

Parere n.142 del 12/09/2012

PREC 123/12/F

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla società B.C. TRADE s.r.l.– Procedura aperta per l’affidamento della fornitura di microinfusori e relativo materiale di consumo – Importo a base d’asta: euro 2.315.000,00 – S.A.: ESTAV Nordovest

Principio di tassatività e tipicità delle procedure ad evidenza pubblica

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Ritenuto in fatto

In data 27 aprile 2012 è pervenuta l’istanza indicata in oggetto, con la quale la società istante ha chiesto il parere di questa Autorità in merito alla possibile esclusione dalla gara in esame, per carenza del requisito della capacità tecnico-organizzativa richiesto dal bando, consistente nell’*avere “svolto almeno una fornitura (contratto/accordo) simile a quella oggetto di appalto effettuato negli ultimi tre anni, per conto di enti o Aziende pubbliche e/o privati, di importo pari ad almeno euro 200.000,00 (compresi i contratti/accordi iniziati precedentemente e quello in corso”*.

L’istante riferisce di aver correttamente dimostrato in sede di verifica *ex art.* 48 D.Lgs. 163/2006 il possesso del predetto requisito, attraverso la presentazione dei contratti stipulati con l’Azienda Sanitaria di Catania e l’Azienda Sanitaria di Reggio Calabria nel triennio di riferimento per un importo complessivo superiore a quello richiesto dalla *lex specialis*. Tuttavia, la predetta documentazione non è stata ritenuta idonea dalla ESTAV Nord Ovest a provare il requisito *de quo*, in quanto relativa a più contratti e non ad un unico rapporto negoziale posto in essere con una sola amministrazione. Secondo l’istante la scelta della stazione appaltante di richiedere il requisito di capacità tecnica nei termini sopra indicati comporterebbe un’eccessiva compressione della concorrenza.

A riscontro dell’istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità, la ESTAV Nord Ovest ha precisato che a comprova del requisito censurato, l’istante ha prima presentato un contratto stipulato con l’Azienda Sanitaria Provinciale di Catania di importo pari a euro 154.000,00 ed un’altro stipulato con l’Azienda Sanitaria Provinciale di Reggio Calabria di importo pari ad euro 84.427,20, e dunque ciascuno inferiore a quello richiesto dalla *lex specialis*, successivamente ha integrato tale documentazione, producendo una serie di singoli ordini effettuati dall’Azienda Sanitaria Provinciale di Catania per un valore complessivo superiore ad euro 200.000,00. Ciò nonostante la stazione appaltante ha ritenuto di non poter ammettere l’istante alla procedura in oggetto, in quanto, sebbene il valore dei contratti presentati superi effettivamente il minimo richiesto dalla *lex specialis*, tale importo scaturisce da più ordinativi e non ad un unico contratto/accordo come espressamente indicato dal bando di gara.

Considerato in diritto

L'analisi della documentazione di gara trasmessa impone la necessità di svolgere alcune considerazioni in punto di diritto.

Il Codice dei Contratti Pubblici è sorretto dal principio di tassatività e tipicità delle procedure ad evidenza pubblica, corollario del principio di legalità, che regola l'azione della Pubblica Amministrazione, conseguentemente le stazioni appaltanti non possono porre in essere procedure di affidamento diverse rispetto a quelle disciplinate dal D.Lgs. 163/2006.

Nel caso di specie la ESTAV nordovest non ha rispettato i predetti limiti, in quanto ha regolato una procedura che in realtà non corrisponde a nessuna di quelle tipizzate dal legislatore.

Si osserva al riguardo che il bando di gara precisa che si tratta di procedura di accreditamento per la fornitura di microinfusori e materiale di consumo (punto II.1.) ed il disciplinare di gara, unitamente al capitolato speciale, dispone quanto segue: *“la procedura di accreditamento non dà luogo ad alcuna aggiudicazione ma consente a tutte le imprese che hanno presentato regolare offerta, secondo quanto stabilito e richiesto dalla documentazione di gara, la possibilità di essere considerate idonee alla fornitura dei prodotti oggetto della presente procedura di accreditamento”* (sez.III del disciplinare, art. 9, comma 2, capitolato speciale).

In virtù di tali disposizioni si potrebbe escludere che la stazione appaltante abbia voluto affidare un contratto avente per oggetto l'acquisizione di microinfusori e materiale di consumo, intendendo, invece, regolare una mera “procedura” di accreditamento, che all'evidenza non rientra nel campo di applicazione del Codice dei Contratti Pubblici ex art. 1, comma 1, D.Lgs. 163/2006. Tanto più che il capitolato speciale, successivamente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte prevista dal bando, riconosce ai fornitori già accreditati la possibilità di richiedere l'accredimento per prodotti innovativi ed ai nuovi fornitori la possibilità di presentare domanda di accreditamento per i propri prodotti (art. 4, comma 4) e ciò in contrasto con il necessario rispetto nelle procedure ad evidenza pubblica del termine di presentazione delle offerte fissato dalla *lex specialis*.

Conferma della suddetta interpretazione potrebbe essere ricavata dallo stesso disciplinare di gara, nella parte in cui prevede che: *“in considerazione della tipologia di procedura posta in essere (accredimento di prodotti soggetti a prescrizione clinica nel rispetto della libera scelta dei presidi medici (...)) per gli adempimenti di cui al presente paragrafo – ossia quelli relativi alla documentazione amministrativa da presentare – normalmente previsti a pena di esclusione nelle procedure di gara, sarà possibile la eventuale regolarizzazione postuma”*, (pag. 3) e ciò in possibile contrasto con i rigorosi limiti fissati dall'art. 46, comma 1, D.Lgs. 163/2006.

Continuando nell'analisi della *lex specialis*, si legge, però, che: *“il riconoscimento della predetta idoneità dell'impresa e dei prodotti, non vincola in alcun modo le Aziende Sanitarie né tanto meno ESTAV all'acquisto di quantitativi minimi o predeterminati di beni e/o servizi, bensì da origine unicamente ad un obbligo per le Imprese accreditare di accettare gli ordinativi di forniture emessi dalle aziende Sanitarie durante il periodo di validità del contratto”*, obbligo che in linea di principio scaturisce dall'affidamento di un accordo quadro e non dalla mera predisposizione di un albo fornitori.

Si rileva, inoltre, che la stazione appaltante ha disposto - tra l'altro - la presentazione da parte di ogni concorrente della cauzione provvisoria ex art. 75 D.Lgs. 163/2006 e dell'impegno del fideiussore a rilasciare, per l'esecuzione del contratto, apposita polizza, nonché la presentazione di tre buste, contenenti rispettivamente la documentazione amministrativa, l'offerta tecnica e l'offerta economica, lasciando presumere, quindi, diversamente da quanto indicato nei documenti di gara,

che la procedura in esame si conclude con un'aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

A margine, si osserva che quest'ultimo non risulta, comunque, correttamente applicato, in quanto manca negli atti di gara trasmessi qualsiasi indicazione degli elementi di valutazione dell'offerta tecnica e del relativo punteggio ed anzi, a ben vedere, l'unico elemento che sembra differenziare le diverse offerte è in realtà il prezzo (per un approfondimento sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggioso si richiama la determinazione dell'Autorità n. 7 del 24.11.2011).

Una disciplina di gara così ambigua, contraddittoria e non rispettosa dei principi e delle prescrizioni del Codice dei Contratti Pubblici rischia di compromettere il regolare svolgimento di un confronto concorrenziale e di non realizzare, in conformità ai principi di economicità ed efficacia, l'interesse pubblico che sorregge e giustifica l'azione della stazione appaltante. Pertanto, alla luce dei rilievi sopra svolti, risultando assorbita qualsiasi altra questione, si ritiene la disciplina di gara per violazione del principio di tipicità e tassatività delle procedure ad evidenza pubblica.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

nei limiti di cui in motivazione, ritiene che la disciplina di gara sia illegittima per violazione del principio di tipicità e tassatività delle procedure ad evidenza pubblica.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 27 settembre 2012

Il Segretario Maria Esposito