



DELIBERA N. 216

9 marzo 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Grifols Italia S.p.A. – Procedura aperta su piattaforma telematica aziendale (e-procurement) per la fornitura quinquennale in service di immunoematologia con metodica in agglutinazione su colonna occorrente ai SIMT dell’Azienda - Importo a base di gara: Euro 3.000.000,00 - S.A.: ASP di Messina.

PREC 29/2021/F

Riferimenti normativi

Art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016.

Parole chiave

Criteri di valutazione delle offerte.

Massima

Offerta economicamente più vantaggiosa – Criteri di valutazione – Somma dei punteggi – Deve essere pari a 100.

Criteri di valutazione – Principio di equivalenza funzionale – Applicazione.

Nelle gare da aggiudicarsi secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell’art. 95, comma 10-*bis* del Codice e delle Linee Guida Anac n. 2, la somma dei punteggi deve essere pari a 100 e deve essere ripartita tra il punteggio assegnato alla componente economica (nella misura massima del 30%) e il punteggio assegnato alla componente tecnica. Pertanto, è illegittimo l’allegato al disciplinare di gara che assegna ai singoli sub-criteri di valutazione una serie di sub-punteggi, la cui somma non consente di raggiungere il valore complessivo di 100.



Il principio di equivalenza funzionale permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica e la possibilità di ammettere, a seguito di valutazione della stazione appaltante, prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del *favor participationis*. Tale principio si applica indipendentemente da espressi richiami nella legge di gara anche ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 9 marzo 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 164 del 4 gennaio 2021, con la quale la Società Grifols Italia S.p.A. ha contestato i criteri di valutazione delle offerte (in particolare, la griglia di valutazione per l'attribuzione del punteggio qualitativo), per due concorrenti motivi: 1) violazione dell'art. 95, comma 10-*bis*, del Codice, in quanto la somma dei sub-punteggi di qualità porta ad un punteggio complessivo massimo di 62 anziché 70 punti previsti nel disciplinare di gara; 2) violazione degli artt. 30, 68 e 95 del Codice, dell'art. 97 Cost. e delle Linee Guida Anac n. 2 in quanto i criteri di valutazione delle offerte previsti dalla SA sono macroscopicamente sbilanciati in favore del fornitore uscente, al punto da predeterminare l'esito "vincolato" della gara e a configurare la *lex specialis* come un "bando-fotografia";

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 5912 del 25 gennaio 2021;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 7948 del 29 gennaio 2021, con la quale la stazione appaltante ha replicato alle censure dell'istante evidenziando, quanto alla prima doglianza, che si è trattato di un "*mero refuso materiale*" e che la SA avrebbe proceduto alla rettifica della griglia di attribuzione del punteggio, quanto alla seconda doglianza, che in sede di valutazione delle offerte, la Commissione attuerà il principio di equivalenza (ai sensi dell'art. 68, comma 7, del Codice), la cui applicazione è indipendente da un espresso richiamo nella legge di gara, essendo espressione del principio di massima concorrenza; pertanto, sotto tale profilo, la Commissione sarà tenuta a valutare tutte le soluzioni equivalenti o migliorative proposte dall'istante in relazione a tutti i sub-criteri contestati;

PREMESSO che la presente procedura di gara ha ad oggetto l'acquisizione di una fornitura quinquennale in service di immunoematologia con metodica in agglutinazione su colonna per i SIMT dell'Azienda, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 3, lett. a) del Codice. L'art. 12 del disciplinare prevede che all'offerta tecnica saranno attribuiti massimo 70 punti e all'offerta economica massimo 30 punti e che l'attribuzione del punteggio avverrà utilizzando il metodo aggregativo-compensatore secondo la griglia di valutazione riportata nella scheda tecnica;

VISTA la griglia di valutazione per l'attribuzione del punteggio qualitativo (70 punti), nella quale vengono previsti i seguenti sub-criteri di valutazione:



- 1) Numero di campioni alloggiabili a bordo contemporaneamente sull'analizzatore automatico – valutazione proporzionale – punti 4;
- 2) Numero di posizioni per emazie test e antisieri alloggiabili a bordo sullo strumento automatico – valutazione proporzionale – punti 4;
- 3) Rilevazione automatica della presenza del tappo sulla provetta campione – si punti 3 – no punti 1;
- 4) Posizionamento dei tappi reagenti/antisieri dedicato sullo strumento in corrispondenza del rispettivo flacone – si punti 4 – no punti 1;
- 5) Type e screen (Ricerca anticorpi + conferma di gruppo) in meno di 20 minuti – si punti 4 – no punti 0;
- 6) Tempo di esecuzione di una prova di compatibilità in coombs a 37° - <a 20 min punti 4 - > a 20 min punti 0;
- 7) Apertura automatica delle schedine sullo strumento con perforatori dedicati e barcodati per ogni singola tipologia di schedine – si punti 4 – no punti 0;
- 8) Capacità di utilizzo parziale della schedina e riutilizzo delle colonne non attivate in automazione per riduzione sprechi – si punti 3 – no punti 1;
- 9) Strumentazione capace di eseguire la lettura delle schedine in modalità bilaterale (anteriore e posteriore) con relativa immagine (anteriore e posteriore) e assegnazione automatica dello score di reazione – si punti 4 – no punti 0;
- 10) 3 diverse e specifiche tipologie Schedine di gruppo diretto ABO e Rh isolati per Donatori, Pazienti e Neonati – si punti 3 – no punti 1;
- 11) Test di Coombs diretto Monospecifico con presenza di Anti-IgG e frazioni di complemento C3b e C3d in un'unica colonna di reazione – si punti 3 – no punti 0;
- 12) Tempi di metodica ridotti 5 minuti per la centrifugazione e 10 minuti per l'incubazione – si punti 4 – no punti 1;
- 13) Diluizione delle emazie campione su supporti delicati monouso e barcodati – si punti 4 – no punti 1;
- 14) Esecuzione del gruppo indiretto in completa automazione con doppio utilizzo di Emazie sia al 3% che allo 0,8% - si punti 3 – no punti 1;
- 15) Strumentazione manuale con centrifuga e incubatore integrati in un unico strumento – si punti 3 – no punti 0;
- 16) Indicatore di monitoraggio della temperatura con viraggio di colore applicato sul contenitore primario delle schedine di gruppo ABO – si punti 3 – no punti 1;
- 17) Accesso ai dati sulle performance strumentali, tecniche e di reagenti in tempo reale tramite portale web per singolo analizzatore – si punti 2 – no punti 0;
- 18) numero di strumenti, per lo stesso modello proposto, installati su territorio nazionale – valutazione proporzionale – punti 3;

VISTI i chiarimenti resi dalla stazione appaltante con i quali è stato precisato che, a causa di un refuso, nella griglia di valutazione risultava che il punteggio massimo attribuibile era di 62 punti anziché 70 e che *"la nuova griglia di valutazione verrà pubblicata sulla piattaforma telematica aziendale"*; Visto, inoltre, l'avviso del 2.02.2021 con il quale è stato comunicato che i termini di scadenza per la presentazione delle offerte sono stati rinviati a data da destinarsi;

CONSIDERATO, quanto al primo quesito, che l'art. 95, comma 10-*bis*, del Codice (introdotto dal Decreto correttivo al Codice di cui al D.Lgs. n. 56/2017) ha prescritto che la stazione appaltante stabilisca un tetto massimo attribuibile al punteggio economico, entro il limite del 30 per cento. Per espressa previsione normativa, tale misura è finalizzata ad assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto



qualità/prezzo e a valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta in modo da dare spazio a criteri che garantiscano un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici;

CONSIDERATO che le Linee Guida n. 2 (approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1005 del 21 settembre 2016 e aggiornate con delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018) precisano che: *"La somma dei punteggi deve essere pari a 100, in quanto si tratta di un criterio intuitivo per i partecipanti alla procedura di aggiudicazione. Sulla base delle indicazioni contenute nel Codice, il valore 100 deve poter essere ripartito tra il punteggio assegnato alla componente economica (nella misura massima del 30%, secondo quanto previsto dall'art. 95 comma 10-bis) e il punteggio assegnato alla componente tecnica (inclusiva del punteggio per le varianti e del punteggio per i criteri premiali di cui al comma 13 che devono rappresentare una componente limitata del punteggio complessivo, in modo da non modificare l'oggetto dell'affidamento). In generale si deve attribuire un punteggio limitato (vale a dire inferiore alla misura massima consentita, del 30%) alla componente prezzo quando si ritiene opportuno valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta o quando si vogliono scoraggiare ribassi eccessivi ritenuti difficilmente perseguibili dagli operatori economici; viceversa si deve attribuire un peso maggiore alla componente prezzo quando le condizioni di mercato sono tali che la qualità dei prodotti offerti dalle imprese è sostanzialmente analoga";*

RILEVATO che, nel caso in esame, la stazione appaltante, pur avendo ripartito il valore 100 tra la componente tecnica (70 punti) e quella economica (30 punti) conformemente alla richiamata disposizione normativa, ha assegnato ai singoli sub-criteri di valutazione una serie di sub-punteggi la cui somma conduce ad un massimo di 62 anziché 70 punti e che, dunque, nel concreto, non consente di raggiungere il punteggio complessivo di 100 (come previsto nel disciplinare di gara) ma solo di 92 punti;

RILEVATO, quanto al secondo quesito, che l'istante contesta i sub-criteri di valutazione n. 4, 5, 6, 7, 9, 11, 12, 14 e 15 (in precedenza richiamati), sostenendo che essi descrivano alcune caratteristiche tecniche esclusive della tecnologia del fornitore uscente (Ortho Clinical Diagnostics Italy S.r.l.), per le quali non è ammesso il ricorso al criterio dell'equivalenza. L'istante sostiene, inoltre, che in base a tali criteri, il fornitore uscente *"conseguirebbe almeno 30 punti netti di vantaggio sugli altri concorrenti, conseguendo pertanto un divario incolmabile da parte degli altri operatori";*

TENUTO CONTO che la definizione dei criteri di valutazione delle offerte tecniche è espressione della cd. discrezionalità tecnica, sindacabile solo se le valutazioni compiute appaiano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti (sul sindacato della discrezionalità tecnica cfr., *ex multis*, pareri di precontenzioso n. 392 del 29 aprile 2020, n. 687 del 18 luglio 2018; n. 193 del 1° marzo 2018; n. 797 del 19 luglio 2017; n. 210 del 1° marzo 2017; n. 528 del 4 maggio 2016; n. 198 del 25 novembre 2015; n. 37 del 1 aprile 2015; Cons. Stato, sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5026; Id., sez. V, 26 marzo 2020 n. 2094; Id., sez. V, 30 aprile 2018, n. 2602; Id., sez. III, 2 maggio 2016, n. 1661; Id., sez. V, 23 febbraio 2015, n. 882);

CONSIDERATO che non sono del pari sindacabili, se non entro i suindicati limiti, gli interessi sottesi alla scelta (altamente discrezionale) della stazione appaltante di attribuire preponderanza a determinate componenti dell'offerta (Cons. Stato, Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1668) e gli obiettivi dalla stessa prefissati per il miglior perseguimento dell'interesse pubblico;

CONSIDERATO che, a conferire elasticità ai criteri valutativi, tutelando la massima partecipazione al confronto concorrenziale, interviene il principio di cd. equivalenza funzionale. Secondo l'art. 68 del Codice, (attuativo dell'art. 42 della direttiva 2014/24/UE), le "specifiche tecniche" (qui da intendersi in senso lato, alla stregua di parametri di definizione dell'offerta tecnica) sono indicate nella *lex specialis* secondo



diverse modalità (comma 5): *"in termini di prestazioni o di requisiti funzionali ... a condizione che i parametri siano sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e agli enti aggiudicatori di aggiudicare l'appalto"* (lett. a); ovvero *"mediante riferimento a specifiche tecniche e, in ordine di preferenza, alle norme nazionali che recepiscono norme europee, alle valutazioni tecniche europee, alle specifiche tecniche comuni, alle norme internazionali, ad altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione o, se non esiste nulla in tal senso, alle norme nazionali, alle omologazioni tecniche nazionali o alle specifiche tecniche nazionali in materia di progettazione, di calcolo e di realizzazione delle opere e di uso delle forniture; ciascun riferimento contiene la menzione "o equivalente"* (lett. b); oppure, sostanzialmente, abbinando specifiche tecniche dell'uno e dell'altro dei tipi predetti (lett. c) e d). Secondo il comma 7, un'offerta non può essere respinta perché non conforme alle prescrizioni di cui al comma 5, lettera b), previste dalla *lex specialis*, qualora l'offerente provi che *"le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche"*. Inoltre, in ogni caso, secondo il comma 4, *"Salvo che siano giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non menzionano una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un operatore economico specifico, né fanno riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono autorizzati, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando il paragrafo 3. Una siffatta menzione o un siffatto riferimento sono accompagnati dall'espressione "o equivalente"*;

CONSIDERATO che il principio di equivalenza funzionale *"permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica e la possibilità di ammettere a seguito di valutazione della stazione appaltante prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del favor participationis (ampliamento della platea dei concorrenti) e costituisce altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione"* (cfr. Cons. Stato, III, n. 4364/2013; n. 4541/2013; n. 5259/2017; n. 6561/2018). Tale principio trova applicazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti, in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica e *"l'effetto di "escludere" un'offerta, che la norma consente di neutralizzare facendo valere l'equivalenza funzionale del prodotto offerto a quello richiesto, è testualmente riferibile sia all'offerta nel suo complesso sia al punteggio ad essa spettante per taluni aspetti ... e la ratio della valutazione di equivalenza è la medesima quali che siano gli effetti che conseguono alla difformità"* (cfr. Cons. Stato, III, n. 6721/2018); (Cons. Stato, sez. II, 18 settembre 2019, n. 6212; Cons. Stato, sez. III, 14 maggio 2020, n. 3081; TAR Emilia-Romagna, Bologna, 28 gennaio 2021, n. 72);

RITENUTO, dunque, che (diversamente da quanto sostenuto dall'istante) l'applicazione del criterio di equivalenza funzionale del prodotto offerto non è preclusa dal suo mancato richiamo nella legge di gara. Pertanto, nel caso in cui la società Grifols S.p.A. disponga di soluzioni equivalenti o migliorative rispetto a quelle descritte negli atti di gara, queste potranno essere valutate dalla Commissione giudicatrice;

CONSIDERATO, per quanto riguarda la contestazione dei singoli sub-criteri di valutazione dell'offerta tecnica, che l'art. 95, comma 6, del Codice stabilisce che *"I documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto"* e che l'elenco dei criteri di selezione delle offerte ivi contenuto è meramente esemplificativo;



CONSIDERATO che nelle citate Linee Guida n. 2, l'Autorità ha sottolineato come *"In generale, le stazioni appaltanti devono individuare criteri di valutazione concretamente idonei a evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti e a differenziare le stesse in ragione della rispondenza alle esigenze della stazione appaltante. I citati criteri devono, pertanto, consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta, scongiurando situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo"*; e, inoltre, che *"Tali criteri devono essere almeno non discriminatori (ad es. non possono essere introdotte specifiche tecniche che favoriscono un determinato operatore), conosciuti da tutti i concorrenti e basati su elementi accessibili alle imprese"*;

VISTI i sub-criteri di valutazione n. 4, 5, 6, 7, 9, 11, 12, 14 e 15 censurati dall'istante;

CONSIDERATO che, alla luce di quanto rappresentato dalla stazione appaltante, essi appaiono dettati dall'esigenza di mantenere l'attuale standard previsto per l'esecuzione del test (sub-criterio 5 e 12); dall'esigenza di assicurare la totale non contaminazione possibile da un unico punzonatore (sub-criterio 7); dall'esigenza, imposta dall'accreditamento istituzionale della struttura sanitaria, di qualificare e convalidare tutte le apparecchiature presenti nel Laboratorio di Immunoematologia (sub-criterio 15). Mentre, per i restanti sub-criteri, non è precluso ai concorrenti di offrire prodotti con caratteristiche tecniche equivalenti o addirittura migliorative;

RITENUTO che, in considerazione di quanto illustrato dalla stazione appaltante, la definizione dei richiamati sub-criteri non appare affetta da manifesta illogicità, irragionevolezza o arbitrarietà, essendo ciascuno finalizzato ad evidenziare caratteristiche migliorative delle offerte idonee a soddisfare esigenze e necessità ritenute dall'Amministrazione connesse al miglior perseguimento dell'interesse pubblico;

CONSIDERATO altresì che non sono stati offerti alla valutazione dell'Autorità atti e/o documenti dotati di un minimo di attendibilità e valenza dimostrativa circa la supposta idoneità di alcuni di tali criteri a incidere sulla possibilità, per taluni operatori economici, di formulare un'offerta competitiva, in violazione del principio di parità di trattamento e concorrenza. Peraltro, fermo restando che allo stato non è prevedibile l'esito della gara, sono rimasti indimostrati i presupposti in base ai quali il fornitore uscente potrebbe con certezza (o quantomeno con elevato grado di probabilità) ottenere 30 punti di scarto rispetto ai potenziali concorrenti sotto il profilo tecnico.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che:

- la griglia di valutazione per l'attribuzione del punteggio qualitativo, sotto il profilo del peso ponderale attribuito ai singoli sub-criteri, non sia conforme all'art. 95, comma 10-*bis*, del Codice;
- i sub-criteri di valutazione dell'offerta non siano affetti da manifesta illogicità, irragionevolezza o arbitrarietà, anche considerando che il principio di equivalenza si applica indipendentemente dal suo richiamo nella legge di gara.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia



Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 marzo 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente