



Autorità Nazionale Anticorruzione
Il Presidente

DELIBERA N. 336 DEL 10 aprile 2019

Oggetto: Istanza presentata da Zimmer Biomet Italia S.r.l. - Procedura aperta per la fornitura di protesi ortopediche n. 87 lotti – Gara ARCA_2015_51. Importo a base di gara dei lotti: euro 46.521.469,85 oltre IVA. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. S.A.: ARCA – Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.A.

PREC 6/19/F

Il Consiglio

VISTA l'istanza prot. 10222 del 1.2.2018 e prot. 10277 del 2.2.2018 presentata dalla Zimmer Biomet Italia srl;

CONSIDERATO che l'istante lamenta l'illegittimità della formula proporzionale inversa utilizzata dalla stazione appaltante per l'attribuzione del punteggio all'elemento prezzo ($PE = 40 * V_{min} / V_{oi}$) ritenuta illogica ed irragionevole in quanto la stessa non consentirebbe la distribuzione di tutti i punti messi in palio dall'amministrazione, finendo inevitabilmente per falsare la concorrenza;

VISTO il ricorso al TAR per la Lombardia presentato da Zimmer Biomet Italia Srl e allegato all'istanza;

CONSIDERATO che il ricorso al TAR, pur riguardando la medesima procedura di gara oggi censurata, aveva ad oggetto profili di illegittimità distinti rispetto a quello sollevato dinanzi all'ANAC e che, pertanto, la censura presentata è stata conseguentemente ritenuta ammissibile;

VISTA la comunicazione di avvio del procedimento prot. n. 11526 del 12.2.2019;

VISTA la nota della controinteressata Smith & Nephew Srl prot. 12998 del 18.2.2019;

CONSIDERATO che la controinteressata sostiene l'inammissibilità dell'istanza per carenza di interesse concreto al conseguimento del parere tenuto conto: a) che il bando è ormai inoppugnabile e che per molti lotti sono state già stipulate le relative convenzioni; b) che l'unico risultato che si potrebbe auspicare è un annullamento in autotutela che sarebbe da un lato tardivo ai sensi dell'art. 21-*nonies* della l. 241/1990 oltre che dannoso per gli interessi della stessa Zimmer Biomet Italia Srl poiché comporterebbe l'annullamento di tutti i lotti, compresi quelli che la medesima si è aggiudicata; c) che l'applicazione di altra formula matematica (in merito alla quale peraltro la Zimmer Biomet Italia Srl non ha fornito indicazioni) non garantirebbe all'istante l'aggiudicazione dei lotti contestati;

RITENUTO di non ravvisare la suddetta carenza, permanendo, comunque, in capo all'istante l'interesse ad ottenere un pronunciamento sul tema, soprattutto in vista della



Autorità Nazionale Anticorruzione
Il Presidente

nuova procedura che a breve (secondo quanto si apprende dalla memoria presentata dalla Smith & Nephew s.r.l.) sarà bandita sul medesimo oggetto;

VISTA la nota della stazione appaltante prot. 13012 del 18.2.2019;

CONSIDERATO che la stazione appaltante ha contestato le motivazioni dell'istanza, sostenendo, da un lato, che esistono condizioni per le quali la formula consente la distribuzione di tutto il punteggio, dall'altro che tale formula è stata ritenuta legittima anche dal Consiglio di Stato in quanto non idonea a produrre effetti distorsivi se correttamente utilizzata (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 10 aprile 2018, n. 2185) e che, comunque, non ha prodotto effetti distorsivi nel caso della Zimmer Biomet Italia Srl Zimmer la quale non ha ricevuto alcun danno in graduatoria per via del ricorso a tale formula;

CONSIDERATO che l'Autorità sotto la vigenza del d.lgs. 163/2006 si è più volte pronunciata sulla formula in esame censurandola sotto diversi profili, sia perché non idonea ad attribuire l'intero *range* del punteggio e quindi potenzialmente in grado di appiattire la concorrenza sul prezzo sia perché attribuisce un punteggio positivo anche a fronte di un'offerta priva di miglioramenti sul prezzo;

VISTA la determinazione 24 novembre 2011, n. 7 par. 5 dove, relativamente all'allegato P del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, si precisa che *“le procedure e le formule stabilite nel Regolamento consentono di attribuire il punteggio stabilito nel bando di gara in tutti i suoi valori. In ogni caso, al valore più favorevole (nel caso del prezzo: ribasso massimo o prezzo minimo) deve corrispondere il coefficiente pari ad uno ed al valore meno favorevole (nel caso del prezzo: ribasso zero o prezzo posto a base di gara) deve corrispondere il coefficiente pari a zero”*;

RITENUTO che la formula, sebbene nel caso di specie non abbia appiattito la competizione sul prezzo - non avendo compresso in modo eccessivo la distribuzione del punteggio economico - tuttavia non risulti matematicamente idonea a garantire che venga attribuito un punteggio pari a zero in ogni caso in cui ci sia un'offerta pari al prezzo posto a base di gara (quindi priva del relativo miglioramento).

Il Consiglio

ritiene che la formula prevista nel disciplinare di gara non sia idonea a garantire l'attribuzione dei punteggi in modo proporzionale, in quanto non consente di attribuire l'intero *range* previsto in ordine agli stessi, variabile da zero al massimo fissato nel disciplinare.

Il Presidente f.f.
Prof.ssa Nicoletta Parisi

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 aprile 2019

Il segretario Maria Esposito