

Parere n. 93 del 13/05/2010

Protocollo PREC 190/09/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'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale Santobono - Pausilipon di Napoli - Fornitura quinquennale di sistemi diagnostici comprendenti l'uso della strumentazione, dei relativi reagenti, dei consumabili nonché dell'assistenza tecnica necessaria a garantire la funzionalità degli stessi per i laboratori di Patologia Clinica degli ospedali Santobono e Pausilipon, del servizio immunotrasfusionale e del servizio di Anatomia ed Istologia Patologica dell'ospedale Pausilipon - Importo a base d'asta € 1.817.000,00 annui - S.A.: Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale Santobono - Pausilipon di Napoli

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 12 novembre 2009 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la stazione appaltante ha chiesto di conoscere l'avviso di questa Autorità in merito alla necessità di escludere dalla procedura di gara in oggetto le offerte a suo tempo individualmente presentate dalle Ditte Beckman Coulter S.p.A. e Olympus Italia s.r.l., entrambe concorrenti al Lotto 2 della fornitura in oggetto, in esito alla comunicazione da parte della Beckman Coulter S.p.A. in data 5 agosto 2009 - in fase di svolgimento della procedura di gara medesima - dell'avvenuta acquisizione, in data 3 agosto 2009, del ramo di azienda dell'altra concorrente Olympus Italia s.r.l., con contestuale richiesta della cessionaria Beckman Coulter S.p.A. alla stazione appaltante di essere ammessa in gara in luogo della cedente Olympus Italia s.r.l., ai sensi e per gli effetti dell'art. 51 del D.Lgs. n. 163/2006.

Ad avviso della stazione appaltante - che non ha contestato l'applicabilità dell'istituto del subentro del concorrente nell'ipotesi di cessione di ramo di azienda - per effetto di detta cessione la cessionaria Beckman Coulter S.p.A., a decorrere dalla suddetta data del 3 agosto 2009, si trova a concorrere con due offerte alla medesima procedura di gara, in contrasto con il disposto sia dell'art. 11, comma 6 del D.Lgs. n. 163/2006 - ai sensi del quale ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta - sia dell'art. 34, comma 2 del decreto stesso, che contempla quale causa di esclusione dalle procedure di gara l'accertamento dell'imputabilità di più offerte ad un unico centro decisionale.

L'istante medesima ha, inoltre, rappresentato che, con successiva nota in data 1 ottobre 2009, la predetta cessionaria Beckman Coulter S.p.A. ha dichiarato di voler rinunciare all'offerta della cedente Olympus Italia s.r.l., considerandola decaduta atteso il decorso di 180 giorni dalla scadenza del termine di presentazione delle offerte. Al riguardo, la stazione appaltante ha rilevato che né la normativa vigente al momento dell'indizione della procedura, né il bando di gara, né la lettera d'invito limitano nel tempo l'efficacia dell'offerta e che tale dichiarazione di rinuncia comunque non è di per sé idonea a sanare la sopravvenuta concorrenza di due offerte in capo al medesimo partecipante, a decorrere dal 3 agosto 2009, e la conseguente alterazione del regolare andamento della procedura di gara per le motivazioni sopra richiamate.

A riscontro della richiesta di informazioni formulata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale la cessionaria Beckman Coulter S.p.A. ha inviato una memoria difensiva, nella quale ha sviluppato - richiamandole integralmente - le argomentazioni già rappresentate a suo tempo alla stazione appaltante con nota del 20 ottobre 2009, allegata alla memoria medesima.

In particolare, ad avviso della predetta cessionaria, l'acquisizione del ramo di azienda dell'altra concorrente Olympus Italia s.r.l., è da considerarsi operazione perfettamente lecita, avente come effetto quello di determinare il subentro dell'acquirente Beckman Coulter S.p.A. nella stessa posizione che aveva la cedente Olympus Italia s.r.l. - previa verifica del possesso dei requisiti - e contestuale cessazione della qualifica di concorrente da parte del cedente, che confluisce nel cessionario, con conseguente inapplicabilità di quanto previsto dall'art. 34, comma 2 del D.Lgs. n. 163/2006, che evidentemente fa riferimento ad una pluralità di concorrenti. Né l'art. 51 del D.Lgs. n. 163/2006 vieta la cessione di ramo di azienda da parte dell'offerente ad un soggetto che sia a propria volta offerente nella medesima gara.

Inoltre, la Beckman Coulter S.p.A. ha rilevato che la violazione dell'art. 11, comma 6, del D.Lgs. n. 163/2006 (divieto di concorrere con più di un'offerta) non è sanzionata con l'esclusione e che, comunque, alla data di presentazione delle offerte (11 febbraio 2009) le due imprese protagoniste della cessione di ramo di azienda erano distinte e non avevano alcun rapporto se non quello di essere in concorrenza fra di loro e, pertanto, non sussiste alcuna possibilità di riconducibilità del rispettivo operato ad un unico centro decisionale.

Infine, la Beckman Coulter S.p.A. ha rappresentato la legittimità, nella fattispecie in esame, dell'esercizio della facoltà di rinuncia ad una delle due offerte facenti capo alla società medesima per l'intervenuta decorrenza del termine di 180 giorni dalla data di scadenza di presentazione delle offerte, decorrenza che consente - secondo la giurisprudenza citata dalla società medesima: Cons. di Stato, Sez. V, sentenza 9/2009 - in presenza di un'espressa e univoca manifestazione di volontà della ditta partecipante di considerare l'offerta priva di efficacia. Al riguardo, peraltro, viene evidenziato che detta rinuncia è intervenuta (in data 1 ottobre 2009) prima della lettura dei punteggi qualità da parte della Commissione di gara (in data 2 ottobre 2009) nel pieno rispetto delle regole di trasparenza e concorrenza.

Ritenuto in diritto

Ai fini della soluzione della questione controversa sottoposta a questa Autorità occorre, preliminarmente, valutare l'applicabilità delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici invocate dalle parti (artt. 11, comma 6; 34, comma 2 e 51 del D.Lgs. n. 163/2006), in considerazione della data di pubblicazione del bando (24 giugno 2006) e della data di entrata in vigore del Codice stesso (1° luglio 2006).

Al riguardo si evidenzia che, ai sensi dell'art. 253, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006, salvo quanto stabilito ai commi 1-bis, 1-ter, 1-quater e 1-quinquies (che non rilevano nel caso di specie) "le disposizioni di cui al presente Codice si applicano alle procedure ed ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure ed ai contratti in cui, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte". Conseguentemente, poiché il bando è stato pubblicato il 24 giugno 2006 ed il Codice è entrato in vigore il 1 luglio 2006 le citate disposizioni non sono direttamente applicabili alla fattispecie in esame.

Tuttavia, si deve rilevare che già prima dell'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici la giurisprudenza aveva affermato, in termini di principio, quanto successivamente codificato nelle tre disposizioni in questione, sicché sono da ritenersi applicabili al caso di specie i principi da esse desumibili.

In particolare, un indirizzo giurisprudenziale sviluppatosi sulla spinta del diritto comunitario e della contemporanea attenuazione del concetto di personalizzazione del contratto di diritto pubblico, ancor prima dell'emanazione del Codice aveva ammesso la possibilità del subentro nella posizione di offerente, poi codificato nell'art. 51 del D.Lgs. n. 163/2006, osservando che l'art. 35 dell'allora vigente legge n. 109/1994 costituiva norma di principio, riferibile pure alla fase antecedente la stipula del contratto di appalto di lavori pubblici e applicabile analogicamente anche ai settori dei servizi e delle forniture, come quello in oggetto.

Lo stesso dicasi per il principio dell'unicità dell'offerta e dell'obbligo di esclusione dalla gara dei concorrenti per i quali le stazioni appaltanti accertino che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi (c.d. collegamento sostanziale), successivamente codificati negli artt. 11, comma 6 e 34, comma 2 del D.Lgs. n. 163/2006.

Alla luce di quanto sopra, pertanto, la stazione appaltante, nel caso di specie, non ha contestato, in via di principio, l'applicabilità dell'istituto del subentro del concorrente nell'ipotesi di cessione di ramo di azienda, bensì la specifica circostanza che, avendo la ditta cessionaria Beckman Coulter S.p.A. già prodotto offerta nella procedura di gara in oggetto, per effetto dell'acquisizione del ramo di azienda della ditta cedente Olympus Italia s.r.l., anch'essa concorrente per il medesimo lotto, si trova a concorrere con due offerte, a decorrere dalla data della cessione del ramo di azienda avvenuta il 3 agosto 2009. Ciò comporta, anche se per circostanze sopravvenute, una evidente violazione del principio di unicità dell'offerta, posto a tutela della *par condicio* tra i concorrenti e dei principi di trasparenza e correttezza, con il rischio di un'alterazione del regolare corso della procedura di gara, che potrebbe conseguire anche dalla mera conoscenza - benché non previamente concordata - di un'ulteriore offerta. Nello specifico, tale rischio appare concretizzarsi nella scelta di convenienza di quale delle due offerte mantenere in gara, espressa dalla cessionaria Beckman Coulter S.p.A. nella citata nota del 1 ottobre 2009.

Né la dichiarazione della cessionaria di avvalersi della facoltà di rinunciare all'offerta presentata dalla cedente - ancorché se ne riconoscesse l'ammissibilità, in termini di principio, in epoca antecedente l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici - può, di per sé, sanare tale sopravvenuta concorrenza di due offerte in capo alla medesima partecipante Beckman Coulter S.p.A. a decorrere dal 3 agosto 2009, che certamente consentiva a questa società concorrente, in violazione della *par condicio* tra tutti concorrenti alla medesima procedura di gara, la scelta di convenienza rispetto a quale delle due offerte ad essa riferibili mantenere valida.

Pertanto, all'esito della disamina risulta evidente che, nel caso di specie, sussistono i presupposti per l'esclusione delle offerte a suo tempo individualmente presentate dalle Ditte Beckman Coulter S.p.A. e Olympus Italia s.r.l. con riferimento al Lotto 2 della fornitura in oggetto, per il dirimente ed

assorbente motivo della violazione del consolidato principio dell'unicità dell'offerta, prodottasi per effetto della sopravvenuta acquisizione in corso di gara, da parte della concorrente Beckman Coulter S.p.A. del ramo di azienda della Olympus Italia s.r.l., anch'essa concorrente per il medesimo lotto.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che sussistono i presupposti per l'esclusione delle offerte a suo tempo individualmente presentate dalle Ditte Beckman Coulter S.p.A. e Olympus Italia s.r.l. con riferimento al Lotto 2 della fornitura in oggetto.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 17 Maggio 2010