

Parere n. 148 del 28/07/2011

PREC 76/11/F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Biomed S.a.s. - (fornitura di un microscopio operatorio) - Importo a base d'asta € 100.000,00 - S.A.: Azienda provinciale sanitaria di Ragusa

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Con istanza pervenuta in data 13 aprile 2011, l'impresa Biomed S.a.s. ha contestato la legittimità della *lex specialis* predisposta dall'Azienda provinciale sanitaria di Ragusa per l'acquisizione tramite cottimo fiduciario di un microscopio operatorio, nella parte in cui richiede, tra le caratteristiche tecniche minime, un elemento che limita la possibilità di partecipazione alla gara ad un solo concorrente; più specificamente, con riguardo al "tipo di illuminazione", la stazione appaltante ha richiesto, nell'allegato A) alla lettera di invito, un "*Sistema di illuminazione con lampada primaria allo xenon, di potenza indicativamente non inferiore a 150 W, con regolatore dell'intensità luminosa, completo di lampada di emergenza e trasmissione a fibra ottica*". Pertanto, la Biomed S.a.s., che non è stata invitata a partecipare alla gara in oggetto, sostiene che con la suddetta previsione la

tazione appaltante ha riproposto il medesimo elemento discriminatorio di cui a precedente gara, in ordine alla quale il sorto contenzioso aveva portato alla revoca in autotutela della procedura. A riscontro dell'istruttoria procedimentale formalmente avviata da questa Autorità in data 13 aprile 2011, la stazione appaltante ha innanzitutto chiarito che al fine di migliorare e garantire la qualità del proprio parco attrezzature tecnico-scientifiche, sia per quanto riguarda la manutenzione che per il rinnovo e la nuova acquisizione, la ASP si è dotata di un servizio di Consulenza di Ingegneria Clinica che è stato affidato, a seguito di apposita gara, alla ditta EBM Elettronica Bio Medica di Foligno. Pertanto, le specifiche tecniche della gara in oggetto, dopo essere state formulate dal Direttore dell'U.O.C. di oculistica del presidio ospedaliero "Maggiore di Modica", il quale ha richiesto un microscopio con illuminazione di tipo generico, sono state sottoposte al vaglio del Consulente di Ingegneria Clinica della suddetta ditta EBM, che ha corretto, fra gli altri requisiti, anche quello riguardante il tipo di illuminazione, prevedendo un "*Sistema di illuminazione con lampada primaria allo xenon, di potenza indicativamente non inferiore a 150 W, con regolatore dell'intensità luminosa, completo di lampada di emergenza e trasmissione a fibra ottica*". La stazione appaltante ha infine specificato che due sono state le ditte partecipanti alla gara in oggetto e che questa rimarrà sospesa fino alla pronuncia dell'Autorità.

Ritenuto in diritto

Oggetto della richiesta di parere è la legittimità della previsione della *lex specialis* che, secondo l'istante, avrebbe introdotto tra le caratteristiche tecniche minime, alla voce "tipo di illuminazione", un elemento che limita la possibilità di partecipazione alla gara ad un solo concorrente, con ciò reiterando lo stesso elemento discriminatorio di cui a precedente gara.

In linea generale, è da premettere che, secondo quanto già espresso dall'Autorità in conformità all'indirizzo tracciato dal giudice amministrativo (*cf.* i pareri 13 maggio 2010 n. 96; 23 aprile 2009 n. 57; 20 dicembre 2007 n. 158; 10 ottobre 2007 n. 51; 19 luglio 2007 n. 256), ai sensi dell'art. 68 del D.Lgs. n. 163/2006, le specifiche tecniche di appalto devono consentire pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati alla concorrenza (comma 2) e, a meno di non essere giustificate dall'oggetto dell'appalto, le dette specifiche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata, né far riferimento a un'origine o produzione specifica che avrebbe come effetto di favorire o eliminare talune imprese o prodotti (comma 13). Pertanto, l'eventuale indicazione di marchi o prodotti deve essere collegata a diciture quali "o equivalente" ovvero "tipo", significative della volontà dell'amministrazione di utilizzare il marchio o la denominazione del prodotto solo a titolo esemplificativo, per meglio individuare le caratteristiche del bene richiesto.

Nel caso di specie, la nozione utilizzata (*Sistema di illuminazione con lampada primaria allo xenon di potenza indicativamente non inferiore a 150 W, con regolatore di intensità luminosa completo di lampada di emergenza e trasmissione a fibra ottica*) non risulta specificata in termini tali da ritenere *ex se* limitata la possibilità di fornitura ad un solo prodotto e quindi ad un solo operatore, anche alla luce della mancata indicazione di un prodotto specifico nonché della rilevanza dell'attività cui l'illuminazione è connessa.

Inoltre, la contestazione dell'istante appare quanto mai generica e basata su di un unico elemento, smentito dall'esame degli atti. Infatti, diversamente dalla precedente gara (che la stazione appaltante ha revocato in autotela in quanto una sola ditta è risultata in possesso del requisito richiesto: "Illuminazione con doppia lampada allo xenon"), e contrariamente a quanto sostenuto dall'istante, nel caso di specie, la richiesta di *un sistema di illuminazione con lampada primaria allo xenon* non ha limitato la partecipazione alla gara ad un solo concorrente, essendo state due le ditte partecipanti alla procedura in oggetto. La stazione appaltante, inoltre, non sembra essere incorsa nella violazione dell'art. 68, commi 2, e 13, del D.Lgs 163/2006, in quanto non ha indicato un marchio o un prodotto specifico, né ha richiesto una fabbricazione determinata al fine di consentire la partecipazione alla gara del solo concorrente indicato dall'istante.

Pertanto, non ravvisandosi, nel caso in esame, il medesimo elemento discriminatorio che ha portato alla revoca della precedente procedura, e in assenza di ulteriori elementi a sostegno della presunta unicità del fornitore, l'istanza non può reputarsi fondata.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che le caratteristiche richieste in tema di illuminazione non siano in contrasto con i principi vigenti in tema di evidenza pubblica.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 agosto 2011