

Parere n. 126 del 05/11/2009

Protocollo PREC 110/09/S

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 AIPA S.p.A. – Agenzia Italiana per Pubbliche Amministrazioni S.p.A. – Affidamento in concessione del servizio di gestione della sosta a pagamento in zona ospedale civile di San Giovanni Bianco.- Importo a base d'asta: € 10.000 annui – S.A.: Comune di San Giovanni Bianco

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 11 agosto 2009 è pervenuta l'istanza di parere in epigrafe, con la quale la Società AIPA S.p.A. (Agenzia Italiana per Pubbliche Amministrazioni S.p.A.) ha rappresentato di aver partecipato alla procedura di gara di cui all'oggetto, indetta dal Comune di San Giovanni Bianco ed ha contestato la legittimità del provvedimento di esclusione disposto dalla Commissione di gara nei suoi confronti in ragione della mancato rispetto di due disposizioni del Capitolato Speciale d'Appalto, consistenti, in particolare, nell'obbligo di fornire parcometri aventi come "caratteristiche minime o equivalenti ... la predisposizione per l'implementazione di un modulo di pagamento mediante banconote integrato nella struttura dell'armadio del parcometro" nonché "visualizzazione su display lcd retroilluminato fisicamente separato dal precedente e dedicato alla visualizzazione dell'orario e dei passaggi relativi ai pagamenti (monete inserite, orario di fine sosta) con capacità minima del display di 18 caratteri" (articolo 2.1, punti quinto e tredicesimo del Capitolato).

In particolare, la Società istante sostiene che una descrizione così dettagliata delle specifiche tecniche dei parcometri, volta a menzionare una produzione specifica, è in contrasto con l'articolo 68 del D.Lgs. n. 163/2006 in quanto determina un pregiudizio alla partecipazione e dunque una restrizione alla concorrenza senza trovare alcuna giustificazione in una effettiva e reale necessità tecnico-operativa perseguita dal Comune medesimo.

Inoltre, la Società istante contesta l'illegittimità del provvedimento di nomina della Commissione di gara, in quanto avvenuto antecedentemente alla scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte, contravvenendo al principio sancito dall'articolo 84, comma 10, del D.Lgs. n. 163/2006.

Infatti, dalla nota del 20 giugno 2009 inviata dal Comune di San Giovanni Bianco all'istante si evinceva che la Commissione di gara risultava già riunita il giorno 19 giugno 2009, sebbene il termine per la presentazione delle offerte fosse fissato per il 20 luglio 2009.

In relazione ai fatti rappresentati, la Società AIPA S.p.A. ha presentato istanza di parere all'Autorità, al fine di conoscere la posizione della stessa in ordine alla legittimità dell'operato della Stazione Appaltante.

Conseguentemente, si è avviata l'istruttoria procedimentale, a riscontro della quale il Comune di San Giovanni Bianco ha evidenziato che i requisiti prescritti nel Capitolato di gara e contestati dalla

Società istante sono stati così formulati in quanto corrispondenti a specifiche esigenze che la Stazione Appaltante medesima persegue con l'affidamento del contratto in questione e che, trattandosi di elementi che costituiscono una funzionalità caratteristica di un dispositivo elettronico per il controllo di durata della sosta regolamentata a tariffa, peraltro annoverati senza indicazione alcuna di produttori, marchi od origini, risultano inidonei ad integrare effettivi ostacoli alla libera partecipazione alla procedura di gara.

Ciò anche in ragione del fatto che il Comune, proprio a seguito di una contestazione avanzata dall'AIPA S.p.A. ha deciso di annullare il bando pubblicato in data 25 maggio 2009 (per il quale era previsto come termine ultimo per la presentazione delle offerte il 24 giugno 2009), ripubblicandone un altro, con alcune modifiche, in data 22 giugno 2009 (con termine di scadenza 20 luglio 2009), confermando le caratteristiche minime richieste dal Capitolato di gara per i parcometri, in considerazione del sito in cui essi dovranno essere installati, ma consentendo la partecipazione alla gara anche alle imprese che avrebbero dimostrato, tra i requisiti tecnico-professionali di aver fornito, installato e mantenuto sistemi di pagamento della sosta a raso (parcometri) per un periodo di 24 mesi, per una quantità minima di 10 unità e per almeno complessivi tre enti pubblici (articolo 5 del bando di gara).

Infine, il Comune ha evidenziato che le prescrizioni della *lex specialis* non impedivano ai concorrenti che avessero operato nel servizio e fossero dotati di requisiti tecnico-professionali ed economico-finanziari sufficienti a soddisfare l'oggetto specifico dell'appalto di presentare offerta attenendosi alla conformità delle specifiche minime del servizio attraverso il ricorso a fornitori operanti sul mercato.

In ordine alla contestazione relativa alla Commissione di gara nominata prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, il Comune ha evidenziato come eventualmente tale criticità poteva essere ascritta esclusivamente al primo bando pubblicato, essendo pervenuta alla Società documentazione che poteva far presumere la nomina della Commissione in data anteriore (19 giugno 2009) al termine fissato per la presentazione delle offerte (24 giugno 2009).

Diversamente, per quanto concerne il bando pubblicato in data 22 giugno 2009, a seguito delle modifiche apportate, l'operato del Comune non costituirebbe alcuna violazione dell'articolo 84 del D.Lgs. n. 163/2006, in quanto la Commissione è stata riconfermata nel pomeriggio del 20 luglio 2009, mentre il termine di scadenza delle offerte era fissato per il giorno 20 luglio 2009 alle ore 12.

Ritenuto in diritto

Le problematiche sottoposte a questa Autorità con la prospettazione dei fatti rappresentati attengono, da un lato, alla conformità all'articolo 68 della previsione di specifiche tecniche particolarmente dettagliate nel Capitolato di gara e, dall'altro, alla legittimità del provvedimento di nomina di una Commissione di gara, costituita prima del termine fissato per la scadenza delle offerte.

In ordine alla prima questione, concernente la legittimità della previsione dettagliata di specifiche tecniche nel Capitolato di gara, l'Autorità ha avuto più volte modo di evidenziare la portata normativa dell'articolo 68 del D.Lgs. n. 163/2006, volta a consentire pari accesso agli offerenti e ad evitare la creazione di ingiustificati ostacoli alla concorrenza nel mercato dei contratti pubblici, mediante l'imposizione di particolari caratteristiche dei prodotti o dei servizi che implicano un determinato processo produttivo ovvero una determinata provenienza.

Tale *ratio* trova conferma nel divieto previsto dall'articolo 68 di inserire specifiche tecniche che menzionino una fabbricazione o provenienza determinata, un procedimento particolare ovvero facciano riferimento ad un marchio, brevetto, tipo o un'origine specifica a meno che ciò non sia giustificato dal fatto che una descrizione sufficientemente precisa non sia possibile e a condizione che tale menzione sia accompagnata dall'espressione "o equivalente".

E' stato, inoltre, precisato che medesimi effetti anticoncorrenziali possono verificarsi qualora la Stazione Appaltante predisponesse il Capitolato tecnico indicando l'oggetto della fornitura in modo particolarmente dettagliato, tale da potersi equiparare al riferimento ad marchio o ad un brevetto o ad un particolare tipo di prodotto; anche in tal caso infatti, si potrebbe determinare un pregiudizio alla partecipazione alla gara per coloro che non sono in grado di fornire un prodotto identico a quello descritto nel Capitolato, ma soltanto un prodotto analogo (in tal senso, *ex multis*, parere n. 97 del 9 aprile 2008, parere n. 231 del 23 ottobre 2008 e parere n. 36 del 24 marzo 2009).

Tanto premesso in via generale occorre considerare, nel caso di specie, il contenuto del Capitolato di gara, ed in particolare l'articolo 2.1, rubricato "Parcometri", che dispone: "I parcometri preposti dovranno essere nuovi di fabbrica, mai utilizzati in alcuna delle loro parti e dovranno possedere le seguenti caratteristiche minime o equivalenti: ... - predisposizione per l'implementazione di un modulo di pagamento mediante banconote integrato nella struttura dell'armadio del parcometro [punto quinto] ... visualizzazione su display lcd retroilluminato fisicamente separato dal precedente e dedicato alla visualizzazione dell'orario e dei passaggi relativi ai pagamenti (monete inserite, orario di fine sosta) con capacità minima del display di 18 caratteri [punto tredicesimo]".

La disposizione in questione prevede, dunque, i requisiti minimi che l'Amministrazione ha predeterminato come idonei a identificare in maniera inequivocabile il prodotto di cui ha bisogno, ovvero l'unico in grado, con quelle caratteristiche tecniche, di soddisfare le esigenze che essa persegue con l'affidamento di quello specifico contratto.

La peculiarità delle specifiche tecniche previste non sembra far alcun riferimento ad una determinata fabbricazione o provenienza o ad un marchio o brevetto, ad un'origine o una produzione specifica e prevede, in ogni caso, che i parcometri siano corredati delle indicate caratteristiche minime o "equivalenti", scongiurando in tal modo il rischio di impedire la partecipazione a concorrenti in grado di offrire prodotti equivalenti a quelli descritti nel Capitolato, ferma restando, tuttavia, l'impossibilità di ammettere concorrenti che offrono prodotti con caratteristiche tecniche difformi da quelle descritte nella *lex specialis*.

In tali ipotesi, infatti, essendo i prodotti idonei a garantire il perseguimento dell'interesse dell'Amministrazione, i concorrenti che li hanno offerti devono essere esclusi in attuazione delle prescrizioni di gara, cui, peraltro, lo stesso Comune si è auto vincolato.

In tale ottica, la scelta del Comune di ampliare la partecipazione alla procedura anche a coloro che, pur avendo dimostrato di aver fornito in passato parcometri con caratteristiche tecniche non coincidenti con quelli richiesti, siano tuttavia in grado di offrire prodotti che corrispondano alle caratteristiche tecniche indicate nel Capitolato di gara, non appare una erronea applicazione della *lex specialis*, costituendo invece una scelta che attribuisce un adeguato valore all'esperienza pregressa dei concorrenti nel mercato dei parcometri, evitando così che le specifiche tecniche richieste possano costituire da questo punto di vista una restrizione alla concorrenza per coloro che non hanno mai offerto prodotti con quelle caratteristiche e che, contemporaneamente, garantisce al Comune un'offerta, in termini di qualità, in grado di soddisfare le esigenze perseguite.

Pertanto, la formulazione della *lex specialis*, nella parte relativa alle specifiche tecniche è conforme all'articolo 68 del D.Lgs. n. 163/2006 e la scelta della Commissione di gara di escludere la Società

AIPA S.p.A., in quanto ha offerto un prodotto non corrispondente alle caratteristiche tecniche richieste nel Capitolato di gara, costituisce corretta applicazione della *lex specialis* medesima.

In ordine alla seconda questione posta dall'istante, concernente la legittimità del provvedimento di nomina della Commissione di gara, occorre premettere, in via generale, che il Legislatore ha espressamente statuito all'articolo 84, comma 10, a garanzia della trasparenza e dell'imparzialità dell'azione amministrativa, che la nomina dei commissari e la costituzione della commissione di gara devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte.

Sul punto, la costante giurisprudenza amministrativa ha evidenziato che la previsione in questione ha carattere tassativo e non ammette deroghe, anche in ragione del fatto che tutela i principi costituzionali di cui all'articolo 97 (cfr., in tal senso, TAR Piemonte, sez II, sentenza 16 febbraio 2008 n. 266; TAR Lazio, Roma, sez. II, sentenza 13 febbraio 2008 n. 1268).

Tanto premesso in via generale, nel caso di specie, la disposizione in questione di cui all'articolo 84, comma 10, viene richiamata dall'istante, sostenendone l'avvenuta violazione da parte del Comune di San Giovanni Bianco, in quanto la nota inviata dal Comune all'AIPA S.p.A., in data 20 giugno 2009, firmata dal Presidente della Commissione e dal Responsabile del procedimento, recita "la Commissione di gara si è riunita in data 19 giugno 2009 alle ore 8.40..." e, pertanto, lascerebbe presumere che per il primo bando pubblicato, per il quale il termine di scadenza per la presentazione delle offerte era fissato al 24 giugno 2009, la Commissione di gara risultava già nominata in data 19 giugno 2009, ovvero prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Dalla documentazione in atti si evince che la Commissione di gara, nominata per la procedura bandita in data 25 maggio 2009, risultava già costituita in data 19 giugno 2009 e quindi in data anteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Tuttavia, tale procedura di gara è stata annullata in autotutela dall'Amministrazione che ha poi provveduto a bandire una nuova gara in data 22 giugno 2009, prevedendo un nuovo termine di scadenza per la presentazione delle offerte per il giorno 20 luglio 2009 alle ore 12 e nominando altresì la Commissione di gara per tale procedura nel pomeriggio del giorno 20 luglio 2009, ovvero in un momento successivo alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Ne consegue che, seppure la nomina della Commissione relativa alla procedura di gara bandita per prima fosse viziata in quanto non conforme al disposto dell'articolo 84, comma 10 del D.Lgs. n. 163/2006, dal momento che tale procedura è stata annullata in autotutela dall'Amministrazione, il provvedimento di nomina illegittimo è caducato per effetto dell'annullamento della gara.

Tale illegittimità non può in ogni caso estendersi alla procedura di gara che il Comune ha bandito successivamente, trattandosi di altro e diverso procedimento non connesso al primo, in ordine al quale inoltre il Comune ha adottato un apposito provvedimento di nomina della Commissione nel rispetto dei termini di cui all'articolo 84, comma 10 del D.Lgs. n. 163/2006.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- la formulazione del Capitolato di gara predisposta dal Comune di San Giovanni Bianco nella parte relativa alle specifiche tecniche è conforme all'articolo 68 del D.Lgs. n. 163/2006;
- il provvedimento di nomina della Commissione di gara per la procedura bandita dal Comune di San Giovanni Bianco, a seguito dell'annullamento in autotutela della precedente, è conforme all'articolo 84, comma 10 del D.Lgs. n. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 dicembre 2009