

Parere n. 16 del 20/02/2013

PREC 235/12/F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla società Svas Biosana s.p.a. – “*Gara comunitaria centralizzata per la fornitura di ausili per incontinenti ad assorbenza 2 (consegna domiciliare e ospedaliera) occorrenti alle Aziende Sanitarie della Regione Lazio*” – importo a base d’asta euro 35.768.232,00 – S.A.: Regione Lazio.
Art. 83 del Codice – criteri e sub-criteri per la valutazione delle offerte tecniche.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 2 ottobre 2012 è pervenuta l’istanza in epigrafe, con la quale la Svas Biosana s.p.a. ha chiesto un parere in merito alla legittimità del bando di gara pubblicato dalla Regione Lazio il 26 luglio 2012, avente ad oggetto l’appalto triennale per la fornitura domiciliare ed ospedaliera di ausili per incontinenti, *suddiviso in tre lotti di importo complessivo presunto pari ad euro 35.768.232,00*, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Il primo lotto ha ad oggetto la fornitura a domicilio di ausili per adulti e bambini nel Lazio Sud (importo di euro 33.045.026,00). Il secondo lotto ha ad oggetto la fornitura ospedaliera di ausili per adulti (importo di euro 2.388.151,00). Il terzo lotto ha ad oggetto la fornitura ospedaliera di ausili per bambini (importo di euro 335.055,00). La società istante dubita della legittimità della *lex specialis* di gara e dei relativi allegati, per motivi che possono così riassumersi:

1. l’oggetto dell’appalto sarebbe indeterminato, in quanto il capitolato di gara indicherebbe soltanto il numero complessivo dei pazienti destinatari della fornitura, senza specificare la ripartizione tra le Aziende Sanitarie e gli Ospedali delle diverse tipologie di prodotti;
2. il criterio di attribuzione del punteggio massimo (21/100) agli “elementi quantitativi” dell’offerta tecnica risulterebbe irragionevole e sproporzionato, in quanto il peso percentuale dei singoli prodotti non rispecchierebbe le quantità richieste dal capitolato di gara;
3. risulterebbero viziati anche i sub-criteri di attribuzione del punteggio massimo (24/100) agli “elementi qualitativi” dell’offerta tecnica, in quanto non sarebbe predeterminato il peso ponderale degli elementi in cui è scomposto ciascun sub-criterio;
4. infine, la formula aritmetica $V(a) = R(a) / R(\max)$, utilizzata per l’attribuzione dei punteggi agli “elementi quantitativi” dell’offerta tecnica, farebbe impropriamente riferimento al valore dell’offerta, senza prendere in considerazione gli esiti degli esami di laboratorio sui prodotti offerti da ciascun concorrente. La Regione Lazio, formalmente avvisata con nota di questa Autorità del 29 ottobre 2012, non è intervenuta nel procedimento.

Ritenuto

in

diritto

Con l’istanza in epigrafe, la Svas Biosana s.p.a. contesta il contenuto del disciplinare di gara e dei

relativi allegati, adottati dalla Regione Lazio nell'ambito della procedura aperta per l'affidamento triennale della fornitura domiciliare ed ospedaliera di ausili per incontinenti. Anticipando le conclusioni, le censure dedotte dalla società istante sono tutte infondate.

1. Sull'indeterminatezza dell'oggetto dell'appalto. I paragrafi 2 e 3 del disciplinare di gara definiscono con sufficiente precisione l'oggetto della fornitura, rinviando per le specifiche tecniche dei prodotti al capitolato speciale d'appalto (cfr. Allegato 2). Il fabbisogno quantitativo complessivo e quello differenziato per singolo ausilio, nell'arco dell'intero periodo contrattuale, sono indicati nell'elenco analitico richiamato dal disciplinare e parte integrante dello stesso (cfr. Allegato 3). La stima delle quantità messe a gara risulta giustificata sulla base del consumo storico delle Aziende Sanitarie e degli utenti e la sua attendibilità non costituisce, in questa sede, oggetto di contestazione. Al riguardo, il disciplinare stabilisce che la remunerazione delle forniture e dei servizi connessi avverrà sulla base del "costo utente giornaliero forfettario" offerto (per il primo lotto) e sulla base dei "prezzi unitari per ausilio" offerti (per il secondo ed il terzo lotto). Il fatto che la stazione appaltante non abbia predefinito la distribuzione territoriale delle differenti tipologie di ausili, tra le Aziende Sanitarie e gli Ospedali regionali destinatari delle forniture, non comporta che l'oggetto dell'appalto resti indeterminato e che la predisposizione consapevole di un'offerta tecnico-economica sia per ciò solo preclusa, come asserito dalla società istante. Il disciplinare di gara ed il capitolato speciale pongono a disposizione dei concorrenti gli elementi contrattuali ed economici indispensabili per la formulazione dell'offerta su prezzi unitari (riferiti a tutte le strutture sanitarie ed a tutti gli ambiti territoriali ricompresi nell'affidamento) e definiscono in modo congruo il contenuto essenziale delle prestazioni che faranno carico all'aggiudicatario per ogni lotto, tenuto conto della ineliminabile incertezza correlata all'andamento della domanda di prodotti nel triennio di riferimento, da parte delle strutture ospedaliere e degli utenti assistiti a domicilio. Non sussiste, pertanto, il vizio di indeterminatezza del bando di gara denunciato dalla società istante.
2. Sul punteggio riservato agli "elementi quantitativi" dell'offerta tecnica. La Svas Biosana s.p.a. contesta, poi, l'articolazione dei sub-criteri per l'attribuzione del punteggio agli "elementi quantitativi" dell'offerta tecnica, che a suo dire non sarebbero commisurati alle quantità richieste dal capitolato di gara ed all'effettivo peso percentuale dei singoli prodotti nell'ambito dei tre lotti di fornitura. Come è noto, nella scelta relativa al peso da attribuire a ciascun criterio di valutazione, la discrezionalità della stazione appaltante trova, secondo la giurisprudenza, l'unico limite della manifesta irrazionalità della distribuzione dei punteggi rispetto allo scopo dell'appalto, non essendo consentito, ad esempio, che il valore attribuito ad un criterio sia tale da preconstituire nei confronti di alcuni concorrenti illegittime posizioni di vantaggio (cfr., tra molte, Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2005 n. 1079): con tale limite, tuttavia, la decisione circa l'incidenza da attribuire a ciascun criterio di valutazione dell'offerta tecnico-qualitativa resta riservata, caso per caso, alla stazione appaltante, in relazione alle peculiarità specifiche dell'appalto e, dunque, all'importanza che hanno il fattore prezzo ed i contenuti qualitativi. In effetti, il disciplinare di gara prevede la ripartizione del punteggio massimo (21/100) su soli dieci prodotti: pannoloni a mutandina formato grande e medio, pannoloni sagomati formato grande, pannoloni per incontinenza femminile, pannoloni rettangolari con barriere, traverse rimboccabili, pannolini per bambini di tre misure (cfr. Tabella 3). Per ogni tipologia di ausilio, il disciplinare prevede l'effettuazione di una o più prove tecniche di laboratorio riguardanti: velocità di assorbimento, rilascio di umidità, capacità specifica e totale di assorbimento, superficie del tampone, cessione di liquido in simulazione ripetuta,

velocità di acquisizione e rilascio di liquido dopo caricamenti ripetuti, vestibilità per spessore e sgambatura.

La decisione della Regione Lazio di circoscrivere l'esame di laboratorio a dieci prodotti offerti (sui trentadue complessivamente previsti dal capitolato), in relazione agli "elementi quantitativi" misurabili secondo protocolli riconosciuti ed a tale stregua valutabili in termini numerici, non appare in sé censurabile per illogicità: essa è giustificata da un'intuibile esigenza di speditezza dell'istruttoria, oltre che dalla volontà di concentrare il confronto sugli ausili ritenuti maggiormente indicativi della qualità dell'offerta. Anche per tale profilo, pertanto, le contestazioni mosse dalla società istante devono essere respinte.

3. Sul punteggio riservato agli "elementi qualitativi" dell'offerta tecnica. Anche i sub-criteri indicati dalla stazione appaltante per l'assegnazione del punteggio agli "elementi qualitativi" dell'offerta tecnica restano indenni dalla censura dedotta dalla società istante, secondo la quale il peso ponderale degli elementi di valutazione non sarebbe predeterminato in misura soddisfacente.

Va rilevato, in proposito, che il disciplinare di gara prevede la scomposizione del punteggio massimo (24/100) in dodici sub-punteggi, collegati ad altrettanti sub-criteri di carattere qualitativo: modalità di subentro al precedente fornitore, progetto di assistenza e consulenza infermieristica, metodologia per l'individuazione degli ausili più appropriati alle esigenze dei pazienti, organizzazione del servizio di consegna e ritiro a domicilio, caratteristiche del sistema informativo, struttura organizzativa e logistica del servizio, gestione del *call-center* e dei reclami degli utenti, prodotti aggiuntivi migliorativi, visibilità della taglia e del livello di assorbenza, sistema di fissaggio dell'adesivo, efficacia dei sistemi anti-odore, efficacia dei sistemi di dermo-protezione.

Alcuni sub-criteri sono poi, a loro volta, scomposti in due o più sub-criteri. Ad esempio, nella valutazione del progetto di assistenza e consulenza infermieristica deve tenersi conto, in dettaglio: della qualificazione del personale, dei corsi formativi specifici nel settore dell'incontinenza, delle modalità di gestione delle assenze per ferie o malattie, dell'orario di apertura al pubblico e delle fasce orarie garantite. Il fatto che il disciplinare di gara preveda la suddivisione dei sub-punteggi in relazione ai dodici sub-criteri, senza indulgere in ulteriori frazionamenti per gli elementi indicati nell'ambito di ciascun sub-criterio, non configura in alcun modo la violazione dell'art. 83 del Codice dei contratti pubblici, come asserito dalla società istante.

In proposito, l'Autorità ha recentemente approvato le linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture (cfr. A.V.C.P. determinazione 24 novembre 2011 n. 7), ivi affermando taluni principi utili alla soluzione della presente controversia. Si è innanzitutto ribadito che la ponderazione relativa dei criteri di valutazione, ovvero il loro ordine decrescente di importanza, devono figurare già nel bando di gara, nel capitolato d'oneri o nel documento descrittivo, atteso il carattere necessariamente oggettivo dei criteri, direttamente correlati alla prestazione contrattuale. Deve, inoltre, verificarsi la congruità dei criteri rispetto ai principi generali di ragionevolezza e non discriminazione.

La scelta del legislatore nazionale, conformemente alle direttive comunitarie attualmente vigenti, si è orientata nel senso di attribuire carattere meramente indicativo ed esemplificativo all'elenco di criteri normativamente fissati (art. 83 del Codice), ferma restando la loro necessaria pertinenza alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche dell'appalto messo a gara. Secondo la giurisprudenza comunitaria, infatti, la stazione appaltante deve individuare criteri di selezione che siano collegati all'oggetto dell'appalto, specifici ed oggettivamente quantificabili, pubblicizzati nel bando o nei documenti di gara affinché siano noti a tutti i concorrenti, rispettosi dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza (cfr. Corte Giust. CE, 17 settembre 2002,

Pertanto, si deve evitare che la genericità dei documenti di gara finisca con l'attrarre, nell'orbita del giudizio tecnico sugli elementi qualitativi, la definizione dei pesi e dei rapporti sulla base dei quali l'offerta verrà strutturata, poiché ciò potrebbe comportare, in concreto, una disparità tra i soggetti che partecipano alla gara, che si vedrebbero ridefinire i criteri di valutazione in un momento successivo all'offerta. Anche se la riformulazione del quarto comma dell'art. 83 del Codice non prevede espressamente che i criteri motivazionali debbano essere predefiniti a monte, appare tuttavia certo che il bando debba dettagliare i criteri ed i punteggi, in modo da lasciare margini di discrezionalità ristretti alla commissione, la quale dovrà operare in modo pressoché vincolato, assegnando per ogni criterio uno specifico e determinato punteggio corrispondente alla definizione dell'offerta.

Alla luce dei principi affermati dalla giurisprudenza e dall'Autorità, i dodici sub-criteri predisposti dalla Regione Lazio nella gara controversa appaiono, singolarmente considerati, del tutto pertinenti all'oggetto dell'appalto e formulati con sufficiente dettaglio. Resta fermo l'insopprimibile margine di discrezionalità che connota il giudizio della commissione di gara nell'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, specialmente laddove il confronto tra le proposte tecniche dei concorrenti verta su aspetti *stricto sensu* qualitativi.

4. Sulla formula per i punteggi relativi agli "elementi quantitativi" dell'offerta tecnica. Il paragrafo 6 del disciplinare di gara disciplina le modalità di consegna da parte dei concorrenti della campionatura degli ausili che, oltre a costituire parametro di conformità in corso di esecuzione dell'appalto, è inviata ad uno o più laboratori accreditati per l'effettuazione in corso di gara delle prove di laboratorio.

La valutazione degli elementi quantitativi dell'offerta tecnica, secondo la formula aritmetica $V(a) = R(a) / R(\max)$, è espressamente correlata agli esiti degli esami di laboratorio sui prodotti offerti da ciascun concorrente (cfr., in particolare, pagg. 32-ss. e pag. 45 del disciplinare).

Ne discende, anche per tale ultimo profilo, l'infondatezza della censura dedotta dalla società istante.

In conclusione, il parere dell'Autorità è nel senso che il bando di gara ed i relativi allegati tecnici siano stati redatti dalla Regione Lazio nel rispetto delle regole normativamente poste in materia di selezione dell'appaltatore con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:
- che la Regione Lazio abbia correttamente formulato i criteri per la valutazione delle offerte, nell'ambito della gara avente ad oggetto la fornitura triennale di ausili per incontinenti.

Il Consigliere Relatore: Alfredo Meocci

Il Presidente : Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 marzo 2013
Il Segretario Maria Esposito