



DELIBERA N. 84

8 marzo 2023

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società DAMBO Srl – Procedura di gara aperta per l'affidamento della fornitura di "Lenti intraoculari" occorrenti per le AA.SS.LL., EE.OO., II.R.C.C.S. della Regione Liguria per un periodo di anni tre (con opzione di proroga per ulteriori 12 mesi). Lotti: 5 – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 9.650.720,00 – S.A.: S.U.A.R.-Regione Liguria.

UPREC-PRE-0044-2023/F/PREC

Riferimenti normativi

Art. 83, comma 8 del d.lgs. n. 50/2016

Art. 6, comma 1, lett. b) della l. n. 241/1990

Parole chiave

Specifiche tecniche obbligatorie – Dichiarazioni del produttore – Documenti informativi – Soccorso procedimentale.

Massima

Appalto pubblico – Forniture – Fornitura lenti intraoculari – Scelta del contraente – Requisiti tecnici obbligatori – Dichiarazione di conformità del produttore – Documenti informativi – Mancata corrispondenza tra le dichiarazioni e la documentazione tecnico-informativa – Mancato soccorso procedimentale – Esclusione del concorrente – Illegittimità.

La Stazione appaltante, qualora fosse incerta circa la reale conformità dei prodotti offerti dal concorrente alle specifiche tecniche obbligatorie previste per la partecipazione alla gara, prima di disporre l'esclusione, deve attivare il soccorso procedimentale, secondo quanto previsto dall'art. 6, comma 1, lett. b) della L. 241/90, al fine di richiedere allo stesso ulteriori dati tecnici o comunque di dimostrare l'effettivo possesso di suddette specifiche, considerato che la Stazione appaltante ha sempre la possibilità di attivare un 'soccorso procedimentale', nettamente distinto dal 'soccorso istruttorio', utile per risolvere



dubbi riguardanti "gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica", tramite l'acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente che non assumano carattere integrativo dell'offerta, ma che siano finalizzati unicamente a consentirne l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 8 marzo 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 001807 del 10.1.2023, con la quale la società Dambo Srl chiede parere in ordine alla legittimità del provvedimento di esclusione disposto dalla Stazione appaltante a causa della rilevata assenza, relativamente alle lenti intraoculari proposte, di alcuni dei requisiti tecnici obbligatori richiesti dalla *lex specialis* ai fini dell'ammissione alla gara;

CONSIDERATO, in particolare, che nella seduta riservata svoltasi in data 20.12.2022, la Commissione giudicatrice ha riscontrato che:

- *"In relazione ai lotti 1 e 2 viene offerta la lente "Hydrophobic Acrylic Foldable Intra Ocular Lens" (mod. HLL260125CRCA9) priva di CNL in quanto in corso di registrazione. Non viene fornita la scheda tecnica del dispositivo ma una "Dichiarazione della Ophthalmic Solutions Inc. sul rispetto delle caratteristiche essenziali" unitamente a un documento denominato "brochure", dalla lettura dei quali la Commissione ha potuto rilevare solo alcuni dei dati riferibili ai requisiti minimi richiesti. In particolare non vengono dichiarati l'indice di rifrazione e il contenuto d'acqua.*
- *Inoltre sempre nella brochure si evince la carenza degli ulteriori requisiti minimi a pena di esclusione:*
- *Lotto 1 – in relazione al requisito "Ampia gamma di poteri diottrici, da +6D a +30D con progressione 0,50 precaricata, viene offerta gamma da +6 a +30 con intervallo di 0,50 solo per i poteri da +15 a +30;*
- *Lotto 2 – in relazione al requisito "Ampiezza di gamma dei poteri diottrici anche su piattaforme diverse ma con caratteristiche dell'ottica identiche a quelle identificate nei requisiti di minima" non viene offerto ampliamento di gamma";*

CONSIDERATO che a giudizio della società istante l'esclusione è illegittima e paradossale in quanto *«Come ampiamente dimostrato, il prodotto offerto dall'istante possiede tutti i requisiti richiesti dal bando di gara, e la comprova è stata fornita attraverso apposita puntuale quanto inequivoca dichiarazione, che li enuncia tutti distintamente»*, con la conseguenza che *«Una tale condotta (da parte della Stazione appaltante – n.d.r.), oltre che connotarsi per manifesta illogicità ed eccesso di potere, integra, indubitabilmente, gli estremi di una patente violazione del principio cui il Legislatore ha inteso garantire tutela con la lettera dell'Art. 83 del D.Lgs. 50/2016, laddove ha sancito la tassatività delle cause di esclusione»*;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 24.1.2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO che la società istante, in fase di presentazione della domanda di partecipazione, ha prodotto due dichiarazioni, rispettivamente riferite al lotto 1 e al lotto 2, della società Ophthalmic Solutions Inc., verosimilmente produttrice delle lenti intraoculari oggetto di controversia, nelle quali si



legge testualmente: *«Si conferma il rispetto delle Caratteristiche tecniche indispensabili qui di seguito elencate»*, cui segue, appunto, l'elencazione pedissequa delle caratteristiche minime delle lenti richieste dalla *lex specialis* riportate con a mò di copia/incolla, ovvero senza alcun'altra specificazione o informazione, nonché una Scheda informativa relativa alle caratteristiche tecniche del prodotto (Allegato M5 bis – Questionario Tecnico) che rinvia ad un altro documento, ovvero alla già nominata brochure informativa;

RILEVATO che nel caso di specie il focus della controversia è costituito dalla contraddizione, rilevata dalla Commissione giudicatrice, tra la dichiarazione della società produttrice delle lenti che, sebbene concepita come mera ripetizione dei requisiti tecnici minimi richiesti dal Capitolato accompagnata da una dichiarazione formale circa l'effettivo possesso da parte delle lenti proposte in gara di tutte le caratteristiche di interesse della Stazione appaltante per la fornitura in oggetto, ne attesta indiscutibilmente il possesso, vincolando peraltro formalmente il dichiarante e, conseguentemente, la ditta concorrente che l'ha depositata con la domanda di partecipazione, e gli ulteriori documenti prodotti, ovvero il questionario tecnico e la brochure informativa, che tuttavia non riportano alcune delle specifiche tecniche essenziali previste dall'Amministrazione committente a pena di esclusione;

CONSIDERATO che la parte istante, a fronte di tali ultime contestazioni della Stazione appaltante, eccepisce che le dichiarazioni effettuate dalla Ophthalmic Solutions Inc. non lasciano margini di dubbio in ordine al possesso da parte del prodotto proposto di tutti i requisiti tecnici previsti dalla *lex specialis* e *«Il fatto che non si rinvenissero ANCHE nella brochure costituisce elemento del tutto secondario e non certo tale da poter condurre all'esclusione, assolvendo quest'ultimo documento (la brochure appunto), a funzione di mera presentazione dell'Azienda produttrice, non avendo alcuna finalità squisitamente tecnica e non essendo redatta, peraltro, nemmeno in forma di dichiarazione, contrariamente ai due succitati documenti che affermano l'esistenza dei requisiti richiesti redatti, non a caso, in forma di dichiarazione, con il paradosso che la Commissione ha inteso dare valore dirimente ad un depliant negandolo viceversa a due dichiarazioni! Per tutto quanto sopra esposto l'esclusione dell'istante si appalesa del tutto immotivata»*;

RITENUTO che appare evidente che la soluzione del parere richiesto si incentra tutta sul valore da attribuire alle due dichiarazioni della società produttrice delle lenti e se queste possano, nonostante contengano solo la citazione pedissequa dei requisiti tecnici "di minima" oggetto di controversia e nulla più, essere considerate dalla Stazione appaltante sufficienti per ritenere dimostrato il possesso di tali requisiti indipendentemente dalla mancata riproduzione o specificazione degli stessi in qualsivoglia altro documento allegato alla domanda di partecipazione;

CONSIDERATO che sul punto la giurisprudenza amministrativa ha espresso il principio, qui condiviso e che sembra opportuno riportare per intero stante l'eshaustività dell'argomentazione adottata, secondo cui *«In via preliminare, importa osservare che – se è, certamente, precluso alla stazione appaltante (e, per essa, alla commissione incaricata della valutazione delle offerte) di sollecitare chiarimenti, precisazioni, integrazioni in ordine ad incerte od ambigue formulazioni della proposta negoziale (ciò che si risolverebbe in forme anomale di dialogo idonee ad alterare il canone di rigorosa parità di condizione fra i concorrenti) – non è vietata la possibilità di sollecitare (con l'ovvio limite che si tratti di meri "chiarimenti" e/o "illustrazioni" e non di modifiche, anche solo quantitativamente parziali o qualitativamente limitate) chiarimenti sui tratti dell'offerta tecnica, le quante volte sia ritenuto opportuno, per la segnata ipotesi di proposte connotate di particolare complessità. Non è, con ciò, preclusa – nella logica di una efficiente e non disparitaria cooperazione tra operatori economici e stazione appaltante – l'attività di soccorso "procedimentale" (diversa, come tale, dal "soccorso istruttorio", che – ai sensi dell'art. 83, comma 9 d.lgs. n. 50/2016, non potrebbe riguardare l'offerta, non solo sotto il profilo economico, ma anche sotto quello*



tecnico); in tal senso, da ultimo, Cons. Stato, sez. III, 2 febbraio 2021, n. 1225, nonché Id., sez. V, 27 gennaio 2020, n. 680, la quale ha anche rammentato che, nei pareri relativi allo schema del Codice degli appalti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016 e del "correttivo" di cui al d.lgs. n. 56/2017, resi dalla Commissione speciale (n. 855 del 21 marzo 2016; n. 782 del 22 marzo 2017), il Consiglio di Stato aveva espressamente sottolineato, in relazione all'art. 83, l'opportunità di conservare tale forma di soccorso, in virtù del quale potessero essere richiesti, in caso di dubbi riguardanti "gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica", chiarimenti al concorrente, fermo il divieto di integrazione dell'offerta, trattandosi, segnatamente, di precisazioni finalizzate a consentire l'interpretazione delle offerte e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con esse assunte (cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2015, n. 2082; Id., 22 ottobre 2014, n. 5196; Id., 27 marzo 2013, n. 1487).» (Consiglio di Stato, sez. V, 22.08.2022, n. 7353);

RITENUTO, pertanto, che l'esclusione dalla gara della società istante risulta essere stata disposta in modo affrettato, sulla base di una valutazione formalistica di non corrispondenza tra quanto dichiarato dalla società produttrice delle lenti e la documentazione informativa, con l'effetto di attribuire – come correttamente osservato dall'istante – un valore probatorio maggiore ad una brochure di natura evidentemente pubblicitaria, che alle due dichiarazioni sottoscritte, le quali, per quanto meramente ripetitive delle caratteristiche di minima elencate nella *lex specialis*, tuttavia nel nostro ordinamento costituiscono prova fino a dimostrazione contraria;

RILEVATO, tra l'altro, che, a voler considerare fondate le argomentazioni addotte per giustificare l'esclusione della società istante dalla gara, trattandosi di un caso che ricadrebbe nella fattispecie della dichiarazione mendace, la Stazione appaltante avrebbe dovuto quantomeno effettuare una segnalazione all'Autorità ai sensi dell'art. 80, comma 12 del Codice, secondo cui *"In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1 fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia"*; segnalazione che, tuttavia, non risulta essere stata inoltrata, ma poiché trattasi di atto doveroso, si deve ritenere che la sua omissione non discenda da una semplice svista o da una ignoranza procedurale, bensì, molto più probabilmente, dall'assenza di prove certe circa la non adeguatezza delle lenti offerte dalla Dambo Srl tanto da poter qualificare le dichiarazioni in questione come false;

RITENUTO, in definitiva, che la Stazione appaltante, qualora fosse stata incerta circa la reale conformità dei prodotti offerti dalla società istante alle specifiche tecniche obbligatorie previste per la partecipazione alla gara, avrebbe dovuto attivare il soccorso procedimentale, secondo quanto previsto dall'art. 6, comma 1, lett. b) della L. 241/90, al fine di richiedere al concorrente ulteriori dati tecnici o comunque di dimostrare l'effettivo possesso di suddette specifiche e ciò considerato che la Stazione appaltante ha sempre la possibilità di attivare un 'soccorso procedimentale', nettamente distinto dal 'soccorso istruttorio', utile per risolvere dubbi riguardanti "gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica", tramite l'acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente che non assumano carattere integrativo dell'offerta, ma che siano finalizzati unicamente a consentirne l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 680/2020), ovvero qualora il chiarimento richiesto sia utile a dirimere un dubbio e non costituisca conseguentemente una modifica dell'offerta tecnica presentata in gara, non apportando dati correttivi o manipolativi, ma



limitandosi a confermare la portata di elementi già in essa contenuti, ovvero a fornire riscontro della eventuale "svista" occorsa nella compilazione dell'offerta (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 1225/2021),

il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che l'operato della Stazione appaltante non sia conforme alle norme che disciplinano l'esclusione dei concorrenti dalle procedure di gara per difetto degli elementi essenziali dell'offerta.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 marzo 2023

Il Segretario Valentina Angelucci