

Parere n. 76 del 09/07/2009

PREC 40/09/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie, ex art. 6, comma 7, lettera n) del Decreto Legislativo n. 163/06, presentata dalla SPID S.p.A. – affidamento dei servizi di supporto alla farmacia ospedaliera per la gestione dei beni sanitari e dei farmaci con realizzazione della dose unitaria con preparazione della terapia farmacologica personalizzata per un periodo di 7 anni - Importo a base d'asta euro 3.550.000,00. S.A.: Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 15 aprile 2009 è pervenuta istanza di parere da parte della società SPID S.p.A., la quale richiede all'Autorità di esprimersi in merito alla mancata esclusione dell'A.T.I. Ingegneria Biomedica Santa Lucia e Sinteco S.p.A. nonostante questa abbia presentato l'offerta economica in una busta priva del sigillo della ceralacca in violazione di quanto previsto, a pena di esclusione, dal Capitolato Speciale di gara. Il comportamento adottato dalla commissione di gara si pone secondo l'istante, in violazione del principio di parità di trattamento dei concorrenti, oltre che del principio di segretezza e di garanzia della provenienza della proposta contrattuale. Secondo SPID S.p.A. non possono sussistere margini di discrezionalità in capo alla Stazione appaltante in merito alle modalità di presentazione dell'offerta economica, in relazione ai parametri che la stessa Stazione appaltante ha preventivamente istituito in sede di redazione del bando di gara, non potendo, pertanto, sussistere una sanatoria del vizio formale presente nell'offerta dell'ATI in questione.

In riscontro all'istruttoria eseguita da questa Autorità ha presentato osservazioni l'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, che ha evidenziato come la giurisprudenza sia concorde nel ritenere che l'offerta debba pervenire in busta integra ossia in busta chiusa, sigillata e controfirmata a garanzia dell'autenticità, identità, provenienza e segretezza. Peraltro il Capitolato speciale, sulla base di detti principi, all'art. 8 prevede una "Avvertenza" di portata generale, nella quale è precisato che ogni tipo di sigillatura può ritenersi valida purchè sia idonea ad assicurare la chiusura e l'autenticità della stessa, ossia la provenienza del mittente, in modo tale da scongiurare ogni possibile successiva manomissione. Pertanto, secondo la stazione appaltante la decisione della commissione di gara di non disporre l'esclusione sarebbe corretta, essendo la busta chiusa e sigillata.

In riscontro all'istruttoria eseguita da questa Autorità ha presentato una memoria la Ingegneria Biomedica Santa Lucia S.p.A., in qualità di capogruppo del raggruppamento temporaneo, evidenziando come la busta contenente l'offerta economica di cui è stata sollevata l'illegittimità fosse sigillata con apposizione di una striscia incollata, sulla quale erano apposti timbri e firme volte a garantire la chiusura e l'autenticità della chiusura stessa. Tale procedura, secondo l'impresa, era conforme alle previsioni di cui all'art. 8 del Capitolato speciale in accordo al quale "per sigillo deve

intendersi qualsiasi impronta o segno (sia impronta espressa su materiale plastico come ceralacca o piombo, sia su una striscia incollata con timbri o firme) atto ad assicurare la chiusura e, nello stesso tempo, confermare l'autenticità della chiusura originaria proveniente dal mittente, al fine di evitare manomissioni di sorta". Secondo l'impresa è, pertanto, evidente che la posizione dell'istante sia diretta ad attribuire valore decisivo alla prescrizione del Capitolato che, facendo riferimento alla sola offerta economica, indica la ceralacca quale modalità di sigillatura della relativa busta, senza fare cenno alle modalità dettate in precedenza. Sul punto la Ingegneria Biomedica Santa Lucia S.p.A. sostiene che l'ambiguità presente nella documentazione di gara non può essere risolta facendo prevalere arbitrariamente una clausola piuttosto di un'altra. Piuttosto deve essere applicato il criterio della coerenza che deve assistere la corretta interpretazione degli atti di gara, e deve essere operata una corretta applicazione dei canoni interpretativi indicati dall'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile, che esigono la coordinata e coerente lettura delle varie prescrizioni nella loro logica connessione.

Ritenuto in diritto

L'art. 8 "Presentazione dell'offerta – documentazione" del Capitolato speciale della gara in esame prevede quanto segue: "Il plico contenente tutta la documentazione dovrà essere sigillato e siglato sui lembi di chiusura (...) Avvertenza: Si precisa che per sigillo deve intendersi qualsiasi impronta o segno (sia impronta espressa su materiale plastico come ceralacca o piombo, sia su una striscia incollata con timbri o firme) atto ad assicurare la chiusura e, nello stesso tempo, confermare l'autenticità della chiusura originaria proveniente dal mittente, al fine di evitare manomissioni di sorta". Successivamente relativamente alla sola busta C Offerta economica, l'art. 8 prevede che "l'offerta deve essere inserita, a pena di esclusione, in apposita busta debitamente chiusa e sigillata con ceralacca, con apposizione di timbro dell'impresa e controfirmata su tutti i lembi di chiusura al fine di assicurarne la segretezza". Risulta evidente come l'Avvertenza sembra riferirsi a tutti gli adempimenti formali contenuti nell'articolo 8 e che fosse stata inserita dalla Stazione appaltante al fine di fornire un canone interpretativo di tutte le previsioni relative alle modalità di chiusura delle buste. Pertanto, la successiva disposizione relativa alla sola busta economica che impone l'apposizione di sigilli con ceralacca viene a creare indubbiamente una incertezza interpretativa e la possibilità per i partecipanti di incorrere facilmente in errori nella preparazione dell'offerta.

Questa Autorità in più occasioni ha evidenziato come la Commissione di gara, quando si trovi innanzi ad incertezze interpretative, dovrà privilegiare la regola del *favor participationis* sempre nel rispetto dei principi di certezza del diritto, di par condicio dei concorrenti e di trasparenza amministrativa. Per cui, secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, va preclusa alla stazione appaltante e alla Commissione di gara qualsiasi esegesi del testo di gara, se essa non si basi su un procedimento ermeneutico, che conduca all'integrazione delle regole di gara, palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla lettura della sua originaria formulazione (per tutti si veda il parere 31 luglio 2008 n. 208).

Inoltre deve farsi presente che è orientamento unanime del giudice amministrativo quello per cui, laddove le garanzie essenziali sulla segretezza del plico siano comunque assicurate, trovi applicazione il c.d. criterio teleologico, secondo cui nelle gare per l'aggiudicazione dei pubblici contratti le prescrizioni sulle formalità di presentazione delle offerte rilevano, ai fini dell'esclusione dalla gara medesima, quando rispondono ad un particolare interesse dell'amministrazione e sono tese a garantire la parità dei concorrenti. La chiusura e la controfirma sui lembi di chiusura sembrano assolvere pienamente alla funzione di garantire la segretezza, l'identità e l'immodificabilità della documentazione e dell'offerta. Nel caso di specie, la sigillatura prevista

nella quale era presente una striscia incollata sulla quale erano apposti timbri e firme sembra essere un sistema idoneo a garantire la integrità e l'immodificabilità del contenuto del plico e, pertanto, è idoneo a garantire la segretezza dell'offerta nel rispetto del principio della par condicio. Di conseguenza, anche in considerazione dell'ambiguità presente nella documentazione di gara, come emerge dalle sopra citate disposizioni, la Commissione di gara ha agito correttamente dando priorità al principio del *favor participationis*.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'ammissione al prosieguo delle fasi di gara dell'A.T.I. Ingegneria Biomedica Santa Lucia e Sinteco S.p.A. sia conforme ai principi in materia di contratti pubblici.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 luglio 2009