

N. 00163/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00635/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 635 del 2015, proposto da:
Limacorporate S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Fruttarolo C.F. FRTSFN64B18L483G, Alberto Cappelletti C.F. CPPLRT79H08L483C, Doris Chiavon C.F. CHVDRS66D53L483W, Sergio Coccia C.F. CCCSRG70S24F935W, con domicilio eletto presso Sergio Coccia in Perugia, via Cacciatori Dele Alpi, 28;

contro

Azienda Ospedaliera Santa Maria Terni, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Rossi C.F. RSSPLA64C31C990N, con domicilio eletto presso il suo studio in Perugia, via Dottori, 85;

nei confronti di

Smith & Nephew S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Giorgio Calesella C.F. CLSGRG55H04F205L, Claudia Cipriano C.F. CPRCLD75D68F839J, Lietta Calzoni C.F. CLZLTT56S67G478W,

con domicilio eletto presso Lietta Calzoni in Perugia, via Bonazzi, 9;
Zimmer S.r.l. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- della Deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera Santa Maria di Terni N. 511 del 16.07.2015, comunicata a mezzo raccomandata a.r. ai sensi dell'art. 79, comma 5bis D. Lgs. 12/4/2006, n. 163 d.d. 21.07.2015, prot. n. 0021572 del 21.07.2015, ricevuta in data 28.07.2015 (ed il cui mero invio è stato anticipato con comunicazione telefax d.d. 21.07.2015, Prot. n. 0021644 del 21.07.2015), con la quale la Azienda Ospedaliera Santa Maria di Terni, ha approvato gli atti di gara relativi alla procedura aperta per l'affidamento della fornitura di protesi ortopediche occorrente alle Aziende Sanitarie territoriali e Ospedaliere della Regione Umbria per un periodo di 36 mesi (con possibilità di rinnovo per ulteriori 24 mesi), ed ha disposto l'aggiudicazione definitiva dell'appalto relativo all'affidamento medesimo (limitatamente al lotto n. 10);
- di ogni altro atto, anche non noto, presupposto, conseguente o comunque connesso a quello sopra indicato, ivi inclusi il bando di gara, il disciplinare di gara, il capitolato speciale di appalto, i verbali tutti della procedura, compresi quelli dei lavori della Commissione giudicatrice e gli atti del R.U.P.;
- nonché per la condanna della Azienda Ospedaliera Santa Maria di Terni, ai sensi e per gli effetti delle disposizioni di cui agli artt. 30 e 119 e ss. C.P.A. (245, 245bis, ter, quater e quinquies del D. Lgs. 12/4/2006, n. 163), previa dichiarazione di inefficacia e/o caducazione del contratto eventualmente concluso nel frattempo fra la stessa e la controinteressata Smith & Nephew s.r.l. (ovvero, in subordine, Zimmer s.r.l.) a:
1) aggiudicare alla società ricorrente l'appalto relativo al lotto n. 10, da valere quale reintegrazione in forma specifica del danno subito; 2) in subordine, nell'ipotesi in cui risulti impossibile la reintegrazione in forma specifica, al risarcimento del danno subito, conseguente alla illegittimità degli atti impugnati e dell'iter seguito dall'Ente

pubblico nella procedura per la quale è causa, nella misura che risulterà di giustizia, maggiorata di rivalutazione monetaria ed interessi sulla soma rivalutata fino al giorno del saldo effettivo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Santa Maria Terni e di Smith & Nephew S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2015 il dott. Cesare Lamberti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Limacorporate ha partecipato alla gara indetta con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 24/9/2014 dall'Azienda ospedaliera Santa Maria di Terni nella sua qualità di stazione appaltante committente, per l'affidamento di protesi ortopediche occorrenti alle aziende ospedaliere di Perugia Terni e alle AslUmbria 1 e AslUmbria 2 per un periodo di 36 mesi.

2.1. La procedura di gara è stata configurata come aperta ex art. 54, d.lgs. n. 163/2006, con aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa in base ai criteri indicati dalla documentazione di gara.

2.2. La gara è stata suddivisa in 41 lotti.

2.3. Il lotto n. 10, oggetto del presente giudizio (suddiviso nei sottolotti 10a e 10b che differiscono unicamente per il materiale di realizzazione della testina della protesi, ossia cromo cobalto per il sottolotto 10a e ceramico per il sottolotto 10b) presenta le seguenti caratteristiche:

- a) CND; componenti femorali per protesi d'anca;
- b) dispositivo medico: componente femorale per anca displasica;
- c) caratteristiche tecniche: con fittone diafisario conico per adattarsi alle varie situazioni, con alette, parte prossimale orientabile in senso di ante-retroversione, di varie misure con almeno due inclinazioni del collo, testine di varie misure in cromo-cobalto (lotto 10a) o ceramica (lotto 10b).

Impianto tipo: n.stelo+1 testina;

- d) importo totale dell'appalto stimato base d'asta: euro 171.765,00+ Iva (oltre a euro 114.510,00+ Iva per eventuale conferma del contratto per ulteriori 24 mesi).

3. Con specifico riferimento al lotto numero 10, hanno partecipato fra le altre le seguenti società: a) Limacorporate, odierna ricorrente; b) Smith Nephew, odierna controinteressata; c) Zimmer Srl, odierna controinteressata.

3.1. E' altresì specificato che la protesi d'anca si compone normalmente di tre elementi (coppa acetabolare - testa - stelo) e che lo stelo può essere di due tipi non modulare o monoblocco quando è costituito da un pezzo unico e modulare quando è costituito da due componenti ossia (i) il fittone diafisario (ii) la parte prossimale ossia la componente obliqua rispetto al fittone diafisario che viene fissato ad esso secondo più possibili soluzioni destinata a ospitare la testina.

3.2. La descrizione delle caratteristiche tecniche del lotto numero 10, se da un lato prevede "n. stelo + 1 testina" dall'altro prevede l'indicazione separata di "fittone diafisario" e "parte prossimale".

3.2.1. Pertanto, se la prima indicazione sembra riferirsi genericamente allo stelo, come componente unitaria, la seconda invece è inequivocabilmente riferita a uno stelo modulare nel quale si distinguono una componente fittone diafisario e una parte prossimale: oltretutto l'indicazione della stazione appaltante precisa che la parte prossimale deve essere orientabile in senso di ante retroversione e deve possedere varie misure e con almeno due inclinazioni del collo.

3.3. Stante l'apparente incertezza dell'indicazione, l'odierna ricorrente ha richiesto alla stazione appaltante un chiarimento in ordine al tipo di stelo oggetto di gara (modulare o monoblocco), ricevendo il 6/11/2014 espressa conferma della modularità dello stelo richiesto.

3.3.1. In particolare si riporta il contenuto del chiarimento:

domanda n. 9 - lotto numero 10: componente femorale per anca displasica (testina in cromo-cobalto / ceramica)-l'impianto tipo prevede stelo più testina da precisare che si intende stelo non modulare, composto cioè da due componenti fittone diafisario + parte prossimale indicate nelle caratteristiche tecniche. Risposta: si conferma”

3.4. La ricorrente ha inoltrato la propria offerta conformemente al chiarimento prevedendo, tanto con riferimento al lotto n. 10a, quanto con riferimento al lotto n. 10b, la fornitura di steli modulari.

3.4.1. Il costo dei due diversi tipi di stelo (quello monoblocco è quello modulare) è sensibilmente diverso essendo lo stelo modulare più costoso a causa delle due componenti separate permettendo, però, soluzioni chirurgiche più agevoli con maggiore versatilità nella scelta delle soluzioni dimensionali e di inclinazione.

4. La Commissione di gara ha attribuito i punteggi sotto il profilo della qualità delle offerte tecniche ricevute e riservandosi di provvedere d'ufficio in merito alle offerte economiche ha rinviato ad una successiva seduta pubblica la comunicazione degli esiti.

4.1. Dall'esame della tabella “A” allegata al verbale della seduta di gara del 7/5/2015 risulta che, relativamente al lotto n. 10, tanto la ricorrente Limacorporate quanto le contro interessate Smith Nephew e Zimmer Srl, hanno ricevuto l'uguale punteggio di 60,0000.

4.2. La ricorrente ha espressamente richiesto di valutare la modularità del prodotto offerto dalle altre ditte partecipanti alle luci del chiarimento ricevuto: Smith &

Nephew Srl e Zimmer Srl avevano infatti presentato una soluzione con stelo monoblocco.

4.3. L'azienda ospedaliera non ha dato alcuna risposta e, con la delibera impugnata ha aggiudicato il lotto n. 10 a Smith & Nephew Srl. e ha classificato l'offerta della ricorrente Limacorporate al terzo posto dietro quella di Zimmer Srl.

4.4. La società aggiudicataria ha partecipato al lotto n. 10 con prodotti aventi i seguenti codici CND (Classificazione Nazionale dei Dispositivi medici): a) P 090804010201 per il lotto 10a; b) P 090804010201 per il lotto 10b: pertanto il prodotto offerto corrisponde alla descrizione "steli femorali non cementati per impianto primario non modulari retti".

5. L'aggiudicazione e gli atti di gara sono impugnati per i seguenti motivi:

5.1. Violazione di legge e della lex specialis di gara: il prodotto offerto dalle società contro interessate (prima e seconda classificata) consiste in uno stelo monoblocco che non risponde alle prescrizioni tecniche richieste costituita da uno stelo modulare;

5.2. Eccesso di potere irragionevolezza: al prodotto offerto da tutte le partecipanti alla gara è stato attribuito il punteggio di 60 palesemente irragionevole rispetto la diversa qualità dei prodotti;

5.3. Eccesso di potere per disparità di trattamento: la disponibilità di una protesi con stelo modulare consente di potersi giovare di uno strumento di maggiore adattabilità rispetto allo stelo monoblocco.

6. Nel giudizio si sono costituite l'aggiudicataria Smith & Nephew Srl che ha dedotto la piena conformità del prodotto offerto alle richieste della stazione appaltante, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso e ne ha richiesto il rigetto.

6.1. Si è altresì costituita l'azienda ospedaliera Santa Maria di Terni, richiedendo il rigetto del ricorso e della domanda cautelare.

6.2. Nel prosieguo ha presentato documenti l'odierna ricorrente Limacorporate che ha anche prodotto memoria difensiva.

6.3. Anche l'azienda ospedaliera Santa Maria interne rappresentano memorie discussione.

7. La causa viene in decisione all'udienza del 21 ottobre 2015.

DIRITTO

1. E' impugnata la delibera del direttore generale dell'azienda ospedaliera Santa Maria di Terni n. 511 del 16/7/2015, di approvazione degli atti di gara relativi alla procedura aperta per l'affidamento della fornitura di protesi ortopediche occorrenti alle aziende sanitarie territoriali e ospedaliere della regione Umbria per un periodo di 36 mesi (salvo rinnovo per ulteriori 24 mesi) e di aggiudicazione definitiva dell'appalto relativo all'affidamento (limitatamente al lotto numero 10).

1.1. In aggiunta all'annullamento dell'approvazione degli atti di gara, la ricorrente chiede la condanna dell'azienda ospedaliera Santa Maria di Terni, previa dichiarazione di inefficacia e / o caducazione del contratto eventualmente concluso fra l'aggiudicataria dell'azienda ospedaliera: a) aggiudicare alla società Limacorporate Srl l'appalto relativo al lotto n. 10, da valere quale reintegrazione in forma specifica del danno subito; b) in subordine nell'ipotesi in cui risulti impossibile reintegrazione in forma specifica al risarcimento del danno subito conseguente alla illegittimità degli atti impugnati, nella misura in cui risulterà di giustizia maggiorata di rivalutazione monetaria ed interessi sulla somma rivalutata sino al giorno del saldo effettivo.

1.2. Limacorporate ha partecipato alla gara indetta dall'Azienda ospedaliera Santa Maria di Terni nella qualità di stazione appaltante committente, per l'affidamento di protesi ortopediche occorrenti alle aziende ospedaliere di Perugia Terni e alle AslUmbria 1 e AslUmbria 2: la procedura di gara è stata configurata come aperta ex art. 54, d.lgs. n. 163/2006, con aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa in base ai criteri indicati dalla documentazione di gara.

1.3. In particolare è materia del contendere il lotto n. 10, suddiviso nei sottolotti 10a e 10b differenziati per il materiale di realizzazione della testina, ossia cromo cobalto per il sottolotto 10a e ceramico per il sottolotto 10b.

1.4. Per il lotto numero 10, oltre a Limacorporate, odierna ricorrente, hanno partecipato la Smith & Nephew Srl e Zimmer Srl, rispettivamente odierna aggiudicataria e controinteressata.

2. Normalmente la protesi d'anca si compone di tre elementi (coppa acetabolare - testa - stelo) e lo stelo può essere di due tipi: (i) non modulare o monoblocco quando è costituito da un pezzo unico; (ii) modulare quando è costituito da due componenti, il fittone diafisario e la parte prossimale (ossia la componente obliqua rispetto al fittone diafisario che viene fissato ad esso secondo più possibili soluzioni destinata a ospitare la testina).

2. In relazione al lotto 10, nell'allegato "A" al capitolato di appalto, si prevede espressamente per i sottolotti (a) e (b): "con fittone diafisario conico per adattarsi alle varie situazioni, con alette, parte prossimale orientabile in senso di antero-roversione, di varie misure con almeno due inclinazioni del collo, testine di varie misure in cromo-cobalto (lotto 10a) o ceramica (lotto 10b). Impianto tipo ... composto da n. stelo + 1 testina".

2.1. Alla richiesta di chiarimenti alla stazione appaltante con il seguente quesito "domanda n. 9 - lotto 10 componente femorale per anca displasica (testina in cromo-cobalto ceramica) l'impianto tipo prevede stelo + testina, da precisare che si intende stelo modulare, composto cioè da due componenti fittone diafisario + parte prossimale indicate nelle caratteristiche tecniche", la risposta del RUP è stata la seguente: ... Si conferma

2.2. Dalla risposta fornita, la ricorrente Limacorporate desume lo sviamento nell'aggiudicazione della fornitura a Smith & Nephew Srl da parte dell'azienda sanitaria nonostante il prodotto offerto da quest'ultima, protesi d'anca con stelo non

modulare o monoblocco sia meno duttile di quello modulare, offerto dalla ricorrente che ha ciononostante conseguito soltanto il terzo posto dopo l'altra partecipante, Zimmer Srl, che aveva offerto anch'essa una protesi con stelo non modulare.

3. La censura va però respinta perché infondata sotto tutti e tre i profili dedotti.

3.1. E' anzitutto da disattendere che lo stelo monoblocco offerto dalle controinteressate non risponda alle prescrizioni tecniche relative alla fornitura di stelo modulare.

3.1.1. E' da condividere l'assunto dall'Azienda ospedaliera circa il carattere del quesito che si sarebbe tradotto in una sorta di "indizione suggestiva" commista al contempo alle caratteristiche tecniche già indicate nell'allegato "A" e la natura della risposta del RUP eccessivamente sibillina e criptica nella sua sinteticità per potersi desumere inequivocabilmente l'interpretazione ortodossa della prescrizione di gara (pag. 8 atto di costituzione dell'Azienda).

3.1.2. Secondo la costante giurisprudenza, i chiarimenti concorrono a formarne la disciplina speciale della gara con il limite della tutela dell'affidamento degli interessati in buona fede mediante una interpretazione delle disposizioni del bando che favorisca la massima partecipazione alla gara e che sia conforme all'intento dell'Amministrazione di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo più vantaggioso, in termini qualitativi e quantitativi, nel rispetto della "par condicio" di tutti i concorrenti (Cons. St., sez. V, 5 settembre 2011, n. 4981; sez. III, 19 marzo 2011, n. 1696).

3.1.3. E' perciò da condividere l'assunto dell'Azienda sanitaria che la protesi con stelo modulare, pur permettendo all'operatore di potersi giovare di uno strumento di maggiore adattabilità rispetto allo stelo monoblocco, non costituiva l'oggetto esclusivo della fornitura secondo quanto emergeva dai chiarimenti offerti.

3.2. Né appare condivisibile la censura d'irragionevolezza, rispetto alla diversa struttura, della commissione di gara che ha attribuito il punteggio di 60 con il giudizio di "buono" al prodotto offerto da tutte e tre le partecipanti alla gara.

3.2.1. Nella perizia depositata da parte ricorrente, si ritiene che la protesi modulare rappresenti il miglior metodo per il trattamento delle problematiche anca-femore di varia natura e, in particolare per il trattamento delle patologie displasiche diversamente dalle protesi con steli standard che permettono solo la regolazione della componente cefalica (dep. 30/9/2015).

3.2.1. Di questo ha dato compiutamente atto la stazione appaltante attribuendo alla protesi Limacorporate il massimo punteggio: che lo stesso punteggio sia attribuito anche alle protesi delle controinteressate (aggiudicataria e seconda classificata) sulla scorta della scheda tecnica allegata alle rispettive offerte non è, ad avviso del Collegio, indice di irrazionalità, considerate le (diverse) particolarità dei rispettivi prodotti, in specie dell'aggiudicataria (atto di costituzione 4/9/2015).

3.3. Del resto, la circostanza che il punteggio-prezzo di ciascun lotto fosse determinato tramite un criterio prevalentemente matematico, ne avvalorava il rilievo preponderante che ha rivestito nella fattispecie della parità di offerta tecnica: a fronte dei 40,000 punti ottenuti dall'aggiudicataria e dei 30,3848 dalla secondo classificata, la ricorrente ha ottenuto soltanto 22,2965 punti, così realizzando l'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata "a favore della ditta che avrà realizzato il punteggio totale più elevato".

3.3.1. Anche sotto questo aspetto la censura è da disattendere.

3.3.2. Rimangono respinte le domande risarcitorie sotto tutti i profili dedotti.

4. Il ricorso va conclusivamente respinto.

4.1. Ricorrono i giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa fra le parti le spese di giudizio

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Lamberti, Presidente, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Massimo Santini, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/03/2017

IL SEGRETARIO

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