

N. 04698/2014REG.PROV.COLL.  
N. 01136/2014 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1136 del 2014, proposto da:  
Svas Biosana S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Luciano Maria Delfino, Luigi Tretola, con domicilio eletto presso Studio Lombardo e Associati in Roma, via Taro, 56;

***contro***

Azienda Sanitaria Provinciale di Reggio Calabria, rappresentato e difeso dall'avv. Anna Romeo, con domicilio eletto presso Giovanni Tripodi in Roma, Circonvallazione Clodia, 5;

***nei confronti di***

Fater Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Salvatore Alberto Romano, Laura Rainaldi, con domicilio eletto presso Salvatore Alberto Romano in Roma, viale XXI Aprile, 11;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - SEZ. STACCATA DI

REGGIO CALABRIA, n. 00014/2014, resa tra le parti, concernente affidamento fornitura di ausili per incontinenti presso il domicilio dell'assistito e successivo servizio post-vendita;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Reggio Calabria e di Fater S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 giugno 2014 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Delfino, Tretola, Romeo e Rainaldi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. La A.S.P. di Reggio Calabria, con deliberazione n. 23/2011, aveva indetto una procedura aperta per la fornitura di ausili per incontinenti di cui all'elenco 2 del d.m. 332/1999 presso il domicilio dell'assistito e per il successivo servizio post-vendita, per un periodo di quattro anni con opzione di proroga per altri tre, ed un importo stimato di 12 milioni di euro.

2. Era prevista l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (50 punti alla qualità e 50 al prezzo). Per la valutazione della qualità, l'art. 5 del capitolato tecnico prevedeva dieci "criteri" (parametri), articolati in sub-criteri, con

indicazione dei punteggi attribuibili a ciascuno di questi ultimi (in alcuni casi era previsto un *range* –campo di variabilità - con estensione massima di punteggio da 0 a 4; in altri casi era previsto un punteggio fisso correlato all'esistenza di un elemento nell'offerta).

Per l'attribuzione dei punteggi (all'interno del *range* fissato per ciascun sottoparametro), l'art. 6.2.2. del disciplinare di gara stabiliva un sistema differenziato, prevedendo che:

- per “*quei parametri per i quali la performance da misurare è espressa con un valore numerico, si procederà all'assegnazione dei punteggi attribuibili mediante applicazione di una proporzione matematica ...*”;
- per “*quei parametri per i quali, a giudizio della Commissione, non è applicabile il precedente metodo matematico, si attribuirà un punteggio pesato in funzione dell'importanza del parametro. Si utilizzeranno tre giudizi da attribuire ai singoli sub-criteri oggetto di valutazione; ...*” (vale a dire: “*ottimo*”, con attribuzione del 100% del punteggio massimo previsto, “*adeguato*”, con attribuzione del 50% del punteggio, ed “*inadeguato*”, con lo 0%, cioè nessun punteggio).

Per la componente qualitativa dell'offerta era anche stabilito un minimo di 26 punti ai fini dell'ammissione alla fase successiva.

3. Pervenivano tre offerte, da parte delle società Santex, Svas Biosana e Fater.

4. Su richiesta di parere della Svas Biosana l'A.V.C.P., ex art. 6, comma 7, lettera n), del Codice dei contratti pubblici (richiesta che, peraltro, riguardava un diverso profilo di illegittimità, ritenuto infondato), l'A.V.C.P. segnalava che l'A.S.P., in violazione dell'art. 83,

comma 3, aveva omesso di indicare come graduare i punteggi per i sub-criteri di cui alle lettere c), d), g), h) ed i), dell'art. 5, comma 2, del capitolato tecnico (parere n. 11 in data 8 febbraio 2013).

Secondo l'Autorità, l'A.S.P., pur specificando i sub-criteri ed il punteggio massimo e minimo da attribuire loro, *“ha poi mancato di indicare come graduare simili punteggi per i sub-criteri di cui alle lettere ...”* predette; e, rilevando (mediante il richiamo delle Linee Guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture, di cui alla determinazione n. 7 in data 24 novembre 2011) come *“per ogni criterio o sub-criterio, occorre predisporre una griglia di caratteristiche che lo contraddistinguono, ad ognuna delle quali, qualora sia presente nell'offerta, si farà corrispondere un prefissato valore del coefficiente stabilito tra zero e uno”*, ha concluso che, nel caso di specie *“la stazione appaltante, in relazione ai sub-criteri precedentemente indicati, ha omesso di predisporre la suddetta griglia e, conseguentemente, la lex specialis ha finito per rimettere alla commissione di gara una competenza che il legislatore attribuisce esclusivamente alla stazione appaltante”*.

5. L'A.S.P. di Reggio Calabria (con nota del r.u.p. prot. 1275 in data 12 marzo 2012) replicava che per detti criteri non era prevista griglia e l'attribuzione dei punteggi sarebbe avvenuta in base all'art. 6.2.2. del disciplinare. Ma l'A.V.C.P. (con nota prot. 42753 in data 4 maggio 2012) confermava il proprio parere.

6. Con deliberazione n. 341 in data 3 luglio 2012, l'A.S.P. ha provveduto ad elaborare una griglia per i predetti criteri, precisando i

punteggi da attribuire a ciascuno dei giudizi (come esposto: “*ottimo*”, “*adeguato*” e “*inadeguato*”) previsti dall’art. 6.2.2. del disciplinare, nelle proporzioni altresì ivi stabilite (100, 50 e 0 %).

La griglia, pertanto, si presenta come sostanzialmente esplicativa di quanto previsto originariamente, in quanto ritenuto dalla A.S.P. sufficiente a garantire una valutazione conforme a legge.

Con note prot. 3276-3278 in data 3 luglio 2012, l’A.S.P. ha invitato i concorrenti a confermare, in relazione alla modifica, la validità delle offerte presentate per ulteriori 120 giorni.

La Santex non ha riscontrato la richiesta ed è stata esclusa.

7. La Commissione di gara ha effettuato le verifiche e valutazioni sulle offerte tecniche, anche avvalendosi del Laboratorio Chimico Merceologico (Azienda speciale della C.C.I.A.A. di Napoli) e di una commissione tecnica aziendale.

8. Con verbale n. 16 in data 29 gennaio 2013, la Commissione ha disposto l’esclusione di Svas Biosana, a causa della non conformità dei prodotti relativamente ad alcuni ausili per bambini, nonché del conseguimento di un punteggio tecnico complessivo inferiore alla soglia minima ( $20,9241 < 26$ ).

Con verbale n. 17 in data 6 febbraio 2013, è stata confermata l’esclusione ed è stata disposta l’aggiudicazione provvisoria alla Fater.

9. Il Laboratorio di Napoli ha poi rettificato il risultato dei rapporti delle prove di conformità ex d.m. 332/1999 , correggendo un errore materiale ed un errore di calcolo.

La Commissione, con verbale n. 18 in data 27 febbraio 2013, ne ha

preso atto ed ha assegnato a Svas Biosana il nuovo punteggio di 25,1962, comunque sotto la soglia minima, ed ha conseguentemente confermato l'aggiudicazione provvisoria.

10. Svas Biosana ha impugnato l'esclusione, unitamente alla *lex specialis* ed ai verbali della Commissione di gara nn. 1-17 (precisando di ignorare il contenuto del n. 17), dinanzi al TAR della Calabria.

Il TAR, con la sentenza appellata (Reggio Calabria, n. 14/2014), ha:

- ritenuto infondata l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla A.S.P. resistente, escludendo che vi fosse un onere di autonoma e tempestiva impugnazione del bando, posto che le disposizioni che individuano i criteri di valutazione dell'offerta non hanno carattere escludente, non precludendo la partecipazione, e divengono lesive solo a seguito dell'esclusione del concorrente dalla gara;
- ritenuto infondata l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla controinteressata Fater, escludendo che vi fosse stata acquiescenza alla deliberazione n. 341/2012, dato che nel verbale n. 2 in data 2 luglio 2012 il procuratore della ricorrente si è riservato ogni azione al riguardo;
- dichiarato improcedibile il ricorso, per omessa impugnazione delle ultime determinazioni assunte dalla Commissione di gara in ordine al punteggio assegnato all'offerta della ricorrente, e segnatamente del verbale n. 18, succitato, e del verbale n. 19 in data 5 marzo 2013 (acquisito agli atti del giudizio solo con la produzione dell'A.S.P. in data 3 ottobre 2013), relativo alla seduta pubblica nella quale era stato comunicato il nuovo punteggio derivante dalla rettifica ed il

procuratore della Svas Biosana aveva formulato articolati rilievi critici. Secondo il TAR, si tratta di provvedimenti, tutti conosciuti dalla ricorrente contestualmente alla loro adozione, direttamente lesivi e non meramente confermativi, la cui mancata impugnazione rende pertanto improcedibile il ricorso.

Non varrebbe, in contrario, sostenere che, anche in caso di impugnazione del verbale n. 18 e del nuovo punteggio, le censure sarebbero state le stesse, in quanto dirette ad ottenere la rinnovazione della procedura e non l'aggiudicazione, in forza dell'erroneità ed insufficienza dei criteri di valutazione, perché in tale ipotesi vi sarebbe stato l'onere di impugnare immediatamente il bando. Né avrebbe senso invocare il mero interesse strumentale alla ripetizione della gara, poiché non è dato comprendere come tale interesse si atteggi concretamente, considerato anche che la ricorrente è aggiudicataria della gara per forniture analoghe indetta dalla SUAP (cfr. determinazione n. 8086 in data 6 giugno 2012) che avrebbe dovuto eventualmente bandire la gara in luogo dell'A.S.P..

11. Appella la Svas Biosana.

Quanto alla pronuncia di improcedibilità, deduce che:

1) con il verbale n. 18 la Commissione ha semplicemente preso atto della correzione di errori da parte del Laboratorio della C.C.I.A.A. di Napoli, senza svolgere alcuna ulteriore attività istruttoria o nuova valutazione e senza esercitare un potere discrezionale; pertanto, si configura come attività meramente confermativa (c.d. conferma impropria) degli atti precedenti, che non necessitava di specifica

impugnazione;

2) i vizi procedurali e sostanziali sollevati da Svas, in quanto riferiti all'effettivo processo valutativo e decisionale (e non all' *errata corrige*), sono tali da configurare la tempestiva impugnazione dell'intera procedura di gara, con conseguente interesse strumentale al ricorso, tendente ad ottenere non l'aggiudicazione, ma una nuova possibilità di conseguirla attraverso la partecipazione ad una nuova gara;

3) la sentenza viola gli artt. 30 e 34, comma 1, lettera c), cod. proc. amm., in quanto l'interesse azionato riguardava non solo l'esecuzione in forma specifica, ma anche il risarcimento per equivalente patrimoniale, e sotto quest'ultimo profilo permarrebbe anche a fronte di un ipotetico "nuovo assetto di interessi" conseguente ai verbali n. 18 e n. 19.

Ripropone poi le censure non esaminate dal TAR:

4) è mancata la predisposizione della necessaria griglia per la valutazione, com'era stato invano segnalato dall'A.V.C.P., per i sub criteri di cui alle lettere c), d), g), h) ed i) – in relazione ai quali la ricorrente ha ottenuto solo 4,5 punti su 20 di possibile assegnazione;

5) la deliberazione n. 341/2012 è illegittima poiché introduce surrettiziamente, solo dopo la ricezione delle offerte, elementi che avrebbero dovuto essere specificati nella legge di gara;

6) per il suddetto criterio sub c) dell'art. 5, comma 2, del capitolato – concernente gli ausili riconducibili ed alternativi, in relazione al quale era necessario valutare "*parametri per i quali la performance da misurare è espressa con un valore numerico*" (sotto il profilo del tetto massimo di



“*referenze*” previsto per ogni tipo di prodotto), ai sensi dell’art. 6.2.2. del disciplinare, la Commissione, anziché applicare una proporzione matematica, ha invece proceduto a formulare un generico, aleatorio ed immotivato giudizio di *ottimo/adequato/inadeguato*, e la Svas Biosana ha ottenuto 0 punti, invece degli 1,5 spettanti;

7) alcune attribuzioni di punteggi sono irragionevoli:

- per il suddetto criterio a) – concernente la descrizione prodotti/valutazione dei parametri di cui al d.m. 332/1999 – le risultanze delle singole prove sono state ponderate (cfr. verbale n. 14), erroneamente, rispetto a tutti i 22 ausili richiesti, anziché ai soli 14 che possono essere sottoposti alle prove di cui al nomenclatore (di cui al d.m. predetto);

- per il criterio g) – concernente il servizio successivo alla vendita e l’assistenza tecnica – la Svas ha ottenuto solo 0,25 punti su 6, perché (verbale n. 12) il progetto sarebbe riferito ad un software “*destinato specificamente all’erogazione del servizio da parte di unità distrettuali di diabetologia*”; ma così non è, la *lex specialis* non richiedeva un software destinato esclusivamente agli ausili per incontinenza, ed il software SAD è ampiamente utilizzato anche per gli ausili per incontinenza, anche da Svas ed in favore degli assistiti dell’A.S.P. di Reggio Calabria;

8) è illegittima l’esclusione della Svas per prodotti ritenuti, erroneamente, non conformi (e che, in quanto tali, non hanno ottenuto punteggio):

- per il pannolone mutandina assorbente per bambini, non sarebbe stata presentata documentazione sulle caratteristiche richieste, e per i

diversi formati offerti sarebbe stata superata la soglia di tolleranza della misura, pari a +/- 1 Kg (verbale n. 6); ma ciò non risponde al vero, in quanto le schede tecniche presentate indicano le dimensioni e la capacità di assorbimento, e sono quindi conformi a quanto richiesto, mentre la dizione “*Misura ... Kg*”, sta ad indicare il formato (taglia) dei pannolini da offrire, distinguendolo in *medium*, *large*, *extralarge* e *XXL*, e dunque il riferimento al peso è solo convenzionalmente utilizzato per indicare il formato

- per la mutandina elasticizzata riutilizzabile, mancherebbe l'indicazione del giro gamba, e sono indicati solo altezza e larghezza; ma in nessuna parte è prescritto un simile obbligo, né è mai stato richiesto in altra gara in Italia.

12. La A.S.P. di Reggio Calabria controdeduce sull'appello principale, soprattutto introducendo elementi di valutazione in ordine ai profili di ritenuta non adeguatezza dell'offerta della Svas Biosana.

13. La Fater propone appello incidentale, insistendo sulla tardività del ricorso introduttivo di Svas Biosana, ed in particolare sottolineando le peculiarità del caso rispetto ai principi espressi da A.P. nn. 1/2003 e 8/2013, e la non esauriente risposta che detto orientamento dà alle problematiche sottese all'onere di immediata impugnazione della *lex specialis*.

Inoltre, controdeduce analiticamente sull'appello principale.

14. Entrambi le parti private hanno depositato memorie di replica, puntualizzando le rispettive difese.

15. Per quanto concerne il ricorso incidentale della Fater, come

esposto incentrato sulla tardiva impugnazione della *lex specialis*, il Collegio non ravvisa motivi per discostarsi dall'orientamento prevalente della giurisprudenza in tema di presupposti e limiti dell'onere di immediata impugnazione (formatasi sulla scia di Cons. Stato, A.P., 29 gennaio 2003, n. 1).

L'onere di immediata impugnazione del bando è circoscritto al caso della contestazione di clausole escludenti, riguardanti requisiti di partecipazione, che siano *ex se* ostative all'ammissione dell'interessato, o, al più, impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, dovendo le altre clausole essere ritenute lesive ed impuginate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva; a fronte di una clausola illegittima della *lex specialis* di gara, ma non impeditiva della partecipazione, il concorrente non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, poiché non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 25 giugno 2014, n. 3203; 8 aprile 2014, n. 1665).

Ciò che appare decisivo, ai fini dell'affermazione dell'onere di immediata impugnazione, è non soltanto il fatto che le clausole della

*lex specialis* manifestino immediatamente la loro attitudine lesiva, ma il rilievo che le stesse, essendo legate a situazioni e qualità del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara, risultino esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa, e non condizionate dal suo svolgimento e, perciò, in condizioni di ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara (cfr., da ultimo, Cons. Stato, III 3 marzo 2014, n. 959; V, 24 ottobre 2013, n. 5155).

Il ricorso incidentale deve pertanto essere respinto.

16. Riguardo al ricorso principale di Svas Biosana, il Collegio non condivide la valutazione di improcedibilità del ricorso di primo grado operata dal TAR.

Risulta che nella gara in questione non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione definitiva.

L'impugnazione si è arrestata al verbale n. 17, contenente la conferma dell'esclusione di Svas Biosana (già disposta col verbale n. 16) e l'aggiudicazione provvisoria, e non è stata estesa ai verbali n. 18 e n. 19.

Occorre sottolineare che, con il verbale n. 18, la Commissione ha proceduto, sulla base delle comunicazioni del Laboratorio della C.C.I.A.A. di Napoli, ad una rettifica di un'omissione (nei certificati: omissio riscontro dell'esistenza negli ausili offerti da Svas Biosana di un sistema di dermoprotezione – crema emolliente; cfr. nota del Laboratorio in data 15 febbraio 2013) e di un errore di calcolo (nei rapporti nn. 4114 e 4115: errori di moltiplicazione; cfr. nota del

Laboratorio prot. 81R in data 22 febbraio 2013); gli errori erano stati evidenziati dalla Svas Biosana in data 18 febbraio 2013.

Deve ritenersi che, in tal modo, la Commissione non abbia dato corso ad alcuna ulteriore attività istruttoria o nuova valutazione tecnico discrezionale, non apparendo tali il semplice recepimento di una correzione di errori materiali, o, al più, di una rettifica di calcolo matematico.

Secondo la giurisprudenza, la non necessità d'impugnazione dell'atto finale, quando sia stato già contestato quello preparatorio, sussiste solo quando tra i due atti vi sia un rapporto di presupposizione/conseguenzialità immediata, diretta e necessaria, nel senso che l'atto successivo si pone quale inevitabile conseguenza di quello precedente, perché non vi sono nuove ed autonome valutazioni di interessi da parte dei soggetti a ciò preposti; diversamente, quando l'atto finale, pur partecipando alla medesima sequenza procedimentale in cui si colloca l'atto preparatorio, non ne costituisce conseguenza inevitabile, perché la sua adozione implica nuove ed ulteriori valutazioni di interessi, l'immediata impugnazione dell'atto preparatorio non fa venir meno la necessità d'impugnare l'atto finale (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 20 dicembre 2013, n. 6131; IV, 26 novembre 2013, n. 5621).

Pertanto, al fine di motivare la non necessità di una specifica impugnazione dei verbali n. 18 e n. 19, può anche utilizzarsi la categoria dell'atto meramente confermativo (categoria nata per delimitare i casi in cui, di fronte ad un'istanza di riesame, un nuovo

atto dell'Amministrazione non rimette il destinatario in termini ai fini dell'impugnazione), in contrapposizione a quella dell'atto confermativo, così come ha fatto il TAR (anche se per giungere a conclusioni opposte). Ma ciò che conta, sostanzialmente, è che il verbale n. 18 (al pari del verbale n. 19, che, come sopra esposto, si limita a comunicare attività precedenti e a raccogliere le relative contestazioni del concorrente) risulta strettamente consequenziale e privo di valenza decisionale autonoma rispetto al verbale precedente. Tant'è vero che, nell'ipotesi di un'estensione dell'impugnazione agli ultimi verbali della Commissione, la riproduzione delle stesse identiche censure da parte della ricorrente sarebbe stata dovuta, prima ancora che alla natura dell'interesse azionato, alla circostanza che l'ulteriore attività della Commissione nulla aveva aggiunto alla lesione della situazione della ricorrente.

17. Occorre quindi esaminare le censure rivolte avverso i criteri di valutazione, e le valutazioni stesse, risultate assorbite in primo grado a seguito della decisione in rito.

18. Si può partire dalle valutazioni di non conformità dell'offerta Svas Biosana.

Non è superfluo precisare che conseguenza diretta del giudizio di non conformità è stata la non attribuzione dei punteggi corrispondenti ai relativi criteri, mentre l'esclusione (sebbene motivata dalla Commissione nel verbale n. 17 anche con riferimento alle non conformità) sembra essere sostanzialmente dovuta alla insufficienza rispetto alla soglia del punteggio complessivo di tutti i criteri

qualitativi.

L'appellante principale ha lamentato, in relazione al prodotto pannolone mutandina assorbente per bambini, di aver presentato – contrariamente a quanto ritenuto dalla Commissione - una documentazione completa e conforme a quanto richiesto; e, in relazione al prodotto mutandina elasticizzata riutilizzabile, che l'indicazione del giro gamba, effettivamente mancante, non sarebbe stato espressamente richiesto dalla *lex specialis* (così come in alcuna altra gara per prodotti analoghi).

Per il primo tipo di prodotto, le parti resistenti hanno sottolineato come Svas Biosana, pur presentando le schede tecniche relative alle caratteristiche dei pannolini per bambini nelle varie taglie, ha però omesso di autocertificare, o comunque di indicare specificatamente i parametri relativi alle “*prove di velocità di assorbimento*”, alla “*capacità specifica di assorbimento*” ed al “*rewitting*” (ritorno del bagnato), di cui era onerata, non essendo previste al riguardo prove di laboratorio (così come precisato a pag. 6 del capitolato di gara, ed oggetto dei chiarimenti n. 6 e n. 13 di cui alla nota prot. 4855 in data 13 ottobre 2011). In tal modo, non consentendo alla Commissione di valutare la conformità ai tre parametri stabiliti.

Tali rilievi non risultano ulteriormente confutati dall'appellante.

Inoltre, la A.S.P. ribadisce che i pannolini offerti, per le taglie 9/18, 11/22 e 18/30 Kg, non rispondono alla soglia di tolleranza massima richiesta, e, per esplicitare la valenza sostanziale di tale difformità, aggiunge che i pannolini non sono dotati di un sistema di chiusura

estensibile o altro sistema equivalente, e pertanto la loro vestibilità risulta non adeguata alle caratteristiche fisiche di soggetti aventi peso corporeo diverso (nel primo e terzo caso inferiore, nel secondo superiore) da quello stabilito nella *lex specialis* (che prevede taglie riferite, oltre che a 4/9 Kg, a 7/18, 11/25 e 15/30 Kg).

Anche tali rilievi non risultano ulteriormente confutati dall'appellante. E, ad avviso del Collegio, per superarli, non sembra sufficiente affermare (come ha fatto l'appellante) che i pannolini offerti coprano l'intera gamma di formati/taglie considerati (da 4 30 Kg), posto che il criterio di valutazione di cui alla lettera a) indicava specifiche fasce di peso, ed una soglia di tolleranza rispetto a ciascuna di esse.

Per il secondo tipo di prodotto, le mutandine elasticizzate, le parti resistenti hanno sottolineato che la mutandina è collegata ai pannolini sagomati, e di conseguenza ciascuna misura di mutandina deve essere allineata come dimensione alle diverse (quattro: extra, grande, media e piccola) dimensioni dei pannolini da supportare; infatti, è il capitolato di gara a precisare che l'indumento deve essere *“idoneo ad aderire tra le gambe e la parte inferiore del dorso (norma ISO 9949-3: 2, 12, 124)”* e *“idoneo ad essere indossato in combinazione con il pannolone sagomato o il pannolone rettangolare”*.

Anche tali rilievi, che sembrano giustificare la necessità dell'indicazione del giro gamba, non risultano ulteriormente confutati dall'appellante.

Pertanto, deve ritenersi che le censure dell'appellante non colgano nel segno.



19. Non diversa è la conclusione che discende dall'esame delle censure concernenti la definizione e configurazione dei criteri di valutazione.

Anzitutto, va precisato che la deliberazione n. 341/2012 non ha introdotto nuovi elementi, che avrebbero dovuto essere specificati nella legge di gara prima della presentazione delle offerte.

Infatti, come esposto, il provvedimento appare sostanzialmente confermativo di quanto già stabilito ed oggetto di critiche da parte dell'A.V.C.P.. In ogni caso, l'A.S.P. ha chiesto ai concorrenti di confermare la validità delle offerte presentate, e pertanto l'appellante, qualora avesse ravvisato una modifica surrettizia della *lex specialis*, avrebbe potuto contestarlo all'A.S.P. e non confermare l'offerta (così come ha fatto il terzo concorrente), impugnando i conseguenti provvedimenti.

Quanto al parere espresso dalla A.V.C.P. sulla insufficienza dei criteri di valutazione di cui alle lettere c), d), g) h) ed i), dell'art. 5 del capitolato, per mancata predisposizione di una griglia adeguatamente selettiva – parere sul quale viene ricalcato un motivo di ricorso – il Collegio ritiene che sia eccessivamente limitativo.

Infatti, la giurisprudenza di questa Sezione è ferma nel richiedere, ai fini della legittimità delle valutazioni delle offerte da parte della commissione di gara espresse mediante attribuzione dei punteggi in forma soltanto numerica, una adeguata articolazione – per specificità dei parametri e limitatezza del *range* dei punteggi a ciascuno di essi attribuibili - dei criteri di valutazione da parte della *lex specialis*,

essendo altrimenti necessaria una puntuale motivazione dei singoli punteggi attribuiti (cfr., da ultime, Cons. Stato, III, 10 dicembre 2013, n. 5909; 18 ottobre 2013, n. 5060; 4 settembre 2013, n. 4431; 25 febbraio 2013, n. 1169).

Per valutare l'idoneità, allo scopo di ridurre in un ambito fisiologico la discrezionalità tecnica valutativa esercitabile dalla Commissione, della griglia prefissata, non può essere ritenuto adeguato (come sembra ritenere l'A.V.C.P.) soltanto un sistema binario, basato cioè su punteggi 0/1, o comunque conseguenti ad accertamenti di inesistenza/esistenza di elementi oggettivamente definiti. La stessa discrezionalità tecnica implica un margine di apprezzamento, sindacabile sotto il profilo della logicità e rispondenza alle regole tecniche ed ai fatti, ma non eliminabile. Quel che deve sussistere è invece una griglia (e delle eventuali motivazioni) che rendano possibile ricondurre l'attribuzione dei punteggi alla griglia, con approssimazione logica accettabile, e quindi sindacabile attraverso le diverse figure dell'eccesso di potere.

Nel caso in esame, i parametri (criteri e sub-criteri di valutazione) appaiono sufficientemente definiti nel contenuto ed a ciascuno di essi è attribuito un *range* di punteggio limitato (la massima ampiezza, per quanto concerne i criteri oggetto della censura in esame, va da 0 a 2 punti).

In ogni caso, una specifica motivazione dell'attribuzione dei punteggi, sintetica ma puntuale, è stata apposta dalla Commissione nelle schede valutative per ogni criterio e sub-criterio.

Nel caso del criterio sub i) – “*Numero verde e qualità dei mezzi di comunicazione con Utenti e/o familiari e/o assistiti*”, articolato in due sub-criteri, sembra addirittura da escludere in radice la stessa necessità di una griglia, essendo prevista l’attribuzione di 0,5 punti in presenza di un *call center* per la gestione del servizio di consegna, e di altrettanti 0,5 punti per la presenza di un *call center* per la gestione del servizio consumatori.

Anche le censure sulla intrinseca inidoneità dei criteri risultano pertanto infondate.

20. Passando ad esaminare le censure riguardanti le modalità delle valutazioni effettuate, Svas Biosana ha lamentato che, per il criterio sub a) – “*Descrizione prodotti/Valutazione dei parametri di cui d.m. 332 del 27.8.1999*” – l’attribuzione del punteggio (fino a 6 punti) andava rapportato esclusivamente ai 14 prodotti che possono essere sottoposti alle prove di cui al d.m. 332/1999 (vale a dire: velocità di assorbimento del liquido, cessione del liquido, capacità di assorbimento del liquido), mentre invece (cfr. verbale n. 14) le risultanze delle singole prove sono state erroneamente ponderate (“*indice di ponderazione %*”) rispetto a tutti i 22 ausili richiesti (comprese, ad esempio, le traverse).

La censura in appello risulta maggiormente argomentata, ma non sostanzialmente diversa da quella proposta in primo grado, e quindi non “nuova”.

Le parti resistenti hanno replicato che ai prodotti non sottoponibili alle prove non sono stati applicati gli stessi criteri, ma invece quelli

specifici indicati a pag. 6 e 7 del capitolato tecnico. In particolare, per le traverse salvamaterasso il capitolato ha preso in considerazione le superfici minime del tampone indicate nel d.m. 332/1999 (25% per le traverse rimboccabili 80 x 180, e 75% per quelle non rimboccabili 60 x 90) ed ha previsto l'assegnazione di un punteggio in relazione alla superficie: 0, se inferiore al minimo, 2, 4 e 6, a seconda dell'estensione del tampone.

D'altro canto, con i chiarimenti di cui alla nota prot. 4865 in data 13 ottobre 2011, al punto 11), era stato precisato che l'attribuzione del punteggio per il criterio in esame sarebbe stata riparametrata in base ai volumi previsti dalla gara, con ciò intendendosi tutti i prodotti oggetto della procedura.

Il motivo di censura non può pertanto ritenersi fondato.

21. Con altra censura, si lamenta che, per il criterio sub c) dell'art. 5, comma 2, del capitolato – “*Ausili riconducibili ed alternativi di cui ai commi 5 e 6 del d.m. 332 del 27.8.1999 e riferimenti statistici Consip 2- d.G.R. Calabria n. 69/2009 Ausili di altro marchio commerciale*”, in relazione al quale, ai sensi del succitato art. 6.2.2. del disciplinare di gara, si trattava di valutare “*parametri per i quali la performance da misurare è espressa con un valore numerico*”, la Commissione, anziché applicare una proporzione matematica, abbia invece proceduto (cfr. verbale n. 10) a formulare un generico, aleatorio ed immotivato giudizio di “*ottimo/ adeguato/ inadeguato*”.

Il criterio prevedeva anzitutto la presentazione di “*schede tecniche e documentazione illustrativa di ciascuna referenza offerta*” e poi, per ciascuna

gamma di ausili, stabiliva che “*Sarà valutata la qualità della gamma degli ausili proposti tenendo conto che la ASP/RC ha preliminarmente stabilito un tetto massimo di ... referenze complessive per l’assegnazione del massimo punteggio*”.

Ad avviso dell’appellante, la previsione di un tetto massimo di “*referenze*” per ogni tipo di prodotto - 10 referenze per la gamma ausili incontinenza leggera e ausilio per uomo, 9 per la gamma ausili tipo pants, adulti e bambini, e 3 per la gamma ausili a cintura – evidenzia che il criterio di valutazione corretto sarebbe stato quello di proporzionalità alla consistenza oggettiva del prodotto offerto, non quello discrezionale (ed opinabile).

La prospettazione sembra travisare la portata del criterio.

Nonostante la non perspicua formulazione, l’interpretazione più logica è quella secondo la quale il “*tetto massimo*” (numero) delle referenze (tipo di prodotti) serviva a contingentare la varietà dei prodotti offerti per ciascuna gamma (così razionalizzando le valutazioni), non a dimostrare la qualità dei prodotti offerti o, comunque, ad individuare un parametro quantitativo per l’attribuzione dei punteggi, viceversa basata sulla valutazione delle schede tecniche e della documentazione illustrativa.

Ciò è confermato dai giudizi apposti dalla Commissione, che ha ritenuto inadeguata l’offerta Svas Biosana per i primi due sub-criteri, in quanto mancante di parte dei tipi di prodotti richiesti per le rispettive gamme.

La censura è pertanto infondata.

22. Infine, occorre esaminare la censura concernente l'attribuzione all'offerta della Svas Biosana, per il criterio sub g) – “*Servizio successivo alla vendita e assistenza tecnica*” – di soli 0,25 punti su 6 massimi disponibili, perché (cfr. verbale n. 12) il progetto sarebbe riferito ad un software “*destinato specificamente all'erogazione del servizio da parte di unità distrettuali di Diabetologia*”.

L'appellante sostiene che ciò non risponde al vero, che comunque la *lex specialis* non richiedeva un software destinato esclusivamente agli ausili per incontinenza, e che il software SAD, offerto, è ampiamente utilizzato per le forniture di ausili per incontinenti nell'intero territorio del Distretto Sanitario Tirrenico (rientrante nell'ambito di competenza dell'A.S.P. di Reggio Calabria).

L'A.S.P. eccepisce che la qualificazione riduttiva operata dalla Commissione è stata causata dalla stessa presentazione del progetto da parte dell'appellante, da cui poteva evincersi una precisa limitazione per le sole unità di diabetologia (pag. n. 6).

Il Collegio osserva che non è stato dimostrato che la *lex specialis* richiedesse l'offerta di un software elaborato specificamente, o comunque destinato esclusivamente alla gestione del servizio relativo agli ausili per incontinenza.

Osserva inoltre che nel progetto presentato da Svas Biosana (pag. 6 – doc. n. 15 della produzione documentale in primo grado della A.S.P., prot. 1191 in data 23 marzo 2013), il sistema informativo integrato offerto viene effettivamente presentato come “*fruibile dall'aggiudicatario per le parti necessarie all'erogazione del servizio e dagli operatori delle Unità*”

*Operative Distrettuali di Diabetologia preposte al servizio” e si afferma che l’applicativo SAD/ SAD CRM “consentirà agli operatori delle Unità Operative Distrettuali di Diabetologia di svolgere tutte quelle attività necessarie a garantire il servizio di somministrazione ed assistenza post vendita con la completa tracciabilità delle informazioni.” (pag. 6).*

Tuttavia, tale improprio riferimento può essere spiegato come il frutto dell’utilizzazione, nella predisposizione dell’offerta, di un documento preesistente servito ad altri scopi (Svas non nega che sistema e programma applicativo siano utilizzati per l’erogazione di presidi per diabetici), ma non qualifica necessariamente il contenuto e le funzionalità dei prodotti, che risultano esposti analiticamente nelle (18) pagine del progetto, a quanto sembra senza riferimenti vincolanti ad un particolare settore di utilizzazione; ciò che, del resto, sembra compatibile con le caratteristiche di flessibilità dei prodotti informatici. Mentre la Commissione non ha minimamente considerato detti contenuto e funzionalità, per valutare se e in che misura fossero rispondenti alle esigenze del servizio da appaltare.

In questa prospettiva, il Collegio ritiene plausibile la prospettazione dell’appellante, nel senso che la Commissione si sia soffermata sulla stampa delle “maschere” esplicative del software (che riportavano richiami alla diabetologia), senza valutare effettivamente il progetto “*Servizio post vendita e assistenza tecnica software proposto e caratteristiche tecniche*” presentato; mentre la funzionalità effettiva del software era agevolmente riscontrabile sulla base della scheda tecnica descrittiva del prodotto, e comunque avrebbe dovuto essere nota alla stazione

appaltante in forza dei rapporti in essere nell'ambito di competenza.

Ciò stante, la Commissione avrebbe dovuto, quanto meno, assumere chiarimenti, prima di procedere ad una valutazione ingiustificatamente riduttiva.

Va osservato (anche se su tale aspetto le parti non si sono soffermate) che il rilievo critico per la destinazione del software alle unità distrettuali di Diabetologia è contenuto nelle note motivazionali che accompagnano sette degli otto sub-criteri in cui si articola il criterio in questione. Mentre il giudizio di “*inadeguato*” formulato per il sub-criterio residuo “*Fatturazione – modalità di ricerca – previsioni dei consumi – indici previsionali*”, che ha condotto a non attribuire punteggio a fronte dei 0,50 punti disponibili, è motivato esclusivamente con rilievi critici di altro tipo, che non sono stati oggetto di specifiche censure; pertanto, la non attribuzione di punteggio a tale sub-criterio si sottrae alla censura in esame.

Riguardo ai sette sub-criteri rispetto ai quali il rilievo sulla destinazione del software ha inciso sul giudizio e sull'attribuzione del punteggio, per uno di essi (“*Conformità al D.Lgs. 196/2003 in materia di flusso dei dati*”) il giudizio è “*adeguato*” ed ha comportato l'attribuzione di 0,25 punti su 0,50 disponibili, ed il rilievo critico è accompagnato da rilievi positivi. Per gli altri, il giudizio è “*inadeguato*” e non è stato attribuito alcun punteggio a fronte dei 5 punti complessivamente disponibili; in particolare, per quattro sub-criteri (“*Controllo della fornitura nelle varie fasi*”, “*Gestione anagrafica dei dati, di prescrizione, del personale infermieristico, anagrafica deposito, listini e codici, prospetti illustrativi*”,



*“Modalità di ricerca dei parametri prescritzionali e dello storico utente” e “Funzionalità per l’analisi dei dati e tecnologia proposta – Analisi quantitativa e statistica pazienti, Analisi delle consegne effettuate – Analisi in quantità e valore dei prodotti, Analisi della spesa, Indici di risparmio”)* è stato formulato solo il rilievo sulla destinazione del software; per altri due (*“Scambiabilità dei dati con altre forme di distribuzione capillare” e “Visualizzazione delle bolle consegnate”*) sono stati formulati anche ulteriori rilievi critici specifici (in sintesi: dalla documentazione non si evincerebbe la possibilità di alcune funzionalità attese dal sistema).

23. Esaminate tutte le censure, e ritenuta fondata soltanto quella che denuncia una valutazione irragionevole e non adeguatamente motivata, in relazione a sette dei sub-criteri contenuti nel criterio di cui alla lettera g), dell’art. 5 del capitolato, il Collegio sottolinea che a Svas Biosana, per superare la soglia di sbarramento dell’offerta qualitativa, sarebbe sufficiente ottenere un maggior punteggio di soli 0,81 punti.

Tale incremento appare del tutto possibile, alla luce del maggior punteggio disponibile per i sette sub-criteri in questione.

D’altro canto, le parti non hanno fornito elementi di valutazione, utili ad effettuare una sorta di prova di resistenza della graduatoria alla luce del maggior punteggio potenzialmente attribuibile all’offerta tecnica dell’appellante; né questi appaiono al Collegio altrimenti desumibili dagli atti di gara, che non hanno considerato l’offerta economica della Svas Biosana.

Il Collegio deve perciò limitarsi a concludere che i vizi riscontrati

hanno impedito la valutazione dell'offerta economica della Svas Biosana, e la comparazione complessiva tra i punteggi delle offerte delle due imprese rimaste in gara.

L'appello principale di Svas Biosana deve pertanto essere accolto, con annullamento dell'esclusione dell'appellante e dell'aggiudicazione provvisoria.

24. Considerate la natura e la complessità delle questioni affrontate, sussistono giustificati motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado ed annulla i provvedimenti impugnati, nei sensi e limiti indicati in parte motiva.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/09/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)