



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 1083 del 2013, proposto da:

Societa' Zimmer S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Gabriele Pafundi, Rocco Mangia e Stefano Quadrio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare, n.14;

contro

Estav Nordovest - Ente Per i Servizi Tecnico - Amministrativi di Area Vasta, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Toscano, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 118;

nei confronti di

Johnson & Johnson Medical S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Mario Zoppellari, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Angelo Maleddu in Roma, via del Tempio, n.1;

Biomet Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Emanuela Baj e Antonio Rizzo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Antonio Rizzo in Roma, via Toscana, n. 10;

Limacorporate S.p.a, in persona del legale rappresentante pro-tempore;

Smith And Nephew S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Giorgio Calesella, Claudia Cipriano e Maria Gloria Di Loreto, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Roma, via F. di Savoia, n. 3;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA – FIRENZE, SEZIONE I, n. 2056/2012, resa tra le parti, concernente gara d'appalto per la fornitura di protesi d'anca.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Estav Nordovest - Ente Per i Servizi Tecnico-Amministrativi di Area Vasta, di Johnson & Johnson Medical S.p.a., di Biomet Italia S.r.l. e di Smith And Nephew S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2013 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli avvocati Quadrio, Merusi su delega di Toscano, Zoppellari, Rizzo e Calesella;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Estav Nordovest - Ente Per i Servizi Tecnico - Amministrativi di Area Vasta ha indetto una procedura aperta per la fornitura di protesi d'anca primo impianto occorrenti alle Aziende sanitarie della Regione Toscana per un periodo di due anni, con opzione di rinnovo per un ulteriore anno, articolata su n. 27 lotti (importo complessivo biennale presunto euro 35.928.200,00; modalità di aggiudicazione, per singolo lotto, all'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di max 70 punti all'elemento qualità e di max 30 punti all'elemento prezzo).

L'aggiudicazione definitiva veniva formalizzata con determina dirigenziale n. 550 del 5.6.2012, che la società Zimmer S.r.l. impugnava relativamente all'aggiudicazione dei lotti nn. 3, 12 e 27, formulando censure di violazione di legge e della disciplina di gara, nonché eccesso di potere sotto diversi profili.

Per quanto riguarda i lotti 3 e 12, la Zimmer, pur conseguendo il maggior punteggio per valutazione tecnica, conseguiva il terzo posto nella classifica finale; per il lotto 27, si classificava seconda.

Decisivo, in tutti i casi, il peso del punteggio per l'offerta economica.

La ricorrente lamentava, per il lotto n. 3, sia l'erronea ammissione a gara delle prime due graduate, sia l'illogicità e incongruità delle valutazioni delle offerte tecniche.

Quanto ai lotti nn. 12 e 27, contestava le valutazioni delle offerte tecniche e per il lotto n. 27, altresì, la mancata esclusione della ditta aggiudicatrice Johnson & Johnson.

Infine, lamentava vari vizi di procedura, inerenti l'illegittimità della disciplina di gara con riguardo al criterio utilizzato per la valutazione

economica delle offerte.

La sentenza rigettava il ricorso.

Con l'appello in esame, Zimmer ripropone le censure rigettate.

Per resistere all'appello si sono costituiti in giudizio l'Ente intimato e le Società controinteressate.

All'udienza del 7 novembre 2013, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello è infondato.

1. 1. - Col primo motivo, relativamente al lotto n. 3, l'appellante deduce che le offerte delle prime due graduate non prevedevano alcune componenti protesiche indispensabili per affrontare talune comuni disfunzioni che richiedono l'impianto di una protesi d'anca ("cotile ad espansione" e "inserto di polietilene addizionato con vitamina E e non standard e per teste a grande diametro"), così come richiesto dal capitolato e, pertanto, avrebbero dovuto essere escluse.

L'appellante lamenta che erroneamente la sentenza, facendo propria la tesi dell'Ente appaltante, ha sostenuto che il capitolato andava interpretato nel senso che l'offerta delle componenti complementari (di cui all'all. A) al disciplinare) doveva intendersi facoltativa; in realtà, trattandosi di componenti funzionalmente necessarie, l'offerta, per essere completa e ammissibile, avrebbe dovuto comprendere tutte le componenti indicate dall'allegato.

Diversamente, il capitolato dovrebbe ritenersi illogico, perché consentirebbe la presentazione di offerte non omogenee e, quindi, non confrontabili.

Neppure dovrebbe darsi rilievo all'interpretazione "autentica" fornita da

ESTAV, in realtà innovativa e perciò non ammissibile, vista la contraddittorietà con altra disposizione di gara (art. 4.punto 2 del Disciplinare).

Ritiene il Collegio che la censura non sia fondata.

Il Capitolato tecnico, per il Lotto n. 3, richiedeva “stelo diritto poroso con collo fisso con scanalatura”, individuando il presidio medico richiesto con il CND P0908040102 e ponendo come importo della fornitura un prezzo totale biennale del lotto pari ad euro 2.571.400.

L’art. 4. 2 del Disciplinare di gara prevedeva l’obbligo per i concorrenti di inserire nella propria offerta, tra le voci che compongono l’allegato di ogni lotto, quelle presenti nel proprio catalogo rispondenti alle descrizioni indicate nella scheda, che intendono proporre come componenti complementari dello stelo o della componente di rivestimento.

A sua volta, il Capitolato fa precedere l’elenco delle componenti complementari di ciascun lotto dall’espressione “l’allegato al lotto...può contenere”.

L’espressione usata lascia intendere il carattere facoltativo delle componenti da inserire nell’offerta, come la stessa Amministrazione ha ritenuto di chiarire nel quesito n. 4, in data 6 ottobre 2011, recante “precisazioni sulla compilazione dell’offerta relativamente alle componenti inserite nell’allegato di ogni lotto”, specificando, altresì, che la Commissione tecnica avrebbe valutato l’insieme delle componenti proposte nell’allegato alla luce dei criteri di valutazione previsti (es. versatilità del sistema, ampiezza della gamma e modularità, etc.).

I chiarimenti in ordine alla valenza di alcune clausole della lex di gara dal significato poco chiaro, essendo forniti dalla stazione appaltante

anteriormente alla presentazione delle offerte, non costituiscono un'indebita, e perciò illegittima, modifica delle regole di gara, ma una sorta d'interpretazione autentica, con cui l'Amministrazione chiarisce la propria volontà provvedimentale, in un primo momento poco intelligibile, precisando e meglio delucidando le previsioni della "lex specialis" (Consiglio di Stato, sez. IV, 21 gennaio 2013, n. 341).

La possibilità di offrire anche solo una parte delle componenti è confermata, poi, indirettamente dall'art. 5, p. 8/10 del disciplinare di gara, che così recita: "ai fini dell'aggiudicazione saranno oggetto di valutazione economica solo gli steli...le componenti inserite nell'allegato, viceversa, non saranno oggetto di valutazione economica e per l'elemento qualitativo verranno prese in considerazione solo per gli aspetti impliciti nei criteri della valutazione tecnica".

L'oggetto della gara era definito dall'impianto tipo e l'ottica della stazione appaltante era quella di incentrare la valutazione dell'elemento economico sull'offerta dell'elemento protesico che identifica ciascun lotto, tanto che la base d'asta viene formulata solo in relazione a tale elemento; mentre le componenti a corredo rilevano solo ai fini dell'attribuzione del punteggio-qualità da parte della Commissione tecnica, secondo i criteri dell'allegato F) del capitolato tecnico.

Questa considerazione, che riguarda la scelta discrezionale della stazione appaltante della modalità di acquisizione di un certo tipo di prodotto, e quindi l'individuazione dell'oggetto della gara, appartiene all'ambito dell'opportunità, che non è censurabile, neppure a fronte delle osservazioni di carattere tecnico svolte dall'appellante con riguardo al carattere indispensabile di "varianti" o "elementi protesici a corredo" per

affrontare alcune comuni disfunzioni che richiedono l'impianto di una protesi d'anca.

Lamenta, ancora, l'appellante che siffatta interpretazione renderebbe il capitolato illegittimo per illogicità, perché consentirebbe la presentazione di offerte non omogenee e, quindi, non confrontabili e per contraddittorietà con la disciplina di gara.

Anche tale considerazione non è condivisibile: il confronto e la competizione tra le offerte avviene in modo omogeneo, essendo tutti i concorrenti tenuti a formulare l'offerta in relazione all'elemento che individua il lotto, mentre gli altri elementi inseriti nell'allegato A) al disciplinare di gara vengono scelti discrezionalmente e formano oggetto di valutazione di qualità.

Pertanto, appare corretta sul punto la decisione impugnata.

1.2 . – Alla luce del carattere meramente esemplificativo dell'elenco allegato, per cui era possibile inserire in offerta anche solo una parte delle componenti aggiuntive, come pure ulteriori componenti aggiuntive non contemplate, risulta infondata la censura per cui l'offerta di Smith & Nephew si configurerebbe come offerta alternativa, non consentita dalla disciplina di gara e vietata dall'art. 11, comma 6, del D.gs 163/2006, in quanto offerti quattro diversi modelli di una delle componenti protesiche complementari (stelo cementato con caratteristiche e prezzi diversi).

1.3. – Con altro motivo, Zimmer aveva censurato come illogiche, immotivate e palesemente incongrue le valutazioni tecniche delle offerte medesime.

La sentenza ha ritenuto che si tratta di censure inammissibili, perché investono il merito delle valutazioni effettuate dalla Commissione tecnica

e risultano basate su affermazioni prive di supporto probatorio.

L'appellante contesta la decisione perché, secondo la giurisprudenza più recente, deve essere giudicata l'attendibilità della valutazione frutto di discrezionalità tecnica e, comunque, contraddittoriamente, il TAR avrebbe esaminato, invece, la censura concernente le "referenze di impiego".

In realtà, il giudizio di attendibilità sull'apprezzamento tecnico-discrezionale espresso dalla Commissione è, comunque, un giudizio sulla logicità e sui presupposti e non un giudizio analitico e tecnico, perché si avrebbe altrimenti la sostituzione del giudice alla Commissione.

Da questo punto di vista, va osservato che non sembra inattendibile la valutazione compiuta dalla Commissione, atteso che il punteggio per le svariate caratteristiche che l'appellante contesta esprime, comunque, un giudizio di superiorità dell'offerta di Zimmer rispetto all'offerta dell'aggiudicataria.

Per quanto concerne le "referenze di impiego", vanno condivise le argomentazioni svolte dal primo giudice, il quale ha affermato che le due ditte prime classificate hanno prodotto le dichiarazioni relative ai centri di rilevanza nazionale e internazionale dove vengono utilizzati i prodotti.

Va aggiunto che il disciplinare di gara (pag. 6, lett. f) prevedeva che questo criterio di giudizio doveva basarsi su "letteratura nazionale e internazionale, pubblicazioni, presentazioni effettuate da utilizzatori dei prodotti, centri di rilevanza nazionale e internazionale", ma non necessariamente su tutte tali fonti di valutazione; irrilevante, pertanto, è l'ulteriore rilievo dell'appellante concernente le pubblicazioni internazionali, invocate da controparte, relative allo stelo CLS offerto da

Zimmer.

1.4 - Considerata l'infondatezza delle censure relative all'offerta dell'aggiudicataria, si possono dichiarare assorbiti, per difetto di interesse, i motivi di contestazione concernenti l'offerta della seconda classificata.

2. Con riguardo al lotto n.12, l'appellante sostiene che le valutazioni tecniche delle offerte sarebbero illogiche, immotivate ed incongrue, evidenziando alcuni aspetti per i quali la qualità del proprio prodotto sarebbe superiore.

Contesta la decisione che avrebbe ritenuto erroneamente inammissibili le censure avverso gli apprezzamenti di merito espressi dalla Commissione tecnica.

Osserva il Collegio che l'offerta di Zimmer ha conseguito un punteggio per la valutazione tecnica superiore rispetto a Biomet (68,25 punti, a fronte di punti 67,32 attribuiti a Biomet).

In ogni caso, anche a voler considerare fondate le censure di merito concernenti la qualità dei prodotti e modificabile il punteggio a favore di Zimmer, la Biomet rimarrebbe, comunque, aggiudicataria del lotto, in quanto il divario del punteggio attribuito per il prezzo è così notevole da non lasciare ipotizzare un diverso esito della gara (dal verbale del 5 aprile 2012 risulta che a Zimmer sono stati assegnati 2,47 punti su 30 disponibili, mentre a Biomet 27,33 e a Johnson & Johnson 30).

3. - Per il lotto n. 27, l'appellante rileva che il TAR avrebbe frainteso la censura di non idoneità del prodotto offerto dall'aggiudicataria Johnson & Johnson, che presenterebbe una difformità essenziale rispetto a quanto richiesto dal capitolato (rivestimento in idrossiapatite (HA), e pur tuttavia è stato ammesso, mentre nel caso dei lotti n. 2 e n. 4 i prodotti con lo

stesso rivestimento erano stati non ritenuti idonei).

La questione dell'ammissibilità del prodotto va, comunque, risolta alla luce del capitolato che descrive le specifiche tecniche dei prodotti oggetto di affidamento e con riferimento al lotto in questione richiede "cotile press-fit monoblocco per accoppiamento ceramica delta-ceramica delta", senza specificare una particolare tipologia di rivestimento.

Convince l'argomentazione della controinteressata, la quale rileva come per i lotti nn. 2 e 4 le caratteristiche minime del prodotto richieste dal Capitolato fossero diverse, così da giustificare il diverso giudizio della Commissione (si richiedeva "la porosità" del dispositivo protesico, assicurata solitamente dal rivestimento in microstruttura metallica - quasi sempre titanio- che non è compatibile con il rivestimento in idrossiapatite, che è un composto minerale).

Per il lotto 27, la mancata indicazione nel capitolato di una tipologia di rivestimento consentiva alle concorrenti di offrire prodotti rivestiti in titanio o idrossiapatite.

Sicché è corretta la conclusione del primo giudice di infondatezza della censura, sulla scorta delle diverse prescrizioni del capitolato per i lotti messi a confronto.

3.1. - Infondata è, poi, la censura con cui l'appellante denuncia la non attribuzione di importanza alla segnalazione con cui Johnson & Jhonson portava a conoscenza la stazione appaltante del verificarsi di incidenti durante l'impianto della protesi.

La sentenza avrebbe ricostruito i fatti in modo non veritiero, interpretando l'avviso come un richiamo al rispetto delle modalità di impianto del prodotto contenute nel foglio illustrativo. L'appellante

segnala che trattasi di un difetto del prodotto, per cui il chirurgo è chiamato ad accorgimenti particolari.

Al riguardo, l'avviso non sembra segnalare una difettosità del prodotto, tanto che non è stato interessato né da ritiro o modifica o sostituzione, ma si tratta di una raccomandazione ad attenersi alle istruzioni d'uso del dispositivo, già allegate, circostanza non idonea ad incidere sulla qualità del prodotto, che non imponeva una rivalutazione dello stesso, come ritenuto correttamente dal TAR.

4. - Col secondo motivo di appello vengono riproposti i vizi della procedura sollevati in via subordinata.

Si affermava il contrasto del disciplinare con l'art. 83, comma 5, del D.Lgs 163/2006, che prevede che venga attribuito un punteggio ad ogni elemento dell'offerta e non solo a una sua parte, nonché con l'art. 2 dello stesso D.Lgs..

Il disciplinare prevede che debba tenersi conto soltanto del prezzo delle componenti protesiche che identificano ciascun lotto, mentre non è previsto che siano presi in considerazione i prezzi di tutte le componenti protesiche complementari, e di quelle che l'appellante asserisce “necessarie” a completare l'impianto, inserite nell'allegato.

L'appellante ritiene che la sentenza erra nel ritenere che sono assicurate “modalità di confronto sufficientemente omogenee tra i concorrenti”. Sostiene che, visto il punteggio attribuibile al parametro “qualità”, e la soglia di sbarramento (solo i prodotti con punteggio pari o superiore a 40 sarebbero stati ammessi a valutazione economica), il meccanismo di riparametrazione previsto dall'art. 5 del disciplinare di gara avrebbe stravolto l'esito: la qualità ha finito per essere valutata con un “range” di

solì trenta punti (invece dei settanta previsti) ed è venuta ad assumere il medesimo “peso” dell’elemento prezzo. Anche la mancata esclusione di alcune imprese ha falsato il giudizio sull’offerta economica, che si basava su una formula che favoriva le offerte inferiori alla media delle offerte presentate. A ciò si aggiunga che le formule matematiche per l’attribuzione dei punteggi erano tali da comportare una forte differenza di punteggio anche a fronte di piccole differenze di prezzo. L’effetto sarebbe stato che in molti lotti il prodotto che ha ottenuto il miglior punteggio tecnico non è poi risultato aggiudicatario e in generale il vincitore è stato determinato da un minor costo del prodotto, spesso nell’ordine di poche decine di euro.

Lamenta l’appellante che la sentenza ha rigettato la censura, ma senza affrontare le questioni illustrate.

In realtà, la sentenza è esente dalle critiche prospettate avendo rilevato il carattere discrezionale della scelta effettuata dalla stazione appaltante di dare prevalenza alle principali componenti dell’impianto protesico (cotile e stelo), logicamente giustificandola con la finalità di assicurare ai chirurghi un più ampio ventaglio di combinazioni possibili; e avendo attribuito i punteggi in modo conforme alle norme che disciplinano la materia.

La stazione appaltante, infatti, al fine di attribuire il punteggio a ciascun elemento dell’offerta (qualità e prezzo) ha utilizzato una delle metodologie stabilite dal DPR n. 207 del 2010, recante “regolamento di attuazione ed esecuzione del codice dei contratti pubblici” e, precisamente, il metodo aggregativo-compensatore, previsto al punto II) dell’allegato P) al Regolamento.

L'art. 83, comma 5, è finalizzato a consentire la scelta dell'offerta che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo; nel caso del metodo aggregativo-compensatore si opera la valutazione comparativa di più fattori previamente individuati dalla stazione appaltante, che il bando deve indicare, unitamente al corrispettivo peso attribuito a ciascuno.

La scelta di tale peso è rimessa alla stazione appaltante, in relazione alle peculiarità dell'appalto, in relazione all'importanza che rivestono i singoli elementi qualitativi ed il prezzo.

Unico vincolo che discende dalla norma è che siano oggetto di valutazione sia gli aspetti qualitativi, che quello economico.

Tale sistema è stato rispettato.

5. - La sentenza appellata ha considerato inammissibile, perché proposta tardivamente, la censura formulata coi motivi aggiunti notificati il 28 giugno 2012.

La delibera di Giunta n.138/2011, con cui la Regione Toscana aveva dato incarico ad ESTAV Nord Ovest della gestione della procedura di acquisizione delle protesi, approvando le specifiche "linee di indirizzo", di cui si deduce la violazione per la mancata previsione negli atti di gara di punteggio per il servizio di "assistenza", era nota alla società appellante fin dalla presentazione del ricorso.

Zimmer afferma di aver avuto, però, piena conoscenza della delibera solo a fine luglio, successivamente alla notifica del ricorso introduttivo e che da tale momento decorreva il termine per l'impugnazione con motivi aggiunti.

Invero, appare corretta la decisione del primo giudice.

Ai fini del giudizio di ricevibilità del ricorso, ai sensi del disposto

normativo di cui all'art. 21, l. n. 1034 de 1971, oggi trasfuso nell'art. 41 c.p.a., la piena conoscenza dell'atto censurato si concretizza con la cognizione degli elementi essenziali, quale l'autorità emanante, l'oggetto, il contenuto dispositivo e il suo effetto lesivo, perché tali elementi sono sufficienti a rendere l'interessato consapevole dell'incidenza dell'atto nella sua sfera giuridica.

Al momento della proposizione del ricorso introduttivo, la delibera della Giunta era nota nei suoi estremi essenziali, che ne avrebbero reso agevolmente conoscibile il contenuto e la portata lesiva con la necessaria diligenza, in quanto richiamata nel capitolato di fornitura (pag. 1, “oggetto del contratto”).

L'atto andava in ogni caso impugnato immediatamente, salva la possibilità di proporre motivi aggiunti ove dalla conoscenza integrale fossero emersi successivamente ulteriori profili di illegittimità (Consiglio di Stato, sez. III, 28 novembre 2013, n. 5698)

Pertanto, il motivo va rigettato.

6.- Conclusivamente, l'appello va respinto.

7.- Le spese di giudizio possono compensarsi tra le parti in considerazione delle questioni trattate.

P.Q.M.

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

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

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/01/2014

IL SEGRETARIO

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