

## **Parere n. 32 del 13 febbraio 2014**

### **PREC 266/13/F**

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla W.L. Gore & Associati s.r.l.: “ *Gara per la fornitura di pacemaker e sistemi di chiusura percutanea di difetti cardiaci*” - importo stimato pari ad euro 5.899.158,35 - S.A.: Azienda Sanitaria U.L.S.S. n. 3 di Bassano del Grappa.

### **Art. 2, comma 1-bis, del Codice - Obbligo di motivazione in ordine alla mancata suddivisione dell'appalto in lotti funzionali.**

#### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

#### **Considerato in fatto**

In data 3 ottobre 2013 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con la quale la W.L. Gore & Associati s.r.l. chiede a questa Autorità un parere in merito alla procedura aperta indetta dall'Azienda Sanitaria n. 3 di Bassano del Grappa, con bando pubblicato il 10 luglio 2013, per la fornitura triennale di pacemaker con elettrocateri, defibrillatori cardiaci impiantabili con elettrocateri, monitor cardiaci impiantabili e sistemi di chiusura percutanea di difetti cardiaci congeniti e per patologie vascolari (suddivisi in 16 lotti e destinati all'unità di cardiologia del P.O. San Bassiano), *di importo complessivo presunto pari ad euro 5.899.158,35 da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.*

La società istante, che produce e distribuisce dispositivi medici, non ha presentato offerta e contesta la formulazione del capitolato d'appalto, con particolare riguardo alla fornitura di: “n. 60 sistemi per la chiusura percutanea dei difetti cardiaci - PFO, DIA, DOTTI DI BOTALLO, DIV” (lotto n. 12, euro 270.000,00), “n. 15 sistemi per la chiusura percutanea della pervietà del forame ovale per anatomie complesse - aneurismi del setto atriale, DIA multi fenestrati” (lotto n. 13, euro 97.500,00), “n. 30 sistemi completi ad alta flessibilità per la chiusura percutanea di difetti cardiaci” (lotto n. 14, euro 195.000,00).

Per i tre lotti in questione, la scheda tecnica prevede l'obbligatoria fornitura del dispositivo medico standard, corredato dall'introduttore (necessario ad inserire il dispositivo fino al cuore), dal sistema di aggancio e rilascio (necessario per avvitare il dispositivo al catetere inserito nell'introduttore) e, quale componente ulteriore, dal sistema di valutazione delle dimensioni del difetto clinico.

Quest'ultimo componente, secondo la società istante, avrebbe una funzione del tutto indipendente dai restanti dispositivi e sarebbe prodotto e commercializzato da pochissime imprese. Vi sarebbero soltanto due produttori in grado di offrire, nello stesso lotto, sia i dispositivi per chiusura percutanea che i sistemi di valutazione delle dimensioni del difetto.

La composizione disomogenea dei lotti determinerebbe l'impossibilità di presentare offerta e darebbe luogo alla violazione dei principi massima partecipazione e tutela della concorrenza.

L'Azienda sanitaria, formalmente avvisata con nota di questa Autorità del 22 novembre 2013, ha trasmesso una breve nota scritta per ribadire la legittimità del bando di gara.

#### **Ritenuto in diritto**

Il quesito all'esame dell'Autorità riguarda la gara indetta dall'Azienda Sanitaria n. 3 di Bassano del Grappa per la fornitura triennale di dispositivi di chiusura percutanea per difetti cardiaci congeniti e per patologie vascolari.

La società W.L. Gore & Associati s.r.l. lamenta l'illegittimità del capitolato d'appalto, nella parte in cui prevede l'accorpamento di dispositivi eterogenei all'interno dei lotti n. 12, n. 13 e n. 14.

La censura è fondata.

In via di principio, la suddivisione in lotti di un appalto afferisce all'esercizio della discrezionalità della stazione appaltante, ma il concreto esercizio di tale potere deve essere funzionalmente coerente con il complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti nella procedura di affidamento e non deve determinare una sostanziale violazione dei principi di libera concorrenza, par condicio e non discriminazione posti dall'art. 2 del Codice (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 13 marzo 2008 n. 1101).

Come è noto, l'istituto è stato oggetto di recenti interventi legislativi che, nell'intento di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese alle commesse pubbliche, hanno dato allo stesso un nuovo impulso.

L'immotivato accorpamento in un unico lotto di gara di prodotti non omogenei tra loro dà luogo alla violazione del comma 1-bis dell'art. 2 del Codice dei contratti pubblici (introdotto dall'art. 44, settimo comma, del d.l. n. 201 del 2011), ai cui sensi le amministrazioni devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese. Tale norma, significativamente collocata tra i principi che presiedono all'affidamento e alla esecuzione dei contratti pubblici, esprime tutto il favor del legislatore per il frazionamento degli appalti, evidenziato da una previsione che opera nel settore dei lavori, dei servizi e delle forniture.

Il “lotto” identifica uno specifico oggetto dell'appalto la cui realizzazione è tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità, indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti (Cons. St., sez. II, 7 novembre 2007, n. 2803).

L'articolazione dell'appalto in più parti deve garantire che ogni singola frazione abbia una

funzionalità che ne consenta l'utilizzazione compiuta, mentre è precluso il frazionamento quando le frazioni sono inserite in una prestazione che può assumere valore e utilità solo se unitariamente considerata.

La valorizzazione della natura funzionale del lotto ha il pregio di favorire l'efficienza e l'economicità dell'appalto, perché evita, qualora non fosse completata una frazione dell'appalto, uno spreco di risorse economiche e un danno per l'erario.

La suddivisione in lotti è stata formulata in termini di doverosità se diretta a favorire l'accesso al mercato delle piccole e medie imprese (cfr., in argomento, A.V.C.P., parere 13 settembre 2012 n. AG 18/12).

Con l'art. 26-bis, primo comma, del D.L. n. 69 del 2013 (in vigore dal 21 giugno 2013 ed applicabile temporalmente alla gara in esame), è stata aggiunta al comma 1-bis dell'art. 2 del Codice la previsione espressa secondo cui "nella determina a contrarre le stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti".

Come si vede, il legislatore ha, da un lato, favorito la suddivisione in lotti e, dall'altro, ha intensificato l'onere motivazionale delle stazioni appaltanti, che devono giustificare l'articolazione dell'appalto con riferimento alle condizioni tecniche ed economiche poste dal Codice, dandone conto esplicitamente nella determina a contrarre. Il frazionamento dell'appalto è qualificato come doveroso, se diretto a favorire l'accesso alla commessa pubblica delle piccole e medie imprese, con la conseguenza che la stazione appaltante dovrà motivare anche con riferimento a tale aspetto, valorizzando la suddivisione in lotti sotto il profilo teleologico.

Nella controversia in esame, l'Azienda Sanitaria n. 3 di Bassano del Grappa non ha chiarito le ragioni per le quali la fornitura del sistema di valutazione delle dimensioni del difetto clinico è stata accorpata a quella avente ad oggetto i singoli kit per la chiusura percutanea. Anche in sede di controdeduzioni, l'Azienda si è limitata a ribadire laconicamente che "il sistema di valutazione delle dimensioni del difetto si ritiene esser utile a soddisfare un bisogno del quale non si può fare a meno".

Né rileva che per i lotti in questione siano pervenute le offerte di quattro operatori economici, in numero lievemente maggiore rispetto a quanto paventato dalla W.L. Gore & Associati s.r.l.: la nuova formulazione dell'art. 2 del Codice impone un obbligo di motivazione puntuale, circa la decisione di non frazionare la prestazione in lotti omogenei che favoriscano la maggiore partecipazione di imprese fornitrici, ed è evidente che a tale obbligo la stazione appaltante non ha adempiuto.

In conclusione, il parere dell'Autorità è nel senso che il bando di gara ed i relativi allegati tecnici, per i profili venuti in contestazione, sono illegittimi per difetto di motivazione e per violazione dell'art. 2, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- che il capitolato d'appalto approvato dall'Azienda Sanitaria n. 3 di Bassano del Grappa per la fornitura triennale di dispositivi di chiusura percutanea per difetti cardiaci congeniti e per patologie vascolari, nella parte in cui prevede l'accorpamento di dispositivi eterogenei all'interno dei lotti n. 12, n. 13 e n. 14, è illegittimo.

Il Presidente  
Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 20 febbraio 2014  
Il Segretario Maria Esposito