



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 Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3583 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Baxter S.p.A, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Zotta, Mario Siragusa, con domicilio eletto presso lo studio Guido Corso in Palermo, via Rodi 1;

contro

Azienda Sanitaria Provinciale di Palermo, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Salvatore Narbone, con domicilio eletto presso lo studio Sanitaria Di Palermo Ufficio Legale Azienda in Palermo, via Pindemonte N.88;

nei confronti

Fresenius Kabi Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Sergio Agrifoglio, Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso lo studio Sergio Agrifoglio in Palermo, via Brunetto Latini 34;

Vivisol S.r.l., Farmacia Dott. Metalla S.n.c. di Dott. Celeste Metalla e C. non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

A) quanto al ricorso introduttivo:

- del bando pubblicato in GU dell'Unione Europea, serie S, n. 206/373339 del 23/10/2015, recante "Italia-Palermo: Servizi di cure mediche a domicilio";
- del relativo disciplinare di gara;
- del relativo capitolato speciale d'appalto;
- dei chiarimenti dell'ASP di Palermo in relazione alla gara in esame, in data EEEE ottobre 2015;
- di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, consequenziale o comunque connesso con i precedenti in particolare, ove occorra, della deliberazione di DG dell'ASP Palermo n. 507 del 4/6/2015, recante indizione di "Procedura aperta per la fornitura a domicilio di prodotti e servizi per la nutrizione artificiale domiciliare (NAD)" ancorché non conosciuta, del relativo bando pubblicato in GU dell'Unione Europea, serie S, n. 128/234896 del 7/7/2015, recante "Italia-Palermo. Servizi di cure mediche a domicilio";

B) quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- del provvedimento di esclusione di Baxter dalla "procedura aperta per la fornitura di prodotti e servizi per la nutrizione artificiale domiciliare (NAD)" disposto dalla Commissione Tecnica di gara, comunicato alla ricorrente dall'ASP Palermo in data 9 agosto, prot. 793/RPT;
- del non conosciuto provvedimento di aggiudicazione provvisoria all'ATI composta da Fresenius Kabi Italia, Vivisol S.r.l. e Farmacia Metalla disposta dall'ASP Palermo in data 4 agosto 2016 e comunicato a Baxter in data 9 agosto 2016, prot. 793/RPT;
- del non conosciuto eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva;
- di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, consequenziale o comunque connesso con i precedenti in particolare, ove occorra, i non conosciuti verbali di gara.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Provinciale di Palermo e di Fresenius Kabi Italia S.r.l.;

Vista l'ordinanza n. 1170/2016 di rigetto della domanda cautelare, in seguito riformata dal CGA con ordinanza n. 750/2016;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2017 il dott. Roberto Valenti e uditi per le parti i difensori Guido Corso, su delega - oralmente riferita - dell'avv. Mario Siragusa, per Baxter Spa, Salvatore Narbone per l'ASP di Palermo, Giangabriele Agrifoglio, su delega - oralmente riferita - dell'avv. Sergio Agrifoglio, per Fresenius Kabi Italia srl.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso introduttivo la Baxter S.p.A., in seguito semplicemente Baxter, ha impugnato il bando pubblicato in GU dell'Unione Europea, serie S, n. 206/373339 del 23/10/2015, recante "Italia-Palermo: Servizi di cure mediche a domicilio".

Premette Baxter di essere impegnata sul fronte dei programmi di Nutrizione Parenterale Domiciliare (NPD), mentre non è viceversa attiva nel segmento della fornitura di diete di nutrizione enterale domiciliare (NED), trattandosi in quest'ultimo caso di un servizio composto da prodotti dietetici nutrizionali non aventi natura farmacologica.

Lamenta l'illegittimità del bando che ha inserito in unico appalto tre differenti servizi (*id est*: entrambe le tipologie di prodotti, NPD e NED, con i connessi servizi accessori) per un periodo pari a 3 anni.

Segnatamente il bando, a lotto unico, è indetto per i seguenti servizi:

- a) Tipologia di servizio n. 1: servizi, materiale ancillare, presidi e prodotti per la Nutrizione Parenterale Domiciliare del paziente sottoposto a trattamento di lungo termine con sacche personalizzate (NPD personalizzata);
- b) Tipologia di servizio n. 2: servizi, materiale ancillare, presidi e prodotti per la Nutrizione Parenterale Domiciliare del paziente sottoposto a trattamento di breve — medio termine con sacche pronte all'uso registrate come specialità medicinali (NPD pronta all'uso)

c) Tipologia di servizio n. 3: servizi, materiale ancillare, presidi e prodotti per Nutrizione Enterale Domiciliare con l'impiego di miscele nutrizionali (alimenti destinati a fini medici speciali) da somministrare mediante sonde o stomie, come da elenco delle miscele indicato in allegato al Capitolato (NED).

L'importo presunto triennale dell'appalto ammonta a circa € 2.401.200,00 oltre IVA per tutta la durata della fornitura: il criterio di aggiudicazione previsto dalla *lex specialis* è quello del prezzo più basso, e art. 82 D.Lgs. 163/20016 (art. 12 capitolato speciale).

Considerate le preclusioni alla partecipazione alla gara in ragione della formulazione dell'appalto, Baxter premette di aver proposto osservazioni alla stazione appaltante. La quale ha ritenuto di sospendere il termine di presentazione delle offerte in attesa di fornire chiarimenti.

Chiarimenti che la stazione appaltante ha riscontrato nei seguenti termini:

- i) con l'accoglimento della richiesta di modifica dell'art. 1 del Capitolato speciale, con la previsione che *"la ditta capofila di un ATI non deve essere necessariamente la ditta che si occupa di nutrizione parentale domiciliare"*;
- ii) con una serie di precisazioni sul Capitolato Speciale e sul Disciplinare di gara funzionali alla predisposizione delle offerte.
- iii) con il rigetto delle richieste di modifica relative: a) alla suddivisione funzionale in lotti separati dei prodotti oggetto di fornitura mediante distinzione della NED dalla NPD; b) alla revisione dei prezzi a basa d'asta con relativo adeguamento; c) alla previsione di una specifica figura medica con almeno 3 anni di esperienza (v. art. 2 Capitolato Speciale).

Quindi, rettificati nei sensi sopra illustrati gli atti di gara, il bando è stato oggetto di nuova pubblicazione nella GUCE n. 206/2015 del 23.10.2015 con la previsione di un nuovo termine per il ricevimento delle offerte di partecipazione, con scadenza al 24.11.2015.

Ritenendo irragionevoli le prescrizioni della *lex specialis*, anche come modificata, Baxter ha quindi incardinato il ricorso introduttivo con il quale si duole della illegittimità del bando articolando i seguenti motivi in diritto:

- 1) Mancata suddivisione dell'appalto in lotti funzionali; violazione e falsa applicazione dell'art. 2, comma 1 — bis, d.lgs. 163/2006; violazione dei

principi di massima partecipazione, tutela della concorrenza, par condicio; Eccesso di potere per difetto di motivazione e irragionevolezza manifesta: pur essendo la suddivisione in lotti di un appalto elemento che afferisce all'esercizio della discrezionalità della stazione appaltante, tuttavia il concreto esercizio di tale potere deve essere funzionalmente coerente con il complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti nella procedura di affidamento e non deve determinare una sostanziale violazione dei principi di libera concorrenza, par condicio e non discriminazione;

2) Irragionevolezza e discriminatorietà dei criteri di fornitura stabiliti dal bando per i prodotti di tipologia 1; violazione della rilevante disciplina regolamentare; contraddittorietà manifesta; disparità di trattamento; difetto di istruttoria: gli atti di gara hanno natura escludente e intrinsecamente contraddittoria anche in relazione ai criteri di fornitura dei prodotti della tipologia 1 perché impongono tempi di consegna (non oltre 6 giorni lavorativi dal ricevimento dell'ordine) incompatibili con la rilevante disciplina regolamentare; inoltre in relazione ai prodotti di tipologia 1, l'art. 3, punto 1, consente la partecipazione sia ai laboratori che preparano le soluzioni galenico magistrali, sia alle officine di produzione che viceversa allestiscono le sacche personalizzate in stabilimenti autorizzati e controllati dall'AIFA (come per la ricorrente) e per dette ultime preparazioni di regola occorre attendere 14 giorni per la i test di compiuta sterilizzazione

3) Irragionevole previsione del medico; violazione e falsa applicazione dell'art. 32 e 97 Cost. e dei criteri di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa; irragionevolezza manifesta: la previsione sarebbe in contrasto con il ruolo istituzionale dell'ASP e/o del medico curante nella gestione del servizio di Nutrizione Artificiale Domiciliare, perché rischia di comportare una sua indebita sostituzione nella formulazione dei piani nutrizionali;

4) Violazione dei termini minimi per la presentazione delle offerte; violazione e falsa applicazione dell'art. 70 Codice dei Contratti Pubblici: la stazione appaltante non ha rispettato il termine minimo di 52 giorni decorrenti dalla data di trasmissione del bando per la presentazione delle offerte.

Con successivo ricorso per motivi aggiunti, depositato il 27/09/2016, la Baxter ha impugnato il provvedimento di esclusione dalla "procedura aperta per la fornitura a domicilio di prodotti e servizi per la nutrizione artificiale domiciliare (NAD)" disposto dalla Commissione Tecnica di gara, comunicato alla ricorrente dall'ASP Palermo in data 9 agosto 2016, prot. 793/RPT; nonché il provvedimento di aggiudicazione provvisoria all'ATI composta da Fresenius Kabi Italia, Vivisol S.r.l. e Farmacia Metalla disposta dall'ASP Palermo in data 4 agosto 2016 e comunicato a Baxter in data 9 agosto 2016, prot. 793/RPT; nonché il non conosciuto provvedimento di aggiudicazione definitiva e gli ulteriori provvedimenti connessi.

Nel primo ricorso per motivi aggiunti la Baxter premette di aver partecipato alla gara e di essere stata ammessa avendo constatato la stazione appaltante di aver regolarmente presentato la documentazione amministrativa. Tuttavia, in data 4 agosto 2016, l'ASP procedeva all'apertura delle buste economiche ed in tale sede la stazione appaltante da un lato ha escluso la Baxter per non aver presentato l'offerta relativa alla tipologia di servizio n. 3, relativa ai prodotti per Nutrizione Enterale Domiciliare; dall'altro ha aggiudicato in via provvisoria la procedura all'unico concorrente rimasto in gara (l'ATI composta da Fresenius Kabi Italia Srl, VIVISOL s.r.l. e Farmacia Metalla). Con il ricorso per motivi aggiunti, con contestuale domanda cautelare, parte ricorrente fa valere il vizio dell'illegittimità derivata del provvedimento di esclusione, reiterando le medesime doglianze articolate nel ricorso introduttivo.

Si è costituita la stazione appaltante articolando memorie e chiedendo il rigetto del ricorso e della contestuale domanda cautelare.

La Fresenius Kabi Italia controinteressata si costituiva con controricorso chiedendo il rigetto del ricorso e della relativa domanda cautelare.

La domanda cautelare è stata rigettata con ordinanza n. 1170/2016, in seguito appellata e riformata dal CGA con ordinanza n. 750/2016.

Con secondo ricorso per motivi aggiunti, depositato il 14/04/2017, la Baxter ha impugnato il provvedimento prot. n 1818 del 28.3.2017, a firma del Direttore dell'UOC, depositato in giudizio in data 29 marzo 2017, in cui vengono svolte

considerazioni e ragioni [...] a sostegno della scelta dell'Asp di indire la gara per la nutrizione artificiale con un unico lotto.

Evidenzia parte ricorrente che, a seguito della pronuncia del CGA di cui all'ord. n. 750/2016, l'Amministrazione, quasi a ridosso della udienza pubblica di trattazione, in luogo di revocare gli atti di gara ed indire una nuova gara, che, in tesi di parte, costituiva l'unico modo per conformarsi al provvedimento cautelare concesso dal giudice di appello, ha emanato il provvedimento n. 1818 del 28/03/2017 con cui vengono svolte considerazioni in ordine alla convenienza economica per il lotto unico.

In tesi di parte, l'oggetto del predetto provvedimento costituirebbe una ipotesi di integrazione postuma della motivazione, rispetto alla quale non può accettare il contraddittorio.

Eccepisce quindi l'inammissibilità della produzione documentale.

Solo in via precauzionale, quindi, ha proposto i presenti secondi motivi aggiunti in cui articola tre profili di censure.

Ciò premesso, ritiene il Collegio di dover prendere le mosse dalla articolata ordinanza del C.G.A. n. 750/2016 ai sensi della quale il giudice di appello ha ritenuto:

-che le censure svolte dalla parte ricorrente appaiono meritevoli di favorevole scrutinio nella parte in cui viene contestata la violazione dell'art. 2, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006, norma che prescrive di suddividere gli appalti in lotti funzionali alla sola condizione che ciò sia "possibile ed economicamente conveniente";

-che la motivazione fornita dall'Amministrazione a sostegno della propria difforme scelta, affidata essenzialmente ad affermazioni che si presentano del tutto apodittiche, non sembra idonea a soddisfare il puntuale onere di giustificazione che la norma citata impone, il quale non sembra poter prescindere -in particolare- da una specifica analisi in punto di "convenienza economica";

-che la Stazione appaltante, ove ritenesse di poter reiterare la propria scelta di accorpamento dei lotti, non potrebbe in tale eventualità esimersi dal prendere in considerazione, in sede motivatoria, né la ben scarsa partecipazione

registrata dalla propria gara, né le obiezioni tecniche che alla sua scelta sono state opposte con la presente impugnativa.

Ciò posto, *melius re perpensa* rispetto a quanto deliberato in sede cautelare, il Collegio ritiene di aderire alle indicazioni fornite dal Giudice di appello amministrativo siciliano e ciò anche ai fini di economia di mezzi processuali.

Occorre premettere che secondo la giurisprudenza amministrativa l'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006, nel testo previgente alle modifiche apportate dall'art. 44, 7° comma, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, si limitava a prevedere che, qualora la P.A., nella indizione di una gara, avesse optato per il frazionamento dell'appalto in più lotti, i medesimi dovessero essere considerati come parti di un'opera unitaria al fine di determinare la soglia europea: nella vigenza della originaria formulazione, la norma non individuava una regola ed un'eccezione idonee ad indirizzare la scelta amministrativa (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669).

Tuttavia, con l'inserimento del comma 1-bis all'art. 2 D.Lgs. 163/2006 (come introdotto dall'art. 44, comma 7, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214 e, successivamente, così modificato dall'art. 1, comma 2, D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 135 e dall'art. 26-bis, comma 1, D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98), il legislatore ha previsto che *“Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali. Nella determina a contrarre le stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese”*.

Sul punto, il Consiglio di Stato (cfr. Sez. VI, 12 settembre 2014 n. 4669) ha chiarito che le stazioni appaltanti debbano, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese e che, nella determina a contrarre, le P.A. medesime debbano indicare la motivazione circa la mancata suddivisione

dell'appalto in lotti. Segnatamente, con detta pronuncia il Consiglio di Stato ha rimarcato che *“La vigente legislazione, pertanto, contempla quale regola generale la suddivisione in lotti a tutela della concorrenza”*.

Applicando i suddetti principi al caso di specie, tenuto anche conto di quanto precisato dal C.G.A. con la citata ordinanza cautelare, ne discende in primo luogo la fondatezza della prima censura articolata da Baxter nel ricorso introduttivo nel quale, in sintesi si assume che la discrezionale suddivisione in lotti di un appalto deve essere coerente con il complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti nel relativo procedimento di affidamento senza determinare sostanziali pregiudizi ai principi di libera concorrenza, par condicio e non discriminazione delle imprese.

Il T.A.R. per il Lazio, con una recente sentenza (sede di Roma, sez. II, 30/08/2016 n. 9441, confermata in appello dal Consiglio di Stato con sentenza n. 1038/2017) ha precisato che *“L’art. 2 bis del d.lgs. n. 163 del 2016 stabilisce non solo che, nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l’accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali, ma anche che i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese; l’art. 83, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 stabilisce altresì che i requisiti e le capacità per partecipare alle gare sono attinenti e proporzionati all’oggetto dell’appalto, tenendo presente l’interesse pubblico ad avere il più alto numero di partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione”*, precisando altresì che *“...l’astratta possibilità di costituire un RTI o di ricorrere all’avalimento non esclude che una preclusione alla possibile partecipazione individuale dell’impresa si concreti in un vulnus al principio del favor participationis e, quindi, in una lesione sia alla sfera giuridica dell’impresa che non può partecipare individualmente sia alle finalità pubblicistiche a base della normativa in materia.”*.

I principi enunciati dal Consiglio di Stato con la già citata sentenza 12 settembre 2014 n. 4669 sono stati ulteriormente precisati dal Consesso di Palazzo Spada con la recente pronuncia della Sez. V, 03/04/2018, n. 2044,

pubblicata nelle more del deposito di questa sentenza: sentenza, quest'ultima, che ha indotto il Collegio a riconvocare la Camera di Consiglio per rafforzare, alla stregua del principio di diritto nelle more enunciato, la motivazione della presente decisione.

Con detta ultima recente sentenza, infatti, il Consiglio di Stato, pur nel contesto del rinnovato quadro normativo di riferimento di cui all'art. 51 D.Lgs. 50/2016 (c.d. nuovo Codice degli Appalti), ha affermato che *“Il principio della suddivisione in lotti può dunque essere derogato, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669) ed è espressione di scelta discrezionale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 16 marzo 2016, n. 1081), sindacabile soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria, in ordine alla decisione di frazionare o meno un appalto di grosse dimensioni in lotti”*.

Nel caso in esame, come per altro già incidentalmente riconosciuto nel contesto della ordinanza cautelare di rigetto n. 1170/2016 (poi riformata), la motivazione di procedere con un unico appalto non appare chiaramente enunciata negli atti di gara, non potendo soccorrere a tal fine quanto evidenziato dalla medesima amministrazione in riscontro alle osservazioni ante gara proposte dall'impresa.

Sotto detto profilo, senza soffermarsi sui profili relativi alla eterogeneità dei servizi oggetto della gara ad unico lotto, l'ASP si è limitata a generiche e non documentate (sotto il profilo della pregressa istruttoria) affermazioni evidenziando che *“l'intendimento aziendale è quello di creare un unico Servizio nutrizionale artificiale, con una sola Centrale Operativa, un solo medico a consulenza, sia per la NDP che per la NED ed un unico pool di infermieri, realizzando economie di scala con migliore utilizzo di risorse umane e tecnologiche”*; finalità, queste, in regione delle quali ha ritenuto *“di non poter scorporare la NPD dalla NED e, poiché è prevista l'associazione temporanea di impresa (ATI) alla gara potranno partecipare tutte le Aziende di settore”*.

A differenti conclusioni non inducono né le ulteriori precisazioni articolate con la memoria di difesa in sede di giudizio; né gli ulteriori provvedimenti, impugnati con i secondi motivi aggiunti, adottati dall'Amministrazione a seguito della pronuncia cautelare del C.G.A. n.750/2016.

Come dedotto dalla parte ricorrente, con la prima censura articolata nei motivi aggiunti depositati il 14/4/2017, il nuovo provvedimento si appalesa quale inammissibile motivazione postuma dell'originaria mancata estrinsecazione delle ragioni di accorpamento in unico lotto dell'oggetto della gara.

Alla stregua di quanto precede, assorbiti gli ulteriori profili di doglianza, il ricorso introduttivo e i successivi motivi aggiunti (del 27/09/2016 e del 4/4/2017) risulta fondato con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Ritiene il Collegio di poter compensare tra le parti le spese di lite attesa l'andamento della controversia e i richiami ai più recenti orientamenti della Giurisprudenza amministrativa sopra richiamati.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nelle camere di consiglio dei giorni 23 novembre 2017, 20 dicembre 2017, 14 maggio 2018, con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Aurora Lento, Consigliere

Roberto Valenti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Roberto Valenti

IL PRESIDENTE
Calogero Ferlisi

IL SEGRETARIO