



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 1172 del 2012, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:
Spindial Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Leopoldo Melli e Cristina Guerrini,
con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Brescia, Via Vittorio
Emanuele II n. 60;

contro

Azienda Ospedaliera "Spedali Civili" di Brescia, rappresentata e difesa dagli avv.ti
Dario Meini e Paolo Bassi, con domicilio eletto presso il loro studio in Brescia,
Borgo Wuhrer n. 81;

nei confronti di

Gambro Hosal Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Della Fontana, con
domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Lucio Facchinetti in Brescia, Via
Crispi, 3; Bellco Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Tassone, Alberto
Salvadori, con domicilio eletto presso Alberto Salvadori in Brescia, Via XX
Settembre, 8; Baxter Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Cesare Carmignani,

Mario Sanino, Riccardo Arbib, Tommaso Mariuzzo, con domicilio eletto presso Cesare Carmignani in Brescia, Via Gramsci, 14; Fresenius Medical Care Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Fabio Todarello, Giuseppe Fuda, con domicilio eletto presso Chiara Ghidotti in Brescia, via Solferino, 55; B. Braun Avitum Italy Spa, Asahi Kasei Medical Europe GmbH, Estor Spa, Nipro Europe Nv, non costituitesi in giudizio;

per l'annullamento

- DEL BANDO, DEL DISCIPLINARE E DEL CAPITOLATO TECNICO DELLA GARA PER LA FORNITURA SESSENNALE DI SISTEMI PER TRATTAMENTI DI DIALISI EXTRACORPOREA E PERITONEALE PER IL FABBISOGNO DELLE AZIENDE OSPEDALIERE DI BRESCIA, BERGAMO, MANTOVA, PAVIA, LODI E DESENZANO.

- DELLA DETERMINAZIONE DIRIGENZIALE IN DATA 6/9/2012, RECANTE L'AGGIUDICAZIONE DELLA GARA ALLE SOCIETA' CONTROINTERESSATE.

- DI OGNI ALTRO ATTO CONNESSO, PRESUPPOSTO E CONSEQUENZIALE.

e la condanna

- AL RISARCIMENTO DEI DANNI PATITI.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera "Spedali Civili" di Brescia e di Gambro Hospital Spa, di Bellco Spa, di Baxter Spa e di Fresenius Medical Care Spa;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 marzo 2013 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 ricorrente ha partecipato alla gara – indetta dall’Azienda Ospedaliera con determinazione dell’8/2/2012 – per la fornitura di sistemi per trattamenti di dialisi extracorporea e peritoneale per un periodo di 72 mesi (valore presunto complessivo di 72.928.700 €). La selezione si è svolta in forma aggregata con altre Aziende Sanitarie (di Bergamo, Mantova, Pavia, Lodi e Desenzano) ed è stata suddivisa in 9 lotti aggiudicabili singolarmente. Il disciplinare (art. 3) richiamava l’art. 55 del D. Lgs. 163/2006, contemplando l’affidamento con il metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa. L’art. 13 poi stabiliva che “Alla ditta individuata quale vincitrice per lotto verrà assegnato almeno il 60% del numero complessivo dei trattamenti dialitici che costituiscono il lotto preso in esame, secondo i principi della procedura aperta. La restante quota, corrispondente ad un massimo del 40% dei trattamenti, verrà assegnata alle ditte che avranno superato sia l’aspetto qualitativo sia l’aspetto economico, fino a totale copertura del numero dei trattamenti che costituiscono il lotto di valutazione, secondo i principi dell’Accordo Quadro ed in considerazione delle specifiche esigenze clinico-terapeutiche ed organizzative segnalate dal reparto utilizzatore ...”. L’art. 13 precisava inoltre che per i lotti n. 4 (Dialisi domiciliare), n. 6 (Filtri per dialisi) e n. 9 (Trattamenti speciali per acuti) era prevista la “... mera individuazione di un elenco di prodotti idonei, dai quali attingere secondo i citati principi dell’Accordo Quadro ed in considerazione delle specifiche esigenze clinico-terapeutiche ed organizzative segnalate dal reparto utilizzatore, ...”.

La ricorrente ha presentato offerta per i lotti n. 1, 2, 3, 4, 6 e 9, e si è piazzata rispettivamente al quarto, quinto, quarto, terzo, ottavo, primo posto.

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione la Società ricorrente impugna gli atti in epigrafe, deducendo i seguenti motivi di diritto:

a) Violazione del principio di tipicità degli atti amministrativi e del canone di trasparenza, eccesso di potere per contraddittorietà, poichè la gara non rientra in alcuno dei modelli prefigurati dalla legge;

b) Violazione del principio di determinatezza dell'oggetto di gara, illogicità e inapplicabilità dei criteri selettivi, in quanto sono rimasti ignoti i principi dell'Accordo quadro che avrebbero dovuto disciplinare il 40% dei trattamenti;

c) Violazione della *par condicio* tra concorrenti e del canone di buon andamento dell'amministrazione, restando incomprensibile la ragione per cui il soggetto vincitore – che ha formulato l'offerta più conveniente – debba ottenere soltanto il 60% della fornitura, mentre chi ha elaborato una proposta mediocre può beneficiare del 40%;

d) Violazione dell'art. 59 commi 9, 5 e 7 del D. Lgs. 163/2006, di disciplina della figura dell'Accordo quadro;

e) Violazione della concorrenza e della *par condicio*, arbitrarietà dell'aggiudicazione, in quanto per i lotti 1, 2 e 3 erano richieste due tipologie di trattamenti (emodialisi in bicarbonato e emodiafiltrazione on-line) ed un trattamento specifico ulteriore per ciascuno dei lotti, con predeterminazione del fabbisogno, mentre le percentuali di ripartizione delle forniture tra vincitrice ed altre classificate non sono state rispettate;

f) Violazione dei principi di concorrenza e *par condicio*, visto che il lotto 2 contemplava quale trattamento caratterizzante l'emodiafiltrazione con re-infusione endogena, e Belco è l'unica in grado di eseguire tale fornitura (procurandosi tra l'altro un indebito vantaggio nella valutazione tecnica), ma – poiché è necessario

utilizzare una cartuccia di resina assorbente – il suo costo non è stato compreso dalla stazione appaltante nel conteggio complessivo dell'offerta economica.

Con motivi aggiunti depositati il 4/1/2013 parte ricorrente impugna la determinazione dirigenziale 20/11/2012 n. 1339, recante la rettifica della determinazione 1085 del 6/9/2012, nonché la comunicazione dell'Azienda Ospedaliera 21/11/2012. Deduce i seguenti motivi:

g) Violazione della *par condicio* tra concorrenti e del canone di buon andamento, in quanto l'amministrazione non ha eliminato i gravi vizi procedurali della gara, ma ha anzi aggravato la situazione di illegittimità;

h) Violazione della *par condicio* tra concorrenti e del canone di buon andamento per ulteriori discrepanze nei valori economici esibiti, a vantaggio dell'impresa Bellco.

Si sono costituiti in giudizio l'amministrazione e i controinteressati, formulando eccezioni in rito e chiedendo nel merito la reiezione del gravame.

Ha chiarito l'Azienda che:

- nell'ambito del dialogo tecnico del 28/10/2011 (previamente pubblicizzato con avviso del 14/10/2012) l'Azienda ha dettagliatamente illustrato le impostazioni generali della gara (articolata in due distinti procedimenti) a tutte le ditte operanti sul mercato inclusa la ricorrente (cfr. verbale doc. 6); alle ditte sono state consegnate le bozze di alcuni documenti che avrebbero costituito gli atti di gara, invitandole a proporre correttivi;

- Spindial (nelle graduatorie) si piazzata sempre in posizioni non favorevoli per l'aggiudicazione come migliore offerente (salvo il lotto n. 9), e non ha contestato il contenuto delle valutazioni; è stata infine individuata come fornitrice idonea per la quota del 40% da aggiudicare secondo i principi dell'Accordo quadro; ha ottenuto l'aggiudicazione di alcune forniture per i lotti n. 2 e 6 per un importo complessivo di 298.777,94 € IVA inclusa;

- la gara è stata indetta con due autonomi e distinti (ancorché coordinati) moduli procedimentali, ossia l'aggiudicazione dei singoli lotti al miglior offerente (60% dei trattamenti) e la selezione di ditte idonee (per il restante 40%), ciò per individuare un vincitore della quota maggiore e contestualmente reperire un plesso di fornitori idonei con i quali stipulare un Accordo quadro, capaci di garantire i trattamenti per i pazienti in dialisi (350 per l'A.O. di Brescia e 1.100 per gli altri presidi), secondo le esigenze clinico terapeutiche rappresentate nei reparti dell'A.O. procedente e delle altre Aziende;

- la gara aveva un oggetto peculiare, con apparecchiature suscettibili di soddisfare molteplici Aziende dislocate sul territorio: non era dunque soddisfacente la soluzione tesa a individuare un solo fornitore per lotto, ma risultava più rispondente ai reali bisogni dei pazienti in dialisi riservare una quota di prestazioni ad una pluralità di imprese.

Alla pubblica udienza del 6/3/2013 il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti venivano chiamati per la discussione e trattenuti in decisione.

DIRITTO

La ricorrente censura gli atti di gara e le determinazioni conclusive di aggiudicazione per la fornitura sessennale di sistemi per trattamenti di dialisi extracorporea e peritoneale, per il fabbisogno delle Aziende Ospedaliere di Brescia, Bergamo, Mantova, Pavia, Lodi e Desenzano.

Il Collegio può soprassedere sulle numerose eccezioni in rito formulate dall'amministrazione e dalle imprese resistenti, poiché il ricorso è infondato nel merito.

1. Con il primo motivo parte ricorrente lamenta la violazione del principio di tipicità degli atti amministrativi e del canone di trasparenza, l'eccesso di potere per contraddittorietà, poiché la gara non rientra in alcuno dei modelli prefigurati dalla legge. Sostiene che la *lex specialis* richiama il metodo dell'offerta economicamente

più vantaggiosa e al contempo preannuncia l'applicazione dei principi dell'Accordo quadro, generando incertezza tra i concorrenti: in tal modo verrebbe introdotto un duplice criterio mediante una procedura anomala e priva di fondamento giuridico (con una "fusione sui generis" tra le tipologie rispettivamente enucleate agli artt. 55 e 59 del D. Lgs. 163/2006).

Detta impostazione non è condivisibile.

1.1 L'Azienda Ospedaliera ha intrapreso una procedura aperta – ammettendo le imprese che avessero presentato l'offerta nel termine stabilito (con utilizzo della piattaforma telematica SINTEL della Regione Lombardia) – secondo il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa (artt. 55 e 83 del D. Lgs. 163/2006), ed ha previsto di affidare all'impresa aggiudicataria di ogni lotto il 60% dei trattamenti. Al criterio predetto l'Azienda ha affiancato (per una quota percentuale del 40%) il metodo dell'Accordo quadro ai sensi dell'art. 59 del D. Lgs. 163/2006, il cui comma 2 ne subordina la conclusione al rispetto delle regole di procedura previste "dalla presente parte in tutte le fasi fino all'aggiudicazione degli appalti basati su tale accordo quadro", inoltre viene disposto che "Le parti dell'accordo quadro sono scelte applicando i criteri di aggiudicazione definiti ai sensi degli articoli 81 e seguenti". Coerentemente a tale disposizione, la *lex specialis* prevede la sottoposizione dei concorrenti ai parametri valutativi prestabiliti per il reperimento dell'offerta più conveniente, e l'esclusione di coloro che non raggiungono un coefficiente minimo (corrispondente al giudizio sufficiente), per cui l'individuazione delle parti dell'Accordo quadro transita attraverso il raggiungimento – ad opera delle imprese aspiranti – di uno standard minimo qualitativo ed economico.

1.2 L'attivazione combinata delle descritte procedure non incontra alcun ostacolo normativo, né affiorano elementi di inconciliabilità o di incompatibilità tra le due differenti tipologie, per le quali i segmenti della selezione indetta coincidono sino

all'attribuzione dei punteggi e alla formulazione delle graduatorie, per poi divergere secondo il meccanismo individuato dai documenti di gara: è contemplata l'aggiudicazione del 60% delle singole forniture al vincitore della selezione relativa al lotto, e la distribuzione del residuo 40% tra le imprese ritenute idonee, senza fissare a priori percentuali o quote di prodotto ma unicamente in base alle esigenze rappresentate dai singoli reparti utilizzatori. Osserva il Collegio che se l'Azienda Ospedaliera avesse suddiviso quantitativi e importi riferiti a ciascun lotto per porre in essere due distinte competizioni, detto percorso avrebbe urtato contro previsioni normative orientate in senso opposto, le quali vietano la parcellizzazione e il frazionamento degli appalti al fine di eludere la disciplina delle gare pubbliche (cfr. sentenza Sezione 10/6/2010 n. 2302 confermata in appello dal Consiglio di Stato, sez. V – 28/6/2011 n. 3874).

1.3 La decisione dell'amministrazione di accorpate in un'unica gara prestazioni che potrebbero formare oggetto di distinte procedure selettive soggiace comunque – in sede di controllo giurisdizionale – ai tradizionali principi in tema di sindacato delle scelte discrezionali sotto il profilo dell'eccesso di potere, per disparità di trattamento, irragionevolezza palese o difetto di motivazione. Detta affermazione, elaborata per gli appalti di tipo misto, può trovare applicazione anche nella fattispecie a fronte di un'operazione ibrida, con l'instaurazione parallela di due distinte procedure: in questo senso l'opzione non rivela profili di illogicità, arbitrarietà, inutilità o superfluità e non adeguatezza agli scopi perseguiti. Salvo quanto sarà illustrato ai paragrafi successivi, nella censura non è esplicitato alcun profilo della dedotta incertezza che scaturirebbe dalla scelta dell'autorità procedente di avvalersi in modo congiunto di 2 istituti previsti dalla legislazione sui contratti pubblici, tenuto conto (come già visto) del fatto che la "duplicità" del criterio di per se non introduce un vizio di legittimità.

2. Con successiva censura parte ricorrente si duole della violazione del principio di determinatezza dell'oggetto di gara, dell'illogicità e inapplicabilità dei criteri selettivi, in quanto sono rimasti ignoti i principi dell'Accordo quadro che avrebbero dovuto "governare" il 40% dei trattamenti: in nessun atto di gara sono enunciati tali principi, né sono esplicitate le "esigenze clinico-terapeutiche ed organizzative segnalate dal reparto utilizzatore", per cui Spindial non avrebbe potuto formulare un'offerta informata, consapevole ed adeguata al caso di specie.

La censura è priva di pregio.

2.1 In disparte la partecipazione di parte ricorrente alla gara (per i lotti dei quali si componeva) e le numerose eccezioni sollevate, come ha correttamente osservato la difesa dell'Azienda Ospedaliera le caratteristiche dei prodotti erano ampiamente note alle imprese, anticipatamente coinvolte nel dialogo tecnico, al quale anche Spindial ha preso parte con un proprio rappresentante. Nel corso dell'incontro sono state consegnate ai partecipanti le bozze dei documenti di gara, ossia capitolato tecnico, griglie di valutazione ed elenco del fabbisogno dei prodotti, e sono state rese loro note le necessità dei singoli utilizzatori. Oltre all'art. 13 del disciplinare, il quale dà conto in modo preciso ed univoco delle quote di fabbisogno da aggiudicare per ciascun lotto, e della misura percentuale (60 e 40) della ripartizione tra vincitori e soggetti idonei, il capitolato tecnico descrive in modo esaustivo i trattamenti dialitici e le caratteristiche delle apparecchiature e delle tecniche idonee a garantirne l'erogazione (e tale accurata indicazione non è messa in discussione), mentre la deliberazione direttoriale n. 110 dell'8/2/2012 – di indizione della gara – racchiude esaustive schede di dettaglio economico e tecnico, oltre all'estratto delle specifiche tecniche (cfr. doc. 5-bis, 5-ter, 5-quater Azienda). Rileva il Collegio che Spindial – pur asserendo l'impossibilità di elaborare un'offerta consapevole – nulla ha obiettato sulla copiosa documentazione tecnica e sui dati concretamente esibiti dalla stazione appaltante,

né ha opposto un proprio conteggio sui costi e sui ricavi complessivi capaci di insinuare dubbi sulla remuneratività complessiva dei diversi lotti: i dati numerici elaborati dall'Azienda e assunti a sostegno della serietà e congruità delle operazioni oggetto della procedura selettiva non hanno incontrato contestazioni analitiche e puntuali, da muovere con la predisposizione di un'analisi economica contrapposta. In definitiva, le aspiranti concorrenti erano in possesso delle informazioni generali di base sufficienti per formulare un'offerta con cognizione di causa e per il resto, coerentemente con le impostazioni della gara, le indicazioni provenienti dai reparti utilizzatori sono state acquisite prima dell'aggiudicazione come da documentazione versata in atti (cfr. doc. 10, 11 e 12 Azienda Ospedaliera).

3. E' infondata la contestazione afferente alla violazione della *par condicio* tra concorrenti e del canone di buon andamento dell'amministrazione, poiché sarebbe incomprensibile la ragione per cui il soggetto vincitore – che ha formulato l'offerta più conveniente – debba ottenere soltanto il 60% della fornitura, mentre chi ha elaborato una proposta mediocre possa beneficiare del 40%: secondo la ricorrente si toglierebbe valore alla competizione, premiando chi garantisce uno standard più basso in termini di qualità e prezzo, con lesione degli stessi interessi dell'amministrazione che deve acquistare il 40% dei prodotti a prezzi troppo elevati rispetto al livello qualitativo proposto.

3.1 Premesso che Spindial ha tratto sicuro vantaggio dalla "riserva" di una percentuale di fabbisogno grazie al modulo dell'Accordo quadro (non essendo risultata vincitrice in relazione alla quota del 60% e beneficiando esclusivamente del parametro residuale), il raggiungimento del minimum qualitativo ed economico costituiva una pre-condizione per aspirare alla ripartizione del 40% del fabbisogno ragguagliato alle esigenze dei singoli presidi. Così evitato il rischio di affidarsi a imprese inidonee a rendere prestazioni ad un livello accettabile (in quanto prive della necessaria professionalità e capacità), la scissione dell'aggiudicazione secondo

le percentuali (60% e 40%) diffusamente anticipate negli atti di gara (e nel dialogo tecnico) trova giustificazione nella peculiare tipologia di servizio da erogare: si discorre della fruizione di prestazioni non facilmente standardizzabili riservate ai pazienti in dialisi, portatori di esigenze eterogenee da soddisfare con macchinari e attrezzature tecnologicamente avanzati. E' richiesta pertanto anche una quota di erogazioni connotate da elasticità e dinamicità, che possono essere assicurate da una pluralità di fornitori idonei secondo gli specifici bisogni dei reparti utilizzatori. Il quadro argomentativo testé citato non è contestato dalla parte ricorrente.

4. Parimenti privo di fondatezza è il quarto motivo di ricorso, con il quale Spindial si duole della violazione dell'art. 59 del D. Lgs. 163/2006, di disciplina dell'accordo quadro.

4.1 Sull'inosservanza dell'art. 59 comma 9 – il quale prevede come regola la durata quadriennale salvo casi eccezionali, mentre l'Azienda resistente avrebbe immotivatamente previsto 6 anni – l'Azienda ha rappresentato la condizione che giustifica il prolungamento temporale, rinvenibile nell'elevato numero di apparecchiature richieste (426, in rapporto di 1:3 con i 1278 pazienti in emodialisi) e nel costo non indifferente delle stesse, per cui un'adeguata estensione permette la spalmatura dell'ammortamento su un congruo numero di esercizi e facilita la sostenibilità economico-finanziaria della commessa posta in gara.

4.2 Quanto all'asserita violazione dell'art. 59 comma 5 – il quale prevede che l'Accordo quadro sia concluso tra almeno tre operatori economici mentre per i lotti 1 e 3 gli operatori interessati sarebbero soltanto due – è sufficiente rilevare che è stata riconosciuta l'idoneità (ossia il possesso dei requisiti minimi sotto il profilo tecnico ed economico) a tutte le imprese partecipanti, cosicchè l'accordo è stato concluso nel rispetto del parametro normativo. La successiva fase di affidamento (riservata soltanto ad alcuni operatori) obbedisce a canoni diversi e

tiene conto delle esigenze concrete dei singoli reparti (secondo un meccanismo già ritenuto legittimo nella precedente esposizione).

4.3 Quanto alla previsione dell'art. 59 comma 7 – per cui l'Accordo quadro contempla l'ordine di priorità per la scelta dell'affidatario con preferenza per il criterio della rotazione mentre né l'atto di aggiudicazione né la *lex specialis* recherebbero alcuna indicazione al riguardo – correttamente l'Azienda Ospedaliera ha rilevato che le scelte verranno effettuate dai reparti utilizzatori dei singoli presidi sulla base delle esigenze concrete, alla luce delle caratteristiche del tipo di appalto. Nei fatti, ribadisce il Collegio che i connotati della gara evidenziati ai par. 2.1 e 3.1 avallano la scelta intrapresa dalla stazione appaltante, e pertanto la correttezza della gestione della gara non risulta alterata dalla ripartizione delle prestazioni in modo non rigidamente proporzionale.

5. Con ulteriore doglianza parte ricorrente lamenta la violazione della concorrenza e della *par condicio* e l'arbitrarietà dell'aggiudicazione, in quanto per i lotti 1, 2 e 3 erano richieste due tipologie di trattamenti (emodialisi in bicarbonato e emodiafiltrazione on-line) e un trattamento specifico ulteriore per ciascuno dei lotti, con predeterminazione del fabbisogno, mentre le ripartizioni tra vincitrice e le altre classificate non sono state rispettate in quanto:

- nel lotto 1 all'impresa Gambro è stato attribuito senza motivazione (presso le A.O. di Brescia, Mantova e Desenzano) l'89% dei trattamenti e a Fresenius l'11%, e inoltre alla prima è stato commissionato il 100% dei filtri e alla seconda nessuno; presso l'Azienda Ospedaliera di Mantova anche la quota noleggio risulta alterata;
- allo stesso modo, per il lotto 2 Belco è stata affidataria di filtri in misura inferiore (81,9%) alla quota di trattamenti aggiudicati (87,7%) mentre a Gambro è stata aggiudicata una quota di filtri significativa (18,1%);

- le A.O. di Brescia e Pavia non hanno utilizzato i prezzi offerti da Belco nel lotto 2 ma quelli praticati nel lotto 6, con una sottostima del valore annuale dell'aggiudicazione pari a 25.347 €;
- nel lotto 3, Fresenius (aggiudicataria principale) ha ricevuto per intero le quote noleggio previste dal capitolato ma con un numero inferiore di trattamenti, con un prezzo onnicomprensivo maggiore di quello effettivamente offerto;
- nel lotto 6, Gambro è l'unica impresa la cui offerta è stata giudicata inadeguata ma ha ricevuto per compensazione una maggiorazione nel lotto 1 (con un numero di filtri maggiore dei trattamenti); inoltre sono stati aggiudicati 2.124 filtri in esubero rispetto a quanto statuito dal capitolato, con una ripartizione tra differenti tipologie ugualmente difforme.

L'articolata doglianza deve essere disattesa.

5.1 In linea generale l'art. 13 del disciplinare di gara stabiliva, per il lotto n. 6, che si sarebbe provveduto alla redazione di un elenco di prodotti idonei ai quali attingere secondo i principi dell'Accordo quadro e secondo le esigenze segnalate dal reparto utilizzatore. Premesso che la legittimità di tale clausola è stata già affermata dal Collegio affrontando le precedenti censure, dalla lettura di pagina 2 del verbale del dialogo tecnico del 28/10/2011 emerge che i concorrenti erano stati resi edotti del fatto che nei lotti 1-2-3, per i filtri, accanto all'aggiudicazione del 50% ci si sarebbe avvalsi di una graduatoria di idonei inseriti in un lotto specifico (n. 6). Dunque detti prodotti potevano essere reperiti all'interno di tale lotto dedicato e anche nell'ambito del 40% del fabbisogno di ciascuno dei lotti 1-2-3 in virtù della previsione del capitolato (cfr. pag. 2) che comprendeva nei trattamenti di "emodiafiltrazione on-line con membrane a permeabilità elevata" i trattamenti caratterizzanti (la metà dei quali erano comprensivi di filtro). Sotto altro punto di vista non si rinviene nella *lex specialis* una previsione specifica che sancisca una necessaria e rigorosa coincidenza percentuale tra quota di trattamenti e quota di

filtri: gli operatori potevano procurarsi questi ultimi, come già sottolineato, in base al fabbisogno nell'ambito di ciascun lotto ovvero attingendo direttamente dal lotto n. 6. Per quanto riguarda la situazione dell'Azienda Ospedaliera di Mantova, i dati esibiti in giudizio dalla difesa della stazione appaltante (non contestati dalla ricorrente) avallano l'osservanza del rapporto percentuale tra pazienti e apparecchiature noleggiate (3 soggetti per ogni macchinario) con riguardo ai 78 beneficiari attribuiti a Gambro e ai 6 di Fresenius.

5.2 Identico ragionamento deve essere condotto con riguardo alla censura sviluppata sul lotto n. 2, ove parte ricorrente lamenta che per Belco non sarebbe stato rispettato il rapporto filtri-trattamenti (a vantaggio di Gambro); per il resto si può osservare che:

- le indicazioni provenienti dai reparti utilizzatori sono documentate in atti (cfr. doc. 10, 11 e 12 Azienda Ospedaliera);
- per quanto riguarda l'errore sui prezzi dei filtri è stata disposta la correzione con i provvedimenti impugnati con i motivi aggiunti, alla valutazione dei quali si rinvia;
- L'Azienda ha evidenziato che il vizio dedotto non ha avuto riflessi sulla gara poiché l'aggiudicazione è avvenuta sulla piattaforma telematica in relazione a ciascun lotto, sulla base delle offerte ivi inserite.

5.3 L'ulteriore erronea attribuzione dei trattamenti a Fresenius è stata corretta con la determinazione di rettifica, con la precisazione che è stato puntualizzato il conteggio dei trattamenti (e non dei noleggi) riferito a 51 pazienti anziché agli 81 previsti. In ogni caso l'affidamento con la piattaforma informatica salvaguarda i dati economici effettivi rispetto alle imprecisioni racchiuse negli atti documentali.

5.4 La censura di cui al lotto 6 riflette una supposizione del tutto priva di riscontri oggettivi e concreti, sicché deve essere respinta perché eccessivamente vaga e generica. Per il resto, anche il quantitativo di filtri aggiudicati nel lotto 6 è stato rettificato con la determinazione n. 1085/2012.

6. Parte ricorrente si duole, poi, della violazione dei principi di concorrenza e *par condicio*, visto che il lotto 2 contemplava quale trattamento caratterizzante l'emodiafiltrazione con re-infusione endogena, e Bellco è l'unica impresa in grado di fornire tale trattamento (con indebito vantaggio nella valutazione tecnica); inoltre – poiché è necessario utilizzare una cartuccia di resina assorbente – il suo costo non è stato compreso dalla stazione appaltante nel conteggio complessivo dell'offerta economica: Bellco non ha dovuto considerare neppure l'onere della cartuccia per svolgere il trattamento, il tutto con penalizzazione della ricorrente che ha dovuto forzare sul prezzo dei trattamenti offerto per l'impossibilità di ottenere il punteggio tecnico.

6.1 In disparte la plausibile inammissibilità della censura – visto che Spindial non è in grado di offrire l'avanzato trattamento (dettagliatamente descritto da Bellco nelle proprie difese) – nel corso del dialogo tecnico l'Azienda aveva preannunciato che il costo della cartuccia non avrebbe elevato la base d'asta: pertanto il dispositivo aggiuntivo rispetto ai trattamenti offerti dalle altre concorrenti non ha provocato un incremento di costo, salva la naturale migliore valutazione dei prodotti sotto il profilo tecnico-qualitativo. Tale ultima circostanza è la naturale conseguenza di un confronto tra le imprese sul mercato e si riflette nella dinamica concorrenziale sviluppata per procurarsi le commesse pubbliche, ove i soggetti economici che possono eseguire prestazioni altamente specialistiche sono premiati rispetto agli operatori che non dispongono di siffatte metodologie tecniche. Detta linea di condotta non reca alcun *vulnus* alla *par condicio* dei partecipanti ma al contrario ne costituisce la corretta applicazione, risultando il logico (e benefico) effetto della capacità sviluppata da un'impresa che opera sul mercato.

In conclusione il gravame introduttivo è infondato e deve essere respinto.

7. Passando all'esame dei motivi aggiunti proposti contro la determinazione dirigenziale 20/11/2012 n. 1339 (recante la rettifica della determinazione 1085 del

6/9/2012) e la comunicazione dell'Azienda Ospedaliera 21/11/2012, la ricorrente deduce anzitutto la violazione della *par condicio* tra concorrenti e del canone di buon andamento, in quanto l'amministrazione non avrebbe eliminato i gravi vizi procedurali della gara, ma al contrario la situazione sarebbe ulteriormente aggravata. Puntualizza che nel lotto 2 si è già denunciato che è stata privilegiata indebitamente Bellco (la cui offerta era economicamente più gravosa per l'amministrazione di quasi 2.000.000 €) ed ora beneficia di un prezzo ancora maggiore: in particolare affiorano ulteriori discrepanze nei valori economici esibiti, poiché la rettifica a favore di Bellco le permette di ritrarre un importo a suo favore per il lotto 2 che sale da 8.684.183 a 8.874.662 € (IVA esclusa), con incremento di 190.479 €, quando la rettifica è scorretta per 39.932,88 €. Infine, l'erronea imputazione dei costi dei filtri nel lotto 2 aveva comportato una sottostima del valore annuale dell'aggiudicazione pari a 25.347 €.

La doglianza non è passibile di positivo scrutinio.

7.1 I costi dei filtri del lotto n. 2 risultano ora correttamente imputati, e tale vizio può ritenersi emendato. In secondo luogo la ricostruzione di parte ricorrente dei prezzi sui filtri offerti da Bellco non tiene conto delle rettifiche apportate alle aggiudicazioni a favore dell'Azienda Ospedaliera di Desenzano del Garda, ma solo di quelle di Brescia e Pavia, cosicchè la rielaborazione dei dati di parte ricorrente si rivela lacunosa e l'atto impugnato non può dirsi affetto da contraddittorietà.

In conclusione anche i motivi aggiunti non possono essere ritenuti meritevoli di apprezzamento, e di conseguenza va respinta anche la domanda risarcitoria.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e possono 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 ed i motivi aggiunti in epigrafe.

Respinge la richiesta di risarcimento del danno.

Condanna parte ricorrente a corrispondere all'amministrazione resistente la somma di 4.000 € a titolo di spese, competenze e onorari di difesa, oltre ad oneri di legge.

Condanna parte ricorrente a corrispondere a ciascuna Società controinteressata costituita in giudizio la somma di 3.000 € a titolo di spese, competenze ed onorari di difesa, oltre ad 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 6 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/04/2013

IL SEGRETARIO

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