



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**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 6267 del 2013, proposto da:

Vitalaire Italia S.p.a. in proprio e quale Mandante dell'A.t.i. con Farmacia Dott. Metalla S.n.c.. di Dott. Celeste Metalla & C., rappresentata e difesa dagli avv. ti Diego Vaiano e Raffaele Izzo, con domicilio eletto presso il primo di essi in Roma, Lungotevere Marzio, 3;

***contro***

Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Monza e Brianza, in persona del Direttore *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Leonardo Salvemini, con domicilio eletto presso Milena Conti in Roma, via Fossato di Vico, 10;

***nei confronti di***

Baxter S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. ti Mario Sanino e Riccardo Arbib, con domicilio eletto presso il primo di essi in Roma, viale Parioli, 180;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: sezione III n. 1933/2013, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio triennale di fornitura e consegna al domicilio dei pazienti di prodotti per nutrizione parenterale con sacche di miscele nutrizionali pronte all'uso e con sacche pre-miscelate 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 Monza e Brianza e della Baxter S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2013 il Cons. Hadrian Simonetti, uditi per le parti gli avvocati Vaiano e Arbib su delega di Salvemini e di Sanino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. L'Azienda sanitaria locale della provincia di Monza e Brianza ha indetto una procedura aperta per il servizio di

fornitura e consegna a domicilio dei propri pazienti di prodotti per la nutrizione parenterale con sacche di miscela nutrizionali, per la durata di tre anni.

La procedura, articolata in due lotti, è stata aggiudicata per il lotto 2 alla Baxter s.p.a..

2. L'odierna appellante, seconda classificata con uno scarto di poco più di un punto di differenza dalla prima ed unica altra partecipante per il lotto 2, ha impugnato l'aggiudicazione deducendo due motivi di annullamento.

2.1. Con il primo, relativo alla violazione dell'art. 38 del Codice dei contratti, assume che la Baxter andasse esclusa dalla gara a motivo del fatto che le dichiarazioni sui requisiti di moralità non sarebbero state rese da tutti gli amministratori muniti del potere di rappresentanza, essendo state omesse da parte, o comunque per conto, sia dell'amministratore delegato che del Presidente del c.d.a., di cui non erano stati indicati neppure i nominativi.

2.2. Con il secondo contesta l'attribuzione dei punteggi per l'offerta tecnica, nella parte in cui la Commissione di gara le ha attribuito all'Ati ricorrente un solo punto per la voce "logistica sedi operative/centri di assistenza", motivando in ragione del fatto che tale concorrente non avrebbe documentato il possesso delle autorizzazioni per ciascuna delle sedi operative da essa indicate.

3. Il Tar ha respinto il ricorso giudicando infondati entrambi i motivi: il primo, sul presupposto che la dichiarazione resa da Baxter fosse stata predisposta seguendo le indicazioni della stazione appaltante; il secondo, sul rilievo che il valore aggiunto da riconoscere all'autorizzazione trovasse il suo fondamento negli atti di gara.

4. Con il presente appello è censurata la sentenza riproponendo e specificando le censure già dedotte in primo grado.

4.1. Quanto alla dedotta violazione dell'art. 38 si sottolinea come, diversamente da quanto ritenuto dal Giudice di primo grado, la stazione appaltante non avesse fornito né predisposto alcun modello di dichiarazione, cui imputare l'errore commesso dall'aggiudicataria.

4.2. Quanto alla valutazione delle offerte tecniche da parte della commissione, si contesta, come irragionevole, l'attribuzione di un solo punto, su sei disponibili, per la logistica delle sedi operative e dei centri di assistenza di cui all'art. 11 del capitolato, assumendo che per essi non fosse necessaria l'autorizzazione richiesta espressamente invece per le officine di produzione e i depositi delle sacche per nutrizione parenterale e che, dato il numero elevato dei centri indicati, il punteggio dovesse essere quanto meno di 4 punti, tale quindi da determinare un diverso esito della gara.

4.3. Si sono costituite l'Azienda sanitaria e la Baxter, replicando con articolate memorie difensive, quest'ultima esibendo anche i certificati del casellario giudiziale relativi agli amministratori che non avrebbero reso le dichiarazioni di cui all'art. 38.

4.4. Rinviato l'esame dell'istanza cautelare sull'accordo delle parti, all'udienza pubblica del 7.11.2013, in vista della quale le parti hanno depositato memorie aggiuntive, la causa è passata in decisione.

5. Il primo motivo dell'appello è infondato.

5.1. Come noto, è assai dibattuta la questione generale relativa alle conseguenze della violazione dell'art. 38, co.2, in tema di dichiarazioni sostitutive attestanti il possesso dei requisiti di moralità indicati al co. 1, con riferimento a tutte quelle ipotesi, non infrequenti nell'esperienza pratica, nelle quali il concorrente possiede il requisito ma non lo ha dichiarato in maniera corretta o completa. Ci si interroga, infatti, se l'esclusione debba essere disposta, solamente ove manchi il requisito sostanziale o anche laddove l'onere dichiarativo non sia stato adempiuto sul piano formale, quantunque sia dimostrata o dimostrabile per altra via la sussistenza del requisito.

5.2. Alla luce del disposto del citato art. 38 co. 2 (e, prima ancora, dell'art. 45 della direttiva 18/2004/CE), che nel prescrivere l'adempimento formale nulla stabilisce espressamente in ordine alle conseguenze della sua eventuale violazione, uno degli orientamenti formatisi sul punto suggerisce di dare rilievo (anche) alle previsioni della *lex*

*specialis* e di valutare, quindi, se un'eventuale violazione delle modalità di attestazione circa il possesso dei requisiti in questione sia sanzionata o meno con l'esclusione.

5.3. Ciò posto in linea generale, nel caso di specie - ove non è contestato né contestabile il possesso del requisito (v. certificati del casellario giudiziale prodotti) ma solo il modo, più o meno esaustivo, in cui è stato adempiuto l'onere formale - deve rilevarsi come le prescrizioni del bando e del disciplinare fossero piuttosto generiche al riguardo, laddove imponevano al legale rappresentante della ditta offerente o al procuratore autorizzato dell'impresa concorrente di dichiarare "di non trovarsi in alcuna delle situazioni di esclusione di cui all'art. 38", senza ulteriori precisazioni o distinzioni.

5.4. Vi era quindi l'indicazione di modalità di adempimento assai semplificate, forse persino eccessivamente semplificate, cui in effetti la controinteressata si è conformata nella presentazione della domanda di partecipazione. Sicché l'incompletezza della dichiarazione, in relazione alla mancata indicazione del nominativo di taluni degli amministratori, peraltro risultati privi di precedenti penali di ogni tipo, può essere derubricata a semplice irregolarità cui, almeno in questo caso, sarebbe sproporzionato ricollegare l'esclusione dalla procedura.

5.5. Non senza aggiungere che, almeno nel caso di specie, una simile semplificazione nella redazione della domanda, peraltro all'apparenza promossa dalla stessa stazione appaltante, non deve aver impedito alla stessa di effettuare i controlli di rito con la necessaria tempestività, dal momento che nel corso della gara era stato acquisito il certificato camerale e che attraverso il suo esame ed i relativi riscontri si poteva avere agevole conferma sull'effettivo rispetto dell'art. 38 da parte del concorrente in questione.

6. Il secondo motivo di appello investe l'assegnazione dei punteggi relativamente alle offerte tecniche, ambito in cui è maturato il distacco, significativo, tra la Baxter e la Vitalaire, che ha poi determinato l'esito finale della procedura, neutralizzando il maggiore ribasso economico offerto invece dalla seconda.

6.1. Il (solo) profilo in contestazione attiene al punteggio assegnato ai due concorrenti per la parte relativa alla "Logistica sedi operative/centri di assistenza", dove, dei sei punti disponibili, Baxter ne ha ottenuti quattro e la Vitalaire solamente uno. La Commissione ha motivato tale differenza in ragione del fatto che mentre Baxter sarebbe presente in almeno sei regioni italiane, Vitalaire avrebbe dimostrato la propria presenza solamente in Lombardia. Ciò sul rilievo - si legge nel verbale del 29.5.2012 - che "Per nessuna delle sedi operative/centro di assistenza, ad eccezione della sede di Trezzano in Lombardia, è stata prodotta documentazione di autorizzazione al deposito".

6.2. La motivazione, a chiarimento del punteggio numerico, è contestata dall'appellante facendo leva sulla distinzione tra centri operativi e luoghi di deposito e produzione delle sacche, sottolineando come l'autorizzazione fosse richiesta solo per i secondi.

Replica la difesa della controinteressata osservando come, sebbene l'autorizzazione non fosse prevista come requisito di ammissione anche per i centri operativi, tuttavia la sua presenza valeva pur sempre a comprovare una capacità operativa (al di fuori del territorio di competenza della Asl banditrice) altrimenti solamente dichiarata ma non dimostrata dalla Vitalaire, neppure in altre forme.

6.3. Così riassunte in sintesi le contrapposte deduzioni, reputa il Collegio che, se è vero che la legge di gara non richiedeva che i centri operativi fossero distintamente "autorizzati", è vero anche che il centro operativo privo di un qualunque titolo e non coincidente con un luogo di deposito e produzione delle sacche, perde non poco della sua rilevanza in funzione di garanzia, a beneficio dei pazienti in cura, che la fomitura della terapia e del relativo servizio potrà avvenire, alle stesse condizioni, anche in regioni italiane differenti da quella dove ha sede l'Asl.

Sulla base di tale considerazione, ad onta dell'elevato numero di centri operativi indicati nella propria disponibilità dalla Vitalaire, poiché tale disponibilità non è stata dimostrata in atti ed è anzi contestata da Baxter sulla base di rilievi all'apparenza non implausibili (cfr. memoria del 5.9.2013 a p. 27), la differenza di punteggio riconosciuta

dalla Commissione non è priva di ragionevolezza.

7. In conclusione, per tali ragioni, l'appello è infondato e va respinto.

8. Vi sono sufficienti motivi per compensare le spese di lire, essenzialmente in ragione dei contrasti giurisprudenziali sorti in ordine alla lettura dell'art. 38 co. 2 del Codice dei contratti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza),  
definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/12/2013

IL SEGRETARIO

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