

Parere n.200 del 10/11/2011

PREC 155/10/F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Mauri Bus System S.r.l. - Fornitura di sei autobus - Importo a base d'asta €1.480.000,00 + iva - S.A.: Autoservizi Locatelli S.r.l..

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

Con istanza pervenuta in data 2 luglio 2010, la Mauri Bus System S.r.l. ha chiesto all'Autorità di esprimere un parere in merito alla legittimità di alcune clausole del Capitolato relativo alla procedura di gara in oggetto.

Nello specifico, l'istante, nel contestare alcuni dei criteri di valutazione tecnica individuati dalla Stazione Appaltante, ha evidenziato come l'elemento "*Industrializzazione del prodotto*" miri sostanzialmente a restringere la platea dei potenziali concorrenti, in quanto la produzione di autobus risulta "*per lo più fatta di piccoli numeri (centinaia di pezzi anno per modello) e solo pochi costruttori possono vantare numeri premianti*" ed inoltre, la richiesta di fornire l'elenco delle forniture "*con identica catena cinematica e configurazione*" risulti essere troppo vaga dal momento che "*anche i grandi gruppi sono soggetti al rispetto di adeguamenti normativi in tema di emissioni che rendono le catene cinematiche diverse tra loro*" e che in ogni caso i veicoli subiscono dei *restyling* con ciclicità triennale. Illegittima, ad avviso dell'istante, appare, inoltre, la scelta della Stazione Appaltante di attribuire un punteggio all'elemento di cui all'art. 4, lett.a), punto 4 (*rectius* punto 5) del Capitolato "*unico costruttore motore-telaio-carrozzeria*" atteso che solo sei *brand* europei risultano rispondere a questo requisito; ulteriore profilo di illegittimità si riscontrerebbe poi all'art. 4, lett.c) del Capitolato, "*caratteristiche estetiche e funzionali*", laddove, a fronte di sub parametri non chiariti nel dettaglio, risulterebbe un eccessivo differenziale di punteggio tra la prima migliore offerta e la seconda, esattamente 15 punti di differenza.

Da ultimo viene contestata la previsione di cui all'art.9 del Capitolato "*Pagamenti*" in cui sono indicati termini di pagamento delle fatture (50% entro 90 gg. e 50% entro 365 gg.) in contrasto con quanto stabilito dal D.lgs. 231/2002.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, la Autoservizi Locatelli S.r.l., con nota pervenuta il 19 luglio 2010, ha rilevato che

la scelta di attribuire un punteggio all'elemento "*industrializzazione del prodotto*" è scaturita dall'aver verificato come la produzione di grandi numeri abbia nel tempo portato all'eliminazione di molti difetti di costruzione, con conseguente maggiore affidabilità degli autobus e, in relazione alla contestata richiesta di elenco delle forniture "*con identica catena cinematica e configurazione*", la stessa ha sottolineato come in realtà i *restyling* a cui vengono sottoposti ciclicamente i veicoli

comportano modifiche solo da un punto di vista estetico e non tecnico progettuale, lasciando così inalterato il progetto di base.

Per quanto attiene poi l'elemento di cui all'art. 4, lett. a) punto 4 (*rectius* punto 5) del Capitolato, "unico costruttore motore-telaio-carrozzeria", la scelta aziendale di premiare tale caratteristica troverebbe giustificazione nell'assunto che il costruttore conscendo meglio il proprio prodotto dal punto di vista progettuale è in grado di abbinare/allestire al meglio i particolari da lui costruiti.

Anche la differenza di 15 punti tra la prima migliore offerta e la seconda, sulla base delle caratteristiche estetiche e funzionali, non sarebbe da considerarsi sproporzionata, ad avviso della Stazione Appaltante, in quanto la stessa risulta comunque inferiore a quella potenziale (20 punti) tra l'offerta con prezzo più alto e quella con prezzo più basso, ed in ogni caso i relativi sub criteri di valutazione sono stati dettagliatamente riportati nel Capitolato.

Ultimo punto controverso è quello relativo ai termini dei pagamenti, stabiliti per un 50% a 90 giorni dalla fattura e per un restante 50% a 365 giorni dalla fattura, ed anche in relazione a tale aspetto la Stazione Appaltante sostiene la legittimità della relativa clausola del Capitolato, adducendo come motivazione il fatto che il 50% del costo degli autobus è finanziato dalla Regione Lombardia in assenza, però, di una tempistica certa circa l'erogazione di tale finanziamento; a fronte di ciò e della indicazione che l'ente finanziatore ha dato alle Stazioni Appaltanti, di non inserire nei contratti clausole del tipo "il pagamento della quota relativa a contributi pubblici (50%) verrà versata contestualmente all'erogazione da parte dell'Ente Appaltante", la Autoservizi Locatelli ha ritenuto di agire correttamente indicando il pagamento a 90 giorni per la parte a carico dell'azienda ed il pagamento a 365 giorni, invece, per la quota di finanziamento, indicando così una data certa per il fornitore, a prescindere dalla erogazione o meno dei contributi regionali.

Ritenuto in diritto

Con l'istanza di parere indicata in epigrafe sono stati portati all'attenzione di questa Autorità profili di asserita illegittimità di alcuni dei criteri di valutazione individuati dalla Stazione Appaltante per l'affidamento della fornitura oggetto del presente appalto.

Posto che, ovviamente questa Autorità si pronuncia sulla base, e quindi nei limiti, della documentazione prodotta e degli elementi di valutazione forniti dalle parti, passando ad analizzare nello specifico i singoli criteri di valutazione tecnica di cui all'art.4, lett. a) del Capitolato oggetto di contestazione, il primo elemento censurato dall'istante è quello relativo al punto 7, ove si prevede l'attribuzione fino ad un massimo di 4 punti per l'*Industrializzazione del prodotto*, da dimostrare mediante la produzione dell'elenco delle forniture con "*identica catena cinematica e configurazione*".

Circa la generica contestazione dell'espressione riferita alle forniture "*con identica catena cinematica e configurazione*", la Stazione Appaltante ha chiarito come i *restyling* a cui sono soggetti ciclicamente gli autobus, come fatto notare dall'istante, sono da intendersi come modifiche solo dal punto di vista estetico e non tecnico funzionale, cosicchè sotto questo aspetto la contestazione dell'istante appare non suffragata da argomentazioni specifiche nel merito tecnico.

D'altro canto però la scelta della Stazione Appaltante di attribuire fino ad un massimo di 4 punti (previsti per forniture che superino i 2001 pezzi) per l'industrializzazione del prodotto, appare potenzialmente in grado di premiare pochi grandi gruppi che, in un mercato che presenta

caratteristiche particolari, come quello degli autobus, in cui la produzione è “*per lo più fatta di piccoli numeri*” (circostanza sottolineata dalla società istante e non contestata dalla Stazione Appaltante), sono i soli a potersi giovare di un numero così elevato di pezzi prodotti, né la Stazione Appaltante dimostra, al di là di affermazioni basate sull’esperienza personale, come la produzione su vasta scala garantisca l’eliminazione di difetti di costruzione e dunque la maggiore affidabilità degli autobus.

Quanto al punto 4 (*rectius* punto 5) che prevede l’attribuzione di 4 punti all’elemento “*unico costruttore motore-telaio-carrozzeria*”, l’istante lamenta che solamente sei *brand* europei possono rispondere a tali requisiti, a fronte di una presenza di altri 20 costruttori europei e non europei che devono obbligatoriamente acquisire motori e/o telai dai sei *brand* richiamati.

Tale circostanza non è contraddetta dalla Stazione Appaltante, che si limita ad affermare che non è “*imputabile allo scrivente se solo sei brand europei sono costruttori di telai e motori*” e giustifica l’attribuzione di 4 punti a tale elemento con l’assunto, non dimostrato con argomentazioni di carattere tecnico, che il costruttore, conoscendo meglio il proprio prodotto anche dal punto di vista progettuale, sia in grado di abbinare/allestire al meglio i particolari da lui costruiti.

Anche con riferimento a questo elemento di valutazione è possibile ipotizzare che si vengano a determinare effetti distorsivi della concorrenza dal momento che un ristretto numero di operatori del settore è in grado di soddisfare il requisito richiesto.

Alla luce di quanto evidenziato, e in assenza di informazioni sull’effettivo numero di partecipanti alla gara *de quo*, si ritiene che la Stazione Appaltante non abbia fornito idonei elementi di valutazione a sostegno delle proprie asserzioni, in grado di fugare legittimi dubbi sul potenziale effetto distorsivo della concorrenza degli elementi di valutazione di cui ai punti 5 e 7 dell’art.4, lett. a) del Capitolato.

In merito alla previsione di cui alla lettera c) dell’articolo 4 del capitolato speciale, la stessa, valutata nel complesso della disciplina di gara, non appare irrazionale nella parte in cui stabilisce una differenza di 15 punti tra il 1° ed il 2° classificato, in quanto, come correttamente rilevato dalla Stazione appaltante, tale differenza è inferiore a quella potenziale economica tra il prezzo più alto e quello più basso.

Per quanto concerne, infine, la voce pagamenti (art. 9 capitolato Speciale) l’Istante ha rilevato che si prevedono termini di pagamento (50% a 90 giorni e 50% a 365 giorni dalla fattura) in contrasto con le disposizioni contenute nel D.lgs.231/2000.

In proposito, una recente sentenza (Cons. di Stato, sez. V, 1 aprile 2010, n.1885), nel confermare l’orientamento già in precedenza espresso dal Consiglio di Stato sul tema (Cfr. in tal senso anche Cons. di Stato, sez. V, 12 aprile 2005, n.1638), ha ribadito che la Direttiva 2000/35/CE, recepita in Italia con il citato D.lgs.n.231/2000, sulla lotta contro i ritardi nei pagamenti delle transazioni commerciali, contiene norme imperative non derogabili mediante tacita accettazione delle condizioni difformi con la presentazione di una offerta in una gara pubblica.

Sulla base di ciò, nel caso portato all’attenzione del supremo consesso, è stata ritenuta iniqua la clausola del Bando di gara che prevedeva il pagamento del corrispettivo a 60 giorni dal ricevimento della fattura, anziché ai 30 giorni previsti dall’art.4 del D.lgs.231/2000.

La congruità del termine di pagamento stabilito va valutata sulla base della corretta prassi commerciale, della natura dei beni o servizi, della condizione dei contraenti e dei rapporti

commerciali tra i medesimi e un accordo sulla data di pagamento sarebbe nullo, a mente dell'art.7 del D.lgs.231/2000, se, avuto riguardo alle citate condizioni, risultasse gravemente iniquo ai danni del creditore perché non giustificato da ragioni oggettive.

Sulla disciplina dei pagamenti nei contratti pubblici di forniture e servizi si è, inoltre, espressa anche questa Autorità (vd. Determinazione n.4 del 7 luglio 2010) che, nel ribadire il carattere imperativo delle norme contenute nel D.lgs.231/2000, ha sostenuto come debbano ritenersi inique le clausole di un bando di gara con cui la stazione appaltante stabilisca unilateralmente un termine di pagamento ed una decorrenza degli interessi moratori difforni da quelli stabiliti dall'art.4 del suddetto decreto, nonché un saggio di interesse diverso da quello previsto dall'art.5.

In tale contesto veniva inoltre specificato che *“in via del tutto eccezionale, il bando potrà indicare quelle condizioni oggettive specificamente individuate che impediscono alla S.A. di rispettare le condizioni di pagamento imposte dalle norme, purchè le stesse non siano imputabili alla violazione del dovere generale che grava sulle amministrazioni pubbliche di verificare la compatibilità del programma dei pagamenti con i relativi stanziamenti di bilancio e le regole di finanza pubblica”*.

Tanto premesso, e considerato anche quanto previsto nell'Accordo sui termini di pagamento sottoscritto dalle principali associazioni di categoria e allegato dalla società istante, che parla di pagamenti che debbano avvenire *“non più tardi di 90 giorni dalla data della fattura”*, la motivazione addotta dalla Stazione Appaltante circa la mancanza di tempistiche precise in ordine alla erogazione dei finanziamenti regionali non appare idonea a giustificare la previsione di un termine di pagamento (365 giorni dalla fattura) del tutto sproporzionato rispetto a quelli indicati nel D.lgs.231/2000 e dalle associazioni di categoria, che finisce per tradursi in un iniquo vantaggio per la Stazione Appaltante.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione e sulla base della documentazione prodotta, che i punteggi attribuiti dalla *lex specialis* alle voci *“unico costruttore motore-telaio-carrozzeria”* e *“industrializzazione del prodotto”*, possano produrre effetti lesivi della concorrenza, riducendo la partecipazione alla gara degli operatori economici del settore; ritiene altresì non conforme alla normativa e alla giurisprudenza di settore l'art.9 del Capitolato relativo ai Pagamenti.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 18 novembre 2011

Il Segretario: Maria Esposito