

Publicato il 30/07/2019

N. 10081/2019 REG.PROV.COLL.
N. 05117/2019 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 il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5117 del 2019, proposto da Stryker Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Lucioni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Locale Roma 1, in persona del legale rappresentante p.t., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Andrea Mollo, Gloria Di Gregorio, Alessia Alesii dell'Ufficio Legale dell'Ente presso il quale, in Roma Borgo S. Spirito n. 3, è elettivamente domiciliata;

nei confronti

Zimmer Biomet S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Rocco Mangia, Stefano Quadrio, Gabriele Pafundi, con domicilio digitale come da PEC da

Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare n. 14;

Per l'annullamento

- della Deliberazione del Direttore Generale n. 264 del 20.3.2019 con la quale la ASL Roma 1 ha comunicato l'aggiudicazione della procedura aperta *ex art.* 60 del d.lgs. 50/2016, finalizzata all'affidamento della fornitura “*in service [...] di manipoli motorizzati a batteria per chirurgia ortopedica e traumatologia*”, alla ditta Zimmer Biomet Italia S.r.l.;
- del verbale della seduta riservata n. 6 del 6.2.2019 (conosciuto dalla ricorrente in data 20.3.2019 unitamente al provvedimento di aggiudicazione) nella parte in cui l'offerta di Zimmer non è stata esclusa dalla gara;
- di ogni eventuale ulteriore atto e provvedimento dell'istruttoria condotta dalla Stazione Appaltante per la verifica delle offerte economiche formulate dagli operatori economici, ancorché non conosciuti dalla ricorrente;
- per quanto occorrer possa, del Bando di gara, del disciplinare di gara e/o del capitolato e/o ogni altro documento di gara, nello specifico del disciplinare di gara laddove preveda la possibilità di presentare un'offerta economica pari a “0” (“zero”);
- di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, consequenziale e/o comunque connesso;

Nonché per l'accertamento e la declaratoria

del diritto della ricorrente ad ottenere, anche a titolo di risarcimento in forma specifica, l'aggiudicazione definitiva del lotto in questione, nonché la stipula del contratto, e, in subordine, laddove non fosse possibile il risarcimento in forma specifica, dei criteri in base ai quali

la S.A. dovrà formulare il pagamento comprendente il lucro cessante che la ricorrente avrebbe ottenuto se non fosse stata annullata l'aggiudicazione, da liquidarsi in via equitativa ex art. 1226 c.c., maggiorata di interessi e rivalutazione economica fino al totale soddisfo;

Nonché per la declaratoria di inefficacia

del contratto d'appalto relativo al lotto unico, nella denegata ipotesi in cui, nelle more della presente impugnazione, sia stato sottoscritto (non conosciuto);

E per il subentro

di Stryker Italia S.r.l. nell'aggiudicazione e nel contratto d'appalto riferito al lotto unico, ai sensi degli artt. 122 e 124 c.p.a.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale Roma 1 e di Zimmer Biomet S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 luglio 2019 la dott.ssa Emanuela Traina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente ha preso parte alla procedura aperta finalizzata all'affidamento della fornitura “*in service [...] di manipoli motorizzati a batteria per chirurgia ortopedica e traumatologia*”, lotto unico, con validità triennale, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, bandita dall'ASL Roma 1 con delibera a contrarre n. 920 del 13.9.2018.

1.2. L'offerta tecnica della ricorrente ha ottenuto il miglior punteggio (64,48 punti fronte dei 49,40 punti attribuiti all'offerta della controinteressata); tuttavia, nella graduatoria finale, quest'ultima ha ottenuto un punteggio complessivamente più alto, così aggiudicandosi la gara, in forza del ribasso proposto sull'offerta economica.

1.3. Con l'odierno ricorso Stryker Italia S.r.l. impugna, pertanto, l'aggiudicazione disposta in favore della Zimmer Biomet S.r.l. deducendo avverso la stessa, nonché avverso gli atti ad essa presupposti, sei motivi di gravame con i quali contesta svariati profili di violazione di legge ed eccesso di potere - tutti fondati sul fatto che una delle voci costituenti l'offerta economica è stata indicata in misura pari a zero, in violazione della *lex specialis* di gara e dei generali principi in materia di gare pubbliche - chiedendone l'annullamento, con tutte le conseguenziali pronunce.

2. Si sono costituite in giudizio sia l'Azienda resistente che la società controinteressata le quali hanno dettagliatamente controdedotto ai motivi di ricorso, chiedendone la reiezione.

3. Con ordinanza n. 3210 del 31 maggio 2019 il Collegio ha respinto l'istanza cautelare e fissato, per la discussione del ricorso, l'udienza pubblica del 15 luglio 2019, alla quale lo stesso è stato trattenuto in decisione.

4. Con i primi cinque motivi di ricorso, che vanno trattati congiuntamente in quanto vertenti su questioni strettamente connesse, parte ricorrente lamenta che:

- il disciplinare di gara suddivide l'offerta economica in due voci distinte: la prima relativa al "Manipoli/Sega/Caricabatteria" (Val. 1) e

la seconda relativa alle “Lame” (Val. 2), la cui sommatoria determina l’individuazione del “Valore complessivo” dell’offerta stessa;

- l’art. 17 dello stesso atto, “*Offerta Economica*”, prevede inoltre che l’offerta economica debba essere predisposta preferibilmente secondo il modello “Allegato 2”, il quale contempla la descritta suddivisione in voci, disponendo, in particolare, che “*non saranno ammesse offerte pari a 0 (zero)*”;

- Zimmer Biomet S.r.l. ha presentato un’offerta economica così suddivisa: “*Val 1, € 99.510,00 – Val 2, € 0 (sc. merce) – TOT 99.510,00*” che deve ritenersi illegittima in quanto pari a zero relativamente al valore 2;

- la stazione appaltante, anziché procedere alla doverosa esclusione di tale offerta ed aggiudicare l’appalto alla ricorrente (la cui offerta economica era così esposta: “*Val 1, € 57.600,00 – Val 2, € 232,500,00 – TOT 290.100,00*”), l’ha ritenuta valida così, sostanzialmente, modificando il bando di gara, nelle descritte previsioni, e ciò in violazione sia della *par condicio* che dei principi in materia di motivazione del provvedimento e partecipazione al procedimento.

4.1. I descritti motivi di censura, nel loro complesso considerati, non possono essere condivisi.

Ritiene infatti il Collegio che, come eccepito dalla difesa sia della stazione appaltante che della controinteressata, il tenore testuale della *lex specialis* di gara non preveda l’asserita suddivisione dell’offerta economica in due parti nettamente distinte.

4.2. L’art. 17 del disciplinare di gara afferma, infatti, che:

- l’offerta economica deve essere “*preferibilmente*” predisposta secondo il modello A2 (il quale, come detto, reca la suddivisione della stessa

in due valori posta da parte ricorrente a fondamento delle proprie doglianze);

- il punteggio economico verrà attribuito *“sulla base del valore complessivo dell’offerta riportato nell’Allegato 2 Schema Offerta Economica”*;
- *“i quantitativi indicati nell’Allegato 2 hanno valore puramente indicativo e concorrono unicamente alla determinazione del Valore complessivo dell’offerta”*.

4.2.1. Inoltre, come emerge dal Capitolato Tecnico, l'appalto ha ad oggetto la *“Fornitura, in “service”, di manipoli motorizzati a batteria per Chirurgia Ortopedica e traumatologia minore”*, consistente nel *“noleggiorapparecchiature, servizio di assistenza e manutenzione e somministrazione consumabili”*.

Più precisamente, l'aggiudicatario deve fornire (cfr. art. 2 *“descrizione e caratteristiche tecniche”*):

- 7 manipoli rotanti per Chirurgia Ortopedica;
- 7 manipoli *“sega sagittale”* per Chirurgia Ortopedica;
- 4 manipoli *“sega coltellare”* per Chirurgia Ortopedica;
- 2 sega precision a batteria per lama a stelo fisso con sola punta mobile;
- sistemi di alimentazione con relativi caricabatterie;
- *“materiale di consumo”*, così descritto:
 - lame sagittali per grandi ossa (spessore circa 1,27 mm): 600 unità/anno, per un totale di 1200 unità;
 - lame coltellari per grandi ossa: 900unità/anno, per un totale di 1.800 unità;
 - lame sagittali di precisione con stelo fisso e resettore a sola punta mobile: 150 unità/anno, per un totale di 300 unità;
 - lame sagittali piccole (spessore circa 0,64 mm): 100 unità/anno, per un totale di 200 unità.

4.2.2. L'allegato 2, recante lo schema di offerta economica, è dunque formulato in modo da evidenziare nel "valore" 1 le quantità ed i prezzi della prima parte della fornitura (cioè i manipoli ed i relativi sistemi di alimentazione) e nel valore 2 gli stessi elementi della seconda parte (le lame).

Ne consegue che lo schema in questione, come detto nemmeno di obbligatorio utilizzo da parte dei concorrenti, non può che essere considerato, come chiaramente precisato dal disciplinare, quale un mero modulo esplicativo delle quantità dei prodotti offerti e dei relativi costi, ma certamente non anche una suddivisione dell'offerta economica; quest'ultima è infatti letteralmente individuata in termini unitari, risultanti dalla somma dei due citati valori.

4.3. Deve, pertanto, ritenersi che lo stesso disciplinare di gara, nell'affermare che non sono ammesse offerte pari a zero, alluda con evidenza all'ipotesi di un'offerta complessivamente priva di utile, e non anche a quella che, ancorché composta da più sottovoci una delle quali risulti tale, esponga, come quella proposta dalla controinteressata, un valore economico.

4.3.1. Ciò in quanto la *ratio* del divieto posto dalla *lex specialis*, per quanto costantemente affermato dalla giurisprudenza, deve essere individuata o nella inattendibilità di una offerta che non preveda alcun utile per l'operatore economico (TAR Lazio sez. III, 30 giugno 2015, n.8744) ovvero nella impossibilità di applicare la formula matematica eventualmente prevista (Consiglio di Stato sez. III, 1 aprile 2016, n. 1307).

4.3.2. Ha, inoltre, condivisibilmente affermato sul punto il TAR Trentino-Alto Adige - Bolzano, sez. I, 10 giugno 2015, n.186, in un caso del tutto sovrapponibile a quello in esame, che: "*in un appalto di*

*fornitura, non può inferirsi dal prezzo zero indicato per una o alcune voci dell'intera offerta economica, in via assoluta e generale, che la medesima sia per ciò stesso da considerare gratuita e dunque inammissibile perché lesiva del principio di onerosità e comunque inaffidabile. Il problema dell'ammissibilità di un'offerta economica pari a zero per una o alcune delle voci che la compongono va esaminato alla luce delle sue implicazioni nel caso concreto, dovendosi verificare, di volta in volta, se essa sia compatibile con la struttura impressa alla specifica gara dalla sua *lex specialis*, consentendo in particolare l'operatività della formula matematica per l'attribuzione del punteggio ivi prevista, se essa sia rispettosa della par condicio dei concorrenti non alterando la competizione tra i medesimi con artificiose manipolazioni dei valori di prezzo, idonee a influire in modo deteriore sulla valutazione delle offerte avversarie e, ancora, se essa sia da considerarsi affidabile perché nel complesso vantaggiosa per il concorrente e dunque congrua rispetto ai prezzi di mercato.”*

4.4. Nel caso di specie, alla luce del tenore letterale della *lex specialis*, risulta con chiarezza che quella per la quale l'aggiudicataria ha indicato come prezzo “zero” sia solo una specificazione esplicativa di una parte dell'offerta economica la quale, dovendosi leggere nel complesso delle voci da cui è composta, va considerata esclusivamente nel suo valore globale, così come la stazione appaltante ha correttamente ritenuto.

La stessa peraltro, oltre a consentire incontestatamente l'applicazione della formula matematica per l'attribuzione del punteggio, non è neppure risultata oggetto della verifica di congruità prescritta dall'art. 97 comma 3 d.lgs. 50/2016, così che risultano fugati eventuali dubbi circa la relativa affidabilità.

4.5. Di conseguenza, nemmeno può ritenersi che la stazione appaltante abbia modificato o integrato, sul punto, gli atti di gara,

essendosi piuttosto limitata a fare applicazione degli stessi secondo il loro chiaro tenore letterale.

5. Da tali considerazioni emerge, pertanto ed in conclusione, anche l'infondatezza del sesto motivo, con il quale la ricorrente lamenta violazione degli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* della L. 241/90 nonché del principio di legalità, oltre a svariati profili di eccesso di potere, non potendosi ravvisare nell'operato della stazione appaltante alcuna manifestazione del potere di autotutela con riferimento agli atti di gara.

6. La rilevata infondatezza dei motivi di ricorso impone la reiezione di quest'ultimo con riferimento ad ogni domanda con lo stesso veicolata, presupponendo, peraltro, l'istanza di subentro nell'aggiudicazione formulata dalla ricorrente l'accoglimento di quella annullatoria.

7. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio in favore dell'Azienda Sanitaria Locale Roma 1 e di Zimmer Biomet S.r.l., liquidate nella somma di € 1.500,00 (millecinquecento/00) oltre accessori di legge in favore di ciascuna di esse.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Savoia, Presidente

Massimo Santini, Consigliere

Emanuela Traina, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Emanuela Traina

IL PRESIDENTE
Riccardo Savoia

IL SEGRETARIO