

Parere n. 108 del 27/05/2010

Protocollo PREC 52/10/F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa Giletta S.p.A. – Fornitura di n. 7 autospazzatrici aspiranti da 3.4 mc comprensiva di installazione di agevolatore di spazzamento mod. “Sweepy Jet” prodotto dalla società Ingegneri Associati Productions s.r.l. che verrà fornito dall'Ente Appaltante, compreso contratto di manutenzione full-service per sette anni o 12.600 ore motore – Importo a base d'asta €1.784.117,00 – S.A.: A.M.S.A. S.p.A..

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 5 marzo 2010 perveniva all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Giletta S.p.A., in qualità di concorrente alla gara per l'affidamento della fornitura in oggetto, rappresentava alcune perplessità in ordine alla legittimità della disciplina di gara, con specifico riguardo: 1) all'art. 19 del Capitolato Speciale d'Appalto, laddove il pagamento previsto a 120 gg fine mese data ricevimento fattura non sarebbe conforme agli artt. 4 e 5 del D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231; 2) alla scelta di uno specifico accessorio da parte della stazione appaltante, vale a dire l'agevolatore di spazzamento modello “Sweepy Jet” prodotto dalla società Ingegneri Associati Productions s.r.l., che deve essere presente sul mezzo alla prova dimostrativa obbligatoriamente prevista dall'art. 5.1 del predetto Capitolato Speciale d'Appalto e che richiede una spesa per il concorrente di €8.000,00; 3) alla necessità o meno di costituire un'A.T.I. nel caso in cui il concorrente non avesse una sua propria officina nel raggio di 100 Km. dalla sede della stazione appaltante, come richiesto all'art. 4, lett. a), punto 8 del Capitolato Speciale d'Appalto.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità l'A.M.S.A. S.p.A., rilevata preliminarmente l'inammissibilità dell'istanza per mancanza della necessaria documentazione nonché per acquiescenza dell'impresa istante alle medesime regole di gara già adottate dalla stazione appaltante in altre procedure, controdeduceva in ordine a tutti i profili sollevati, rappresentando: 1) che le tempistiche previste dalla documentazione di gara per i pagamenti sono coerenti con quelle correntemente applicate nelle prassi commerciali in uso nel settore a cui sono ascrivibili le forniture oggetto del contratto, trattandosi di forniture di rilevantissima entità e che necessitano altresì, di adeguato collaudo; 2) che lo specifico accessorio richiesto, denominato “agevolatore di spazzamento” modello “Sweepy Jet” è del tutto unico nel suo genere, in quanto oggetto di brevetto di cui è titolare la stessa A.M.S.A. S.p.A., né il concorrente deve corrispondere il costo dell'agevolatore, che viene fornito direttamente dalla stazione appaltante, ma è tenuto a corrispondere alla società Ingegneri Associati Productions s.r.l. che produce tale accessorio una somma, a titolo di corrispettivo per l'utilizzo dello stesso per il tempo necessario alla gara, che varia da €1.000,00 a €5.000,00, a seconda che il montaggio dello stesso sull'autospazzatrice, lo smontaggio e la riconsegna avvengano a cura del concorrente o a carico della società produttrice; 3) che, essendo richiesta la mera disponibilità, per l'intero periodo contrattuale, di una sede operativa o di un'officina ubicata all'interno di un raggio di 100 Km. dalla sede AMSA, non è necessario costituire un'A.T.I., ma sarebbe sufficiente, a titolo esemplificativo, un mero contratto di locazione e/o di comodato.

Ritenuto in diritto

Con l'istanza di parere indicata in epigrafe sono state portate all'attenzione di questa Autorità, nel corso dell'istruttoria, tre questioni in ordine alla legittimità e congruità delle previsioni dettate dalla disciplina di gara per l'affidamento dell'appalto in oggetto.

Preliminarmente, in ordine ai rilievi di presunta inammissibilità dell'istanza, sollevati dall'AMSA S.p.A., per mancanza della necessaria documentazione nonché per acquiescenza dell'impresa istante Giletta S.p.A. alle medesime regole di gara già adottate dalla stazione appaltante in altre procedure, gli stessi appaiono infondati sotto entrambi i profili: in primo luogo, la documentazione necessaria risulta essere stata acquisita; in secondo luogo, l'eventuale silenzio avverso precedenti bandi non esclude la ormai consolidata piena legittimazione di un'impresa di settore a contestare la contrarietà alla normativa delle regole della specifica gara cui intende partecipare.

Nel merito, con la prima questione parte istante dubita della legittimità della clausola di gara, in specie sub art. 19 del Capitolato Speciale d'Appalto, laddove è previsto che "I pagamenti relativi alla fornitura degli automezzi, condizionati all'esito positivo del collaudo, rilasciato dal responsabile dell'Unità Investimenti e Manutenzione Automezzi, avverranno a 120 gg fine mese data ricevimento fattura rimessa diretta", trattandosi di clausola avente ad oggetto un termine dilatorio per i pagamenti difforme e peggiorativo rispetto alle previsioni degli artt. 4 e 5 del D.Lgs. n. 231/2002.

In proposito, una recentissima sentenza (Consiglio Stato, Sez. V, 1 aprile 2010, n. 1885) del tutto pertinente al caso di specie, nel confermare l'orientamento già in precedenza espresso dal Consiglio di Stato sul tema, ha ricordato che la direttiva n. 2000/35/CE, recepita in Italia con il citato D.Lgs. n. 231/2002, sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, contiene norme imperative, applicabili anche alle pubbliche amministrazioni, che non sono derogabili mediante la tacita accettazione delle condizioni difformi con la presentazione di una offerta in una gara pubblica di appalto. Conseguentemente, tale pronuncia ha reputato inique le clausole di un bando di gara che prevedono il pagamento del corrispettivo a 60 giorni dal ricevimento della fattura, anziché ai 30 giorni, previsti dall'art. 4 del D.Lgs. n. 231/2002, ovvero la decorrenza degli interessi moratori dal 180° giorno anziché dal 30° giorno successivo alla scadenza del termine di pagamento, previsto dal citato art. 4, ovvero ancora il saggio di interesse dell'1% anziché dell'8% previsto dall'art. 5 del medesimo decreto legislativo.

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, pertanto, sono da ritenersi illegittimi la lettera d'invito ed il capitolato normativo nella parte in cui impongono, a pena di esclusione, l'accettazione della clausola che prevede il pagamento entro 120 giorni decorrenti dalla data di ricevimento della fattura. È stato chiarito, infatti, che, nell'ipotesi di gara per l'aggiudicazione della fornitura di beni ad una pubblica amministrazione, è illegittimo il provvedimento di esclusione di una ditta che sia fondato sulla mancata sottoscrizione della clausola del capitolato speciale contenente una deroga unilaterale ai termini di pagamento e agli interessi moratori per ritardato pagamento, fissati dagli artt. 4 e 5 del predetto D.Lgs. n. 231/2002. A norma del comma 4 del citato art. 4 "le parti, nella propria libertà contrattuale, possono stabilire un termine superiore rispetto a quello legale di cui al comma 3 a condizione che le diverse pattuizioni siano stabilite per iscritto e rispettino i limiti concordati nell'ambito di accordi sottoscritti, presso il Ministero delle attività produttive, dalle organizzazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale della produzione, della trasformazione e della distribuzione per categorie di prodotti deteriorabili specifici"; cosicché

la deroga ai termini di pagamento e agli interessi moratori per ritardato pagamento, fissati dalle menzionate disposizioni del predetto D.Lgs. n. 231/2002 sono consentite solo previo accordo liberamente sottoscritto dalle parti (cfr. Consiglio Stato, Sez. V, 12 aprile 2005, n. 1638). L'imposizione dell'aumento dei termini per il pagamento rispetto ai trenta giorni fissati dal decreto, senza un accordo tra i contraenti inteso a delineare un regolamento negoziale più consono alla situazione finanziaria del debitore, sulla base di determinati parametri (ossia corretta prassi commerciale, natura dei beni o servizi, condizione dei contraenti e rapporti commerciali tra i medesimi), in realtà introduce un vantaggio per l'Amministrazione che deve considerarsi "indebito", atteso che la decorrenza degli interessi moratori segue il meccanismo automatico stabilito dall'art. 4 del D.Lgs. n. 231/2002, senza che neppure sia necessaria la costituzione in mora. Analogamente, pur se in termini comparativi rispetto ai limiti imperativi dettati dalla norma sulla nullità, è stato di recente ribadito che sussiste la grave iniquità, di cui all'art. 7 D.Lgs. n. 231/2002, delle clausole di contratto inserite dalle strutture sanitarie negli atti di gara per pubbliche forniture per la mancanza di qualsiasi giustificazione che renda costantemente e reiteratamente possibili termini di pagamento, decorrenza degli interessi moratori e saggio degli interessi diversi da quelli stabiliti negli artt. 4 e 5 d.lg. n. 231 del 2002 (cfr., ad es., T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, 22 dicembre 2008, n. 12229).

Alla luce delle considerazioni che precedono, pertanto, la clausola in contestazione appare, secondo il costante orientamento giurisprudenziale, contraria alla normativa vigente ed ai principi dalla stessa ricavabili, prevedendo, senza previa libera contrattazione, un termine di pagamento quadruplo rispetto a quello dettato dalla norma.

Con riferimento alla seconda questione portata all'attenzione dell'Autorità – concernente la legittimità della scelta operata dalla stazione appaltante di richiedere uno specifico accessorio (agevolatore di spazzamento modello "Sweepy jet", prodotto dalla società Ingegneri Associati Productions s.r.l. e oggetto di brevetto di cui è titolare la stessa A.M.S.A. S.p.A.), che deve essere presente sull'autospazzatrice oggetto di fornitura alla prova dimostrativa obbligatoriamente prevista dall'art. 5.1 del predetto Capitolato Speciale d'Appalto –, va ribadito quanto ancora di recente evidenziato da questa Autorità (cfr. parere n. 57 del 23 aprile 2009).

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 all'apertura dei contratti pubblici 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 o un procedimento particolare né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti" (comma 13, primo periodo). Tale menzione o riferimento sono autorizzati, in via eccezionale, solo "nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intellegibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile..., a condizione che siano accompagnati dall'espressione << o equivalente >>".

Ne discende che l'eventuale indicazione di marchi o, come nel caso di specie, di prodotti di un determinato "tipo" oggetto di brevetto, deve essere obbligatoriamente collegata alla dicitura "o equivalente", significativa 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. Ne discende che attraverso il concetto di equivalenza di cui al citato art. 68, si concretizza l'apertura al mercato degli appalti nei confronti di quegli operatori economici che usano sistemi e prodotti analoghi a quelli individuati dalla stazione appaltante.

Con la determinazione n. 2/2007, l'Autorità ha già posto in luce come con l'art. 68, comma 3,

lettera b), del D.Lgs. n. 163/2006 (le specifiche tecniche sono formulate “in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, che possono includere caratteristiche ambientali. Devono tuttavia essere sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle stazioni appaltanti di aggiudicare l'appalto”) sia chiaro l'intento del legislatore di preservare, per ogni tecnica di redazione dei capitolati e dei documenti di gara, la possibilità per il concorrente di proporre soluzioni diverse ed innovative, purché idonee a soddisfare gli obiettivi della stazione appaltante.

E' conforme alla disciplina richiamata il bando di gara e la procedura concretamente svolta laddove consentano alla ditta partecipante di dimostrare, sia in via documentale, sia in contraddittorio, la conformità tecnica del proprio prodotto alle prescrizioni previste dal capitolato speciale.

In altri termini in sede di presentazione della domanda di partecipazione ad una gara d'appalto pubblico, opera il c.d. principio di equivalenza, avente la funzione di garantire e promuovere la maggior apertura concorrenziale tanto nell'ambito del singolo procedimento di affidamento (il che si collega col tradizionale principio del favor participationis nelle gare pubbliche), quanto nel generale mercato degli appalti pubblici; tale principio è altresì riconosciuto esplicitamente, sul piano legislativo, dai commi 4 e 7 dell'art. 68 citato, i quali introducono anche l'onere dell'offerente di fornire la prova (con qualsiasi mezzo appropriato, ritenuto soddisfacente dalla stazione appaltante) circa l'equivalenza del prodotto offerto rispetto a quello indicato nel capitolato.

Nulla di ciò, invece, emerge dalla *lex specialis* in questione, la quale vincola all'utilizzo di uno specifico accessorio (agevolatore di spazzamento modello “Sweepy jet”, prodotto dalla società Ingegneri Associati Productions s.r.l.); né in senso contrario vale invocare la parità di trattamento per i concorrenti, i quali per il disciplinare in oggetto devono tutti adeguare i propri mezzi all'accessorio indicato, stante la evidente contrarietà del disposto della *lex specialis* alla ratio della normativa richiamata, consistente nell'intento del legislatore di preservare, per ogni tecnica di redazione dei capitolati e dei documenti di gara, la possibilità per il concorrente di proporre soluzioni diverse ed innovative, purché idonee a soddisfare gli obiettivi della stazione appaltante.

Infine, in ordine alla terza questione sottoposta con l'istanza di parere in oggetto, concernente la necessità o meno di costituire un'A.T.I. nel caso in cui il concorrente non avesse una sua propria officina nel raggio di 100 Km. dalla sede della stazione appaltante, come richiesto all'art. 4, lett. a), punto 8 del Capitolato Speciale d'Appalto, la stessa AMSA S.p.A. nelle controdeduzioni prodotte a riscontro dell'istruttoria procedimentale ha chiarito che, essendo ivi testualmente richiesto “di disporre, per l'intero periodo contrattuale, di una sede operativa o di un'officina ubicata all'interno di un raggio di 100 Km. dalla sede AMSA di via Olgettina, 25 – Milano”, non è necessario costituire un'A.T.I., ma sarebbe sufficiente, a titolo esemplificativo, un mero contratto di locazione e/o di comodato. Al riguardo, per completezza della trattazione si ritiene opportuno, tuttavia, rilevare che, a fronte della natura dell'appalto, concernente una fornitura e non un servizio, per la prevista manutenzione full-service non pare necessario avere una officina in un raggio chilometrico invero molto ampio (anche rispetto ad altre modalità di svolgimento della manutenzione che gli operatori del settore potrebbero ipotizzare ed offrire, ad esempio presso le officine di manutenzione degli automezzi della stazione appaltante).

In proposito, va altresì richiamato quanto statuito dalla prevalente giurisprudenza in ordine ad analoghe previsioni dettate anche in sede di *lex specialis* della singola gara, nel senso di ritenere che l'obbligo imposto dal bando di gara alle imprese di disporre di una sede operativa in ciascuna delle province in cui esse intendono esercitare la loro attività costituisce un ostacolo ingiustificato alla libera prestazione dei servizi ed è quindi incompatibile con l'articolo 49 del trattato CE, cosicché tale previsione va dichiarata illegittima dato che questa limitazione territoriale produce

effetti restrittivi sulla libertà di stabilimento.(cfr. ad es. Consiglio Stato, Sez. V, 5 febbraio 2007, n. 447).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che in ordine alle tre questioni sollevate la disciplina di gara non è conforme alla vigente normativa di settore.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 1 giugno 2010