



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

PARERE N. 197 DEL 25 NOVEMBRE 2015

PREC 98/15/F

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata da Assut Europe S.p.A. – Procedura aperta in modalità telematica mediante i servizi applicativi accessibili tramite il portale EmPulia (www.empulia.it) in unione d’acquisto tra ASL FG e Azienda ospedaliero-universitaria “Ospedali Riuniti” di Foggia per la fornitura in regime di somministrazione di materiale per suture (lotti 37) – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base d’asta complessivo per i 37 lotti: euro 13.007.512,45 (valore complessivo stimato per l’ipotesi di esercizio di facoltà di proroga: euro 28.616.527,39) – S.A.: Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti di Foggia

Procedura di gara telematica – Registrazione delle offerte

Ove il mancato completamento della procedura telematica di registrazione delle offerte sul portale elettronico non sia comprovato come imputabile al malfunzionamento della piattaforma telematica lo stesso integra una mancata partecipazione alla procedura di gara non sanabile da parte della stazione appaltante non essendo pervenuta l’offerta.

Offerta economicamente più vantaggiosa – Criteri e sub-criteri di valutazione – Discrezionalità tecnica

I criteri e i sub-criteri stabiliti dalla stazione appaltante nel disciplinare di gara ai fini della valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa sono espressione di discrezionalità tecnica sindacabile unicamente in caso di manifesta irrazionalità.

Art. 83, d.lgs. 163/2006 – Art. 283, d.p.r. 207/2010

Specifiche tecniche - Principio di equivalenza

Non è dimostrata l’illegittimità delle specifiche tecniche predisposte dalla stazione appaltante nel disciplinare di gara ove lo stesso contenga una clausola che prevede la possibilità per gli offerenti di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

trasmettere soluzioni equivalenti e in assenza della comprova in concreto dell'inapplicabilità del principio di equivalenza.

Art. 68, comma 4, d.lgs. 163/2006

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza prot. n. 109695/2014 la Assut Europe S.p.A. trasmetteva richiesta di parere all'Autorità contestando la procedura di gara indetta dall'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti di Foggia per la fornitura di materiale per suture per i seguenti profili: a) illegittimità della propria estromissione dalla procedura di gara per mancato completamento del caricamento delle offerte sul portale telematico dovuto a problematiche tecniche del portale stesso e che avrebbe dovuto essere sanata attraverso l'esercizio del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante; b) illegittimità del disciplinare di gara nella predisposizione dei criteri e sub-criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa per contrasto con l'allegato P punto II lett. a) punto 4 e lett. b) del d.p.r. 207/2010 in quanto consentirebbero alla commissione di gara di attribuire punteggio con un margine di discrezionalità troppo ampio; c) l'illegittimità delle specifiche tecniche contenute nel disciplinare per contrasto con l'art. 68, d.lgs. 163/2006 e che configurerebbero un "bando-fotografia".

L'Autorità comunicava l'avvio dell'istruttoria in data 22.04.2015.

La stazione appaltante trasmetteva memoria difensiva in data 29.04.2015 osservando che il criterio di aggiudicazione era stato adottato in maniera conforme alla normativa di settore, che la documentazione di gara riceveva il parere favorevole del Nucleo Regionale di Verifica Contratti e Appalti, che le censure sollevate avverso le specifiche tecniche sono generiche e comunque infondate visto che la normativa di settore (art. 68, comma 4, d.lgs. 163/2006) e la stessa documentazione di gara (art. 6 del disciplinare) prevedono la possibilità per i concorrenti di avvalersi del principio di equivalenza funzionale potendo proporre con l'offerta anche soluzioni equivalenti. Inoltre, l'istanza di parere proverrebbe da un'impresa che non ha partecipato alla procedura di gara l'offerta non essendo stata



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

registrata dal sistema telematico con la conseguenza che alcun soccorso istruttorio poteva esperirsi nei confronti della stessa.

Seguivano ulteriori memorie con documenti, trasmesse dalle parti in data 21.05.2015, oltre il termine previsto dal Regolamento.

Ritenuto in diritto

Con l'istanza di parere presentata la Assut Europe S.p.A. domanda un parere all'Autorità contestando l'illegittimità della propria estromissione dalla procedura di gara telematica che sarebbe dipesa dall'impossibilità di trasmettere nei termini l'offerta per causa imputabile alla stazione appaltante, l'illegittimità del disciplinare di gara in quanto contenente criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa in contrasto con l'allegato P punto II lett. a) punto 4 e lett. b) del d.p.r. 207/2010, l'illegittimità delle specifiche tecniche contenute nel disciplinare tecnico che sarebbero talmente dettagliate da integrare un "bando-fotografia".

La procedura di gara, indetta ai sensi dell'art. 55, 81 e 83, d.lgs. 163/2006, in unione d'acquisto tra l'Azienda ospedaliero-universitaria "Ospedali Riuniti" di Foggia e l'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Foggia (ASL FG) per la fornitura in regime di somministrazione di materiale per suture occorrenti alle strutture sanitarie delle predette Aziende, è stata strutturata su 37 lotti e con una gestione in modalità telematica mediante i servizi applicativi accessibili tramite il portale EmPulia. Il bando di gara veniva inviato per la pubblicazione sulla GUUE in data 30.05.2014; il termine di scadenza per la presentazione delle offerte era stabilito alla data del 30.07.2014. Prima di indire la procedura di gara, la stazione appaltante esperiva un'indagine di mercato telematica avvalendosi della stessa piattaforma regionale EmPulia e invitando le imprese iscritte nella categoria merceologica del settore di interesse al fine di verificare le quotazioni di mercato per i prodotti in gara, indagine cui l'istante non partecipava. Come da verbale di chiusura dei termini delle offerte del 31.07.2015, alla procedura partecipavano n. 19 concorrenti, mentre con riferimento all'impresa Assut Europe S.p.A. si attestava che erano pervenute solamente le campionature.

In riscontro alla richiesta di parere presentata si osserva quanto segue.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

L'art. 5 del disciplinare di gara prevedeva che l'offerta dovesse essere inviata esclusivamente per via telematica, a pena di esclusione, tramite il Portale EmPULIA, seguendo la procedura descritta nel disciplinare stesso e con l'avviso ai fornitori che desiderassero essere eventualmente assistiti per l'invio dell'offerta di richiedere l'assistenza almeno 3 giorni prima dalla scadenza nei giorni feriali e negli orari indicati. L'istante sostiene che vi sia stato un malfunzionamento del portale tale da impedirgli di trasmettere l'offerta in conformità alle prescrizioni del disciplinare di gara. Tuttavia, da una disamina della documentazione in atti relativa allo scambio di corrispondenza intervenuto tra il gestore del portale, il responsabile del procedimento e il legale difensore della Assut Europe S.p.A. non emerge prova di un malfunzionamento del sistema. Stando alle dichiarazioni rese nella corrispondenza proveniente dal responsabile del procedimento e dall'Help Desk del portale risulta che la Assut Europe S.p.A. abbia incontrato difficoltà nel caricamento delle offerte in ragione soprattutto di propri errori iniziali, ricevendo assistenza dal supporto tecnico senza tuttavia riuscire a completare tempestivamente le operazioni necessarie a far registrare le offerte sul portale. Si aggiunga che la società ha ricevuto assistenza nonostante essa abbia trasmesso la relativa richiesta in prossimità della scadenza del termine stabilito per la presentazione delle offerte e nonostante il disciplinare di gara avvisasse espressamente i concorrenti di richiedere l'assistenza per l'invio dell'offerta almeno 3 giorni prima dalla scadenza del termine finale. Ne consegue, in assenza di prova contraria e tenuto conto della corrispondenza esaminata, che il mancato completamento della procedura di trasmissione dell'offerta sul portale telematico non possa imputarsi a un malfunzionamento dello stesso o a una carente assistenza da parte dei soggetti preposti all'Help Desk del portale stesso. L'istante sostiene di avere caricato le proprie offerte relative a diversi lotti sulla piattaforma telematica che sarebbero risultate prive soltanto della firma digitale e che la campionatura relativa all'offerta tecnica sarebbe comunque pervenuta nei termini come dimostrerebbe il verbale della commissione di gara del 31.07.2015.

Posto che dalla documentazione esaminata e, in specie, dal verbale della commissione di gara del 31.07.2015 non si evince se le offerte siano state comunque acquisite nel sistema informatico, in ogni caso ai fini del loro perfezionamento la firma digitale sarebbe risultata necessaria ai sensi dell'art. 77, comma 6, lett. b), d.lgs. 163/2006 che, con riferimento ai dispositivi di trasmissione e ricezione elettronica delle offerte e ai dispositivi di ricezione elettronica delle domande di partecipazione,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

prescrive che le offerte presentate per via elettronica possono essere effettuate solo utilizzando la firma elettronica digitale come definita e disciplinata dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82. Né la campionatura pervenuta entro il termine di scadenza delle offerte può ritenersi integrare l'offerta stessa ove si consideri che – come chiarito in giurisprudenza – la stessa «non è un elemento costitutivo, ma semplicemente dimostrativo dell'offerta tecnica, che consente all'Amministrazione di saggiare e di toccare con mano, se così può dirsi, la bontà tecnica del prodotto offerto, e non può considerarsi parte integrante di essa, per quanto oggetto di valutazione, a determinati fini, da parte della Commissione giudicatrice, perché la sua funzione è quella, inequivocabile ed espressamente stabilita dall'art. 42, comma 1, lett. l), del d. lgs. 163/2006, di fornire la «*dimostrazione delle capacità tecniche dei contraenti*», per gli appalti di forniture, attraverso la «*produzione di campioni, descrizioni o fotografie dei beni da fornire*» (cfr. Cons. Stato, III, 8.09.2015, n. 4190).

Per le ragioni sopra esposte, in quanto la mancata registrazione delle offerte sul portale è equivalsa alla mancata partecipazione alla gara, la stazione appaltante non doveva adottare alcun provvedimento di esclusione poiché l'offerta non risultava pervenuta né poteva conseguentemente esercitare i poteri del soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 46, d.lgs. 163/2006 rispetto ad offerte non pervenute.

Per quanto concerne la censura sollevata avverso i predisposti criteri di valutazione delle offerte che sarebbero in contrasto con l'allegato P punto II lett. a) punto 4 e lett. b) del d.p.r. 207/2010 lasciando alla commissione di gara un eccessivo margine di discrezionalità nell'attribuzione dei punteggi, essa appare generica e non motivata adeguatamente a fronte di un disciplinare di gara che stabilisce criteri di valutazione riferiti a 37 lotti, con sub-criteri e sub-pesi ai fini della valutazione delle offerte tecniche e dell'attribuzione dei punteggi.

In giurisprudenza è stato evidenziato che le stazioni appaltanti godono di «piena discrezionalità nell'individuazione dei criteri da porre quale riferimento per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, purché pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto messo a gara e con il solo limite dell'irragionevolezza o illogicità» (cfr. Cons. Stato, V, 24.06.2014, n. 5375). Nella determinazione n. 7 del 24 novembre 2011 (Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture), è stato



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

indicato che è strettamente connessa alla scelta dei criteri di valutazione «l'indicazione della relativa ponderazione e, cioè, l'utilità che il singolo elemento di valutazione riveste per la stazione appaltante rispetto alla totalità degli elementi di valutazione dell'offerta per quello specifico appalto». Nella determinazione si osserva che «Quanto al merito della scelta relativa al peso o punteggio da attribuire a ciascun criterio, la discrezionalità della stazione appaltante trova, secondo la giurisprudenza, l'unico limite della “manifesta irrazionalità” della distribuzione dei punteggi rispetto allo scopo dell'intervento». Ancora, si legge in Cons. Stato, III, 24.04.2015, n. 2050: «Nelle gare pubbliche il punteggio numerico assegnato ai singoli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa integra una sufficiente motivazione a condizione che siano prefissati, con chiarezza e adeguato grado di dettaglio, i criteri di valutazione, prevedenti un minimo ed un massimo (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, III, n. 4698/2014 e n. 1169/2013); di modo che sussiste violazione dell'art. 83, del Codice dei contratti pubblici, in caso di mancata predeterminazione di precisi e puntuali criteri per l'attribuzione dei punteggi relativi agli elementi tecnici dell'offerta, atteso che solo la presenza di criteri sufficientemente puntuali consente la verifica dell'operato dell'Amministrazione da parte del privato, nonché l'effettivo esercizio del sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, III, n. 5909/2013 e n. 5060/2013)». Sempre il citato Consiglio di Stato indica: «Non può negarsi che il giudizio sulla sufficienza o meno del livello di articolazione degli elementi dell'offerta da valutare, e del grado di dettaglio della descrizione dei relativi criteri di valutazione (caratteristiche strutturali o funzionali da apprezzare, o viceversa limiti e criticità da penalizzare), resti nella maggior parte dei casi largamente opinabile. Fuori dell'ipotesi in cui sia demandato alla commissione giudicatrice un mero riscontro dell'esistenza di caratteristiche oggettivamente individuate, alle quali venga dunque attribuito un punteggio secco, da attribuire (in caso di esistenza) o non attribuire (in caso di inesistenza), in tutti gli altri casi - sia perché le caratteristiche sono descritte in modo non esaustivo, sia perché, comunque, è prevista l'attribuzione di un punteggio prefissato solo nel minimo o nel massimo - il sindacato si svolge sull'esercizio della discrezionalità della stazione appaltante, nel predisporre la griglia di valutazione e nel correlare (mediante la motivazione in senso stretto) la griglia alle caratteristiche delle diverse offerte».

A fronte delle clausole del disciplinare di gara che dettano una disciplina dei criteri di valutazione richiamando dettagliati sub-criteri e sub-pesi ai fini dell'attribuzione dei relativi punteggi



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

all'offerta tecnica, la censura sollevata dall'istante appare troppo generica non individuando specifiche criticità riferite a specifici lotti e specifici criteri di valutazione.

Appaiono altresì generiche le censure sollevate avverso le specifiche tecniche predisposte nel disciplinare di gara che violerebbero l'art. 68, d.lgs. 163/2006 ove si consideri che la clausola contenuta all'art. 5 del disciplinare di gara che prevede la possibilità per gli offerenti di presentare soluzioni equivalenti ai requisiti indicati nelle specifiche tecniche predisposte in conformità alle prescrizioni contenute all'art. 68, comma 4, d.lgs. 163/2006. Si legge, infatti, nella citata clausola: «Sono fatte salve le disposizioni di cui al 4° comma dell'art. 68 del D.Lgs. 163/2006. A tal proposito, giusta comma 6 del ridetto art. 68, qualora l'Operatore Economico concorrente intenda partecipare alla gara con proposta di soluzioni equivalenti ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche, dovrà formalmente segnalarlo in sede di offerta tecnica con separata dichiarazione alla medesima allegata».

Né è possibile, sulla base della documentazione in atti, compiere una valutazione in concreto della effettiva applicabilità nella procedura del principio di equivalenza.

Pertanto, alla luce delle considerazioni sopra esposte, valutata come infondata l'istanza di parere in oggetto,

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- il mancato completamento della procedura telematica di registrazione delle offerte sul portale elettronico non appare comprovato come imputabile al malfunzionamento della piattaforma telematica con la conseguenza che lo stesso integra una mancata partecipazione alla procedura di gara non sanabile con l'esercizio dei poteri di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante *ex* art. 46, comma 1, d.lgs. 163/2006 non essendo pervenuta l'offerta;

- non risulta motivata la censura di illegittimità sollevata avverso i criteri e i sub-criteri stabiliti dalla stazione appaltante nel disciplinare di gara ai fini della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa i quali sono espressione di discrezionalità tecnica sindacabile unicamente in caso di manifesta irrazionalità;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

- non risulta dimostrata l'illegittimità delle specifiche tecniche predisposte dalla stazione appaltante nel disciplinare di gara tenuto conto della clausola del disciplinare che prevede la possibilità per gli offerenti di trasmettere soluzioni equivalenti.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 3 dicembre 2015

Il Segretario Rosetta Greco