

Procedura telematica ai sensi dell'art. 36, comma 2 lett. a) D.Lgs. n. 50/2016, a mezzo RDO sul Mepa (RDO n. 1851306), per l'affidamento, in unico lotto, della fornitura di lavastrumenti chirurgici a termo disinfezione da sottopiano. Relazione sullo svolgimento del procedimento di riesame della procedura. Proposta adozione provvedimento di annullamento d'ufficio aggiudicazione e graduatoria.

Con riferimento all'appalto di cui all'oggetto, aggiudicato all'operatore TE.MO.SA. S.r.L. con determinazione n. n. 904 del 23/02/2018, a conclusione del procedimento di riesame della procedura avviato con comunicazione prot. n. PG/2018/80524 del 05/03/2018, si rende la presente relazione in merito agli accertamenti ed atti istruttori compiuti, con le conseguenti valutazioni e proposte ai fini dell'adozione del provvedimento finale.

Premessa

La procedura di affidamento di cui all'oggetto è stata avviata mediante RdO pubblicata sulla piattaforma MEPA di Consip S.p.A. in data 26/01/2018, con la quale ATS Sardegna – ASSL Cagliari ha richiesto la presentazione di offerte finalizzate all'eventuale affidamento, ai sensi dell'art. 36, comma 2 lett. a) D.Lgs. n. 50/2016 e sulla base del criterio del minor prezzo, di un contratto relativo alla fornitura di lavastrumenti chirurgici a termo disinfezione da sottopiano, per un valore a base di offerta pari ad euro 39.900,00 IVA esclusa.

Tale RdO veniva riscontrata dagli operatori economici SMEG S.p.A., TE.MO.SA. S.r.L. e Terapon S.r.L., che hanno partecipato alla procedura e presentato le proprie offerte.

A conclusione delle operazioni di valutazione delle offerte, la graduatoria di merito della procedura è risultata così formata:

1. Offerta TE.MO.SA. S.r.L., con il prezzo complessivo di euro 34.218,00 IVA esclusa (minor prezzo offerto);
2. Offerta SMEG S.p.A., con il prezzo complessivo di euro 35.694,15 IVA esclusa;
3. Offerta Terapon S.r.L., con il prezzo complessivo di euro 36.600,00 IVA esclusa;

Con determinazione n. 904 del 23/02/2018 è stata, quindi, disposta l'aggiudicazione di tale procedura al primo concorrente in graduatoria TE.MO.SA. S.r.L., per l'importo di euro 34.218,00 IVA esclusa.

Successivamente a tale aggiudicazione ATS Sardegna non ha dato seguito alla stipulazione del contratto ed all'affidamento della fornitura, per le seguenti ragioni.

Il concorrente SMEG S.p.A., ricevuta comunicazione degli esiti della procedura, con missiva del proprio legale in data 1/03/2018, rif. 1473/18 su, successivamente integrata con missiva in data 13/03/2018, rif. 1473/18 su (entrambe agli atti dell'ufficio), ha difatti eccepito l'incompletezza dell'offerta presentata dall'aggiudicatario TE.MO.SA. S.r.L. – ritenuta carente di una parte dei materiali di consumo richiesti nella lettera di invito -, rilevando come tale circostanza ne avrebbe dovuto comportare l'estromissione dalla procedura. SMEG S.p.A. ha, pertanto, sollecitato ATS Sardegna a procedere all'annullamento in autotutela di tale aggiudicazione, con conseguente scorrimento della graduatoria e nuova aggiudicazione in suo favore, essendosi classificata al secondo posto della graduatoria.

La stazione appaltante, valutato come tali censure evidenziassero, laddove confermate, criticità idonee a determinare la rimozione dell'aggiudicazione già deliberata, con comunicazione prot. n. PG/2018/80524 del 05/03/2018 ha dato avviso a TE.MO.SA. e SMEG S.p.A., ai sensi degli artt. 7 e ssgg. L. n. 241/90, dell'avvio di un procedimento di riesame finalizzato all'eventuale annullamento dell'aggiudicazione in via di autotutela ed allo scorrimento della graduatoria; lo scrivente veniva indicato quale responsabile del procedimento di autotutela.

E' seguita una complessa attività di riesame della procedura, espletata congiuntamente ai tecnici dell'ufficio e di seguito meglio descritta, che ha coinvolto, oltre l'offerta tecnica dell'aggiudicatario, anche quelle presentate dagli altri due concorrenti in graduatoria SMEG S.p.A. e Terapon S.r.L., in quanto pure dette offerte hanno rivelato delle carenze erroneamente non rilevate nel corso della procedura. Tale circostanza ha, pertanto, determinato l'estensione del procedimento di autotutela all'intera graduatoria esitata dalla procedura.

Si fa presente, inoltre, che in sede di riesame sono pervenute istanze di accesso agli atti formulate, rispettivamente, dai concorrenti TE.MO.SA. S.r.L. e SMEG S.p.A., che sono state esaminate e prontamente accolte, sussistendo i presupposti legittimanti l'accesso ai sensi delle disposizioni di cui agli artt. 22 L. 7/08/1990 n. 241, e 2 comma 1 D.P.R. 12/04/2006 n. 184.

Tale attività è stata avviata dalla S.C. Technology Assessment della ASSL Cagliari e, quindi, proseguita e conclusa dalla S.C. Ingegneria Clinica, nel frattempo subentrata per competenza nella gestione della procedura a seguito dell'attivazione di tale struttura complessa dipartimentale con la deliberazione del Direttore Generale n. 231 del 13/02/2018 e per effetto della definizione delle deleghe e competenze delle nuove strutture dipartimentali disposta con la deliberazione n. 800 del 15/06/2018.

I fatti e le circostanze rilevati nel corso di tale procedura di riesame e le conseguenti valutazioni e determinazioni sono riportate di seguito.

Riesame e verifica offerta TE.MO.SA. S.r.L.

La lettera di invito della RdO n. 1851306 prevedeva espressamente, con formula chiara, che le offerte formulate dai concorrenti dovessero includere, oltre alle apparecchiature, anche la fornitura *“di tutto il materiale consumabile necessario per il corretto e sicuro utilizzo, compresi disinfettanti, lubrificanti e detergenti, carta per stampante, filtri, etc. per n. 2000 cicli”*.

A seguito delle contestazioni formulate dal secondo in graduatoria, l'offerta dell'aggiudicatario TE.MO.SA. S.r.L. è stata sottoposta ad un attento riesame. Sono state nel contempo esaminate e valutate le osservazioni e deduzioni presentate dall'interessato con missiva prot. 018.18 in data 14/03/2018, corredata di allegati (agli atti dell'ufficio), nell'ambito del procedimento di autotutela.

Tali attività hanno consentito di accertare che l'offerta TE.MO.SA. presenta le carenze di seguito indicate, erroneamente non rilevate nella fase della procedura antecedente l'aggiudicazione.

In primo luogo, nella configurazione offerta è presente il filtro HEPA (uno per ciascuna apparecchiatura), ma non vi è alcun riferimento alla dotazione di “prefiltri”, la cui sostituzione è prevista dal manuale d'uso ogni 100 ore.

Nell'offerta, inoltre, non si fa alcun cenno alla fornitura del sale, necessario per il funzionamento dell'addolcitore incorporato nelle apparecchiature. Con le memorie presentate in sede di riesame l'aggiudicatario dichiara che tale consumabile sarebbe incluso nella configurazione offerta, e come tale circostanza risulterebbe evidente dalla dichiarazione del produttore allegata alle memorie e dalle schede tecniche prodotte in sede di autotutela.

Al riguardo si rileva, innanzi tutto, come quanto contenuto in tale dichiarazione del produttore e nelle schede allegate - presentate solo in sede di riesame e non incluse nell'offerta presentata nella procedura - non possa in alcun modo essere preso in considerazione, in quanto costituisce, con ogni evidenza, una correzione e/o integrazione postuma dell'offerta, come tale non ammissibile ai sensi di quanto disposto dall'art. 83 comma 9 del D.Lgs. n. 50/2016.

A prescindere dal carattere assorbente di tale ultimo rilievo, nel merito i tecnici dell'ufficio hanno comunque evidenziato come appaia ragionevole stimare che siano necessarie più ricariche per coprire i 1000 cicli/macchina dichiarati, considerando una stima sulla durezza dell'acqua nella città di Cagliari (dati gestore Abbanoa: durezza tra 10-12 °f), data la tabella riportata a pag. 24 del manuale d'uso e considerato che una ricarica da 0,5 Kg dura solo circa 30 cicli.

L'offerta tecnica ed economica del predetto aggiudicatario è, in ogni caso, carente sotto un ulteriore profilo: nell'offerta non vi è alcun riferimento alla fornitura del disinfettante. Relativamente a tale mancanza non può essere accolta la tesi del concorrente, prospettata solo nelle memorie di riesame, per cui la fornitura della pompa supplementare per il disinfettante comporterebbe, implicitamente, anche la fornitura del disinfettante. Nel ribadire come l'offerta presentata nella procedura non faccia cenno alcuno a tale consumabile e/o al numero di taniche offerte (a differenza di quanto invece indicato dal concorrente per la fornitura del lubrificante), si rileva, in ogni caso, che in una procedura di gara non sono evidentemente ammissibili, e devono essere considerate inidonee ed escluse, offerte formulate in modo impreciso o vago, sommario e/o generico, non potendo la stazione appaltante integrare la volontà del partecipante né consentire la precisazione o correzione successiva di un'offerta formulata in modo impreciso (in tal senso CGA Sicilia, Sez. I, 18/01/2017, n. 23).

L'offerta TE.MO.SA. S.r.L. risulta, pertanto, incompleta e carente in relazione ai profili sopra descritti.

Riesame e verifica altre offerte in graduatoria

Rilevate tali criticità dell'offerta aggiudicataria e vista la necessità di dover procedere alla rimozione dell'aggiudicazione ed a un eventuale scorrimento della graduatoria, i tecnici della struttura hanno nel contempo proceduto ad un attento riesame delle altre offerte collocate ai posti successivi della graduatoria stessa, rilevando le seguenti carenze e criticità, erroneamente non riscontrate nella fase antecedente l'aggiudicazione:

Offerta SMEG S.p.A.

La richiesta di preventivo della RdO prevedeva che l'offerta tecnica fosse composta da tutte le seguenti dichiarazioni e documenti:

- 1) tempi e condizioni di fornitura; tempo di fornitura non superiore a 30 giorni;
- 2) modulo di offerta tecnica (veniva a tal fine allegato uno schema di risposta)

3) copia del manuale d'uso in lingua italiana;

- 4) dichiarazione di garanzia, comprensiva di assistenza tecnica full risk in caso di guasto per n. 12 mesi decorrenti dalla data di accettazione/collaudo;
- 5) dichiarazione di avvenuto sopralluogo.

In sede di riesame della documentazione inserita da SMEG S.p.A. sulla piattaforma MEPA è, però, emerso che il predetto concorrente non ha prodotto in gara la copia del manuale d'uso in lingua italiana relativo alle apparecchiature offerte, espressamente richiesto dalla lettera di invito.

Sempre in sede di riesame si è, inoltre, rilevato che l'offerta tecnica ed economica del predetto concorrente non include, nel materiale di consumo offerto, i "prefiltri" aria, di cui le schede tecniche riportano la presenza nel sistema di asciugatura degli strumenti chirurgici e degli altri materiali processati con la lavastrumenti.

L'offerta SMEG è risultata, pertanto, incompleta e non idonea in relazione ai profili sopra descritti.

Offerta Terapon S.r.L.

Quanto al predetto concorrente, in sede di riesame si è rilevato che Terapon S.r.L. non ha offerto né quotato la fornitura del sale necessario per il funzionamento dell'addolcitore. Nel manuale d'uso prodotto in gara (pag. 17 - 19 - 20) vi è chiara e specifica indicazione sulla necessità di uso e reintegro dello stesso in base alla durezza dell'acqua e, pertanto, risulta evidente che per il numero di cicli richiesti dalla lettera di invito sia necessario avere delle scorte di tale consumabile da utilizzare per il reintegro all'interno dell'addolcitore. L'offerta Terapon è risultata, quindi, incompleta e carente sotto tale profilo.

A seguito di tali ulteriori verifiche la stazione appaltante, valutato come le carenze delle offerte sopra descritte comportassero la necessità di procedere all'estromissione di tutti i concorrenti, con comunicazione prot. n. PG/2018/103505 del 23/03/2018 ha dato avviso a TE.MO.SA. S.r.L, SMEG S.p.A. e Terapon S.r.L, ai sensi degli artt. 7 e ssgg. L. n. 241/90, della propria intenzione di procedere, per le ragioni sopra esposte (che nell'occasione venivano rappresentate agli interessati), all'annullamento d'ufficio e/o comunque al ritiro in autotutela, ai sensi dell'art. 21-nonies della L. 241 citata, dell'aggiudicazione di cui alla determinazione n. 904 del 23/02/2018 e dell'intera procedura di cui alla Rdo 1851306. Veniva concesso termine per la presentazione di osservazioni e deduzioni in merito a quanto sopra.

I concorrenti SMEG S.p.A. e Terapon S.r.L. si sono avvalsi di tale facoltà, presentando memorie con osservazioni e deduzioni in merito ai rilievi mossi dalla stazione appaltante.

Osservazioni e deduzioni Smeg S.p.A.

Detto concorrente, a mezzo missiva del proprio legale in data 30/03/2018, rif. n. 1473/18 su, agli atti dell'ufficio, ha contestato le conclusioni di ATS Sardegna, rilevando quanto di seguito esposto e concludendo per l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore di TE.MO.SA. S.r.L. e lo scorrimento della graduatoria in suo favore.

- 1) Sulla mancata produzione del manuale d'uso in lingua italiana

Il concorrente ha richiesto, in primo luogo, un'ulteriore verifica in merito alla mancata produzione del manuale d'uso in lingua italiana, formulando istanza di accesso alla copia integrale della documentazione inserita da esso concorrente sulla piattaforma MEPA alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Tale sub-procedimento ha consentito di accertare, mediante la trasmissione al concorrente dei file e delle registrazioni esistenti a sistema, come tale manuale, effettivamente, non risulti prodotto. Si rinvia, a tal proposito, a quanto rilevato e comunicato nella missiva prot. n. PG/2018/128485 del 16/04/2018, agli atti dell'ufficio, recante accoglimento dell'istanza di accesso del concorrente.

Con le medesime memorie, inoltre, il concorrente ha eccepito che la stazione appaltante, pur nell'ipotesi di mancata produzione di tale manuale d'uso, avrebbe dovuto in ogni caso attivare i propri poteri di soccorso istruttorio e consentire la regolarizzazione dell'offerta, rilevando tra l'altro come le schede tecniche ritualmente prodotte - costituenti, come da esso riferito, un mero estratto delle *instruction for use*, ovvero del manuale mancante - fossero, comunque, contraddistinte dal necessario dettaglio relativamente ai prodotti offerti. Con l'occasione il concorrente ha inoltre allegato tale manuale d'uso, non prodotto in fase di gara.

A conforto di tali assunti il concorrente cita il precedente giurisprudenziale costituito da Consiglio di Stato, sez. III., 28.7/2017, n. 3781.

Quanto prospettato dal concorrente non appare condivisibile, per le seguenti ragioni.

La fattispecie oggetto del precedente giurisprudenziale invocato dal concorrente risultava regolata dalla previgente disposizione di cui all'art. 38, comma 2-bis del D.Lgs. n. 163/2006, come integrata dal disposto di cui all'art. 46 comma 1-ter del medesimo codice, che lasciava qualche spazio per ritenere astrattamente ammissibile, in casi limitati, parziali integrazioni anche con riferimento all'offerta tecnica.

Tale possibilità non risulta, invece, consentita dall'attuale disciplina del soccorso istruttorio regolata dall'art. 83 comma 9 del D.Lgs. n. 50/2016, applicabile alla presente vicenda, come ben precisato dalla recentissima Consiglio di Stato, Sez. VI, 09/04/2019, n. 2344: "L'art. 83, comma 9, del D.Lgs. 50/2016 delimita la procedura di soccorso istruttorio alla eventuale "mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica (...)"". La giurisprudenza (cfr. CGA, 5 novembre 2018, n. 701) ha chiarito che: "L'istituto del soccorso istruttorio nelle gare di appalto, previsto e disciplinato dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, e' di latitudine tale da far rientrare nel suo ambito operativo, ben al di là delle mere operazioni di formale completamento o chiarimento cui aveva riguardo l'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, le carenze di "qualsiasi elemento formale della domanda", ossia la mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità, quand'anche di tipo "essenziale", purché non involgente l'offerta economica o tecnica in sé considerata"" (conforme, tra le altre, TAR Genova, 28/02/2017, n. 145).

Si evidenzia, poi, che nella fattispecie invocata dal concorrente – regolata, si ribadisce, dalla previgente disciplina di cui al D.Lgs. 163/2006- l'integrazione è stata ammessa in quanto il documento mancante costituiva un *mero riepilogo* dei prodotti offerti. Nella presente vicenda, invece, è la scheda tecnica prodotta in gara da Smeg S.p.A. che costituisce un mero estratto di quanto più ampiamente dettagliato, in relazione alle caratteristiche e funzionalità dei beni offerti, nei relativi manuali d'uso (composti complessivamente da circa 130 pagine), non prodotti in gara e tardivamente allegati solo in sede di riesame.

L'offerta tecnica Smeg, in conclusione, non è stata presentata con il dettaglio richiesto dalla *lex specialis*, dal che ne consegue, visto l'evidente carattere sostanziale della produzione omessa, che la stessa deve ritenersi carente e incompleta sotto tale profilo, non essendo ammissibile la sua integrazione postuma mediante soccorso istruttorio.

2) sulla mancata quotazione dei prefiltri d'aria

Quanto al secondo profilo di censura formulato dalla stazione appaltante - relativamente alla mancata quotazione nell'offerta dei prefiltri aria, che invece avrebbero dovuto essere offerti in quanto rientranti tra i consumabili -, il concorrente assume che il prodotto in questione sarebbe un pezzo di ricambio e non già un consumabile, e come tale risulterebbe già incluso nella configurazione offerta.

Anche tale prospettazione non appare fondata.

I pezzi di ricambio vengono comunemente intesi, nel settore della apparecchiature elettriche ed elettroniche, come i materiali per i quali non sia prevista una vita media sostanzialmente diversa da quella dell'apparecchiatura, e la cui sostituzione non sia esclusivamente da porre in relazione al grado di utilizzo dell'apparecchiatura e/o abbia una data di scadenza:

I materiali di consumo, al contrario, vengono comunemente intesi come i materiali la cui quantità consumata sia riconducibile in modo proporzionale al grado di utilizzo e di impiego dello strumento e/o abbia una data di scadenza, circostanze che rendono necessaria, pertanto, la periodica sostituzione di tali materiali.

Al riguardo i tecnici della struttura osservano che il prefiltro aria (denominato anche filtro a materassino o filtro relativo) consiste chiaramente in un consumabile, in quanto risulta necessario provvedere alla sua periodica sostituzione, come peraltro risulta confermato dagli stessi manuali d'uso tardivamente prodotti dal concorrente Smeg S.p.A.

Si conferma, pertanto, che l'offerta presentata dal concorrente SMEG S.p.A. risulta incompleta e non conforme alla *lex specialis* anche in relazione a tale ulteriore profilo.

Osservazioni e deduzioni Terapon S.r.L.

Detto concorrente ha inviato le proprie deduzioni con missiva in data 26/03/2018, agli atti dell'ufficio, con la quale, a seguito dei rilievi formulati dalla stazione appaltante circa la mancanza nell'offerta del sale necessario per il funzionamento dell'addolcitore, asserisce che l'apparecchiatura offerta non necessiterebbe del processo di rigenerazione del sale, in considerazione della durezza dell'acqua nella zona di Cagliari rilevata all'epoca della compilazione dell'offerta (pari a 10°F).

In ogni caso osserva come i quantitativi di sale necessari sarebbero irrisori e si dichiara comunque disponibile a fornire il materiale di consumo necessario per i 2000 cicli richiesti.

Tali deduzioni non possono essere accolte per le seguenti ragioni.

I tecnici del servizio hanno verificato, mediante esame delle tabelle periodicamente pubblicate dal gestore del servizio idrico, che le caratteristiche dell'acqua distribuita nel Distretto 1 di Cagliari, nel periodo di espletamento della gara in oggetto, mostravano una durezza dell'acqua di 12 °F, più elevata rispetto al valore asserito dal concorrente.

I tecnici, inoltre, rappresentano come tale dato costituisca un valore medio indicativo, ovvero un risultato di più misurazioni effettuate nel corso del periodo di riferimento, oscillanti in un certo range di valori, che tra l'altro sembra avere un andamento crescente nel periodo di osservazione (passaggio da 10 a 12 °F).

Tale trend rende quindi ancor più necessario l'approvvigionamento del consumabile costituito dal sale - la cui fornitura, si ribadisce, era espressamente richiesta a corredo della fornitura -, quantomeno in via cautelativa per la salvaguardia nel tempo delle prestazioni dell'apparecchiatura fornita.

Visti i valori pubblicati dal gestore del servizio idrico, non sussistono, pertanto, ragioni tecniche che potessero esimere il concorrente dall'offrire il consumabile espressamente richiesto dalla *lex specialis*, il cui impiego è specificatamente indicato nel manuale d'uso come necessario per il processo di rigenerazione, a garanzia di una corretta azione dei prodotti chimici (pag. 20 manuale d'uso prodotto in gara).

Quanto, infine, alle precisazioni successive del concorrente più sopra indicate, si rileva come le stesse costituiscano precisazioni postume di elementi dell'offerta tecnica, non ammissibili ai sensi di quanto previsto dal più volte citato art. 83 comma 9 del Codice.

Si conferma, pertanto, che l'offerta presentata dal concorrente SMEG S.p.A. risulta incompleta e non conforme alla *lex specialis* in relazione al profilo sopra descritto.

Conclusioni

L'espositiva che precede rende evidente come, a seguito delle verifiche espletate nel corso del procedimento di riesame delle operazioni di gara, tutte le offerte formulate in relazione alla RdO n. 1851306 siano risultate, sotto distinti profili, incomplete e/o carenti rispetto alle richieste della lettera di invito.

Tali difformità non possono che condurre, come da consolidato orientamento giurisprudenziale (ex multis, Consiglio di Stato, Sez. III, 17.11.2015, n. 5261; Consiglio di Stato, Sez. V 05.05.2016, n. 1809) alla estromissione dei concorrenti dalla gara, in quanto il rispetto delle caratteristiche minime dei beni richiesti nella *lex specialis* costituisce una condizione di partecipazione della procedura selettiva, e le eventuali carenze dell'offerta al riguardo determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto.

Per tutte tali ragioni si propone, pertanto, l'adozione di un provvedimento finale di chiusura del procedimento nei seguenti termini:

- esclusione dalla procedura dei concorrenti TE.MO.SA. S.r.L., SMEG S.p.A. e Terapon S.r.L., a causa delle carenze delle offerte riscontrate in sede di riesame delle operazioni di gara;
- per effetto delle predette esclusioni deve, di conseguenza, disporsi l'annullamento d'ufficio, in via di autotutela, dell'aggiudicazione in favore TE.MO.SA. S.r.L. di cui alla determinazione n. 904 del 23/02/2018, nonché della graduatoria finale della procedura, ai sensi dell'art. art. 21-nonies della L. 241/90 citata, sussistendo con ogni evidenza l'interesse pubblico della stazione appaltante al ritiro di un aggiudicazione e di una graduatoria recanti proposte non conformi alle richieste della *lex specialis*;
- non essendo risultate offerte conformi deve, infine, dichiararsi dichiarare conseguentemente deserta la gara.

Selargius, 24 aprile 2019

Il Responsabile del procedimento di riesame

Dottor Giovanni Scarteddu