



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 1070

DEL 14 novembre 2018

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50/2016 presentata da Ortho Clinical Diagnostics Italy S.r.l. /A.S.S.T. della Valcamonica. Procedura aperta per l'affidamento della fornitura in service di sistemi analitici per i presidi di Esine e di Edolo, per un periodo di 60 mesi rinnovabili per ulteriori 48 mesi, comprendenti le specialistiche di Chimica Clinica e di Immunometria. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. Importo a base di gara: 2.050.000,00 euro.

PREC. 200/18/F

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con l'istanza prot. n.79103 del 25 settembre 2018 la Ortho Clinical Diagnostics Italy S.r.l. rilevava alcune criticità nella procedura in oggetto. In particolare segnalava: a) la violazione dell'art. 96 D.lgs. 50/2016 per avere la stazione appaltante attribuito un troppo ampio potere discrezionale alla commissione rispetto ai criteri e sub criteri di valutazione che avrebbero dovuto essere misurati con punteggi quantitativi; b) la violazione del principio di segretezza dell'offerta determinata dalla clausola del capitolato tecnico che impone ai concorrenti, a pena di esclusione, di allegare all'offerta economica la dichiarazione di fattibilità dell'integrazione del sistema software Labonline nonché copia dell'offerta a tal fine presentata dalla ditta Dedalus che già fornisce tale sistema alla committente, per eventuali costi di sviluppo per il canale di comunicazione tra i sistemi informatici; c) l'illegittimità dei requisiti minimi richiesti in quanto sproporzionati e limitativi della concorrenza.

Con comunicazione acquisita al prot.n. 82382 del 5 ottobre 2018, la stazione appaltante dichiarava di voler aderire alla procedura di precontenzioso che veniva avviata con lettera del 12.10.2018.

Nella propria memoria difensiva, la ASST della Valcamonica Provincia di Cuneo sostiene che la decisione di classificare come *qualitativi* alcuni criteri, prevedendo quindi l'attribuzione di un coefficiente da parte di ogni commissario, deriva dalla difficoltà di una valutazione tramite applicazione di una rigida formula matematica o di un *criterio on/off*.

Nega che possano ipotizzarsi violazioni nella segretezza delle offerte, giacché l'ipotesi dell'istante deriverebbe da una presunto rapporto di collegamento tra la società Dedalus S.p.a e la Abbott S.r.l. sua diretta concorrente, rapporto non provato e quindi non utilizzabile a sostegno di tale tesi; inoltre sottolinea che nel capitolato tecnico non viene richiesto di trasmettere informazioni sulla intera struttura dell'offerta tecnica ma soltanto di avere i dati necessari a formulare un parere sulla possibile connessione tra il *middleware* offerto e quello esistente Labonline. Parimenti, respinge le



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

contestazioni in ordine all'illegittimità dei requisiti richiesti che sarebbero necessari in quanto funzionali a garantire la *produttività analitica oraria*.

Ritenuto in diritto

Come precisato da Consiglio di Stato n. 5245/2017 *“La scelta operata dall’Amministrazione appaltante, in una procedura di aggiudicazione con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, relativamente ai criteri di valutazione delle offerte, ivi compreso il peso da attribuire ai singoli elementi, specificamente indicati nella lex specialis, e ivi compresa anche la disaggregazione eventuale del singolo criterio valutativo in sub-criteri, è espressione dell’ampia discrezionalità attribuita dalla legge per meglio perseguire l’interesse pubblico; e come tale è sindacabile in sede di legittimità solo allorché sia macroscopicamente illogica, irragionevole ed irrazionale e i criteri non siano trasparenti ed intellegibili, non consentendo ai concorrenti di calibrare la propria offerta”*.

L’attribuzione dei punteggi all’offerta tecnica è infatti un’attività da cui non può derivare un risultato certo e univoco come nel caso di una scienza esatta; l’amministrazione formula *un giudizio tecnico connotato da un fisiologico margine di opinabilità, per sconfessare il quale non è sufficiente evidenziare la mera non condivisibilità del giudizio, dovendosi piuttosto dimostrare la sua palese inattendibilità* (vd. TAR Venezia, Sentenza del 29.11.2017 n. 1091).

Nella gara in oggetto, essendo i criteri contestati (*cr. 1.7 Numero di metodiche caricabili ed eseguibili contemporaneamente on board su ogni sistema integrato; 2.7 Produzione di rifiuti; 2.8 Rumorosità del sistema*) correlati a più variabili ritenute non prevedibili a priori, la stazione appaltante riferisce di aver preferito non ancorare la valutazione a un calcolo matematico predefinito che avrebbe rischiato di non tener conto delle soluzioni possibili che si ottengono modificando i vari aspetti correlati. Ad esempio, il rumore non si considera valutabile in decibel tout court, ma considerando aspetti diversi quali la posizione delle apparecchiature in relazione al rumore di fondo presente nell’ambiente.

Perché non sia riscontrabile illogicità e irragionevolezza nelle scelte dell’Amministrazione, come previsto nelle Linee guida Anac n. 2 recanti *“Offerta economicamente più vantaggiosa”*, approvate dal Consiglio dell’Autorità con Delibera n. 1005, del 21 settembre 2016 *“in relazione a ciascun criterio o subcriterio di valutazione la stazione appaltante deve indicare gli specifici profili oggetto di valutazione, in maniera analitica e concreta. Con riferimento a ciascun criterio o subcriterio devono essere indicati i relativi descrittori che consentono di definire i livelli qualitativi attesi e di correlare agli stessi un determinato punteggio, assicurando la trasparenza e la coerenza delle valutazioni”*. I criteri



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

motivazionali a cui deve attenersi la commissione per la valutazione delle offerte non devono essere discriminatori, devono essere conosciuti e conoscibili dai concorrenti nonché basati su elementi accessibili alle imprese.

Se pur si ritiene adeguata la scelta di considerare i criteri suindicati qualitativi e quindi discrezionali perché legati a più variabili, non appare sufficientemente specificato nella tabella di cui al p.18.1 del capitolato tecnico quali siano gli elementi descrittivi di dettaglio riferiti a ciascun criterio cui correlare la graduazione del punteggio.

In merito alla contestazione relativa alla segretezza delle offerte, il principio prevede che *“fino a quando non si sia conclusa la valutazione delle offerte tecniche, le offerte economiche devono restare segrete, dovendo essere interdetta al seggio di gara la conoscenza degli elementi economici e, in particolare, delle percentuali di ribasso, proprio per evitare ogni influenza sulla valutazione dell’offerta tecnica”*. Dunque, secondo il Giudice Amministrativo il principio di segretezza dell’offerta economica si pone *“a presidio dell’attuazione della regola costituzionale di imparzialità e buon andamento dell’azione amministrativa, sub specie della trasparenza e della par condicio tra i concorrenti, dovendosi così necessariamente garantire la libera valutazione dell’offerta tecnica”* (vd. Cons. di Stato n. 824 del 29 febbraio 2016).

Dando anche per presupposto che la società Dedalus S.p.a. sia collegata in qualche modo alla Abbott S.r.l., diretta concorrente dell’istante, dai documenti allegati al fascicolo non emerge una violazione del richiamato principio. Infatti, l’art. 2 del capitolato tecnico prevede che *“il concorrente deve allegare nella documentazione di offerta economica, a pena di esclusione, dichiarazione di fattibilità del sistema offerto con il software Labonline e copia dell’offerta formulata a tal fine dalla ditta Dedalus per entrambi i laboratori (Esine de Edolo). Si precisa che eventuali costi disviluppo del canale di comunicazione tra il middleware oggetto di gara e il software Labonline sono a carico dell’aggiudicatario”*. Al riguardo, poiché la stazione appaltante sostiene che il *middleware* per la gestione del sistema offerto deve necessariamente essere interconnesso al software Labonline già operante gestito dalla società Dedalus, appare necessario, per la corretta esecuzione del contratto, ottenere una dichiarazione di fattibilità dell’integrazione tra i sistemi e la quantificazione dei costi di sviluppo del canale di comunicazione tra il *middleware* e il software esistente che resteranno a carico dell’aggiudicatario.

In sostanza, la richiamata clausola del capitolato tecnico non sembra inficiare il principio di segretezza dell’offerta in quanto comporta, semplicemente, che il concorrente debba produrre la richiesta dichiarazione di fattibilità dell’integrazione, dichiarazione che non appare in sé idonea a rilevare il contenuto dell’offerta del operatore economico interessato a ottenere la dichiarazione.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

In ordine alla contestazione sulla proporzionalità e ragionevolezza dei requisiti richiesti, premesso che non è compito dell'Autorità entrare nel merito delle valutazioni, la stazione appaltante adempie al proprio onere motivazionale nella descrizione degli obiettivi che intende raggiungere tramite l'affidamento in oggetto. Alle finalità di riorganizzazione e razionalizzazione oltre che omogeneità nell'attività analitica dei laboratori appare strettamente correlata e funzionale la *produttività analitica oraria*, non valutata da un punto di vista esclusivamente numerico, ma avvalendosi dell'esame di tutte le variabili esistenti nella realtà organizzativa complessa dei laboratori. Così ragionevolmente motivate, le richieste contenute nel capitolato possono considerarsi adeguate e proporzionate, quindi non limitative della concorrenza.

Per le suesposte ragioni,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- non conforme alla normativa di settore la definizione dei criteri qualitativi in contestazione per carenza di trasparenza e analiticità nella descrizione e negli obiettivi che con essi si intendono perseguire;
- conforme alla normativa di settore l'operato della stazione appaltante in relazione agli altri profili di impugnativa.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 22 novembre 2018

Il Segretario Rosetta Greco