



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 1012 del 2022, proposto dalla soc. coop. r.l. Punto Zero, subentrata ad Umbria Salute e Servizi s.c. a r.l. a seguito di fusione per incorporazione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Valerio Tallini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Luigi Luciani, n. 1;

contro

la s.r.l. Zimmer Biomet Italia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Rocco Mangia e Stefano Quadrio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria n. 901/2021, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Zimmer Biomet Italia s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 maggio 2022 il Cons. Ezio Fedullo e uditi per le parti gli Avvocati Valerio Tallini e Stefano Quadrio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. La società Zimmer Biomet Italia s.r.l. ha impugnato dinanzi al T.A.R. per l'Umbria la lettera di invito, il capitolato tecnico ed il capitolato d'oneri relativi alla "*procedura ristretta in forma centralizzata per la fornitura di protesi ortopediche e dei dispositivi correlati al loro impiego per le Aziende Sanitarie della Regione Umbria*", indetta con bando pubblicato in data 12 marzo 2021 da Umbria Salute e Servizi s.c. a r.l., suddivisa in 38 lotti, per un importo complessivo, per il quadriennio di durata prevista dell'appalto, di €36.160.776,23.

La fornitura era destinata alle Aziende ospedaliere di Perugia e Terni e alle AUSL Umbria 1 e Umbria 2 ed il criterio di aggiudicazione prescelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 2, d.lvo n. 50/2016, con l'attribuzione del punteggio massimo di 70 punti per l'offerta tecnica e di 30 punti per l'offerta economica.

A seguito dell'esame delle domande di partecipazione pervenute entro i termini indicati nel bando, sono stati invitati alla procedura gli operatori economici in possesso dei requisiti richiesti, fra i quali la ricorrente Zimmer Biomet Italia s.r.l., la quale ha gravato i suindicati provvedimenti sulla scorta della dedotta impossibilità di formulazione dell'offerta in conseguenza dell'incertezza circa l'oggetto dell'appalto, non superata dai chiarimenti forniti dalla stazione appaltante. In particolare, lamentava la ricorrente che i quantitativi indicati in base al fabbisogno medio dell'ultimo triennio erano espressamente indicativi e non vincolanti (art. 1 del Capitolato d'oneri), non consentendo quindi la formulazione di un'offerta consapevole e attendibile, non potendo la società valutare la sostenibilità

economica, anche considerate le “*attività necessarie alla corretta esecuzione della fornitura*” individuate nel Capitolato d’oneri e da ritenersi comprese nel prezzo offerto.

Con un secondo motivo di censura, la ricorrente deduceva che due dei criteri di valutazione dell’offerta tecnica - segnatamente il criterio “*morfologia dei componenti*” ed il criterio “*qualità dei materiali*” – sarebbero risultati inapplicabili.

2. Il T.A.R., con la sentenza (in forma semplificata) appellata, respinte le eccezioni di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse formulate dall’Amministrazione resistente, ha accolto il primo motivo di ricorso, dianozi sintetizzato.

Il T.A.R. ha preliminarmente richiamato il punto 1 del Capitolato d’oneri, il quale chiarisce che «*[o]ggetto dell’appalto è la fornitura quadriennale di protesi ortopediche e dei dispositivi correlati alle condizioni stabilite nel presente Capitolato d’oneri, ed in generale nella documentazione di gara.*

La presente procedura è suddivisa in 38 Lotti come riportati nell’allegata Tabella elenco lotti.

I quantitativi sono meramente indicativi e non vincolanti in alcun modo per le Aziende Sanitarie.

Resta inteso che il quantitativo di prodotti riferito ad ogni singola Azienda Sanitaria sarà dallo stesso definito al momento della sottoscrizione del contratto esecutivo. L’oggetto dell’appalto si intende comprensivo di tutte le attività necessarie a garantire la corretta esecuzione della fornitura, come descritte nel presente Capitolato d’oneri, ed in particolare:

il trasporto, compresi carico e scarico dei prodotti richiesti presso la sede di consegna, nel rispetto dei termini previsti dal successivo articolo 5;

la fornitura in comodato d’uso gratuito, a richiesta, degli strumentari necessari per l’impianto delle protesi nonché la relativa manutenzione ordinaria e straordinaria e la sostituzione degli stessi o di singole componenti in caso di usura o rottura secondo le modalità di cui al successivo articolo 6;

la presenza di un product specialist, a richiesta dell'Azienda, con un preavviso minimo di 24 ore, nei termini di cui al successivo articolo 6;

l'attività di formazione e aggiornamento per il personale medico ed infermieristico – strumentista secondo quanto previsto dal successivo articolo 6 e nelle modalità indicate dall'Offerta tecnica dell'Aggiudicatario;

a produzione di reportistica sull'andamento della fornitura, con cadenza mensile, secondo quanto previsto dal successivo articolo 7».

Il T.A.R. ha quindi precisato che l'oggetto della censura di parte ricorrente non attiene all'assenza del dato in base al quale formulare l'offerta – atteso che la citata Tabella “*elenco lotti e valori*” individua il fabbisogno annuo per ciascun lotto e ciascuna azienda sanitaria - bensì al fatto che questo dato sia “*meramente indicativo*”, con la conseguenza che l'operatore economico si trova a dover formulare una offerta su dati ipotetici, in assenza di quantità complessive certe delle forniture richieste, nemmeno con la formula del minimo garantito, rimanendo vincolato alla stessa qualunque sia, a valle, l'effettivo quantitativo richiesto dalla singole Aziende sanitarie in quanto, come si legge a pag. 24 della lettera d'invito: «*[c]on la presentazione dell'offerta, in caso di aggiudicazione, il concorrente si obbliga irrevocabilmente nei confronti del committente ad eseguire la fornitura, in conformità a quanto indicato nell'Offerta tecnica e nell'Offerta economica*».

Il T.A.R. quindi, rilevato che “*l'incertezza nella formulazione dell'offerta risulta aggravata dal fatto che, come specificato oltre che dal citato Capitolato d'oneri anche dalla lettera di invito, il corrispettivo è determinato dal prezzo annuale proposto per ciascun lotto ed è comprensivo anche di tutte le ulteriori attività di supporto alla fornitura dei dispositivi medici, quali l'attività di formazione e aggiornamento del personale medico, la logistica e, in particolare, la assistenza in sala operatoria di un product specialist*”, ha concluso che “*la conoscenza dell'effettivo oggetto della fornitura e di come questa sia articolata tra i diversi enti sanitari è essenziale al fine della formulazione di una offerta economicamente*

sostenibile”.

Il T.A.R., accolto il suddetto motivo e dichiarato l'assorbimento del secondo, ha invece respinto la richiesta risarcitoria, sul rilievo che la *restitutio in integrum* realizzata dalla pronuncia demolitoria assume valenza pienamente soddisfattiva dell'interesse azionato dalla parte ricorrente.

3. La sentenza suindicata costituisce oggetto dei motivi di appello formulati dalla società Punto Zero s.c. a r.l., subentrata a far data dal 1° gennaio 2022 ad Umbria Salute e Servizi s.c. a r.l. a seguito di fusione per incorporazione.

La parte appellante, oltre a proporre un profilo di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio non formulato in primo grado, ripropone le analoghe eccezioni in precedenza articolate e respinte dal T.A.R., contestando quindi, nel merito, la statuizione di accoglimento recata dalla sentenza appellata.

Si oppone invece all'accoglimento dell'appello l'originaria ricorrente.

4. La fondatezza dell'appello, relativamente alle censure intese a contestare le conclusioni di merito cui è pervenuto il giudice di primo grado, consente di prescindere dall'esaminare i motivi intesi a sostenere l'inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado.

5. Deve premettersi che la controversia ha ad oggetto, nei suoi profili di merito, la legittimità della *lex specialis* laddove, nel fissare l'oggetto della fornitura concernente dispositivi medici ed i relativi servizi accessori, reca indicazioni di carattere quantitativo non vincolanti, ma ancorate al fabbisogno storico dei medesimi dispositivi, suscettibili di modifica, nella fase esecutiva dell'appalto, in relazione alle effettive esigenze di approvvigionamento delle Aziende sanitarie beneficiarie.

Ciò premesso, deve preliminarmente rilevarsi che, a differenza che nell'ambito della contrattualistica privata, laddove si confrontano gli interessi equivalenti e tendenzialmente omogenei delle parti stipulanti, nel settore delle pubbliche commesse il principio della determinatezza e/o determinabilità dell'oggetto del contratto deve ricevere applicazione flessibile, al fine di consentire alla stazione

appaltante, nell'esercizio del potere tipicamente discrezionale di determinazione delle regole e dell'oggetto della gara, di contemperare i diversi interessi in gioco secondo canoni di logicità, trasparenza, parità di trattamento e proporzionalità.

Tra gli interessi rilevanti vengono in rilievo, nel suddetto segmento procedimentale, da un lato, quello dell'Amministrazione ad assumere un vincolo coerente con le effettive esigenze che l'appalto è destinato a soddisfare, quali verranno a determinarsi nel corso dell'esecuzione della fornitura, dall'altro lato, quello delle imprese interessate a prendere parte alla competizione a conoscere preventivamente le condizioni della commessa, onde formulare offerte consapevoli, remunerative e competitive.

Laddove in particolare, in relazione all'oggetto specifico della fornitura, il fabbisogno da soddisfare non sia prevedibile *ex ante*, essendo correlato alle effettive esigenze assistenziali che verranno a determinarsi nel periodo di svolgimento dell'appalto, imporre alla stazione appaltante l'acquisizione di una quantità minima, fissa ed inderogabile, di dispositivi medici si porrebbe in palese contrasto con i principi di razionalità della spesa, costringendo l'Amministrazione a sostenere costi ingiustificati, in relazione agli apparati di cui non emergesse la reale necessità.

In tale cornice ricostruttiva, quindi, il riferimento al fabbisogno storico, ove determinato sulla scorta di una adeguata attività istruttoria, accompagnato dalla espressa previsione della sua non vincolatività quanto agli acquisti futuri ed oggetto dell'appalto di cui si tratta, costituisce uno strumento idoneo a contemperare ragionevolmente la suddetta esigenza dell'Amministrazione con quella degli operatori economici a disporre di una base previsionale sufficientemente attendibile, sulla quale parametrare la relativa offerta economica.

Peraltro, al fine di inficiare siffatta clausola della *lex specialis*, in quanto ipoteticamente ostativa alla formulazione di offerte consapevoli e competitive, in quanto incidente irragionevolmente sull'interesse dei concorrenti a disporre dei dati

necessari a svolgere i calcoli di convenienza economica che preludono alla partecipazione alla gara, occorrerebbe dimostrare che la prevedibile oscillazione tra i quantitativi di cui si renda effettivamente necessaria l'acquisizione e quelli determinati secondo il criterio del fabbisogno storico – oscillazione, peraltro, contenuta entro margini di normale tollerabilità, alla luce della intrinseca attendibilità di questi ultimi anche ai fini delle proiezioni future del medesimo fabbisogno – non consenta di elaborare un'offerta atta a garantire un congruo margine di utile ovvero atta a competere utilmente con gli altri concorrenti.

Non ritiene tuttavia la Sezione che la parte appellata abbia assolto, con il ricorso introduttivo del giudizio, al suindicato onere dimostrativo.

Essa, in particolare, non ha dimostrato che, anche attestando le sue valutazioni di convenienza su una previsione di fornitura cautelativamente contenuta rispetto al fabbisogno storico predeterminato dalla stazione appaltante, non sarebbe stata in grado di formulare un'offerta tale da assicurarle un congruo margine di guadagno, né che un'offerta così concepita non sarebbe stata idonea a garantirle un significativo spazio di competizione con gli altri concorrenti, tanto più considerando la minore incidenza del confronto economico rispetto a quello qualitativo, quale risulta dalla ripartizione del punteggio tra i rispettivi criteri di valutazione delle offerte.

In altre parole, ad incidere sulla formulabilità dell'offerta, ai fini della valutazione della legittimità della *lex specialis* che preveda un fabbisogno presunto della fornitura, non è il mero carattere ipotetico dei dati all'uopo forniti dalla stazione appaltante, ma l'impossibilità che essi determinano di formulare un'offerta che, pur essendo calibrata su dati non vincolanti quanto all'effettiva entità della fornitura, sia comunque idonea a garantire un margine di utile per il concorrente e suscettibile, all'esito del confronto competitivo, di risultare maggiormente conveniente per l'Amministrazione aggiudicatrice: impossibilità, tuttavia, in ordine alla quale la parte ricorrente si limita a formulare allegazioni meramente assertive.

Le conclusioni esposte sono del resto coerenti con quelle cui questa Sezione è

recentemente pervenuta con riferimento ad analoga fattispecie, in cui ugualmente non venivano in considerazione farmaci (così devitalizzando le deduzioni della parte appellata in ordine alla specificità dell'oggetto della gara, concernente dispositivi medici e non prodotti farmaceutici) né un accordo quadro esclusivamente "*pluriaggiudicatario*" (il quale solo, ad avviso della parte appellata, consentirebbe ai concorrenti utilmente collocatisi in graduatoria di ripartire l'alea della fornitura, laddove quantitativamente difforme da quanto preventivato, legittimando quindi una previsione di acquisto fondata su dati meramente indicativi), essendosi in quell'occasione evidenziato che "*almeno tendenzialmente, in ogni disciplina di gara il fabbisogno stimato è puramente indicativo di guisa che i volumi della prestazione aggiudicata non sono mai rigidamente predeterminati se non per quanto concerne i limiti massimi esigibili risultando, viceversa, definito in dettaglio il quantitativo effettivo della prestazione solo in sede di esecuzione in funzione delle reali esigenze dell'Amministrazione quali concretamente risultanti dalle necessità terapeutiche da soddisfare*" (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2238 del 15 marzo 2021).

Con la medesima pronuncia, va aggiunto, la Sezione, dopo aver richiamato le seguenti disposizioni di gara, analoghe a quelle *de quibus* ed espressamente dichiarate "*in linea con l'ordinaria strutturazione di ogni gara*" (disposizioni in base alle quali "*l'Accordo non fissa il quantitativo dei prodotti in gara, che restano dipendenti esclusivamente dalle esigenze della ASL Roma 1, ma solo il costo delle diverse tipologie di prodotti. I quantitativi indicati nell'Allegato 3 al Disciplinare di gara sono pertanto da intendersi come puramente orientativi e quantificati sulla scorta di una stima del tutto ipotetica di fabbisogno nel periodo di vigenza dell'Accordo. Unico limite della fornitura è l'importo complessivo dell'Accordo, così come di seguito valorizzato. L'operatore economico aggiudicatario, con la sottoscrizione dell'Accordo, si impegna quindi ad accettare gli ordinativi alle condizioni economiche e contrattuali stabilite, sino alla concorrenza del valore*

dell'appalto. La Stazione Appaltante, tuttavia, non assume alcun impegno a raggiungere tale importo, né a raggiungere alcun valore minimo che potrà essere anche pari a zero. La quantità diviene certa e determinata solo a seguito della adozione di singoli ordinativi della fornitura, che hanno natura di contratto applicativo dell'Accordo [...])", ha chiarito che è "di tutta evidenza come il fabbisogno sotteso alla commessa non può che essere orientativo e di tipo probabilistico siccome legato a variabili non compiutamente predeterminabili".

Deve peraltro osservarsi che lo stesso T.A.R., pur dichiarando di non ignorare che *"con riguardo a procedure aventi ad oggetto la fornitura di farmaci - stante la peculiarità dell'ambito di riferimento, suscettibile di essere condizionato da fattori imprevisi ed imprevedibili -, la giurisprudenza ha ritenuto sufficiente, ai fini della determinabilità dell'oggetto del contratto e per consentire alle concorrenti di formulare la propria offerta, l'indicazione della quantità totale di medicinali presuntivamente rispondente al fabbisogno nel periodo di riferimento e l'importo massimo spendibile ad essa quantità riferito, posto a base di gara per ciascun lotto (cfr. C.d.S., sez. III, 10 giugno 2016, n. 2507; Id., 23 novembre 2011, n. 6181)", ha nondimeno ritenuto che "nel caso in esame, tuttavia, l'incertezza nella formulazione dell'offerta risulta aggravata dal fatto che, come specificato oltre che dal citato Capitolato d'oneri anche dalla lettera di invito, il corrispettivo è determinato dal prezzo annuale proposto per ciascun lotto ed è comprensivo anche di tutte le ulteriori attività di supporto alla fornitura dei dispositivi medici, quali l'attività di formazione e aggiornamento del personale medico, la logistica e, in particolare, la assistenza in sala operatoria di un product specialist".*

Ebbene, deve osservarsi che nemmeno la considerazione dei suddetti servizi aggiuntivi è suscettibile di inficiare la possibilità del concorrente medio di formulare un'offerta seria, consapevole e concorrenziale, non avendo la parte ricorrente dimostrato che la pur presumibile variabilità dei relativi costi, in dipendenza dell'entità effettiva della fornitura, sia di misura tale da precludere la formulazione di un'offerta che, sulla base di una stima prudentiale degli apparati da

fornire, assicurati comunque un margine congruo di guadagno e nel contempo contendersi utilmente con gli altri concorrenti l'aggiudicazione dell'appalto: peraltro risulta generica l'affermazione secondo cui gli atti di gara non chiariscono "quali funzionalità di post-processing debbano essere fornite per ciascun ES", non essendo precisato quali siano le "funzionalità di post-processing" cui la parte ricorrente intenda fare riferimento.

6. L'appello, in conclusione, deve essere accolto, potendo dichiararsi l'assorbimento delle censure, inerenti a profilo di rito, non esaminate, sicché – in riforma della sentenza appellata – il ricorso di primo grado va respinto.

7. L'originalità dell'oggetto della controversia giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello n. 1012 del 2022, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE

Ezio Fedullo

IL PRESIDENTE

Luigi Maruotti

IL SEGRETARIO