

Pubblicato il 10/05/2019

N. 00432/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00654/2018 REG.RIC.
N. 00800/2018 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 la Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 654 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Zimmer Biomet S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Rocco Mangia e Stefano Quadrio, domiciliata *ex lege* presso la segreteria del T.A.R. Liguria;

contro

Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria - A.Li.Sa., in persona del Direttore dell'Area centrale regionale di acquisto, rappresentata e difesa dall'avv. Marco Barilati, presso il quale è elettivamente domiciliata nel suo studio in Genova, via Assarotti, 48/6;

nei confronti

Smith & Nephew S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Giorgio Calesella, Francesco Paolo Francica e Roberta Valentini, domiciliata *ex lege* presso la segreteria del T.A.R. Liguria;

Limacorporate S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Fruttarolo e Carlo Catarisano, domiciliata *ex lege* presso la segreteria del T.A.R. Liguria;

Johnson & Johnson S.r.l., Permedica S.p.a., Link Italia S.p.a., Medacta Italia S.r.l., non costituite in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 800 del 2018, proposto da:

Smith & Nephew S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Giorgio Calesella, Francesco Paolo Francica e Roberta Valentini, domiciliata ex lege presso la segreteria del T.A.R. Liguria;

contro

Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria - A.Li.Sa., in persona del Direttore dell'Area centrale regionale di acquisto, rappresentata e difesa dall'avv. Marco Barilati, presso il quale è elettivamente domiciliata nel suo studio in Genova, via Assarotti, 48/6;

nei confronti

Zimmer Biomet S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Rocco Mangia e Stefano Quadrio, domiciliata ex lege presso la segreteria del T.A.R. Liguria;

Limacorporate S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Fruttarolo e Carlo Catarisano, domiciliata ex lege presso la segreteria del T.A.R. Liguria;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 654 del 2018:

della determina n. 282 del Direttore dell'Area centrale regionale acquisto del 27.7.2018, comunicata in data 30 luglio 2018, con la quale Alisa ha provveduto alla aggiudicazione della procedura aperta “per la conclusione, in relazione a ciascun lotto, di un accordo quadro con più operatori economici, ai sensi dell'art. 54, comma 4, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016, per la fornitura di protesi d'anca occorrenti alle AA.SS.LL., EE.OO. e Irccs della regione Liguria”, con riferimento al lotto n. 8, avente ad oggetto “stelo retto non cementato a press fit metafisiario”;

dei verbali della Commissione giudicatrice relativi alla valutazione delle offerte tecniche, nella parte in cui vengono assegnati i punteggi tecnici e valutate ammissibili le offerte tecniche delle Società controinteressate;

di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale, ivi compresi il bando, il disciplinare di gara e il capitolato tecnico, i loro allegati e tutti i verbali della procedura;

nonché per la condanna di Alisa, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 30, 119 e seguenti CPA e 245, 245 *bis*, *ter*, *quater* e *quinquies* del d.lgs. 163/2006, previa dichiarazione di inefficacia del contratto *medio tempore* eventualmente stipulato tra la medesima e la Società affidataria, ad inserire l'odierna ricorrente nella graduatoria alla posizione effettivamente spettante, con pronuncia a valere quale reintegrazione in forma specifica del danno subito; ovvero, in via subordinata, qualora risultasse impossibile il risarcimento in forma specifica, per la condanna di Alisa al risarcimento del danno subito, conseguente alla illegittimità degli atti impugnati e dell'*iter* seguito dall'Amministrazione nella procedura *de qua*, con conseguente declaratoria dei criteri in base ai quali Alisa dovrà formulare una proposta di pagamento, comprendente sia il lucro cessante che la Società ricorrente avrebbe ottenuto se non fosse stata esclusa dalla procedura, da liquidarsi anche in via equitativa *ex art. 1226 C.C.* e comunque in misura non inferiore al 10% del valore dell'affidamento, maggiorata di rivalutazione monetaria e interessi legali sulla somma rivalutata fino al giorno del saldo effettivo;

e, con ricorso per motivi aggiunti, per l'annullamento

della determinazione n. 394 del 6.11.2018, comunicata alla ricorrente nella stessa data, nella parte in cui ritiene l'offerta tecnica della Società Lima Corporate equivalente a quanto richiesto dagli atti di gara e approva la nuova graduatoria definitiva della gara, ponendo al primo posto la Società Lima Corporate e al secondo la Società Zimmer Biomet;

di tutti gli atti comunque presupposti e connessi, con particolare riferimento alla nota di Alisa in data 16.11.2011 e al verbale della Commissione giudicatrice del 22.10.2018, mai trasmesso alla ricorrente e non disponibile sul sito della Stazione appaltante;

quanto al ricorso n. 800 del 2018:

della determinazione n. 394 del 6.11.2018, comunicata in data 7.11.2018, con la quale Alisa ha annullato in autotutela l'aggiudicazione definitiva del lotto n. 8 e contestualmente ha approvato la nuova graduatoria;

della nota, comunicata in data 6.11.2018, con la quale Alisa ha comunicato l'avvenuto annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva del lotto n. 8 e contestuale approvazione graduatoria di aggiudicazione definitiva;

se ed in quanto occorrer possa, del bando, del disciplinare di gara, del capitolato tecnico;

di ogni atto e/o provvedimento presupposto, consequenziale e/o comunque connesso;

per l'accertamento e la declaratoria del diritto della ricorrente ad ottenere, anche a titolo di risarcimento in forma specifica, l'annullamento del provvedimento in autotutela con riferimento al lotto n. 8 e, di conseguenza, l'aggiudicazione definitiva dello stesso con diritto ad ottenere la stipula del contratto;

in subordine, laddove non fosse possibile il risarcimento in forma specifica, della declaratoria dei criteri in base ai quali Alisa 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 a tale soddisfo;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto relativo al lotto n. 8, ove sottoscritto, e per il subentro nell'aggiudicazione e nel contratto d'appalto riferito al lotto n. 8, ai sensi degli artt. 122 e 124 c.p.a.

Visti i ricorsi, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria - A.Li.Sa. e delle controinteressate intime;

Viste le memorie difensive

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 marzo 2019 il dott. Richard Goso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria - A.Li.Sa. ha indetto una procedura aperta volta alla conclusione di un accordo quadro con più operatori economici, ai sensi dell'art. 54, comma 4, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016, per l'affidamento della fornitura di protesi d'anca per un periodo di 36 mesi, con opzione di rinnovo per 12 mesi.

La gara era suddivisa in 20 lotti.

Il lotto n. 8 comprendeva protesi composte, tra l'altro, da uno *“stelo retto a press-fit metafisario angolo 125°-145° tipo Spotorno o equivalenti”* e da un *“cotile a press-fit con metallo trabecolare”*.

Le caratteristiche dello stelo femorale (la parte metallica inserita nell'estremità superiore del femore), quindi, erano individuate con riferimento al *“tipo Spotorno o equivalenti”*; per il cotile (la parte superiore della protesi), si richiedeva la composizione con metallo trabecolare.

Nella graduatoria formata all'esito dello scrutinio delle 8 offerte presentate per il lotto in questione, approvata con provvedimento del 27 luglio 2018, si classificava al primo posto Smith & Nephew S.r.l.

Con nota del 19 settembre 2018, Zimmer Biomet S.r.l., classificatasi al settimo posto della graduatoria, contestava l'esito della gara, asseritamente inficiata da errori procedurali e di valutazione delle offerte tecniche.

A.Li.Sa. respingeva il primo ordine di rilievi con nota del 24 settembre 2018, contestualmente comunicando di aver sottoposto alla Commissione giudicatrice le osservazioni di carattere tecnico.

In attesa di un definitivo riscontro, con ricorso notificato il 1° ottobre 2018 e depositato il 19 ottobre successivo (r.g. n. 654/2018), Zimmer Biomet S.r.l. ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione del lotto n. 8.

Deduce la ricorrente, in buona sostanza, che tutte le offerte concorrenti avrebbero dovuto essere escluse, poiché non era stata dimostrata (e la Commissione non aveva accertato) l'equivalenza dei prodotti offerti rispetto al modello di riferimento (stelo tipo "Spotorno") e al materiale richiesto per il cotile (metallo trabecolare).

In ogni caso, i prodotti offerti dalle imprese meglio collocate in graduatoria sarebbero effettivamente privi delle caratteristiche tecniche richieste dalla documentazione di gara.

Si costituiva in giudizio la controinteressata Smith & Nephew S.r.l., eccependo l'inammissibilità del ricorso, per carenza di interesse e per la genericità dei motivi di impugnazione, nonché la sua infondatezza nel merito. Nelle more del giudizio, con la determinazione n. 394 del 6 novembre 2018, A.Li.Sa. ha annullato in autotutela l'impugnato provvedimento di aggiudicazione, ritenendo che fossero fondate le contestazioni di Zimmer Biomet S.r.l., fatta eccezione per quelle mosse nei confronti del prodotto offerto da Limacorporate S.p.a. (già classificatasi al secondo posto della graduatoria).

Con lo stesso provvedimento, è stata approvata la nuova graduatoria nella quale si collocano solo le offerte dell'aggiudicataria Limacorporate S.p.a. e di Zimmer Biomet S.r.l.

La seconda classificata ha impugnato la determinazione suddetta con ricorso per motivi aggiunti notificato il 6 dicembre 2018 e depositato il 18 dicembre successivo.

I motivi aggiunti sono collocati sotto le seguenti rubriche:

I) Violazione e falsa applicazione dell'articolo 68 del d.lgs. 50/2016. Violazione art. 6, lettera A e D, del Capitolato tecnico. Eccesso di potere per difetto di motivazione.

In mancanza di un'espressa dichiarazione di equivalenza del prodotto offerto e della documentazione attestante la sussistenza di tale condizione, l'offerta di Limacorporate S.p.a. (comunque inerente ad un prodotto effettivamente privo

delle richieste caratteristiche tecniche) avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

II) *Violazione e falsa applicazione art. 95, comma 15, del d.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione del Disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione.*

La riduzione del numero delle offerte ammesse a valutazione (da 8 a 2) avrebbe imposto il ricalcolo dei punteggi, non sussistendo nella fattispecie i presupposti per l'applicazione del principio di invarianza stabilito dall'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016: ciò avrebbe consentito alla ricorrente, che aveva conseguito il miglior punteggio per l'offerta tecnica, di aggiudicarsi la gara.

In conclusione, la ricorrente insta per l'annullamento del provvedimento impugnato e per la declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* eventualmente stipulato ovvero, in subordine, per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni per equivalente.

Si costituiva in giudizio la stazione appaltante A.Li.Sa., opponendosi all'accoglimento del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti in quanto infondati nel merito.

La controinteressata Smith & Nephew S.r.l. ha depositato una memoria con cui eccepisce l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti e l'infondatezza delle censure ivi proposte.

Con l'ordinanza n. 15 del 16 gennaio 2019, è stata accolta l'istanza cautelare accedente al ricorso per motivi aggiunti e fissata l'udienza per la trattazione di merito.

Nelle more, il nuovo provvedimento di aggiudicazione era stato impugnato anche da Smith & Nephew S.r.l. (classificatasi al primo posto della graduatoria annullata in autotutela ed esclusa da quella definitivamente approvata) con ricorso notificato il 21 novembre 2018 e depositato il 29 novembre successivo (r.g. n. 800/2018).

Questi i motivi di gravame:

- I) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 7, 21 nonies della l. n. 241/1990. Inosservanza dei principi di partecipazione al procedimento amministrativo e del contraddittorio. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.*
- II) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 7, 21 nonies della l. n. 241/1990. Inosservanza dei principi di partecipazione al procedimento amministrativo e del contraddittorio. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. Difetto di motivazione. Illogicità. Travisamento dei fatti presupposti.*
- III) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 7, 21 nonies della l. n. 241/1990. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. Difetto di motivazione. Illogicità. Travisamento dei fatti presupposti. Sotto ulteriore profilo.*
- IV) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 7 della l. n. 241/1990. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. Inosservanza dei principi di partecipazione al procedimento amministrativo e del contraddittorio. Violazione del principio di tassatività dei casi di esclusione e del procedimento trasparente da parte della P.A. Violazione e falsa applicazione dell'art. 68 del d.lgs. 50/2016. Travisamento dei presupposti di fatto e diritto. Macroscopica illogicità e contraddittorietà dell'operato della pubblica amministrazione.*
- V) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del d.lgs. 50/2016. Violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione. Violazione del principio di affidamento, del principio di par condicio e di trasparenza dell'operato della pubblica amministrazione.*
- VI) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 7, 21 nonies della l. n. 241/1990. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. Difetto di motivazione. Illogicità. Travisamento dei fatti presupposti. Contraddittorietà.*

In buona sostanza, l'esponente denuncia l'omessa comunicazione di avvio del procedimento volto all'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione e alla formazione di una nuova graduatoria nonché l'infondatezza delle ragioni poste a fondamento della sua esclusione.

Essa insta, in conclusione, per l'annullamento del provvedimento impugnato e per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

Resistono al ricorso la stazione appaltante A.Li.Sa. e le Società controinteressate, tutte argomentando nel senso dell'infondatezza delle censure di controparte.

Con l'ordinanza n. 19 del 16 gennaio 2019, è stata accolta l'istanza cautelare incidentalmente proposta con il ricorso n. 800/2018 e fissata l'udienza per la trattazione di merito, congiuntamente al ricorso n. 654/2018.

Le parti in causa hanno depositato memorie difensive e di replica nei due giudizi.

I ricorsi, infine, sono stati chiamati alla pubblica udienza del 27 marzo 2019 e, previa trattazione orale congiunta, sono stati trattenuti dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1) In ragione dell'evidente connessione oggettiva e soggettiva, va preliminarmente disposta la riunione dei ricorsi proposti avverso gli atti della stessa gara d'appalto.

2) In via preliminare, si pone anche la questione concernente l'ordine di trattazione dei ricorsi.

Smith & Nephew S.r.l. ritiene che il suo ricorso, contraddistinto dal r.g. n. 800/2018, dovrebbe essere scrutinato prima dei motivi aggiunti proposti nell'ambito del giudizio introdotto da Zimmer Biomet S.r.l. con il ricorso r.g. n. 654/2018.

I predetti motivi aggiunti, infatti, investono solo *in parte qua* l'impugnato provvedimento di autotutela, limitatamente alla posizione dell'aggiudicataria Limacorporate S.p.a.

L'accoglimento delle censure sollevate da Smith & Nephew S.r.l. determinerebbe, invece, l'integrale caducazione del provvedimento di secondo grado, con conseguente reviviscenza dell'originaria aggiudicazione.

Ritiene il Collegio di non aderire al suggerito *modus operandi* che, pur ispirato a criteri di priorità logica, potrebbe portare in concreto ad un risultato non in linea con la tutela piena dell'interesse pubblico e della legalità.

Anche alla luce delle ragioni sostanziali sottese all'annullamento in autotutela della prima aggiudicazione, appare preferibile, quindi, seguire l'ordine di acquisizione dei ricorsi introduttivi.

3) Il primo ricorso (r.g. n. 654/2018) è stato proposto da Zimmer Biomet S.r.l. per l'annullamento del provvedimento in data 27 luglio 2018 di aggiudicazione della gara d'appalto, per quanto concerne il lotto n. 8, a Smith & Nephew S.r.l.

Come anticipato in premessa, la ricorrente, classificatasi al settimo posto della graduatoria, deduceva che tutte le offerte concorrenti avrebbero dovuto essere escluse in quanto prive delle caratteristiche tecniche richieste dalla legge di gara, non essendo stata dimostrata l'equivalenza dei rispettivi prodotti al modello di riferimento (stelo tipo "Spotorno") e al materiale richiesto per il cotile (metallo trabecolare).

Tali doglianze, fatte valere anche in via amministrativa, sono state condivise quasi per intero dalla stazione appaltante che, con successivo provvedimento del 6 novembre 2018, ha annullato in autotutela l'impugnato provvedimento di aggiudicazione e formato una nuova graduatoria nella quale figurano due sole concorrenti.

L'intervenuto annullamento in autotutela del provvedimento impugnato rende evidentemente improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso introduttivo di Zimmer Biomet S.r.l.

4) Con i motivi aggiunti, è stata impugnata la nuova graduatoria approvata con il menzionato provvedimento di secondo grado, nella quale l'offerta della ricorrente occupa il secondo posto ed è preceduta da quella di Limacorporate S.p.a.

Eccepisce la controinteressata Smith e Nephew S.r.l. che il ricorso per motivi aggiunti sarebbe inammissibile in quanto la ricorrente, non avendo sollevato specifiche contestazioni nei confronti dei punteggi assegnati alle concorrenti che la precedevano nell'originaria graduatoria, non dimostra che avrebbe potuto conseguire l'aggiudicazione della gara tramite scorrimento della stessa,

nonché per acquiescenza al provvedimento di autotutela nella parte in cui esclude la condizione di esclusività dello stelo tipo “Spotorno”.

Tali eccezioni sono prive di pregio.

Infatti, la ricorrente non aveva contestato la valutazione delle offerte delle imprese meglio classificate, ma la loro stessa ammissibilità al confronto competitivo per mancanza delle richieste specifiche tecniche.

Appare evidente, quindi, che l’eventuale accoglimento delle censure sollevate dalla ricorrente avrebbe comportato il subentro della stessa nell’aggiudicazione della gara.

La natura delle doglianze sollevate con il ricorso introduttivo esclude, in secondo luogo, che si possa ravvisare alcun comportamento acquiescente da parte della Società Zimmer Biomet, sicché appare radicalmente infondata anche la seconda eccezione di inammissibilità.

5) Nel merito, sostiene l’esponente, con il primo motivo aggiunto, che l’offerta aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa in quanto priva delle caratteristiche tecniche minime richieste dalla documentazione di gara.

Infatti, non avendo offerto una protesi tipo “Spotorno”, commercializzata dalla ricorrente, ma un altro prodotto, la controinteressata era tenuta a dimostrare che la sua soluzione corrispondesse effettivamente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche e, comunque, a rappresentare tale condizione di equivalenza con specifica dichiarazione e adeguata documentazione.

La carenza di tali elementi non potrebbe essere compensata, come verificatosi nella fattispecie, attraverso le valutazioni tecniche discrezionalmente formulate dalla Commissione di gara.

In ogni caso, il prodotto offerto dall’aggiudicataria sarebbe effettivamente privo delle necessarie caratteristiche tecniche, poiché lo stelo della protesi, pur simile a quello “Spotorno”, si discosta dai principi fondamentali che governano il funzionamento di tale modello.

Si controverte, pertanto, in ordine all’applicazione del “principio di equivalenza tecnica” sancito dall’art. 68 del d.lgs. n. 50/2016 al fine di evitare

che l'utilizzo delle specifiche tecniche possa risultare strumentale ad indebite restrizioni del confronto concorrenziale.

Stabilisce il comma 6 dell'art. 68 che, fatta salva l'ipotesi in cui siano giustificate dall'oggetto dell'appalto, *“le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un operatore economico specifico, né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono tuttavia consentiti, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando il comma 5. In tal caso la menzione o il riferimento sono accompagnati dall'espressione «o equivalente»”*.

Il successivo comma 7 precisa che, *“quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche tecniche di cui al comma 5, lettera b), le amministrazioni aggiudicatrici non possono dichiarare inammissibile o escludere un'offerta per il motivo che i lavori, le forniture o i servizi offerti non sono conformi alle specifiche tecniche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente dimostra, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'articolo 86, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche”*.

Nel caso in esame, il principio di equivalenza è stato applicato dalla legge di gara che, subito dopo l'indicazione relativa al modello di stelo richiesto, riportava la formula *“o equivalenti?”*, pur senza precisare il *quando* e il *quomodo* della dimostrazione di equivalenza del prodotto offerto.

La generica dichiarazione, resa attraverso la compilazione del modello di offerta tecnica predisposto dalla stazione appaltante, *“che nei prodotti offerti nella presente procedura sono presenti tutti i requisiti tecnici minimi (pena esclusione), previsti ai paragrafi nel Capitolato tecnico - Sezione A allegato al Disciplinare di gara”*, non costituiva ovviamente prova dell'equivalenza del prodotto offerto rispetto a quello indicato nei documenti di gara.

La Commissione giudicatrice, pertanto, ha ritenuto di supplire autonomamente all'accennata carenza, stabilendo che, secondo la propria valutazione tecnico-discrezionale, il prodotto di Limacorporate fosse “*complessivamente e funzionalmente equivalente al tipo Spotorno*” (cfr. verbale della riunione del 19 ottobre 2018).

A prescindere dalla genericità dei termini che esprimono la valutazione suddetta, tale *modus operandi* non appare rispettoso delle esigenze di *par condicio* tra i concorrenti e di trasparenza delle operazioni di gara (cfr. Cons. Stato, sez. III, 28 settembre 2018, n. 5568).

Ha precisato la giurisprudenza amministrativa, infatti, che il citato comma 6 dell'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016, a sua volta riproduttivo dell'art. 60, paragrafo 4, della direttiva 2014/25, deve essere interpretato nel senso che, “*quando le specifiche tecniche che figurano nei documenti di gara fanno riferimento ad un marchio [...] l'ente aggiudicatore deve esigere che l'offerente fornisca, già nella sua offerta, la prova dell'equivalenza dei prodotti che propone rispetto a quelli definiti nelle citate specifiche tecniche*” (Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2019, n. 1100).

In aderenza a tale principio e considerando che il disposto di cui all'art. 68 citato ha forza eterointegrante della legge di gara, va diagnosticata la fondatezza della censura sollevata con il primo motivo aggiunto di ricorso, dal momento che l'appalto (*recte*: il lotto che forma oggetto di contestazione) è stato aggiudicato a Limacorporate S.p.a., malgrado questa non avesse fornito al momento dell'offerta la prova dell'equivalenza del prodotto offerto rispetto al modello “Spotorno” indicato dalla stazione appaltante.

6) Analoga diagnosi di fondatezza si impone relativamente alle censure dedotte con il secondo motivo aggiunto di Zimmer Biomet S.r.l., concernenti il mancato ricalcolo dei punteggi assegnati alle uniche due offerte rimaste in gara.

Ciò avrebbe comportato l'alterazione del doveroso equilibrio tra il peso del fattore qualità rispetto al fattore prezzo, con il risultato di favorire in maniera

decisiva la concorrente che aveva presentato l'offerta più bassa, indipendentemente dal valore della sua offerta tecnica.

L'esclusione delle altre sei offerte avrebbe imposto, invece, di ricalcolare il punteggio economico, facendo applicazione della specifica regola che la legge di gara aveva previsto, proprio al fine di *“non frustrare la ratio del metodo di aggiudicazione adottato”*, per il caso in cui le offerte da valutare fossero soltanto due (cfr. disciplinare di gara, pag. 35).

La stazione appaltante ha ritenuto che tale opzione procedurale fosse preclusa dall'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui *“ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte”*.

E' stata fatta concreta applicazione, cioè, del cosiddetto principio di *“invarianza della soglia”* che, a tutela dell'esigenza di garantire la celerità dell'affidamento e la stabilità degli esiti della gara, sancisce l'immodificabilità della graduatoria e l'irrilevanza delle sopravvenienze, pur se determinate da vicende giudiziarie.

Il tutto allo scopo di evitare contenziosi strumentali, promossi al solo fine di rimettere in discussione, per il tramite indiretto della modifica della platea dei concorrenti, il calcolo delle medie e la soglia di anomalia una volta che siano state rese note le offerte e, quindi, possano essere apprezzati gli effetti che esse producono sulle medie e sulla soglia predette.

Nel caso in esame, non ricorrono i presupposti che giustificano il *“blocco della graduatoria”* realizzato dalla stazione appaltante.

Infatti, anche prescindendo dal carattere evidentemente non strumentale dell'istanza di autotutela proposta dall'odierna ricorrente (intesa a conseguire l'aggiudicazione della gara tramite l'esclusione di tutte le offerte concorrenti), l'accoglimento dell'istanza medesima non implicava la considerazione di *“valori medi”* né, tantomeno, la rideterminazione dell'eventuale soglia di anomalia, ma solo l'applicazione della formula prevista dal disciplinare in

relazione alle due offerte rimaste in gara, necessaria per garantire la concreta operatività del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

7) Per tali ragioni, è fondato e, pertanto, deve essere accolto il ricorso per motivi aggiunti proposto da Zimmer Biomet S.r.l.

8) Occorre procedere, a questo punto, allo scrutinio delle censure sollevate nei confronti dello stesso provvedimento da Smith & Nephew S.r.l. con il ricorso n. 800/2018.

La prima doglianza concerne l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento volto all'annullamento in autotutela della prima aggiudicazione. Essa è fondata.

Secondo giurisprudenza pacifica, qualora intenda procedere al riesame in autotutela del provvedimento di aggiudicazione (definitiva) della procedura di affidamento di un contratto pubblico, l'Amministrazione è tenuta ad adempiere alla prescrizione imposta dall'art. 7 della legge n. 241/1990, provvedendo alla comunicazione dell'avvio del procedimento nei confronti dell'impresa aggiudicataria la cui sfera giuridica potrebbe risultare incisa dagli effetti sfavorevoli derivanti dall'adozione dell'atto conclusivo (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2015, n. 1279).

Nel caso in esame, non essendo contestata l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento finalizzato all'annullamento dell'aggiudicazione né risultando indicate nell'atto circostanze atte a rendere conto della sussistenza di ragioni di particolare speditezza, risulta violato l'art. 7 della legge n. 241/1990.

Non si ravvisano, infine, i presupposti per ritenere applicabile la disposizione di cui all'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990 in quanto, a fronte della natura discrezionale del provvedimento in questione, non può certo escludersi che l'apporto partecipativo del privato potesse incidere sul suo contenuto dispositivo.

9) Nel merito, l'aggiudicazione a favore di Smith & Nephew S.r.l. è stata annullata in quanto *“i cotili non sono di metallo trabecolare ma titanio poroso, non*

corrispondenti a quanto richiesto in capitolato tecnico”.

Quest’ultimo documento riportava la seguente indicazione: *“Cotile a press-fit con metallo trabecolare”.*

Le specifiche tecniche non richiedevano, quindi, che il cotile fosse realizzato in tantalio (come pretende la controparte) né da altro specifico metallo; tantomeno era espressamente esclusa la possibilità di offrire protesi con il cotile composto da titanio.

Era richiesto solamente che tale elemento fosse costituito da “metallo trabecolare”, nozione che identifica un metallo avente caratteristiche atte a richiamare la struttura spugnosa della parte interna dell’osso.

Non essendo stato dimostrato che le caratteristiche del titanio non consentano di ricondurlo alla categoria del “metallo trabecolare”, risulta illegittima l’esclusione fondata su tale circostanza.

10) Essendo state esaminate tutte le questioni rilevanti ai fini del decidere, anche il ricorso n. 800/2018 è fondato e, pertanto, deve essere accolto.

11) L’accoglimento delle domande proposte in principalità dalle due ricorrenti comporta l’annullamento dell’impugnato provvedimento n. 394 del 6 novembre 2018, con cui è stata annullata in autotutela la prima aggiudicazione e contestualmente approvata la nuova graduatoria delle offerte per il lotto n. 8 della gara d’appalto.

Non risultando intervenuta la stipulazione del contratto d’appalto, non occorre provvedere, invece, sulle domande di inefficacia dello stesso e di risarcimento dei danni.

12) Le spese processuali, equitativamente liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza nei confronti della stazione appaltante, mentre possono essere compensate nei confronti delle Società controinteressate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando:

- riunisce i ricorsi in epigrafe;

- dichiara improcedibile il ricorso n. 654/2018 e accoglie i motivi aggiunti;
- accoglie il ricorso n. 800/2018;
- per l'effetto, annulla l'impugnata determinazione n. 394 del 6 novembre 2018;
- condanna A.Li.Sa. al pagamento delle spese di lite che liquida nella somma complessiva di euro 2.500,00 (duemilacinquecento euro), oltre accessori di legge, in favore di ciascuna ricorrente.
- compensa le spese nei confronti delle Società controinteressate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 27 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Richard Goso, Consigliere, Estensore

Paolo Nasini, Referendario

L'ESTENSORE
Richard Goso

IL PRESIDENTE
Giuseppe Daniele

IL SEGRETARIO