



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 775 DEL 4 settembre 2019

OGGETTO: Istanza singola di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da TRUMPF MED Italia S.r.l. – Procedura aperta, suddivisa in sei lotti, per la fornitura e l'installazione di apparecchiature sanitarie occorrenti ai PP.OO. di Taormina, Milazzo, Patti e Sant'Agata di Militello dell'ASP di Messina - Importo a base di gara: Lotto 1: 1.184.000,00 - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: Azienda Sanitaria Provinciale di Messina

PREC 104/19/F

VISTA l'istanza, acquisita al protocollo n. 45035 del 4 giugno 2019, con cui l'operatore economico TRUMPF MED Italia S.r.l. ha contestato alcune previsioni contenute nella *lex specialis* della gara in epigrafe, ovvero: (i) la combinazione di requisiti minimi di prodotto e di alcuni criteri di valutazione delle offerte che favorirebbe alcuni operatori di mercato e (ii) l'attribuzione di punteggio ulteriore alla "demo" che, ad avviso dell'istante, è effettuata su caratteristiche dei prodotti che dovrebbero essere oggetto di preventiva valutazione;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 3 luglio 2019 con nota prot. n. 53785;

VISTO quanto replicato dalla stazione appaltante in ordine a: (i) la tardività dell'istanza a fronte della data di celebrazione della gara fissata per il 5 giugno (a cui la stessa istante ha preso parte); (ii) l'interesse preminente della stazione appaltante di dotarsi delle attrezzature messe a gara, in quanto le singole strutture sanitarie hanno una dotazione strumentale datata nel tempo e non più rispondente alle esigenze assistenziali e alle necessità cliniche rappresentate dagli operatori sanitari; (iii) la possibilità contemplata dalla *lex specialis* di offrire prodotti equivalenti (art. 1 del Capitolato speciale di appalto: «Qualora le descrizioni e le denominazioni di dette apparecchiature si riferiscano in tutto o in parte a caratteristiche tecniche possedute da prodotti distribuiti da una sola impresa, si deve intendere inserita la clausola "o equivalente". Al riguardo si fa presente che saranno ritenute utili e valutabili, ai fini della presente procedura di gara, anche quelle apparecchiature offerte che non coincidano perfettamente con le caratteristiche tecniche individuate e che, tuttavia, siano considerate adeguate alle esigenze aziendali»); (iv) la funzione non meramente dimostrativa della "demo" che, in questo caso, è oggetto di autonoma valutazione, in quanto in grado di mostrare caratteristiche riportate nella griglia di valutazione (quali l'asperità delle superfici della colonna e delle coperture, la stabilità degli accessori, la facilità di movimentazione della colonna, del piano e delle sezioni smontabili) che non possono essere apprezzate sulla base della sola documentazione tecnica cartacea;

VISTE le memorie e i documenti prodotti dalle parti:

RITENUTO, preliminarmente, che l'istanza di precontenzioso non ricade nella causa di inammissibilità di cui all'art. 7, comma 1, lett. c) del Regolamento in materia di pareri di precontenzioso del 9 gennaio



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

2019, in quanto non diretta a fare valere l'illegittimità di un atto di gara autonomamente impugnabile, rispetto al quale siano già decorsi i termini di impugnazione in sede giurisdizionale, avendo di mira, come anche esplicitato dall'istante, non una clausola ritenuta escludente quanto piuttosto l'alterazione della dinamica concorrenziale derivante della combinazione dei requisiti minimi di prodotto e dei criteri di valutazione delle offerte;

VISTO l'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016;

CONSIDERATA la *ratio* sottesa alla disciplina delle specifiche tecniche, ovvero quella di evitare che le stazioni appaltanti predispongano regole di gara discriminatorie e del tutto avulse dalle obiettive esigenze collegate al tipo di appalto da affidare e che, pertanto, le specifiche tecniche devono consentire pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ingiustificati ostacoli all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza (pareri di precontenzioso n. 17 del 26 gennaio 2011 e n. 524 del 17 maggio 2017);

VISTA, altresì, la giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E. (Sent. 25 ottobre 2018 n. 413/17), secondo la quale «l'articolo 42, paragrafo 3, primo comma, della direttiva 2014/24 non esclude che vengano precisate, all'interno di un bando di gara avente ad oggetto forniture mediche destinate all'espletamento di esami medici, talune caratteristiche di funzionamento e di uso delle singole attrezzature e dei singoli materiali ricercati», e che «la normativa dell'Unione in materia di specifiche tecniche riconosce un ampio margine di discrezionalità all'amministrazione aggiudicatrice nell'ambito della formulazione delle specifiche tecniche di un appalto, giustificato dal fatto che sono le amministrazioni aggiudicatrici ad avere la migliore conoscenza delle forniture di cui necessitano, e a trovarsi nella posizione migliore per determinare i requisiti che devono essere soddisfatti al fine di ottenere i risultati auspicati. Nondimeno [...] le specifiche tecniche devono consentire agli operatori economici una parità di accesso alla procedura di aggiudicazione dell'appalto, e non possono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza». Pertanto la Corte ribadisce che i principi della parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza rivestono un'importanza determinante per quanto riguarda le specifiche tecniche, in considerazione dei rischi di discriminazione connessi sia alla scelta di queste ultime, sia al modo in cui sono formulate, e pertanto esse dovrebbero «essere redatte in modo da evitare di restringere artificialmente la concorrenza mediante requisiti che favoriscono uno specifico operatore economico in quanto rispecchiano le principali caratteristiche delle forniture, dei servizi o dei lavori da esso abitualmente offerti» e pertanto «dovrebbe essere possibile presentare offerte che riflettono la varietà delle soluzioni tecniche, delle norme e delle specifiche tecniche prevalenti sul mercato;

CONSIDERATO che, nel caso di specie, il Capitolato speciale di appalto esprime chiaramente la clausola di equivalenza;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RITENUTO che la clausola di equivalenza disinnesca l'effetto di alterazione della dinamica concorrenziale, paventato dall'istante, come combinazione dei requisiti minimi di prodotto con alcuni criteri di valutazione delle offerte, perché consente di offrire prodotti che si dimostrino ottemperare in modo equivalente ai requisiti definiti nella legge di gara;

CONSIDERATO, con riferimento alla valutazione autonoma della “demo”, quanto rilevato dal TAR Lombardia nella sentenza n. 1598 del 10 agosto 2016, laddove è stato chiarito, che, se «di regola, la produzione della campionatura tende a consentire l'apprezzamento, su un piano di effettività, dei requisiti di idoneità dell'impresa ammessa alla gara a rendere una prestazione conforme alle specifiche del disciplinare di gara e trova referente normativo nell'art. 42, comma 1, lett. l), del d.l.vo innanzi citato (per queste considerazioni si veda Consiglio di Stato, 23 ottobre 2014, n. 5225), ciò non toglie che la *lex specialis* possa prevedere, secondo le valutazioni compiute dalla stazione appaltante nel predisporla, un diverso ruolo della campionatura, individuandola come un elemento essenziale dell'offerta, funzionale alla sua completezza e necessaria per l'apprezzamento dei profili qualitativi che integrano i criteri di valutazione. Ciò, ovviamente, non significa che il campione sia sempre e comunque un aspetto essenziale dell'offerta, ma solo che la stazione appaltante può individuarlo come tale. Questa situazione si verifica allorché la *lex specialis* non configura la campionatura semplicemente come un elemento di prova delle qualità promesse o di raffronto tra le caratteristiche del prodotto offerto e quello di fatto consegnato in sede esecutiva, con conseguente rilevanza ai fini della valutazione dell'esatto adempimento contrattuale, ma appunto la individua come un elemento essenziale dell'offerta, perché in relazione ad essa viene effettuato, in tutto o in parte, l'apprezzamento degli aspetti qualitativi dei prodotti, con relativa assegnazione dei punteggi»;

RITENUTO che, nel caso di specie, la stazione appaltante ha ritenuto che alcuni profili qualitativi che sostanziano i criteri di valutazione (“Facilità movimentazione della colonna; Facilità movimentazione del piano, ecc.) emergano solo dall'analisi fisica del prodotto e ne ha imposto la produzione a pena di esclusione (punto 27, pag. 8 del Bando di gara), rendendo di fatto la “demo” parte dell'Offerta tecnica, unitamente alla documentazione cartacea;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione,

- la *lex specialis* di gara conforme alla normativa di settore.

Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 12 settembre 2019

Il segretario Maria Esposito