



DELIBERA N. 268

30 marzo 2021

Fasc. Anac n. 3457/2019

Oggetto: Procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara per l'acquisto di farmaci e parafarmaci poste in essere nel periodo 2018/2020. Stazione appaltante: Consorzio Farmaceutico Intercomunale di Salerno.

Riferimenti normativi

Decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, art. 63

Parole chiave

Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara

Massima

La procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara disciplinata dall'art. 63 del d.lgs. 50/2016 costituisce una deroga alle regole dell'evidenza pubblica e può essere utilizzata soltanto nei casi tassativamente previsti dalla norma.

La determina a contrarre con la quale viene indetta la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara deve contenere una puntuale e specifica motivazione in ordine alla sussistenza dei presupposti applicativi dell'art. 63 del d.lgs. 50/2016.

VISTO

l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

VISTO

il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 ed il decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e successive modificazioni;

VISTO

il Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici adottato con delibera n. 803 del 4 luglio 2018, pubblicato in G.U.R.I. Serie Generale n. 241 del 16 ottobre 2018;

VISTA

la relazione dell'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture

Premesse

Nell'esercizio delle funzioni di vigilanza e controllo sui contratti pubblici attribuite all'Autorità dall'art. 213 del d.lgs. 50/2016, è stata effettuata una ricerca sui dati acquisiti dalla Banca dati dei contratti pubblici (BDNCP). Tale ricerca ha consentito di individuare una serie di CIG acquisiti dal Consorzio Farmaceutico Intercomunale di Salerno (di seguito anche CFI) nel periodo 2017/2020 per l'affidamento, tramite procedure negoziate senza bando, in economia o cottimo fiduciario, della fornitura di farmaci e parafarmaci.

Al fine di valutare la sussistenza di margini per l'avvio dell'attività di vigilanza, l'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture, con note prot. n. 64224 del 6.8.2019 e n. 52324 del 10.7.2020 ha inviato al CFI delle richieste di documenti e informazioni utili ai sensi dell'art. 13 comma 4 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4 luglio 2018.

Il CFI ha riscontrato con note prot. n. 1606/2019, acquisita al prot. Anac n. 70209 del 9.9.2019 e n. 2157/2020, acquisita al prot. Anac n. 57520 del 28.7.2020.

Valutata la documentazione in atti, con nota prot. n. 61906 del 14.8.2020 inviata alla Stazione appaltante ed ai fornitori, l'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture ha avviato un'istruttoria ai sensi dell'art. 213 del d.lgs. 50/2016 e degli artt. 13 e seguenti del predetto Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza, al fine di verificare la legittimità delle procedure poste in essere dal Consorzio Farmaceutico Intercomunale di Salerno per l'acquisto di farmaci e parafarmaci nel periodo gennaio 2017/febbraio 2020.

La società Corman ha formulato le proprie controdeduzioni con nota del 9.10.2020, acquisita al prot. Anac n. 74683 del 12.10.2020.

La società Teva Italia S.r.l., con nota del 21.10.2020, acquisita al prot. Anac n. 78179 del 21.10.2020 ha comunicato di non aver partecipato a nessuna procedura negoziata indetta dal CFI di Salerno.

A seguito di lettera di sollecito il CFI di Salerno ha formulato le proprie controdeduzioni con nota prot. 636 del 1.3.2021, acquisita al prot. Anac n. 17306 del 1.3.2021.

In base all'istruttoria effettuata è emerso conclusivamente quanto segue.

Fatto

1. Gara di rilevanza comunitaria andata deserta

Il CFI è un consorzio di comuni costituito ai sensi dell'art. 31 del d.lgs. n.267/2000 che gestisce per conto dei Comuni consorziati e per quelli che hanno sottoscritto apposita convenzione, n. 18 farmacie pubbliche (19 fino al 31.12.2019) nel territorio della provincia di Salerno.

A seguito di determina a contrarre n. 1160 del 28.6.2018, con bando di gara del 10 agosto 2018 il CFI ha indetto una procedura di gara aperta ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 50/2026, con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, per la fornitura ordinaria, per tre anni, di farmaci, parafarmaci e altri generi vendibili dal CFI (in particolare specialità medicinali, farmaci SOP, OTC, veterinari, omeopatici, fitoterapici, farmaci stupefacenti di cui al d.p.r. 309/90 e alla legge 49/2006, preparazioni galeniche, prodotti dietetici, sostanze per preparazioni magistrali, parafarmaci, P.M.C., cosmetici e altri generi vendibili in farmacia, nonché dei servizi connessi).



La gara veniva suddivisa in due lotti:

- lotto n. 1 (CIG 754852363C) di importo stimato pari a € 21.000.000,00 oltre Iva;
- lotto n. 2 (CIG 754853829E) di importo stimato pari a € 15.000.000,00 oltre Iva.

L'importo stimato a base di gara veniva calcolato in € 57.600.000,00 comprendente i tre anni di fornitura e l'opzione di rinnovo per un anno pari al 30% del valore di ciascun lotto.

Il bando di gara veniva inviato in GUCE in data 7 agosto 2018 e pubblicato nella GURI, nel sito istituzionale del CFI, su due quotidiani a diffusione nazionale e su due quotidiani a diffusione locale.

Nel termine del 24 settembre 2018 non perveniva nessuna offerta, per cui il CFI, in data 26 settembre 2018 emanava il verbale di asta deserta.

2. Procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara

2.1. Con decreto a contrarre n. 954 del 22.5.2018 il CFI ha proceduto all'affidamento tramite procedura negoziata senza bando per estrema urgenza ai sensi dell'art. 63 comma 2 lett. c) del d.lgs. 50/2016 della fornitura ordinaria di farmaci, parafarmaci e altri generi vendibili nelle sedi gestite dallo stesso CFI¹ per un anno, alle seguenti società:

- Alliance Healthcare Italia Distribuzione S.p.A. per un importo di € 200.000,00;
- Farvima Medicinali S.p.A. per un importo di € 4.999.999,99

Per un totale di € 5.199.999,00 oltre Iva.

Parallelamente, ha integrato l'approvvigionamento dei prodotti farmaceutici attraverso acquisti effettuati direttamente presso le aziende farmaceutiche produttrici.

2.2. Con decreto a contrarre n. 955 del 22.5.2018 il CFI ha infatti proceduto all'affidamento, mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando ai sensi dell'art. 63, co. 2, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016 (tutela di diritti esclusivi), della fornitura di farmaci presso le aziende farmaceutiche:

- Boeringher per un importo di € 70.000,00;
- Corman per un importo di € 50.000,00;
- Recordati per un importo pari a € 100.000,00;
- Teva per un importo pari a € 149.999,99

per un totale di € 369.999,99 oltre Iva.

2.3. Con Decreto a contrarre n. 120 del 22.1.2019 il CFI ha proceduto ad un nuovo affidamento, tramite procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando, per gara andata deserta ai sensi dell'art. 63 comma 2 lett. a) del d.lgs. 50/2016, della fornitura ordinaria di farmaci, parafarmaci e altri generi vendibili nelle sedi gestite dal Consorzio Farmaceutico Intercomunale e servizi connessi, per un anno, alle società:

¹ Si tratta in particolare di specialità medicinali, farmaci SOP, OTC, veterinari, omeopatici, fitoterapici, farmaci stupefacenti di cui al D.P.R. 309/90 e alla Legge 49/2006, preparazioni galeniche, prodotti dietetici, sostanze per preparazioni magistrali, parafarmaci, P.M.C., cosmetici e altri generi vendibili in farmacia e dei servizi connessi.

- Alliance Healthcare Italia Distribuzione S.p.A. per un importo di € 2.000.000,00
 - Farvima Medicinali S.p.A. per un importo di € 4.999.999,99
- per un totale di € 5.199.999,00 oltre Iva.

Anche in questo caso ha parallelamente integrato l'approvvigionamento dei prodotti farmaceutici attraverso acquisti effettuati direttamente presso le aziende farmaceutiche produttrici.

2.4. Infatti, con decreto a contrarre n. 121 del 22.1.2019 il CFI ha proceduto all'affidamento della fornitura di farmaci, tramite procedura negoziata senza bando per tutela di diritti esclusivi ai sensi dell'art. 63, co. 2, lett. b) del d.lgs. 50/2016 alle aziende farmaceutiche:

- Boeringher per un importo di € 70.000,00;
- Recordati per un importo di € 1.000.000,00;
- Teva per un importo di € 149.999,99

per un totale di € 1.299.998 oltre Iva.

2.5. Con determinazione a contrarre n. 115 del 10.1.2020 il CFI ha nuovamente proceduto all'affidamento, tramite procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando per gara andata deserta ai sensi dell'art. 63 comma 2 lett. a) del d.lgs. 50/2016, della fornitura ordinaria di farmaci, parafarmaci e altri generi vendibili nelle sedi gestite dal Consorzio Farmaceutico Intercomunale e servizi connessi, per un anno, alla Farvima Medicinali S.p.A. per un importo massimo di € 2.000.000,00 (CIG 81695459CC).

2.6. In pari data, con determinazione a contrarre n. 116 del 10.1.2020 il CFI ha proceduto all'affidamento, tramite procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando, per gara andata deserta ai sensi dell'art. 63, co. 2, lett. a) del d.lgs. 50/2016, della fornitura di farmaci, parafarmaci e altri generi vendibili nelle farmacie comunali gestite dal Consorzio Farmaceutico Intercomunale alla società Alliance Healthcare Italia Distribuzione S.p.A. fino alla concorrenza massima di € 2.000.000,00 (CIG 81695849FB).

Nella determina a contrarre si rappresenta che l'approvvigionamento verrà integrato tramite acquisizione dei prodotti farmaceutici direttamente dalle aziende farmaceutiche produttrici.

Diritto

1. Dalla ricostruzione in fatto emerge che il CFI, periodo gennaio 2017/febbraio 2020, ha proceduto all'acquisto di farmaci, altri prodotti e servizi, esclusivamente tramite procedure negoziate senza bando ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. 50/2016.

Relativamente a tale procedura, l'Autorità sulla scorta della giurisprudenza, ha più volte rappresentato come la procedura negoziata senza bando disciplinata dall'art. 63 del d.lgs. 50/2016 costituisca una deroga alle regole dell'evidenza pubblica e possa essere utilizzata soltanto nei casi tassativamente previsti dalla norma, trattandosi di disciplina di stretta interpretazione.

La scelta di tale modalità di affidamento, in quanto derogatoria dell'evidenza pubblica, richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi



restrittivamente, ed è onere dell'amministrazione committente dimostrarne l'effettiva esistenza (Delibere Anac n. 346 del 22.4.2020, n. 447 del 27.5.2020, Linee guida n. 8 approvate con Delibera n. 950/2017).

Inoltre, ai sensi del comma 6 dell'art. 63 del d.lgs. 50/2016, in tutti i casi di adozione di procedura negoziata senza bando la stazione appaltante deve verificare l'impossibilità a ricorrere a fornitori o soluzioni alternative attraverso indagini di mercato, dando puntuale riscontro, nella determina a contrarre, degli esiti della consultazione preliminare di mercato e delle conclusioni che conducono a ritenere infungibile la fornitura o il servizio oggetto di affidamento (cfr. Delibera Anac n. 660 del 18 luglio 2018).

2. Per quanto attiene alla **procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara per estrema urgenza**, in base alla previsione normativa di cui all'art. 63 comma 2 lett. c) del d.lgs. 50/2016 le amministrazioni aggiudicatrici possono ricorrere a tale procedura «nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici».

Sia l'Autorità che la giurisprudenza amministrativa hanno avuto modo di pronunciarsi sul presupposto dell'estrema urgenza, precisando che l'urgenza prevista dalla norma deve essere qualificata, connotata cioè da speciali caratteristiche che non la rendano compatibile con i tempi imposti dalle ordinarie procedure di evidenza pubblica. In particolare, lo stato di necessità deve essere caratterizzato da eventi imprevedibili per la stazione appaltante, corrispondenti a situazioni eccezionali e contingenti. Inoltre, l'urgenza di provvedere non deve essere addebitabile in alcun modo all'amministrazione per carenza di adeguata organizzazione o programmazione, ovvero per sua inerzia o responsabilità (Delibere n. 1098 del 25 ottobre 2017; n. 305 del 10 aprile 2019).

Nel caso di specie, il CFI ha adottato la procedura negoziata per estrema urgenza con decreto a contrarre n. 954 del 22.5.2018 effettuando un affidamento per un importo totale di € 5.199.999,00 oltre Iva alla Alliance Healthcare Italia Distribuzione S.p.A. ed alla Farvima Medicinali S.p.A.

Il ricorso a tale procedura viene motivata con la necessità, nelle more dell'espletamento della nuova procedura di gara, di garantire la fornitura quotidiana dei farmaci, dei prodotti e dei servizi connessi oggetto della gara aperta, per il regolare approvvigionamento delle farmacie comunali. Come evidenziato nella parte in fatto, la procedura di gara aperta è stata poi indetta il successivo 28 giugno 2018.

Nella comunicazione di avvio dell'istruttoria è quindi stato rilevato come in base alla determina a contrarre non emergessero i presupposti dell'estrema urgenza come individuati dall'art. 63 comma 2 lett. c) del d.lgs. 50/2016.

In base alla stessa determina a contrarre, inoltre, le due società affidatarie risultavano già fornitrici dell'ente.

Nella comunicazione di avvio dell'istruttoria è stato chiesto inoltre al CFI di chiarire in esito a quali procedure di affidamento le due società risultavano già fornitrici del CFI e le motivazioni del disallineamento tra la scadenza dei precedenti contratti e l'indizione della nuova gara a giugno 2018, per cui, per proseguire senza soluzione di continuità l'approvvigionamento di farmaci per un ulteriore anno, il CFI si è visto costretto a ricorrere alla procedura negoziata senza bando per ragioni di estrema urgenza.

Controdeduzioni

Il CFI nelle controdeduzioni ha chiarito preliminarmente che le farmacie comunali gestite dal Consorzio Farmaceutico Intercomunale sono articolazioni dirette del Sistema Sanitario Regionale e quindi, costituiscono presidi socio-sanitari territoriali a tutela del diritto alla salute dei cittadini, che necessitano per il loro funzionamento e per il soddisfacimento quotidiano dei bisogni dell'utenza di fornitura collettiva permanente di specialità medicinali, veterinari, omeopatici, fitoterapici, farmaci stupefacenti di cui al d.p.r. 309/1990 e legge n. 49/2006, preparazioni galeniche, prodotti dietetici, sostanze per preparazioni magistrali, parafarmaci, P.M.C., cosmetici e altri articoli dispensabili in farmacia.

Nel merito, il CFI ha chiarito che il precedente fornitore grossista individuato a seguito di procedura di gara aperta aveva ceduto un proprio ramo di azienda ad altra società che per effetto della suddetta cessione, è subentrata nel contratto di fornitura con il CFI. Successivamente, in base a quanto affermato dal CFI, il fornitore grossista dapprima iniziò a ridurre drasticamente le forniture presso le farmacie comunali gestite dal CFI e, all'improvviso, le interruppe definitivamente, costringendo il Consorzio a rivolgersi con urgenza ad altri fornitori.

In tale contesto, scaturente dall'improvvisa interruzione della fornitura, il CFI ha proceduto all'affidamento d'urgenza della stessa ai due fornitori grossisti resisi disponibili, Alliance Healthcare e Farvima, in attesa di verificare le condizioni per il ripristino del rapporto contrattuale interrotto.

Preso atto dell'impossibilità di recuperare il rapporto con il precedente fornitore, il CFI ha quindi provveduto con decreto a contrarre n. 954 del 22.5.2018 all'indizione di una nuova gara, disponendo, nelle more del perfezionamento degli atti di gara e dell'espletamento della procedura, all'affidamento della fornitura ai grossisti Alliance e Farvima, riservandosi espressamente la facoltà di risolvere i contratti di fornitura, della durata stimata di mesi 12, qualora l'aggiudicazione della nuova procedura di gara fosse intervenuta prima della scadenza prevista dal suddetto provvedimento o nel caso in cui fosse stata attivata Convenzione Consip a migliori condizioni.

Valutazioni

Si prende atto di quanto dichiarato dal CFI in merito all'interruzione della fornitura da parte del precedente fornitore. Si rileva tuttavia che tali circostanze non sono state esplicitate nella determina a contrarre n. 954 del 22 maggio 2018, nella quale l'affidamento diretto è giustificato da uno stato di necessità non collegato a specificati eventi imprevedibili, ma unicamente al fatto di dover garantire le forniture ed assicurare la regolare continuità del servizio pubblico farmaceutico nelle more dell'espletamento della nuova procedura di gara, che tra l'altro non era stata ancora indetta (la determina a contrarre verrà emanata il successivo 28 giugno 2018).



Il CFI non ha inoltre chiarito a che titolo i grossisti Alliance e Farvima fossero già fornitori dello stesso ente ed a quando risalgono le vicende relative all'interruzione della precedente fornitura. Si confermano, pertanto, i rilievi contenuti nella comunicazione di avvio dell'istruttoria.

3. Relativamente alle **procedure negoziate per precedente gara andata deserta** poste in essere ai sensi dell'art. 63 comma 2 lettera a) del d.lgs. 50/2016, per quanto riguarda il primo affidamento, avvenuto con decreto a contrarre n. 120 del 22 gennaio 2019 a fronte del verbale di asta deserta del 26 settembre 2018, dalla determina a contrarre non emerge se il CFI si sia documentato sulle cause della gara deserta, cercando di comprendere i motivi del disinteresse da parte degli operatori economici (ad esempio dovuti all'entità della base d'asta, quantità e qualità della fornitura e dei servizi connessi o altri fattori che potrebbero aver contribuito all'insuccesso della procedura).

Nella comunicazione di avvio dell'istruttoria era stato rilevato come non apparisse adeguatamente motivato il nuovo utilizzo della procedura negoziata per precedente gara andata deserta a gennaio 2020, con determinazione a contrarre n. 115 del 10.1.2020, facendo richiamo al verbale di asta deserta del 26 settembre 2018 emanato più di un anno e mezzo prima, senza che nel frattempo fosse stata indetta una nuova procedura di gara.

Nella determina a contrarre n. 115/2020 la mancata indizione della gara è giustificata inoltre dalla comunicazione della volontà di recedere da parte del Comune di Scafati con conseguente perdita di n. 5 farmacie e dall'interruzione della gestione da parte del CFI della farmacia del Comune di Lioni.

Vi era inoltre la singolarità del fatto che i due precedenti fornitori (Alliance e Farvima) non avessero partecipato alla procedura ad evidenza pubblica, ma avessero accettato di eseguire il servizio, seppure per una durata di un anno, alle condizioni stabilite negli atti di gara approvati con il decreto a contrarre prot. 1160/2018.

Controdeduzioni

Nelle controdeduzioni il CFI, relativamente alla mancata partecipazione dei due precedenti fornitori (Alliance e Farvima) alla procedura ad evidenza pubblica ed all'accettazione degli stessi di eseguire il servizio alle condizioni stabilite negli atti di gara, approvati con il decreto n. 1160/2018, seppure per una durata di un anno, ha ipotizzato che le ragioni possano essere ricercate nella durata pluriennale dell'appalto a fronte di una prospettiva di possibile diminuzione del volume del fatturato. Infatti, nel mese di febbraio 2018 l'Assemblea dei Sindaci dei comuni consorziati ha modificato lo statuto del CFI, introducendo la facoltà di recesso da parte di ciascun comune aderente con preavviso di un solo anno. Vi era quindi la possibilità che il numero delle farmacie destinatarie della fornitura potesse subire da un anno all'altro una significativa contrazione, con conseguente riduzione dei margini di profitto quantificati inizialmente secondo criteri di economia di scala applicati ad una struttura articolata in 18 sedi farmaceutiche.

Sul punto, le due aziende non hanno formulato controdeduzioni.

Relativamente alle procedure negoziate per la precedente gara andata deserta, il CFI ha evidenziato come il recesso dalla convenzione da parte del Comune di Scafati e l'interruzione della

gestione della farmacia comunale del Comune di Lioni² abbiano inciso in maniera significativa sulla struttura organizzativa e sulle dinamiche di gestione del Consorzio. Inoltre, hanno avuto riflesso anche sulla possibilità della programmazione del volume degli acquisiti di farmaci, parafarmaci e altri generi vendibili in farmacia (vi è stata una riduzione di circa 1/3 delle farmacie da gestire, da 19 a 13), determinando l'aumento dei fattori di incertezza che avevano già fatto andare deserta la precedente procedura di gara e la necessità di una verifica preliminare dell'assestamento del fatturato del Consorzio, alla luce delle predette modifiche della compagine consortile anche ai fini della quantificazione del valore dei lotti da mettere a gara, oltre che della durata dell'appalto.

Valutazioni

Si ritiene che il recesso da parte del Comune di Scafati (avvenuto tra l'altro nel 2018) e l'interruzione della gestione da parte del CFI della farmacia del Comune di Lioni, nonché le intervenute modifiche statutarie in tema di preavviso, non possano giustificare la carenza di programmazione degli acquisti e delle attività di gara, che non ha consentito di garantire il regolare e tempestivo avvicendamento degli affidatari tramite una procedura ad evidenza pubblica.

A riguardo il CFI, dal 2018 alla data odierna, non ha ancora indetto una procedura di gara aperta per la fornitura di farmaci, parafarmaci e servizi connessi, pur avendo dichiarato nelle controdeduzioni che la stessa verrà indetta a breve, suddivisa in due lotti di importo molto inferiore a quelli oggetto della procedura di gara andata deserta e per la durata di soli 12 mesi.

Tramite la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici è stato inoltre possibile verificare che il sistema di affidamento diretto, tramite procedura negoziata senza bando, sia in favore dei grossisti che delle case produttrici, di forniture di valore sopra soglia comunitaria, si è protratto per tutto il 2020 ed è proseguito anche nel 2021.

Tali circostanze fanno deporre che le procedure negoziate senza bando siano state indette anziché per la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 63 comma 2 lettera a) del d.lgs. 50/2016, per una carenza di programmazione degli acquisti di beni e servizi, obbligatoria per quelli di valore pari o superiore a 40mila euro, in base all'art. 21 del d.lgs. 50/2016 ed al d.m. n. 14 del 16.1.2018 (in precedenza anche l'art. 1 comma 505 della legge 208/2015 aveva previsto l'obbligo di programmazione degli acquisti di beni e servizi di importo stimato unitario superiore ad un milione di euro).

A riguardo si evidenzia che la programmazione costituisce uno strumento fondamentale per l'ottimizzazione delle risorse e la razionalizzazione degli acquisti delle stazioni appaltanti.

La programmazione degli acquisti di beni e servizi costituisce infatti concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa ed è funzionale

² Il Comune di Scafati, titolare di 5 farmacie pubbliche gestite dal CFI, nel mese di settembre 2018 ha comunicato la propria volontà di recesso dal Consorzio. L'Assemblea dei Sindaci dei comuni aderenti al CFI ha preso atto della volontà di recesso dal Consorzio da parte del predetto ente locale, avviando le procedure per il trasferimento al predetto comune delle farmacie (verbale n. 76 del 4.12.2018).

L'Assemblea dei Sindaci dei comuni aderenti al CFI, inoltre, nella seduta del 3.10. 2019 ha approvato una modifica della convenzione sottoscritta per la gestione della farmacia del Comune di Lioni, per effetto della quale il CFI a decorrere dal 1.1.2020, non ha gestito più la predetta farmacia comunale (verbale n. 79 del 3.10.2019).



a garantire una visione di insieme dell'intero ciclo di realizzazione degli approvvigionamenti, migliorando le chance di un'efficiente gestione degli stessi, a partire dall'individuazione dei fabbisogni fino alla verifica del corretto svolgimento della prestazione (Determinazione Anac n. 5 del 6.11.2013; deliberazione Anac AG32/2015/AP del 13.5.2015)

4. Come evidenziato nella parte in fatto, il CFI, per integrare la fornitura affidata ai grossisti, con decreti a contrarre n. 955 del 22.5.2018 e n. 121 del 22.1.2019, ha posto in essere due procedure negoziate senza bando affidate alle aziende farmaceutiche produttrici Boeringher, Corman, Recordati e Teva, **motivate dalla tutela di diritti esclusivi ex art. 63 comma 2 lett. b) del d.lgs. 50/2016.**

Controdeduzioni

A riguardo il CFI nelle controdeduzioni ha evidenziato come le suddette aziende farmaceutiche siano titolari esclusive dei brevetti e/o dell'autorizzazione all'immissione in commercio dei prodotti commercializzati con i rispettivi marchi. Per tali circostanze praticerebbero quindi oggettive condizioni di vendita molto vantaggiose rispetto a quelle che possono praticare tutti i fornitori grossisti non diretti produttori, in ragione dell'assenza di soggetti intermediari.

La motivazione di tali affidamenti risiede quindi nella valutazione in concreto del mercato interessato e delle dinamiche che lo caratterizzano, in quanto le farmacie all'atto della vendita dei prodotti possono solo proporre, ma mai disporre un farmaco c.d. equivalente al cittadino/utente/consumatore il quale ha il diritto di richiedere una specifica referenza anche con l'indicazione dei marchi. La peculiarità delle modalità di erogazione del servizio farmaceutico (che coinvolge il diritto alla salute dei cittadini e la libertà di scelta di questi in ordine alle modalità di curarsi) in uno alla necessità di evitare che il mancato riscontro delle legittime ed insindacabili richieste dei cittadini relative a referenze ad alta rotazione determini un automatico calo di fatturato costituisce, pertanto, la condizione logica, prima che giuridica che impedisce il ricorso alla comparazione per mancanza di alternative praticabili in concreto sia con riferimento alle condizioni economiche sia con riferimento all'infungibilità dei prodotti.

La società Corman nelle controdeduzioni ha evidenziato che una parte dei prodotti forniti al CFI sono brevettati da società terze ma distribuiti in via esclusiva da Corman S.p.A. sul territorio nazionale e dunque non vi sono prodotti analoghi commercializzati sul mercato nazionale, né sarebbe stato possibile reperirli in ragione del diritto di esclusiva per la distribuzione attribuito a Corman S.p.A., con conseguente impossibilità inoltre di richiederli direttamente al produttore. La società Corman ha evidenziato inoltre come in ogni caso, tali prodotti presenterebbero caratteristiche uniche rispetto ad analoghi prodotti commercializzati sul mercato da altri diversi produttori, tali da renderli dunque infungibili per la loro specifica funzione ed unici per il soddisfacimento della funzione richiesta dal CFI o dalle farmacie comunali facenti parte dell'Ente. Altri prodotti sono invece coperti da privativa industriale e/o brevettati dalla Corman S.p.A. e presentano caratteristiche uniche rispetto ad analoghi prodotti commercializzati sul mercato, tali da renderli dunque infungibili per la loro specifica funzione ed unici per il soddisfacimento della funzione richiesta dal Consorzio Farmaceutico Intercomunale di Salerno e/o dalle farmacie comunali facenti parte dello stesso.

La società Teva Italia S.r.l. ha dichiarato di non aver partecipato ad alcuna procedura negoziata indetta dal Consorzio Farmaceutico Intercomunale di Salerno, seppure nei decreti a contrarre n. 955/2018 e n. 121/2019 si faccia riferimento ad affidamenti di forniture all'“azienda farmaceutica TEVA”.

Valutazioni

Relativamente a tali affidamenti, come già evidenziato nella comunicazione di avvio dell'istruttoria, si rileva una carenza di motivazione in ordine alla sussistenza dei presupposti applicativi dell'art. 63 comma 2 lett. b) del d.lgs. 50/2016.

Infatti, nelle determine a contrarre, la scelta di tale procedura è motivata dal fatto che le aziende farmaceutiche sono titolari esclusive dei brevetti e/o dell'autorizzazione all'immissione in commercio dei farmaci prodotti e commercializzati con i rispettivi marchi, e praticerebbero oggettive condizioni di vendita molto vantaggiose rispetto alle condizioni di vendita dei fornitori grossisti non diretti produttori, stante l'assenza di soggetti intermediari.

A riguardo si deve rilevare che in ambito giurisprudenziale è stato più volte osservato come in caso di forniture e servizi caratterizzati da esclusività, la scelta di ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara richieda un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, ed è onere dell'amministrazione affidante dimostrarne l'effettiva esistenza (Cons. Stato, VI, 13.6.19, n. 3983; Cons. Stato III, 18.1.18, n. 310; Tar Lazio Roma 6.11.2019 n. 12735).

In proposito, l'Autorità, nelle Linee Guida n. 8 “Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili” approvate con delibera n. 950/2017, ha chiarito la differenza tra il concetto di infungibilità e quello di esclusività, che, per quanto rileva ai fini dell'affidamento ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. 50/2016, non sono da intendersi quali sinonimi. L'esclusiva attiene infatti all'esistenza di privative industriali, secondo cui solo il titolare di un diritto di esclusiva (brevetto) può sfruttare economicamente un certo prodotto o servizio, mentre un bene o servizio è infungibile se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno. Quindi, anche in presenza di un diritto esclusivo o di un brevetto potrebbero esistere distributori indipendenti o titolari di brevetti che possano offrire, in concorrenza tra loro, un determinato prodotto o servizio che possa parimenti soddisfare i bisogni dell'amministrazione. La stazione appaltante, pertanto, deve accertare i presupposti per ricorrere legittimamente alla procedura in esame, valutando il caso concreto alla luce delle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e debba motivare sul punto nella delibera o determina a contrarre o altro atto equivalente, nel pieno rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, ovvero dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

Ai sensi del comma 6 dell'art. 63 del d.lgs. 50/2016, la stazione appaltante deve quindi verificare l'impossibilità a ricorrere a fornitori o soluzioni alternative attraverso indagini di mercato, dando puntuale riscontro, nella determina a contrarre, degli esiti della consultazione preliminare di mercato e delle conclusioni che conducono a ritenere infungibile la fornitura o il servizio oggetto di affidamento (cfr. delibera n. 660 del 18 luglio 2018).



In altri termini, per poter addivenire alla prova dell'infungibilità del bene/o prestazione che intende acquisire, la stazione appaltante deve verificare se esista un mercato di riferimento tramite una consultazione preliminare fra più operatori economici, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione, selezionando l'affidatario tra almeno cinque operatori economici, se vi sono soggetti idonei in tale numero.

Con specifico riferimento agli acquisti in ambito sanitario, il Comunicato del Presidente del 28.03.2018 ha evidenziato come l'infungibilità, che legittima l'adozione della procedura negoziata senza bando ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. 50/2016, in deroga al principio generale dell'evidenza pubblica, descriva una condizione, logica prima che giuridica, che impedisce il ricorso alla competizione per mancanza di alternative praticabili in concreto. L'infungibilità si configura quindi laddove, per ragioni tecniche, di privativa industriale o di altra natura, non siano rinvenibili, sul mercato attuale, prodotti in grado di realizzare la funzione specifica attesa, e tale valutazione rientra nella responsabilità della stazione appaltante, che deve specificamente motivare sul punto la determina a contrarre.

Alla luce di quanto sopra soltanto gli affidamenti posti in essere dal CFI per l'acquisto di prodotti su cui esiste una privativa industriale potrebbero essere giustificati dall'utilizzo della procedura negoziata senza bando ai sensi dell'art. 63 comma 2 lett. b) del d.lgs. 50/2016.

Tuttavia, nei decreti a contrarre non sono stati indicati puntualmente i prodotti su cui vi sarebbe tale privativa, né è stata esplicitata una puntuale e rigorosa motivazione in ordine al fatto che nel mercato di riferimento non vi fossero prodotti in grado di realizzare quella funzione specifica.

Per quanto riguarda i farmaci con un determinato nome commerciale o brevetto, che possono essere richiesti dai clienti in luogo dei farmaci generici, l'approvvigionamento diretto dalle case produttrici, anziché dai grossisti con procedura ad evidenza pubblica, giustificato da condizioni di vendita più vantaggiose, non appare adeguatamente e puntualmente motivato. Nella scelta dell'approvvigionamento tramite procedura negoziata senza bando anziché tramite procedura ad evidenza pubblica, infatti occorre che il sacrificio del processo concorrenziale sia giustificato e compensato dai guadagni di efficienza o, più in generale, dai benefici che ne derivano in termini di qualità ed economicità dei servizi o dei beni forniti (Linee Guida Anac n. 8 adottate con delibera n. 950 del 13.9.2017).

5. Relativamente a tutte le procedure negoziate senza previa pubblicazione di bando di gara sopra descritte, poste in essere dal CFI da maggio 2018 a febbraio 2020, nella comunicazione di avvio dell'istruttoria era stata rilevata inoltre la violazione dell'art. 63 comma 6 del d.lgs. 50/2016, applicabile a tutte le tipologie di procedure negoziate senza bando di cui all'art. 63.

Infatti, nelle determine a contrarre non è presente idonea motivazione sulla verifica di soluzioni alternative rispetto a quelle offerte dai fornitori affidatari, né attraverso consultazioni preliminari di mercato (art. 66 del d.lgs. 50/2016) né attraverso indagini di mercato (art. 63 comma 6 del d.lgs. 50/2016). Tra l'altro, il mercato della fornitura di farmaci e parafarmaci è caratterizzato dalla presenza di una pluralità di operatori economici, che vi operano in concorrenza, sia per quanto riguarda i grossisti che le aziende farmaceutiche.

Pertanto, le procedure negoziate senza bando poste in essere dal CFI si sono concretizzate sostanzialmente in un affidamento diretto, senza l'espletamento di un seppur minimo confronto

concorrenziale che portasse ad individuare l'offerta tecnicamente ed economicamente migliore per la stazione appaltante.

Sul punto non sono state formulate controdeduzioni.

6. Relativamente all'obbligo di approvvigionamento di farmaci tramite Consip o altro Soggetto aggregatore ex art. 9 comma 3 d.l. 66/2015 e DPCM del 24 gennaio 2015 (e s.m.i.), con la prima nota di riscontro del 9 settembre 2019 il CFI ha chiarito fornendo la relativa documentazione, in coerenza a quanto dichiarato nelle determinazioni a contrarre, che fino a quel periodo non erano attive convenzioni Consip, e che non era stato possibile l'approvvigionamento tramite SO.RE.SA. in quanto la convenzione disponibile era rivolta ad enti del servizio sanitario Regionale.

Anche nelle successive determinazioni a contrarre n. 115 e 116/2020 si rappresenta che non sono attive convenzioni stipulate da Consip né sono attive convenzioni da parte di So.Re.Sa. S.p.A. , soggetto aggregatore per la Campania, aventi ad oggetto forniture comparabili.

CFI nelle controdeduzioni ha confermato l'assenza di iniziative relative alla fornitura di farmaci destinate a farmacie attive al momento degli affidamenti disposti dal CFI allegando il piano delle iniziative pubbliche 2017/2020, pubblicato nella sezione Soggetti Aggregatori del predetto sito, da cui emerge che la convenzione attiva per la fornitura dei farmaci per la Campania è stata attivata nel mese di dicembre 2020.

Il CFI ha dichiarato che in ogni caso le iniziative attivate sono incompatibili con le esigenze organizzative ed il fabbisogno del CFI; tali fattispecie di appalto, inoltre, avevano ad oggetto forniture e servizi non comparabili con quelli relativi alle procedure di approvvigionamento di interesse per il Consorzio, che prevedono, tra l'altro, tempi brevissimi di consegna dei medicinali e degli altri prodotti presso tutte le sedi farmaceutiche gestite (fino a due consegne quotidiane presso ciascuna sede), così come previsto, invece, nelle condizioni degli affidamenti disposti dal Consorzio.

Nel prendere atto di quanto sopra, si evidenzia che in base all'art. 1 comma 510 della legge 208/2015, le amministrazioni pubbliche obbligate ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni di cui all'articolo 26 della legge 448/1999 stipulate da Consip o dalle centrali di committenza regionali, possono procedere ad acquisti autonomi esclusivamente a seguito di apposita autorizzazione specificamente motivata resa dall'organo di vertice amministrativo e trasmessa al competente ufficio della Corte dei Conti, qualora il bene o il servizio oggetto di convenzione non sia idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali. Inoltre, l'inidoneità del bene o del servizio in convenzione presso Consip o soggetti aggregatori a soddisfare lo specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali deve essere adeguatamente specificato e motivato nella determinazione a contrarre. Tali circostanze non sono emerse in base al tenore dei decreti a contrarre.

Alla luce delle considerazioni che precedono,

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'adunanza del 30 marzo 2021



DELIBERA

- Il Consorzio Farmaceutico Intercomunale di Salerno, nel periodo 2018/2020, ha proceduto all'affidamento di appalti sopra la soglia di rilevanza comunitaria per la fornitura di farmaci, parafarmaci e altri generi vendibili dal CFI nonché dei servizi connessi, anziché tramite procedure ad evidenza pubblica, attraverso il sistematico ricorso a procedure negoziate senza bando ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. 50/2016, in carenza dei relativi presupposti applicativi;
- in particolare le procedure negoziate senza bando ai sensi dell'art. 63 comma 2 lett. c) del d.lgs. 50/2016 sono state adottate in assenza di una specifica e puntuale motivazione in merito all'estrema urgenza;
- parimenti la scelta di adottare procedure negoziate senza bando per la tutela di diritti esclusivi ex art. 63 comma 2 lett. b) del d.lgs. 50/2016 non risulta adeguatamente motivata;
- tutte le procedure negoziate senza bando sono state adottate in assenza di consultazioni o indagini preliminari di mercato, in violazione dell'art. 63 comma 6 del d.lgs. 50/2016, traducendosi in affidamenti diretti di appalti di beni e servizi di valore sopra soglia comunitaria;
- gli acquisti di farmaci, parafarmaci e altri generi vendibili dal CFI nonché dei servizi connessi effettuati, anziché attraverso centrali di committenza, in via autonoma, non risultano in linea con le disposizioni di cui all'art. 1 comma 510 della legge 208/2015;
- il sistema di acquisto di forniture di farmaci, parafarmaci e altri generi posto in essere dal CFI denota una carenza di programmazione degli acquisti di beni e servizi, così come prevista dall'art. 21 del d.lgs. 50/2016 ed una carenza di programmazione delle relative procedure di gara ad evidenza pubblica;
- di dare mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera al Consorzio Farmaceutico Intercomunale di Salerno ed agli operatori economici a cui è stata inviata la comunicazione di avvio dell'istruttoria.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 8 aprile 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente