



DELIBERA N. 97

3 febbraio 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Ortho-Clinical Diagnostics Italy S.r.l. - Procedura aperta per la fornitura di sistemi macchina reattivi per immunoematologia pazienti per le necessità di mesi 36 del SIMT dell'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini - Importo a base di gara: Euro 1.042.422,00 - S.A.: Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini.

PREC 9/2021/L

Riferimenti normativi

Art. 79 del D.Lgs. n. 50/2016.

Parole chiave

Chiarimenti.

Massima

Chiarimenti – Funzione – Ammissibilità – Ipotesi.

Sono illegittimi i chiarimenti dettati dalla Stazione appaltante in corso di gara che non hanno assunto una funzione neutrale e meramente esplicativa di un contenuto implicito nella clausola del capitolato ma che hanno introdotto un elemento additivo che ha modificato la portata del requisito ovvero introdotto una specifica tecnica, restringendo la platea dei potenziali concorrenti.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 3 febbraio 2021



DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 96753 del 18 dicembre 2020 (e l'allegata memoria), con la quale la società Ortho-Clinical Diagnostics Italy S.r.l. (attuale fornitrice dell'A.O. San Camillo Forlanini) ha contestato i chiarimenti alla *lex specialis* di gara resi dalla SA, affermando che per il loro tramite sarebbe stata introdotta una specifica tecnica inizialmente non prevista con l'effetto di restringere la concorrenza. L'istante ha, inoltre, contestato la violazione dell'art. 52 del Codice, in quanto il bando non prevede la ricezione elettronica delle offerte;

RILEVATO che, in relazione ai chiarimenti, la società istante contesta, in particolare: *i/* quello con cui la SA ha ribadito che la tecnologia richiesta deve essere in gel, affermando che si tratta di una caratteristica presente nei dispositivi offerti solo da due operatori, i quali di fatto sarebbero i sicuri aggiudicatari della procedura (considerando che la gara è suddivisa in due lotti e che l'aggiudicatario del primo lotto non può esserlo anche del secondo); *ii/* quello con cui è stato precisato che per gli esami "controllo gruppo paziente ABD (DVI-)" e "controllo gruppo sacca ABD (DVI+)" i sieri devono essere predisposti in schedina;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 2470 del 13 gennaio 2021;

VISTA la documentazione in atti e la memoria presentata dalla SA, acquisita al prot. n. 3862 del 18 gennaio 2021;

VISTO, in particolare, quanto rappresentato dal Servizio d'Immunoematologia e Medicina Trasfusionale dell'A.O. San Camillo Forlanini (con nota del 15.01.2021 allegata alla memoria) circa le motivazioni alla base delle specifiche tecniche richieste. A tale riguardo, relativamente al primo chiarimento, è stato precisato che *"la scelta del gel nel supporto di reazione è una scelta tecnica mirata al miglioramento della performance globale del test di agglutinazione; la nostra pluriennale esperienza con sistemi dotati di tale supporto confermano quanto detto poiché assicurano livelli di specificità e sensibilità ottimali per la pratica Immunoematologica"*. Viene, inoltre, sottolineato che la Società istante potrebbe partecipare alla gara, in quanto dispone di un sistema di agglutinazione in colonna denominato "ID-MTS" il cui supporto di reazione consiste in gel, che sarebbe adeguato a soddisfare la specifica tecnica richiesta. In relazione al secondo chiarimento viene, invece, precisato che *"si tratta di una precisazione che indica per tali test quanto caratterizza la totalità degli altri test richiesti in fornitura per il gruppaggio ABD di I livello. Si tratta di test di base e di I livello nell'ambito della diagnostica immunoematologica dove la progressiva evoluzione dei sistemi ha previsto la presemina dei reagenti nel supporto di reazione, cosa che semplifica le preparazioni, lo stoccaggio dei soprattutto ottimizza la dispensazione del reagente già predisposta all'origine dal fornitore, annullando ogni possibile difformità nella dispensazione estemporanea del reagente in questione"*;

PREMESSO CHE la procedura di gara di cui si discute ha ad oggetto la fornitura di sistemi macchina reattivi per Immunoematologia pazienti per le necessità di mesi 36 del SIMT dell'Azienda Ospedaliera San Camillo – Forlanini. La procedura è suddivisa in due lotti: lotto 1 – sistema macchina-reattivi completamente automatico per l'esecuzione dei test pre-trasfusionali e delle urgenze h 24 con tecnica di agglutinazione su colonna di gel; lotto 2 – sistema macchina-reattivi completamente automatico per l'esecuzione in routine con tecniche di agglutinazione su colonna di gel dei test immunoematologici di I e II livello su pazienti interni ed esterni (cfr. art. 1 del capitolato tecnico);



VISTI i chiarimenti resi dalla SA con i quali è stato precisato (con riferimento ad entrambi i lotti) che *"la tecnologia richiesta deve avere una metodologia in gel"* e (con riferimento al lotto 1) che *"Per gli esami "Controllo gruppo paziente ABD (DVI-)" e "Controllo gruppo sacca ABD (DVI+)" i sieri devono essere predisposti in schedina"*;

CONSIDERATO che, come sottolineato da costante giurisprudenza, *"i chiarimenti sono ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la ratio, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso"* (Cons. Stato, sez. III, 13 gennaio 2016, n. 74; cfr. anche Parere di precontenzioso Anac n. 1021 del 25 novembre 2020). Alla stregua di tale principio, sono considerati illegittimi i chiarimenti dettati dalla Stazione appaltante in corso di gara che non hanno assunto una funzione neutrale e meramente esplicativa di un contenuto implicito nella clausola del capitolato, ma che, al contrario, hanno introdotto un elemento additivo che ha modificato la portata del requisito, restringendo la platea dei potenziali concorrenti (Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2020, n. 875);

RILEVATO che, nel caso in esame, entrambi i chiarimenti resi dalla SA sono conformi ai principi sopra enunciati, in quanto non è stato modificato l'oggetto della gara, né sono state introdotte specifiche tecniche inizialmente non previste nella *lex specialis*, con l'effetto di alterare (restringendola) la competizione;

CONSIDERATO, infatti, che, con il primo chiarimento, la SA si è limitata ad esplicitare le caratteristiche dei prodotti oggetto della fornitura già definite nell'art. 1 del capitolato tecnico, ribadendo che entrambi i sistemi macchina-reattivi devono presentare tecniche di agglutinazione in gel. Tale scelta, oltre a non essere sindacabile dall'Autorità, in quanto espressione di una decisione connotata da discrezionalità tecnica della SA, non appare illogica né irragionevole, considerando che (come rappresentato nella relazione del Servizio d'Immunoematologia e Medicina Trasfusionale dell'A.O. San Camillo Forlanini), tende al miglioramento della performance globale del test di agglutinazione ed assicura livelli di specificità e sensibilità ottimali per i servizi di Immunoematologia;

CONSIDERATO, inoltre, che, per contestante giurisprudenza (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 4/2018; Id. n. 1/2003), rientrano nel *genus* delle "clausole immediatamente escludenti" (tali cioè da radicare un interesse alla loro immediata contestazione) quelle che riguardano i requisiti di partecipazione, impedendo in radice la partecipazione alla gara degli operatori economici che ne siano privi, le condizioni negoziali che rendono il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293), nonché le disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara (cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980). Nel caso di specie, la specifica tecnica oggetto di contestazione non appare immediatamente lesiva della posizione della società istante, in quanto - come rappresentato nella richiamata relazione dell'Azienda Ospedaliera - tale società dispone di un sistema di agglutinazione in colonna con sistema in gel che a detta dall'Azienda sarebbe adeguato e rispondente alle caratteristiche prescritte dal capitolato; pertanto, l'istante può presentare domanda di partecipazione alla gara. Sono, di contro, rimaste prive di supporto probatorio le affermazioni riportate nella memoria dell'istante secondo cui solo due operatori presenti nel mercato sarebbero in grado di offrire prodotti aventi metodologia in gel;



CONSIDERATO che anche con il chiarimento sul controllo gruppo/paziente ABD (DVI-) e sul controllo gruppo sacche ABD (DVI+) è meramente esplicativo della legge di gara. Al riguardo, oltre ad evidenziare la genericità della contestazione sollevata dall'istante (il quale non ha allegato in che termini il chiarimento reso sarebbe modificativo del capitolato e lesivo della propria posizione), la SA (nella relazione più volte richiamata) ha rappresentato che si è trattato di una precisazione pleonistica, rivolta ad evidenziare una caratteristica che accomuna tutti i test immunoematologici di I livello, senza aggiungere nessun elemento ulteriore rispetto a quanto già richiesto nel capitolato tecnico;

RILEVATO che l'istante ha contestato anche la violazione dell'art. 52 del Codice, evidenziando che la procedura in esame non rientra tra le ipotesi per le quali il legislatore ha consentito la deroga alla regola generale di utilizzo dei mezzi di comunicazione elettronica e che l'Azienda Ospedaliera non ha riscontrato la propria richiesta di annullamento della procedura;

VISTA la memoria della SA nella quale viene comunicato che "*attesa la segnalazione circa l'effettuazione delle procedure di gara in via telematica, che lo scrivente procederà all'annullamento in autotutela del procedimento di cui si tratta che verrà ribandito conformemente alle relative disposizioni di cui all'art. 58 del D.Lgs. n. 50/2016*";

RITENUTO, pertanto, alla luce della dichiarazione resa dall'Azienda Ospedaliera e alla espressa volontà di procedere all'annullamento in autotutela degli atti di gara nella parte in cui non prevedevano l'utilizzo di mezzi di comunicazione in via telematica, che l'istante non abbia più interesse ad ottenere un pronunciamento sulla questione sollevata, ai sensi dell'art. 7, comma 3, lett. c) del Regolamento di precontenzioso.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, con riferimento alle questioni esaminate che:

- i chiarimenti resi dalla stazione appaltante siano conformi alla normativa di settore;
- sia improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, ai sensi dell'art. 7, comma 3, lett. c) del Regolamento di precontenzioso, la censura relativa alla violazione dell'art. 52 del Codice, attesa la preannunciata dichiarazione della stazione appaltante di annullare d'ufficio *in parte qua* il bando.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 febbraio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente