



Ricorso n. 2592/2004

Sent. n. 74/05

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima
sezione, con l'intervento dei magistrati

Angelo De Zotti - Presidente f.f.
Italo Franco - Consigliere
Rita Depiero - Consigliere, relatore

ha pronunciato la seguente

<p>Avviso di Deposito del a norma dell'art. 55 della L. 27 aprile 1982 n. 186 Il Direttore di Sezione</p>
--

SENTENZA

sul ricorso n. 2592/2004 proposto da Baxter s.p.a., rappresentata e
difesa dagli avv. Carlo Piria e Luigi Marangoni, con elezione di
domicilio presso lo studio del secondo in Venezia Mestre, corso del
Popolo n. 70;

contro

l'Azienda ULSS n. 9; costituita in giudizio col patrocinio dell'avv.
Graziano Carnelos, con domicilio eletto presso l'avv. Giorgio Pinello
in Venezia, San Polo n. 3080/L;

e nei confronti

di Chiron s.r.l. , costituita in giudizio col patrocinio degli avv. Achille
Accolti e Roberto Passini, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avv. Luigi Benvenuti, in Venezia, Santa Croce n. 205; nonché nei
confronti delle Aziende ULSS n. 7 e n. 8, costituite in giudizio con il
patrocinio dell' avv. Luigi Garofalo con domicilio eletto in Venezia,
Piazzale Roma n. 468/b;

per l' annullamento

in parte qua, del provvedimento del Direttore Generale n. 787 del 27.5.2004 di aggiudicazione a Chiron s.r.l. di un contratto per la fornitura di vaccini (antimeningococco C coniugato) e atti connessi nonché per il risarcimento

di ogni danno derivante dall' attività dell' Amministrazione intimata;

visto il ricorso, notificato il 7.9.2004 e depositato presso la Segreteria il 13.9.2004, con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di tutte le parti intimata;

visti gli atti tutti della causa;

uditi, alla camera di consiglio del 9 dicembre 2004 (relatore il consigliere Depiero) gli avvocati: Piria per la parte ricorrente, Carnelos per l'Ulss n. 9, Bernardi, in sostituzione di Garofalo, per la Ulss n. 7 e per la Ulss n 8 e Benvenuti, in sostituzione di Accolti, per Chiron S.r.l.;

ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

1. - la ricorrente rappresenta di aver partecipato ad una gara bandita dall' Azienda ULSS n. 9 della Regione Veneto per la fornitura, per il periodo di 24 mesi, per quanto qui rileva, del vaccino antimeningococco C coniugato, e di aver ottenuto, in relazione al punteggio per la voce "cosomministrazione" (cioè possibilità del prodotto offerto di essere somministrato ad un maggior numero di altri vaccini nella stessa seduta vaccinale) 0 punti, laddove l' analogo preparato di Chiron s.r.l., a parità di requisiti, ha ottenuto tutti i cinque punti previsti dal bando, il che le ha consentito di risultare

aggiudicataria di quello specifico lotto.

La ricorrente lamenta:

1) violazione del D.Lg. 358/92 e degli artt. 3 e 7 della L. 241/90.

Difetto di istruttoria e di motivazione;

2) violazione dell'art. 7 della L. 241/90. Disparità di trattamento, errore sui presupposti e ingiustizia;

3) violazione dell'art. 19 del D.Lg. 358/92 e dell'art. 3 della L. 241/90. Violazione delle direttive comunitarie e del bando di gara. Difetto di istruttoria e di motivazione. Travisamento.

In particolare, lamenta la carenza assoluta di motivazione quanto al punteggio di zero punti, attribuito al proprio prodotto, e di cinque al vaccino Chiron, dotato delle medesime caratteristiche.

2. - Si è costituita in giudizio l'Amministrazione resistente che, nel merito, insiste per la reiezione del ricorso, osservando che il punteggio contestato - essendo frutto di discrezionalità squisitamente tecnica - non necessita di motivazione, apparendo all'uopo sufficiente l'espressione numerica (infatti, il punteggio zero non significa assenza, bensì minor cosomministrabilità del farmaco) e che la valutazione di tale voce involge scelte di merito, infungibilmente rimesse alla Commissione di gara.

Peraltro, rendendo esplicito il giudizio - espresso solo in forma numerica - della Commissione, espone che "i vaccini meningococcici di gruppo C, coniugati con CRM, sono cosomministrabili con il vaccino antipneumococco coniugato 7 valente". A ciò consegue che essendo il vaccino Baxter coniugato al tossoide tetanico, mentre quelli

offerti da Chiron e dalle altre ditte sono coniugati con la proteina CRM, “solo questi ultimi vaccini sono cosomministrabili con il vaccino antipneumococco”.

3. - Contro l’esplicitazione della motivazione fornita in sede difensiva, Baxter propone motivi aggiunti, con cui lamenta che se la cosomministrazione va intesa come la resistente ha esposto, tale criterio non era contenuto nel bando che non prevede la coniugazione con la proteina CRM e la conseguente coerenza col vaccino antipneumococco, ma la riferisce, semplicemente, ad “un maggior numero di vaccini”, non meglio precisato.

Nel merito, contesta la validità scientifica dell’assunto ed osserva che neppure tra le caratteristiche del vaccino risultato vincitore risulta la sua cosomministrabilità col vaccino antipneumococco.

4. - Si è costituita in giudizio anche la controinteressata Chiron s.r.l., che puntualmente controdeduce nel merito del ricorso, concludendo per la sua reiezione.

5. - *In limine*, sia l’Amministrazione che il controinteressato ne eccepiscono l’ inammissibilità in quanto non notificato ad alcuna delle ULSS destinatarie della fornitura dei vaccini, parimenti “controinteressate” in quanto soggetti che traggono vantaggio dalla procedura e dalla conseguente fornitura, il cui espletamento unitario è stato dalle stesse delegato all’ Azienda ULSS n. 9.

6. - Per superare l’eccezione, la ricorrente (ancorché il ricorso non potesse ritenersi - per tale omessa notificazione - inammissibile) ha provveduto a notificare il ricorso anche alle altre ULSS; una delle

quali (la n. 8) si è costituita in giudizio, chiedendo, dopo aver ampiamente argomentato sul punto, di esserne estromessa, in quanto non controinteressata e concludendo, nel merito, per la sua reiezione.

7. - Partendo da quest' ultimo punto, il Collegio ritiene di non accogliere, per le ragioni appresso esposte, la richiesta di estromissione.

8. - Viene definito controinteressato - sotto il profilo formale - colui che, espressamente menzionato dal provvedimento o facilmente identificabile, ha un interesse uguale e contrario a quello del ricorrente; nel caso di specie, è controinteressato formale l'aggiudicatario (al quale la ricorrente mira a sostituirsi). E' invece controinteressato sostanziale chi, a seguito del provvedimento impugnato, si trova comunque in una posizione di vantaggio antitetica a quella del ricorrente, che potrebbe esser travolta dall'accoglimento della domanda (C.S., sez. VI, n. 3187 del 6.6.2003).

Si nega, invece, che sia qualificabile "controinteressato" in senso proprio, colui che si trovi, per così dire, in posizione "obliqua" rispetto al rapporto principale dedotto in giudizio, cioè colui che, pur essendo titolare di un interesse contrario rispetto a quello che muove il ricorrente, nel caso in cui la pretesa dello stesso trovasse accoglimento subirebbe un danno, ma solo in via riflessa o indiretta (come nel caso di specie, in cui le ULSS n. 7 e n. 8, destinatarie della fornitura di medicinali di cui alla gara *de qua*, potrebbero essere indirettamente pregiudicate dall'annullamento della stessa, per la conseguente mancata tempestiva fornitura dei medicinali).

Chi si trovi in tale posizione ha comunque una posizione qualificata a contraddire, ma non in veste di controinteressato, bensì di interveniente adesivo.

E' stata identificata, in dottrina, anche la posizione di "controinteressato putativo", cioè di colui che (pur non essendo tecnicamente tale), in quanto (sovrabbondantemente) notificato dal ricorrente acquista, perciò solo, la facoltà di entrare (eventualmente) nel processo e di esperire le proprie difese con le modalità proprie di tale soggetto processuale (cioè, per quanto qui rileva, con semplice atto di costituzione e non con atto di intervento).

Nel caso di specie, la posizione dell' ULLS n. 8, rispetto all'appalto di cui trattasi, è quella di soggetto terzo, titolare di un qualificato interesse di fatto alla conservazione del provvedimento impugnato, dal cui annullamento e più ancora da quello del sottostante contratto, risentirebbe uno svantaggio, posizione che la legittima sicuramente all'intervento in giudizio.

Orbene, l'ULSS n. 8 - essendosi regolarmente costituita in giudizio ed avendo svolto anche difese di merito, aderendo alle tesi prospettate dall'Amministrazione resistente - ha dimostrato di voler svolgere nel processo proprio il ruolo in questione; perciò, per il principio generale della conversione negoziale (applicabile anche in campo processuale; cfr. Tar Abruzzo - Pescara n. 489 del 8.5.2003 e C.S., sez, V, n. 762 del 30.11.79), la sua costituzione va intesa quale atto di intervento *ad opponendum*, con la conseguenza che non vi è ragione (né, forse, possibilità) di estrometterla dal giudizio una volta accertato che essa,

pur senza essere a ciò obbligata, e perciò liberamente, ha scelto di assumere nel giudizio una precisa posizione processuale attiva.

9. - Nel merito, sia il ricorso che i motivi aggiunti sono fondati.

Lo era già il ricorso principale, poiché l'attribuzione alla ricorrente del punteggio di 0 punti è del tutto immotivata.

Il Capitolato, all'art. 7, punto B) "criteri di aggiudicazione" prevede che i 20 punti per il valore tecnico-qualitativo sarebbero stati assegnati attribuendo, per quanto qui rileva, "5 punti per il prodotto che può esser somministrato contemporaneamente ad un maggior numero di altri vaccini nella stessa seduta vaccinale".

La Commissione, senza meglio specificare, ha attribuito, per tale voce, 5 punti agli altri tre prodotti in gara e 0 a quello della ricorrente.

Va precisato che, sempre a tenore dell'art. 7, "la valutazione qualitativa dei prodotti offerti" si sarebbe dovuta effettuare alla stregua della documentazione tecnica contenuta nella busta n. 3, e cioè della Scheda Tecnica, del Foglietto Illustrativo e della Scheda Informativa.

Come correttamente osserva l'istante, e come risulta dalla documentazione dimessa, le caratteristiche dei due prodotti (Baxter e Chiron) illustrate dalle rispettive schede tecniche sono pressoché analoghe, il che rende di non agevole interpretazione l'attribuzione di un punteggio differenziato.

Né, allo scopo, può valere il richiamo a quella giurisprudenza che afferma essere sufficiente, ai fini della motivazione, il punteggio

numerico, poiché in tanto tale criterio vale in quanto il bando detti regole automatiche o così dettagliate da rendere comunque agevolmente comprensibile il puro dato numerico (come nel caso in cui, in materia di concorsi, si attribuisca un diverso punteggio in relazione ai diversi voti di laurea. Sul principio si veda, ancorché riferito a materia diversa: C.S., sez. V, n. 2245 del 30.4.2003); il che nella specie non è.

Il punteggio attribuito per la cosomministrazione doveva accompagnarsi quindi all'indicazione, quanto meno, del perché - ad apparente parità di requisiti desumibili dalla documentazione dimessa dai concorrenti - il prodotto della ricorrente era stato ritenuto cosomministrabile con un numero minore di altri vaccini nella stessa seduta.

Ugualmente non soccorre il richiamo alla discrezionalità tecnica (piuttosto che al merito) che caratterizza il tipo di scelta posto in essere dalla Commissione di gara, poiché il capitolato aveva con chiarezza posto la regola che ogni valutazione doveva essere ancorata alle qualità del prodotto desumibili dalla documentazione dimessa.

L'ingiustificata carenza di ogni motivazione nell'attribuzione del contestato punteggio rende illegittima, *in parte qua*, la determinazione opposta.

10. - Tutto ciò viene ulteriormente avvalorato proprio dalle spiegazioni fornite (in modo postumo e, quindi, inammissibile) dalla difesa dell'Amministrazione che, solo con il controricorso, ha esternato le ragioni della ritenuta minor cosomministrabilità del

farmaco Baxter, dovute, si afferma, alla circostanza che “il vaccino proposto (dalla Baxter) è coniugato al tossoide tetanico, mentre il vaccino della Chiron e delle altre due ditte sono coniugati con la proteina CRM, sicché solo questi ultimi vaccino sono... cosomministrabili col vaccino antipneumococco”.

Conclusione, ovviamente, avversata, anche sotto il profilo scientifico, dalla ricorrente con i suoi motivi aggiunti, che risultano ammissibili (posto che, per la prima volta, ha avuto cognizione delle ragioni dell'attribuzione del punteggio con il controricorso medesimo) e fondati nel merito.

Infatti, come correttamente osserva la deducente (senza entrare nel merito delle valutazioni tecniche operate dalla Commissione, per le quali il Collegio non è certo qualificato) la valutazione delle peculiarità del medicinale offerto andava fatta solo alla stregua della documentazione illustrativa delle caratteristiche dello stesso (sul divieto di introdurre criteri integrativi, cfr. C.S. sez. V, n. 908 del 19.2.2003), e, dalla documentazione in atti, non risulta che tra le peculiarità del prodotto Chiron sia *espressamente* indicata anche quella della cosomministrabilità con vaccino antipneumococco.

Né, del resto, il capitolato o il bando fornivano alcuna indicazione in merito.

In definitiva, se il vaccino Baxter, pur essendo pacificamente somministrabile insieme ad altri vaccini nella medesima seduta vaccinale, è stato ritenuto cosomministrabile in misura minore rispetto agli altri prodotti in gara, in quanto, a causa della sua particolare

composizione, non sarebbe (il condizionale è d'obbligo, essendo questa conclusione contestata - sotto il profilo scientifico - dalla ricorrente) utilizzabile contemporaneamente con il vaccino antipneumococco, dato che ciò non era richiesto espressamente dal bando quale *conditio sine qua non*, era comunque necessario che il punteggio di zero punti venisse accompagnato da una adeguata e congrua motivazione.

11. - Il ricorso va quindi accolto, con conseguente annullamento, *in parte qua*, del provvedimento opposto.

Conseguentemente l'Amministrazione dovrà rideterminarsi, alla stregua della regola di comportamento precisata in sentenza.

12. - Poiché l'accoglimento del ricorso è avvenuto per insufficienza della motivazione - cioè per un vizio squisitamente formale - con obbligo della P.A. di riprovvedere, non vi è spazio per alcun risarcimento del danno, dato che questa categoria di vizi formali ottengono soddisfazione in forma specifica attraverso la rinnovazione degli atti del procedimento, e l'emendamento del vizio che li inficiava.

13. - Spese e competenze di causa possono essere compensate tra le parti tutte, sussistendone i presupposti di legge.

P. Q. M

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa, respinta ogni contraria istanza ed eccezione, lo accoglie e, per l'effetto, annulla, *in parte qua*, l'impugnata aggiudicazione.

T.A.R. per il Veneto – I Sezione

n.r.g. 2592/04

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia, in Camera di Consiglio il 9.12.2004.

Il Presidente

L' Estensore

Il Segretario

SENTENZA DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....n.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Direttore della Prima Sezione