

Parere n. 86 del 29/04/2010

Protocollo PREC 201/09/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'impresa Amgen Dompé S.p.A. - Gara telematica per la fornitura triennale di specialità medicinali per le AA.SS.LL. TO1, TO2 e TO5) - Importo a base d'asta € 96.881.615,86 . - S.A.: Azienda ASL Torino 5

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 26 novembre 2009 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Amgen Dompé S.p.A. ha chiesto all'Autorità di esprimere un parere in merito alla gara telematica per l'affidamento della fornitura in oggetto, rappresentando tre profili di criticità della procedura in questione.

In primo luogo, l'impresa istante ha rappresentato che i prodotti da acquistare sono stati divisi in due grandi gruppi, denominati A e B, comprendenti ciascuno più lotti. Le regole per lo svolgimento della gara variano a seconda del gruppo di appartenenza dei lotti e ciò risulta dal Provvedimento di abilitazione prot. n. 52428 del 29 ottobre 2009, ove si specifica - secondo quanto asserito dall'istante - che mentre per il gruppo A è prevista l'offerta segreta, per il gruppo B la stessa non è prevista, e neppure è previsto un prezzo base d'asta. Ciò comporta - a giudizio dell'istante - un evidente contrasto con l'art. 85 del D.Lgs. n. 163/2006 e la discriminazione fra lotti, quindi fra prodotti ed, in ultima analisi, fra concorrenti perché, a seconda dell'inclusione di un prodotto nel gruppo A o nel gruppo B, sono differenti le regole per l'aggiudicazione.

In secondo luogo, la Amgen Dompé S.p.A. ha evidenziato che lo svolgimento della gara è suddiviso in sessioni telematiche, scadenzate nell'orario; ciò significa che ciascun gruppo di prodotti viene diviso in sottogruppi e l'aggiudicazione dei prodotti afferenti a ciascuno dei sottogruppi avviene in contemporanea. Il Provvedimento di abilitazione, per i lotti afferenti al gruppo B, prevede 9 sessioni telematiche, della durata massima di 45 minuti, con il limite di 3 minuti per la negoziazione. Ciò comporta - a detta dell'istante - che i concorrenti sono costretti a gestire un numero considerevole di offerte per i propri prodotti in un tempo eccessivamente esiguo, con il rischio di non riuscire a negoziare come vorrebbero per mera mancanza di tempo, con conseguenti effetti negativi per la stessa Amministrazione, che potrebbe non conseguire il prezzo più basso di aggiudicazione. Inoltre, l'istante ha aggiunto che la visualizzazione delle offerte ai concorrenti è effettuata su uno schermo collocato presso la sede della stazione appaltante, alla presenza di delegati dei concorrenti i quali, dunque, devono essere costantemente in contatto con i concorrenti medesimi per comunicare l'andamento di ciascun lotto, con conseguente rischio di confusione.

Infine, l'impresa istante ha rilevato che a garanzia della segretezza delle offerte la stazione appaltante prevede semplicemente il rilascio di un userid e di una password, anziché, la firma digitale e che tale mancata richiesta della presentazione delle offerte con firma digitale viola il principio di segretezza delle offerte, ponendosi in contrasto con l'art. 85 del D.Lgs. n. 163/2006, essendo noto che l'utilizzo di userid e password non assicura l'inviolabilità dei dati telematici.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, con note del 1° dicembre 2009 e del 7 gennaio 2010, la A.S.L. TO5 ha rilevato di essersi avvalsa per l'espletamento della gara telematica in oggetto del supporto del Consorzio per il Sistema Informativo (C.S.I.), in considerazione della sua pluriennale esperienza, e che tale Consorzio ha confermato di aver sempre espletato le gare adottando le procedure e le modalità utilizzate nella gara di che trattasi. La stazione appaltante ha precisato, altresì, che gli atti di gara pubblicati il 2 settembre 2009 prevedevano la suddivisione in lotti, ripartiti in gruppo A, caratterizzato da offerta senza rilancio, e gruppo B, caratterizzato da offerta con rilancio, ed era inoltre precisato che la gara non prevedeva prezzi a base d'asta per nessun lotto di nessun gruppo. Inoltre, la A.S.L. TO5 ha aggiunto che, contrariamente a quanto paventato dall'impresa istante, il sistema prescelto ha consentito di conseguire significativi risparmi rispetto ai precedenti

contratti e che la visualizzazione delle offerte e dei vari rilanci è stata garantita ai singoli concorrenti non solo in seduta pubblica, ma anche dalle sedi aziendali. Infine, la stazione appaltante ha rilevato che il C.S.I. ha garantito la sicurezza dei propri sistemi informatici e la segretezza delle offerte, come dimostra il fatto che non risulta essersi verificata alcuna violazione di dati e che tale segretezza è assicurata proprio dal rilascio di userid e password ad ogni azienda e non dalla firma digitale. Quest'ultima è stata sostituita dalla richiesta di inoltro cartaceo delle offerte e, successivamente, è stata appurata l'uguaglianza delle offerte cartacee a quelle informatiche.

Ritenuto in diritto

Ai fini della definizione della questione oggetto della controversia in esame, si rileva, preliminarmente, che l'istante Amgen Dompé S.p.A. ha contestato la violazione dell'art. 85 del D.Lgs. n. 163/2006, recante disciplina delle aste elettroniche, ma alla luce dei tre profili di criticità rilevati dall'istante e riportati nella narrativa in fatto non risulta comprensibile quali delle disposizioni contenute nella norma in questione sarebbero state specificamente violate nella fattispecie.

In relazione alla prima censura, quanto asserito dall'istante - che mentre per il gruppo A è prevista l'offerta segreta, per il gruppo B la stessa non è prevista, da cui discenderebbe la violazione dell'art. 85 del D.Lgs. n. 163/2006 e la discriminazione fra i lotti e quindi fra i prodotti ed, in ultima analisi, fra concorrenti - non trova riscontro nella documentazione di gara deposita in atti. Al riguardo va considerato, invece, che l'A.S.L. TO5 (che si è avvalsa del supporto del Consorzio per il Sistema Informativo per l'espletamento della gara telematica) ha previsto mediante la *lex specialis* di gara (bando di gara; capitolato generale per la fornitura di specialità medicinali; C.S.A. per la fornitura di triennale di specialità medicinali occorrenti alle AA.SS.LL. TO1, TO2 e TO5; Provvedimento di abilitazione in data 29 ottobre 2009) di suddividere in lotti la fornitura, ripartendo gli stessi nel gruppo A, relativo ad offerta senza rilancio, e nel gruppo B, concernente offerte con rilancio, elencando i lotti compresi nei due gruppi, senza prevedere prezzi a base d'asta per nessuno dei lotti dei due gruppi.

Quanto alla seconda censura, non sono stati forniti elementi di valutazione utili per ritenere che gli operatori economici che avessero offerto un maggior numero di prodotti si sarebbero trovati in condizioni svantaggiate rispetto agli altri, con il conseguente esito negativo per l'Amministrazione di non conseguire il prezzo più basso di aggiudicazione. Al contrario, all'esito dell'espletamento della procedura ad evidenza pubblica, tale rischio risulta non aver trovato fondamento, atteso che nelle proprie controdeduzioni, in data 7 gennaio 2010, l'A.S.L. TO5 ha riferito che il sistema prescelto ha consentito di conseguire significativi risparmi rispetto ai precedenti contratti. Inoltre, non si è nemmeno verificata la confusione, paventata dalla Amgen Dompé S.p.A., in ordine al meccanismo di visualizzazione delle offerte, in quanto - come rappresentato dalla stazione appaltante nelle citate controdeduzioni - la visualizzazione delle offerte e dei vari rilanci è stata garantita alle singole imprese concorrenti sia in seduta pubblica sia dalle rispettive sedi aziendali, tant'è che nella seduta del 26 novembre 2009 erano presenti solo alcuni rappresentanti delle imprese partecipanti alla gara.

In relazione alla terza censura, come evidenziato dalla stazione appaltante, il C.S.I. ha garantito la sicurezza dei propri sistemi informatici e non risulta si siano verificate violazioni dei dati delle concorrenti.

La segretezza delle offerte è stata, infatti, assicurata mediante il rilascio di apposite userid e password ad ogni singolo operatore economico, mentre la firma digitale è stata sostituita con la richiesta alle concorrenti di inoltrare il cartaceo delle offerte e, successivamente, è stata verificata la corrispondenza delle offerte in forma cartacea alle offerte informatiche.

Conclusivamente, occorre peraltro rilevare che il comma 12 dell'art. 85 del Codice dei contratti pubblici rinvia al regolamento attuativo del D.Lgs. n. 163/2006 il compito di stabilire "a) i presupposti e le condizioni specifiche per il ricorso alle aste elettroniche; b) i requisiti e le modalità tecniche della procedura di asta elettronica; c) le condizioni e le modalità dell'esercizio del diritto di accesso agli atti della procedura di asta elettronica, nel rispetto dell'articolo 13" e che l'art. 253, comma 14 del medesimo Codice, in relazione all'art. 85 del D.Lgs. n. 163/2006 stabilisce che, fino all'entrata in vigore del regolamento attuativo del Codice stesso, continuano ad applicarsi le disposizioni contenute nel D.P.R. 4 aprile 2002, n. 101 nei limiti di compatibilità con il Codice dei contratti pubblici.

Ebbene, quanto previsto dalla stazione appaltante nella *lex specialis* della procedura di gara in oggetto non appare in contrasto con il limite fissato dal predetto comma 14, dell'art. 253, secondo il quale la disciplina del D.P.R. n. 101/2002 è applicabile se compatibile con il Codice dei contratti pubblici, perché il principio di segretezza delle offerte risulta essere stato rispettato mediante le modalità sopra indicate.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la *lex specialis* relativa alla procedura indicata in oggetto è in linea con la disciplina contenuta nel D.P.R. n. 101/2002, applicabile alla fattispecie ai sensi dell'art. 253, comma 14, del D.Lgs. n. 163/2006.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 14 Maggio 2010