

Pubblicato il 22/03/2018

N. 01851/2018 REG.PROV.COLL.
N. 03071/2017 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 della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3071 del 2017, proposto da:

Zimmer Biomet Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Rocco Mangia, Stefano Quadrio, Lucio Iannotta, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Napoli, via Fedro, 7;

contro

So.Re.Sa. Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Maria Caianiello, con domicilio eletto presso il suo studio, in Napoli, viale Gramsci, 19;

nei confronti di

Device & Tech Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano La Marca, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Massimo Scalfati, in Napoli, via Luciana Pacifici, 6;

Sanimedical S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Russo, con domicilio eletto presso il suo studio, in Napoli, via Cesario Console, 3;

Smith & Nephew Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Calesella, Claudia Cipriano, domiciliati presso la Segreteria del TAR Campania, in Napoli, piazza Municipio, 64;

Innomed S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Corrado Barbagallo, Stefano Caserta, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Napoli, via del Parco Margherita, 34;

DAM Srl, Stryker Srl, Johnson And Johnson Spa, B. Braun Srl, Biores Srl, non costituite in giudizio;

per l'annullamento

della determinazione del Direttore generale della So.Re.Sa. n. 112 del 31 maggio 2017: aggiudicazione definitiva dei lotti n. 2, 5 bis, 5 ter e 12 della procedura ristretta per la conclusione di un accordo quadro avente per oggetto la fornitura di protesi ortopediche e cemento destinati alle ASL ed Aziende Ospedaliere della Regione Campania.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della So.Re.Sa. Spa, della Device & Tech Srl, della Sanimedical S.r.l., della Smith & Nephew Srl e della Innomed S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 gennaio 2018 il dott. Olindo Di Popolo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Premesso che:

- col ricorso in epigrafe, la Zimmer Biomet s.r.l. impugnava, chiedendone l'annullamento, previa sospensione, i seguenti atti, inerenti alla procedura ristretta (col criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più

vantaggiosa), indetta dalla So.Re.Sa. (Società Regionale per la Sanità) s.p.a. (bando di gara del 15 gennaio 2015) per la conclusione di un accordo quadro avente per oggetto la fornitura di protesi ortopediche e cemento destinati alle ASL ed Aziende Ospedaliere della Regione Campania: -- determinazione del Direttore generale della So.Re.Sa. n. 112 del 31 maggio 2017, con la quale era stata disposta l'aggiudicazione definitiva dei lotti n. 2 ("endoprotesi d'anca non cementata"), 5 ("protesi d'anca primaria non cementata"), 5 bis ("protesi d'anca a doppia mobilità a riempimento metafisario"), 5 ter ("protesi d'anca a doppia mobilità ad ancoraggio diafisario") e 12 ("protesi monocompartimentale di ginocchio"); -- determinazioni del Direttore generale della So.Re.Sa. n. 145 del 13 ottobre 2015 e n. 13 del 21 gennaio 2016, recanti, rispettivamente, la nomina e la modifica della commissione giudicatrice; -- tutti i verbali di gara, e precipuamente il verbale n. 8, nella parte in cui la commissione giudicatrice avrebbe rielaborato i criteri e sub-criteri stabiliti dalla lex specialis; -- lettera di invito del 6 luglio 2015, prot. n. SRA/0008821/2015 e relativi allegati A/1, A/2, A3, A/4, A/5 e A/6, capitolato tecnico e relativi allegati B1 e B2, schema di accordo quadro;

- richiedeva, altresì, la declaratoria di inefficacia e il subentro nel contratto eventualmente stipulato con l'impresa aggiudicataria ovvero, in subordine, il risarcimento per equivalente monetario del danno derivante dall'operato asseritamente illegittimo della stazione appaltante;
- a supporto dell'azione proposta, la ricorrente (classificatasi in posizione non utile della graduatoria ai fini dell'affidamento di una quota della fornitura in relazione ai suindicati lotti n. 2, 5 bis, 5 ter e 12) lamentava, in estrema sintesi, che: -- in violazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006 (applicabile, ratione temporis, alla fattispecie in esame), nonché del generale principio di trasparenza, la commissione giudicatrice, dopo aver aperto le buste contenenti le offerte tecniche, avrebbe modificato uno dei criteri valutativi dettati dalla lex specialis (segnatamente, il parametro 3 di cui all'allegato A5 alla lettera di invito: "follow up clinico con indici di sopravvivenza degli impianti"); -- il

componente della commissione giudicatrice Monteleone Giuseppe non si sarebbe astenuto dall'incarico, nonostante fosse cognato del legale rappresentante della concorrente DAM s.r.l.; -- in violazione dell'art. 50, comma 9, del d.lgs. n. 163/2006 (applicabile, *ratione temporis*, alla fattispecie in esame), per i contratti di fornitura attuativi dell'accordo quadro sarebbe stata prevista una durata (5 anni) superiore a quella (4 anni) prevista per quest'ultimo;

- costituitesi sia l'intimata So.Re.Sa. sia le controinteressate Sanimedical s.r.l., Device & Tech s.r.l., Smith & Nephew s.r.l. e Innomed s.r.l., eccepivano l'inammissibilità e l'infondatezza dell'impugnazione proposta *ex adverso*, della quale richiedevano, quindi, il rigetto;

- all'udienza pubblica del 24 gennaio 2018, la causa era trattenuta in decisione; Considerato che il ricorso si rivela infondato nel merito per le ragioni illustrate in appresso e che, pertanto, il Collegio può esimersi dallo scrutinio delle singole eccezioni in rito sollevate dalle parti resistenti;

Considerato, con riguardo alla lamentata integrazione postuma dei criteri valutativi, che:

- innanzitutto, la ricorrente non illustra, sul piano dell'interesse concreto e attuale ad agire, quale sarebbe stato il pregiudizio subito per effetto dell'operato della commissione giudicatrice, ossia in qual modo l'introduzione di sussidi integrativi di valutazione rispetto al parametro 3 sarebbe stata ostativa all'assegnazione di un punteggio utile ai fini della collocazione in graduatoria o, comunque, superiore a quello riportato;

- a prescindere da tale rilievo preliminare, occorre rimarcare, in punto di fatto, che il menzionato parametro 3 aveva per oggetto il "follow up clinico con indici di sopravvivenza degli impianti" e che il relativo punteggio figurava così scalato in rapporto ai tempi di sopravvivenza dei prodotti offerti sulla scorta dei dati desumibili da pubblicazioni su riviste scientifiche nazionali o internazionali: "studi clinici < 2 anni, punti 0,5; studi clinici > 2 anni e < 5 anni, punti 1,5; studi clinici > 5 anni fino a 10 anni, punti 3";

- ora, quanto specificato dalla commissione di gara nel verbale n. 8 del 2 febbraio 2016, con riferimento al criterio valutativo in parola, non costituisce modificazione o integrazione della *lex specialis*, risolvendosi, piuttosto, in una modalità applicativa della stessa, necessaria al fine del compimento delle operazioni di valutazione e attribuzione dei punteggi, atteso il carattere non sufficientemente descrittivo della disciplina generale di cui alla lettera di invito (cfr., in termini, TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 71/2018; n. 73/2018; n. 74/2018);
- più in dettaglio, nel verbale di gara n. 8 del 2 febbraio 2016, la commissione giudicatrice, prima di procedere alla valutazione della documentazione tecnica delle offerte presentate per i singoli lotti, ha precisato che: “Il parametro 3 non regola l’ipotesi per l’attribuzione del punteggio quando l’indice di sopravvivenza è uguale a 2 anni o è uguale a 5 anni. La Commissione giudicatrice rileva che poiché 2 è valore mediano tra la prima e la seconda fascia e 5 è il valore mediano tra la seconda e la terza fascia, si ritiene opportuno dare un punteggio mediano a 2 rispetto ai due punteggi previsti dagli atti di gara per le due fasce (studi clinici < 2 e studi clinici > 2 e < 5), ossia rispettivamente 0,5 e 1,5 e un punteggio mediano a 5 rispetto ai due punteggi previsti dagli atti di gara per le due fasce (studi clinici > 2 e < 5 e studi clinici > 5 e fino a 10) ossia rispettivamente 1,5 e 3. In particolare dunque quando l’indice di sopravvivenza è 2 si attribuirà 1 punto, quando invece è uguale a 5 si attribuirà 2,75 punti”;
- ebbene, con tale precisazione, essa si è limitata a chiarire quale dovesse essere il punteggio attribuibile nelle ipotesi, non espressamente disciplinate dalla *lex specialis*, in cui l’indice di sopravvivenza risultasse uguale a 2 anni o uguale a 5 anni, desumendolo come immanente ai criteri valutativi enunciati dalla medesima *lex specialis*;
- al riguardo, è stato ritenuto che nelle gare pubbliche può parlarsi di nuovo ed autonomo criterio di valutazione, surrettiziamente introdotto dalla commissione giudicatrice, solo allorquando il ‘modus iudicandi’ osservato

nell'apprezzamento delle offerte tecniche presenti una sua autonomia rispetto ai parametri enucleati dalla *lex specialis*, e non anche nei casi – come, appunto, quello in esame – in cui esso sia strettamente consequenziale all'applicazione dei parametri anzidetti (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 67/2013);

- ed invero, fermo il divieto di fissare nuovi criteri o sub-criteri di valutazione dell'offerta dopo la sua presentazione, non si esclude, tuttavia, la possibilità per le commissioni giudicatrici di enunciare mere specificazioni o chiarimenti dei criteri già fissati dal bando (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 5844/2010);

- sempre in tale prospettiva, è stata ammessa la riparametrazione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice, se e in quanto conforme agli obiettivi premiali perseguiti dalla stazione appaltante e non infirmante la par condicio tra i concorrenti (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 5754/2012; sez. V, n. 7/2013; n. 2625/2013; n. 5643/2014; sez. III, n. 1048/2016);

Considerato, quanto alla censura di illegittima composizione della commissione giudicatrice, che:

- il profilo di incompatibilità denunciato da parte ricorrente risiederebbe nella circostanza che il componente asseritamente obbligato ad astenersi (Monteleone Giuseppe) risulta essere cognato – in quanto fratello della moglie (Monteleone Patrizia) – del legale rappresentante (Botta Maurizio) della concorrente DAM s.r.l., ossia essere in rapporto di affinità con quest'ultimo;

- al riguardo, giova rammentare, sul piano normativo, che, ai sensi dell'art. 84 del d.lgs. 163/2006 ai componenti delle commissioni di gara si applicano le medesime cause di astensione previste dall'art. 51 cod. proc. civ.

- tale ultima disposizione prevede, al comma 1, che il giudice ha il dovere di astenersi nei seguenti casi: 1) se ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto; 2) se egli stesso o la moglie è parente fino al quarto grado o legato da vincoli di affiliazione, o è convivente o commensale abituale di una delle parti o di alcuno dei difensori; 3) se egli stesso o la moglie ha causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una

delle parti o alcuno dei suoi difensori; 4) se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha depresso in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico; 5) se è tutore, curatore, amministratore di sostegno, procuratore, agente o datore di lavoro di una delle parti; se, inoltre, è amministratore o gerente di un ente, di un'associazione anche non riconosciuta, di un comitato, di una società o stabilimento che ha interesse nella causa;

- il successivo comma 2 dispone, infine, che il giudice ha la facoltà di richiedere al capo dell'ufficio l'autorizzazione ad astenersi in ogni altro caso in cui ravvisi gravi ragioni di convenienza;

- a tali ipotesi, e segnatamente a quella di cui al comma 1, n. 2, del citato art. 51 cod. proc. civ., non è riconducibile il mero rapporto di affinità ex art. 78 cod. civ. (nella specie, intercorrente tra il commissario di gara e il legale rappresentante della DAM s.r.l.) alla luce del consolidato indirizzo pretorio secondo cui nelle procedure concorsuali i componenti delle commissioni esaminatrici hanno l'obbligo di astenersi solo se sussiste una delle condizioni tassativamente indicate dall'art. 51 cod. proc. civ., senza che le cause di incompatibilità previste dalla stessa disposizione possano essere oggetto di estensione analogica, stante l'esigenza di assicurare la certezza dell'azione amministrativa (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1628/2016; Sez. VI, n. 326/2015, n. 3856/2014);

- né, si aggiunge, il rapporto personale summenzionato potrebbe rilevare ai sensi dell'art. 51, comma 2, cod. proc. civ. in considerazione delle "gravi ragioni di convenienza" che potrebbero in astratto derivare dall'esistenza di eventuali relazioni personali tra un commissario di gara (Monteleone Giuseppe) e il legale rappresentante (Botta Maurizio) di una impresa concorrente (DAM s.r.l.): difatti, l'amministrazione ha comprovato che tra la sorella del commissario di gara e il menzionato esponente aziendale, fin dal 2005 è intervenuta separazione consensuale omologata con decreto del

Tribunale di Napoli; cosicché non può ritenersi allo stato sussistente alcun rapporto di convivenza tra i predetti coniugi separati e, di conseguenza, non è configurabile alcun fattore inquinante dell'imparzialità ed indipendenza del seggio di gara (cfr., in termini, TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 5209/2017); Considerato, in merito all'ordine di doglianze concernente la durata dell'accordo quadro e dei contratti attuativi di fornitura, che:

- la durata dell'accordo quadro va considerata a guisa di arco temporale entro il quale possono essere stipulati i contratti attuativi di fornitura, che è cosa diversa dalla durata di questi ultimi;
- ben potrebbe stipularsi, cioè, un contratto attuativo con effetti ultrattivi rispetto all'accordo quadro – anche per la mera circostanza di essere stato concluso in limine alla scadenza di quest'ultimo –, cosicché il termine di esecuzione dell'uno (contratto attuativo) ben potrebbe 'scadere' dopo il decorso del termine di durata dell'altro (accordo quadro);
- ed invero, la tesi propugnata sul punto da parte ricorrente non trova riscontro nell'art. 59 del d.lgs. n. 163/2006, che riferisce il termine di durata di 4 anni all'accordo quadro, e non anche ai contratti stipulati sulla scorta di esso: ove il legislatore avesse inteso estendere il predetto termine non solo alla conclusione dell'accordo quadro, ma anche ai contratti a valle e alla loro esecuzione, lo avrebbe fatto espressamente, considerato il carattere derogatorio di una simile previsione rispetto alla natura ed alla funzione dell'istituto dell'accordo quadro;
- a suffragio di tale approdo, i considerando n. 62 della direttiva UE n. 24 del 26 febbraio 2014 e n. 72 della direttiva UE n. 25 del 26 febbraio 2014 così recitano: "E' anche opportuno precisare che, mentre gli appalti basati su un accordo quadro devono essere aggiudicati prima della scadenza dell'accordo quadro stesso, la durata dei singoli appalti basata su un accordo quadro non deve necessariamente coincidere con la durata di tale accordo quadro ma potrebbe eventualmente essere inferiore o superiore. Dovrebbe in particolare essere possibile stabilire la durata dei singoli appalti basati su un accordo

quadro tenendo conto di fattori quali il tempo necessario per la loro esecuzione, l'eventuale inclusione della manutenzione del materiale la cui vita utile prevista è superiore a quattro anni”;

- sempre in argomento, giova, poi, rammentare che oggetto della procedura di affidamento controversa è “la conclusione di un accordo quadro multi-fornitore a condizioni fisse da stipulare con i soggetti aggiudicatari”, avente durata di 6 mesi (rinnovabile per ulteriori 6 mesi in caso di non raggiungimento del massimale annuo previsto); termine entro il quale le ASL interessate potranno stipulare i singoli “contratti di adesione o fornitura” (c.d. “ordinativi di fornitura”), aventi durata di anni 5 (artt. 1 e 2 della lettera di invito);

- ebbene, la prospettazione della ricorrente risulta infrangersi anche con la ratio di una simile tipologia negoziale, ossia con la ratio dell'accordo quadro posto in gara, il quale va ricondotto alla categoria dei contratti normativi, trattandosi di strumento che permette la conclusione di una pluralità di contratti attuativi mediante predeterminazione sia del relativo elemento soggettivo (e cioè dei futuri contraenti) sia del relativo elemento oggettivo (e cioè del programma negoziale da recepire nei successivi contratti di adesione o fornitura);

- se, infatti, l'accordo quadro assolve ed esaurisce la propria funzione – a guisa di contratto normativo – nella fase genetica dei contratti attuativi, il suo termine di durata massima va riferito non già al tempo di esecuzione dei contratti attuativi a valle, bensì al momento della loro conclusione (in cui, appunto, esso assolve ed esaurisce la propria funzione); conseguentemente, il termine di 4 anni ex art. 59 del d.lgs. n. 163/2006 deve reputarsi appieno rispettato, laddove l'accordo quadro ne preveda uno di durata non superiore per la stipula dei contratti attuativi – come, appunto, nella specie, 6 mesi prorogabili per ulteriori 6 mesi –, a prescindere dal distinto profilo della durata di questi ultimi (cfr., in termini, TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 5209/2017);

Ritenuto, in conclusione, che:

- stante l'acclarata infondatezza delle censure proposte, così come dianzi scrutinate, il ricorso in epigrafe deve essere respinto;
- le spese di lite devono seguire la soccombenza e, quindi, essere poste a carico della parte ricorrente;
- dette spese vanno liquidate in complessivi € 15.000,00, da ripartirsi nella egual misura di € 3.000,00 in favore, rispettivamente, della So.Re.Sa., della Sanimedical, della Device & Tech, della Smith & Nephew e della Innomed;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna la Zimmer Biomet s.r.l. al pagamento delle spese di lite, che si liquidano in complessivi € 15.000,00, da ripartirsi nella egual misura di € 3.000,00 (oltre oneri accessori, se dovuti) in favore, rispettivamente, della So.Re.Sa. s.p.a., della Sanimedical s.r.l., della Device & Tech s.r.l., della Smith & Nephew s.r.l. e della Innomed s.r.l.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Ida Raiola, Consigliere

Olindo Di Popolo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Olindo Di Popolo

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO

