



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 9

DEL 9 gennaio 2019

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da

Zimmer Biomet Italia S.r.l. – Fornitura di “N° 1 Sistema a motori ad alimentazione a batteria ed elettrici per la U.O.C. di Ortopedia” – S.A. Azienda Ospedaliera Universitaria G. Martino di Messina - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - Importo a base d'asta: euro 200.000,00

PREC 241/18/F

Il Consiglio

VISTA l'istanza prot. n. 123982 del 6 novembre 2017 presentata da Zimmer Biomet Italia S.r.l., con la quale l'istante lamenta che, nell'ambito della fornitura oggetto di gara, alcuni prodotti descritti nel capitolato tecnico potevano essere forniti solamente da un'unica ditta produttrice riconoscibile dal riferimento al prodotto “Acculan 3Ti”. L'istante ritiene pertanto che l'Amministrazione avrebbe dovuto suddividere l'oggetto della fornitura in almeno due lotti distinti, in modo da dedicarne uno alla fornitura dei suddetti prodotti specificamente indicati, e dedicare un altro lotto ai restanti prodotti richiesti, in modo da favorire la concorrenza. L'istante contesta altresì l'utilizzo del criterio del minor prezzo, senza che tale scelta sia stata supportata da una adeguata motivazione;

VISTO il capitolato tecnico della gara in oggetto, dove sono descritte nel dettaglio i singoli prodotti richiesti, fra i quali, nella parte “caratteristiche del sistema”, figurano gli accumulatori indicati come “Acculan 3Ti NiMH”, con le loro caratteristiche di capacità, volt e dimensioni, e nella parte “oggetto della fornitura” viene precisato che «nel caso in cui la descrizione dei sistemi richiesti si riferisse, casualmente, in tutto o in parte, a caratteristiche possedute da prodotti distribuiti da una sola impresa, che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti ai sensi dell'art. 170 del d.l. n. 50/16, si deve intendere inserita la clausola “o equivalente”»;

VISTI i Pareri n. 524 del 17 maggio 2017 e n. 17 del 26 gennaio 2011, con i quali è stato rilevato che 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, e il richiamo alla giurisprudenza a tenore della quale “in tema di appalti di forniture l'Amministrazione può legittimamente individuare particolari caratteristiche tecniche, ma a condizione che la loro specificazione sia effettuata con riferimento a elementi in grado di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

distinguere nettamente l'oggetto della fornitura, senza determinare alcuna discriminazione nei confronti delle imprese di settore; di conseguenza è vietato prevedere specifiche tecniche che indichino prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza, a meno di non inserire la clausola di equivalenza, ammissibile quando le stazioni appaltanti non possano fornire una descrizione dell'oggetto dell'appalto mediante specifiche tecniche sufficientemente precise” (ex multis Cons. Stato, sez. V, 24 aprile 2009, n. 2600); perchè sia possibile la menzione o il riferimento ad un prodotto, occorre che non sia altrimenti possibile "una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto", il che rende necessario sia motivare sul punto, sia esternare in modo trasparente gli elementi di identificazione del tipo o prodotto, e se questo sia in uso o in possesso di un soggetto determinato, ovvero se esso sia stato già oggetto di una fornitura da parte di un soggetto altrettanto determinato. Oltre a ciò, deve espressamente prevedersi (e concretamente attuarsi) che sia possibile produrre tipi od oggetti che, per caratteristiche e funzionalità, possano essere considerati "equivalenti", se non – a seconda dell'appalto e delle previsioni che lo regolano – "migliorativi" del tipo o prodotti citati (Cons. Stato Sez. IV 30 maggio 2013, n. 2976 e Sez. V 4 marzo 2011, n. 1380);

VISTA 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. [...] È vero che, come risulta dall'articolo 42, paragrafo



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

4, della direttiva 2014/24, è possibile - in via eccezionale e qualora una descrizione sufficientemente precisa ed intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile - menzionare una fabbricazione o una provenienza determinata o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un operatore economico specifico o, ancora, un marchio o un brevetto, purché l'oggetto dell'appalto lo giustifichi purché una siffatta menzione sia accompagnata, nei documenti di gara, dall'espressione "o equivalente". Tuttavia, dato il carattere derogatorio di tale disposizione, le condizioni alle quali l'amministrazione aggiudicatrice può avvalersi di una simile possibilità devono essere interpretate in senso stretto, nel senso che il carattere particolarmente dettagliato delle specifiche tecniche non deve avere per effetto di favorire indirettamente un partecipante alla gara»;

CONSIDERATO che, nel caso di specie, il capitolato esprime chiaramente e in maniera ampia la clausola di equivalenza;

VISTA la giurisprudenza (Cons. Stato, sez. III, 22 gennaio 2018, n. 1138; sez. III, 13 novembre 2017, n. 5224) secondo la quale «in materia di appalti pubblici costituisce principio di carattere generale la preferenza per la suddivisione in lotti degli appalti, in quanto diretta a favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese; tale principio risulta ora recepito all'art. 51 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 che, tuttavia, non ne fa una regola inderogabile, consentendo alla stazione appaltante di derogarvi per giustificati motivi (che siano puntualmente espressi nel bando o nella lettera di inviti)»;

CONSIDERATO che l'opzione sottesa alla suddivisione o meno in lotti dell'appalto è espressiva di scelta discrezionale e tuttavia nel caso di specie, sebbene l'oggetto della fornitura faccia riferimento all'unicità del sistema, non emerge una motivazione espressa recante le ragioni della mancata suddivisione in lotti in relazione alla varietà della strumentazione richiesta;

VISTA la delibera n. 1005 del 21 settembre 2016 - Linee Guida n. 2 di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", a tenore della quale le stazioni appaltanti che intendono procedere all'aggiudicazione utilizzando il criterio del minor prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 5 devono dare adeguata motivazione della scelta effettuata e dimostrare che attraverso il ricorso al minor prezzo non sia stato avvantaggiato un particolare fornitore;

VISTA la giurisprudenza secondo cui, nel regime introdotto dal d.lgs. n. 50 del 2016, alle amministrazioni appaltanti è riconosciuta una certa discrezionalità nella scelta del criterio di aggiudicazione ritenuto maggiormente rispondente alle proprie esigenze di approvvigionamento e



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso può essere utilizzato, in particolare, quando le caratteristiche della prestazione da eseguire sono già ben definite dalla stazione appaltante nel capitolato d'oneri, in cui sono previste tutte le caratteristiche e condizioni della prestazione e pertanto il concorrente deve solo offrire un prezzo (Tar Emilia Romagna, 23 ottobre 2018, n. 783; Tar Lazio, 7 agosto 2017, n. 9249);

CONSIDERATO che nel caso di specie il capitolato tecnico descrive nel dettaglio le caratteristiche dei singoli prodotti oggetto della fornitura e pertanto, alla luce della giurisprudenza sopra citata, la scelta del criterio di aggiudicazione del minor prezzo non appare immotivata;

RILEVATO che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell'art. 10 del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- a fronte dell'ampio margine di discrezionalità riconosciuto all'amministrazione aggiudicatrice nella formulazione delle specifiche tecniche di un appalto, non è lesivo della concorrenza il capitolato che esprime chiaramente e in maniera ampia la clausola di equivalenza;
- l'opzione sottesa alla suddivisione o meno in lotti dell'appalto è espressiva di scelta discrezionale e tuttavia nel caso di specie, sebbene l'oggetto della fornitura faccia riferimento all'unicità del sistema, non emerge una motivazione espressa recante le ragioni della mancata suddivisione in lotti in relazione alla varietà della strumentazione richiesta;
- dal momento che il capitolato tecnico descrive nel dettaglio le caratteristiche dei singoli prodotti oggetto della fornitura, la scelta del criterio di aggiudicazione del minor prezzo non appare immotivata.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 19 gennaio 2019

Il Segretario Maria Esposito