

PARERE N. 162 DEL 10/10/2012

PREC 126/12/F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Emmeci motori e componenti s.r.l. – “Fornitura di ricambi per autobus” – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – importo a base d’asta: euro 1.460.000,00 – S.A.: AMTAB s.p.a.

Appalti di forniture – Ribasso percentuale su listini ufficiali di un determinato produttore – Illegittimità.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 14 maggio 2012 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe con la quale la ditta Emmeci motori e componenti s.r.l. contesta la legittimità della disciplina di gara predisposta dalla AMTAB s.p.a. per la fornitura biennale di ricambi per autobus.

Più specificamente, l’istante contesta la legittimità del paragrafo 6 del disciplinare di gara, in base al quale i tre lotti di fornitura sono aggiudicati al migliore sconto percentuale, da applicarsi sui listini ufficiali delle case produttrici in vigore al momento dell’emissione dell’ordine.

La società istante afferma che tale criterio di selezione avrebbe l’effetto di avvantaggiare i concorrenti che hanno un rapporto organico con il produttore di ricambi originali (nella specie, la ditta concessionaria IVECO che si è aggiudicata il relativo lotto di fornitura), in violazione delle regole sulla concorrenza e di quanto disposto dall’art. 68, comma 13 del Codice dei contratti pubblici, che vieta alle stazioni appaltanti di indicare nelle specifiche tecniche una provenienza determinata dei prodotti. Inoltre, in tal modo sarebbero disattese le regole sull’adeguamento dei prezzi nei pubblici appalti (art. 115 del Codice), poiché la revisione del corrispettivo sarebbe, di fatto, rimessa all’arbitrio dell’impresa produttrice titolare del listino.

A suo dire, infine, sarebbe lesiva della *par condicio* la previsione contenuta nel paragrafo 6 del capitolato d’oneri, che impone ai soli fornitori di ricambi non originali la stipula di una polizza aggiuntiva a garanzia del buon funzionamento dei prodotti, con massimale pari ad euro 1.000.000,00.

Infine l’istante specifica di avere presentato offerta per il lotto n. 1, avente ad oggetto la fornitura di ricambi per automezzi “Iveco/Irisbus” e di essersi classificata seconda in graduatoria con il ribasso del 5,80%, mentre il lotto è stato aggiudicato alla ditta Di Pinto & D’Alessandro s.p.a., locale concessionaria Iveco, che ha offerto il ribasso del 7,35%.

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 20 giugno 2012, la stazione appaltante e la ditta controinteressata hanno trasmesso documentazione e memorie difensive, ribadendo la legittimità della procedura di gara.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità di talune clausole della *lex specialis* di gara predisposta da AMTAB s.p.a. per la fornitura biennale di ricambi per autobus, le quali presenterebbero carattere discriminatorio nei confronti dei concorrenti fornitori di ricambi di primo impianto o equivalenti, non originali.

Al riguardo vale innanzitutto precisare che non sussiste l'asserita violazione dell'art. 68 del Codice dei contratti pubblici, in relazione all'indicazione di uno specifico marchio (Iveco) nelle specifiche tecniche.

Il disciplinare di gara e gli allegati tecnici contengono, infatti, l'apposita clausola di equivalenza che consente alle imprese concorrenti di offrire ricambi di primo impianto o equivalenti, in alternativa ai ricambi originali Iveco. A riprova della legittimità, sotto tale profilo, degli atti di gara, la stazione appaltante ha dichiarato che quattro dei sei concorrenti ammessi per il lotto in questione hanno offerto ricambi equivalenti non originali.

Ad opposta conclusione deve invece pervenirsi per quanto attiene al criterio di individuazione della migliore offerta economica.

Il paragrafo 6 del disciplinare di gara stabilisce che i tre lotti di fornitura siano aggiudicati al migliore sconto percentuale, riferito ai listini ufficiali delle case produttrici in vigore al momento dell'ordine di acquisto. In concreto, quindi, le ditte concorrenti sono state chiamate ad offrire una percentuale unica di ribasso, applicabile ai prezziari ufficiali che nel corso del biennio saranno in vigore per ciascun marchio di ricambi.

Al riguardo, l'Autorità condivide l'orientamento già espresso dalla giurisprudenza amministrativa su fattispecie pressoché identica, nel senso che la formulazione delle offerte economiche con riferimento al listino di un determinato produttore determina una potenziale alterazione del confronto concorrenziale ed una lesione della *par condicio* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 2003 n. 5896, alla cui ampia motivazione di rinvia).

In questo modo, infatti, si finisce per attribuire un ingiustificato vantaggio competitivo alle imprese partecipanti che offrono ricambi originali (in virtù di rapporti contrattuali di esclusiva con la casa produttrice), gravando invece gli altri concorrenti (quelli, cioè, che si avvalgono della facoltà riconosciuta dalla *lex specialis* di gara e propongano la fornitura di ricambi equivalenti) di un onere aggiuntivo che li costringe ad una difficoltosa operazione di conoscenza del listino di riferimento, di individuazione in questo delle voci corrispondenti dei ricambi oggetto dell'offerta e di conseguente articolazione della propria offerta economica, su parametri riferiti a prodotti aventi caratteristiche tecniche diverse da quelli equivalenti, così esponendoli, in definitiva, alle revisioni dei prezzi ed a tutte le altre possibili variazioni del listino che verranno decise, nel corso dell'esecuzione dell'appalto, da un'impresa produttrice concorrente, in violazione delle fondamentali regole poste a presidio della concorrenza.

Clausole così strutturate si rivelano idonee ad alterare la posizione paritaria dei partecipanti alla gara, determinando contestualmente vantaggi e svantaggi in relazione ad un'opzione presupposta (la fornitura di ricambi originali od equivalenti) ammessa come indifferente dallo stesso bando di gara, così pregiudicando il corretto svolgimento del confronto concorrenziale e vanificando, nella sostanza, l'obiettivo di tutela proprio del divieto legale di specifiche tecniche predeterminate.

Né vale sostenere, come fanno la stazione appaltante e la ditta controinteressata nelle osservazioni trasmesse all'Autorità, che la prescrizione in esame risulterebbe giustificata dalla necessità di introdurre un parametro unico di raffronto delle offerte economiche (altrimenti eterogenee e non misurabili tra loro), poiché a fronte di altri ipotizzabili criteri alternativi, parimenti idonei a garantire la comparazione delle offerte, la scelta di assumere quale termine di riferimento il listino di una determinata casa produttrice non può affatto ritenersi vincolata ed inevitabile.

Di recente, analoghe valutazioni sono state espresse dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in sede di emissione di parere ai sensi dell'art. 21-*bis* della legge n. 287 del 1990 (cfr. A.G.C.M., atto AS-908 del 23 gennaio 2012, con il quale altra stazione appaltante, concessionaria

del servizio di trasporto pubblico locale, è stata diffidata a modificare la clausola del bando di gara che prevedeva l'applicazione della percentuale unica di sconto sul listino Iveco in vigore alla data dell'emissione dell'ordine, clausola che è stata giudicata distorsiva delle corrette dinamiche concorrenziali).

Infine, per le ragioni fin qui esposte, deve giudicarsi irragionevole e discriminatoria la previsione contenuta nel paragrafo 6 del capitolato d'onere, che impone soltanto ai fornitori di ricambi non originali la stipula di una polizza assicurativa supplementare, di massimale alquanto elevato, a garanzia del buon funzionamento dei prodotti. Anche tale clausola, infatti, finisce per penalizzare le imprese concorrenti che non sono concessionarie di ricambi originali in virtù di contratti con le case produttrici, contringendole a sopportare il costo di un ulteriore premio assicurativo per la copertura di rischi (quali il cattivo funzionamento dei ricambi ed il danno ai veicoli della società committente) rientranti nel normale svolgimento della fornitura.

In conclusione, il disciplinare di gara pubblicato da AMTAB s.p.a. per l'appalto in epigrafe deve considerarsi illegittimo, in relazione ai profili esaminati.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il disciplinare di gara adottato da AMTAB s.p.a. per l'affidamento biennale della fornitura di ricambi per autobus sia illegittimo, nella parte in cui stabilisce che l'aggiudicazione avvenga al concorrente che abbia offerto il migliore sconto percentuale sul listino ufficiale Iveco in vigore al momento dell'emissione dell'ordine, nonché nella parte in cui prescrive che i fornitori di ricambi non originali producano una polizza assicurativa supplementare a garanzia del buon funzionamento dei prodotti.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 ottobre 2012

Il Segretario Maria Esposito