



DELIBERA N. 369

24 luglio 2024.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Europa Trading S.r.l. - Procedura aperta in modalità telematica ai sensi degli artt. 58 e 60 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i., finalizzata alla definizione di un accordo quadro da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 95 del D.Lgs 50/2016 e s.m.i., articolata in n. 94 lotti, per l'affidamento della fornitura, per 24 mesi, di materiale protesico e dispositivi medici monouso necessari alle unità operative di ortopedia della ASL di Latina - CIG: 9699823329- Importo a base di gara euro: 2.731.630,00 - S.A.: Azienda USL Latina

UPREC/PRE/0157/2024/F/PREC

Riferimenti normativi

Art. 95 d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Valutazione offerte tecniche – Criteri quantitativi – Formula attribuzione punteggio

Massima

Appalto pubblico – In genere – Offerta economicamente più vantaggiosa – Offerta tecnica– Criteri quantitativi – Formula attribuzione punteggio – Vincolo - Sussiste

In relazione ai criteri di valutazione delle offerte di natura quantitativa, la Commissione giudicatrice è tenuta ad accertare l'entità numerica dell'elemento offerto dal concorrente e ad attribuire il punteggio secondo la formula prevista negli atti di gara.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 24 luglio 2024



DELIBERA

VISTE le istanze acquisite ai prot. n. 60269 del 27 maggio 2024 e n. 64689 dell'8 giugno 2024, con cui la Europa Trading S.r.l. ha contestato gli esiti della procedura di gara in oggetto, relativamente ai lotti 6, 7, 11, 12, 13, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 35, 36, 38, 39, 40, 48, 49, 50, 51, 52, 56, 59, 60, 64, 65, 66, 67, 68, 72, 73, 74, 85 e 88;

RILEVATO, in particolare, che, con la prima istanza di precontenzioso, Europa Trading S.r.l. chiedeva all'Autorità di pronunciarsi, preliminarmente, sull'illegittimità del silenzio serbato dalla Stazione appaltante sull'istanza di accesso agli atti, presentata dall'istante nel mese di marzo ed evasa positivamente solo per alcuni lotti. Articolava, poi, le seguenti censure:

- 1) Erroneità dei punteggi attribuiti dalla Commissione di gara in relazione al sub-criterio di valutazione delle offerte "Gamme e misure dei prodotti", presente nella griglia di valutazione dei lotti da 1 a 59, 70-71, da 73 a 77, da 82 a 86, da 89 a 94, 87-88. Il disciplinare di gara prevedeva una modalità di attribuzione del punteggio quantitativa, stabilendo che: "*Verrà valutato il maggior numero di misure disponibili. Il punteggio sarà attribuito proporzionalmente applicando la seguente formula: Pi (punteggio azienda iesima) = P_{max} (Punteggio massimo attribuibile alla valutazione migliore) x Numero di misure o formati / Numero max misure o formati presentati*". Analogamente, in relazione ad altri lotti, era presente il criterio "Varietà di formati", con identica modalità di attribuzione del punteggio. Dall'esame dei verbali di gara, l'istante rilevava che la Commissione aveva attribuito un identico punteggio a tutte le offerte (8 punti per il criterio gamme e misure dei prodotti/15-20 per la Varietà di formati), pur essendo improbabile che tutti i concorrenti avessero offerto la stessa quantità di misure/formati. L'esame delle offerte tecniche relative al lotto 11 (ovvero l'unico dei lotti di cui l'Amministrazione aveva evaso positivamente e integralmente l'istanza di accesso presentata da Europa Trading S.r.l.), in cui il numero dei prodotti offerti era altamente diverso tra i vari concorrenti, pur non determinando una posizione diversa dell'istante in graduatoria, confermava l'errore nelle modalità di attribuzione del punteggio;
- 2) Illogico ed arbitrario punteggio attribuito dalla Commissione di gara in relazione al subcriterio "Varietà forme e misure dei prodotti", presente nella griglia del lotto 72. L'istante, tenuto conto che anche per tale criterio la Commissione aveva attribuito il medesimo punteggio alle offerte pervenute, contestava, per un verso, l'illogicità del metodo "discrezionale" di attribuzione del punteggio, prevista dal disciplinare di gara; censurava, poi, l'operato della Commissione che, per evitare decisioni arbitrarie, in assenza di prescrizioni da parte del disciplinare, avrebbe dovuto determinare, prima dell'apertura delle offerte, un indice di misurazione in grado di tradurre l'apprezzamento in un dato numerico, valorizzando elementi oggettivi quali le varietà di forme e misure dei prodotti offerti dai concorrenti, il che avrebbe condotto sicuramente a valutazioni diverse, con conseguente sicura modifica della graduatoria finale e possibilità per Europa Trading S.r.l., terza aggiudicataria con meno di 4 punti dalla prima classificata, di sostituire quest'ultima;
- 3) Manifesta illogicità del punteggio attribuito all'offerta tecnica presentata dall'istante in relazione a tre subcriteri: a) "Conformità del materiale offerto ai requisiti richiesti e finiture superficie", per il quale ad Europa Trading sono stati attribuiti 4,2 punti (corrispondenti ad un giudizio "discreto" espresso da tutti i commissari) nei lotti 11, 12, 49, 50, 51, 52, 56, 59, 85), 5,6 punti (corrispondenti ad un giudizio "buono" espresso da tutti i commissari) nei lotti 17, 18, 19, 20, 24, 25, 26, 29, 35, 36, 38, 39, 40, 73, 74, 88 e 7 punti (corrispondenti ad un giudizio "ottimo" espresso da tutti i commissari)



nei lotti 6, 7, 21, 27, 28, 32, 48, 58. L'arbitrarietà del punteggio attribuito sarebbe evidente in quanto il materiale utilizzato per dispositivi medici per osteosintesi è certificato ed è sottoposto a controlli rigidi con requisiti imprescindibili per tutti i produttori. Pertanto, la commissione tecnica, senza avere a disposizione un laboratorio per prove e analisi sul metallo, non avrebbe potuto esprimere un giudizio attendibile che andasse addirittura a sovrapporsi a quello reso da un ente certificatore; b) "Modalità di assistenza e presenza dello specialista", per il quale ad Europa Trading sono stati attribuiti punteggi diversi nei vari lotti in cui ha presentato offerta, nonostante la società avesse presentato il medesimo progetto formativo e le medesime modalità di svolgimento dell'assistenza per tutti i progetti, atteso che l'attività formativa, l'assistenza e altre azioni non si possono collegare al lotto specifico ma ad una politica aziendale che investe nella qualità del servizio; c) "Formazione ed aggiornamento personale". Nella griglia di valutazione qualitativa era specificato che sarebbe stata valutata la disponibilità oraria e la disponibilità a ripetere l'aggiornamento almeno due volte l'anno, corsi di formazione in occasione di upgrade tecnologici dei materiali e dei relativi strumentari. Europa Trading ha allegato la medesima dichiarazione per tutti i lotti a cui ha partecipato, formulata così come richiesto dalla stazione appaltante. Tuttavia, non le sono stati attribuiti i 4 punti previsti come punteggio massimo ma, a seconda dei lotti, un punteggio diverso (ad es. lotto 13 valutazione "buono"; lotto 6 valutazione "ottimo"). L'istante sostiene che per tutti i tre citati subcriteri avrebbe avuto diritto al punteggio massimo, con conseguente riformulazione della graduatoria;

RILEVATO che, con la seconda istanza di precontenzioso, presentata a seguito dell'ostensione, da parte della Stazione appaltante, delle offerte tecniche presentate dai concorrenti dei lotti 6, 7, 50, 51, 58 e 72, Europa Trading S.r.l. ha reiterato le precedenti censure, rappresentando, in particolare, che a seguito dell'esame delle schede tecniche di tutti gli offerenti dei suddetti lotti, è stato possibile applicare la formula prevista dall'Allegato B - Criteri di valutazione, per il calcolo del punteggio relativo al sub-criterio di valutazione quantitativo "Gamme e misure dei prodotti". Dall'applicazione della formula non è emerso alcun cambiamento nella posizione in graduatoria di Europa Trading per il lotto 50, mentre, nei lotti 6, 7, 51 e 58, nei quali all'istante è stato attribuito un punteggio non utile per l'aggiudicazione, il risultato risulta sovvertito, con acquisizione, da parte di Europa Trading, della seconda posizione nei lotti 6, 7 e 51 e della prima posizione, senza altri concorrenti in graduatoria, per il lotto 58. Allega, a tal fine, un prospetto riepilogativo delle offerte presentate dai vari concorrenti e del punteggio da assegnare in base alla formula prevista nel disciplinare;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 68479 del 19 giugno 2024;

VISTA la memoria di Hofer Italia S.r.l., acquisita al prot. n. 71651 del 24 giugno 2024, a difesa dell'opposizione all'accesso di Europa Trading S.r.l. all'intera offerta economica e a parte dell'offerta tecnica presentata, e quella dell'impresa D.M.R. Medical, acquisita al prot. n. 71957 del 24 giugno 2024 che, preso atto dei conteggi effettuati dall'istante in relazione al lotto 11 (i quali lo vedrebbero utilmente collocato in graduatoria) si è riservata di effettuare un accesso agli atti al fine di difendere i propri diritti;

VISTA la memoria, acquisita al prot. n. 74727 dell'1 luglio 2024, con cui l'ASL Latina, premessa una ricostruzione dell'iter di gara, ha rappresentato di aver trasmesso, in data 26 giugno 2024, ad Europa Trading S.r.l., tutta la documentazione richiesta. Nel merito, la Stazione appaltante si è limitata a rilevare che l'esempio proposto dall'istante a dimostrazione dell'erroneità del punteggio attribuito in relazione al criterio "Gamme e misure dei prodotti" (si ritiene che il riferimento sia all'esempio prodotto nella prima istanza di precontenzioso/memoria in merito al lotto 11) non sia idoneo a consentirgli di ottenere una posizione utile in graduatoria per l'aggiudicazione;



VISTI gli atti di gara e la documentazione trasmessa dalle parti;

VISTO il Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con Delibera n. 9 del 10 gennaio 2019, come modificato dalla delibera n. 528 del 12 ottobre 2022, applicabile *ratione temporis*;

RITENUTO, preliminarmente, di dover precisare che la questione originariamente sollevata dall'istante in merito al silenzio serbato dall'Amministrazione sull'istanza di accesso agli atti nonché la richiesta di Hofer Italia S.r.l., di accertare la legittimità del diniego opposto all'integrale ostensione dell'offerta presentata, sono inammissibili ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. a) del Regolamento di precontenzioso. Il Consiglio, nell'adunanza del 3 aprile 2019 ha riconosciuto, infatti, che l'Autorità non ha competenze di vigilanza in materia di accesso agli atti di cui alla legge 241/90 e, nell'adunanza del 12 ottobre 2022, ha declinato la propria competenza anche sulle questioni concernenti l'operatività, in fattispecie concrete, dei limiti all'accesso civico generalizzato di cui all'art. 5 bis, comma 2, lett. c) del d.lgs. 33/2013, trattandosi di valutazioni con implicazioni di merito rimesse esclusivamente alla Pubblica Amministrazione. Pertanto non sussiste una "questione controversa in fase di gara" che valga ad incardinare la competenza dell'Autorità;

RITENUTO, altresì, che le questioni sollevate dall'istante di cui ai precedenti punti 2) e 3) sono inammissibili ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c) e g) del Regolamento di precontenzioso. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 12/2020, ha enucleato il principio in forza del quale la pubblicazione degli atti di gara, eseguita ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016, è idonea a far decorrere il termine per l'impugnazione al pari della conoscenza delle informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del medesimo d.lgs. n. 50/2016, salva per queste ultime la possibilità di computare la dilazione corrispondente al tempo occorrente per assolvere all'istanza di accesso presentata dal concorrente interessato, laddove i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario. Applicando tali coordinate al caso di specie, si deve rilevare che: in data 13.3.2024, l'istante presentava una Segnalazione all'Autorità in cui rappresentava che, in merito alla procedura in oggetto, esaminati i verbali di gara pubblicati sul profilo del Committente, erano emerse una serie di criticità tra cui quelle indicate ai citati punti 2 e 3; in data 28.3.2024, l'ASL Latina trasmetteva anche all'istante l'atto del Direttore Generale n. 431 del 25.3.2024, impropriamente qualificato dalle parti quale proposta di aggiudicazione ma corrispondente, nei contenuti, ad un atto di aggiudicazione della procedura; con successiva Deliberazione del Commissario Straordinario dell'ASL di Latina n. 111 del 24.4.2024, pubblicata in pari data sul profilo del Committente e comunicata in data 26.4.2024, sono stati aggiudicati definitivamente i lotti della procedura in oggetto. La scansione temporale dimostra inequivocabilmente che i profili oggetto di censura erano noti all'istante sin dall'adozione dell'atto del Direttore Generale n. 431 del 25.3.2024; anche a voler qualificare come provvedimento di aggiudicazione solo la successiva Delibera n. 111 del 24.4.2024, tenuto conto della sua pubblicazione in pari data sul profilo del Committente, l'istanza di precontenzioso presentata in data 27 maggio 2024 è tardiva, ovvero proposta oltre il termine per l'impugnazione, in sede giurisdizionale, dell'atto contestato. Inoltre, in merito al lotto 72, si deve rilevare che l'istante, anche in seguito all'accesso alle offerte tecniche presentate dai concorrenti, non ha fornito alcun principio di prova in ordine al fatto che avrebbe meritato un punteggio diverso, tale da consentirgli di raggiungere una posizione utile per l'aggiudicazione; pertanto, l'istanza, oltre ad essere tardiva, risulta inammissibile anche per l'assenza della prova dell'interesse concreto al rilascio del parere;

RITENUTO, infine, di dover precisare che la questione di cui al precedente n. 1 verrà esaminata con riferimento esclusivo ai lotti 6, 7, 51 e 58, ovvero a quei lotti per i quali l'istante, preso contezza delle offerte tecniche formulate dai concorrenti, ha dimostrato – con la seconda istanza di precontenzioso e



relativa memoria – di avere interesse diretto al rilascio del parere, potendo, dall'accoglimento delle censure proposte, ottenere una diversa e utile posizione in graduatoria (a tal fine, si ricorda che il disciplinare di gara prevedeva la stipula di un Accordo Quadro multifornitore, con aggiudicazione di ciascun lotto ad un massimo di tre fornitori, con percentuali massime di esecuzione della prestazione così suddivise: 1° in graduatoria 50%, 2° in graduatoria 30%, 3° in graduatoria 20%);

CONSIDERATO che, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, condiviso dall'Autorità in numerosi precedenti, il sindacato di legittimità sull'attività valutativa delle commissioni di gara (e sull'attribuzione dei punteggi alle offerte formulate dagli operatori economici), attività che costituisce manifestazione dell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta dalla legge all'amministrazione per il perseguimento dell'interesse pubblico affidato alle sue cure, è circoscritto – nei limiti delle censure dedotte – ad una verifica c.d. esterna (non per questo limitata o inidonea a garantire la effettività della tutela giurisdizionale, bensì solo coerente e rispettosa del principio di separazione dei poteri), volta cioè a verificare se le valutazioni effettuate non siano inficiate da manifesta illogicità, irrazionalità, irragionevolezza, arbitrarietà o travisamento dei fatti ovvero se le stesse, per quanto opinabili, non abbiano palesemente esorbitato i limiti della plausibilità. Il fondamentale principio della separazione dei poteri non ammette che il giudice o l'Autorità possa sostituire le proprie valutazioni a quelle dell'amministrazione, così che quelle valutazioni sfuggono al sindacato di legittimità tranne le già indicate ipotesi in cui le stesse siano inficiate da manifesta illogicità, irrazionalità, irragionevolezza, arbitrarietà o travisamento dei fatti ovvero, per quanto opinabili, non abbiano palesemente esorbitato i limiti della plausibilità e salva ancora l'abnormità manifesta della scelta tecnica contestata (ex multis, Cons. Stato, 29 aprile 2024, n. 3857; Consiglio di Stato, sez. V, 24 agosto 2023, n. 7931; 2021Cons. Stato, III, 4 novembre 2020, n. 6818; V, 6 maggio 2019, n. 2893; IV 31 agosto 2018, n. 5129; Delibera Anac n. 13 del 10 gennaio 2024, n. 614 dell'8 settembre 2021, n. 424 del 26 maggio);

RILEVATO che l'allegato B del disciplinare di gara individuava, in relazione ai citati lotti, il seguente sub-criterio " *Gamme e misure dei prodotti. Verrà valutato il maggior numero di misure disponibili. Il punteggio sarà attribuito proporzionalmente applicando la seguente formula: P_i (punteggio azienda *iesima*)= P_{max} (Punteggio massimo attribuibile alla valutazione migliore) x Numero di misure o formati / Numero max misure o formati presentati*". Il criterio, di natura quantitativa, ancorava l'attribuzione del punteggio ad un dato numerico, ovvero il numero di misure o formati presentati dal concorrente, vincolando in maniera chiara e precisa le modalità di attribuzione del punteggio; la Commissione, pertanto, accertato il numero di misure e formati indicati nell'offerta del concorrente, avrebbe dovuto applicare la formula prevista nel disciplinare ai fini dell'attribuzione del punteggio;

RILEVATO che dall'esame dei verbali di gara e tenuto conto di quanto rappresentato dall'istante circa la diversità del numero di misure o formati offerti dai vari concorrenti, appare chiaro che la Commissione, nell'attribuire il medesimo punteggio a tutte le offerte pervenute, non abbia dato applicazione a quanto stabilito nel citato allegato del disciplinare di gara;

RITENUTO, pertanto, che in relazione ai lotti 6, 7, 51 e 58, la valutazione delle offerte tecniche dei concorrenti e l'attribuzione dei punteggi per il sub-criterio "Gamme e misure dei prodotti" effettuata dalla Commissione è difforme dalle chiare e puntuali prescrizioni del disciplinare di gara;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni che precedono, che:



- La questione relativa al silenzio serbato dall'Amministrazione sull'istanza di accesso agli atti nonché la richiesta di Hofer Italia S.r.l., di accertare la legittimità del diniego opposto all'integrale ostensione della propria offerta sono inammissibili ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. a) del Regolamento di precontenzioso;
- Le questioni di cui ai punti 2) e 3) sono inammissibili ai sensi dell'art. 7, comma 1, lett. c) e g) del Regolamento di precontenzioso, in quanto dirette a far valere l'illegittimità di un atto della procedura di gara autonomamente impugnabile, rispetto al quale, al momento della presentazione dell'istanza, erano già decorsi i termini di impugnazione in sede giurisdizionale e, in relazione al lotto 72, mancanti della prova dell'interesse concreto dell'istante al rilascio del parere;
- Limitatamente ai lotti 6, 7, 51 e 58, l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice in relazione al sub-criterio di valutazione delle offerte "Gamme e misure dei prodotti" non è conforme alle prescrizioni dell'allegato B al disciplinare di gara.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 luglio 2024

Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente