

N. 00011/2015 REG.PROV.COLL.
N. 00739/2014 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 739 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Baxter Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Cesare Carmignani, Mario Sanino, Tommaso Mariuzzo e Riccardo Arbib, con domicilio eletto lo studio del primo in Brescia, Via Gramsci n. 14;

contro

Asl 301 - A.S.L. della Provincia di Bergamo, rappresentata e difesa dall'avv. Marco Zambelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Amalia Branca in Brescia, Via Aleardi 20/a;

Asl 303 - A.S.L. della Provincia di Como, Asl 313 - A.S.L. della Provincia di Sondrio, Asl 314 - A.S.L. della Provincia di Varese, non costituitesi in giudizio;

nei confronti di

Vitalaire Italia Spa, in proprio e quale mandante dell'ATI con Farmacia dott. Metalla Snc, rappresentate e difese dagli avv.ti Diego Vaiano,

Francesco Cataldo, Fabio Todarello e Chiara Ghidotti, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Brescia, Via Solferino n. 59; Fresenius Kabi Italia Srl, non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

- DELLA DELIBERAZIONE DELL'A.S.L. DI BERGAMO IN DATA 17/4/2014, RECANTE L'AGGIUDICAZIONE DEL LOTTO n. 2 DELLA PROCEDURA APERTA PER LA FORNITURA DI NUTRIZIONE PARENTERALE DOMICILIARE CON SACCHE DI MISCELE ALLESTITE SU PRESCRIZIONE PERSONALIZZATA;

- OVE OCCORRA, DELLA DELIBERAZIONE DELL'A.S.L. DI BERGAMO 18/10/2013 N. 1142 DI APPROVAZIONE DELLA LEX SPECIALIS;

- DELLE CARATTERISTICHE DEL LOTTO N. 2, DEI CRITERI DI VALUTAZIONE E DEI VERBALI DI GARA;

- DELLA NOTA 10/6/2014;

e per la declaratoria di inefficacia

DEL CONTRATTO EVENTUALMENTE STIPULATO.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Asl 301 - A.S.L. della Provincia di Bergamo e di Vitalaire Italia Spa;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2014 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La presente sentenza viene redatta nell'ordinaria forma semplificata prescritta – in materia di appalti pubblici – dall'art. 120 comma 10 del Codice del processo amministrativo, in virtù del quale *“Tutti gli atti di parte e i provvedimenti del giudice devono essere sintetici e la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all'articolo 74”*. La previsione è stata rafforzata dall'art. 40 comma 2 del D.L. 24/6/2014 n. 90 convertito in L. 11/8/2014 il quale (nel sostituire l'art. 120 comma 6 del D. Lgs. 104/2010) statuisce che ciascun giudizio *“... ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ...”*.

La ricorrente ha partecipato alla gara indetta dall'A.S.L. di Bergamo per la fornitura triennale di nutrizione parenterale a domicilio (NDP), con sacche di miscele occorrenti ai pazienti delle Province di Bergamo, Sondrio, Como e Varese.

La gara era ripartita in due lotti, relativi a sacche di miscele nutrizionali a formula standard (n. 1) ovvero allestite estemporaneamente su prescrizione personalizzata (n. 2). Il lotto n. 2 a sua volta era ripartito in posizione A e posizione B, ossia NDP personalizzata “con” o “senza” assistenza infermieristica (con il prezzo per giornata/paziente fissato rispettivamente in 101,50 € e in 90 €). Il confronto comparativo si è svolto secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con 60 punti riconosciuti alla qualità e 40 associati al prezzo.

Per il primo lotto la selezione si è conclusa in senso favorevole alla ricorrente; nel secondo Baxter ha ottenuto 60 punti nella valutazione tecnica contro i 49,38 dell'ATI vincitrice, mentre quest'ultima ha presentato l'offerta economica più conveniente riportando 40 punti contro 22,70. Nella graduatoria conclusiva la ricorrente si è piazzata al secondo posto con 82,70 punti, preceduta dall'ATI controinteressata

con 89,38.

Dopo la verifica di anomalia, il lotto 2 stato definitivamente aggiudicato al raggruppamento Vitalaire Farmacia dott. Metalla.

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione, la ricorrente impugna gli atti in epigrafe, articolando le seguenti censure in diritto:

- a) Violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 37 comma 7 e 83 del D. Lgs. 12/4/2006 n. 163, dell'art. 5 del disciplinare di gara, eccesso di potere per carenza dei presupposti, ingiustizia manifesta e sviamento, in quanto Vitalaire Italia ha presentato l'offerta anche per il lotto n. 1 riunita in un raggruppamento con diversa composizione, quando la *lex specialis* preclude esplicitamente la partecipazione alla gara in più ATI;
- b) Violazione e falsa applicazione dell'art. 36 del R.D. 30/9/1938 n. 1706, dell'art. 83 del D. Lgs. 163/2006, eccesso di potere per carenza dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, sviamento, in quanto Farmacia dott. Metalla è una normale farmacia privata milanese aperta al pubblico, che come tale non può esercitare la propria attività oltre il limite territoriale definito dalla pianta organica circoscrizionale;
- c) Violazione e falsa applicazione dell'art. 68 del D. Lgs. 10/2/2005 n. 30 e dell'art. 83 del D. Lgs. 163/2006, eccesso di potere per carenza dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, sviamento, in quanto non è ammesso il cd. "sconfezionamento" dei prodotti industriali (come le specialità medicinali) in grosse quantità, per ricavarne materie prime da riutilizzare nei preparati galenici magistrali;
- d) Violazione e falsa applicazione degli artt. 87 e 93 del D. Lgs. 24/4/2006 n. 219 e dell'art. 83 del D. Lgs. 163/2006, in quanto Farmacia dott. Metalla utilizza indebitamente, sia per allestire le sacche, sia come nutrienti ulteriori, sia per le siringhe, specialità medicinali

utilizzabili esclusivamente in ambiente ospedaliero o assimilabile; al contempo detta farmacia ha un'unica sede (e soli 9 dipendenti) con annesso laboratorio, nella quale deve soddisfare tutti gli ordinativi (oltre 16.000 sacche per anno) concernenti numerose commesse ottenute in esito a gara d'appalto;

e) Violazione e falsa applicazione degli artt. 11 comma 10, 37 comma 4 e 83 del D. Lgs. 163/2006, dell'art. 302 del D.P.R. 207/2010, del D.M. 18/11/1993, eccesso di potere per carenza dei presupposti, in quanto l'offerta economica dell'ATI vincitrice è incompleta, non essendo precisato chi esegue le prestazioni richieste del capitolato speciale (fornitura delle sostanze destinate alle sacche, assistenza infermieristica);

f) Violazione dello *stand-still* procedimentale, in quanto il contratto è stato stipulato prima dei 30 giorni prescritti all'art. 11 comma 10 del D. Lgs. 163/2006;

g) Violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 83 del D. Lgs. 163/2006 e del disciplinare di gara, in quanto è ignota la provenienza dell'acquisto delle sostanze destinate alla preparazione delle sacche, alle siringhe pre-riempite di eparina e ai nutrienti ulteriori;

h) Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del D. Lgs. 163/2006 e del disciplinare di gara per plurimi vizi procedimentali.

Si sono costituite in giudizio l'amministrazione e la controinteressata, chiedendo la reiezione del gravame.

Con ordinanza 4/7/2014 n. 473, questa Sezione ha preso atto della rinuncia alla domanda cautelare e ha fissato direttamente la data dell'udienza pubblica di trattazione del merito ai sensi dell'art. 40 comma 1 lett. a) del D.L. 24/6/2014 n. 90.

Con motivi aggiunti, depositati il 18/7/2014 dopo l'esame dell'offerta della controinteressata, la ricorrente deduce ulteriormente:

- i) Illegittimità parziale del diniego di accesso;
- j) Violazione dell'art. 118 commi 2 e 10 del D. Lgs. 163/2006, in quanto con riguardo al subappalto l'offerta economica (allegato n. 3 atto di aggiudicazione) definisce le singole prestazioni spettanti alla capogruppo mandataria e alla mandante, senza indicare quali di esse sarebbero state subappaltate e a quale soggetto; la dichiarazione per l'ammissione alla gara (punto E) non indica il subappaltatore e neppure cosa debba intendersi per "prestazioni sanitarie";
- k) Inidoneità della certificazione ISO 9001 esibita dalla Farmacia dott. Metalla, poiché riguarda solo le preparazioni galeniche e i prodotti per l'estetica, ma non è contemplata la fornitura di farmaci (non era quindi possibile beneficiare della riduzione del 50% dell'importo della fideiussione);
- l) Difformità tra contenuto delle prestazioni richieste e proposta presentata, in quanto la suddetta Farmacia non ha per oggetto sociale la produzione di galenici per nutrizione parenterale; anche Vitalaire Italia non elenca tra le sue attività la nutrizione parenterale domiciliare (ma solo la nutrizione enterale);
- m) Erroneità nella valutazione di non anomalia dell'offerta, poiché:
- le giustificazioni di Farmacia dott. Metalla non sono valide per la mancanza della copia di un documento valido del soggetto sottoscrittore;
 - per Vitalaire manca lo stesso documento e la sottoscrizione del soggetto dichiarante;
 - le giustificazioni sono vaghe e generiche, senza adeguati approfondimenti da parte della stazione appaltante.

Con ordinanza collegiale 15/10/2014 n. 1060 questo Tribunale ha accolto in parte l'istanza di accesso, limitatamente alla richiesta di

esibizione dei documenti afferenti alla verifica di anomalia dell'offerta, mentre ha respinto l'istanza di ostensione della corrispondenza intercorsa tra le A.S.L. e l'ATI Metalla/Vitalaire sulle modalità di presa in carico dei pazienti.

Con ulteriori motivi aggiunti depositati il 23/10/2014 parte ricorrente denuncia plurime doglianze ricollegabili alla violazione dell'art. 83 del D. Lgs. 163/2006, degli artt. 1, 2, 3, e 21 del capitolato speciale d'appalto, dei criteri di valutazione di cui all'art. 12 del disciplinare, e all'eccesso di potere per carenza dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, irrazionalità manifesta, sviamento.

Alla pubblica udienza del 17/12/2014 il gravame introduttivo e i motivi aggiunti sono stati chiamati per la discussione e trattenuti in decisione.

DIRITTO

La ricorrente censura gli atti della procedura selettiva indetta dall'A.S.L. di Bergamo per la fornitura triennale di nutrizione parenterale a domicilio, con sacche di miscele occorrenti ai pazienti delle Province di Bergamo, Sondrio, Como e Varese.

1. Con il primo motivo del ricorso introduttivo parte ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 37 comma 7 e 83 del D. Lgs. 12/4/2006 n. 163, dell'art. 5 del disciplinare di gara, l'eccesso di potere per carenza dei presupposti, ingiustizia manifesta e sviamento, in quanto Vitalaire Italia ha presentato offerta anche per il lotto n. 1 in un raggruppamento con diversa composizione, quando la *lex specialis* preclude esplicitamente la partecipazione alla selezione in più ATI. Sostiene Baxter che le regole di gara sono state illegittimamente modificate dopo l'apertura delle buste attraverso l'eliminazione di quel divieto, ed è ragionevole supporre che le sostanze destinate all'allestimento delle sacche saranno fornite dall'impresa Fresenius, la

quale ha formato un'ATI con Vitalaire per competere per il lotto n. 1: detta circostanza implica la concreta possibilità di una condivisione di informazioni fra le tre Società, capace di alimentare interferenze con la selezione del lotto n. 2.

La doglianza è priva di pregio.

1.1 L'invocato art. 5 del disciplinare di gara statuisce espressamente che *"è fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara in forma individuale qualora abbiano partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti"*. La clausola riproduce esattamente il contenuto dell'art. 37 comma 7 del Codice dei contratti.

1.2 E' opinione del Collegio 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 e autonome – quanti sono i lotti da aggiudicare. Come di recente sottolineato da T.A.R. Lazio, sez. II – 8/5/2014 n. 4810, *"laddove una gara abbia ad oggetto l'aggiudicazione di più lotti, ciascuno dei quali assuma veste autonoma sia per il profilo procedurale che ai fini della partecipazione da parte di concorrenti, ogni lotto costituisce una procedura di gara autonoma ed indipendente, che non subisce interferenze per effetto dello svolgimento della selezione per gli altri. Pur essendo quindi la procedura disciplinata dal medesimo bando e dal medesimo disciplinare, a ciascun lotto corrisponde una distinta gara, potendo i concorrenti partecipare a tutti o a uno solo o ad alcuni dei lotti, con conseguente distinta aggiudicabilità degli stessi previa autonoma procedura valutativa delle offerte presentate per ciascuno di essi"*. La suddivisione in lotti *"... consente di configurare gare autonome e distinte, atteggiandosi il bando quale atto ad oggetto plurimo disciplinante un numero di gare corrispondente al numero dei lotti da aggiudicare"*: dunque le imprese formulano le proprie offerte nell'ambito di procedure selettive

differenti, mentre la *ratio* dell'invocato divieto vale nelle esclusive ipotesi in cui può verificarsi la lesione o la messa in pericolo del corretto confronto concorrenziale, ossia per offerte presentate nella medesima procedura di gara. Nel caso esaminato, le imprese evocate non hanno concorso per l'aggiudicazione della medesima gara (ma per i lotti n. 1 e n. 2, che avevano oggetti autonomi e distinti, ossia 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 formulazione delle stesse non ha provocato alcuna interferenza sull'andamento delle competizioni e sul relativo esito.

1.3 Non può essere, infine, sottaciuta l'aggiudicazione del lotto n. 1 a Baxter, che ha prevalso sotto il profilo tecnico ed economico, per cui anche la dinamica concreta delle selezioni ha avuto un alterno sviluppo, sfociato in ordini di graduatoria non coincidenti.

2. Con il secondo motivo la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 36 del R.D. 30/9/1938 n. 1706, dell'art. 83 del D. Lgs. 163/2006, l'eccesso di potere per carenza dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, sviamento, in quanto Farmacia dott. Metalla è una normale farmacia privata milanese aperta al pubblico, che come tale non può esercitare la propria attività oltre il limite territoriale definito dalla pianta organica circoscrizionale. Puntualizza Baxter che:

- le farmacie non operano in situazioni di libera concorrenza ma in regime di numero chiuso e di vincoli territoriali (Corte di Cassazione, sez. III – n. 7683/2005), e hanno una dimensione strettamente locale (come ravvisato dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato);
- il farmacista non è solo imprenditore, ma anche titolare di un delicato servizio pubblico;

- il commercio di specialità medicinali non è assimilabile al commercio di qualsiasi altro prodotto, trattandosi di un'attività espletata nell'interesse pubblico e gestita da unità destinate a servire una parte specifica della collettività (territorializzazione del sistema farmaceutico, attuata con il contingentamento numerico, la previsione di distanze minime fra un esercizio all'altro e di un titolo autorizzatorio per le nuove aperture, l'elaborazione di una pianta organica);
- ciascuno Stato può introdurre (nell'interesse pubblico) restrizioni al libero gioco della concorrenza tra farmacie.

La doglianza non è passibile di positivo scrutinio.

2.1 Questa Sezione condivide le statuizioni racchiuse nelle pronunce evocate dalle parti nei rispettivi scritti difensivi. In particolare, la sentenza del T.A.R. Lombardia Milano, sez. I – 14/1/2009 n. 16 (che ha affrontato l'identica questione controversa introdotta dall'odierna ricorrente nei confronti dell'ATI controinteressata), dopo aver premesso che la disciplina della pianta organica *"... è rivolta alla tutela della corretta dislocazione degli esercizi farmaceutici sul territorio per l'interesse pubblico dei fruitori del servizio .."* ha osservato che *"... la stessa non ha affatto introdotto il concetto di esclusiva territoriale, atteso che, come ogni soggetto può liberamente rivolgersi a qualsiasi esercizio farmaceutico, allo stesso modo ciascuna farmacia può assumere le iniziative imprenditoriali che ritiene più opportune"*. Il T.A.R. Friuli Venezia Giulia – nella sentenza 19/12/2011 n. 577 – richiama le conclusioni appena riportate per respingere tra l'altro il profilo di ricorso per il quale *"la Farmacia Metalla non può, per legge, operare al di fuori del proprio ambito territoriale"* e riaffermare che entrambe (Farmacia Metalla e Vitalaire) sono legittimate a presentare offerta per prodotti per la nutrizione parenterale. Peraltro la stessa Baxter, a pagina 11 dell'atto di ricorso, ammette lealmente che nel nostro ordinamento

non sussiste un vincolo formale sul piano della concorrenza fra una farmacia e il territorio di riferimento. In aggiunta, merita di essere sottolineata l'entrata in vigore del D.L. 1/2012 il quale – in ossequio ai valori comunitari della concorrenza e della libertà di iniziativa economica – si iscrive 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. La spinta verso un mercato più libero e aperto è dunque oggi ancora più accentuata, e conforta le conclusioni appena raggiunte dal Collegio.

3. Con ulteriore motivo la ricorrente si duole della violazione e falsa applicazione dell'art. 68 del D. Lgs. 10/2/2005 n. 30 e dell'art. 83 del D. Lgs. 163/2006, dell'eccesso di potere per carenza dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione e sviamento, in quanto non è ammesso il cd. "sconfezionamento" dei prodotti industriali (come le specialità medicinali) in grosse quantità, per ricavarne materie prime da riutilizzare nei preparati galenici magistrali. Osserva Baxter che l'art. 68 del D. Lgs. 30/2005 preclude gli allestimenti temporanei, e per unità, di medicinali se si utilizzano principi attivi realizzanti industrialmente, e che l'art. 54 del D. Lgs. 219/2006 esige una specifica autorizzazione per tutte le operazioni di divisione, confezionamento o presentazione che precedono l'incorporazione della materia prima del medicinale (lo "sconfezionamento" è ammesso solo a titolo sperimentale, sotto rigide condizioni, addirittura per le farmacie ospedaliere): nell'ottica della tutela della salute pubblica, il legislatore guarda pertanto con disfavore a qualsiasi manipolazione della confezione della specialità medicinale

successiva alla produzione, e il farmacista può allestire un preparato galenico magistrale solo utilizzando materie prime pure, non ricavate da un farmaco di produzione industriale.

La censura non è fondata.

3.1 Va premesso che le miscele create su prescrizione medica personalizzata rientrano tra le preparazioni galeniche magistrali, le quali sono regolate dal legislatore in modo espresso. In particolare, l'art. 3 comma 1 lett. a) del D. Lgs. 219/2006 individua – 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'articolo 5 del decreto-legge 17 febbraio 1998, n. 23, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 aprile 1998, n. 94”*. L'art. 5 predetto stabilisce a sua volta al comma 1 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”*. Il predetto decreto ha dettato non soltanto *“disposizioni urgenti in materia di sperimentazioni cliniche in campo oncologico”* ma anche più in generale *“altre misure in materia sanitaria”*. E' quindi positivamente contemplato l'allestimento di una formula galenica attraverso l'uso di un principio attivo racchiuso in un medicinale prodotto industrialmente.

L'art. 8 comma 2 lett. b-bis del D. Lgs. 502/92 dispone che le farmacie territoriali sono abilitate alla preparazione e dispensazione a domicilio delle miscele per la nutrizione artificiale.

In altra controversia è stato rilevato come la regola che vieta la commercializzazione di farmaci in difetto della previa autorizzazione all'immissione in commercio (AIC) *“è derogata dal legislatore in casi*

eccezionali nei quali medicinali provvisti di AIC non siano disponibili, onde evitare che uno o più pazienti determinati possano rimanere privi di cure, o particolari esigenze terapeutiche di un singolo paziente lo richiedano. Solo in tali eccezionali casi, in deroga alla regola generale (obbligo di AIC), è ammessa la commercializzazione di farmaci realizzati da una farmacia per uno o più pazienti determinati che versano in circostanze particolari, ossia le cd. preparazioni galeniche magistrali e officinali da parte delle farmacie (articolo 3 d.lgs. 219/2006)” (T.A.R. Puglia Lecce, sez. II – 13/6/2014 n. 1464).

L'ulteriore norma invocata dalla parte ricorrente, ossia l'art. 68 del D. Lgs. 10/2/2005 n. 30, investe i farmaci coperti da brevetto e 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”* (lett c). In virtù della predetta disposizione, l'allestimento di formule galeniche mediante utilizzo di principi attivi contenuti in farmaci prodotti industrialmente è subordinato al reperimento del principio attivo presso le aziende titolari del brevetto. In buona sostanza, la previsione è dettata a protezione del brevetto industriale, senza introdurre uno specifico divieto per le preparazioni galeniche.

4. Con ulteriore doglianza Baxter lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 87 e 93 del D. Lgs. 24/4/2006 n. 219 e dell'art. 83 del D. Lgs. 163/2006, in quanto:

I) Farmacia dott. Metalla utilizza indebitamente, sia per allestire le sacche, sia come nutrienti ulteriori, sia per le siringhe, specialità medicinali utilizzabili esclusivamente in ambiente ospedaliero o assimilabile;

II) detta farmacia ha un'unica sede (e soli 9 dipendenti) con annesso

laboratorio, nella quale deve soddisfare tutti gli ordinativi (oltre 16.000 sacche per anno) concernenti numerose commesse ottenute in esito a gara d'appalto;

III) la sterilità del contenuto delle sacche è garantita con una semplice convalida di processo e con un controllo a campione;

IV) sotto altro profilo, in gare analoghe la farmacia vincitrice ha predisposto un modulo prestampato in cui vengono predefinite le componenti della sacca: si realizza così un'inversione del flusso di informazioni, in quanto il medico ospedaliero riceve direttive dalla farmacia e può optare esclusivamente per le indicazioni riportate sul modulo, quando è inammissibile qualsivoglia condizionamento del medico sulle prescrizioni che egli fa pervenire alla farmacia.

Le plurime contestazioni non sono meritevoli di apprezzamento.

4.1 Nell'ordine il Collegio rileva sinteticamente quanto segue:

- i prodotti formati dalla Farmacia Metalla non sono venduti direttamente al pubblico, ma predisposti (in qualità di appaltatore) per la committente A.S.L. di Bergamo: sulla base della prescrizione medica, la controinteressata provvede all'allestimento estemporaneo delle miscele nutrizionali personalizzate, da consegnare a domicilio ai pazienti che ne hanno necessità (cfr. sentenza T.A.R. Milano n. 16/2009, pagina 10);
- la capacità di un operatore economico di onorare gli impegni contrattuali è correlata alla propria struttura organizzativa e rientra nel cd. "rischio d'impresa", rispetto al quale ogni contestazione "preventiva" risulta fuori luogo, anche in virtù dei poteri riservati alla stazione appaltante in caso di inadempimento totale o parziale degli obblighi pattiziamente assunti; peraltro, la difesa dell'ATI controinteressata ha esibito dati diversi, dando conto di 2 camere sterili di preparazione, di 12 unità di personale e di una capacità produttiva di

oltre 170 sacche al giorno (avvalendosi del sistema di riempimento automatico "Siframix" e usufruendo della certificazioni ISO necessarie);

- la farmacia dispone, dunque, di due camere sterili di preparazione e il metodo di controllo adoperato non risulta in contrasto con la normativa vigente;

- i condizionamenti sulla libertà di prescrizione del medico, smentiti dalla difesa dell'ATI vincitrice, sono certamente perseguibili con gli strumenti predisposti dall'ordinamento per queste tipologie di condotte: in questa sede, tuttavia, si osserva che eventuali pressioni improprie (ove venissero comprovate) troverebbero luogo nella fase di attuazione del contratto e l'A.S.L. (anche su sollecitazione di terzi) dovrebbe tempestivamente intervenire con gli appropriati strumenti sanzionatori.

5. La ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 11 comma 10, 37 comma 4, 83 del D. Lgs. 163/2006, dell'art. 302 del D.P.R. 207/2010, del D.M. 18/11/1993, l'eccesso di potere per carenza dei presupposti, in quanto l'offerta economica dell'ATI vincitrice è incompleta, non essendo precisato chi esegue le prestazioni richieste dal capitolato speciale (fornitura delle sostanze destinate alle sacche, assistenza infermieristica). Ad avviso di Baxter non è chiaro come l'ATI abbia potuto formulare il prezzo per quanto concerne le sacche (le farmacie devono uniformarsi a un tariffario nazionale); inoltre, le percentuali delle quote d'appalto distribuite tra Farmacia dott. Metalla e Vitalaire sono del tutto inattendibili, in quanto pressoché identiche per la posizione A (62,26% e 37,74%) e per la B (63,75% e 36,25%), malgrado l'assistenza infermieristica abbia un peso tutt'altro che indifferente (almeno l'11% del prezzo giornata/paziente e non lo 0,39%); infine, nella nota dell'A.S.L. di Bergamo del 10/6/2014 si chiarisce che l'ATI non fornisce alcuna assistenza infermieristica – che

resta a carico delle ASL attraverso l'ADI (assistenza domiciliare integrata) – malgrado la prestazione fosse da includere necessariamente nell'offerta (che non può essere “abbuonata” *ex post*).

L'articolata impostazione non è condivisibile.

5.1 Il capitolato di gara (si veda in particolare l'art. 3 “attivazione e organizzazione”) non impone ai concorrenti di enunciare in sede di offerta i nominativi dei fornitori delle sostanze. Detta scelta è peraltro comprensibile, poiché ogni decisione al riguardo è subordinata alle valutazioni del medico proscrittore, dal quale trae origine il successivo lavoro di “confezionamento” sul prodotto richiesto. Quanto all'assistenza infermieristica, l'offerta prodotta (cfr. doc. 8 ATI) contempla esplicitamente – tra le prestazioni demandate alla mandante – il “servizio pazienti”, il “*caregiver*” e la “reperibilità infermieristica”, e in aggiunta l'ATI si è riservata di affidare in subappalto le prestazioni sanitarie, potendo in tal modo commissionare a terzi la parte infermieristica. Per il resto, il valore percentuale (di attività) quasi analogo riservato a Vitalaire per i due sub-lotti è indifferente rispetto al peso dell'assistenza infermieristica (non individuabile nella mera differenza aritmetica), tenuto conto che l'Assistenza domiciliare integrata (ADI) resta attribuita all'A.S.L. per tutto ciò che non riguarda specificamente la nutrizione parenterale. In buona sostanza, quest'ultimo servizio implica un'assistenza infermieristica mirata che non esaurisce l'ampia gamma di prestazioni rese a domicilio, che restano di competenza dell'A.S.L.

6. La dedotta inosservanza dello *stand-still* procedimentale – per violazione dell'art. 11 comma 10 del D. Lgs. 163/2006 – è stata smentita in fatto dall'Azienda resistente, la quale ha affermato che alcun contratto era stato stipulato all'1/7/2014 (cfr. memoria depositata in

pari data).

7. Baxter si duole della violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 83 del D. Lgs. 163/2006 e del disciplinare di gara, in quanto è ignota la provenienza dell'acquisto delle sostanze destinate alla preparazione delle sacche, alle siringhe pre-riempite di eparina e ai nutrienti ulteriori (per cui ATI avrebbe dovuto ricevere punti 0 con riguardo a 2 sub-criteri "Stabilità delle miscele offerte, con dichiarazione della validità delle sacche in giorni" e "Tipologia delle miscele offerte"); al contempo, è erroneo il punteggio assegnato a Baxter (0,80) per "Tipologia delle miscele offerte", in quanto è l'unica industria a fornire lipidi a base di olio d'oliva qualitativamente superiori a ogni altro; non è chiaro chi fornisca l'assistenza infermieristica nell'ambito dell'ATI; le garanzie sulla sterilità del contenuto delle sacche sono considerevolmente inferiori, in quanto l'allestimento avviene in farmacia con una convalida di processo e senza sottoporre ciascuna sacca ai test; il maggior tempo occorrente per le preparazioni (per la necessità di attendere il risultato dei test) non può riflettersi a danno della ricorrente nel punteggio, dato che offre una miglior garanzia (e comunque la tempistica non dipende da una scelta della Società).

La censura è priva di pregio.

7.1 Sottolinea il Collegio l'ampio margine di apprezzamento di cui gode la stazione appaltante nella predeterminazione dei criteri di assegnazione dei punteggi e nella concreta distribuzione degli stessi. Va richiamato in proposito l'orientamento per il quale in materia di gare d'appalto – quanto alla valutazione delle offerte da parte della Commissione di gara – l'attribuzione dei punteggi in forma numerica è accettabile in presenza di parametri di valutazione (con sotto-voci e relativi punteggi) sufficientemente analitici, tali da ridurre gli spazi di discrezionalità

tecnica rimessi all'organo collegiale, con la delimitazione del giudizio tra un minimo ed un massimo entro cui effettuare la graduazione dei punteggi in conformità ai criteri (Consiglio di Stato, sez. VI – 8/3/2012 n. 1332; sez. V – 3/12/2010 n. 8410). Nella specie, la gamma delle sotto-voci, con i relativi punteggi, nelle quali sono ripartiti i parametri di valutazione, è ampia ed articolata. Per quanto concerne gli elementi di criticità rilevati, già si è detto al paragrafo 5.1 dell'irrilevanza dell'individuazione (nella proposta redatta ai fini della gara) del fornitore delle sostanze per la preparazione delle sacche, e anche di come risulti soddisfatto dall'ATI vincitrice l'onere di dichiarare il soggetto (all'interno dell'ATI) incaricato dell'assistenza infermieristica. La dichiarazione sulla qualità dei propri lipidi appare autoreferenziale e in ogni caso non accompagnata dalla concreta dimostrazione dell'incongruenza del riconoscimento numerico. Anche sulla bontà dei controlli il Collegio ha già argomentato, mentre i tempi di allestimento costituiscono uno specifico parametro di valutazione che – come tale – doveva essere preso in esame nella sua oggettività. Le maggiori garanzie che circondano i prodotti di Baxter avrebbero (eventualmente) potuto trovare apprezzamento ad altri fini, ferma restando la discrezionalità della stazione appaltante nella determinazione dei criteri di giudizio.

In conclusione l'attribuzione dei giudizi comparativi in concreto non si è rivelata illogica o inattendibile.

8. Con ulteriore doglianza parte ricorrente lamenta alcuni vizi formali, in particolare la violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del D. Lgs. 163/2006 e del disciplinare di gara, in quanto in nessun punto dei verbali risulta che sia stata verificata la completezza della documentazione amministrativa; nella seduta pubblica del 14/1/2014 manca la verifica e l'attestazione della completezza della

documentazione tecnica esaminata; nella seduta del 22/1/2014 non vengono prese precauzioni per garantire l'inalterabilità dei *files*; la valutazione del lotto 2 e del lotto 1 si svolgono in sedute distinte, con violazione dei canoni di concentrazione e continuità dell'attività della Commissione; nella seduta pubblica del 21/2/2014 la Commissione inserisce nelle piattaforme i punteggi conseguiti nella valutazione qualitativa, ma per il lotto n. 2 l'operazione era già stata effettuata il 24/1/2014 (l'inserimento dei punteggi avviene quindi per due volte senza alcun apparente ragione).

La doglianza non è passibile di positivo scrutinio.

8.1 La completezza della documentazione amministrativa è stata verificata nella seduta del 6/12/2013 (all. 7 al provvedimento di aggiudicazione – doc. 5 ATI Vitalaire). Allo stesso modo 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. Sulla sicurezza della piattaforma, questo Tribunale (cfr. sentenza sez. II – 26/3/2014 n. 305) ha già stabilito che la piattaforma SinTel è posta a presidio della *“garanzia della segretezza, dell'inalterabilità della documentazione inviata dai concorrenti, nonché del tracciamento e della registrazione delle operazioni di gara: in particolare sono imm modificabili le registrazioni di sistema, quali rappresentazioni informatiche degli atti e delle operazioni compiute”*. Da questo punto di vista è evidente che le caratteristiche di un sistema possono essere messe in discussione, ma per raggiungere l'obiettivo è necessaria *“... una chiara esplicitazione delle anomalie che hanno contrassegnato la specifica gara che ha avuto luogo con la piattaforma ... In buona sostanza, sono necessarie prove o quanto meno indizi sulla mancata corretta conservazione della documentazione trasmessa e custodita avvalendosi del sistema telematico Sintel”*. Anche in questo caso tale

dimostrazione non è stata fornita dalla ricorrente, la quale non ha neppure adombrato elementi concreti suscettibili di aver procurato pregiudizi correlati al malfunzionamento della piattaforma. La reiterazione dell'inserimento dei punteggi, infine, di per sé non introduce un vizio di legittimità.

9. Quanto ai motivi aggiunti depositati il 18/7/2014, questo Collegio (ordinanza n. 1060/2014) si è già pronunciato sull'istanza ostensiva, accogliendola parzialmente. L'interesse all'esame del primo motivo aggiunto è pertanto venuto meno.

10. Lamenta, poi, Baxter la violazione dell'art. 118 commi 2 e 10 del D. Lgs. 163/2006, in quanto con riguardo al subappalto l'offerta economica (allegato n. 3 atto di aggiudicazione) definisce le singole prestazioni spettanti alla capogruppo mandataria e alla mandante, senza indicare quali di esse sarebbero state subappaltate e a quale soggetto; la dichiarazione per l'ammissione alla gara (punto E) non indica il subappaltatore e neppure cosa debba intendersi per "prestazioni sanitarie".

La doglianza non è passibile di positivo scrutinio.

10.1 Il dovere di indicare nell'offerta il nominativo del subappaltatore ai sensi dell'art. 118 del D. Lgs. 163/2006 sussiste solo se il ricorso al subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione (ipotesi che non ricorre nel caso in esame in ragione della normativa applicabile) e non anche quando si verta in caso di subappalto c.d. facoltativo, quando cioè il concorrente disponga autonomamente delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione delle lavorazioni oggetto dell'appalto ed il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, e non la via necessitata per partecipare alla gara

essendo allora sufficiente la mera indicazione della volontà di concludere un subappalto, senza necessità di indicare anche il nominativo del subappaltatore (cfr. Consiglio di Stato, sez. V – 17/11/2014 n. 5622, che richiama sez. III – 5/12/2013 n. 5781; sez. IV – 13/3/2014 n. 1224). Dell'assistenza infermieristica già si è detto al paragrafo 5.1, mentre l'indicazione delle "prestazioni sanitarie" definisce con sufficiente precisione l'ambito di estensione del possibile subappalto, ricavandosi per differenza (quale "servizio connesso") dalla prestazione principale consistente nella fornitura delle sacche di miscele nutrizionali (che costituisce la parte preponderante della commessa). Si è già sottolineato, peraltro, che la mandante ha assunto il compito di espletare il "servizio pazienti" e il "caregiver" (oltre alla reperibilità infermieristica), ferma restando la possibilità di subappalto.

11. Sulle censure k) e l) dell'esposizione in fatto merita evidenziare:

- la certificazione della Farmacia dott. Metalla investe in modo espresso le "preparazioni galeniche e magistrali" (doc. 6 controinteressate) e rientra nell'oggetto della gara (cfr. art. 4 del disciplinare), mentre l'assenza della specifica locuzione "fornitura" non può certamente implicare l'inidoneità della certificazione e della riduzione dell'importo della fideiussione;
- non sussiste difformità tra contenuto delle prestazioni richieste e proposta presentata, in quanto la Farmacia come tale rinviene la propria naturale *mission* nella produzione di formule galeniche, mentre la nutrizione parenterale è la destinazione finale dei prodotti; Vitalaire Italia 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 (connaturata al compito specifico assunto).

12. Baxter censura ulteriormente l'erronea valutazione della congruità dell'offerta vincitrice, poichè:

- le giustificazioni di Farmacia dott. Metalla non sono valide per la mancanza della copia di un documento valido del soggetto sottoscrittore;
- per Vitalaire manca lo stesso documento e la sottoscrizione del soggetto dichiarante;
- le giustificazioni sono vaghe e generiche, senza adeguati approfondimenti da parte della stazione appaltante.

12.1 Le contestazioni formali non meritano apprezzamento, in quanto smentite in fatto dalla produzione dell'ATI controinteressata (doc. 12) ove risultano sia le carte di identità dei due sottoscrittori che la regolarità delle due firme apposte digitalmente. In proposito, va sottolineato che la fase di verifica è posteriore allo svolgimento della gara ed è caratterizzata da maggiore elasticità (con privilegio della sostanza sulla forma, come si dirà al prossimo paragrafo) e dunque l'omessa produzione del documento di identità non potrebbe ripercuotersi – viziandola – su un'offerta validamente presentata e correttamente valutata.

12.2 Premesso che il giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala mira ad accertare se l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile o inattendibile, e dunque se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI – 21/5/2009 n. 3146; sentenza Sezione 8/2/2012 n. 195), l'indagine costituisce espressione di un potere tecnico-discrezionale dell'amministrazione di per sé insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano affette da macroscopica irragionevolezza, arbitrarietà, irrazionalità o travisamento dei fatti

(Consiglio di Stato, sez. V – 2/10/2014 n. 4932; sez. IV – 20/5/2008 n. 2348). Non è in questa prospettiva sufficiente dolersi delle enunciazioni racchiuse nella nota di giustificazioni ovvero della laconicità delle informazioni desumibili, dovendo gli interessati dimostrare l'incongruenza o antieconomicità del quadro economico esibito attraverso una propria ricostruzione dell'operazione economica a loro avviso non sostenibile, onere non soddisfatto nel caso di specie da Baxter.

13. Passando all'esame dei secondi motivi aggiunti, la loro infondatezza rende superfluo l'esame delle eccezioni in rito sollevate. Nello specifico, la molteplicità delle doglianze sollevate esige (in ossequio al principio di semplificazione delle pronunce giurisdizionali di cui si è dato conto nel primo paragrafo dell'esposizione in fatto) una trattazione sintetica:

I. la presenza di una o due camere sterili presso la Farmacia Metalla – e la conseguente capacità di allestire il numero di sacche occorrenti – ha esclusiva rilevanza in sede di esecuzione del contratto; se l'offerta è stata correttamente valutata (anche con gli approfondimenti che hanno escluso il suo carattere anomalo) l'organizzazione produttiva della vincitrice attiene alle sue libere scelte imprenditoriali, e assume rilevanza in caso di inadempimento, il quale soltanto potrebbe giustificare l'attivazione dei (differenti) rimedi da parte della stazione appaltante; in ogni caso, ben poteva Farmacia Metalla approntare – anche dopo l'aggiudicazione – una seconda camera sterile, al fine di garantire la buona esecuzione della fornitura; le ulteriori questioni (ubicazione della farmacia in pieno centro, non plausibilità dell'autorizzazione ad allestire la seconda sala) non possono assumere rilevanza in questa sede;

II. la produzione di sacche in asepsi (ad avviso di parte ricorrente maggiormente rischiosa sotto il profilo della contaminazione

microbiologica) non era preclusa dalla *lex specialis*, e al contrario la vincitrice ha dato conto dell'utilizzo di tale metodo presso gli Ospedali pubblici; peraltro, ogni rimostranza sul punto (così come contro la scelta e il "peso" riconosciuto ai criteri di valutazione delle offerte) doveva essere indirizzata contro le regole di gara; dunque, in questa cornice, non si rinvengono 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 (2 punti contro 1,20 dell'ATI controinteressata), e non appare irragionevole;

III. sull'impossibilità di rispettare l'allegato 1 della Good Manufacturing Practice (GMP) per la produzione di medicinali sterili, vista l'impossibilità di assicurare la copertura del fabbisogno di sacche e la tempestività delle consegne, si ribadisce quanto già affermato al precedente punto I (la questione investe l'attuazione del rapporto negoziale);

IV. sul significato da attribuire alla locuzione di "prodotti equivalenti sotto il profilo nutrizionale" (racchiusa nell'offerta vincitrice) appare persuasiva l'argomentazione sviluppata dall'ATI Vitalaire/Farmacia dott. Metalla nella memoria di replica dell'1/12/2014 (pagina 10), in quanto il farmacista inserisce il prodotto specifico ove richiesto, mentre se la prescrizione medica indica soltanto il "genere" è ammessa la scelta tra i nutrienti dotati di caratteristiche equivalenti;

V. sull'indebito utilizzo del modulo prestampato messo a disposizione dei medici non si può che richiamare quanto già illustrato al paragrafo 4.1, per cui non si ritiene di accogliere l'istanza istruttoria formulata sul punto;

VI. si depotenzia conseguentemente l'assunto sull'irrazionale riconoscimento di 2 punti all'ATI vincitrice contro 0,80 assegnati a

Baxter;

VII. i mancati controlli sulla sacca finita (in quanto effettuati unicamente sulle sacche campione) non risultano urtare contro disposizioni normative, e in ogni caso sotto il profilo sostanziale investono un prodotto analogo a quello consegnato al paziente (dunque appaiono prive di pregio le contestazioni sul punteggio di 1,20 attribuito all'ATT);

VIII. sui dubbi insinuati per i 30 giorni dichiarati per il controllo di stabilità e durata delle sacche (con possibile incidenza sui punti concessi all'ATT), è sufficiente richiamarsi alla "prova di resistenza", non superata per effetto di soli 0,60 punti;

IX. sui tempi per i risultati dei test di sterilità, l'ATI vincitrice ha affermato di effettuare i controlli a convalida di processo produttivo (con una cadenza prestabilita) e non di prodotto, con conseguente capacità di rilascio prima dei 14 giorni (a questo punto non risultano incongrui i punteggi attribuiti all'ATI per i parametri "Descrizione del tipo di controlli" e "Stabilità delle miscele offerte" - rispettivamente 1,20 e 0,60 punti);

X. sull'esperienza infermieristica, il riferimento alla "nutrizione artificiale domiciliare" e non "parenterale" è puramente nominalistico, per l'utilizzo dei due acronimi da parte del raggruppamento vincitore; i nominativi degli infermieri (e la relativa qualificazione professionale) non dovevano essere resi noti in sede di offerta;

XI. sulle certificazioni di Farmacia Metalla già si è detto al paragrafo n. 11, mentre la valorizzazione della certificazione ISO 14001 (appartenente alla sola Vitalaire Italia) con 1,4 punti su 2 non appare irragionevole;

XII. circa il magazzino e il rispetto della "catena del freddo" delle

sacche, il Collegio ritiene l'aspetto correlato alla distribuzione dei prodotti e alla consegna ai pazienti: la questione afferisce alla fase esecutiva dell'appalto;

XIII. non si ravvisano violazioni o imperfezioni nella gestione della *privacy* e dei dati sensibili, in quanto la predisposizione del materiale ad opera di Vitalaire non esclude un possibile utilizzo da parte di Farmacia Metalla (non coglie nel segno dunque la dedotta irrazionalità del punteggio riportato dall'ATT);

XIV. la decurtazione dei 2 punti assegnati per il materiale ancillare non sarebbe sufficiente a colmare il divario tra i punteggi tra la prima e la seconda classificata (pari a 6,68 punti).

14. In conclusione il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti sono infondati e devono essere respinti.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono essere liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando respinge il ricorso introduttivo in epigrafe e i motivi aggiunti.

Condanna Baxter a corrispondere alla resistente ASL 301 la somma di 3.000 € a titolo di compenso per la difesa tecnica, oltre a oneri di legge.

Condanna Baxter a corrispondere alla parte controinteressata la somma di 6.000 € a titolo di compenso per la difesa tecnica, oltre a oneri di legge.

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

Mara Bertagnolli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/01/2015

IL SEGRETARIO

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