

N. 04257/2015 REG.PROV.COLL.
N. 02934/2015 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2934 del 2015, proposto da:

Baxter s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'Avv. Mario Sanino e dall'Avv. Riccardo
Arbib, con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Mario Sanino in
Roma, viale Parioli, n. 180;

contro

Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bergamo, in persona del
Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Marco
Zambelli e dall'Avv. Giorgio Luceri, con domicilio eletto presso lo
stesso Avv. Giorgio Luceri in Roma, Via Udine, n. 6;

Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Como, appellata non
costituita;

Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Sondrio, appellata non
costituita;

Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Varese, appellata non

costituita;

Fresenius Kabi Italia s.r.l., appellata non costituita;

nei confronti di

Vitalaire Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandante dell'a.t.i. con la Farmacia Dott. Metalla s.n.c. di Dott. Celeste Metalla & C. (capogruppo mandataria), rappresentata e difesa dall'Avv. Diego Vaiano e dall'Avv. Raffaele Izzo, con domicilio eletto presso lo Studio Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio, n. 3;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA: SEZIONE II n. 00011/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento della fornitura di nutrizione parenterale domiciliare con sacche di miscele allestite su prescrizione personalizzata

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bergamo e di Vitalaire Italia s.p.a.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 giugno 2015 il Cons. Massimiliano Noccelli e uditi l'Avv. Arbib, per l'odierna appellante Baxter s.p.a., l'Avv. Zambelli, per l'appellata Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bergamo, e l'Avv. Vaiano, per l'appellata Vitalaire s.p.a.;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bergamo ha indetto una procedura aperta per la fornitura triennale di nutrizione parenterale

domiciliare (NPD) con sacche di miscele nutrizionali e servizi connessi, occorrenti ai pazienti delle Province di Bergamo, Como, Sondrio e Varese.

2. Il lotto n. 2 di questa procedura, relativo alla fornitura di miscele nutrizionali su prescrizione personalizzata, all'esito della procedura ed espletata positivamente la verifica sull'anomalia dell'offerta, è stato aggiudicato all'a.t.i. di Vitalaire s.p.a., quale mandante, con la Farmacia Dott. Metalla s.n.c. di Dott. Celeste Metalla & C. (capogruppo mandataria e denominata di qui in avanti, per brevità, Farmacia Metalla).

3. Avverso tale aggiudicazione l'odierna appellante, Baxter s.p.a., ha proposto ricorso, integrato da due successive serie di motivi aggiunti, avanti al T.A.R. Lombardia, sezione staccata di Brescia, chiedendone l'annullamento.

4. Si sono costituite nel primo grado di giudizio l'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bergamo e Vitalaire s.p.a., in qualità di mandante, entrambe per resistere al ricorso *ex adverso* proposto.

5. Il T.A.R. Lombardia, sede staccata di Brescia, con la sentenza n. 11 del 7.1.2015, ha respinto il ricorso e i motivi aggiunti.

6. Avverso tale sentenza ha proposto appello Baxter s.p.a., proponendo nove distinti motivi, e ne ha chiesto la riforma, con ogni conseguenza di legge.

7. Si sono costituite l'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bergamo e Vitalaire s.p.a., entrambe per resistere all'appello *ex adverso* proposto.

8. Nella pubblica udienza del 18.6.2015 il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

9. L'appello è infondato e va respinto.

10. Con il primo motivo (pp. 4-7 del ricorso) l'appellante lamenta la

violazione, da parte del primo giudice, delle disposizioni sull'accesso alla documentazione relativa alle gare, oggetto dei primi motivi aggiunti proposti in primo grado.

10.1. In questi ultimi Baxter s.p.a. aveva chiesto testualmente di accedere, tra l'altro, alla *«produzione documentale di tutto quanto occorra fra l'aggiudicazione e la fornitura»* e, in particolare, alla corrispondenza tra le strutture sanitarie e l'a.t.i. aggiudicataria sulle modalità di presa in carico dei pazienti, ma il T.A.R. bresciano ha respinto tale istanza sul rilievo che si tratterebbe di una attività che si colloca a valle dell'aggiudicazione ed attiene, pertanto, alla fase esecutiva della fornitura.

10.2. Tale statuizione è contestata dall'appellante, la quale assume che vi sarebbero gravi carenze nell'offerta, che si sarebbero inevitabilmente riverberate sulla pienezza dell'attivazione della fornitura, e che quindi l'istanza di accesso era finalizzata a dimostrare una carenza nel contenuto dell'offerta, riverberatasi e rivelatasi nella fase esecutiva.

11. Il motivo non merita accoglimento.

11.1. L'istanza di accesso assume, nelle forme richieste dall'appellante, una finalità esplorativa perché, se è vero che le carenze dell'offerta possono riflettersi sull'avvio dell'esecuzione da parte dell'aggiudicataria, è a queste che la ricorrente deve far riferimento, con espressa indicazione delle stesse, e non ricercare *ex post*, negli atti della fase esecutiva, la conferma di una carenza che non è riuscita a dimostrare.

11.2. Né giova all'appellante replicare che l'esibizione della corrispondenza intercorsa sulla presa in carico dei pazienti avrebbe "mascherato" l'a.t.i., la quale aveva dichiarato in offerta una capacità che, in realtà, non possedeva.

11.3. Delle due, infatti, l'una: o questa capacità non esisteva e si evinceva già dalla formulazione dell'offerta, non occorrendo ricercarne

la prova negli atti della fase esecutiva, o questa capacità si è rivelata insussistente al momento dell'esecuzione, incidendo sulla fase privatistica del rapporto, con conseguente inadempimento dell'aggiudicataria rispetto alle obbligazioni assunte.

11.4. La statuizione del T.A.R. sul punto, dunque, va immune da censura.

12. Con il secondo motivo (pp. 7-8 del ricorso) l'appellante ha inteso riproporre la censura relativa alla partecipazione di Vitalaire Italia s.p.a. in due distinte a.t.i. per due lotti della stessa gara aventi oggetto connesso.

12.1. Il primo giudice ha respinto tale censura, ritenendo che, qualora la stazione appaltante opti per una suddivisione per lotti, la gara non sia qualificabile come "unica", ma sia articolata in tante selezioni, distinte ed autonome, quanti sono i lotti da aggiudicare, e che nel caso esaminato le imprese evocate in giudizio non hanno concorso per l'aggiudicazione della stessa gara, ma per i lotti n. 1 e n. 2, che avevano oggetti autonomi e distinti, ossia, e rispettivamente, specialità medicinali a formula *standard* e preparazioni galeniche su prescrizione personalizzata, e dunque la conoscenza preventiva delle offerte dell'una o dell'altra e la comune e concordata loro formulazione non ha provocato alcuna interferenza sull'andamento delle competizioni e sul relativo esito.

12.2. Infine, ha rilevato ancora il T.A.R., non può essere sottaciuta l'aggiudicazione del lotto n. 1 all'odierna appellante, Baxter s.p.a., che ha prevalso sotto il profilo tecnico ed economico, sicché anche la dinamica concreta delle selezioni ha avuto «*un alterno sviluppo, sfociato in ordini di graduatoria non coincidenti*» (p. 9 della sentenza impugnata).

12.3. L'appellante contesta tali argomentazioni, opponendo che non

ogni gara suddivisa in lotti equivale *ex se* a tante gare quanti sono i lotti, proprio per la ragione che occorre verificare se sussista la possibilità di interferenza tra due o più lotti e, pertanto, tra o due o più offerte, suscettibile di alterare la piena competizione delle concorrenti.

12.4. Nel caso di specie i due lotti concernono entrambi due prestazioni connesse, la fornitura di sacche nutrizionali e il connesso servizio infermieristico e per tutti e due il servizio infermieristico è in capo a Vitalaire Italia s.p.a., mentre la fornitura di sacche nutrizionali spetta nell'un caso – lotto n. 1 – a Fresenius Kabi Italia e nell'altro – n. 2 – a Farmacia Metalla.

12.5. Ne discenderebbe, secondo Baxter s.p.a., che, per il tramite di Vitalaire Italia s.p.a., ciascuna a.t.i. ben potrebbe condividere informazioni essenziali per l'approntamento della propria offerta, prime fra tutte quelle sui prezzi delle sostanze e delle sacche.

13. Il motivo è infondato.

13.1. L'appellante trascura di considerare un dato fondamentale, ben evidenziato, invece, dal primo giudice, che esclude ogni possibile interferenza tra i due lotti e, cioè, che il lotto n. 1, aggiudicato peraltro alla stessa Baxter s.p.a., ha ad oggetto sacche *standard* e, cioè, medicinali industrialmente prodotti, mentre le sacche allestite su prescrizione medica personalizzata, oggetto del lotto n. 2 aggiudicato dall'a.t.i. Farmacia Metalla/Vitalaire Italia s.p.a., sono propriamente formule galeniche magistrali.

13.2. La radicale e ontologica diversità tra i due tipi di sacche impedisce ogni rischio di interferenza, come è dimostrato del resto, *ex post*, proprio dal fatto che il lotto n. 1 è stato aggiudicato alla stessa Baxter s.p.a., sicché è del tutto immune da censura la valutazione del T.A.R., secondo cui, nel caso di specie, si è al cospetto di due distinte selezioni e non di

un'unica gara.

14. Con il terzo motivo di gravame, estremamente articolato (pp. 8-14 del ricorso), l'odierna appellante Baxter s.p.a. ha riproposto la censura mirante all'esclusione della Farmacia Metalla, farmacia privata aperta al pubblico, in quanto soggetto che gode di una disciplina peculiare che vieta di comportarsi alla stregua di una industria, imponendole limiti sia territoriali che funzionali.

14.1. Il ragionamento dell'appellante, in sintesi, si fonda sui seguenti passaggi:

a) Farmacia Metalla svolge legittimamente attività di impresa se e finché si mantiene nell'ambito della propria autorizzazione e non travalica i limiti funzionali e territoriali che l'autorizzazione stessa impone all'esercizio dell'attività;

b) questi limiti derivano dall'esigenza, assicurata con la pianta organica e, cioè, con l'attribuzione di un ben individuato bacino di utenza a ciascuna farmacia, di garantire non solo a ciascun utente un agevole accesso ai medicinali, ma anche alle AA.SS.LL., che hanno rilasciato l'autorizzazione, di vigilare efficacemente sull'attività delle farmacie;

c) vi sarebbe in definitiva un vincolo o, se si vuole, una destinazione, tra una data farmacia e la collettività degli utenti che essa è destinata a riscontrare, certo non rigidamente esclusivo, ma neppure così impalpabile, come pretenderebbe Farmacia Metalla.

14.2. Secondo tale assunto Farmacia Metalla si presenterebbe nella sua veste di allestitore di preparati galenici magistrali, ma in realtà opererebbe come una vera e propria industria, non solo per la gara in questione, ma anche per numerose altre gare, svoltesi in tutta Italia, e anche in questo caso l'operatività si collocherebbe ben fuori il bacino d'utenza, perché la sede della Farmacia è a Milano e i pazienti in cura

presso le strutture interessate alla gara sono di altre province lombarde e anzi la clausola della *lex specialis* vincola l'aggiudicatario alla fornitura in qualsiasi località italiana si trovino i pazienti, in qualsiasi momento, sicché – e in ciò sta il senso ultimo della censura – Farmacia Metalla sfrutta l'autorizzazione alla produzione di galenici magistrali, per loro natura unici ed estemporanei e, dunque, preparati in modo artigianale, per la produzione di un vero e proprio *stock* industriale.

14.3. La tesi dell'appellante si fonda sull'assunto, in altri termini, che la preparazione magistrale soddisfa il requisito dell'*unità*, se è singola, e dell'*estemporaneità*, quando avviene occasionalmente, mentre qui si è al cospetto di lotti di preparazioni allestite e consegnate ripetutamente e continuativamente.

14.4. Il T.A.R. lombardo ha respinto la censura, osservando che, in base al principio della libera concorrenza di derivazione europea, le farmacie possono distribuire i loro prodotti sull'intero territorio nazionale e, pertanto, non è inibita alla Farmacia Metalla la possibilità di distribuire le sacche anche al di fuori del proprio contesto territoriale, soprattutto in «*un disegno legislativo ormai ineluttabilmente orientato verso la rimozione delle restrizioni all'ingresso di nuovi operatori sul mercato, con l'implementazione dell'erogazione dei farmaci, attraverso un'equa distribuzione delle farmacie nel territorio ed una migliore accessibilità del servizio per i residenti in aree scarsamente abitate*» (p. 11 della sentenza impugnata).

14.5. Tale conclusione è tuttavia contestata dall'appellante, la quale eccepisce che è fuori luogo invocare il principio di libera concorrenza perché la posizione del farmacista non è assimilabile a quella di qualsivoglia altro imprenditore e soggiace ad un limite territoriale d'azione, venendo vanificato, altrimenti, l'intento prefigurato dal legislatore attraverso la pianta organica delle farmacie.

15. Il motivo è destituito di fondamento e va respinto.

15.1. Non si rinviene nell'ordinamento alcun principio o alcun divieto legislativo che inibisca al farmacista di preparare le sacche anche per pazienti che si trovino al di fuori della propria circoscrizione territoriale, senza per questo venir meno all'obbligo primario di garantire il servizio, come è ovvio, alla collettività territoriale di riferimento.

15.2. L'*unità* e l'*estemporaneità* delle preparazioni galeniche non sono poi pregiudicate dal fatto che esse vengano preparate in grandi quantità, poiché, come ha correttamente rilevato Vitalaire Italia s.p.a. nella propria memoria (p. 25), non si tratta di preparazioni prodotte serialmente e, cioè, in modo eguale, ripetuto e continuativo, ma di miscele consegnate ai pazienti sulla base di una specifica prescrizione medica personalizzata.

15.3. Viene dunque a cadere l'assunto di fondo, sotteso all'intera censura, e cioè che, per le proprie caratteristiche intrinseche, le sacche contenenti le miscele allestite su prescrizione medica personalizzata non siano preparazioni galeniche magistrali, ma medicinali industrialmente prodotti.

15.4. Ritene il Collegio quindi di condividere la controdeduzione di Vitalaire Italia s.p.a. e, cioè, che il numero di sacche non muta la natura delle sacche, nel senso che, se si tratta – come nel caso di specie si tratta – di sacche galeniche magistrali, che sia uno, cento o diecimila, le farmacie hanno piena legittimazione ad allestirle in virtù di quanto prevede l'art. 3, comma 1, lett. a), del d. lgs. 219/2006.

15.5. Il motivo, dunque, è infondato e va respinto.

16. Con il quarto motivo (pp. 14-23 del ricorso) l'appellante ha riproposto la censura con la quale ha lamentato la mancata esclusione dell'a.t.i. aggiudicataria perché talune sostanze nutrizionali

deriverebbero dal confezionamento dei prodotti industriali, che è vietato, salve specifiche eccezioni, che qui non rilevano.

16.1. Gli argomenti proposti dall'appellante sono privi di pregio.

TAR 16.2. L'art. 3, comma 1, del d. lgs. 219/2006 individua espressamente, tra le fattispecie escluse dall'ambito di applicazione del decreto, i medicinali preparati in farmacia in base ad una prescrizione medica destinata ad un determinato paziente, detti "formule magistrali", che restano disciplinati dall'art. 5 del d.l. 23/1998, disposizione, quest'ultima, la quale stabilisce che *«i medici possono prescrivere preparazioni magistrali esclusivamente a base di principi attivi descritti nelle farmacopee dei Paesi dell'Unione europea o contenuti in medicinali prodotti industrialmente di cui è autorizzato il commercio in Italia o in altro Paese dell'Unione europea»*, autorizzando in maniera espressa la possibilità di inserire un principio attivo contenuto in un medicinale prodotto industrialmente nell'ambito della formula galenica.

APPELLANTE 16.3. Secondo l'appellante tale previsione avrebbe carattere eccezionale, poiché autorizzerebbe il confezionamento nei soli limiti in cui occorra nell'ambito della sperimentazione clinica del c.d. multitrattamento Di Bella e, comunque, si riferirebbe solo al principio attivo inteso quale "sostanza pura", che può venire ricavata dal prodotto senza manipolazioni particolari.

17. Ma nessuno di tali argomenti, pur suggestivi, coglie nel segno.

CDS 17.1. Non il primo, contraddetto espressamente dall'art. 3, comma 1, lett. a), del d. lgs. 219/2006, che ha portata generale e non si riferisce solo alle preparazioni galeniche riguardanti l'ormai superato multitrattamento Di Bella.

17.2. Non il secondo, anche esso smentito dal tenore letterale dell'art. 5 del d.l. 23/1998 che, riferendosi tanto ai principi attivi descritti nelle

farmacopee dei Paesi dell'Unione Europea che a quelli contenuti nei medicinali prodotti industrialmente, ha inteso consentire l'utilizzo tanto di sostanze che si rinvenivano allo stato puro quanto di quelle che, invece, sono contenute in medicinali.

17.3. Seguendo l'impostazione dell'appellante, del resto, si perverrebbe alla conclusione, illogica e contraria alla *ratio legis*, che nessuno potrebbe allestire le miscele in oggetto qualora il medico prescriva l'impiego di un principio attivo che non si trovi in commercio allo stato puro, ma così non è, perché una simile interpretazione priverebbe di senso l'eccezione, invero rilevante, prevista dal legislatore.

17.4. Ciò che succede all'atto dell'allestimento delle miscele nutrizionali personalizzate, a ben riflettere, è che il medico invii al farmacista una prescrizione nella quale indica le quantità di ogni principio attivo che vuole vengano inserite nella preparazione da destinare al singolo paziente.

17.5. Se il principio attivo si trova in commercio allo stato di materia prima, il farmacista si approvvigiona di esso dal produttore e procede all'allestimento.

17.6. Se invece il principio attivo si trova all'interno di un medicinale industrialmente prodotto, non può fare altro che utilizzare quello, poiché non vi è altro modo per garantire al paziente la possibilità di usufruire del medicinale personalizzato che gli è stato prescritto dal medico.

17.7. Non giova nemmeno all'appellante richiamarsi all'art. 68 del d. lgs. 30/2015, il quale, nel tutelare i farmaci coperti da brevetto, stabilisce che «*la facoltà esclusiva attribuita dal diritto di brevetto non si estende tra l'altro, quale che sia l'oggetto dell'invenzione, alla preparazione estemporanea, e per unità, di medicinali nelle farmacie su ricetta medica, e ai medicinali così preparati, purché*

non si utilizzino principi attivi realizzati industrialmente», poiché, come ha correttamente rilevato il T.A.R. nella sentenza impugnata, in tale ipotesi l'allestimento di formule galeniche mediante l'utilizzo dei principi attivi contenuti in farmaci prodotti industrialmente prodotti è subordinato al reperimento del principio attivo presso le aziende titolari del brevetto, sicché la previsione è dettata a protezione del brevetto industriale, senza introdurre uno specifico divieto per le preparazioni galeniche.

17.8. In altri termini il farmacista, per preparare la formula galenica, deve nel caso di specie rivolgersi direttamente all'eventuale titolare del brevetto o alle aziende o distributori autorizzati per ottenere il principio attivo soggetto a privativa industriale.

17.9. Il significato di tale disposizione è ben lumeggiato dalla pronuncia della Cass. pen., sez. II, 14.2.2012, n. 5573, la quale, riferendosi proprio all'*eccezione galenica* di cui all'art. 68 del d. lgs. 30/2005, ha chiarito che essa contiene *«una precisazione normativa introdotta allo scopo di meglio tutelare il diritto di brevetto, considerato il proliferare dell'illegale commercio di principi attivi prodotti industrialmente»*, senza quindi vietare al farmacista di preparare la formula magistrale anche con principi coperti da privativa industriale, purché l'allestimento avvenga nel pieno rispetto delle prescrizioni mediche.

17.10. Né pare convincente il richiamo dell'appellante alla sentenza della Cass. pen., sez. fer., 29.8.2013, n. 39187, la quale ha al contrario chiarito che lo scopo dell'*eccezione galenica* è, appunto, quello di *«consentire al farmacista di preparare e vendere al paziente un medicinale con diverso dosaggio o con diverso eccipiente rispetto a quello del medicinale posto in vendita dal titolare del brevetto e ciò solo nei casi in cui il paziente necessiti di tale diverso dosaggio o sia allergico all'eccipiente utilizzato per il medicinale commercializzato dal titolare del brevetto»*.

17.11. Il motivo, quindi, nel suo complesso deve essere disatteso.

18. Con il quinto motivo (pp. 23-24 del ricorso) l'appellante ha inteso riproporre la censura relativa alla mancata esclusione dell'a.t.i. aggiudicataria perché taluni prodotti utilizzati per il confezionamento delle sacche per la nutrizione parenterale domiciliare costituiscono farmaci di esclusivo uso ospedaliero, che le farmacie private non potrebbero né acquistare né immagazzinare.

18.1. Il primo giudice ha disatteso tale censura, osservando correttamente che i prodotti formati dalla Farmacia Metalla non sono venduti direttamente al pubblico, ma predisposti, in qualità di appaltatrice, per la committente A.S.L. di Bergamo, poiché, sulla base della prescrizione medica, Baxter s.p.a. provvede all'allestimento estemporaneo delle miscele nutrizionali personalizzate, da consegnare al domicilio dei pazienti che ne hanno necessità, e sul punto l'appellante nulla ha controdedotto, con conseguente inammissibilità del motivo, il quale non contiene alcuna critica nei confronti dell'apparato motivazionale della sentenza qui impugnata.

18.2. Esso, comunque, sarebbe anche nel merito infondato, stante la correttezza di quanto rilevato dal primo giudice sul punto.

19. Con il sesto motivo (pp. 24-42 del ricorso) l'appellante ha inteso far valere, in questa sede, la presunta incompletezza/indeterminatezza dell'offerta presentata dalla controinteressata, sotto molteplici profili, che qui verranno, con la sintesi prescritta dal codice di rito, rammentati ed esaminati.

19.1. Il motivo, pur nella sua ampiezza e nella sua complessità, si appunta e si concentra sui seguenti aspetti:

a) rispetto a talune attività di assoluto rilievo nell'economia dell'appalto non sarebbe dato sapere "chi fa cosa";

- b) le quote di suddivisione delle prestazioni tra le due componenti dell'a.t.i. stessa appaiono incongrue;
- c) Farmacia Metalla non ha una capacità produttiva sufficiente a coprire il fabbisogno derivante dall'aggiudicazione;
- d) l'a.t.i. non copre l'intero ventaglio di formulazioni delle miscele nutritive possibile, imponendo di fatto formulazioni ai medici prescrittori;
- e) talune prestazioni sono subappaltate, ma in maniera indeterminata, impedendo così una corretta valutazione dell'offerta;
- f) le certificazioni ISO presentate non appaiono coerenti con l'oggetto dell'appalto.

20. Nessuno di tali profili critici, sollevati dall'appellante, appare tuttavia persuasivo al Collegio e degno di accoglimento.

20.1. In sintesi l'appellante contesta la grave carenza della struttura organizzativa in capo all'a.t.i. aggiudicataria e, in particolare, la capacità produttiva della Farmacia Metalla, questione riguardante, come ha correttamente osservato il giudice di primo grado, la corretta esecuzione dell'appalto e non la legittimità dell'aggiudicazione.

20.2. Si tratta infatti di censure del tutto inammissibili, non solo per la loro genericità, ma perché esse si proiettano, senza peraltro essere assistite da un adeguato conforto probatorio, sulla corretta esecuzione del contratto, fase che esula dalla cognizione del giudice amministrativo.

20.3. Tutte le considerazioni svolte al riguardo dall'appellante, al di là della loro genericità, sono dunque del tutto influenti ai fini del decidere, così come tutti i rilievi inerenti alla seconda camera sterile.

21. Miglior esito non arride alla censura nemmeno nella parte in cui essa lamenta che l'a.t.i. non avrebbe specificato, nella propria offerta, chi nell'ambito dell'a.t.i. stessa si sarebbe occupato dell'assistenza

infermieristica.

21.1. Il “servizio pazienti” e il “*caregiving*”, che integrano appunto l’assistenza infermieristica di cui Baxter s.p.a. lamenta l’omessa indicazione, sono stati demandati a Vitalaire Italia s.p.a. che, come risulta dalla relativa visura camerale, ha tutti i requisiti per svolgerlo.

21.2. Nemmeno il Collegio ravvisa le presunte «*incongruità emergenti dall’offerta economica*» (p. 29 del ricorso), di cui si legge nel ricorso.

22. Baxter s.p.a. ha lamentato, più in particolare, che le percentuali delle quote d’appalto risulterebbero distribuite tra Farmacia Metalla e Vitalaire Italia s.p.a. senza tener conto delle prestazioni di assistenza infermieristica, che né l’una né l’altra disimpegnerebbero.

22.1. Al riguardo Baxter s.p.a. rammenta che il lotto n. 2 è suddiviso in due posizioni A e B, relative alla fornitura di sacche per la nutrizione parenterale, rispettivamente con e senza assistenza infermieristica.

22.2. Nell’offerta economica appare una tabella che distingue le due *Posizioni*, ma le percentuali indicate resterebbero praticamente le stesse: per la *Posizione A* (con assistenza farmaceutica) alla Farmacia Metalla e a Vitalaire Italia s.p.a. sono attribuite le percentuali del 62,26% e del 37,74%, mentre per la *Posizione B* (senza assistenza farmaceutica) alla Farmacia Metalla e a Vitalaire Italia s.p.a. sono attribuite le percentuali del 63,75% e del 36,25%.

22.3. Non vi sarebbe alcuna spiegazione plausibile, secondo l’appellante, del fatto che la quota di Vitalaire Italia s.p.a., che dovrebbe appunto occuparsi dell’assistenza farmaceutica, si discosti dalla *Posizione A* alla *Posizione B* appena dell’1,49% e, cioè, di un valore del tutto trascurabile.

23. Il motivo è destituito anche *in parte qua* di fondamento.

23.1. Evidente è la petizione di principio sulla quale esso si regge, postulando esso erroneamente che la differenza tra l’una e l’altra quota

di partecipazione sia dovuta unicamente all'attività infermieristica e non al complesso delle altre attività svolte da ciascuna delle partecipanti.

23.2. Lo scarto dell'1.49%, sul quale tanto insiste l'appellante, non significa e non prova comunque, quindi, che l'attività infermieristica abbia necessariamente un'incidenza pari a tale percentuale, come l'appellante infondatamente assume.

23.3. E del resto, come ha osservato correttamente la sentenza impugnata, il valore percentuale di tale attività quasi analogo, riservato per le due *Posizioni*, è indifferente e neutro rispetto al peso, complessivamente modesto, dell'assistenza infermieristica, tenuto conto che l'assistenza domiciliare integrata (ADI) resta attribuita all'A.S.L. per tutto quanto non concerne specificamente la nutrizione parenterale.

23.4. Si tratta di due prestazioni infermieristiche, quella dell'A.D.I. e quella esclusivamente connessa alla nutrizione domiciliare, ben distinte, come emerge dalla nota dell'A.S.L. inviata il 10.6.2014, dalla quale non si trae la conclusione, affermata dall'appellante (pp. 32-33 del ricorso), che anche la prima sarebbe affidata all'A.S.L. e sottratta all'aggiudicatario, che più non se ne prenderebbe carico, giacché la nota fa chiaro riferimento all'avvicendamento nell'appalto e al "prosiegua" della medesima terapia parenterale, pur curata dal nuovo aggiudicatario, non affermando in alcun modo né in alcuna parte che anche l'assistenza infermieristica connessa alla nutrizione sarebbe stata curata direttamente dall'A.S.L.

24. Anche la parte della censura in cui Baxter s.p.a. lamenta che la Farmacia Metalla limiterebbe la libertà prescrittiva dei medici mediante l'utilizzo di un modulo prestampato, che verrebbe stampato per ottenere prescrizioni compatibili con i prodotti a sua disposizione, è del tutto destituita di fondamento.

24.1. Il modulo prestampato, che secondo l'appellante limiterebbe la libertà prescrittiva dei medici, non è che un mero elenco degli elementi nutrizionali costituenti una miscela tradizionale, che è stato talvolta utilizzato dalla Farmacia Metalla nella fase esecutiva dei contratti, ad essa affidati, al solo fine di agevolare e rendere maggiormente intellegibile la prescrizione, ferma restando per il medico, naturalmente, la possibilità di modificarlo o di non utilizzarlo.

24.2. Non vi è dunque alcun condizionamento sull'autonomia terapeutica e sulla libertà prescrittiva del medico nella formulazione delle ricette personalizzate per le preparazioni galeniche magistrali né è corretto affermare, come fa l'appellante (p. 35 del ricorso), che l'a.t.i. vorrebbe imporre ai medici di richiedere esclusivamente le sostanze predisposte nel modulo, giacché non risulta che l'a.t.i., né nell'offerta né nella successiva esecuzione dell'appalto, si sia mai sottratta all'obbligo di fornire tutte le preparazioni autonomamente prescritte dal medico, anche quelle contenenti sostanze non contenute nel modulo, e ciò è confermato proprio dalla nota del 4.3.2015, prodotta dall'odierna appellante, con la quale la Farmacia Metalla ha richiesto alla stessa Baxter s.p.a. una sostanza da essa prodotta per una preparazione personalizzata in favore di un paziente in cura presso la A.S.L. di Como.

25. La censura non merita condivisione nemmeno nella parte in cui essa si duole della validità delle certificazioni ISO 9001, possedute dalla Farmacia Metalla, sostenendo che le stesse riguarderebbero soltanto le preparazioni galeniche e i prodotti per estetica e non anche la fornitura dei farmaci, e lamenta, altresì, che l'oggetto sociale della Farmacia Metalla includerebbe la produzione di galenici per la nutrizione parenterale, mentre quello di Vitalaire, a sua volta, contemplerebbe solo lo svolgimento di attività di nutrizione parenterale.

25.1. Anche questi rilievi critici non appaiono condivisibili.

25.2. Quanto alla presunta inadeguatezza della certificazione ISO 9001 posseduta dalla Farmacia Metalla, infatti, basti qui evidenziare come la certificazione stessa riguardi esplicitamente le «*preparazioni galeniche e magistrali*», con la conseguenza che la coerenza di essa con l'oggetto della gara appare indiscutibile, in quanto il servizio in oggetto concerne l'allestimento e la fornitura di miscele nutrizionali allestite estemporaneamente su prescrizione personalizzata e, cioè, le preparazioni galeniche magistrali di cui all'art. 3 del d. lgs. 219/2006.

25.3. Quanto al secondo profilo, pure dedotto dall'appellante, si deve rilevare la correttezza di quanto statuito sul punto dal primo giudice, laddove ha chiarito che «*Vitalaire espone la nutrizione enterale (che ricomprende la nutrizione parenterale domiciliare) e il commercio di galenici, e appare superflua l'ulteriore specificazione afferente a stoccaggio e distribuzione dei farmaci (connatrata al compito specifico assunto)* » (p. 21 della sentenza impugnata), non senza qui doversi aggiungere, peraltro, che dal certificato camerale prodotto in gara da Vitalaire Italia s.p.a. emerge come essa abbia ad oggetto la «*gestione ed il controllo della cura ed assistenza, sia domiciliare sia presso enti pubblici o privati in ogni forma*» e il «*commercio di farmaci e di prodotti galenici*».

26. Con il settimo motivo (pp. 42-55 del ricorso) l'appellante ha lamentato l'erronea valutazione delle offerte presentate dall'a.t.i. aggiudicataria e da Baxter s.p.a. sotto numerosi profili – e in relazione a diversi sottocriteri di valutazione – emergenti dalla lettura dei verbali, profili che saranno qui di seguito singolarmente esaminati.

27. Quanto alla capacità produttiva (pp. 45-46 del ricorso), anzitutto, l'appellante ha lamentato l'incongruità del magazzino dichiarato dall'a.t.i. stessa nell'offerta tecnica, che in realtà non figura tra quelli

delle officine di produzione di Vitalaire Italia s.p.a.

27.1. Assume Baxter s.p.a. che di esso l'a.t.i. nulla dice, né circa le caratteristiche né circa l'ubicazione, privando così la Commissione di elementi essenziali per la valutazione, sicché non è dato comprendere – né la Commissione, come invece ha fatto, avrebbe potuto ragionevolmente valutare – come possa gestirsi un trasporto delle sacche senza sosta, su un mezzo non refrigerato ma semplicemente coibentato.

27.2. Il motivo è infondato, poiché la mandante Vitalaire Italia s.p.a., che in seno all'a.t.i. si occupa della distribuzione e consegna delle sacche al domicilio dei pazienti, ritira le sacche dal suddetto magazzino e, appunto, le distribuisce e consegna ai pazienti a bordo di mezzi refrigerati – e non coibentati, come invece si legge nell'atto di appello – idonei a garantire la catena del freddo.

27.3. Le perplessità sollevate dall'appellante sul punto non appaiono pertanto condivisibili, perché la distribuzione rappresenta la fase esecutiva dell'appalto che va dal ritiro delle sacche presso il magazzino di Metalla sino alla consegna al domicilio dei pazienti.

28. Quanto alle certificazioni contemplate nel primo criterio (p. 46 del ricorso), l'appellante contesta la motivazione del T.A.R., che avrebbe concluso apoditticamente, a suo avviso, per la ragionevolezza del punteggio (1,4) assegnato all'a.t.i., assumendo che, se entrambe le componenti posseggono la certificazione, allora all'a.t.i. dovrebbe essere assegnato il punteggio di 2, ma, se anche una sola componente non la possiede, allora il punteggio da assegnare razionalmente è zero.

28.1. Il motivo è infondato perché, non essendo la certificazione ISO 14001 richiesta a pena di inammissibilità, non appare irragionevole che la Commissione abbia premiato con il massimo punteggio l'offerta di

Baxter s.p.a. ed abbia assegnato appena 1,40 punti all'a.t.i., odierna controinteressata, in ragione del fatto che la certificazione è posseduta dalla sola Vitalaire Italia s.p.a.

29. Riguardo ai tempi di allestimento (pp. 46-47 del ricorso), l'appellante lamenta, in sostanza, che la Commissione giudicatrice avrebbe premiato una consegna più rapida, ma a rischio (per la mancata disponibilità dell'esito dei *test* di sterilità/conta particellare/endotossine), anziché una consegna più lenta, ma assolutamente sicura, come quella effettuata da Baxter s.p.a.

29.1. L'appellante, tuttavia, mostra di non aver tenuto in debita considerazione e, comunque, di avere frainteso la corretta e, per questo, del tutto condivisibile motivazione del primo giudice, il quale ha a ragione osservato che i tempi di allestimento costituiscono uno specifico parametro di valutazione che, come tale, doveva essere preso in esame nella sua oggettività, sicché ogni doglianza al riguardo doveva essere indirizzata contro le regole di gara.

29.2. Inoltre, ha osservato ancor correttamente il primo giudice, non si rinvencono vizi nella decisione di premiare la velocità di consegna, mentre il giudizio afferente ai controlli sulla sacca finita è coerentemente risultato più favorevole a Baxter s.p.a. (2 punti contro 1,20 dell'a.t.i. controinteressata), e non appare irragionevole.

30. Quanto alla tipologia di dispositivi (pp. 47-48 del ricorso), l'appellante lamenta che il primo giudice si sarebbe limitato a rilevare che la decurtazione dei 2 punti per il sottocriterio non colmerebbe il divario di punteggio complessivo, senza considerare, però, che per la prova di resistenza occorre valutare il complesso delle censure prospettate e non ogni singola censura isolatamente.

30.1. Nel merito Baxter s.p.a. rileva che il punteggio conseguito dall'a.t.i.

per questo sottocriterio è massimo, premiando un'offerta impeccabile, mentre tale non sarebbe quella presentata dall'a.t.i. aggiudicataria, perché ad essa mancherebbero, per il *kit* di inizio infusione, il telino sterile e la confezione di guanti sterili richiesti e, per il *kit* di fine infusione, tutte le siringhe, il tappino *luer lock* sterile e, di nuovo, la confezione di guanti sterili, nonché, per il *kit* medicazione, la pinza *klemmer* sterile e le vaschette grande e piccola e, per il *kit* mensile, il cerotto in *tnt*.

30.2. Il motivo, al di là della sua inammissibilità per il mancato superamento della prova di resistenza, è nel merito infondato, perché i *kit* prodotti dall'a.t.i. Metalla/Vitalaire erano pienamente conformi alle prescrizioni all'uopo dettate dall'art. 1 del capitolato speciale.

31. L'appellante ripropone, poi, la doglianza relativa al sottocriterio concernente la stabilità e la durata delle sacche (pp. 48-49), censurando la sentenza per avere, ancora una volta, risolto la relativa questione con il mancato superamento della prova di resistenza.

31.1. L'a.t.i. aggiudicataria avrebbe presentato per qualsiasi formulazione, nell'offerta tecnica, una durata di validità delle sacche pari a 30 giorni che, in realtà, non si può stabilire *ex ante* in maniera generica per tutte le sacche, mancando l'evidenza di elementi da utilizzare nella produzione, poiché, a seconda della composizione della miscela, la durata è differente e, oltretutto, l'a.t.i. non avrebbe nemmeno precisato se si tratti di un limite minimo o massimo.

31.2. Inoltre, ha dedotto ancora l'appellante, se l'a.t.i. esegue il test di sterilità a campione e questi restituiscono l'esito dopo 14 giorni, allora si dovrebbe considerare che le sacche sono utilizzabili con sicurezza a partire dal quindicesimo giorno, e pertanto ben al di sotto del tempo di validità garantita, che l'offerta calcola in almeno 2/3 della validità

complessiva del prodotto e ancor più sotto del tempo di attivazione del servizio, che nell'offerta l'a.t.i. indica in appena 5 giorni dalla ricezione e verifica della prescrizione medica.

31.3. Il motivo è destituito di fondamento.

31.4. La validità massima attribuibile ad una preparazione sterile allestita in farmacia al di fuori di un sistema convalidato è pari a 30 giorni e, per quanto attiene alla valutazione della stabilità, vengono accettate solo formulazioni che, in relazione alle tabelle di stabilità, garantiscano una validità di 30 giorni.

31.5. Quanto, poi, all'ulteriore rilievo secondo cui sarebbe impossibile per la Farmacia Metalla garantire che le sacche fornite abbiano almeno 2/3 della validità complessiva del prodotto, come richiesto dal capitolato speciale, avendo queste un periodo di validità complessivo pari a 30 giorni ed occorrendo aspettare 14 giorni per ottenere i risultati dei *test* di sterilità, esso è destituito di fondamento.

31.6. I controlli effettuati dalla Farmacia Metalla avvengono, infatti, in base a convalida di processo e non di prodotto e, per definizione, una validazione è un sistema che ricrea nel dettaglio il processo produttivo includendovi ogni passaggio, compresi quelli più critici: se al termine di tale verifica, che viene eseguita con una determinata frequenza prestabilita, il prodotto risulta conforme e, cioè, apirogeno e con conta particellare idonea, il processo si ritiene convalidato e, di conseguenza, si considerano conformi tutti i prodotti.

31.7. Nel caso di sacche che vengono allestite con questa specifica procedura, pertanto, il rilascio può avvenire anche prima di 14 giorni.

32. In ordine all'ulteriore sottocriterio della tipologia delle miscele offerte (pp. 49-50 del ricorso), ancora, l'appellante censura la sentenza del T.A.R. nella parte in cui ha ritenuto autoreferenziale il rilievo che

non tutti i lipidi utilizzabili per le miscele nutrizionali sarebbero di eguale qualità e che le concorrenti hanno dichiarato, nelle rispettive offerte, di utilizzare lipidi aventi caratteristiche differenti.

32.1. Sostiene Baxter s.p.a. che, poiché la Farmacia Metalla si è impegnata ad offrire prodotti equivalenti sotto il profilo nutrizionale e non, dunque, esattamente i prodotti richiesti dal medico prescrittore, essa non avrebbe potuto ricevere un punteggio maggiore rispetto a quello di Baxter s.p.a., che non aveva espresso alcuna riserva o condizionamento riguardo al fedele rispetto delle prescrizioni mediche, tanto più che non si trattava, nel caso di specie, di sostanze pure e genuine, ma di prodotti industriali sconfezionati.

32.2. Anche questa censura non merita positivo apprezzamento.

32.3. L'appellante omette di considerare, infatti, che all'atto della prescrizione il medico può decidere se individuare specificamente il nutriente oppure il farmaco che il farmacista deve inserire nella sacca, indicandone il nome commerciale, oppure limitarsi ad una mera indicazione di genere.

32.4. Nel primo caso, ossia qualora il medico individui esattamente lo specifico prodotto con il suo nome commerciale, il farmacista immetterà nella sacca il nutriente o il farmaco specificamente richiesto.

32.5. Ove per contro il medico si limiti ad una indicazione di genere, il farmacista potrà introdurre a sua scelta nella sacca uno tra i vari nutrienti del genere prescritto dal medico, a seconda dei casi (lipidi, elettroliti, glucosio, etc.) che si trovino in commercio e che abbiano caratteristiche equivalenti sul piano tradizionale.

32.6. Come ha correttamente rilevato il primo giudice, pertanto, con l'espressione "*equivalenti da un punto di vista nutrizionale*" l'a.t.i. aggiudicataria ha semplicemente inteso riferirsi al caso, invero assai

frequente, che il medico richieda l'utilizzo di un prodotto genericamente indicato, senza menzionare il nome commerciale di uno specifico prodotto.

32.7. Il punteggio assegnato, pertanto, non è irragionevolmente elevato né sproporzionato rispetto a quello conseguito da Baxter s.p.a.

33. Baxter s.p.a. ha ancora contestato, nel settimo motivo (pp. 50-51 del ricorso), l'assegnazione del punteggio di 1,20 all'a.t.i. controinteressata, quanto al sottocriterio del tipo dei controlli sulla sacca finita, assumendo che esso doveva essere pari a zero per il rilievo che Farmacia Metalla esegue solamente una convalida di processo, che intuitivamente offre ben minori garanzie dell'esecuzione del *test* su tutte le sacche, nessuna esclusa, uscite dall'officina di produzione di Baxter s.p.a.

33.1. Come ha correttamente rilevato il primo giudice (pp. 24-25 della sentenza impugnata), però, la contestazione è priva di fondamento, perché nel caso di allestimenti galenici magistrali e, cioè, di preparazioni in farmacia, non è possibile eseguire dei controlli microbiologici su un sacca senza violarla, sicché è necessario che le analisi di sterilità vengano eseguite su sacche equivalenti a quelle consegnate ai pazienti, le cc.dd. sacche campione.

33.2. Le sacche campione sono sacche che non vengono consegnate al paziente, ma rappresentano a tutti gli effetti un prodotto finito, oggetto di verifica.

33.3. Quanto alla produzione in asepsi, poi, esso è quello che viene eseguito anche dagli ospedali pubblici per l'allestimento delle sacche nutrizionali e di conseguenza, ammettendo alla fornitura una concorrente che tale metodo utilizzi, l'Azienda non ha fatto altro che garantire ai pazienti una misura di sicurezza analoga a quella apprestata in ambito ospedaliero.

33.4. Anche il punteggio assegnato all'a.t.i. aggiudicataria, in riferimento al criterio appena menzionato, non appare dunque erroneo.

34. L'appellante ripropone poi anche la doglianza relativa all'esperienza infermieristica, lamentando che, con riferimento a tale sottocriterio, l'a.t.i. avrebbe dovuto conseguire il punteggio di zero per non aver indicato personale avente esperienza specifica nella nutrizione parenterale domiciliare (NPD), ma più genericamente nella nutrizione artificiale domiciliare (NAD).

34.1. Il motivo è infondato perché, come pure ha correttamente rilevato il T.A.R., si tratta di questione meramente nominalistica, essendovi un rapporto di *genus ad speciem* tra nutrizione artificiale domiciliare e nutrizione parenterale domiciliare.

34.2. L'a.t.i. ha peraltro indicato, laddove necessario, titoli, formazione ed esperienza del personale utilizzato, sicché la doglianza non è suscettibile di positivo apprezzamento.

35. Quanto, infine, al sottocriterio del *software* e gestione del personale (p. 55 del ricorso), l'appellante lamenta che i dati sensibili dei pazienti sarebbero gestiti tanto da Vitalaire Italia s.p.a. che dalla Farmacia Metalla, mentre nell'offerta si fa esclusivo riferimento alla prima, sicché la *privacy* dei pazienti non sarebbe in alcun modo assicurata, occupandosi dei loro dati un soggetto – Farmacia Metalla – non legittimato a trattarli.

35.1. Il motivo è infondato perché, come ha correttamente rilevato il T.A.R. bresciano, la predisposizione del materiale ad opera di Vitalaire Italia s.p.a. non esclude un possibile utilizzo da parte di Farmacia Metalla, e ciò in quanto l'offerta tecnica fa riferimento a Vitalaire Italia s.p.a. semplicemente perché è essa che, nell'ambito dell'a.t.i., predispone e mette a disposizione tutto il materiale informatico e cartaceo

necessario per garantire la gestione dei pazienti e tutelare la loro riservatezza e i loro dati vengono poi trattati anche dalla Farmacia Metalla utilizzando lo stesso materiale e sulla base delle stesse procedure.

36. Il settimo motivo, nelle sue plurime articolazioni e in riferimento a tutti i punteggi conseguiti dall'a.t.i. aggiudicataria per ogni singolo sottocriterio sin qui analizzato, è dunque infondato e va respinto.

37. Con l'ottavo motivo (pp. 56-60 del ricorso), ancora, l'odierna appellante ha inteso riproporre tutte le doglianze relative alla verifica sull'anomalia dell'offerta presentata dall'a.t.i. aggiudicataria.

37.1. Baxter s.p.a. contesta anzitutto, sul piano formale, la regolarità delle giustificazioni per la mancanza della copia dei documenti di identità dei dott. Salvucci e Metalla, ai quali le giustificazioni non sarebbero riconducibili, ai sensi degli artt. 38 e 47 del d.P.R. 445/2000, proprio per la mancanza di tali documenti.

37.2. Nel merito, con dovizia di minuziose argomentazioni, l'appellante contesta poi le giustificazioni si risolverebbero, sostanzialmente, in altrettante petizioni di principio, non fornendo alcun elemento utile per confermare la congruità dell'offerta presentata, e che l'elencazione delle voci di costo sarebbe apodittica e generica e, comunque, del tutto inattendibile rispetto a quanto emerge dall'offerta, sicché la verifica dell'anomalia si sarebbe risolta in un *«incombente di mera facciata»* (p. 59 del ricorso in appello).

38. Il motivo è destituito di fondamento.

38.1. Bene ha rilevato il primo giudice che, nel subprocedimento concernente la verifica dell'anomalia, improntato a speditezza e alieno da ogni sterile rigidità, la sostanza deve prevalere sulla forma, non potendo ritenersi che, ferma la sicura riconducibilità delle giustificazioni

all'a.t.i., per la mera mancanza di una copia del documento di identità dei legali rappresentanti delle imprese costituenti l'a.t.i. – e non già, si noti, per la più radicale assenza della loro sottoscrizione in calce alle giustificazioni – le giustificazioni quasi non esistano, *tamquam si non essent*.

38.2. Le contrarie argomentazioni dell'appellante non colgono nel segno perché le giustificazioni non costituiscono una dichiarazione sostitutiva, ai sensi e per gli effetti degli artt. 46 e 47 del d.P.R. 445/2000, e non sussiste alcun obbligo, per l'impresa partecipante, di allegare alle giustificazioni stesse i documenti di identità dei sottoscrittori o di osservare ulteriori formalità, salvo che queste formalità siano prescritte dalla *lex specialis*, ciò che nel caso di specie non è accaduto, e costituiscano effettiva garanzia della loro sicura provenienza dall'impresa, provenienza che, nel caso di specie, è nella sostanza fuori discussione.

38.3. Nel merito le analitiche contestazioni sviluppate dall'appellante, sfornite di qualsivoglia supporto probatorio, non sono in alcun modo riuscite a scalfire l'attendibilità dell'offerta economica nel suo complesso, non emergendo, dall'esame di tali contestazioni, argomenti o elementi tali da far ritenere che essa non sia nell'insieme congrua, sostenibile, affidabile, e dunque seria ed effettivamente rispondente alle esigenze della stazione appaltante e remunerativa per l'a.t.i. aggiudicataria.

38.4. Baxter s.p.a., al di là di specifici rilievi su singole affermazioni giustificative ritenute oscure, inutili, errate, non ha saputo convincentemente dimostrare che l'offerta economica dell'a.t.i. aggiudicataria non sia capace di sostenere, ragionevolmente, il peso economico del servizio, assicurandole un utile di impresa

sufficientemente remunerativo e non ha offerto alcun elemento, anche di natura presuntiva, capace di scalfire la valutazione di congruità operata dalla stazione appaltante.

38.5. Il motivo, quindi, va respinto.

39. Con il nono motivo (pp. 60-62 del ricorso), infine, l'odierna appellante ha dedotto l'illegittimità della gara per macroscopici vizi del procedimento.

39.1. Baxter s.p.a. in prime cure aveva dedotto che, nella seduta del 14.1.2014, era stata esaminata la documentazione tecnica presentata dall'a.t.i. ed era stata data lettura dei titoli, ma mancava la conseguente verifica e attestazione della completezza dei documenti esaminati, che neppure poteva evincersi dal verbale perché questi titoli non vengono riportati nel testo.

39.2. Riportare sul verbale i titoli dei documenti, in altri termini, sarebbe condizione necessaria e sufficiente per dimostrare che vi è stato un esame conclusosi positivamente sul piano della completezza dei documenti stessi.

39.3. La censura è infondata.

39.4. Nel corso della seduta tenutasi il 6.12.2013, come si evince chiaramente dal relativo verbale, la Commissione ha ammesso Baxter s.p.a., in quanto la documentazione è stata ritenuta completa e regolare, e si è poi *«soffermata sulla partecipazione della ditta Vitalaire Italia in due RTI distinti [...], riservandosi, in ogni caso, approfondimenti su questo punto entro il termine della seduta»*.

39.5. Contestualmente la Commissione ha dato atto, altresì, che *«la ditta Vitalaire, peraltro, ha precisato che le offerte non sono in grado di interferire l'una con l'altra, avendo la stessa presentato offerta in RTI diversi per lotti diversi»*, così dimostrando di avere esaminato tutta la documentazione amministrativa

presentata dall'a.t.i., nel cui ambito figurava, peraltro, la suddetta dichiarazione.

40. Nemmeno è condivisibile la censura dell'appellante, nella parte in cui sostiene che il T.A.R. avrebbe omesso di pronunciarsi sulla omessa attestazione del corretto ingresso in gara della documentazione tecnica.

40.1. La sentenza appellata, al contrario, ha respinto la censura osservando che *«il verbale 22/1/2014 (all. 1 doc. 5 ATI Vitalaire) dà conto della verifica della documentazione tecnica a sistema, del download dei documenti e (al termine) della lettura dei titoli di ciascuno di essi»*.

40.2. L'appellante contesta la sentenza impugnata anche nella parte in cui ha ritenuto che essa non abbia allegato prove o indizi sulla mancata corretta conservazione della documentazione di gara e sul correlato pregiudizio per essa,

40.3. Baxter s.p.a. deduce, tuttavia, di non aver mai affermato un malfunzionamento del sistema di gestione della gara telematica, ma l'assenza di garanzie sull'inalterabilità della documentazione trasmessa dalle concorrenti, insistendo sul fatto che i verbali mostrano come i dati di cui constano le offerte restino inaccessibili ai terzi solo fino al momento dello scaricamento, sicché chiunque, dopo tale ultima operazione, potrebbe consultarli, modificarli o sostituirli.

40.4. La censura, come ha correttamente ritenuto il primo giudice, è priva di pregio.

40.5. L'appellante trascura di considerare, infatti, il meccanismo di inalterabilità dei documenti elettronici assicurato dai sistemi informatici che, come quello utilizzato nel caso di specie dalla stazione appaltante, possiedano tutti i requisiti di cui all'art. 77 del d. lgs. 163/2006 e all'Allegato XII del medesimo d. lgs. 163/2006.

40.6. I sistemi in questione, infatti, assicurano che ad ogni *file* scaricato a

sistema da un determinato soggetto in un determinato soggetto possa corrispondere solo un determinato contenuto, con la conseguenza che quello stesso *file*, anche una volta scaricato, continuerà a rimanere inviolabile ed avrà lo stesso codice identificativo e, dunque, necessariamente lo stesso contenuto che aveva quando è stato presentato.

40.7. Se il *file* o il suo contenuto vengono alterati dopo il caricamento a sistema e/o dopo lo scaricamento, non vi sarà più corrispondenza, essendo dunque esclusa in radice la possibilità che possano registrarsi alterazioni nel contenuto dei *files* una volta scaricati.

40.8. La sentenza impugnata dunque, anche sul punto, va immune da censura.

41. Quanto all'ultimo motivo di doglianza (pp. 61-62 del ricorso), con il quale Baxter s.p.a. lamenta che vi sarebbe stato in violazione dei principi di continuità e concentrazione, un duplice inserimento dei punteggi qualitativi nella piattaforma informatica, il primo giudice ha rilevato che la reiterazione dell'inserimento dei punteggi di per sé non introduce un vizio di legittimità (pp. 19-20 della sentenza impugnata), con motivazione che non è stata oggetto di specifica contestazione da parte dell'appellante.

41.1. Si tratta, in effetti, di motivazione del tutto corretta, in quanto Baxter s.p.a. non ha dimostrato in alcun modo, al di là di meri sospetti, che il duplice inserimento dei punteggi qualitativi nella piattaforma sia stato accompagnato o caratterizzato da irregolarità procedurali tali da ritenere, anche solo in via presuntiva, che tali punteggi siano stati alterati o manomessi in spregio dei principi di imparzialità e trasparenza.

41.2. Anche tale doglianza, quindi, deve essere respinta.

42. La reiezione di tutti i motivi sin qui esaminati comporta, di

necessità, anche la reiezione delle conseguenti domande intese ad incidere sull'efficacia del contratto stipulato tra la stazione appaltante e l'a.t.i. Farmacia Metalla/Vitalaire s.p.a.

43. In conclusione, per tutte le ragioni esposte, l'appello di Baxter s.p.a. deve essere respinto, con integrale conferma della sentenza impugnata.

44. La notevole complessità e la parziale novità delle questioni sin qui esaminate inducono alla compensazione delle spese inerenti al presente grado di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto da Baxter s.p.a., lo respinge e per l'effetto conferma la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/09/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)