

## **Parere n. 194 del 03/11/2010**

### **PREC 73/10/F**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa CORIOS SCRL - Fornitura di dispositivi per anestesia, rianimazione ed apparato respiratorio alle Aziende Socio Sanitarie Locali ed Ospedaliere della Regione Veneto per il periodo di 36 mesi - Importo complessivo a base d'asta per 50 lotti : € 13.077.000,00 - S.A.: Azienda ULSS n. 15 "Alta Padovana".

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### *Considerato in fatto*

In data 16 marzo 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa CORIOS SCRL ha rappresentato di avere partecipato alla procedura di gara per l'affidamento della fornitura in oggetto e di non essere stata ammessa alla medesima, in quanto " *il documento tecnico Allegato 3 è risultato mancante della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, espressamente richiesta a pena di esclusione dalla gara (art. 2, punto 3 del disciplinare di gara)*".

Al riguardo, l'impresa istante ha evidenziato come detta dichiarazione sostitutiva, con la quale doveva essere certificata la corrispondenza al vero delle informazioni tecniche dei dispositivi offerti contenute nelle schede riepilogative, dovesse ritenersi, in realtà, superata dal fatto che i propri prodotti erano stati inseriti e registrati nel Repertorio dei dispositivi medici, di cui al D.M. del Ministero della Salute 20 febbraio 2007, ed ha specificato, altresì, che lo stesso Ministero della Salute, sia con circolare 21 dicembre 2009 (prodotta dall'istante anche alla stazione appaltante) sia con decreto di pari data (art. 6 comma 2), aveva espressamente disposto che: " *Nelle gare per l'acquisizione, a qualsiasi titolo, dei dispositivi medici di cui al comma 1 (ovvero regolarmente iscritti) e, più in generale, nei rapporti commerciali, le strutture del Servizio sanitario nazionale si astengono dal richiedere ai fornitori qualsiasi informazione, dichiarata dai fornitori stessi disponibile nel Repertorio dei dispositivi medici, aggiornata alla data della dichiarazione*".

Nel caso di specie, ha osservato l'impresa istante, " *l'indicazione dei numeri di repertorio e dei codici relativi e necessari per l'iscrizione (CND, GMDN) equivaleva in tutto e per tutto alla dichiarazione di disponibilità dei dati ed il fatto che gli stessi possano essere inseriti con modalità certificate (firma elettronica o digitale) equivale a tutti gli effetti ad una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà*", inoltre, l'impresa medesima ha fatto presente che " *numerosi dati, tra quelli che risultano richiesti, ivi comprese le schede tecniche dei dispositivi, sono disponibili nella Banca dati/Repertorio nazionale dei dispositivi medici*". Pertanto, a giudizio dell'istante CORIOS SCRL - che ha comunque fatto pervenire il documento richiesto, seppure fuori termine - nessuna censura può essere mossa al proprio operato sotto il profilo sostanziale e formale per la mancata allegazione del documento richiesto, " *trattandosi, all'evidenza, di documento necessario solo in caso di mancata iscrizione dei Dispositivi al Repertorio*".

A riscontro della richiesta di informazioni formulata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, la stazione appaltante, di contro, ha confermato la legittimità dell'esclusione dalla gara disposta nei confronti dell'istante CORIOS SCRL, evidenziando che il disciplinare di gara (art. 2, punto 3) espressamente prevedeva l'esclusione dalla gara in caso di mancata presentazione della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. 445/2000 con specifico riferimento alle schede riepilogative delle informazioni tecniche dei dispositivi offerti, predisposte secondo l'apposito modello (Allegato 3). Né tale omissione poteva essere successivamente regolarizzata, come preteso dall'impresa odierna istante.

Inoltre, l'Azienda ULSS n. 15 "Alta Padovana" ha evidenziato che il bando di gara è stato pubblicato in data 7 novembre 2009 sulla G.U.C.E ed in data 16 novembre 2009 sulla G.U.R.I., dunque, in entrambi i casi, antecedentemente sia alla circolare del Ministero della Salute 21 dicembre 2009 (prodotta alla stazione appaltante dall'istante) sia al D.M. del Ministero della Salute 21 dicembre 2009, pubblicato sulla G.U. il 22 gennaio 2010 ed entrato in vigore solo il 6 febbraio 2010, in epoca successiva alla scadenza della presentazione delle offerte (30 dicembre 2009). Inoltre, alla data di pubblicazione e di scadenza del bando erano ancora aperti i termini obbligatori per la registrazione dei Dispositivi medici al Repertorio previsti dal D.M. 21 dicembre 2009 (fissati al 6 maggio 2010), per cui, con riferimento alla normativa vigente al momento dell'indizione della gara, la richiesta della dichiarazione sostitutiva era pienamente corretta e legittima e, ad ogni modo, l'istante ben poteva - prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte - in presenza del dubbio sulla obbligatorietà o meno dei documenti in discorso, presentare una richiesta di chiarimenti sulle norme di partecipazione alla gara che, comunque, risultano integralmente chiare ed accettate con la sottoscrizione del Disciplinare di gara.

#### *Ritenuto in diritto*

Al fine di definire la controversia sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in esame, si

deve, preliminarmente, rilevare che l'art. 2, punto 3 del disciplinare di gara prevede espressamente l'allegazione, tra l'altro, delle *"schede riepilogative delle informazioni tecniche dei dispositivi offerti, predisposte secondo il modello allegato (Allegato 3), compilate per ogni lotto al quale la Ditta partecipa e sottoscritte dal legale rappresentante, ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. n. 445/2000. La mancata sottoscrizione della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà comporterà l'esclusione dalla gara. Dette schede riepilogative saranno ritenute unico riferimento valido ai fini della valutazione dei prodotti offerti, anche in caso di difformità rispetto a quanto indicato nelle schede tecniche"*.

Tenendo conto della circostanza temporale - ben evidenziata dalla stazione appaltante nella nota di riscontro alla richiesta di informazioni inoltrata dall'Autorità - dell'antecedenza cronologica della *lex specialis* rispetto alla disciplina introdotta con il D.M. 21 dicembre 2009, entrato in vigore il 6 febbraio del 2010, la predetta clausola contenuta nel disciplinare di gara deve ritenersi pienamente legittima nonché talmente chiara nella sua formulazione da non consentirne interpretazioni diverse da quella letterale e da comportare l'esclusione dalla gara, senza alcuna possibilità di successiva regolarizzazione, come preteso invece dall'impresa istante. In tal senso si è pronunciata la più recente giurisprudenza amministrativa (si veda, da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. V, 2 agosto 2010, n. 5084) secondo la quale *"l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non può considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile e, quindi, non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali. Ciò tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara (Cons. Stato, Sez. V, 2.2.2010, n. 428; 15.1.2008, n. 36; 6.3.2006, n. 1068; 30.5.2006, n. 3280). In presenza di una prescrizione chiara... la regolarizzazione costituirebbe violazione della par condicio fra i concorrenti"*.

Da ciò la correttezza dell'esclusione disposta dalla Azienda ULSS n. 15 "Alta Padovana" nei confronti dell'impresa CORIOS SCRL, odierna istante, che ha del tutto omesso di presentare la dichiarazione sostitutiva di cui al predetto art. 2, punto 3 del disciplinare di gara, confidando sul fatto di avere inserito e registrato i propri prodotti nel Repertorio dei dispositivi medici, di cui al D.M. 20 febbraio 2007 del Ministero della Salute, e sulla previsione del più recente Decreto del medesimo Ministero 21 dicembre 2009, che poneva l'equivalenza tra la registrazione in discorso e la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà. Si ribadisce, infatti, che tale provvedimento normativo è entrato in vigore il 6 febbraio 2010, in epoca successiva non solo alla data di pubblicazione del bando (7 novembre 2009 sulla G.U.C.E e 16 novembre 2009 sulla G.U.R.I.), ma anche alla data di scadenza per la presentazione delle offerte (30 dicembre 2010).

In base a quanto sopra considerato

### **il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara disposta dall'Azienda ULSS n. 15 "Alta Padovana" nei confronti dell'impresa CORIOS SCRL sia conforme alla *lex specialis* e alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 12 novembre 2010

Il Segretario: Maria Esposito