



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 il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 360 del 2017, proposto da:

Sinafo - Sindacato Nazionale dei Farmacisti, Medici, Biologi, Chimici e Fisici Dirigenti del Servizio Sanitario Nazionale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Franco Enoch, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gabriele Moro in Torino, via Vela 7;

contro

ASL To5, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Claudia Zucca, con domicilio eletto ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, in Torino, via Confienza n. 10;

per l'annullamento

del bando di gara riferito alla “*procedura aperta per l'affidamento della fornitura di un servizio di gestione logistica del magazzino farmaceutico ed economale dell'ASL TO 5 della Regione Piemonte*”, pubblicato su G.U.C.E. del 9.04.2017 e di

tutta la relativa documentazione di gara, a data ed estremi di atto di approvazione sconosciuti (in quanto non indicati negli atti di gara e non risultanti neppure sul sito istituzionale dell'ASL), atti con i quali è stata indetta la gara l'esternalizzazione del servizio di cui si tratta comprensiva della gestione del Farmaco, nonché di ogni altro atto ad essi presupposto, connesso o conseguente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Asl To5;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2017 la dott.ssa Roberta Ravasio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Si.Na.Fo. è un sindacato che “*rappresenta sindacalmente*” i Dirigenti del suolo sanitario strutturati e non in Aziende del Servizio Sanitario Nazionale ed in ogni altra struttura pubblica o privata accreditata ad operare per il Servizio medesimo; come si evince dallo stralcio dello Statuto prodotto come doc. 8 di parte ricorrente, esso si propone, per quanto di interesse nel presente giudizio, di “*valorizzare la professionalità dei dirigenti del ruolo sanitario*”; di “*tutelare e difendere gli interessi generali e particolari degli iscritti sul piano morale, professionale, giuridico, culturale ed economico, e di rappresentarli nei rapporti con le istituzioni e la Pubblica Amministrazione di qualsiasi livello territoriale*”; di “*concorrere a promuovere l'organizzazione di studi, dibattiti e convegni su temi giuridici, tecnici, di formazione e di aggiornamento sindacale, per favorire la crescita complessiva della categoria rappresentata*”.

2. Esso ha impugnato il bando di gara riferito alla “*procedura aperta per l'affidamento della fornitura di un servizio di gestione logistica del magazzino*”.

farmaceutico ed economale dell'ASL TO 5 della Regione Piemonte", pubblicato su G.U.C.E. del 9.03.2017 (e non il 9.04.2017 come erroneamente nel ricorso introduttivo del giudizio) affermando che esso comporterebbe la "l'esternalizzazione a terzi di molte funzioni - tra le quali, in particolare quelle di gestione del Farmaco - di stretta pertinenza e spettanza normativa esclusiva dei Farmacisti Dirigenti del Servizio Sanitario. Così escludendo il controllo e la gestione del Farmaco dalla disponibilità dei Dirigenti Farmacisti del Servizio Sanitario Nazionale e Regionale, quali unici soggetti a ciò invece istituzionalmente deputati, mantenendo però in capo agli stessi Dirigenti Farmacisti la sola responsabilità dell'attività svolta da terzi (per di più) all'esterno dell'Azienda."

3. Più in dettaglio secondo il ricorrente:

- sarà l'appaltatore a decidere (o rectius a proporre, stante il previsto 'accordo' con l'ASL) tutti i livelli di scorta dei farmaci;
- vengono sottratte alla Farmacia Ospedaliera la gestione degli stupefacenti (per i quali l'appaltatore dovrà provvedere appositi spazi) e dei farmaci per sperimentazione (oltre ai radiofarmaci);
- la Farmacia Ospedaliera non avrebbe più alcuna diretta esclusiva gestione di tutti i farmaci necessari a garantire, oltre che l'ordinaria attività dei reparti, la distribuzione diretta, le urgenze o le emergenze in reperibilità, né gli stupefacenti ed i radiofarmaci;
- viene configurato un nuovo rapporto diretto tra il magazzino dell'appaltatore ed il "centro utilizzatore" al quale i farmaci di nuovo acquisto sono inoltrati dall'appaltatore dopo che questo ha verificato la conformità della fornitura: ciò significa che se il "centro utilizzatore" è un reparto o un ambulatorio, i farmaci non passano neppure dalla Farmacia Ospedaliera, i cui farmacisti non possono effettuare sui farmaci il controllo fisico al quale essi sono preposti;
- l'appaltatore é chiamato ad occuparsi di tutte le verifiche e dei controlli "a campione" relativi al "materiale ordinario", mentre nella evasione delle richieste di materiale urgente e delle emergenze (la cui responsabilità resta però in capo al

“centro richiedente”) è previsto addirittura un addebito di spesa straordinario in capo “al centro utilizzatore”, di talché tutto “il materiale” richiesto in regime di reperibilità e non presente nel magazzino di Farmacia comporterà un costo aggiuntivo a carico della ASL;

- il Capitolato non consente di individuare chi siano gli “operatori ASL” che emettono gli ordini, chi debba verificare o validare le richieste di rifornimento dei farmaci, chi siano i “farmacisti” che - ausiliati dal personale del magazzino - debbano occuparsi della evasione delle richieste, chi siano i “referenti dell’ASL” che dovranno valutare le “emergenze”;

- il Capitolato prevede che l’appaltatore si avvalga di personale, dallo stesso assunto, che abbia la qualifica di farmacista, il quale è chiamato a svolgere funzioni che parrebbero sovrapponibili alle funzioni attribuite per legge al Farmacista Dirigente e che pertanto, fermo restando che le competenze di quest’ultimo non possono essere devolute all’appaltatore, finiscono per far lievitare inutilmente il costo del servizio;

- al punto di visto strettamente economico non v’è alcuna prova che l’esternalizzazione del servizio di che trattasi possa indurre risparmi di spesa in capo alla ASL;

- il Capitolato prevede percentuali di tolleranza di eventuali errori/inadempienze verificatesi in occasione della consegna dei farmaci, ciò non giova alla efficienza del servizio;

- il Disciplinare di gara valorizza, ai fini della attribuzione del punteggio tecnico, modalità di implementazione del servizio che premiano forme di distribuzione automatica dei farmaci ai “centri utilizzatori” e che in tal modo precludono ai Farmacisti ospedalieri l’esercizio di un controllo dovuto ad essi assegnato dalla legislazione vigente.

4. Tanto premesso il Si.Na.Fo. ha impugnato gli atti in epigrafe indicati deducendone la illegittimità per i seguenti motivi:

I) Violazione ed erronea applicazione degli artt. 12 e 22 del D.P.R. 27.03.1969, n. 128, nonché dei principi e delle disposizioni di cui al D.P.R. 14.01.1997. Violazione ed erronea applicazione dell'art. 122 del R.D. 27.07.1934, n. 1265. Violazione ed erronea applicazione dell'art. 8 del D.L. 16 del 18.09.2001, n. 347 (come convertito nella Legge 16.11.2001, n. 405), nonché dei principi e delle disposizioni di cui al D.M. Sanità 6.07.1999. Violazione dell'art. 117 della Costituzione, nonché dei principi e delle disposizioni di cui al D.Lgs. 24.04.2006, n. 219 ed al D.Lgs. n. 502/1992 e s.m.i. Eccesso di potere per contraddittorietà, carenza assoluta di presupposti, travisamento dei fatti, sviamento dalla causa tipica ed illogicità manifesta. Violazione dei principi e delle statuizioni di cui alla sentenza del TAR Piemonte, Sezione II, n. 131 del 29.01.2016: gli atti di gara in sostanza realizzano una esternalizzazione del servizio svolto dalla Farmacia Ospedaliera, ciò che non è consentito dal corredo normativo richiamato, che attribuisce ai Farmacisti ospedalieri tutta una serie di attività di controllo che l'implementazione del servizio descritto negli atti di gara qui gravati renderebbe quantomeno estremamente difficoltoso, se non impossibile, almeno in parte;

II) Violazione ed erronea applicazione degli artt. 23, 29, 31, 32, 37, 216, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per assoluta carenza di istruttoria e sviamento dalla causa tipica. Illogicità ed ingiustizia manifeste: la gara per cui è causa è stata indetta in mancanza di atti di programmazione, non è stata data pubblicazione della determina a contrarre, il progetto non contiene le informazioni di cui all'art. 23 comma 15 D. L.vo 50/2016 e non è stata valorizzata l'estensione del servizio alle ulteriori AA.SS.LL. alle quali il servizio sia esteso in futuro; tali violazioni confermano palesemente la volontà della ASL TO5 di dare attuazione concreta alle Linee guida regionali approvate con D.G. n. 750/2013, già dichiarate illegittime dal TAR Piemonte con sentenza n. n. 131 del 29.01.2016.

5. La ASL TO5 si è costituita in giudizio eccependo, in via preliminare, la inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione ad agire in capo al Si.Na.Fo., ciò per la ragione che nello statuto del Sindacato non si menziona

l'esercizio di iniziative di natura giudiziale tra i poteri che esso può esercitare a tutela dei propri associati, ed inoltre per la ragione che le associazioni di settore sono comunque legittimate a difendere in sede giurisdizionale solo gli interessi della categoria unitariamente considerata, senza facoltà di occuparsi di questioni concernenti singoli iscritti o intraprendere iniziative capaci di dividere la categoria in posizioni disomogenee o addirittura contrapposte. Nel caso in esame, l'inammissibilità del ricorso deriverebbe dal fatto che la tutela richiesta dalla Si.Na.FO è in concreto riferibile solo al gruppo di farmacisti ospedalieri dipendenti dell'ASL TO5. Al di là dei principi affermati da controparte, la presente iniziativa impugnatoria riguarda infatti l'aggiudicazione di un servizio che interesserà solo un ristretto numero dei Farmacisti Ospedalieri. Inoltre, rispetto alla posizione dei Farmacisti dipendenti della ASL TO5, il Si.Na.FO sarebbe carente di ogni potere di rappresentanza istituzionale o di fatto, dal momento che nel ricorso non si precisa l'adesione dei predetti Farmacisti tra gli iscritti al Si.Na.Fo. e che gli stessi hanno comunque attivamente partecipato alla stesura degli atti di gara, condividendone il contenuto e la finalità.

5.1. Nel merito la ASL TO5 ha contestato l'avversa interpretazione del contenuto degli atti di gara, negando che l'implementazione del servizio, così come disciplinato dal Capitolato d'Appalto, sottragga ai Farmacisti ospedalieri l'esercizio di competenze loro assegnate dal legislatore, ribadendo inoltre che l'ASL non ha, né intende esternalizzare, a mezzo del contratto del cui affidamento si tratta, nessuna delle suddette funzioni assegnate alla Farmacia Ospedaliera, la quale sarebbe solo dislocata all'esterno dell'edificio ospedaliero e non sarebbe soppressa: all'appaltatore verrebbero in sostanza demandate solo operazioni a carattere manuale, come il controllo e la registrazione dei farmaci all'arrivo ed in uscita, all'allocazione negli stessi negli scaffali, all'attività di prelievo o ancora al trasposto e consegna dei pacchi ai reparti; si tratterebbe quindi di demandare all'appaltatore soltanto la mappatura dei flussi logistici, fisici ed informatici dei

farmaci, mantenendo in capo alle F.O. l'esercizio delle funzioni di governo effettive dei singoli processi, dotando il personale farmacista di strumenti operativi e informatici adeguati. Quanto alla previsione che l'appaltatore garantisca la presenza di personale con qualifica di farmacista, essa sarebbe imposta dall'art 101 lettera b) del D. Lgs. 219/2016 e sarebbe funzionale a nominare il "responsabile tecnico di magazzino" avente la necessaria qualifica per interfacciarsi con i Farmacisti dell'ASL che si renda garante che all'interno della struttura vengano rispettati tutti i requisiti e le procedure necessarie per la buona conservazione dei prodotti in deposito. Sugli ulteriori motivi di ricorso la ASL TO5 ha replicato che essi in sostanza implicano una sindacato sulla discrezionalità della Stazione Appaltante e sono perciò inammissibili.

6. In esito alla udienza in camera di consiglio del 3 maggio 2017 il Collegio ha accolto la domanda cautelare e per l'effetto ha sospeso gli atti impugnati. Con ordinanza istruttoria n. 966/2017 il Collegio ha anche disposto l'acquisizione di elementi di informazione mandando al Dirigente della Farmacia della Azienda sanitaria appaltante: a) di riferire in ordine a tutte le funzioni assegnate ai farmacisti ospedalieri, indicando la normativa di riferimento; b) di specificare se, in base agli atti di gara oggetto del presente giudizio, l'esecuzione dell'appalto possa limitare o compromettere il libero e corretto esercizio, da parte dei farmacisti ospedalieri, delle funzioni loro attribuite dalla legge, indicando in che modo tali funzioni siano in concreto salvaguardate da specifiche previsioni – se vi sono – del bando e/o del disciplinare di gara.

7. La richiesta informativa è stata depositata in giudizio l'8 settembre 2017 a cura della Stazione Appaltante, che ha contestualmente depositato altri documenti.

8. Dopo ulteriore scambio di memorie e documenti la causa è stata chiamata ed introitata a decisione alla pubblica udienza del 22 novembre 2017.

DIRITTO

9. Preliminarmente il Collegio deve esaminare l'eccezione di inammissibilità del

ricorso sollevata dalla ASL TO5 in relazione alla carenza di legittimazione attiva del Si.Na.Fo., conseguente, da una parte, al fatto che nello Statuto del Sindacato ricorrente non sarebbe menzionato l'esercizio di iniziative di natura giudiziale, dall'altro lato alla circostanza che il personale con qualifica di farmacista dirigente della ASL TO5 ha nella specie concorso a predisporre, condividendo l'iniziativa, gli atti di gara. La Stazione appaltante sottolinea inoltre che nel caso di specie non viene in considerazione l'impugnativa di atti aventi contenuto generale, diretti in modo indistinto a tutti i dirigenti di farmacie ospedaliere e come tali idonei a condizionarne in avvenire la relativa attività, essendo invece oggetto di gravame gli atti con i quali è stata indetta una singola e specifica gara d'appalto.

9.1. Anzitutto il Collegio ritiene che la possibilità per il Si.Na.Fo. di svolgere azioni giudiziarie a tutela degli interessi dei propri iscritti debba intendersi compresa nella facoltà, prevista all'art. 2 lett. b) dello Statuto, *“di tutelare e difendere gli interessi generali e particolari degli iscritti sul piano morale, professionale, giuridico, culturale ed economico e di rappresentarli nei rapporti con le Istituzione e la Pubblica Amministrazione a qualsiasi livello territoriale”*. Osserva il Collegio che la possibilità di intraprendere, all'occorrenza, azioni giudiziarie costituisce un potente strumento di tutela cui frequentemente e tradizionalmente i sindacati di categoria fanno ricorso nelle più svariate situazioni: appare dunque assai improbabile che il Si.Na.Fo., costituendosi, abbia voluto precludersi il ricorso ad un simile mezzo di tutela, tanto più per il fatto che contestualmente si è assegnato il compito di tutelare gli interessi degli iscritti anche sul piano “giuridico”, ciò che può avvenire in un contesto stragiudiziale ma che per definizione avviene nel contesto di un procedimento giudiziario. Tenuto conto di quanto innanzi rilevato nonché della genericità della formula adottata, il Collegio ritiene che la clausola statutaria sopra citata deve essere interpretata nel senso che include la possibilità per il Si.Na.Fo di spiegare anche azioni giudiziarie.

9.2. Il Collegio ritiene poi di dover precisare che l'eccezione in esame, che investe la legittimazione e l'interesse ad agire del Sindacato ricorrente, ha natura

preliminare di rito ed il suo esame necessariamente precede l'esame del merito del ricorso: la fondatezza della medesima deve essere quindi valutata, in questa fase, in via astratta alla stregua della prospettazione dei fatti effettuata da parte ricorrente ed avuto riguardo agli effetti sostanziali che in concreto potrebbero prodursi ove la gara per cui è causa dovesse concludersi esitando nella stipula di un contratto conforme al Capitolato oggetto di gravame.

9.3. Ebbene, sostiene parte ricorrente nell'atto introduttivo del giudizio che gli atti di gara, oggetto di gravame, oltre a non rispondere a criteri di efficacia ed efficienza della azione amministrativa, ed oltre ad essere inficiati da alcuni vizi di natura formale, sono soprattutto illegittimi in quanto di fatto assegnano all'appaltatore esterno incombenze corrispondenti all'esercizio di funzioni che la legge assegna ai farmacisti incardinati nelle farmacie ospedaliere, funzioni che in concreto rispondono al compito di garantire: la corretta conservazione dei farmaci depositati nella farmacia ospedaliera; il "corretto" (per qualità e quantità) approvvigionamento di farmaci; la "appropriatezza" dell'utilizzo dei farmaci da parte dei "centri utilizzatori". Secondo il Sindacato ricorrente il fatto che le indicate funzioni possano essere esercitate dall'appaltatore non solo è di per sé illegittimo, in quanto si tratta dell'esercizio di funzioni che il legislatore assegna in via specifica ai farmacisti della Farmacia Ospedaliera, ma penalizza questi ultimi, perché costoro, mentre rimangono per legge assegnatari delle funzioni di che trattasi, rimanendone responsabili, di fatto perdono il controllo diretto e materiale del magazzino farmaceutico, rischiando così di non avvedersi di situazioni che devono essere corrette e, per tale via, di incorrere in responsabilità.

9.4. Considerato il ricorso da questa prospettiva non si può negare l'interesse del Si.Na.Fo. a contrastare la gara per cui è causa prima di tutto nell'interesse degli stessi Farmacisti che attualmente compongono il personale della Farmacia Ospedaliera della ASL T05: è ben possibile, infatti, che costoro non si siano resi conto delle insidie che, nella prospettazione di parte ricorrente, si nasconderebbero

nelle pieghe del Capitolato, e rispetto ad una simile ipotesi non si può disconoscere l'interesse del Sindacato ricorrente ad intervenire a tutela dei di loro interessi. E l'obiezione secondo la quale non vi sarebbe prova che essi siano iscritti al Si.Na.Fo. si supera a fronte della constatazione che la ASL TO5, che pure ha dedotto l'eccezione e che sostiene che v'è totale condivisione sull'iniziativa da parte dei propri Farmacisti ospedalieri, non ha prodotto alcun documento a dimostrazione dell'assunto (come ad esempio: una dichiarazione di tali Farmacisti attestante che nessuno di essi è iscritti al Si.Na.Fo.).

9.5. Sotto altro profilo occorre considerare che, innegabilmente, la gara per cui è causa è concretamente idonea a svolgere un ruolo di "precedente pilota". La ASL TO5 si è infatti determinata ad adottare il modello di gestione della Farmacia Ospedaliera che nel presente giudizio è posto in discussione sostanzialmente per la ragione che l'organico della Farmacia Ospedaliera sarebbe ormai sottodimensionato rispetto alla necessità di gestire un budget per acquisto di farmaci che supera i 26 milioni di euro e di assicurare poi la corretta conservazione e gestione di un tale patrimonio di prodotti farmaceutici, molti dei quali estremamente pericolosi, degradabili se non conservati in modo corretto, o - come i farmaci stupefacenti - esposti ad alto rischio di furto: da qui l'esigenza di alleggerire il lavoro dei Farmacisti interni sfrondandolo di tutte quelle mansioni che si traducono in operazioni a carattere meramente materiale, ivi compresa la registrazione su sistema informatico dei farmaci in entrata ed in uscita. Tali esigenze sono però ravvisabili nella attività di qualsiasi farmacia ospedaliera, giacché oramai tutte hanno la responsabilità di gestire budget di spesa milionari. E' quindi del tutto prevedibile che il modello di gestione di cui si discute possa essere in futuro oggetto di interesse da parte di altre AA.SS.LL., che verosimilmente potrebbero anche replicare in toto il contenuto del Capitolato tecnico e del contratto di affidamento del servizio, replicandone in tal modo anche gli aspetti che - nella prospettiva di parte ricorrente - compromettono la professionalità dei farmacisti ospedalieri.

9.5.1. Il ricorso del Si.Na.Fo. è dunque all'evidenza teso a contrastare la diffusione di quella che – nella sua prospettazione – costituisce una *bad practice* della quale si deve evitare il radicamento nella prassi. Considerato da questa prospettiva non si può disconoscere l'interesse e la legittimazione del Si.Na.Fo. ad agire a tutela dei Farmacisti che ad esso aderiscono: seppure non vi sia certezza circa il fatto che in avvenire altre AA.SS.LL. possano adottare il medesimo modello di gestione della Farmacia Ospedaliera, non si può affermare che l'interesse azionato dal Si.Na.Fo. sia privo di attualità e concretezza, poiché nella specie si tratta appunto di prevenire una lesione alla professionalità dei farmacisti ospedalieri, e quindi si deve ammettere una anticipazione della soglia di tutela; d'altro canto neppure si può disconoscere la meritevolezza dell'interesse azionato dal Sindacato ricorrente, che non è circoscritto alla sola sfera giuridica dei farmacisti ospedalieri, ma che indirettamente tutela anche l'efficienza ed efficacia della azione amministrativa, ovviamente nel settore di che trattasi.

9.6. Per tutte le dianzi esposte ragioni deve conclusivamente essere respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalla ASL TO5.

10. Nel merito il ricorso è fondato, sia pure nei limiti di cui si dirà.

11. Va preliminarmente dato atto che non è in discussione tra le parti il fatto che la Farmacia Ospedaliera, e per essi i farmacisti che vi sono preposti, è assegnataria di funzioni che non possono essere trasferite, delegate o comunque affidate a terzi, segnatamente per il tramite di un appalto di servizi.

11.1. Sul punto giova rammentare che con sentenza n. 131 del 2016 questa Sezione, pronunciandosi sulla legittimità della Determinazione del Dirigente del Settore Coordinamento Acquisti della Direzione Sanità della Regione Piemonte n. 750 dell'1 ottobre 2013 recante approvazione di “Linee di indirizzo per la gestione del servizio di logistica regionale e prime indicazioni per la stesura del capitolato tipo” e nonché di Linee di indirizzo con essa approvate in materia di esternalizzazione del Servizio Farmaceutico, ha già avuto modo di affermare, *inter alia*, che:

- - a norma dell'art. 12, comma 1, del d.P.R. n. 128 del 1969 il servizio di farmacia interna deve obbligatoriamente sussistere per gli ospedali generali, sia provinciali che regionali, e per gli ospedali specializzati, sia provinciali che regionali, in quanto rientra tra i servizi "necessari alla loro natura". Di conseguenza, le necessità e/o opportunità di "realizzare economie di scala" e di sviluppare "sinergie logistiche tra strutture affini", mediante la "riduzione del numero dei magazzini e delle risorse dedicate, [la] migliore gestione delle scorte, [la] maggiore efficienza nella distribuzione dei prodotti, [il] governo dei consumi tramite il monitoraggio della filiera, etc.", debbono essere realizzate con strumenti e forme tali da non determinare la soppressione, ovvero il sostanziale svuotamento, del servizio di farmacia interna, quale attualmente disciplinato dall'art. 22 del d.P.R. n. 128 del 1969;

- - il servizio di farmacia interna deve necessariamente svolgere i compiti indicati dall'art. 22 del d.P.R. n. 128 del 1969: le attività ivi menzionate sono tipiche e caratteristiche, secondo la legge, della farmacia interna e quindi non possono essere esternalizzate ad operatori terzi al di fuori del circuito della farmacia ospedaliera;

- - *"a norma dell'art. 22, comma 7, del d.P.R. n. 128 del 1969, il direttore di farmacia dirige la farmacia interna dell'ospedale ed è responsabile del buon andamento del servizio e del materiale in deposito. Egli, in particolare, deve avere le seguenti attribuzioni: sorveglia le preparazioni galeniche nonché quelle dei reattivi, dei coloranti e delle soluzioni titolate richieste; organizza i controlli analitici delle sostanze medicamentose usate e del materiale di medicazione, ai sensi della farmacopea ufficiale, nonché i controlli bromatologici e merceologici; provvede, con periodiche ispezioni, al controllo degli armadi farmaceutici delle divisioni, sezioni e dei servizi, anche per quanto riguarda l'osservanza delle disposizioni sugli stupefacenti e sui veleni; di queste ispezioni redige verbale da trasmettere alla direzione sanitaria; vigila su tutti gli adempimenti amministrativi e contabili e ne cura l'osservanza, da parte del personale dipendente; vigila sull'operosità e disciplina dei farmacisti, del personale tecnico, sanitario ausiliario*

ed esecutivo assegnato al servizio; redige, ogni anno, la relazione tecnico-amministrativa sulle attività della farmacia, comprese quelle concernenti studi e ricerche scientifiche; assolve alla funzione didattica, per quanto di sua competenza; sottopone all'approvazione del consiglio dei sanitari o del consiglio sanitario centrale il formulario da adottare nell'ospedale e formula le proposte per le preparazioni farmaceutiche di uso generale, anche allo scopo di disciplinare i consumi e ridurre i costi del servizio; presta la sua consulenza nell'ambito ospedaliero, ove richiesto; provvede ad ogni altro adempimento previsto da leggi o da regolamenti. Correlativamente, il direttore di farmacia è responsabile della corretta esecuzione delle descritte attività. Tutte queste attribuzioni – è bene precisare – sono stabilite come necessarie dalla richiamata disposizione normativa e non possono, pertanto, essere riversate su soggetti diversi, tantomeno su soggetti esterni (privati) privi delle necessarie qualifiche professionali, a maggior ragione allorché tale attribuzione proceda in modo separato rispetto all'accollo della relativa responsabilità. Ne consegue, in particolare, che il dirigente farmacista ospedaliero, in quanto soggetto responsabile ed indicato appositamente dalla richiamata disposizione, deve sempre poter disporre della gestione dei farmaci, con particolare riguardo all'approvvigionamento, alla verifica tra i farmaci richiesti e quelli effettivamente consegnati (e registrati), alla conservazione ed alla dispensazione dei farmaci tra i vari reparti, alla gestione dei livelli di scorta dei farmaci anche per garantire le urgenze o le emergenze in reperibilità, oltre all'attività di informazione e consulenza al personale sanitario, anche in chiave di valutazione di terapie personalizzate, previa – se necessaria – apposita valutazione delle richieste provenienti dai singoli reparti. Alla luce di ciò, quindi, tutte le citate fasi della gestione del farmaco devono rimanere sempre sotto il diretto controllo del direttore di farmacia il quale deve potervi accedere, anche fisicamente, in ogni momento, ivi compresi i frangenti temporali in cui i farmaci devono semplicemente essere conservati in deposito, e senza che sia possibile prevedere che singoli

farmaci possano essere consegnati direttamente ai reparti ospedalieri senza il previo necessario passaggio dalla farmacia interna; - - “analogamente è a dirsi per le attribuzioni individuate dall’art. 22, comma 8, del d.P.R. n. 128 del 1969 in capo al farmacista collaboratore il quale coadiuva il direttore della farmacia nel servizio. Si tratta in questo caso delle seguenti attività: preparazioni galeniche, reattivi, coloranti e soluzioni titolate; controlli e distribuzione dei materiali di competenza e controlli delle analisi bromatologiche e merceologiche; studi di medicinali di forme farmaceutiche particolari, in collaborazione coi sanitari curanti; statistiche dei consumi e dei costi relativi al servizio farmaceutico; controllo delle merci in entrata e in uscita dai magazzini della farmacia; ogni altro adempimento previsto da legge o da regolamenti. Anche in questo caso si tratta di attività che non possono essere attribuite a soggetti diversi, tantomeno a soggetti esterni (privati) privi delle necessarie qualifiche professionali”;

- - “l’eventuale previsione di un “magazzino unico”, avente il compito di distribuire i farmaci alle strutture richiedenti – beninteso, sempre con il tramite delle farmacie ospedaliere –, e quindi esercente l’attività di distribuzione all’ingrosso di medicinali (definita come “qualsiasi attività consistente nel procurarsi, detenere, fornire o esportare medicinali, salvo la fornitura di medicinali al pubblico; queste attività sono svolte con i produttori o i loro depositari, con gli importatori, con gli altri distributori all’ingrosso e nei confronti dei farmacisti o degli altri soggetti autorizzati a fornire medicinali al pubblico”: art. 1, comma 1, lett. r, del d.lgs. n. 219 del 2006), dovrà essere accompagnata dalle cautele stabilite dal d.lgs. n. 219 del 2006, in particolare quelle discendenti dagli artt. 101, 103 (in tema di ispezioni) e 104”;

- - “La gestione accentrata dei magazzini e dei materiali ospedalieri, individuata (già al punto 8.1.1 dell’Addendum 2011 al Piano di Rientro: doc. n. 1 della Regione) quale punto di partenza per ottenere una maggiore efficienza circa le risorse impiegate, deve essere realizzata con forme e modalità tali da rispettare i dettami del d.P.R. n. 128 del 1969 in materia di competenze della farmacia

ospedaliera e dei dirigenti farmacisti ospedalieri, con il necessario mantenimento, quindi, della diretta gestione del farmaco da parte dei farmacisti ospedalieri in tutte le già richiamate fasi operative.”

11.2. Come emerge anche dalla nota di chiarimenti 7 settembre 2017 della Dirigente della Farmacia Ospedaliera, la sopra richiamata normativa non esaurisce la disciplina delle funzioni attribuite alle farmacie ospedaliere, che trova fonte anche nell'art. 8 della L. 405/2001 lett. c), relativamente alla *“Distribuzione diretta del farmaco al paziente successivamente alla dimissione ospedaliera o alla visita specialistica”*; nell'art. 45 del D.P.R. 309/1990 in materia di farmaci stupefacenti; in alcune Delibere di Giunta Regionale, tra le quali, in particolare: la DGR n. 11-437 del 28 gennaio 2011, *“Attuazione Piano di Rientro. Appropriatezza prescrittiva in ambito farmaceutico”*, la DGR n. 73-7827 del 17 dicembre 2007, *“Piano di intervento per il contenimento della spesa ospedaliera”*, la DGR n. 76-4318 del 17 novembre 2006, *“Costituzione delle Commissioni Farmaceutiche Interne delle Aziende Sanitarie Locali per il miglioramento della appropriatezza prescrittiva dei medici delle stesse Aziende e per la promozione della continuità assistenziale”*; ed infine alcune Raccomandazioni del Ministero della Salute aventi ad oggetto la prevenzione di errori nella somministrazione di terapie farmacologiche.

11.3. La citata nota di chiarimenti evidenzia anzitutto come i vari compiti della Farmacia Ospedaliera siano stati ripartiti tra i vari Farmacisti che ad essa sono preposti: tali compiti rispecchiano essenzialmente le attribuzioni assegnate dalle norme primarie sopra ricordate, in parte anche alcune incombenze emergenti dalla applicazione di Delibere di Giunta Regionale. Per altri compiti, invece, nella nota di chiarimenti si specifica che essi vengono svolti indifferentemente da ciascuno dei Farmacisti incardinati nella Farmacia Ospedaliera: si tratta, in particolare delle seguenti procedure: a) *“gestione e validazione delle richieste informatizzate provenienti dai centri utilizzatori (reparti ospedalieri, ambulatori o servizi territoriali), previa verifica dei quantitativi richiesti in ottemperanza ai principi di*

appropriatezza ed ai limiti di budget”; b) “emissione degli ordini dei prodotti farmaceutici di propria competenza (gestiti a magazzino, in transito, ordini a grossista, ordini in urgenza). L’ordine viene emesso dal farmacista ospedaliero tenendo conto delle necessità sia degli enti utilizzatori, sia nel rispetto del budget assegnato in via esclusiva alla F.O.”; c) “controllo e gestione delle scorte di magazzino attraverso l’utilizzo del programma gestionale aziendale”; d) “gestione esclusiva e diretta di tutto il processo riguardanti i farmaci stupefacenti: acquisto, controllo ricevimento, detenzione, distribuzione, distruzione dei prodotti scaduti, nel rispetto della normativa vigente e del protocollo aziendale”; e) “gestione dei farmaci in sperimentazione: controllo dei prodotti pervenuti e invio diretto ai reparti presso cui viene effettuata la sperimentazione, nel rispetto della normativa vigente e del protocollo aziendale”; f) “verifica e controllo del rispetto della corretta attuazione di tutti i protocolli operativi e di tutti i flussi informatici”; g) “gestione diretta ed esclusiva di tutti i prodotti che non transitano dal magazzino unico (es.: materiale voluminoso emodialisi, prodotti congelati e radiofarmaci)”.

12. La nota di chiarimenti prosegue indicando partitamente tutte le fasi di gestione dei farmaci che non verrebbero in alcun modo coinvolte e modificate dalla implementazione di quello che viene definito come il “nuovo servizio di gestione logistica del magazzino unico”: tali fasi sono quelle afferenti il c.d. “audit degli armadi di reparto”, la distribuzione diretta dei farmaci, la distribuzione diretta in dimissione, la distribuzione diretta di materiale per integrativa e macroinfusori, la distribuzione diretta di vaccini desensibilizzanti, la gestione del laboratorio di galenica tradizionale, le preparazioni antiblastiche e di altri preparati sterili, la gestione dei farmaci stupefacenti, la gestione dei radiofarmaci e dei farmaci da sperimentazione clinica, la predisposizione del Prontuario Terapeutico Aziendale, l’organizzazione della attività della Commissione Farmaceutica Interna, della Commissione Terapeutica Aziendale e della Commissione Aziendale Dispositivi Medici, la stesura di linee guida aziendali, la tenuta e gestione dei registri riguardanti i farmaci sotto monitoraggio AIFA, la formazione del personale

sanitario sulla gestione dei farmaci, l'aggiornamento del sito web aziendale sul quale vengono pubblicate le informazioni indipendenti sul farmaco, la organizzazione di attività di orientamento alla prescrizione di farmaci biosimilari ed equivalenti; l'attività di vigilanza sulla sicurezza dei dispositivi medici; la comunicazione periodica dei flussi di dati che vengono estrapolati dal software gestionale in uso presso la ASL; l'attività di monitoraggio e report sull'andamento dei consumi interni, la consulenza nella redazione dei capitolati di gara.

12.1. Quelle dianzi indicate sono dunque le uniche fasi che non verrebbero in alcun modo coinvolte o modificate dalla implementazione del nuovo sistema di gestione del magazzino farmaceutico che la ASL TO5 intende affidare mercé gli atti impugnati nel presente giudizio: osserva il Collegio che l'elencazione di cui sopra a ben vedere rispecchia le attribuzioni assegnate alla Farmacia Ospedaliera dalle norme statali citate nei paragrafi che precedono, e rispecchia altresì la ripartizione interna delle competenze implementata nell'ambito della Farmacia Ospedaliera della ASL TO5.

11.5.1. Se ne deduce che in qualche modo le attribuzioni non espressamente indicate nel paragrafo che precede potrebbero essere coinvolte dalla implementazione del nuovo servizio, segnatamente nel senso che una parte della attività ad esse connesse verrebbe posta in essere da personale dipendente dall'appaltatore anziché da uno dei Farmacisti dirigenti: tra le suddette attribuzioni debbono includersi, ad avviso del Collegio, almeno alcune di quelle indicate al precedente paragrafo 11.3, e precisamente quelle relative: alla *“gestione e validazione delle richieste informatizzate provenienti dai centri utilizzatori (reparti ospedalieri, ambulatori o servizi territoriali), previa verifica dei quantitativi richiesti in ottemperanza ai principi di appropriatezza ed ai limiti di budget”*; alla *“emissione degli ordini dei prodotti farmaceutici di propria competenza (gestiti a magazzino, in transito, ordini a grossista, ordini in urgenza). L'ordine viene emesso dal farmacista ospedaliero tenendo conto delle necessità sia degli enti*

utilizzatori, sia nel rispetto del budget assegnato in via esclusiva alla F.O.”; al “controllo e gestione delle scorte di magazzino attraverso l’utilizzo del programma gestionale aziendale”, alla “verifica e controllo del rispetto della corretta attuazione di tutti i protocolli operativi e di tutti i flussi informatici”; g) alla *“gestione diretta ed esclusiva di tutti i prodotti che non transitano dal magazzino unico (es.: materiale voluminoso emodialisi, prodotti congelati e radiofarmaci)”*, attribuzioni queste che secondo quanto si riferisce nella nota di chiarimenti del 7 settembre 2017 sono ad oggi svolte indifferentemente da ciascuno dei Farmacisti dirigenti e che il Collegio fatica a far rientrare in uno dei settori di attività che non dovrebbero essere in alcun modo coinvolti dalla implementazione del nuovo servizio di gestione del magazzino unico. Dalla lettura della nota di chiarimenti si trae dunque una prima conferma della fondatezza, almeno in parte, di quanto denunciato da parte ricorrente relativamente al pericolo che l’implementazione del servizio di che trattasi potrebbe contribuire a determinare una perdita di controllo del magazzino da parte della Farmacia Ospedaliera.

12. Procedendo con una disamina più approfondita dei documenti e confrontando il testo del Capitolato d’Appalto con la nota di chiarimenti pervenuta dal Dirigente della Farmacia Ospedaliera, laddove essa descrive al paragrafo 5 i vari passaggi del processo di logistica, il Collegio ritiene di dover rilevare le seguenti anomalie.

12.1. Nella nota di chiarimenti si sostiene che le richieste di prodotti da parte dei centri utilizzatori debbono essere inoltrate alla Farmacia Ospedaliera, che deve validarle: a tal fine la F.O. provvede preventivamente a profilare per ogni centro utilizzatore la quantità e qualità dei prodotti che ciascuno di essi può richiedere, distinguendole in richieste “ordinarie” (necessarie a ripristinare il c.d. armadio di reparto), “nominative” ed “urgenti”; solo queste ultime, tuttavia, sembrerebbero essere sempre valutate singolarmente dal Farmacista Ospedaliero, mentre per le richieste “ordinarie” si afferma che il nuovo servizio *“garantirà maggior precisione del processo di profilazione delle richieste da parte dei centri utilizzatori”*. Nel Capitolato, all’art. 6, *“Evasione richiesta di materiale ordinario”*, si afferma che

“La verifica di congruità su tali richieste è compiuta dall’ASL, con apposita procedura di validazione, secondo l’organizzazione definita dai protocolli...” e che *“le richieste di rifornimento dei Centri utilizzatori, verificate e validate per materiale sanitario e non, sono trasmesse al sistema informativo di magazzino”*.

Non è dunque chiaro chi abbia la responsabilità della validazione delle richieste “ordinarie” e se tale validazione debba avvenire sistematicamente come per tutte le altre tipologie di ordini, e tale dubbio è rafforzato da quanto si legge nel Capitolato, all’art. 7 punto 4, ove si afferma che *“Le richieste dei centri utilizzatori sono tutte informatizzate e pertanto il sistema di analisi “Middleware” le deve ricevere centralmente ed elaborare il più possibile in automatico, e in breve tempo, per fornirle come input al magazzino per l’allestimento fisico della merce.Tali richieste dovranno seguire l’iter amministrativo di approvazione degli uffici deputati all’attività di logistica di ogni Azienda, per la validazione ordinaria”*.

La sensazione che si trae leggendo il Capitolato é che la procedura di validazione delle richieste provenienti dai Centri utilizzatori debba avvenire il più possibile in base a criteri automatici, forse anche relativamente alle richieste “nominative” o “urgenti”; ma una tale validazione automatica ad avviso del Collegio non garantisce, in ogni circostanza, la corretta gestione della domanda proveniente dai Centri utilizzatori e, per conseguenza, quella appropriatezza della spesa sanitaria relativa ai farmaci nonché della stessa terapia farmacologica che invece deve essere garantita dalla Farmacia Ospedaliera. Inoltre, si ribadisce, non è chiaro che la procedura di validazione debba avvenire sotto l’esclusiva responsabilità dei Farmacisti Ospedalieri, anche perché il Capitolato non definisce cosa sia il “Middleware”: in base a quanto si legge all’art. 7.1. sembrerebbe che questo “Middleware” sia il sistema informatico in uso alla Farmacia Ospedaliera, ma non è chiaro se questa procedura di validazione informatizzata avvenga, fisicamente, all’interno del sistema informatico della Farmacia Ospedaliera né si comprende quali garanzie siano implementate ad evitare che l’appaltatore possa penetrare nel

sistema informatico della F.O., anche perché all'art. 7.1. si afferma chiaramente che tra il sistema informatico di magazzino WMS ed il Middleware vi è uno scambio di *inputs* ed *outputs*. Il Collegio conclude la disamina del punto rammentando che è responsabilità della Farmacia Ospedaliera, e per essa dei Farmacisti che vi sono preposti, quella di garantire la appropriatezza dell'uso dei farmaci al fine di assicurare che essi siano coerenti, per tipologia e posologia, con la patologia del paziente destinatario, nonché - relativamente ai prodotti destinati a rifornire il c.d. "armadio di reparto" - con la tipologia e la quantità di prodotti che sono da considerarsi "ordinari" per un reparto. La validazione delle richieste provenienti dai Centri utilizzatori costituisce, dunque, un passaggio essenziale al fine di garantire la appropriatezza di cui si è detto, ed a tal fine il ricorso a procedure informatizzate di validazione appare sconsigliabile e da ammettere con cautela solo relativamente alle richieste "ordinarie", dovendosi considerare che la profilazione delle richieste informatizzate risulta efficace solo in quanto a monte vi è stata una attività di rilevazione dei bisogni corretta ed a valle il sistema sia stato opportunamente "tarato" in modo da rilevare immediatamente le richieste di prodotti non coerenti con tali bisogni; si tratta comunque di attività che deve essere svolta esclusivamente nell'ambito della Farmacia Ospedaliera, sotto la diretta responsabilità dei Farmacisti Ospedalieri: i sistemi informatici debbono quindi garantire che gli *inputs* diretti al sistema informatico del magazzino (id est: nella disponibilità dell'appaltatore) siano attribuibili ai Farmacisti Ospedalieri, possibilmente per il tramite di un comando specifico.

12.2. Per quanto riguarda la emissione di ordini di acquisto di farmaci la nota di chiarimenti afferma che la "*F.O. si occupa di valutare quali tipi di prodotti gestire a magazzino e quali a transito: in entrambi i casi si occupa di effettuare gli ordini di acquisto*"; inoltre "*L'appaltatore potrà proporre alla F.O. variazioni o rimodulazioni dei livelli di scorta dei prodotti: revisione delle scorte minime, comunicazione di eventuali prodotti obsoleti, revisione dei dati di riordino, proposte di trasformazione di prodotti a transito in scorta o viceversa*". Nel

Capitolato all'art. 6, *“Emissione ordini ai fornitori”*, si legge che *“Gli ordini sono emessi da operatori ASL sulla base di una proposta di riordino definita dall'appaltatore anche in funzione della modulazione costante dei livelli di scorta minima.”*. Al successivo art. 7, punto 1, si tratta della *“pianificazione della domanda”*, cioè della attività di previsione, sul medio e lungo termine, *“della quantità di materiale che si prevede sarà consumata, e non la quantità da acquistare”*; pare di capire che la previsione della domanda debba essere elaborata da un sistema informatico, al quale è affidato il compito di generare una *“proposta”*. Successivamente *“il pianificatore dovrà prendere visione di tale proposta fatta dal sistema, correggerla in base a propri criteri (per codice, per classe merceologica) o in percentuale o in quantità e solo successivamente confermarla. Questa domanda sarà la fonte dei dati per lo step successivo”*. Ebbene: il Capitolato non chiarisce se il *“pianificatore”* sia uno dei Farmacisti Ospedalieri o un addetto al magazzino, né chiarisce se il sistema incaricato di generare la *“proposta”* sia quello di gestione del magazzino (id est: gestito dall'appaltatore) ovvero quello interno della Farmacia Ospedaliera. Sul punto il Collegio deve rilevare, preliminarmente, che anche l'attività di pianificazione della domanda è essenziale, e non solo –e forse non tanto – al fine di garantire la corretta alimentazione delle scorte di magazzino, ma soprattutto al fine di assicurare il rispetto dei budget assegnati alla F.O. ed al contempo la ripartizione della spesa in modo da assicurare il soddisfacimento di tutti i tipi di bisogni (il che può significare, ad esempio, non effettuare massicci acquisti di un solo prodotto, ancorché ad un prezzo particolare, onde evitare di impegnare una parte significativa del budget in prodotti che non sono di uso immediato; può ovviamente significare anche privilegiare l'acquisto di farmaci equivalenti o biosimilari, che consentono di conseguire un risparmio di spesa rispetto ai farmaci *“originator”*, al fine di conseguire maggiori disponibilità che possono essere utilizzate per diversificare gli acquisti e soddisfare un maggior numero di bisogni; anche la individuazione dei

farmaci “obsoleti” è discrezionale, ove per tali si intendano non i farmaci “scaduti” ma semplicemente quelli che sotto certi punti di vista possano ritenersi “superati”); si tratta dunque di una attività estremamente delicata che non dovrebbe essere “condizionata” o “influenzata” da proposte provenienti dall’appaltatore. Sul punto il Capitolato sembra invece ammettere che sia il sistema informatico in uso all’appaltatore, per la gestione del magazzino, a “generare la proposta”, e – quel che appare ancor più criticabile, che detta “proposta” possa essere corretta da un non meglio identificato “pianificatore”, che sembrerebbe essere incardinato nella organizzazione del magazzino. Se questa interpretazione del Capitolato è corretta allora significa che il nuovo sistema consegnato dagli atti di gara consente una inammissibile intromissione dell’appaltatore in una attività che deve avvenire in via esclusiva nell’ambito della Farmacia Ospedaliera, intromissione che si estrinseca, appunto, nella sopra descritta attività di “mediazione propositiva”, che potrebbe dare risultati fuorvianti e che dovrebbe invece limitarsi alla mera estrapolazione di dati utili ai fini della attività di pianificazione, sempre che alla Farmacia Ospedaliera, e per essa ai Farmacisti, sia dato libero accesso a tutti i dati di magazzino onde poter effettuare una personale verifica e selezione dei dati rilevanti ai fini della attività di che trattasi.

12.3. Che la “proposta di pianificazione della domanda” possa poi in concreto influenzare anche gli ordini di acquisto risulta evidente da quanto è scritto all’art. 7 paragrafo 2 del Capitolato: *“Il sistema deve prevedere un motore (Master Production Schedule – MPS) che, in base ad informazioni quali ad esempio previsioni della domanda, scorte minime e massime, lotti di fornitura e tempi di consegna, restituisca delle proposte di ordini di acquisto per singolo prodotto. ...Le proposte d’ordine dovranno essere integrate con il Sistema Amministrativo dell’Azienda. L’MPS deve proporre elaborazioni settimanali che coprano periodi più o meno lunghi, in funzione dei parametri utilizzati per ogni prodotto. Tale proposta, dopo essere stata valutata ed eventualmente modificata, deve essere confermata affinché possano essere generati gli ordini di acquisto corrispondenti*

in uno stato di proposta d'ordine. Gli ordini di acquisto nel sistema devono superare passi successivi, a seconda di quante approvazioni si vogliono introdurre...". Ebbene, anche questa previsione, come quella contenuta nell'articolo 6, non chiarisce chi approva le proposte d'ordine, né chiarisce fino a che punto esse siano, o non siano, vincolanti per la Farmacia Ospedaliera. L'art. 6 si limita a stabilire che gli ordini *"sono emessi da operatori della ASL"*, ma tali *"operatori"* potrebbero anche essere dipendenti della Farmacia Ospedaliera che non hanno qualifica di farmacista dirigente. Il Collegio conclude la disamina sul punto richiamando quanto già sopra rilevato in ordine al fatto che gli ordini di acquisto acquisti, e prima di essi la pianificazione della domanda, sono frutto di attività che rientra nelle attribuzioni esclusive della Farmacia Ospedaliera e che pertanto non deve essere *"mediata"* dalla attività di terzi, ad evitare il rischio che l'emissione degli ordini di acquisto si riduca ad una attività di approvazione formale del lavoro altrui. Di conseguenza non appare accettabile che la *"proposta di pianificazione della domanda"* come le proposte di acquisto dei prodotti possano essere elaborate, anche in prima stesura, da altri che il personale dirigente della Farmacia Ospedaliera, al quale si richiede in tal senso un preciso sforzo inteso a garantire l'autonomia delle scelte della Farmacia Ospedaliera. Per la medesima ragione anche la definizione dei parametri sulla base dei quali vengono elaborate le proposte di pianificazione e le proposte degli ordini di acquisto deve provenire dalla Farmacia Ospedaliera. In sostanza, allo scopo di assicurare che le funzioni assegnate alla Farmacia Ospedaliera non siano indebitamente esercitate o anche solo condizionate dal gestore del magazzino è necessario, e sufficiente, che questi, dopo aver implementato un sistema che assicuri la registrazione di tutti i flussi in entrata ed uscita dei prodotti, metta a disposizione della Farmacia Ospedaliera i vari dati scomposti affinché questa ultima li elabori in totale autonomia. E' poi superfluo ribadire che gli ordini di acquisto debbono essere sempre approvati dal personale dirigente della Farmacia Ospedaliera. Il Capitolato impugnato non è

chiaro ed inequivoco in tal senso.

12.4. La nota di chiarimenti della Dirigente della Farmacia Ospedaliera riferisce poi partitamente in ordine alle fasi di ricevimento e stoccaggio dei prodotti pervenuti, alla preparazione ed al controllo delle ceste contenenti i prodotti da distribuire ai vari Centri utilizzatori, allo scarico informativo dei prodotti distribuiti dal magazzino ed alla consegna dei prodotti. In sintesi in tali fasi viene richiesto all'appaltatore di controllare la conformità agli ordini dei prodotti in arrivo e dipoi di registrare i prodotti in entrata ed in uscita con modalità tali da consentirne in ogni momento, alla Farmacia Ospedaliera, la tracciabilità ed il monitoraggio istantaneo delle quantità presenti in magazzino, dei lotti e della relativa scadenza, ed inoltre di individuare i Centri utilizzatori ai quali sono stati consegnati, e così via dicendo. Tutto ciò è, all'evidenza estremamente utile, ma presenta aspetti di criticità nella misura in cui determinate attività che presentano aspetti di delicatezza - come ad esempio la contestazione per non corrispondenza dei prodotti in arrivo o la preparazione delle ceste da distribuire - è previsto che debbano conformarsi al rispetto di non meglio definiti protocolli predisposti dalla Farmacia Ospedaliera, oltre che della legislazione vigente, senza che a livello di Capitolato sia contestualmente tipizzata la violazione dei protocolli interni come inadempimenti contrattuali e senza che sia previsto l'obbligo e la facoltà dei Farmacisti Ospedalieri di eseguire in qualsiasi momento controlli randomizzati ed a sorpresa allo scopo di verificare l'osservanza di tutte le norme, legislative e di protocollo, che disciplinano lo stoccaggio dei farmaci, la loro distribuzione, etc. etc.. E' ben vero che all'art. 8 il Capitolato contempla una attività di controllo da parte di un "gruppo di controllo" che deve "relazionarsi" con l'appaltatore, ma non è chiaro se il suddetto "gruppo di controllo" possa intervenire solo nell'ambito di *audit* o comunque di verifiche pre-programmate o se, invece, più efficacemente esso possa, anche senza preavviso, ispezionare il magazzino, assistere alle operazioni quotidiane di movimentazione dei prodotti, intervistare il personale addetto al magazzino. Con particolare riferimento ai controlli da effettuarsi sui prodotti in

arrivo nella nota di chiarimenti si legge che *“La F.O. verifica che quanto previsto dal protocollo operativo relativamente alla fase di controllo della merce pervenuta sia applicato correttamente. E’ prevista presso il magazzino unico sempre la presenza di un farmacista ospedaliero che interviene in tutte le problematiche e/o non conformità rilevate durante il ricevimento (prodotti non conformi, validità residue non conformi, etc. etc.)”* ma tali previsioni non emergono in maniera chiara dal Capitolato d’appalto. Il Collegio deve a questo punto rammentare che il “magazzino” il cui affidamento in gestione è oggetto degli atti impugnati nel presente giudizio, deve considerarsi quale una pertinenza della Farmacia Ospedaliera, una sorta di distaccamento di essa, di guisa che la corretta gestione dei farmaci ivi stoccati, anche solo “in transito”, rimane durante tutte le fasi sotto la responsabilità della Farmacia Ospedaliera, che ne è anche proprietaria. La Farmacia Ospedaliera deve quindi implementare l’attività di vigilanza, di controllo e di monitoraggio che e’ richiesta dal livello di responsabilità, e non solo al fine di verificare il corretto adempimento di prestazioni contrattuali: in tal senso le previsioni del Capitolato sono generiche, e troppo ampie, nel devolvere all’appaltatore la gestione dei prodotti stoccati nel magazzino (art. 2 punto 7); e sono ugualmente generiche ed inadeguate nel prevedere la tipologia dei controlli che la Farmacia Ospedaliera deve/può implementare all’interno del magazzino e nel rinviare a non meglio definiti protocolli le procedure che l’appaltatore deve seguire: questi ultimi, in particolare, dovrebbero essere quantomeno allegati al Capitolato e sottoscritti dall’appaltatore unitamente al medesimo, e contestualmente dovrebbe essere previsto l’obbligo dell’appaltatore di adeguarsi a qualsiasi modifica dei protocolli che la Farmacia Ospedaliera dovesse approvare in avvenire.

12.5. Relativamente alla previsione del Capitolato che considera “accettabili” determinate percentuali di errore su svariati parametri, il Collegio, pur dando atto che rientra nella discrezionalità della stazione appaltante quella di stabilire i requisiti minimi della obbligazione esigibile, in mancanza dei quali si ha

inadempimento contrattuale, non può esimersi dal rilevare che nel caso di specie l'art. 2 del Capitolato in sostanza va a definire a priori la non sanzionabilità di una serie di veri e propri errori, allorché contenuti in una determinata percentuale: ad esempio errori nella consegna dei farmaci, discrepanze tra numero delle confezioni ricevute ed ordinate, errori nel sollevare contestazioni a materiale non conforme, errori nel rilevare situazioni di "sotto scorta", discrepanze di magazzino, segnalazioni di scadenze. In media il Capitolato riconosce un margine di "tollerabilità" di tali errori del 5%, in qualche caso in misura inferiore. Orbene il Collegio ritiene che l'attività di gestione del farmaco dovrebbe tendere allo 0% di errori e ciò per la ragione che errori compiuti nelle fasi di gestione del farmaco in concreto possono - sia pure nel concorso di una serie di ulteriori comportamenti negligenti o dolosi - tradursi nella somministrazione a pazienti di farmaci scaduti o diversi da quelli prescritti, ovvero nella indebita sottrazione di essi. La "accettabilità" di un margine di errore appare tanto più ingiustificata ove si consideri che l'implementazione del servizio in esame dovrebbe contribuire a migliorare il risultato dell'attività della Farmacia Ospedaliera azzerando quegli errori che ad oggi possono ascrivere alla inadeguatezza dell'organico della Farmacia Ospedaliera a far fronte a tutte le attività necessarie ad assicurare la corretta gestione dei farmaci in ogni fase. Il Collegio ritiene pertanto che la clausola in esame non possa ritenersi legittima, perché con essa la Farmacia Ospedaliera in sostanza avalla errori che la legislazione vigente non le consente di compiere.

13. Tenuto conto di tutto quanto esposto il Collegio reputa, conclusivamente, che il ricorso deve essere accolto in quanto il testo del Capitolato d'appalto portato alla attenzione del Collegio, destinato a trasfondersi nel testo contrattuale, non pare adeguato a garantire che la Farmacia Ospedaliera mantenga il controllo di alcune delle attribuzioni e responsabilità che il legislatore ad essa assegna in via esclusiva. Segnatamente il testo del Capitolato:

- non garantisce che i Farmacisti Ospedalieri mantengano l'esclusivo controllo: a)

della fase di validazione delle prescrizioni e delle richieste dei Centri utilizzatori; b) della fase di pianificazione della domanda; c) della predisposizione ed approvazione degli ordini di acquisto;

- non è esplicito nell'affermare che costituisce preciso obbligo contrattuale dell'appaltatore quello di osservare ed applicare i protocolli approvati dalla Farmacia Ospedaliera e le loro future varianti e che pertanto le eventuali violazioni di detti protocolli sono sanzionabili come inadempimenti contrattuali;

- non è esplicito nel prevedere il potere e dovere dei Farmacisti Ospedalieri di effettuare, in qualsiasi momento, ispezioni e controlli interni al magazzino onde verificare l'attività dell'appaltatore, il rispetto della legislazione vigente in materia di stoccaggio dei farmaci, il rispetto dei protocolli approvati dalla Farmacia, non potendosi tale attività di controllo compendiarsi solo nella lettura dei *reports* periodici predisposti dall'appaltatore ed in visite preconcordate del c.d. "gruppo di controllo";

- illegittimamente ritaglia spazi di "accettabilità" a priori di tutta una serie di "errori".

14. Gli atti oggetto di gravame vanno quindi annullati.

15. La novità e complessità delle questioni portate alla attenzione del Collegio giustifica la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il bando di gara riferito alla "*procedura aperta per l'affidamento della fornitura di un servizio di gestione logistica del magazzino farmaceutico ed economale dell'ASL TO 5 della Regione Piemonte*", pubblicato su G.U.C.E. del 9.03.2017, gara n. 6681799, codice CIG 7000336C01, e di tutta la relativa documentazione di gara.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Roberta Ravasio, Consigliere, Estensore

Paola Malanetto, Consigliere

L'ESTENSORE

Roberta Ravasio

IL PRESIDENTE

Domenico Giordano

IL SEGRETARIO