



DELIBERA N. 292

21 giugno 2022

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Dream Distribution S.r.l. – Gara a procedura aperta con carattere di urgenza, ai sensi dell’art. 60 c.3 del d.lgs. n. 5072016 e s.m.i., finalizzata alla conclusione di un accordo quadro per l’affidamento della fornitura di tamponi e test rapidi - Importo a base di gara: Importo a base di gara: 6.367.5000,00 € + 9.551.250,00 € opzioni contrattuali - S.A.: ARCS Azienda Regionale di Coordinamento per la Salute Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia

PREC 73/2022/F

Riferimenti normativi

Articolo 83, commi 4 e 6, del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Criteri di selezione - Forniture analoghe

Massima

Appalto pubblico – Servizi e forniture – Scelta del contraente – Requisiti - Requisiti di capacità economico-finanziaria - Requisiti di capacità tecnico- organizzativa – Richiesta forniture pregresse strettamente analoghe – Precipuo interesse pubblico – Previsione nel bando - Ammissibilità

Nell’esercizio della discrezionalità che le compete circa la migliore determinazione dei criteri e dei parametri discriminanti per la scelta del miglior contraente, la stazione appaltante può calibrare il grado di analogia (di forniture e servizi pregressi) ritenuta necessaria ai fini della dimostrazione di una sufficiente capacità economico-finanziaria o tecnico-professionale, e richiedere che i concorrenti abbiano svolto servizi strettamente analoghi, e addirittura “identici”, a quello oggetto dell’appalto, purché il requisito della stretta analogia risponda ad un precipuo interesse pubblico e sia espressamente richiesto nella legge di gara.

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

nell’adunanza del 21 giugno 2022

Vista l’istanza, acquisita al prot. n. 30525 del 22 aprile 2022, con la quale l’operatore economico Dream Distribution S.r.l. ha contestato la propria esclusione dalla gara, disposta per mancata comprova del possesso



dei requisiti di capacità economico-finanziaria e di capacità tecnico-professionale. Nella specie, secondo la stazione appaltante, l'istante non avrebbe dichiarato un fatturato specifico minimo né un elenco di forniture effettuate nell'ultimo biennio riguardanti beni analoghi a quelli oggetto della gara - ovvero dispositivi medico-diagnostici in vitro - in quanto relativi a dispositivi di protezione individuale;

Visto quanto sostenuto da Dream Distribution S.r.l., secondo cui la stazione appaltante sarebbe incorsa in un duplice errore. In primo luogo, non avrebbe considerato che il fatturato specifico e le forniture dichiarate riguardano per la maggior parte prodotti riconducibili alla categoria dei dispositivi medici (mascherine chirurgiche, guanti in nitrile e vinile, termometri frontali e pulsossimetri) e solo residualmente a dispositivi di protezione individuale. Inoltre, avrebbe impropriamente assimilato il concetto di forniture analoghe a quello di forniture identiche, avendo basato il provvedimento espulsivo sulla mancata identità tra le forniture dichiarate e quelle oggetto della gara;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 9 maggio 2022 con nota prot. n. 35362;

Vista la replica della stazione appaltante (prot. n. 36949 del 13 maggio 2022), nella quale viene evidenziata la differenza tra i dispositivi medici in genere (categoria cui appartengono alcuni dei prodotti commercializzati dall'istante) e i dispositivi medico-diagnostici in vitro, nonché la peculiarità e delicatezza della fornitura in esame. Le due categorie di dispositivi medici non sarebbero infatti assimilabili, come anche dimostrato dal fatto che sono disciplinate separatamente, sia dalla normativa comunitaria che da quella nazionale. Nel caso in esame, visto il carattere settoriale della fornitura e la necessità di garantire, con la dovuta continuità, la fornitura di dispositivi adeguati dal punto di vista funzionale e qualitativo, e nelle quantità occorrenti per il SSR, la stazione appaltante avrebbe inteso selezionare operatori economici realmente specializzati nel settore della fornitura oggetto dell'appalto. Quanto al riferimento ai dispositivi di protezione individuale riportato nella verbalizzazione dell'esclusione, non sarebbe contraddittorio perché la maggior parte delle referenze prodotte dall'istante atterrebbe alla commercializzazione di tali presidi;

Vista la documentazione versata in atti;

Visto l'art. 83, commi 4 e 6 del d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di cui al comma 1, lettera b (capacità economica e finanziaria), le stazioni appaltanti possono richiedere il possesso di «*un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato specifico minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto*» e, per i criteri di selezione di cui al comma 1, lett. c (capacità tecniche e professionali), «*le stazioni possono richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità*»;

Vista la *lex specialis* di gara che, nel caso in esame, richiede, ai fini della partecipazione, il possesso di un «*Fatturato specifico minimo, cumulato negli ultimi tre esercizi disponibili, pari all'importo complessivo presunto (...) riferito a ciascun lotto cui intende partecipare l'operatore economico - avente ad oggetto fornitura di beni analoghi (Dispositivi medico-diagnostici in vitro) a quelli oggetto del presente appalto*» e l'esecuzione «*per ciascuno degli ultimi tre anni (2019-2020-2021) (di) almeno una fornitura di prodotti analoghi a quelli del lotto cui intende partecipare, per un importo non inferiore al 20% del valore del lotto*»;

Considerato che costituisce principio generale e consolidato in materia di contratti pubblici quello secondo cui i bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità anche particolarmente rigorosi, purché non siano discriminatori e abnormi rispetto alle regole proprie del settore, giacché rientra nella discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice la possibilità di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara superiori a quelli previsti dalla legge. Sotto il profilo dell'adeguatezza, ciò corrisponde a un corretto uso del principio di proporzionalità nell'azione amministrativa: le credenziali e le qualificazioni pregresse devono infatti - ai fini dell'efficiente risultato del contratto e dunque dell'interesse alla buona amministrazione - essere attentamente calibrate rispetto all'oggetto del contratto. Sarebbe in errore l'amministrazione che, non facendosi carico di un tale criterio di corrispondenza, aprisse incautamente la via dell'aggiudicazione a chi non dimostri specifiche esperienze e capacità. Naturalmente, sempre in ragione del criterio dell'adeguatezza,



stavolta congiunto a quello della necessarietà, tali particolari requisiti vanno parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto e devono essere riferiti alle sue specifiche peculiarità, al fine di valutarne la corrispondenza effettiva e concreta alla gara medesima, specie con riferimento a quei requisiti che esprimono la capacità tecnica dei concorrenti (Cfr. Parere di precontenzioso n. 393 del 29 aprile 2020);

Considerato che, con specifico riferimento ai requisiti inerenti i servizi analoghi, è pacifico in giurisprudenza, e nella prassi dell'Autorità, il principio in base al quale «nelle gare pubbliche, laddove il bando di gara richieda quale requisito il pregresso svolgimento di "servizi analoghi", tale nozione non può in generale essere assimilata a quella di "servizi identici", dovendosi conseguentemente ritenere, in chiave di *favor participationis*, che un servizio possa considerarsi analogo a quello posto a gara se rientrante nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto in contestazione, cosicché possa ritenersi che grazie ad esso il concorrente abbia maturato la capacità di svolgere quest'ultimo» (Consiglio di Stato, Sez. V, 18 dicembre 2017 n. 5944) e che «la *ratio* di siffatte clausole è proprio quella di perseguire un opportuno contemperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche» (TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 18 novembre 2014, n. 2892; cfr. ANAC, delibera n. 758 del 5 settembre 2018);

Ritenuto tuttavia che, nell'esercizio della discrezionalità che le compete circa la migliore determinazione dei criteri e dei parametri discriminanti per la scelta del miglior contraente, la stazione appaltante può calibrare il grado di analogia (di forniture e servizi pregressi) ritenuta necessaria ai fini della dimostrazione di una sufficiente capacità economico-finanziaria o tecnico-professionale, e richiedere che i concorrenti abbiano svolto servizi strettamente analoghi, e addirittura "identici", a quello oggetto dell'appalto, purché il requisito della stretta analogia risponda ad un preciso interesse pubblico e sia espressamente richiesto nella legge di gara (cfr. parere di precontenzioso n. 140 del 20 giugno 2014 e parere di precontenzioso n. 421 del 2 maggio 2018);

Considerato che, nel caso di specie, i "dispositivi medico-diagnostici in vitro" ovvero i dispositivi medici atti a eseguire un esame diagnostico usando materiale proveniente dal corpo umano, pur rientrando nella più vasta categoria dei dispositivi medici in generale, ne costituiscono una sottocategoria ben distinta, tanto da essere oggetto, anche a livello comunitario, di una disciplina separata (a partire dal 26 maggio 2022 il Regolamento UE 2017/746), che stabilisce i requisiti per la giustificazione del loro uso e regole per garantire la loro sicurezza e le loro prestazioni, come un adeguato sistema di gestione della qualità. La stazione appaltante ha evidenziato che, a seguito della pandemia da Covid-19, si è assistito ad un improvviso incremento del fabbisogno di dispositivi medico-diagnostici in vitro e che è accaduto che operatori economici privi di esperienza nel settore in parola non si siano dimostrati in grado di rispettare gli impegni negoziali, sia con riferimento alle tempistiche che ai quantitativi di fornitura. Tenuto conto che, per non mettere a rischio l'incolumità del personale sanitario e dell'utenza, gli enti del Servizio sanitario devono potere contare sulla continuità degli approvvigionamenti di dispositivi adeguati nelle quantità richieste, la stazione appaltante si è risolta a circoscrivere la platea dei concorrenti ai soggetti che hanno maturato esperienza nello specifico settore oggetto della gara;

Ritenuto che la rilevanza dell'interesse pubblico perseguito dalla stazione appaltante induce a ritenere ragionevole e proporzionata la richiesta di una stretta analogia tra le forniture pregresse e quelle oggetto della presente procedura, con esclusione dei soggetti che, come l'istante, possono vantare esperienza, oltre che nella commercializzazione di dispositivi di protezione individuale, solo nella fornitura di dispositivi medici in genere (nel caso di specie, guanti e mascherine);

Considerato ulteriormente che i criteri di selezione contestati hanno comunque consentito la partecipazione a 14 operatori economici;



Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono,

- l'esclusione dalla gara di Dream Distribution S.r.l. conforme alla normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 giugno 2022

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente