

Massima: ... il contenuto della legge di gara, visti anche i chiarimenti sul punto di Aria Spa, era sufficientemente chiaro per comprendere che non sarebbe stata accettata alcuna offerta di un farmaco equivalente o generico, ma solo quella del farmaco avente una precisa identificazione commerciale.

1.2 Allorché la legge di gara è tale da impedire la presentazione di un'offerta in quanto la stessa sarebbe necessariamente esclusa, è onere dell'operatore partecipante impugnare immediatamente la *lex specialis* o quanto meno le disposizioni della stessa preclusive della partecipazione (sul punto si veda la nota sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2018, oltre a TAR Lombardia, Milano, Sezione IV, sentenza n. 993/2019 e sentenza n. 608/2019, quest'ultima confermata in appello da Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza n. 8305/2019).

T.A.R. Lombardia n. 1150 del 17/05/2023



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 la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2799 del 2022, proposto da Piramal Critical Care Italia Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Vittorio Miniero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti - Aria S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Salvatore

Gallo e Giuseppina Squillace, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso la sede di Aria Spa in Milano, via Torquato Taramelli, 26;

nei confronti

Takeda Italia Spa, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione, prot. IA.2022.0051020 del 06/09/2022, dalla “Procedura aperta multilotto, ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. 50/2016 e ss.mm.ii., per la fornitura di farmaci e servizi connessi”. Lotto 675 e del provvedimento di aggiudicazione definitiva Determinazione n. 784 del 30/09/2022.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti - Aria S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 maggio 2023 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti – Aria Spa (controllata dalla Regione Lombardia e svolgente la funzione di centrale regionale di committenza) indiceva una gara d'appalto con procedura aperta per la fornitura di farmaci e servizi connessi ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. n. 50/2016 (codice dei contratti pubblici o anche solo “codice”).

Il criterio di aggiudicazione era quello del prezzo più basso.

La gara era divisa in moltissimi lotti e quello che interessa la presente controversia è il n. 675, avente ad oggetto la fornitura del seguente farmaco: “ICATIBANT ACETATO (FIRAZYR*SC1SIR) SOLUZIONE INIETTABILE 10MG/ML”.

Il lotto n. 675 era dapprima assegnato alla società Piramal Critical Care Italia Spa (di seguito, anche solo “Piramal”); l’aggiudicazione era però revocata e Piramal era di conseguenza esclusa in quanto il prodotto offerto sarebbe stato privo dei requisiti minimi richiesti dalla legge di gara.

Il lotto era quindi assegnato a Takeda Italia Spa.

Contro i citati provvedimenti di revoca ed esclusione, oltre che contro la determinazione di aggiudicazione era proposto il ricorso in epigrafe, con domanda di sospensiva, affidato a tre distinti motivi.

Si costituiva in giudizio Aria Spa, concludendo per l’inammissibilità sotto vari profili ed in ogni caso per l’infondatezza nel merito del gravame.

In esito all’udienza in camera di consiglio dell’8.11.2022, la Sezione fissava l’udienza di discussione con ordinanza n. 1310/2022.

Alla successiva pubblica udienza del 9.5.2023 la causa era discussa e trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare devono essere esaminate le eccezioni di tardività ed inammissibilità del ricorso sollevate dalla difesa di Aria Spa nella memoria depositata in vista dell’udienza cautelare e ribadite nei successivi scritti.

1.1 Le eccezioni di rito meritano accoglimento, per le ragioni che seguono.

L’appalto di cui è causa – diviso in numerosi lotti – ha per oggetto l’acquisto di farmaci per gli enti del servizio sanitario regionale lombardo ed il lotto n. 675, il solo di interesse nella presente controversia, riguarda la fornitura di un farmaco che è indicato nella legge di gara con il nome commerciale (Firazyr*sc 1 Sr), farmaco brevettato e commercializzato dalla società ivi controinteressata.

In altri termini, il lotto n. 675 non fa riferimento al farmaco generico o equivalente – denominato “Icatibant acetato” – bensì alla specifica denominazione di vendita di un farmaco non commercializzato però dall’esponente.

Tale circostanza è pacifica ed ammessa dalla stessa società Piramal (cfr. in particolare le pagine 6 e 7 del ricorso).

In base all’art. 2 del capitolato tecnico (CT) i farmaci di ogni lotto devono rispettare sia i requisiti minimi quali elementi essenziali sia quanto indicato nella tabella prodotti, a pena di esclusione (cfr. il doc. 2 pag. 5 della ricorrente per il CT ed il doc. 5 della resistente per la tabella dei prodotti).

La formulazione della legge di gara era quindi chiara nel non ammettere per il lotto n. 675 prodotti diversi da quello espressamente indicato nella legge medesima.

A conferma di ciò, si rileva che per il lotto n. 675 l’indicazione del nome commerciale del farmaco non era accompagnato dalla dizione “o equivalente” o altra simile, senza contare che il precedente lotto n. 674 aveva invece ad oggetto il farmaco generico “Icatibant acetato”.

Ancora a sostegno di quanto sopra, si rimarca che taluni operatori avevano sollecitato la stazione appaltante Aria Spa allo stralcio ed all’annullamento in autotutela del lotto n. 675, proprio perché lo stesso avrebbe determinato – a loro dire - una ingiusta riserva per talune imprese, nel caso di specie quella che aveva brevettato originariamente il farmaco.

A fronte di tale richiesta di autotutela, l’Amministrazione aveva risposto ribadendo quanto indicato nella *lex specialis* (cfr. la domanda di chiarimenti n. 266 e la relativa risposta, doc. 3 della ricorrente e doc. 2 della resistente, pag. 91).

In conclusione, il contenuto della legge di gara, visti anche i chiarimenti sul punto di Aria Spa, era sufficientemente chiaro per comprendere che non sarebbe stata accettata alcuna offerta di un farmaco equivalente o generico, ma solo quella del farmaco avente una precisa identificazione commerciale.

1.2 Allorché la legge di gara è tale da impedire la presentazione di un'offerta in quanto la stessa sarebbe necessariamente esclusa, è onere dell'operatore partecipante impugnare immediatamente la *lex specialis* o quanto meno le disposizioni della stessa preclusive della partecipazione (sul punto si veda la nota sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/2018, oltre a TAR Lombardia, Milano, Sezione IV, sentenza n. 993/2019 e sentenza n. 608/2019, quest'ultima confermata in appello da Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza n. 8305/2019).

Si ricordi, inoltre, che Piramal è una importante impresa del settore farmaceutico, per cui la diligenza richiesta alla stessa nell'interpretazione degli atti di gara non è quella ordinaria di cui al primo comma dell'art. 1176 del codice civile, bensì quella specifica degli operatori professionali di cui all'art. 1176 comma secondo.

L'esponente non ha però ritualmente e tempestivamente gravato la *lex specialis*.

1.3 Fermo restando quanto sopra esposto, si deve rilevare come il CT e gli altri atti di gara non sono stati impugnati neppure con il presente gravame, diretto invece soltanto contro il provvedimento di esclusione e quello conseguente di aggiudicazione alla controinteressata e questo nonostante l'esclusione sia stata disposta in mera attuazione della *lex specialis*, che costituisce di conseguenza atto presupposto a quello di esclusione.

La stazione appaltante, in altri termini, ha escluso Piramal in esecuzione della legge di gara cui Aria Spa era necessariamente vincolata, non potendosi ammettere disapplicazioni della *lex specialis* ma semmai, sussistendone i presupposti, un intervento in autotutela.

L'atto presupposto, però, non è stato oggetto di alcuna specifica impugnazione (cfr. sul punto, fra le più recenti, TAR Sicilia, Palermo, Sezione I, sentenza n. 480/2023: «...per pacifico indirizzo pretorio, qui condiviso, è inammissibile l'impugnazione

giurisdizionale di un provvedimento amministrativo che rimetta in discussione la legittimità del provvedimento definitivo presupposto, divenuto inoppugnabile perché non impugnato nei termini»).

In definitiva, il presente ricorso deve essere dichiarato inammissibile.

2. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo a favore di Aria Spa, mentre non occorre provvedere per l'altra parte evocata in giudizio ma non costituita.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna la società ricorrente al pagamento a favore di Aria Spa delle spese di lite, che liquida in euro 2.000,00 (duemila/00) oltre accessori di legge (spese generali nella misura del 15% ed oneri riflessi, cfr. Cassazione Civile, Sezioni Unite, ordinanza n. 3592/2023).

Nulla per il resto.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Maria Ada Russo, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Silvana Bini, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Zucchini

IL PRESIDENTE
Maria Ada Russo