibili, atteso che la "Penna" e la "siringa" costituiscono modalità tecnico-costruttive perfettamente equivalenti e tra loro fungibili, che non incidono sulla funzionalità, sull'efficacia e sicurezza d'impiego del farmaco. Conclude, pertanto, la ricorrente che il frazionamento della fornitura del farmaco in più lotti "senza che a ciò corrisponda una differenza fra i medicinali da fornire", e per giunta con una immotivata differenziazione anche del prezzo a base d'asta, costituisce un palese ed illegittimo impedimento alla libera partecipazione di alcuni operatori a tutti i singoli sub-lotti (TAR Marche, sez. I, sentenza n. 627 del 26 settembre 2018). Ciò in quanto, avendo la stazione appaltante frazionato artificiosamente i due lotti, realizzerebbe sia una disparità di trattamento tra gli operatori di settore sia una condizione restrittiva della concorrenza a svantaggio della ricorrente che, commercializzando un farmaco equivalente con un prezzo più basso, si vede preclusa la possibilità di offrire il proprio prodotto, maggiormente competitivo, in una quota di mercato più ampia. Per converso, si realizzerebbe un illegittimo "favor" per le aziende che forniscono la penna preriempita, i quali beneficiano di una base d'asta più

alta a svantaggio della ricorrente, che, pur fornendo un prodotto equivalente più economico, si vede preclusa la possibilità di concorrere per l'intero fabbisogno delle aziende sanitarie.

2.- Si è costituita in giudizio la Regione Abruzzo, senza svolgere controdeduzioni difensive.

La controinteressata Alk Abello s.p.a. ritualmente evocata in giudizio non si è costituita.

3.- Alla pubblica udienza del 3 aprile 2019 la causa è stata riservata per la decisione.

4.- Oggetto di impugnativa sono gli atti di indizione della procedura per la fornitura di farmaci, laddove la stazione unica appaltante ha suddiviso in lotti distinti la fornitura dell'adrenalina per auto iniezione, distinguendo gli auto iniettori di adrenalina in forma di "siringa preriempita" e in "penna pre riempita".

5.- La ricorrente fonda le censure sopra evidenziate su ciò, che la formulazione delle *lex specialis* susciti il ragionevole dubbio che la Regione avvia inteso individuare, per i diversi lotti, caratteristiche tecnico-funzionali "distinte" (benchè in realtà non giustificate dall'oggetto della gara), al fine di precludere la possibilità di offrire il prodotto *CHENPEN* (siringa pre-riempita) nei lotti n. 408 e 409, espressamente riservati ai prodotti in forma di "penna pre-riempita". La scelta della centrale di committenza sarebbe dunque illegittima, nella misura in cui finirebbe per operare una artificiosa frammentazione del mercato, ostacolando il pieno dispiegarsi dei principi di concorrenza e *par condicio* tra concorrenti. Pertanto, la società ricorrente impugna la *lex specialis*, onde evitare di incorrere in decadenze e al fine di scongiurare il rischio di esclusione della propria offerta dalla gara per i lotti nn. 408 e 409, per asserita "non conformità" del prodotto.

6.- Il ricorso, così come prospettato, è fondato.

L'art. 68, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, stabilisce le seguenti regole delle specifiche tecniche, che devono essere inserite nei documenti di gara, prevedendo che:

a) "*possono riferirsi allo specifico processo o metodo di produzione o di prestazione ...delle forniture*" (comma 1);

b) devono consentire "*pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non devono comportare direttamente o indirettamente ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza*" (comma 4);

c) fatte salve le regole tecniche nazionali obbligatorie, sono formulate "*in termini di prestazioni o requisiti funzionali*", "*mediante riferimento a specifiche tecniche*" secondo la normativa nazionale ed europea, in termini di prestazioni o requisiti funzionali rispondenti alle caratteristiche tecniche (comma 5); "*le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un operatore economico specifico, né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti*", salvo non sia altrimenti possibile una descrizione sufficientemente precisa dell'oggetto dell'appalto o il riferimento ad una determinata fabbricazione o provenienza o una particolare caratteristica del prodotto non sia giustificata dall'oggetto dell'appalto.

A ciò va aggiunto che l'art. 51 del d.lgs. 50/2016 prevede la suddivisione in lotti funzionali (l'art. 3, comma 1, lett. qq definisce "lotto funzionale" "uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura") e prestazionali al precipuo fine di favorire l'accesso al mercato delle microimprese, piccole e medie imprese e prevede, pertanto, "*un espresso divieto di suddividere in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni*" del codice dei contratti pubblici.

Alla luce di tale quadro normativo e dei principi generali del Codice dei contratti pubblici alle stazioni appaltanti è vietato suddividere le gare in lotti distinti laddove ciò non sia giustificato dalla diversità dei servizi o delle forniture oggetto dei vari sub-lotti e/o dalla esigenza di favorire la partecipazione delle piccole medie imprese. Dunque, la scelta di suddividere la gara in lotti deve rispondere a finalità di eminente interesse pubblico.

Nella specie, nessuna di queste due esigenze è rinvenibile.

In primo luogo, non risulta contestata dalla Regione la piena fungibilità ed equivalenza dei due farmaci (adrenalina

per auto iniezione tramite “penna” e tramite “siringa”), sicché l’assenza di diversità tra i due prodotti può ritenersi pacificamente acquisita in virtù del principio “non contestazione” di cui all’art. 64, comma 2, del codice del processo amministrativo e all’art. 115, comma 1, c.p.c..

Ne deriva che la stazione appaltante, in violazione delle norme sopra richiamate, ha illegittimamente previsto due lotti distinti per la fornitura di due farmaci equivalenti e fungibili, laddove, invece, la suddivisione in lotti è possibile qualora si tratti di fornire prodotti diversi.

In secondo luogo, la suddivisione della gara in lotti distinti per il medesimo prodotto farmaceutico non realizza lo scopo di favorire la partecipazione delle piccole medie imprese, ma, in violazione del principio del *favor participationis* e di non discriminazione limita la partecipazione per ciascun lotto ad una determinata categoria di produttori a seconda del tipo di dispositivo utilizzato (penna o siringa) per l’adrenalina da autoiniezione.

In sostanza, si verifica che la società ricorrente, produttrice del medesimo prodotto, si vede preclusa la partecipazione alla procedura di aggiudicazione avente ad oggetto lo stesso prodotto farmaceutico (per il medesimo principio attivo e la medesima posologia), soltanto in virtù di un differente dispositivo (siringa preriempita anziché penna preriempita).

Alla luce di tutte le considerazioni svolte, il ricorso merita accoglimento e, per l’effetto, annulla la *lex specialis*, nella parte in cui, alla tabella recante l’elenco lotti, distingue i lotti per la fornitura di adrenalina in relazione al dispositivo di somministrazione (penna o siringa).

7.- L’assoluta novità della questione trattata giustifica l’integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l’Abruzzo (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto annulla la *lex specialis*, nella parte in cui, alla tabella recante l’elenco lotti, distingue i lotti per la fornitura di adrenalina in relazione al dispositivo di somministrazione (penna o siringa).

Spese compensate.

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

Così deciso in L’Aquila nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2019 con l’intervento dei magistrati:

Umberto Realfonzo, Presidente

Paola Anna Gemma Di Cesare, Consigliere, Estensore

Mario Gabriele Perpetuini, Primo Referendario

L’ESTENSORE
Paola Anna Gemma Di Cesare

IL PRESIDENTE
Umberto Realfonzo

IL SEGRETARIO