

Appalti

Procedura negoziata senza pubblicità? Legittima solo se l'oggetto dell'appalto è infungibile

di Roberto Mangani

06 Dicembre 2022

Il caso, afferma il Tar Piemonte, rappresenta un'eccezione alle regole sulla concorrenza, che la stazione appaltante deve accertare e poi motivare nella delibera a contrarre

Il ricorso alla procedura negoziata senza preventiva pubblicità ai sensi dell'articolo 63, comma 2, lettera b) del D.lgs. 50/2016 – e cioè nel caso in cui la concorrenza sia assente per motivi tecnici – presuppone che la fornitura oggetto di affidamento sia effettivamente infungibile. Trattandosi di un'eccezione alla regola della gara, occorre che l'infungibilità sia debitamente accertata e motivata nella determina a contrarre dell'ente appaltante, nel rispetto dei principi generali della disciplina dei contratti pubblici. Nel caso frequente in cui l'accertamento dell'effettiva infungibilità del prodotto o del servizio oggetto di affidamento dipenda da valutazioni di tipo tecnico, assume valore dirimente il contributo richiesto dal giudice a un esperto attraverso l'istituto della verifica. Tale istituto differisce dalla consulenza tecnica di ufficio e tuttavia deve rispettare nelle sue modalità di svolgimento – ancorché ciò non sia esplicitamente previsto dalle relative norme del Codice del processo amministrativo – alcuni principi dettati per quest'ultima, primo tra tutti il principio del contraddittorio. Queste le principali affermazioni contenute nella sentenza del Tar Piemonte, Sez. I, 29 novembre 2022, [n.1047](#), che puntualizza alcuni profili tipici della procedura negoziata utilizzabile in caso di unicità e infungibilità del prodotto da acquisire e risulta particolarmente interessante per le considerazioni in tema di verifica.

Il fatto

Un'Azienda Ospedaliera autorizzava con apposita Determina l'avvio di una procedura negoziata senza preventiva pubblicità ai sensi dell'articolo 63, comma 2, lettera b) del D.lgs. 50 per la fornitura in esclusiva di un medicinale (farmaco) per la conservazione di organi, commercializzato in via esclusiva da un fornitore determinato. Veniva quindi richiesta specifica offerta al fornitore e stipulato con lo stesso il relativo contratto. Successivamente un altro operatore del medesimo settore di mercato proponeva ricorso davanti al giudice amministrativo chiedendo l'annullamento dell'aggiudicazione e l'inefficacia del contratto ovvero, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente. Il ricorrente rappresentava di essere un'azienda farmaceutica titolare tra l'altro di un prodotto da ritenere del tutto assimilabile a quello oggetto della procedura negoziata. A riprova di

questa affermazione evidenziava che la FDA (Food and Drug Administration) aveva riconosciuto e certificato la piena equivalenza e sovrapponibilità tra i due prodotti. In relazione a tale certificata equivalenza il ricorrente contestava la scelta dell'Azienda Ospedaliera di ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicità, ritenendo che mancasse il relativo presupposto. Il giudice amministrativo disponeva una verifica tecnica, chiedendo al verificatore di accertare se effettivamente vi fosse equivalenza tra i due prodotti. Veniva quindi depositata la relativa relazione di verifica.

La verifica

Il ricorrente ha lamentato che il verificatore non avesse coinvolto ai fini della redazione della relazione i consulenti di parte, ledendo così il principio del contraddittorio. Per analizzare e rispondere a questa censura il giudice amministrativo opera una ricostruzione dei caratteri dell'istituto della verifica. Quest'ultimo è un mezzo istruttorio tipico del processo amministrativo che viene utilizzato nel caso di particolare complessità tecnica delle questioni oggetto del giudizio. Secondo il prevalente indirizzo giurisprudenziale, si tratterebbe di un accertamento tecnico di natura non valutativa, ponendosi su un piano meramente conoscitivo. Sotto questo profilo, si distinguerebbe quindi dalla consulenza tecnica, che presuppone un giudizio tecnico di natura strettamente valutativa. La stessa giurisprudenza riconosce al giudice amministrativo la facoltà di discostarsi dalle risultanze della verifica, pur richiedendo un'adeguata motivazione in merito alle ragioni del dissenso.

Ciò detto a livello di inquadramento generale, il Codice del processo amministrativo non prevede in relazione alla verifica tutte le regole a tutela del contraddittorio che sono invece contemplate per la consulenza tecnica. Tuttavia una parte della giurisprudenza, pur in mancanza del dato normativo, ha esteso alla verifica le garanzie minime del contraddittorio previste per la consulenza tecnica, specie laddove la stessa sia richiesta dal giudice. Il Tar Piemonte, nell'aderire a questo orientamento giurisprudenziale, offre peraltro una lettura sostanziale del principio del contraddittorio. Quest'ultimo deve ritenersi rispettato anche in mancanza di un formale confronto tra le parti, a condizione che le osservazioni e gli apprezzamenti del verificatore siano stati tempestivamente conosciuti dalle parti e queste ultime, a loro volta, abbiano potuto fornire le loro osservazioni e il loro apporto ai fini della decisione del giudice.

L'infungibilità del prodotto

Nel merito il ricorrente – come detto – ha contestato la legittimità nel caso di specie del ricorso alla procedura negoziata senza pubblicità, non ritenendo sussistente il presupposto della infungibilità del prodotto oggetto di fornitura. Infatti, dalla tabella di comparazione – riportata nella dichiarazione della FDA - tra il prodotto acquisito dall'Azienda Ospedaliera e quello rientrante nella disponibilità del ricorrente, emergerebbe la totale sovrapponibilità tra i due prodotti, caratterizzati


dal medesimo meccanismo di azione e dalle stesse proprietà tecniche. Questa condizione di totale sovrapponibilità comporterebbe che il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicità, in mancanza dei relativi presupposti, avrebbe comportato la violazione, oltre che delle specifiche disposizioni sull'affidamento dei contratti pubblici, anche dei principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa. Ciò anche in relazione al fatto che attraverso l'ordinario confronto concorrenziale l'Azienda Ospedaliera avrebbe potuto ottenere la fornitura a un prezzo inferiore a quanto effettivamente pagato. Queste contestazioni sono state respinte dal giudice amministrativo. Quest'ultimo parte da un'assunto di base: l'Azienda Ospedaliera intendeva acquisire una soluzione per la conservazione degli organi che fosse classificata come farmaco e non come dispositivo medico. Ha ritenuto quindi che tale prodotto potesse essere acquisito solo da un operatore determinato, che ne aveva la distribuzione in esclusiva.

Al riguardo, il Tar Piemonte ricorda che nel caso della fornitura di prodotti infungibili il legislatore sia comunitario che nazionale ritengono legittima la deroga alla regola della gara e il conseguente ricorso alla procedura negoziata diretta con un solo operatore redeterminato. Ciò in quanto, a fronte di un unico operatore in grado di fornire quel determinato prodotto, l'esito dell'eventuale gara risulterebbe scontato, risolvendosi quindi in una perdita di tempo e di risorse. Naturalmente, trattandosi appunto di una deroga alla regola della gara, occorre che l'infungibilità del prodotto sia effettiva e soprattutto sia debitamente accertata e documentata dall'ente appaltante. Quest'ultimo ne deve dare evidenza già nella determina a contrarre, offrendo un'adeguata motivazione delle ragioni a supporto dell'affermata infungibilità. Questa impostazione ha trovato conferma anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE, secondo cui la procedura negoziata senza preventiva pubblicità, proprio in ragione del suo carattere di eccezionalità, richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, che vanno accertati e dimostrati dall'ente appaltante che decide di ricorrervi, attraverso un'interpretazione rigorosa e restrittiva.

Nell'ambito di questi vincoli, la valutazione che deve compiere la stazione appaltante è comunque caratterizzata da un significativo grado di discrezionalità, ed è sindacabile dal giudice amministrativo solo se irragionevole, illogica, arbitraria o basata su un travisamento dei fatti, e comunque non sorretta da adeguata motivazione. Nel caso di specie, la decisione assunta dall'Azienda Ospedaliera e la motivazione che la sorregge appaiono esenti dai vizi indicati. E' infatti incontestato che la stazione appaltante, per ragioni ampiamente illustrate nell'istruttoria, intendeva acquistare un farmaco con determinate caratteristiche, e non un dispositivo medico, che ha natura e caratteri diversi. Come emerge anche dalla relazione di verifica, solo il prodotto offerto dal soggetto con cui è stata condotta la procedura negoziata e successivamente concluso il contratto è classificato come farmaco, mentre il prodotto nella disponibilità del ricorrente è classificato come dispositivo medico. Questa classificazione non è indifferente, poiché essa determina l'applicazione di

una regolamentazione e di un regime giuridico diverso.

In questo senso depongono anche le conclusioni che emergono dalla relazione di verifica, cui il giudice amministrativo si rimette senza alcuna necessità di ulteriore approfondimento. E ciò in applicazione del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui il giudice, quando aderisce alle conclusioni del verificatore (o del consulente tecnico) che nella sua relazione abbia tenuto conto anche dei rilievi dei consulenti di parte, replicandovi adeguatamente, esaurisce l'obbligo di motivazione attraverso il mero rinvio ai contenuti di detta relazione. La conclusione è quindi consequenziale: a fronte della non equivalenza tra i due prodotti – come attestata dal verificatore – deve ritenersi legittima la decisione dell'Azienda Ospedaliera di ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicità per acquisire il prodotto di interesse dall'unico soggetto che ne aveva la disponibilità, ricorrendo al presupposto dell'assenza di concorrenza per motivi tecnici previsto dalla norma di riferimento.

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilssole24ore.com>]

Il Sole
24 ORE