

Parere n. 181 del 05/06/2008

PREC125/08/F

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla VT Telematica S.p.A. - procedura negoziata sotto soglia comunitaria per l'acquisto e l'installazione della rete integrata di comunicazione dati/fonia della nuova sede della Provincia di Lodi e/o il San Domenico, nonché di servizi professionali connessi. S.A.: Provincia di Lodi.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 12 febbraio 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere con cui la VT Telematica S.p.A. espone una serie di censure in ordine alla documentazione di gara e alla procedura scelta nell'ambito dell'affidamento della fornitura in oggetto. Più specificamente l'istante segnala la presenza nel Capitolato speciale di riferimenti a specifiche tipologie di forniture (marca CISCO), che risulterebbero categoriche e condizionanti ai fini della presentazione dell'offerta. La comprova della limitazione del mercato è, a detta dell'istante, dimostrata dal fatto che delle dieci aziende invitate, solo due hanno potuto partecipare, a causa dell'impossibilità per le case costruttrici di offrire condizioni al di sotto della base d'asta. Secondo la società istante il prezzo a base di gara è stato fissato al di sotto della soglia comunitaria al fine di evitare la pubblicazione della gara. Infine, secondo la VT Telematica S.p.A., il materiale a listino circa 250.000 euro, al netto degli sconti, praticato ai rivenditori è di fatto superiore alla base d'asta. La casa costruttrice ha rilasciato uno *special price* solo ad una azienda partecipante che di fatto si è aggiudicata provvisoriamente la gara.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, la Stazione appaltante ha replicato che il Capitolato Speciale non menziona prodotti di nessuna marca e la VT Telematica S.p.A. è stata esclusa, come risulta dai verbali di gara, non perché non aveva proposto un prodotto CISCO, ma poiché alcuni elementi del sistema proposto non raggiungevano gli standards minimi richiesti dal Capitolato. Secondo la stazione appaltante il fatto che solo due operatori abbiano presentato la loro offerta, dipende da valutazioni di carattere economico, che sono estranee alla sfera di dominio dell'amministrazione. L'amministrazione provinciale, inoltre, sottolinea come, anche in caso di sopra soglia, la procedura adottata sarebbe stata quella negoziata senza pubblicazione del bando, con invito rivolto ai medesimi nove soggetti presenti nell'albo fornitori. L'amministrazione sostiene di aver utilizzato le norme comunitarie per una procedura sotto soglia e, pertanto, non può che aver condizionato favorevolmente i concorrenti. Infine la stazione appaltante ribadisce come la Commissione di gara non debba valutare le regole di mercato tra produttori e distributori.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, ha presentato memoria la Dimension Data Italia S.p.A., la quale ha esposto di essere un'impresa qualificata da Cisco System a livello mondiale, qualifica, questa, che le permette di offrire i prodotti tecnologicamente più avanzati e leader nei rispettivi settori merceologici a prezzi e condizioni commerciali di assoluto vantaggio e competitività rispetto ad altri operatori del settore.

Ritenuto in diritto

In via preliminare occorre evidenziare come la procedura scelta dalla stazione appaltante nel caso in esame è, come indicato dall'art. 1 del disciplinare, la negoziata ai sensi dell'art. 57, comma 2 lett. c) del D.Lgs. 163/2006 applicata al sotto soglia. Secondo la menzionata lett. c) è possibile ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara "nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti". Dato per assunto, dal momento che non è oggetto del *petitum*, che i succitati presupposti per l'utilizzo della procedura negoziata senza pubblicazione del bando si siano realizzati e siano stati dettagliatamente motivati dalla stazione appaltante, si rileva quanto segue.

In merito alla censura relativa alla presenza nel Capitolato speciale di riferimenti alla marca CISCO, come indicato dall'amministrazione provinciale, non si rinviene nella documentazione di gara una

specifica indicazione di marchi che, ove prevista, si porrebbe in violazione con l'articolo 68, comma 2, del D.Lgs. 163/2006, ai sensi del quale le specifiche tecniche devono consentire pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura dei contratti pubblici alla concorrenza. La *ratio legis* sottesa alla disposizione in commento, come questa Autorità ha già avuto modo di osservare (si vedano pareri n. 51 del 10 ottobre 2007 e n. 97 del 9 aprile 2008), consiste nell'evitare che la definizione delle specifiche tecniche determini un ostacolo alla libera circolazione delle merci mediante l'imposizione di particolari caratteristiche dei prodotti o dei servizi che implicano un determinato processo produttivo ovvero una determinata provenienza.

In tale ottica, il legislatore ha inteso vietare l'inserimento di specifiche tecniche che menzionino una fabbricazione o provenienza determinata, un procedimento particolare ovvero facciano riferimento ad un marchio, un brevetto, un tipo, un'origine o una produzione 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".

In ordine alla censura mossa dall'istante relativamente all'importo dell'appalto, che la stazione appaltante avrebbe appositamente fatto ricadere al di sotto della soglia comunitaria per evitare gli oneri di pubblicità, si rileva che la procedura eccezionale scelta ai sensi dell'art. 57, comma 2 lett. c) del D.Lgs. 163/2006, non prevede la pubblicazione del bando, sia nel caso di importo al di sopra, sia al di sotto della soglia comunitaria.

Le ulteriori censure sollevate dall'istante relativamente alla partecipazione alla gara ed alla base d'asta si considerano assorbite dai rilievi sopra esposti.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene nei limiti di cui in motivazione che, fatto salvo quanto evidenziato in via pregiudiziale, la documentazione di gara sia conforme alla normativa vigente di settore.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data: 13/06/2008