

**AS1477 - CONSIP - BANDO DI GARA PER LA FORNITURA DI TOMOGRAFI A RISONANZA MAGNETICA (RM) - PRIMA EDIZIONE**

Roma, 21 luglio 2017

Ministro dell'Economia e delle Finanze

Con riferimento alla richiesta di parere formulata ai sensi dell'articolo 22 della legge n. 287/1990 dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, concernente le bozze della disciplina predisposta per la procedura relativa *“alla conclusione di un Accordo Quadro, per ogni lotto, con più operatori economici, ai sensi del comma 4, lett. a) dell'art. 54 del D.Lgs. n. 50/2016 per la fornitura di Tomografi a Risonanza Magnetica (RM), servizi connessi, dispositivi e servizi accessori per le Pubbliche Amministrazioni (prima edizione)”*, predisposti dalla Concessionaria Servizi Informatici Pubblici – CONSIP S.p.A. (di seguito Consip), si comunica che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 19 luglio 2017, ha ritenuto di formulare le seguenti considerazioni.

In relazione a tale procedura, l'Autorità intende richiamare l'attenzione della stazione appaltante sulle disposizioni dei documenti di gara che concernono i servizi di assistenza e manutenzione, con particolare riguardo a quelle che prevedono, quale servizio opzionale a pagamento, la possibile estensione del servizio di assistenza e manutenzione *“full-risk”* per ulteriori 36 mesi e a quelle relative alla sua modalità di remunerazione.

Dai documenti di gara<sup>1</sup> si evince che l'attivazione del servizio opzionale di assistenza e manutenzione *full risk* per ulteriori 36 mesi oltre ai primi 12 mesi estende altresì la durata degli Accordi Specifici, attuativi dell'Accordo Quadro, stipulati dalle Amministrazioni Contraenti, da 12 mesi a 48 mesi se all'atto dell'ordine di fornitura è richiesto il detto servizio accessorio di manutenzione *full risk*, sulle apparecchiature e/o sui dispositivi accessori.<sup>2</sup> Tale disegno rende, pertanto, molto probabile l'esercizio dell'opzione da parte delle predette amministrazioni.

Inoltre, il prezzo del servizio di assistenza e manutenzione *full risk* per ulteriori 36 mesi è determinato in misura fissa per tutta la durata degli Accordi ed è espresso in termini percentuali sul prezzo a base d'asta per le apparecchiature e per i dispositivi opzionali acquistati.

La competizione stimolata dalla gara in esame, pertanto, riflette le condizioni di offerta del mercato della produzione di tomografi a risonanza magnetica, che appare particolarmente concentrato, registrando la presenza di poche società multinazionali integrate verticalmente - GE,

---

<sup>1</sup> Cfr. in particolare Capitolato d'Oneri e Schema di Accordo quadro.

<sup>2</sup> Il periodo di durata degli accordi specifici va ben oltre la durata stessa dell'Accordo Quadro fissato in 12 mesi, prorogabile fino ad un massimo di ulteriori 6.

Philips, Siemens, Toshiba e con una posizione marginale Hitachi. Peraltro, alle quali prime quattro società risulta attribuibile la maggior parte dei tomografi installati presso le strutture pubbliche negli ultimi anni, che risultano le uniche ad aver partecipato ad altre gare precedentemente bandite con riferimento alle apparecchiature citate.

L'assenza di un confronto competitivo diretto sui servizi di manutenzione, il cui valore potrebbe essere tutt'altro che trascurabile, per un periodo di tempo medio-lungo, appare ostacolare l'opportunità di condizioni di acquisto di tali servizi maggiormente favorevoli, che potrebbero derivare da una procedura di gara *ad hoc* avente ad oggetto i servizi di assistenza e manutenzione, cui potrebbero partecipare anche soggetti attivi nella sola fornitura di questi servizi.

La soluzione scelta non appare quindi necessariamente idonea a garantire benefici per la stazione appaltante, considerato, peraltro, che il prezzo di tali servizi è definito in misura fissa e calcolato in funzione del prezzo offerto per le apparecchiature.

Ulteriori criticità risiedono nella circostanza che, per come attualmente concepita, la procedura non consente alla stazione appaltante di conoscere il prezzo dei servizi di assistenza e manutenzione per i primi 12 mesi.

La valutazione economica di una fornitura, di un lavoro o di un servizio che tenga conto di tutti i costi derivanti dallo stesso può in linea teorica favorire una scelta più informata da parte della stazione appaltante, a condizione tuttavia che quest'ultima disponga degli elementi informativi necessari per compiere tale valutazione.

Nel caso di specie, invece, il confronto competitivo tra i produttori avviene sull'offerta di un prezzo unitario per il dispositivo. Tale prezzo copre, tra gli altri, anche i prezzi dei servizi di assistenza e manutenzione per i primi 12 mesi e non consente alla stazione appaltante di mettere a confronto il prezzo offerto per questi specifici servizi da parte dei partecipanti alla gara.

La disponibilità di dati che consentano il raffronto delle offerte anche con riguardo ai servizi di assistenza e manutenzione, peraltro, consentirebbe alla stazione appaltante di disporre di elementi utili per meglio disegnare l'auspicabile separata procedura per i servizi di assistenza e manutenzione successiva ai 12 mesi.

Alla luce di quanto sopra, tenendo conto della struttura del mercato di riferimento (concentrata), della dimensione e del numero degli operatori ivi attivi (al più 5 società multinazionali, di cui 1 con posizione molto marginale), l'Autorità auspica che i servizi di assistenza e manutenzione formino oggetto di una separata procedura e che, al contempo, alla procedura in esame siano apportate modifiche intese a garantire da un lato che, in sede di indicazione del prezzo unitario offerto, venga richiesto ai partecipanti di precisare la parte di tale prezzo riferita ai servizi anzidetti; e dall'altro, che nella disciplina predisposta per la procedura in esame sia previsto che il fornitore renda disponibili alle Amministrazioni contraenti tutti gli elementi, tra cui le informazioni e le caratteristiche tecniche relative al dispositivo acquistato, necessari a consentire l'esercizio del servizio di manutenzione e assistenza nella sua interezza anche da parte di soggetti terzi. Tali modifiche appaiono funzionali a non vanificare il buon esito concorrenziale della procedura *ad hoc* sopra auspicata, a prescindere dal dispositivo installato.

Inoltre, con specifico riguardo alla disciplina relativa agli illeciti *antitrust* definitivamente accertati, il presente parere viene fornito limitatamente alle disposizioni che saranno inserite nella disciplina di gara, in considerazione delle modifiche introdotte al Decreto Legislativo 18 aprile

2016 n. 50 dal Decreto Legislativo 19 aprile 2017 n. 56, e che sono illustrate nel documento trasmesso e denominato “*Disciplina relativa ad illecito antitrust definitivamente accertato*”.

L’Autorità ritiene che la nuova disciplina delineata da Consip in merito alla rilevanza degli illeciti *antitrust* definitivamente accertati come possibile causa di esclusione dalla procedura di gara appare coerente con quanto previsto dalla normativa di cui all’art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016<sup>3</sup> - come precisata dalle Linee Guida dell’ANAC n. 6/2016 emanate in attuazione del comma 13 del medesimo articolo<sup>4</sup> -, oltre che idonea ad assicurare un adeguato effetto di deterrenza nella commissione di illeciti *antitrust* nell’ambito di gare pubbliche.

L’attuale formulazione della clausola<sup>5</sup>, nel fare riferimento agli *illeciti antitrust definitivamente accertati* e alle indicazioni rese nelle citate Linee Guida n. 6, attribuisce effettiva rilevanza, come grave illecito professionale, alla violazione della normativa *antitrust* il cui accertamento abbia assunto carattere di definitività, così come previsto dall’art. 80, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 (sul punto modificato dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, c.d. ‘correttivo’<sup>6</sup>).

La clausola risulta altresì in linea con la *ratio* della normativa comunitaria, che qualifica l’illecito *antitrust* come un’ipotesi di grave violazione dei doveri professionali, tale da consentire l’esclusione dalla procedura di gara dei soggetti coinvolti<sup>7</sup>. La clausola di esclusione, inoltre,

<sup>3</sup> Secondo l’art. 80, comma 5, lett. c), le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d’appalto un operatore economico qualora: “...c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l’operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all’esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull’esclusione, la selezione o l’aggiudicazione ovvero l’omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”.

<sup>4</sup> ANAC, Linee guida n. 6, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) del Codice». Approvate dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016.

<sup>5</sup> Secondo la quale: “Nel **DGUE** devono essere dichiarate altresì tutte le fattispecie di cui all’art. 80, comma 5, del D. Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. In particolare si precisa che: ...- tra le fattispecie di cui all’art. 80, comma 5, lett. c), del D. Lgs. n. 50/2016 (rilevanti per il periodo di tempo indicato all’art. 80, comma 10, del d. lgs. n. 50/2016 e s.m.i.), rientrano gli **illeciti antitrust definitivamente accertati** o altre circostanze idonee ad incidere sull’integrità o affidabilità del concorrente (tra le quali rientrano i provvedimenti di condanna non definitivi per i reati di cui agli artt. 355 e 356 c.p., qualora contengano una condanna al risarcimento del danno o uno degli altri effetti tipizzati dall’art. 80, comma 5, lett. c). Il concorrente nell’indicazione o meno delle relative fattispecie rilevanti dovrà tenere conto delle indicazioni rese nelle Linee Guida n. 6 dell’A.N.AC. recanti “Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) del Codice”. In tal caso e nel caso siano state adottate misure di self cleaning, dovranno essere prodotti tutti i documenti pertinenti (ivi inclusi gli eventuali provvedimenti di condanna) al fine di consentire alla stazione appaltante Consip ogni opportuna valutazione”.

<sup>6</sup> Ai sensi dell’art. 80, co. 10, del d.lgs. n. 50/2016: “Se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, ovvero non sia intervenuta riabilitazione, tale durata è pari a cinque anni, salvo che la pena principale sia di durata inferiore, e in tale caso è pari alla durata della pena principale e a tre anni decorrenti dalla data del suo accertamento definitivo, nei casi di cui ai commi 4 e 5 ove non sia intervenuta sentenza di condanna (evidenziate le parole aggiunte dal decreto).”

<sup>7</sup> Cfr. considerando 70 della direttiva 2014/23/UE, considerando 101 della direttiva 2014/24/UE e considerando 106 della direttiva 2014/25/UE, secondo i quali “...le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori dovrebbero avere la possibilità di escludere operatori economici che si sono dimostrati inaffidabili, per esempio a causa di gravi o reiterate violazioni di obblighi ambientali o sociali, comprese le norme in materia di accessibilità per le persone con disabilità, o di altre forme di grave violazione dei doveri professionali, come le violazioni di norme in materia di concorrenza o di diritti di proprietà intellettuale”.

appare idonea ad incidere specificamente sulla procedura di gara in essere così da scoraggiare il ricorso a pratiche collusive nell'ambito di gare pubbliche<sup>8</sup>.

Anche il riferimento alle misure di *self cleaning*<sup>9</sup>, rispetto alle quali la disciplina stabilisce l'obbligo di produrre tutti i documenti pertinenti, risulta coerente con quanto indicato nell'art. 80, commi 7 e 8, del d.lgs. n. 50/2016 e nelle Linee Guida n. 6 dell'ANAC. Peraltro, ai fini dell'operatività dell'istituto del *self cleaning*, potrebbero risultare rilevanti condotte particolarmente virtuose volontariamente assunte dagli operatori economici sanzionati dall'Autorità anche nel corso del procedimento sanzionatorio, o successivamente alla conclusione dello stesso, per superare le criticità anticoncorrenziali che hanno dato luogo agli illeciti accertati.

Alla luce di quanto precede, la nuova disciplina sull'illecito *antitrust* appare coerente con il quadro normativo nazionale e comunitario, oltre che con le Linee Guida n. 6 dell'ANAC attualmente in vigore, facendo riferimento agli illeciti *antitrust* definitivamente accertati e ponendosi a presidio, con finalità di deterrenza, del corretto dipanarsi del gioco concorrenziale nell'ambito delle procedure di gara pubbliche.

Occorre tuttavia considerare che il 12 giugno 2017 l'ANAC ha posto a consultazione pubblica un aggiornamento delle Linee Guida n. 6, che tiene conto delle modifiche apportate al d.lgs. n. 50/2016 dal d.lgs. n. 56/2017<sup>10</sup>. L'Autorità si riserva pertanto di svolgere ogni ulteriore valutazione che si renderà necessaria in considerazione delle nuove Linee Guida che verranno adottate.

In conclusione, l'Autorità auspica che le osservazioni formulate possano essere utilmente tenute in considerazione nell'ambito della definizione della procedura di gara e della relativa documentazione. In ogni caso, l'Autorità si riserva di valutare gli esiti della gara, ove nel corso del suo svolgimento emergano elementi suscettibili di configurare illeciti anticoncorrenziali.

Il presente parere sarà pubblicato sul bollettino di cui all'articolo 26, Legge n. 287/1990, successivamente alla pubblicazione del bando di gara.

IL PRESIDENTE  
*Giovanni Pitruzzella*

---

<sup>8</sup> Ciò a differenza di quanto prevedeva la formulazione della clausola utilizzata nei precedenti bandi, che riferiva l'operatività della causa di esclusione in esame alle "gare successive bandite dalla Consip ed aventi il medesimo oggetto" (cfr. il parere dell'Autorità del 18 giugno 2015, AS1206 *Bando di gara Consip-servizi integrati per gli istituti e i luoghi di cultura pubblici*, in Boll. n. 31/2015).

<sup>9</sup> Cfr. nota 3: "...nel caso siano state adottate misure di *self cleaning*, dovranno essere prodotti tutti i documenti pertinenti (ivi inclusi gli eventuali provvedimenti di condanna) al fine di consentire alla stazione appaltante Consip ogni opportuna valutazione".

<sup>10</sup> Aggiornamento delle Linee Guida n. 6 di attuazione del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice".