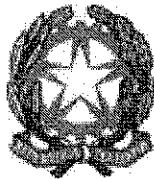


N. 04115/2014REG.PROV.COLL.
N. 06305/2013 REG.RIC.



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 6305 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Spindial S.p.A.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

rappresentata e difesa dagli avvocati Leopoldo Melli e Corrado De Simone, con domicilio eletto presso Corrado Morrone, in Roma, viale XXI Aprile n. 11;

contro

Bellco S.r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio De Portu e Maria Lucia Forte, con domicilio eletto presso Claudio De Portu, in Roma, via Flaminia n. 354;

nei confronti di

- Azienda Unità Sanitaria Locale Frosinone,
in persona del legale rappresentante p.t.,
costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv. Massimo
Colonnello, con domicilio eletto presso Chiara Borromeo, in Roma,
via Alessandria n. 25;

Regione Lazio,
in persona del Presidente p.t.,
non costituitasi in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per il Lazio, Sezione Staccata di Latina, n.
770 del 17 ottobre 2013, resa fra le parti, concernente l'affidamento
delle forniture di apparecchiature in service e relativo materiale
d'uso per le UU.OO. di Nefrologia e Dialisi - lotto 2.

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Bellco S.r.l. e dell'Azienda
Unità Sanitaria Locale Frosinone;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 4882 del 5 dicembre
2013, di accoglimento dell'istanza cautelare di sospensione
dell'esecutività della sentenza impugnata;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, c.p.a.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 8 maggio 2014, il Cons.
Dante D'Alessio;

Uditi per le parti, alla stessa udienza, l'avv. Corrado Morrone per
delega dell'avv. Corrado De Simone, l'avv. Claudio De Portu,
l'avv. Maria Lucia Forte e l'avv. Massimo Colonnello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.- *L'Azienda Unità Sanitaria Locale di Frosinone ha aggiudicato alla odierna appellante il Lotto n. 2 della gara per la fornitura di apparecchiature in service e relativo materiale d'uso per le UU.OO. di Nefrologia e Dialisi.*

La stessa si era, infatti, classificata al primo posto nella graduatoria di merito della gara, svolta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con complessivi punti 100 (punti 60 per la qualità e punti 40 per il prezzo), davanti alla odierna appellata, classificatasi seconda con complessivi punti 55,40 (punti 53 per la qualità e punti 2,40 per il prezzo).

2.- *Quest'ultima ha proposto ricorso avverso tale aggiudicazione davanti al T.A.R. per il Lazio, Sezione Staccata di Latina.*

3.- *Il T.A.R., con sentenza n. 770 del 17 ottobre 2013, ha accolto il ricorso nel suo petitum di annullamento (respingendo la domanda risarcitoria), ritenendo fondato il motivo con il quale la ricorrente aveva lamentato che l'aggiudicataria aveva presentato un'offerta avente ad oggetto la fornitura di materiale difforme rispetto a quanto puntualmente richiesto dalla Stazione Appaltante e non coerente con le finalità terapeutiche dalla stessa indicate, in violazione delle disposizioni di cui al punto 2 "offerta tecnica" ed all'Allegato "A" del Capitolato Speciale.*

In particolare, il T.A.R., ha rilevato che l'offerta dell'aggiudicataria, come sostenuto dalla ricorrente, prevedeva l'utilizzo di una metodica diversa dalla "re-infusione esogena", mentre, nell'Allegato A del Capitolato Speciale, l'oggetto della prestazione era riferito, per gli affetti da MIA, alla terapia basata sulla tecnica della "re-

infusione endogena"; erroneamente, quindi, la Commissione giudicatrice aveva «valutato positivamente l'offerta della Spindial la quale, tuttavia, non conteneva la soluzione richiesta per i pazienti "affetti da MIA, sindrome con necessità di re infusione endogena" ». L'offerta della aggiudicataria per il Lotto n. 2 della gara avrebbe dovuto insomma «contenere un progetto tecnico idoneo a soddisfare le esigenze di tutti i diversi tipi di pazienti, ivi compresi quelli con necessità di re infusione endogena» e tale progetto non era rinvenibile nell'offerta stessa; né «rientrava tra i poteri della Commissione quello di "sostituire" la previsione del Capitolato Speciale» con l'affermazione che "la reinfusione endogena non è l'unica risposta terapeutica per i pazienti con problematiche metaboliche".

4.- Parte privata soccombente ha appellato l'indicata sentenza, ritenendola erronea.

Dopo aver ricordato che la proposta presentata prevedeva una soluzione per tutte le tipologie di pazienti, indicate nell'allegato A del Capitolato, con rilevanti problematiche metaboliche e necessità di elevata depurazione, sia di piccole che di medie molecole - a differenza della proposta di Gambro Hospal che era stata esclusa dalla gara per non aver previsto alcuna soluzione per i pazienti malnutriti con scarso assorbimento e perdita di aminoacidi essenziali - l'appellante sostiene che la Stazione appaltante non intendeva eleggere la reinfusione endogena quale metodica esclusiva del Lotto n. 2, ma aveva solo voluto specificare meglio, nell'allegato A del Capitolato, quali fossero i pazienti «con rilevanti problematiche metaboliche e necessità di elevata depurazione, sia di piccole che di medie molecole», al trattamento dei quali era

destinata la fornitura oggetto del lotto medesimo e quali fossero le loro esigenze cliniche.

L'appellante ha poi aggiunto che la sua offerta contemplava una proposta terapeutica articolata e clinicamente appropriata per la popolazione di pazienti compresi nel Lotto n. 2, che prevedeva il miglior trattamento extracorporeo sostitutivo della funzione renale disponibile, in grado di soddisfare anche le esigenze dei pazienti affetti da MIA; correttamente, quindi, la Commissione di gara aveva considerato il Lotto n. 2 nella sua complessità, preferendo la proposta che meglio rispondeva alle esigenze di tutti i pazienti interessati con soluzione terapeutiche versatili moderne ed efficaci.

Si è costituita in giudizio, per resistere, l'appellata/originaria ricorrente, sostenendo che "il bando di gara esigeva inderogabilmente la fornitura di materiale necessario ed indispensabile anche per detta terapia" (la reinfusione endogena) e che "la Spindial s.p.a. non ha offerto (e non è in grado di offrire) detto materiale"; con l'aggiudicazione in favore di questa "la AUSL di Frosinone ... costringe ad utilizzare tecniche meno aggiornate e di provata minor efficacia".

Con ordinanza cautelare n. 4882 del 5 dicembre 2013 è stata accolta l'istanza cautelare di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata.

All'udienza pubblica dell'8 maggio 2014 la causa è stata chiamata e trattenuta in decisione.

5.- L'appello deve essere accolto.

Come questa Sezione ha già osservato in sede cautelare, infatti, dall'esame degli atti di gara (Bando, Capitolato Speciale ed Allegato "A" al Capitolato Speciale) non emerge la volontà

dell'Amministrazione di richiedere, per la cura dei pazienti con rilevanti problematiche metaboliche e necessità di elevata depurazione - fra i quali quelli affetti dalla sindrome MIA (malnutrition-inflammation and atherosclerosis) - solo i prodotti che consentono la reinfusione endogena, in particolare, mediante il sistema HFR brevettato dalla appellata.

5.1.- Si deve, al riguardo, osservare che l'Azienda Unità Sanitaria Locale di Frosinone ha indetto, come risulta dal relativo Bando, una gara per la fornitura di apparecchiature in service e relativo materiale d'uso per le UU.OO. di Nefrologia e Dialisi ed ha richiesto, per il Lotto 2, la fornitura del Service per trattamenti dialitici di pazienti con rilevanti problematiche metaboliche e necessità di elevata depurazione.

L'Azienda Sanitaria, dopo aver poi chiarito, nell'articolo 2 (titolato: oggetto e durata della gara) del Capitolato speciale, che l'oggetto della medesima consiste nella «fornitura di tutto il materiale monouso necessario, per l'esecuzione di trattamenti dialitici distribuiti tra metodiche standard e ad alta efficienza a seconda della tipologia dei pazienti da trattare», ha quindi precisato che il Lotto 2 ha per oggetto la fornitura del Service per trattamenti dialitici di pazienti con rilevanti problematiche metaboliche e necessità di elevata depurazione, facendo poi rinvio, per i materiali da aggiudicare per ogni singolo lotto, all'Allegato A allo stesso Capitolato.

Nell'Allegato A del Capitolato, infine, dopo aver riportato, in grassetto, il suddetto oggetto del Lotto 2 (pazienti con rilevanti problematiche metaboliche e necessità di elevata depurazione, sia di piccole che di medie molecole), l'Azienda sanitaria ha poi elencato le

diverse patologie comportanti rilevanti problematiche metaboliche e necessità di elevata depurazione, sia di piccole che di medie molecole: pazienti in cui sono rilevanti le problematiche metaboliche; pazienti affetti da MIA sindrome con necessità di re infusione endogena; pazienti malnutriti con scarso assorbimento e perdita di amminoacidi essenziali; pazienti con problematiche pressorio determinate da un difficile bilancio di NA finale e dell'ultrafiltrazione; pazienti con problemi di infiammazione cronica o acuta, aterosclerosi e necessità di elevata depurazione sia di piccole che di medie molecole.

5.2.- Ciò chiarito, dall'esame degli atti di gara e dello stesso Capitolato (e del suo allegato A), si evince che l'Unità Sanitaria Locale di Frosinone aveva intenzione di acquisire un apparecchio in grado di fare fronte alle necessità terapeutiche di tutti i pazienti affetti da rilevanti problematiche metaboliche e necessità di elevata depurazione, sia di piccole che di medie molecole, e che l'indicazione delle diverse patologie comportanti gravi problematiche metaboliche, fra le quali anche quelle dei pazienti affetti da MIA, risultava (solo) indicativa delle diverse tipologie da trattare.

5.3.- In particolare, questa Sezione non ritiene condivisibile la tesi, sostenuta dal T.A.R. nella decisione appellata, secondo cui l'indicazione, fra i pazienti da trattare, di quelli affetti da MIA, sindrome con necessità di re infusione endogena, rendesse indispensabile la presentazione di una offerta con un sistema che utilizza la metodica della reinfusione endogena.

Infatti, molto più ampia era, come si è detto, la platea dei pazienti con rilevanti problematiche metaboliche e la necessità di elevata depurazione, sia di piccole che di medie molecole: oltre agli affetti da

MIA, i pazienti malnutriti con scarso assorbimento e perdita di amminoacidi essenziali, con problematiche pressorie determinate da un difficile bilancio di Na finale e dell'ultrafiltrazione, i pazienti con problemi di infiammazione cronica o acuta, aterosclerosi e necessità di elevata depurazione sia di piccole che di medie molecole.

5.4.- Inoltre, l'allegato A del capitolato elenca una serie di patologie e non un elenco di attrezzature e materiali, che dovevano necessariamente essere oggetto della fornitura da aggiudicare.

Il riferimento in tale elenco alla metodica della reinfusione endogena, riferita ai soli pazienti affetti da MIA, appare quindi più un modo di caratterizzare la patologia destinataria del trattamento, che l'indicazione di un requisito (e cioè di una determinata metodica), che l'offerta tecnica doveva garantire a pena di esclusione.

5.5.- Se la Stazione Appaltante avesse poi voluto richiedere (solo ed esclusivamente) la metodica della reinfusione endogena per la terapia di tutti i pazienti con rilevanti problematiche metaboliche e necessità di elevata depurazione, sia di piccole che di medie molecole, lo avrebbe fatto espressamente, richiedendo in modo chiaro, in tutti i suoi atti di gara, tale metodica e non limitandosi ad indicare (solo) fra i diversi possibili beneficiari delle prestazioni i pazienti affetti da MIA, per i quali tale terapia viene ritenuta particolarmente efficace.

5.6.- Infine, come afferma la appellante, essendo (notoriamente) la metodica della reinfusione endogena, mediante il sistema HFR, brevettata dalla appellata, ove l'Azienda Sanitaria Locale di Frosinone avesse voluto utilizzare necessariamente (ed esclusivamente) tale metodica, non avrebbe neppure dovuto bandire

una gara, aperta ad altre imprese, per la fornitura della relativa apparecchiatura.

6.- Non appare decisiva, in senso contrario, la circostanza che l'art. 8, comma 2, del Capitolato impediva all'Azienda sanitaria di ritenere valide le offerte parziali non comprendenti tutte le prestazioni richieste nei singoli lotti, tenuto conto che, come risulta dagli atti e come ha evidenziato la Commissione di gara, anche per i pazienti affetti da MIA poteva essere comunque utilizzata una metodica diversa dalla reinfusione esogena (anche se, ovviamente, trattandosi di una diversa metodologia, con effetti diversi).

6.1.- In proposito, la Commissione di gara, come risulta dal verbale n. 4, ha congruamente chiarito che, mentre una delle offerte presentate (quella di Gambio Hospal) era stata esclusa per non aver previsto alcuna soluzione per i pazienti malnutriti con scarso assorbimento e perdita di aminoacidi essenziali, l'offerta dell'odierna appellante non era stata esclusa in quanto offriva membrane particolarmente indicate in caso di necessità di elevata depurazione, sia di piccole che di medie molecole, unitamente alla nutrizione parentale intradialitica utile a sopperirebbe carenze nutrizionali di questi pazienti.

La Commissione ha quindi aggiunto, come già rilevato, che «la reinfusione endogena non è l'unica risposta terapeutica per i pazienti con problematiche metaboliche»; e tale giudizio tecnico non risulta inficiato, né risulta del resto aggredito, sotto i profili della manifesta erroneità od irragionevolezza.

7.- Si deve, pertanto, ritenere che l'Amministrazione intendesse acquisire una fornitura per la terapia di tutti i pazienti con rilevanti problematiche metaboliche e necessità di elevata

depurazione e che l'indicazione, fra tali pazienti, anche di quelli affetti da MIA non aveva il fine di prevedere la reinfusione endogena come unica (ed esclusiva) metodica richiesta (nel lotto 2) per tutti i pazienti in questione.

7.1.- Né si può giungere a conclusione diversa sulla base dell'ampia documentazione tecnico-sanitaria esibita dalla resistente in vista della trattazione dell'udienza di merito, considerato che non è, nel caso all'esame, in discussione l'efficacia della metodica di reinfusione endogena che la stessa società ha brevettato per la cura dei pazienti affetti da MIA (né la valutazione comparativa fra le due metodiche effettuata dalla Commissione giudicatrice), quanto piuttosto la circostanza se tale terapia fosse l'unica richiesta dalla Stazione appaltante, a pena di esclusione, ai fini della partecipazione al Lotto n. 2 della gara in questione; questione, questa, cui, come s'è visto, sulla base degli atti di gara, si deve dare risposta negativa.

8.- Per gli esposti motivi, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in integrale riforma dell'appellata sentenza del T.A.R. per il Lazio, Sezione Staccata di Latina, n. 770 del 17 ottobre 2013, deve essere respinto il ricorso proposto in primo grado dall'odierna appellata.

9.- Le spese del doppio grado di giudizio, considerata la particolarità della vicenda esaminata, possono essere integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in integrale riforma dell'appellata sentenza del T.A.R. per il Lazio, Sezione Staccata di

Latina, n. 770 del 17 ottobre 2013, respinge il ricorso di primo grado.

Dispone la compensazione integrale fra le parti delle spese e competenze del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Cacace, Presidente FF

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/08/2014

IL SEGRETARIO

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