

N. 00288/2013REG.PROV.COLL.  
N. 04901/2012 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4901 del 2012, proposto da:

Regione Lombardia, rappresentata e difesa dagli avv. Pio Dario Vivone, Sabrina Gallonetto e Marinella Orlandi, con domicilio eletto presso Emanuela Quici in Roma, via Nicolò Porpora, 16;

*contro*

Hospira Italia S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Sonia Selletti e Fabrizio Paoletti, con domicilio eletto presso Fabrizio Paoletti in Roma, via G. Bazzoni, 3;

*nei confronti di*

- Azienda Ospedaliera Ospedale Sant'Anna di Como, Azienda Ospedalera Ospedale Civile di Legnano, Novartis Farma S.p.a., Sandoz S.p.a., Sanofi - Aventis S.p.a., Fresenius Kabi Italia S.r.l. con Socio Unico;

- Lombardia Informatica S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Giorgio Della Valle, con domicilio eletto presso Giorgio Della Valle in Roma, piazza Mazzini, 8 - sc. C;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA – MILANO, SEZIONE IV, n. 01350/2012, resa tra le parti, concernente affidamento fornitura quadriennale di farmaci ed emoderivati.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Hospira Italia S.r.l. e di Lombardia Informatica S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 ottobre 2012 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Selletti, Della Valle, Quici su delega di Gallonetto, di Orlandi e di Vivone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. La procedura aperta per l'aggiudicazione (mediante sistema dinamico di acquisizione ed asta elettronica, ex artt. 60 e 85 del Codice dei contratti pubblici) per la fornitura di farmaci ed emoderivati (suddivisi in oltre mille lotti), per un quadriennio, espletata dall'Azienda Ospedaliera Ospedale Sant'Anna di Como unitamente all'Azienda Ospedaliera Ospedale Civile di Legnano era stata aggiudicata provvisoriamente, per alcuni lotti, alla società Hospira Italia.

Dopo un intenso scambio di opinioni fra le Amministrazioni sanitarie, è stata assunta (essenzialmente mediante delibera dell'Azienda di Como, n. 280 in data 18 maggio 2011, su indicazioni della Direzione generale sanità della Regione Lombardia in data 8 aprile 2011) la decisione di non procedere all'aggiudicazione definitiva dei predetti lotti, ritenendosi di dover dare prevalenza alla convenzione già stipulata, per la fornitura di prodotti della stessa tipologia, dalla centrale regionale acquisti Lombardia Informatica S.p.a..

2. La società Hospira Italia ha impugnato gli atti relativi alla conclusione negativa del procedimento di gara, ed ha chiesto il risarcimento dei danni da essi determinati.

3. Il TAR Lombardia, con sentenza n. 1350/2012, ha accolto il ricorso, sottolineando, in sintesi :

- che l'aggiudicazione provvisoria seguiva alla decisione consapevole dell'Azienda Ospedaliera sui risparmi di spesa derivanti dall'esito della gara (svolta mediante il sistema dinamico di acquisizione, maggiormente duttile e confacente alle esigenze di mutevolezza che connaturavano la fornitura);
- che l'Azienda si è adeguata senza motivare alle indicazioni della Regione nel senso della prevalenza della convenzione;
- che la normativa sulle convenzioni quadro (artt. 26 legge 488/1999, e 58 legge 388/2000, 1, comma 449, legge 296/2006) stipulate dalle centrali di committenza (artt. 1, comma 445, legge 296/2006, e 33, comma 1, Codice dei contratti pubblici), conduce a ritenere che i soggetti del Servizio Sanitario possano, ma non anche debbano, approvvigionarsi mediante l'utilizzazione delle convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento;
- che ciò è confermato dalla disciplina della Lombardia (le linee di indirizzo degli acquisti delle aziende sanitarie adottate, in coerenza all'art. 1, comma 2, l.r. 30/2006, modificato dalla l.r. 14/2010, con la d.G.R. n. IX/937 in data 1 dicembre 2010, all'allegato 3, pag. 1, secondo paragrafo, prevedono, a proposito delle "iniziative" attivate dalla Centrale Acquisti, che le Aziende sanitarie <<sono tenute in via prioritaria ad aderire a tali iniziative>> ma <<Nel caso di attivazione di procedure di acquisto autonome le Aziende Sanitarie sono tenute a dare evidenza del fatto che tali procedure si configurano come più vantaggiose dal punto di vista economico e/o gestionale rispetto all'adesione ai contratti e/o convenzioni attivate dalla Centrale Acquisti Regionale>> (affermazione confermata dalla nota della Dir. Reg. Sanità prot. 42608 in data 30 dicembre 2010);
- che proprio tali considerazioni, supportate dalla giurisprudenza, avevano orientato l'Azienda ad indire la procedura autonoma (art. 7, punto 11, allegato

C, schema di contratto, del capitolato d'oneri) e che delle connesse esigenze si era resa conto la stessa Centrale regionale acquisti, nella nota prot. 822 in data 4 febbraio 2011;

- oltre alle disposizioni suindicate, risultano violati i capisaldi dell'esercizio del potere di autotutela ex artt. 21-quinquies e 21-nonies, posto che sia l'interesse pubblico che quello del privato depongono per il consolidamento dell'aggiudicazione.

Oltre all'annullamento dei provvedimenti impugnati, il TAR ha condannato le Aziende al risarcimento, in forma specifica e per equivalente, previa dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 122 e 124 cod. proc. amm.

4. La Regione Lombardia appella, deducendo la violazione dell'articolo 1, comma 449, della legge 296/2006, nonché il travisamento dei presupposti in ordine alla procedura di autotutela ed il difetto di motivazione.

5. Si è costituita in giudizio e controdeduce puntualmente la società appellata, così come Lombardia Informatica.

6. L'appello è fondato.

6.1. L'articolo 1, comma 455, della legge 296/2006 (Finanziaria 2007) ha trasferito nei sistemi regionali il modello nazionale (CONSIP) della centrale d'acquisto che opera quale centrale di committenza stipulando convenzioni quadro.

Il comma 449, tuttavia, differenzia i rapporti delle singole amministrazioni con dette convenzioni quadro, distinguendo: i soggetti i quali, per approvvigionarsi dei beni e servizi tipologicamente individuati mediante decreto ministeriale, sono tenuti ad utilizzare le convenzioni quadro (le amministrazioni statali, tranne le istituzioni scolastiche ed universitarie); i soggetti che possono ricorrere alle convenzioni quadro e, ove decidano di non farlo, devono utilizzarne i parametri di prezzo-qualità come limiti massimi per la stipulazione dei contratti autonomi (le "restanti" amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, del d.lgs. 165/2001); infine <<Gli enti del Servizio sanitario nazionale>> per i quali l'ultimo periodo dispone che <<sono in ogni caso tenuti ad

*approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento>>.*

La riportata formulazione dell'ultimo periodo del comma 449 sembra univoca nel definire un obbligo di utilizzare le convenzioni regionali (mentre quella del precedente periodo, suggerisce che, in assenza di una convenzione regionale, anche gli enti sanitari debbano utilizzare le convenzioni CONSIP quale parametro di congruità dei prezzi per i contratti conseguenti a procedure autonomamente espletate).

L'interpretazione letterale della disposizione è supportata da considerazioni funzionali.

La coesistenza delle gare centralizzate con la possibilità per le singole aziende di effettuare gare autonome priverebbe di appetibilità ed efficacia le gare delle centrali acquisti, che diventerebbero, in pratica, poco più di un sistema per fissare le basi d'asta. Per questo motivo può ritenersi che la norma di principio statale, alla luce dell'elevata standardizzazione delle forniture sanitarie, abbia inteso salvaguardare gli investimenti che le Regioni effettuano costituendo apposite centrali di acquisto (e che non troverebbero giustificazione se queste fossero impiegabili soltanto in attività di *benchmarking*), e prima ancora le potenzialità di tale strumento ai fini del risparmio complessivo della spesa.

Infatti, a poco giova che una o più aziende sanitarie ottengano autonomamente limitate forniture a condizioni più vantaggiose, se ciò, come sembra logico, comporta il rischio, in prospettiva dei successivi rinnovi, di minare la credibilità dell'intero sistema centralizzato di acquisizioni e, quindi, la possibilità di ottenere significativi risparmi di spesa su scala ampia e complessiva.

La giurisprudenza richiamata dal TAR (cfr. Cons. Stato, V, n. 557/2009 e n. 8158/2010) non conduce a diversa conclusione, trattandosi di pronunce relative alle convenzioni CONSIP, oggetto, come esposto, di diversa e più "elastica" disciplina. Così come la previsione normativa sopravvenuta, altresì richiamata dal TAR (articolo 7, comma 1, del d.l. 52/2012, che parimenti

prevede la possibilità di effettuare gare applicando parametri prezzo-qualità migliorativi di quelli delle convenzioni CONSIP).

6.2. Non poteva pertanto darsi rilevanza a quanto, in contrario, era eventualmente stabilito dalla d.G.R. n. 937/2010; ciò, a prescindere dall'effettivo significato da attribuire al provvedimento regionale (posto che la Regione sostiene che il riferimento alla <<*attivazione di procedure di acquisto autonome*>> debba intendersi riferito agli ordinativi di acquisto che presuppongono un contratto sottoscritto in esito a gara autonoma, prima del perfezionamento della convenzione regionale).

Tanto meno poteva darsi rilevanza alla nota di Lombardia Informatica, invocata dalla ricorrente in primo grado e sottolineata dal TAR, che ammette una più ampia possibilità di deroga all'utilizzazione delle convenzioni regionali, per <<*diverse motivazioni*>>; queste ultime, a meno di non eludere il precetto normativo, non possono riguardare il risparmio di spesa e devono, comunque, riferirsi a condizioni non indotte dalle aziende che attivano la fornitura (diverse quindi da quelle prospettate dal r.u.p. nella gara non aggiudicata definitivamente, quali la differente durata o le condizioni di erogazione della fornitura), ma legate ad esigenze degli assistiti (quali, secondo gli esempi prospettati dalle parti resistenti: la continuità terapeutica in relazione a prodotti non coincidenti, l'uscita di produzione del farmaco, la necessità di tutelare la libertà di prescrizione medica).

6.3. Quanto al rispetto dei principi in materia di autotutela, è sufficiente sottolineare come i provvedimenti impugnati in primo grado comportino, in sostanza, l'annullamento d'ufficio *in parte qua* di una gara che non avrebbe dovuto essere bandita, per contrasto con un'esplicita previsione normativa, e siano intervenuti su un'aggiudicazione provvisoria (a fronte della quale non sussiste un affidamento qualificato).

7. Si ravvisano giustificati motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado. Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Botto, Presidente FF

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/01/2013

IL SEGRETARIO

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