



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

**DELIBERA N. 1010-16 del 21 settembre 2016**

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 presentata dalla Medicaire Italia s.r.l. – Procedura aperta per l'affidamento di un appalto misto di fornitura in somministrazione di gas medicinali A.I.C., gas ad uso umano, gas tecnici e di laboratorio comprensiva di servizi di manutenzione degli impianti di distribuzione e messa a disposizione di centrali di produzione aria medica e servizi annessi presso il PP.OO. dell'A.S.P. di Ragusa per la durata di due anni.- Importo a base di gara: 2.101.172,88 Euro - S.A.: Azienda Sanitaria Provinciale di Ragusa

**PREC 28/16/F**

**Capitolato speciale d'appalto – prescrizioni – restrizione della concorrenza**

Sono legittime le prescrizioni della *lex specialis* e del capitolato d'appalto che prevedono il possesso di particolari prove di accreditamento e di specifiche caratteristiche tecniche dei prodotti oggetto di fornitura qualora le stesse rispettino il principio di proporzionalità e ragionevolezza rispetto all'oggetto della prestazione contrattuale e siano finalizzate alla migliore soddisfazione qualitativa dell'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione.

**Criterio di aggiudicazione del prezzo più basso – richiesta di documentazione tecnica ai concorrenti – aggravio procedimentale**

Non costituisce violazione del principio di non aggravio del procedimento la previsione dell'obbligo per i concorrenti di fornire documentazione tecnica specifica in quanto, sebbene il criterio di aggiudicazione prescelto sia quello del prezzo più basso, l'amministrazione ha diritto ad acquisire informazioni complete in ordine alla tipologia di offerta tecnica presentata al fine di utilizzarle per una corretta valutazione dell'offerta nella sua interezza, anche nell'ottica di considerare l'effettiva corrispondenza qualitativa di una determinata offerta presentata

**Articoli 2, 68 e 82 del d.lgs. n. 163/2006**

**Il Consiglio**

VISTA l'istanza di parere prot. n. 12370 del 25 gennaio 2016, presentata dalla Medicaire Italia s.r.l. relativamente alla procedura di gara in epigrafe;

VISTE, in particolare, le doglianze sollevate dall'istante in ordine alla presunta illegittimità della disciplina di gara, nella parte in cui, nel prevedere nel capitolato speciale d'appalto specifiche condizioni di esecuzione del contratto, avrebbe determinato una restrizione della concorrenza;



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

VISTI nello specifico i motivi di contestazioni evidenziati consistenti in: a) illegittima prescrizione del possesso di almeno 12 prove accreditate di rilevamento e analisi indicate al punto 6.4 del capitolato, relativo al servizio di monitoraggio dei parametri di qualità dell'aria negli ambienti previsti dalle norme, con rilevazione della concentrazione dei prodotti anestetici, in quanto trattasi di prescrizione specialistica ed eseguibile nella totalità solo da pochi laboratori certificati ACCREDIA sul territorio della Comunità Europea, trattandosi inoltre di attività con incidenza molto bassa sul valore globale dell'appalto: tale prescrizione, secondo l'istante rappresenterebbe una restrizione della partecipazione alla gara e favorirebbe un laboratorio sito in Palermo; b) illegittimità della prescrizione di cui all'articolo 8.1 del capitolato, relativa alla installazione delle centrali di stoccaggio ed erogazione dell'ossigeno allo stato liquido e gassoso, che impone specifiche taglie dei recipienti di contenimento dei gas anziché richiederle in termini di vicinanza alla quantità richiesta, posto che le specifiche capacità identificano l'AIC di singole aziende di settore e quindi costituiscono una restrizione della partecipazione alla gara; c) illegittimità della prescrizione del capitolato, al punto 3.1 relativo alla fornitura dei gas medicinali con AIC in confezione ospedaliera, che richiede l'AIC anche per medicinali composti da altri gas non associati o da miscele di gas in quanto la preparazione delle miscele come farmaco può avvenire a fronte di specifica prescrizione medica e non tutte le aziende hanno richiesto all'AIFA l'AIC per le miscele, e dunque essa restringe la partecipazione alla gara; d) illegittimità della prescrizione del capitolato di cui al punto 3.1 e 6.3 che prescrive specifici sistemi di erogazione e valvole senza prevedere sistemi equivalenti, dal momento che, in tal modo, si privilegia un singolo operatore; e) illegittimità delle prescrizioni della *lex specialis* della gara che, sebbene da aggiudicarsi con il massimo ribasso, prevedono l'obbligo di presentazione di numerose schede tecniche, progetti, elaborati grafici, analisi tecniche gestionali e normative in contrasto con il principio di non aggravamento del procedimento;

VISTA, nello specifico, la documentazione prodotta e, in particolare, la documentazione di gara e il capitolato speciale d'appalto;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 19 gennaio 2016;

VISTA la documentazione in atti e, in particolare, le memorie delle parti;

VISTA la memoria difensiva dell'amministrazione nella quale vengono esplicitate le ragioni per le quali le contestazioni sollevate dall'istante sono infondate, in quanto le prescrizioni della *lex specialis* trovano ragione nelle caratteristiche specifiche dell'appalto e nell'esigenza dell'amministrazione di raggiungere standard elevati di esecuzione e viene precisato che alla gara hanno partecipato diversi concorrenti in possesso dei requisiti richiesti;

RILEVATO che sulla questione può decidersi ai sensi dell'articolo 8 del *Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006*;

CONSIDERATO che per quanto concerne i profili di contestazione di cui ai punti a), b), c) d) le prescrizioni definite dall'amministrazione sia con riguardo al possesso di specifiche prove di accreditamento sia con riferimento alle caratteristiche tecniche dei prodotti messi a disposizione



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

appaiono finalizzate al raggiungimento di specifici standard qualitativi nell'esecuzione contrattuale, finalità che, anche in considerazione della tipologia di prestazione, appare, secondo l'orientamento ormai consolidato di questa Autorità e della giurisprudenza amministrativa, legittima e consente all'amministrazione sia la soddisfazione dell'interesse pubblico perseguito, sia la garanzia del rispetto da parte della ditta aggiudicataria di esecuzione delle analisi nel rispetto dei metodi di campionamento prescritti e di fornitura di prodotti aventi specifiche caratteristiche, funzionali al raggiungimento dell'obiettivo perseguito. L'amministrazione, infatti, è legittimata ad introdurre, nella *lex specialis*, disposizioni atte anche a limitare la platea dei concorrenti, onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica, tutte le volte in cui tale scelta non sia eccessivamente, quanto irragionevolmente, limitativa della concorrenza. D'altra parte la stazione appaltante vanta un apprezzabile margine di discrezionalità nel richiedere requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica ulteriori e più severi rispetto a quelli normativamente previsti, ma con il limite del rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza; tuttavia non è consentito pretendere il possesso di requisiti sproporzionati o estranei rispetto all'oggetto della gara: ciò che deve essere garantito è il limite della logicità e della ragionevolezza e, cioè, della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito (*cf. parere n. 155 del 14 settembre 2011*).

CONSIDERATO, altresì, che secondo quanto rappresentato dall'amministrazione, che ha già aperto le offerte tecniche pervenute, hanno partecipato diversi operatori alla procedura in possesso delle caratteristiche in questione;

RITENUTO dunque che, alla luce di tali considerazioni, appare dunque al riguardo legittima la scelta dell'amministrazione di inserire le contestate prescrizioni nella *lex specialis*, in quanto adottata nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza all'oggetto contrattuale, stante la peculiarità della prestazione in affidamento;

CONSIDERATO, inoltre, che per quanto concerne la presunta mancata previsione della "clausola di equivalenza" alle prescrizioni tecniche riportate dalla *lex specialis*, essa costituisce di per sé principio generale dell'ordinamento in materia di contratti pubblici, sebbene non espressamente riportata nella *lex specialis* e possa pertanto ritenersi in essa eterointegrata, con l'effetto che nel caso in cui un concorrente dimostri il requisito di partecipazione richiesto con misure equivalenti, lo stesso non può essere escluso dalla procedura, senza incorrere in un vizio di legittimità del provvedimento. È, infatti, ormai consolidato il principio alla stregua del quale all'eventuale lacuna della *lex specialis*, che non riproduce una norma imperativa dell'ordinamento giuridico, soccorre il meccanismo di integrazione automatica, mediante il quale le clausole del bando vengono colmate automaticamente dal Codice e le relative disposizioni entrano a far parte della disciplina di gara, senza necessità che la cogenza delle relative prescrizioni venga prevista nel bando o nel disciplinare (*cf. al riguardo, da ultimo, parere n. 13 del 30 gennaio 2014 e parere n. 38 del 1 aprile 2015*);

CONSIDERATO, altresì, che per quanto concerne l'ultimo elemento di contestazione, di cui al precedente punto e), relativo alla violazione del principio di non aggravio del procedimento per aver richiesto ai concorrenti l'obbligo di presentare numerose schede tecniche, progetti, elaborati grafici,



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

analisi tecniche gestionali e normative, esso appare infondato. Infatti, sebbene il contratto venga aggiudicato al prezzo più basso, ciò non impedisce all'amministrazione di acquisire informazioni complete in ordine alla tipologia di offerta tecnica presentata al fine di utilizzarle per una corretta valutazione dell'offerta nella sua interezza, anche nell'ottica di considerare l'effettiva corrispondenza qualitativa di una determinata offerta presentata; ciò peraltro appare altresì in linea con i più recenti orientamenti europei in materia di criteri di aggiudicazione;

RITENUTO, che, in ragione delle argomentazioni rappresentate, le prescrizioni della *lex specialis* oggetto di contestazione appaiono conformi ai principi generali in materia di contratti pubblici;

RITENUTE, pertanto, infondate le contestazioni sollevate dall'odierno istante;

#### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che le previsioni della *lex specialis* contestate dall'istante non costituiscono violazione dei principi generali in materia di contratti pubblici.

*Raffaele Cantone*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 30 settembre 2016

Il segretario, Maria Esposito