



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 Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 667 del 2021, proposto da Advanced Accelerator Applications (Italy) s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati prof. Giuseppe Franco Ferrari e Carlotta Ungaretti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Liguria, in persona del Presidente *pro tempore*, e A.Li.Sa. - Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Corrado Augusto Mauceri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Curium Italy s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Bottacchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

degli atti della procedura aperta indetta da A.Li.Sa. per l'affidamento della fornitura di prodotti e radiofarmaci per medicina nucleare occorrenti alle AA.SS.LL., AA.OO. e I.R.C.C.S. della Regione Liguria e AUSL della Valle d'Aosta e, segnatamente, della determinazione n. 4465 del 21.7.2021, limitatamente all'aggiudicazione del lotto n. 15 a Curium Italy s.r.l., nonché degli atti presupposti, consequenziali e connessi, ivi inclusi ed in quanto occorra la determinazione n. 485 del 20.11.2020 di indizione della gara, il progetto di gara, il bando, il disciplinare di gara, il capitolato tecnico e prestazionale, lo schema di convenzione, i modelli per la presentazione dell'offerta, i verbali della consultazione preliminare di mercato ed i verbali di gara, con particolare riguardo alla valutazione dell'offerta economica di Curium Italy s.r.l. per il lotto n. 15;

nonché per la caducazione del contratto eventualmente stipulato con subentro della ricorrente o, in subordine, per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Liguria e A.Li.Sa. e di Curium Italy s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 22 aprile 2022, la dott.ssa Liliana Felletti e viste le conclusioni delle parti, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 27 settembre 2021 e depositato il 28 settembre 2021 Advanced Accelerator Applications (Italy) s.r.l. (d'ora innanzi, per brevità, anche AAA) ha gravato gli atti della procedura aperta indetta dall'Azienda Ligure Sanitaria (A.Li.Sa.) e condotta dalla Regione Liguria - settore S.U.A.R. (stazione unica appaltante regionale) per l'affidamento della fornitura di prodotti e radiofarmaci per medicina nucleare occorrenti agli enti del S.S.R. ligure ed alla Azienda U.S.L. valdostana e, segnatamente, l'aggiudicazione del lotto n. 15 in favore di Curium Italy s.r.l. In particolare, premesso di essere l'unico altro operatore economico in graduatoria (nonché fornitore uscente), la ricorrente ha chiesto l'annullamento degli atti e la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more, con subentro nel rapporto negoziale, o, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente. Ha dedotto i seguenti motivi:

I) *Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara ed in specie dell'art. 13.2.3 del disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, degli artt. 1, 3 e 6 della legge n. 241/1990 e degli artt. 3 e 97 Cost. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, sviamento, manifeste ingiustizia, irragionevolezza ed illogicità.*

II) *Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara ed in specie dell'art. 13.2.3 del disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 95, comma 10, e 97, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 e degli artt. 1, 3 e 6 della legge n. 241/1990. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, sviamento, manifeste ingiustizia, irragionevolezza ed illogicità.*

III) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 97 del d.lgs. 50/2016, dell'art. 69 della direttiva n. 2014/24/UE, nonché degli artt. 1, 3 e 6 della legge n. 241/1990 e dell'art. 97*

Cost. Difetto di istruttoria e di motivazione, manifeste irragionevolezza, ingiustizia ed illogicità, travisamento dei presupposti, sviamento.

Si sono costituite in giudizio la Regione Liguria - settore S.U.A.R. ed A.Li.Sa., eccependo l'inammissibilità del gravame e sostenendone, in ogni caso, l'infondatezza nel merito.

Si è altresì costituita la controinteressata Curium Italy s.r.l., instando per la reiezione dell'impugnativa.

Con ordinanza n. 291 del 21 ottobre 2021 il Tribunale ha respinto la domanda cautelare accedente al ricorso, ritenendo insussistenti il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*.

Le parti hanno ribadito le proprie argomentazioni con memorie ai sensi dell'art. 73, comma 1, c.p.a., insistendo nelle rispettive conclusioni.

La causa è stata assunta in decisione nella pubblica udienza del 22 aprile 2022.

DIRITTO

1. Occorre preliminarmente scrutinare l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalla difesa pubblica, per via dell'omessa impugnazione della nota di conferma dell'aggiudicazione in data 14 settembre 2021.

Il rilievo processuale non è fondato.

Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, l'atto amministrativo deve essere qualificato come mera conferma nel caso in cui ribadisca il contenuto del provvedimento precedente, senza operare un nuovo apprezzamento della situazione e/o una rivalutazione degli interessi. Pertanto, per stabilire se un atto amministrativo sia meramente confermativo, e perciò non impugnabile, o di conferma in senso proprio, come tale autonomamente lesivo e da gravare nei termini, occorre verificare se

l'atto successivo sia stato adottato senza una nuova istruttoria e/o una nuova ponderazione degli interessi (in tal senso cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. III, 21 gennaio 2021, n. 643; Cons. St., sez. II, 12 giugno 2020, n. 3746; Cons. St., sez. III, 29 dicembre 2017, n. 6193; T.A.R. Liguria, sez. I, 9 marzo 2022, n. 195).

Nel caso di specie, con la nota del 14 settembre 2021 la stazione appaltante, pronunciandosi sull'istanza di autotutela di AAA, si è limitata a ribadire la propria precedente decisione, senza riaprire l'istruttoria né effettuare una rivalutazione degli interessi, bensì semplicemente limitandosi a spiegare all'istante le ragioni per le quali aveva ritenuto legittima la mancata indicazione dei costi della manodopera da parte dell'aggiudicataria. Si tratta, quindi, di un atto meramente confermativo, privo di autonoma lesività e, pertanto, non impugnabile.

2. Con il I) motivo della narrativa in fatto la ricorrente si duole che la controinteressata non sia stata espulsa dalla gara per aver omesso di specificare i propri costi del personale.

La censura non merita condivisione.

Occorre premettere che l'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 esclude le forniture senza posa in opera dall'obbligo di indicare nell'offerta economica i costi della manodopera (come pure gli oneri aziendali in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro).

Ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. tt) del d.lgs. n. 50/2016, per appalti pubblici di forniture si intendono i contratti “*aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti*” (con la precisazione che “*un appalto di forniture può includere, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione*”).

2.1. Orbene, ritiene il Collegio che l'appalto in contestazione, avente ad oggetto la fornitura del radiofarmaco "18F - FDG" (fluorodesossiglucosio), debba qualificarsi come fornitura senza mano d'opera e non, invece, come appalto misto di fornitura e servizi, né tantomeno come fornitura con posa in opera, alla stregua di quanto sancito dalla giurisprudenza in una fattispecie sovrapponibile a quella odierna (Cons. St., sez. III, 9 gennaio 2020, n. 170, concernente la fornitura di analogo radiofarmaco).

Infatti, l'affidatario della commessa si limita a fornire agli enti sanitari il fluorodesossiglucosio in flacone multi-dose, che viene frazionato in via automatizzata o, comunque, a cura del personale specializzato della struttura ordinante, senza che i dipendenti del produttore svolgano alcuna prestazione o forniscano un qualsivoglia apporto collaborativo a valle della consegna.

Inoltre, le peculiari caratteristiche della fornitura – ossia produzione dedicata (solitamente di notte) a ridosso dell'orario di distribuzione, siti produttivi ubicati in località non eccessivamente distanti dagli ospedali destinatari e trasporti speciali – discendono dalla tipologia del bene, avendo i farmaci radioattivi breve scadenza (*shelf life*) ed emivita di poche ore.

Né le prestazioni capitolari invocate da AAA quali elementi contraddistinguenti lo specifico appalto in discussione, vale a dire la possibilità degli enti di richiedere preparazioni urgenti e consegne il sabato mattina, si rivelano atte a mutare la natura giuridica della fattispecie negoziale, che rimane qualificabile come fornitura senza posa in opera. Infatti, l'oggetto del contratto è sempre la fornitura del prodotto farmaceutico, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. tt) cit., perché non si tratta di servizi aggiuntivi che fuoriescono dall'ambito della compravendita, bensì di attività prope-

deutiche svolte presso il produttore e/o strumentali rispetto all'esecuzione dell'obbligazione principale di consegna del radiofarmaco, che, come tali, non danno vita ad un appalto misto di servizi e fornitura.

Come evidenziato dalle controparti, poi, a riprova della prefata natura del negozio milita la previsione del capitolato secondo cui la ditta aggiudicataria, oltre a fornire un farmaco con A.I.C. (autorizzazione all'immissione in commercio) a proprio nome confezionato nel sito primario, deve assicurare la “*garanzia di backup da centri già utilizzati per fornitura in Italia anche con un farmaco con differente AIC*” (v. pag. 9 capitolato tecnico, sub doc. 6 ricorrente). Ciò significa che, in caso di interruzione dell'attività nel centro di produzione principale, l'operatore è autorizzato (e, anzi, tenuto) ad avvalersi di siti sostitutivi (c.d. di *backup*), nei quali, alla bisogna, il radiofarmaco può essere preparato con A.I.C. rilasciata ad un soggetto terzo e, quindi, anche da dipendenti non propri (al di fuori di un subappalto o di un avvalimento). Donde l'evidente caratterizzazione del contratto come fornitura semplice e, quindi, l'irrilevanza degli oneri della manodopera.

Infine, a conferma dell'accolta qualificazione giuridica, si rileva che la convenzione quadro, alla cui stipula è preordinata la procedura in contestazione (doc. 7 ricorrente), è per l'appunto un contratto di fornitura senza posa in opera, come si evince dai seguenti indici testuali:

- l'espreso richiamo alle “*norme di settore in materia di appalti pubblici di forniture*” (art. 3, comma 1, lett. c);
- la dichiarata applicabilità della disciplina dell'acquisto in danno di cui all'art. 1516 cod. civ. (art. 4, comma 3): in base a quest'ultima norma, se la vendita ha per oggetto cose fungibili che hanno un prezzo corrente e il venditore non adempie la sua obbligazione, il compratore può fare acquistare senza ritardo i beni, con diritto alla

differenza tra l'ammontare della spesa occorsa per l'acquisto ed il prezzo convenuto, oltre al maggior danno.

Pertanto, da quanto esposto discende che l'appalto in esame, avendo natura di mera fornitura, è escluso dal perimetro applicativo dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. 50/2016.

2.2. In secondo luogo, contrariamente all'assunto ricorsuale, la *lex specialis* non imponeva ai partecipanti la specificazione dei costi della manodopera.

Segnatamente, l'art. 13.2.3 del disciplinare di gara stabiliva che il concorrente doveva presentare un'offerta economica recante una serie di indicazioni (doc. 5 ricorrente).

Il punto 3 precisava di "*indicare a Sistema, nell'apposito campo «di cui costi del personale», pena l'esclusione, i propri costi della manodopera (se presenti)*": dunque, il quadro della piattaforma *on line* relativo agli oneri in questione doveva essere compilato solo se richiesto dal sistema informatico.

Ebbene, l'Amministrazione ha dimostrato che, in sede di creazione della procedura sulla piattaforma Sintel, ha "flaggato" (ossia selezionato tramite spunta) l'opzione per cui il costo del personale non doveva essere indicato, sì che il modello telematico dell'offerta economica era privo del campo in parola (cfr. doc. 8 resistente), che, invece, è normalmente presente nella forma - tipo per gli appalti di lavori, servizi e forniture con posa in opera (cfr. doc. 8-bis resistente).

Tanto è vero che nemmeno AAA ha inserito gli oneri della manodopera direttamente nel riquadro della piattaforma telematica relativo all'offerta economica (cfr. doc. 7 resistente), ma è stata costretta a modificare il modello excel "M6" (v. doc. 15 ricorrente e doc. 9 resistente), predisposto per indicare i prezzi unitari offerti ed i quantitativi complessivi stimati per un anno (doc. 10 resistente).

In ogni caso e per completezza si osserva che, come sottolineato dalla difesa pubblica, anche qualora la *lex specialis* avesse introdotto l'obbligo di dichiarare i costi del personale, l'omissione di tale adempimento (non prescritto, come si è visto, dall'art. 95, comma 10, cit.) non avrebbe potuto essere sanzionata con l'espulsione, alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 (cfr., *ex aliis*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-quater, 19 dicembre 2019, n. 14582).

3. Con il II) mezzo di gravame la deducente contesta l'omessa estromissione di Curium Italy s.r.l. in ragione dell'importo degli oneri della sicurezza dalla stessa dichiarato (pari ad € 10.920,60), che si rivelerebbe manifestamente incongruo rispetto al valore ed alle caratteristiche della commessa (richiedente la manipolazione di isotopi radioattivi).

La doglianza non può essere accolta.

L'art. 13.2.3, punto 2, del disciplinare ha prescritto la specificazione nell'offerta economica, a pena di esclusione, dei costi aziendali in materia di salute e sicurezza, nonostante la fornitura in esame sia espressamente eccettuata da tale obbligo, ai sensi dell'art. 95, comma 10, cit. (*supra*, § 2).

Come statuito dal Consiglio di Stato in un caso analogo, anche a prescindere dalla possibile nullità di una simile clausola *ex art.* 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, va in ogni caso escluso che l'Amministrazione possa espellere da una gara per l'appalto di forniture il miglior offerente sol perché questi abbia commesso un errore nell'indicazione dei costi sostenuti per la sicurezza sul luogo di lavoro, in relazione ad un prodotto fabbricato nel proprio stabilimento ed offerto senza posa in opera. Ciò in quanto si tratta di una voce "*interna alla dimensione aziendale dell'offerente e alla linea di*

produzione dalla quale origina il prodotto finito da fornire”, che “non integra...né una manifestazione volitiva, né la violazione sostanziale di un precetto che, seppur contra legem, l’amministrazione ha posto a tutela del generale interesse alla corretta osservanza della normativa di sicurezza sul luogo di lavoro” (così Cons. St., sez. III, 14 dicembre 2020, n. 7961, concernente la fornitura di dispositivi impiantabili attivi per funzionalità cardiaca).

Pertanto, la dedotta irrisorietà dei costi per la sicurezza esposti dall’aggiudicataria, anche ove effettivamente ravvisabile, si appalesa in ogni caso irrilevante, non potendo la stazione appaltante comminarle la sanzione espulsiva, ma, al più e se del caso, chiederle di emendare l’errore e comunicare il reale ammontare di tali oneri, trattandosi di un dato di bilancio che in nulla ha inciso sul prezzo del prodotto offerto in gara.

4. Con il III) motivo AAA si lagna dell’omessa verifica facoltativa di congruità dell’offerta vittoriosa, che, a suo dire, si appaleserebbe anomala per il ribasso del 21,39% (a fronte del proprio ribasso dell’1,14%), nonché in ragione dell’esiguità degli oneri per la sicurezza e della mancanza dei costi del personale.

La censura è priva di pregio.

Ai sensi dell’art. 97, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016, al di fuori delle ipotesi di verifica obbligatoria (nella specie non ricorrenti), la stazione appaltante può comunque valutare la congruità dell’offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

Secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, la verifica di anomalia, nei casi in cui non sia obbligatoria, costituisce una facoltà dell’Amministrazione, espressione di un apprezzamento ampiamente discrezionale. Pertanto, la determinazione di non attivare il procedimento di verifica facoltativa dell’anomalia dell’offerta risultata vin-

citrice della gara non richiede un'espressa motivazione e risulta sindacabile dal giudice amministrativo soltanto in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto (in argomento cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. III, 21 gennaio 2022, n. 410; C.G.A. Reg. Sic., sez. giur., 12 gennaio 2022, n. 32; Cons. St., sez. III, 3 luglio 2015, n. 3329; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-ter, 3 marzo 2021, n. 2602).

Nel caso in esame, nessuno degli elementi di asserita criticità lamentati dalla ricorrente si rivela sufficiente a manifestare una chiara illogicità della scelta compiuta dalla resistente di ritenere attendibile e congrua l'offerta di Curium Italy s.r.l. e, quindi, di non procedere ad una specifica valutazione circa la sua possibile anomalia.

Infatti, come illustrato nei precedenti §§ 2 e 3, trattandosi di mera fornitura senza posa, gli oneri della manodopera non formavano oggetto di separata indicazione, mentre quelli per la sicurezza non hanno inciso sul corrispettivo (sì che, come si è detto, la loro eventuale insufficienza avrebbe potuto al massimo giustificare una rettificazione degli stessi).

Per quanto concerne il prezzo praticato dall'aggiudicataria, già in linea generale si osserva che il divario rispetto al ribasso proposto dalla deducente non può di per sé scalfire la serietà ed affidabilità dell'offerta, atteso il noto principio pretorio secondo cui il mero raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrare l'ingongruità di una di esse (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2022, n. 854; Cons. St., sez. V, 8 gennaio 2021, n. 295; Cons. St., sez. V, 28 gennaio 2019, n. 690; T.A.R. Liguria, sez. I, 17 febbraio 2022, n. 137; T.A.R. Umbria, sez. I, 21 ottobre 2020, n. 464).

Nello specifico caso che ci occupa, poi, Curium Italy s.r.l. ha presentato in gara le schede tecniche del prodotto farmaceutico, che è regolarmente munito del necessario codice A.I.C. rilasciato dall'Agenzia italiana del farmaco e la cui qualità non è stata oggetto di contestazione da parte della ricorrente.

Donde l'insussistenza di profili di irragionevolezza o illogicità della decisione della stazione appaltante di non avvalersi della facoltà di procedere a verifica di anomalia.

5. In relazione a quanto precede, il ricorso si appalesa infondato e va, quindi, rigettato.

6. Le spese seguono, come di regola, la soccombenza e sono liquidate in dispositivo in favore della Regione Liguria e della controinteressata Curium Italy s.r.l., mentre possono essere compensate nei confronti di A.Li.Sa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna Advanced Accelerator Applications (Italy) s.r.l. al pagamento delle spese di giudizio in favore della Regione Liguria e della controinteressata Curium Italy s.r.l., liquidandole forfettariamente nell'importo di € 2.500,00 (duemilacinquecento//00) per ciascuna, oltre accessori di legge. Compensa le spese medesime nei confronti di A.Li.Sa.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 22 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Angelo Vitali, Consigliere

Liliana Felletti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Liliana Felletti

IL PRESIDENTE
Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI