



DELIBERA n. 203

Del 9 marzo 2021

Fasc. Anac n. 3688/2020

Oggetto: Procedura semplificata e di massima urgenza per l'acquisizione e la distribuzione di 2.000.000 kit rapidi qualitativi per l'effettuazione di test sierologici sull'intero territorio nazionale prioritariamente destinati agli operatori scolastici. CIG: 83679277CE. S.A. Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e il contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID – 19.

Riferimenti normativi

art. 122 del decreto legge 17.3.2020, n. 18

Parole chiave

Test sierologici

Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e il contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID – 19.

Massima

Non massimabile

VISTO

l'articolo 19, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

VISTO

il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 ed il decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e successive modificazioni;

VISTO

il Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici adottato con delibera n. 803 del 4 luglio 2018, pubblicato in G.U.R.I. Serie Generale n. 241 del 16 ottobre 2018;

VISTA

la relazione dell'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture.

Premessa

Sono pervenute alcune segnalazioni, acquisite ai prot. Anac n. 59002 e 61281/2020, della società M&P Chemical S.r.l. che, tramite il proprio Legale, ha rappresentato alcuni profili di presunta anomalia relativi alla procedura semplificata e di massima urgenza indetta dal Commissario Straordinario per l'emergenza da COVID-19 avente ad oggetto l'acquisto e la distribuzione di 2.000.000 kit rapidi qualitativi per l'effettuazione di test sierologici sull'intero territorio nazionale prioritariamente destinati agli operatori scolastici.

I profili di presunta anomalia segnalati dalla società, collocatasi al 45 esimo posto nella graduatoria, attenevano all'attribuzione dei punteggi per la valutazione delle offerte economiche ed alle specifiche tecniche della sensibilità e specificità dei test offerti dagli aggiudicatari.

Con nota acquisita al prot. Anac n. 61721 del 13.8.2020 il Commissario Straordinario per l'emergenza COVID – 19 (di seguito Commissario Straordinario) ha replicato sia ai profili segnalati sia al diniego dell'accesso agli atti di gara richiesto dall'esponente.

Al fine di ottenere maggiori elementi conoscitivi per valutare la sussistenza di eventuali margini di intervento, l'Ufficio istruttore, con nota prot. n. 5972 dell'8.9.2020, ha inviato al Commissario Straordinario una richiesta di informazioni utili ai sensi dell'art. 13 comma 4 del Regolamento di vigilanza.

Il Commissario Straordinario ha riscontrato alla richiesta di chiarimenti con relazione del 12.10.2020, acquisita al prot. Anac n. 75196 del 13.10.2020.

Valutata, in base alla documentazione acquisita, la sussistenza di elementi per l'avvio di un procedimento di vigilanza, l'Ufficio ha avviato l'istruttoria ai sensi dell'art. 213 del d.lgs. 50/2016 e degli artt. 13 e seguenti del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici del 4 luglio 2018. Con nota prot. n. 93387 del 9.12.2020 è stato comunicato l'avvio del procedimento al Commissario Straordinario, all'affidatario Abbott Rapid Diagnostics S.r.l. ed alla società esponente.

Il Commissario Straordinario ha formulato le proprie controdeduzioni con nota del 15.12.2020 acquisita al prot. Anac n. 95538 del 16.12.2020.

In base all'istruttoria effettuata è emerso conclusivamente quanto segue.

Fatto

Con avviso del 9 luglio 2020 il Commissario Straordinario per l'emergenza da COVID-19 ha indetto una procedura semplificata e di massima urgenza ai sensi dell'art. 122 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dall'articolo 1 della L. 24 aprile 2020, n. 27, per l'acquisizione e la distribuzione di 2.000.000 kit rapidi qualitativi per l'effettuazione di test sierologici sull'intero territorio nazionale prioritariamente destinati agli operatori scolastici.



L'avviso veniva pubblicato nella GUUE del 15 luglio 2020 e nei siti istituzionali del Ministero dell'Istruzione, del Ministero della Salute e della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Il termine per la presentazione delle offerte veniva fissato al 17 luglio 2020 e la gara veniva svolta tramite la piattaforma di e-procurement messa a disposizione da Invitalia S.p.A.

Nel termine del 17 luglio 2020 pervenivano n. 59 offerte.

Con decreto del 21 luglio 2020 il Commissario Straordinario nominava la Commissione per la valutazione delle offerte, composta da due componenti designati dal Comitato Tecnico Scientifico, un componente designato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, un componente designato dal Ministero della Salute, un esperto in materie giuridiche con funzioni di Presidente ed un Segretario appartenente alla Struttura del Commissario senza diritto di voto.

La Commissione ammetteva alla valutazione tecnica ed economica n. 58 operatori e procedeva alle operazioni di valutazione delle offerte dal 23 al 24 luglio 2020.

A seguito di detta attività, ed a seguito della verifica dei valori dell'offerta e dei requisiti dichiarati in gara, la procedura veniva aggiudicata in data 28 luglio 2020 alla Abbott Rapid Diagnostics S.r.l. classificatasi prima in graduatoria.

Il Commissario Straordinario ha dichiarato che la fornitura aggiudicata per l'intero fabbisogno richiesto pari a 2.000.000,00 di kit rapidi, prevede un corrispettivo per ciascuna unità pari a € 4,50 al netto dell'Iva, se dovuta, con obbligo a carico dell'appaltatore di assicurare la consegna dei dispositivi entro il 10 agosto 2020.

Il valore complessivo della fornitura ammonta pertanto a € 9.000.000,00 (a tale proposito è stato acquisito il CIG n. CIG: 83679277CE per un importo di € 9.000,000,00).

Il Commissario Straordinario ha dichiarato che la Abbott Rapid Diagnostics S.r.l. ha consegnato l'intero quantitativo contrattualmente previsto alle varie Regioni destinatarie, le quali hanno poi provveduto alla puntuale distribuzione presso i vari istituti scolastici locali ed in data 31 agosto il Commissario Straordinario ha rilasciato il certificato di regolare esecuzione ed ha provveduto al pagamento della fornitura.

Diritto

Si ritiene necessario in primo luogo illustrare la disciplina normativa degli affidamenti oggetto di istruttoria.

La figura del Commissario straordinario per l'emergenza Covid -19 è stata istituita dall'art. 122 del decreto legge 17.3.2020, n. 18 (convertito in legge 24.4.2020, n. 27) per cui lo stesso Commissario, poi nominato con DPCM del 18.3.2020 «attua e sovrintende a ogni intervento utile a fronteggiare l'emergenza sanitaria, organizzando, acquisendo e sostenendo la produzione di ogni genere di bene strumentale utile a contenere e contrastare l'emergenza stessa, o comunque necessario in relazione alle misure adottate per contrastarla, nonché programmando e organizzando ogni attività connessa, individuando e indirizzando il reperimento delle risorse umane e strumentali necessarie, individuando i fabbisogni, e procedendo all'acquisizione e alla distribuzione di farmaci, delle apparecchiature e dei dispositivi medici e di protezione individuale».

La stessa norma, al comma 2, consente al Commissario Straordinario, nello svolgimento delle sue funzioni, di adottare provvedimenti «in deroga a ogni disposizione vigente, nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea» (sulla portata di tale norma si veda TAR Lazio, Sez. I Quater, 9 ottobre 2020 n. 10268).

Nel caso in esame, l'avviso di indizione del 9 luglio 2020 richiama espressamente l'art. 122 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 ed il Commissario Straordinario ha chiarito a riguardo di essersi avvalso del potere di derogare alle disposizioni di cui al d.lgs. n. 50/2016, che quindi non hanno trovato integrale applicazione, fatte salve le specifiche disposizioni richiamate nei documenti di gara.

Tenuto conto di quanto sopra, l'attività di vigilanza dell'Autorità sulla procedura oggetto di istruttoria, ai sensi dell'art. 213 comma 3 lettera a) del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, è circoscritta al rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione Europea.

1. Per quanto attiene ai profili segnalati dall'esponente, relativi alla valutazione delle offerte tecniche da parte della commissione di gara, occorre richiamare il principio giurisprudenziale secondo cui le valutazioni effettuate dalle commissioni di gara, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sindacabili dal giudice amministrativo solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale, salvo che non vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione. Non è infatti sufficiente che la determinazione assunta dalla commissione di gara sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile, in quanto il giudice amministrativo non può sostituire - in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri - le proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica, quando si tratti di regole (tecniche) attinenti alle modalità di valutazione delle offerte (in tal senso, ex multis: Tar Venezia, Sez. I, 7 giugno 2018, n. 613; TAR Napoli, Sez. I, 24 gennaio 2018, n. 742; deliberazioni ANAC n. 193 del 1 marzo 2018, n. 687 del 18 luglio 2018 e n. 121 del 13.2.2019).

Stante la particolare natura (tecnica) del giudizio (discrezionale) che la legge attribuisce alle Stazioni appaltanti nell'effettuazione della valutazione della congruità o meno dell'offerta, è evidente che tale limite di sindacabilità dell'operato della stazione appaltante non riguarda solo il giudice amministrativo ma, a maggior ragione, coinvolge anche l'Autorità (Deliberazione Anac n. 610 del 27.6.2018).

Alla luce di quanto sopra, non essendo emersi profili di illogicità manifeste o evidenti errori e incoerenze nella procedura valutativa e nei relativi esiti da parte della commissione giudicatrice, non si è ritenuto necessario avviare una specifica attività di vigilanza sui profili segnalati.

2. Nel corso dell'istruttoria sono stati chiesti chiarimenti al Commissario Straordinario in merito al fatto che negli atti di gara non fosse stato indicato il valore stimato dell'affidamento, anche tenuto conto del criterio di valutazione delle offerte adottato, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione all'offerta economica di 10 punti su 100, nel quale l'assegnazione del punteggio sull'offerta economica non è stata parametrata su un valore a base d'asta. È stato inoltre chiesto di chiarire se non fosse stato possibile determinare



preventivamente dei prezzi a base di gara, ad esempio tramite Consip o comunque tramite indagine conoscitiva del mercato di riferimento.

Infatti, ferma restando la speciale disciplina derogatoria di cui all'art. 122 del d.l. n. 18 del 2020, che ha attribuito al Commissario la possibilità di derogare ad ogni disposizione di legge, nel rispetto della Costituzione, dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea, si ritiene di dover evidenziare come la mancata indicazione di un prezzo stimato unitario a base di gara ed il criterio di attribuzione del punteggio sull'offerta economica, basato esclusivamente sui prezzi offerti dai concorrenti, potrebbe aver fatto sì che la procedura in esame non si sia posta pienamente in linea con il principio di economicità, articolazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione.

Il principio generale di economicità impone infatti alla p.a. il dovere di fare buon uso delle risorse a disposizione, attraverso l'ottimale impiego delle risorse disponibili, al fine di assicurare la corretta allocazione del denaro pubblico, in modo che i costi, oltre a non superare i benefici preventivati, risultino altresì proporzionati ed adeguati agli obiettivi dell'azione amministrativa. Nell'ambito dei contratti pubblici, tra i principi generali in materia di affidamento (codificati dall'art. 30 del d.lgs. 50/2016) vi è il rispetto del principio di economicità, che impone l'uso ottimale delle risorse da impiegare nello svolgimento della selezione e nell'esecuzione del contratto (Delibera Anac n. 288 del 22 marzo 2017).

Esso implica una corretta valutazione dei costi della prestazione oggetto di gara in modo da conseguire prestazioni contrattuali ad un costo contenuto, comunque congruente con il mercato di riferimento. Così, anche il prezzo deve concorrere alla realizzazione del "miglior acquisto".

Il Commissario Straordinario ha evidenziato in primo luogo come, nonostante i poteri derogatori attribuiti dall'art. 122 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 (e dal decreto legge 16 luglio 2020, n. 76¹), abbia comunque ritenuto di procedere con una gara, sia pur semplificata, al fine di garantire un opportuno confronto concorrenziale nel mercato di riferimento, tant'è che hanno partecipato n. 59 operatori economici, di cui n. 58 ammessi alla valutazione tecnica ed economica.

Il Commissario Straordinario ha dichiarato altresì che la procedura in esame è stata indetta nell'ottica di approntare le necessarie misure sanitarie per la programmazione delle attività di riapertura dell'anno scolastico 2020-2021, su indicazione espressa del Ministero della Salute, sulla base delle linee guida del Comitato Tecnico Scientifico di cui all'OCDPC n. 630/2020.

Poiché la finalità prioritaria della procedura è stata quella di acquisire dei kit rapidi per l'effettuazione di test sierologici che garantissero i maggiori standard qualitativi, è stato scelto un criterio di aggiudicazione improntato ad attribuire maggiore peso ai criteri qualitativi, in particolare specificità e sensibilità, rispetto al prezzo, come indicato nell'Avviso di indizione della gara.

Il Commissario Straordinario ha inoltre evidenziato come il principio di economicità, quale corretta allocazione delle risorse pubbliche, debba bilanciarsi con i canoni di efficacia (il perseguimento degli obiettivi prefissati) e tempestività, ovvero la veloce acquisizione dei beni nel periodo

¹ Il decreto legge n. 76/2020, cd. decreto semplificazioni, non rileva in merito ai profili approfonditi dall'istruttoria e non risulta comunque applicabile, in quanto entrato in vigore successivamente alla pubblicazione dell'avviso.

dell'emergenza sanitaria da COVID-19. Non si può quindi sottovalutare come il processo che ha condotto all'acquisizione dei test rapidi sierologici fosse finalizzato ad assicurare, in tempi stringenti, l'efficace screening del personale scolastico per l'imminente riapertura degli istituti scolastici. Pertanto pur potendo, visti i poteri attribuiti dalla legge, procedere con modalità di affidamenti diretti, ha ritenuto necessario aprire la richiesta a tutti gli operatori (produttori, distributori etc.) che potessero garantire un prodotto tecnicamente affidabile secondo le linee guida del Comitato Tecnico Scientifico e tempi rapidi di consegna.

Sotto altro profilo il Commissario ha evidenziato come la priorità fosse stata quella di assicurare la riapertura in sicurezza delle scuole a tutela primaria della salute delle persone operanti in detto settore dell'istruzione. Pertanto, il rispetto dei canoni di economicità è stato temperato con il prioritario obiettivo della tutela della salute, come del resto indicato dall'art. 30 del d.lgs. 50/2016 per cui il principio di economicità può essere subordinato alla tutela della salute come sopra descritto.

Infine, il Commissario Straordinario ha dichiarato di voler accogliere proficuamente le indicazioni dell'Autorità per le future procedure di acquisizione, come previsto dal Protocollo di azione di vigilanza collaborativa del 16 dicembre 2020.

Valutazioni

Si prende atto delle dichiarazioni del Commissario Straordinario in merito al bilanciamento del principio di economicità con l'estrema urgenza che ha connotato la procedura di acquisizione in esame, nonché alla necessità di tutelare la salute del personale scolastico. Si prende atto, altresì, della volontà di voler comunque tutelare il principio di concorrenza attraverso la pubblicazione di un avviso e l'espletamento di una procedura alla quale ha partecipato un considerevole numero di operatori economici. Come già evidenziato, il Commissario Straordinario ha dichiarato anche che la fornitura è stata regolarmente eseguita e di aver provveduto al pagamento della stessa.

Fermo restano quanto sopra, si ritiene, tuttavia, che una preventiva determinazione dei prezzi a base di gara, anche tramite un'indagine conoscitiva informale del mercato di riferimento, avrebbe maggiormente tutelato il principio di economicità, espressione del principio di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione.

Alla luce delle considerazioni che precedono,

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'adunanza del 9 marzo 2021

DELIBERA

- in relazione agli aspetti di competenza dell'Autorità di cui all'art. 213 comma 3 del d.lgs. 50/2016 l'archiviazione del procedimento di vigilanza, fermo restando che una preventiva determinazione dei prezzi a base di gara, anche tramite un'indagine conoscitiva informale del mercato di riferimento, avrebbe maggiormente tutelato il principio di economicità, espressione del principio di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione;



- di dare mandato al competente Ufficio dell'Autorità di inviare la presente delibera al Commissario Straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e il contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID – 19, alla Abbot Rapid Diagnostics S.r.l. ed alla società esponente.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 17 marzo 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente