



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

#### **Delibera n. 322 del 29 marzo 2017**

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Carl Zeiss S.p.a.- RDO no. 1095397 CONSIP Procedura negoziata a cottimo fiduciario, mediante richiesta di offerta (RDO) plurima, per la fornitura, installazione di n.1 microscopio operatorio per SO Oculistica presso l'Ospedale Infermi di Rimini. Importo a base di gara eruo:130.000 IVA esclusa. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. S.A.: Servizio Sanitario Regionale Emilia-Romagna- AUSL della Romagna

#### **PREC 90/16/F**

#### **Offerta economicamente più vantaggiosa - valutazione dell'offerta tecnica – modifica degli elementi minimi del capitolato da parte della commissione giudicatrice- illegittimità-**

*E' illegittima la valutazione delle offerte tecniche effettuata dalla commissione di gara sulla base di specifiche tecniche diverse da quelle stabilite dalla lex specialis.*

#### **Art. 83, d.lgs.163/2006**

#### **Il Consiglio**

VISTA l'istanza di parere prot. n.16443 dell'8 novembre 2016 presentata da Carl Zeiss s.p.a., con la quale l'istante contesta la legittimità della procedura per l'affidamento della fornitura in oggetto, a motivo della intervenuta modifica del capitolato di gara avvenuta *ex post* ad opera della commissione aggiudicatrice e l'illogicità nell'attribuzione del punteggio alla offerta tecnica dalla stessa presentata, che ne che avrebbe comportato l'esclusione; l'istante sostiene che la commissione giudicatrice avrebbe valutato le offerte in base a prescrizioni tecniche difformi rispetto a quelle previste nel capitolato, violando in tal modo i principi di trasparenza, non discriminazione, proporzionalità e ragionevolezza.

VISTO l'avvio dell'istruttoria, avvenuto in data 1 dicembre 2016.

VISTA la memoria di replica del 6 dicembre 2016, con la quale la stazione appaltante sostiene che la *“la Commissione giudicatrice, pur avendo riportato nel verbale di gara un elenco sbagliato di specifiche tecniche, ha valutato le offerte tecniche presentate utilizzando, quale unico riferimento, le specifiche tecniche descritte dal Capitolato Speciale posto a base di gara”* e che l'offerta dell'istante è stata esclusa non perché priva delle caratteristiche minime erroneamente riportate, ma perché non *“ha raggiunto la soglia minima di punteggio tecnico richiesto dagli atti di gara”*.

VISTA la memoria trasmessa, in pari data, dall'impresa aggiudicataria, in qualità di controinteressata.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

VISTO il capitolato speciale di appalto, che, con riferimento alla valutazione dell'offerta tecnica, stabilisce quattro criteri e i relativi punteggi massimi di seguito indicati: A1) Caratteristiche Generali (dimensioni ingombri, posizionamento stativo, freni, sistema di illuminazione, movimentazione): max 20 punti; 2) Caratteristiche Particolari: (sistema ottico, osservatore e coosservatore, tilting e zoom, invertitore d'immagini, visione panoramica, telecamera, pedaliera, display): max. 25 punti; A3) Assistenza post-vendita (con particolare riferimento a tempi di intervento, risoluzione, garanzia, modalità contratto): max. 5 punti e prevede che saranno escluse dalla gara le offerte che otterranno un punteggio qualitativo, risultante dalla somma dei singoli punteggi attribuiti ad ognuno dei suddetti criteri di qualità, inferiore a 26/50 punti.

VISTO il verbale di gara del 12 luglio 2016, dal quale si rileva che, con riferimento al criterio sub A2) la commissione di gara attribuiva all'offerta tecnica presentata dall'istante il punteggio di *"non conforme- zero punti"* con la seguente motivazione: *"nell'offerta Zeiss è presente la lampada a fessura in versione integrata e non, ma è stata quotata tra gli opzionali e non compresa nell'offerta base ma solo in opzione, pertanto l'offerta base non è completa"* e, pertanto, il punteggio finale conseguito [derivante dalla somma dei 12 punti attribuiti al criterio sub A1) e dei 5 punti per il criterio sub A5)] non consentiva all'istante di superare la soglia di sbarramento dei 26 punti su 50.

RILEVATO, quindi, secondo quanto rappresentato dalla stazione appaltante nella memoria di replica, che la commissione avrebbe attribuito un punteggio pari a zero, a fronte della non conformità del prodotto offerto a quanto previsto nel capitolato, poiché *"l'istante avrebbe offerto un microscopio senza tuttavia includere la lampada a fessura integrata richiesta come elemento minimo e, dunque, imprescindibile, ai fini della correttezza e completezza dell'offerta"*.

VISTO che l'art.1 del capitolato speciale, nell'indicare le caratteristiche minime di riferimento del prodotto oggetto dell'offerta, specifica che *"l'illuminazione a fessura integrata sia quotata a parte"*, mentre tale precisazione non è riprodotta nel documento di valutazione dell'offerta tecnica redatto ed utilizzato dalla commissione di gara, nel quale, in corrispondenza di tale requisito del capitolato si legge: *"gestione della profondità di campo ed illuminazione a fessura integrata"*.

RITENUTO che la stessa espressione *"quotata a parte"* contenuta nel capitolato d'appalto è ambigua, considerato che il verbo "quotare", comunemente, è utilizzato in riferimento a stime di carattere economico degli elementi dell'offerta (e, in tal senso, ad esempio, è utilizzato nel capitolato con riferimento al contratto di assistenza full risk, facente parte integrante dell'offerta economica) che,



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

tuttavia, non potevano essere richieste nella fase di formulazione dell'offerta tecnica, pena la violazione del principio di segretezza dell'offerta economica.

RITENUTO, pertanto, che l'espressione stessa ben può essere interpretata quale indicazione ai concorrenti ai fini di una indicazione a parte di tale elemento ovvero come indicazione per la stessa commissione giudicatrice ai fini dell'attribuzione di un punteggio aggiuntivo (appunto da quotare a parte).

RILEVATO che, in ogni caso, la commissione giudicatrice non sembra aver tenuto conto di tale prescrizione della *lex specialis*, ma, al contrario, si sia attenuta a quanto indicato nel documento di valutazione dalla stessa redatto nella prima seduta di gara in cui, come sopra esposto, la precisazione “*quotata a parte*”, contenuta nel capitolato, non era riprodotta.

CONSIDERATO che, secondo il condiviso insegnamento giurisprudenziale, nelle procedure da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le amministrazioni devono enunciare i criteri di aggiudicazione da applicarsi nelle valutazioni delle offerte e che, alla luce dei principi della *par condicio* e della trasparenza dell'azione amministrativa, tutti gli elementi da prendersi in considerazione per l'aggiudicazione della procedura, ed il peso assegnato per la valutazione, devono essere resi noti ai partecipanti al momento della presentazione delle offerte (TRGA Trento, 28 febbraio 2017, n.71; Cons. St., sez. III, 1 febbraio 2012, n. 514; Id. 22 marzo 2011, n. 1749; Tar Lombardia Milano, sez. I, 29 luglio 2009, n. 4551; deliberazione ANAC n. 1264/2016).

RILEVATO, altresì, che la motivazione addotta dalla stazione appaltante a giustificazione dell'esclusione dell'istante appare affetta da contraddittorietà, laddove, da una parte, si afferma che l'offerta dell'istante è stata esclusa non perché priva delle caratteristiche minime, ma perché “*non ha raggiunto la soglia minima di punteggio tecnico richiesto dagli atti d'igara*” e, dall'altra, si sostiene che la commissione avrebbe attribuito un punteggio pari a zero “*a fronte della non conformità del prodotto offerto a quanto previsto nel capitolato*” (vedi memoria del 6 dicembre 2016).

CONSIDERATO che, per il principio di ragionevolezza, che costituisce il criterio in cui confluiscono i principi di eguaglianza, di imparzialità e di buon andamento della pubblica amministrazione, l'azione amministrativa, al di là del rispetto delle prescrizioni normative, deve essere immune da censure sul piano della logica, aderente ai dati di fatto ed agli interessi emersi nel corso dell'istruttoria e coerente con le premesse ed i criteri fissati dalla stessa amministrazione.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

CONSIDERATI i consolidati principi elaborati dalla giurisprudenza, in forza dei quali il sindacato giurisdizionale sui contenuti e sugli esiti dell'attività espletata dalle Commissioni incaricate di valutare le offerte tecniche, tipica espressione di discrezionalità tecnico-amministrativa, è consentito unicamente in casi di abnormità, sviamento e manifesta illogicità Cons. St., sez. III, 25 novembre 2016, n. 4995; *ex multis*, Cons. St., sez. V, 18 gennaio 2016, n. 120.)

CONSIDERATO, altresì, che secondo la citata giurisprudenza, il controllo sugli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione può svolgersi attraverso la verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni compiute da quest'ultima, sotto il profilo della loro correttezza, quanto al criterio tecnico e al procedimento applicativo e nei limiti della rilevabilità *ictu oculi* dei vizi di legittimità dedotti, essendo diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di invalidità e non alla sostituzione dell'amministrazione (Cons. St., sez. V, 12 dicembre, n. 2013, n. 3239).

RILEVATO, sulla scorta dei suesposti principi e delle risultanze documentali in atti, che l'operato della Commissione di gara risulta difforme dalle prescrizioni della *lex specialis* e che la conseguente valutazione dell'offerta dell'istante appare affetta da eccesso di potere, perché effettuata sulla base di specifiche tecniche diverse da quelle stabilite dal capitolato speciale.

RILEVATO che, sulla questione, l'Autorità può pronunciarsi ai sensi dell'art. 10, del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso, di cui all'art. 211, del d.lgs 18 aprile 2016, n. 50.

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- illegittima la valutazione delle offerte tecniche effettuata dalla commissione di gara, in quanto non sorretta da sufficiente motivazione, manifestamente illogica e arbitraria.

Nell'adunanza del 29.3.2017;

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 5 aprile 2017  
Il Segretario Maria Esposito