

DELIBERA N. 785

7 ottobre 2020.

Oggetto

Istanza congiunta di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla società _____Omissis_____Srl – Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per l'acquisizione di materiale specialistico di armamento ed equipaggiamento in favore del Comando Forze Speciali dell'Esercito e dei suoi reggimenti-9° Reggimento incursori par. COL. Moschin – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 2.523.937,22 – S.A.: Comando Forze Speciali dell'Esercito-COMFOSE

PREC 166/2020/F

Riferimenti normativi

Art. 1, comma 6 e art. 159, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016

Art. 18 del d.lgs. n. 208/2011

Parole chiave

Lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e sicurezza – Normativa speciale – Procedure negoziate – Dichiarazione di infungibilità delle forniture

Massima

Non massimabile

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del _____ ottobre 2020

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0059096 del 3.8.2020, con la quale la società _____ Omissis _____ Srl contesta l'effettuazione «*di un affidamento con procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara ai sensi dell'art. 18 del d.lgs. n. 208/2011, da aggiudicare al massimo ribasso, mediante la piattaforma Application Service Provider (ASP) di CONSIP, finalizzata alla stipula di un accordo quadro pluriennale di fornitura con l'operatore economico SELENIA 2000 Srl [...] che agli atti dei reparti proponenti [risulterebbe] titolare di diritto di esclusiva»;*

CONSIDERATO che a parere dell'istante le dotazioni militari specialistiche oggetto di contratto non hanno alcuna caratterista della dichiarata infungibilità che giustificherebbe l'affidamento diretto, e che «*non può ritenersi ammissibile la generica indicazione di codesto Spett.le COMFOSE secondo la quale i materiali in questione "costituiscono completamento dotazioni": è palese, infatti, che se ogni nuovo contratto di fornitura relativo al materiale in questione fosse giustificato dalla necessità di completamento di dotazioni preesistenti, la Stazione Appaltante resterebbe illegittimamente ed ingiustificatamente vincolata a tempo indefinito ad un unico fornitore – come risulta già verificatosi proprio con l'operatore economico SELENIA 2000 S.r.l., tra le altre fattispecie, in quella oggetto del giudizio di cui alla citata pronuncia d'appello – in aperto spregio ai principi eurocomunitari di rotazione, massima partecipazione, concorrenza ed apertura del mercato dei contratti pubblici»;*

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 7.9.2020;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO quanto previsto dall'art. 1, comma 6 del Codice appalti a mente del quale «*Il presente codice si applica ai contratti pubblici aggiudicati nei settori della difesa e della sicurezza, ad eccezione dei contratti:*

- a) che rientrano nell'ambito di applicazione del decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208;*
- b) ai quali il decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208, non si applica in virtù dell'articolo 6 del medesimo decreto»;*

CONSIDERATO che secondo l'art. 159 comma 1 del Codice «*Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti pubblici e ai concorsi di progettazione non altrimenti esclusi dal suo ambito di applicazione ai sensi dell'articolo 1, comma 6, nella misura in cui la tutela degli interessi essenziali di sicurezza dello Stato non possa essere garantita mediante misure meno invasive, volte anche a proteggere la riservatezza delle informazioni che le amministrazioni aggiudicatrici rendono disponibili in una procedura di aggiudicazione dell'appalto»;*

CONSIDERATO che l'art. 18, commi 1 e 2 del d.lgs. n. 208/2011 (recante "Disciplina dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e sicurezza, in attuazione della direttiva 2009/81/CE") prevede che «*Le stazioni appaltanti possono aggiudicare contratti mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nelle ipotesi di cui al comma 2, dandone conto con adeguata motivazione nella deliberazione a contrarre. La medesima motivazione è riportata nell'avviso sui risultati della procedura di affidamento di cui all'articolo 65 del codice. 2. Nei contratti relativi a lavori, forniture, servizi, la procedura di cui al comma 1 è consentita:*

[...]

- d) qualora, per ragioni di natura tecnica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato»;*

che il comma 4 stabilisce che «*Nei contratti relativi a forniture, la procedura del presente articolo è, altresì, consentita:*

a) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può superare i cinque anni, salvo in circostanze eccezionali, determinate tenendo conto della prevista durata di vita di qualsiasi prodotto, impianto o sistema fornito e delle difficoltà tecniche che possono essere causate dal cambiamento di fornitore» e che, infine, il comma 7 prevede che «*Ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura ristretta o negoziata previo bando»;*

RILEVATO che la Stazione appaltante ha precisato che «*il contenuto delle motivazioni che hanno indotto questo Comando a ritenere infungibili i beni oggetto della commessa, sono stati debitamente riportati negli atti pubblicati nella sezione amministrazione trasparente del profilo internet del committente ai sensi dell'art. 1, comma 32 della legge 190/2012 e del D.Lgs 33/2013, ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. 50/2011 e, in particolare, oltre a dar conto delle ragioni tecniche, è stato specificato che tali beni "costituiscono completamento dotazioni materiali", ex art. 18 co. 4 lett. a del d.lgs. 208/2011»;*

PRESO ATTO che, in effetti, le motivazioni in ordine all'infungibilità delle attrezzature militari oggetto di fornitura sono dettagliatamente riportate nella documentazione relativa all'affidamento;

PRESO ATTO, altresì, che l'odierno istante ha puntualmente controdedotto in ordine all'assenza del requisito di infungibilità di cui si controverte, a sua volta ampiamente esponendo le ragioni per cui di buona parte dei prodotti oggetto di fornitura esisterebbero vari equivalenti agevolmente reperibili sul mercato commercializzati da operatori economici diversi dall'attuale aggiudicatario;

RILEVATO che sulla medesima questione, generale, della infungibilità del materiale e dei prodotti tecnico-militari, peraltro sollevata dalla stessa società odierna istante, il giudice amministrativo, sia in primo che in secondo grado, si è già espresso concludendo per il rigetto del ricorso principalmente perché «*Neppure è dato sindacare in questa sede le giustificazioni di ordine tecnico-militare sulla cui base lo Stato Maggiore della Difesa ha spiegato la necessità di avvalersi di quello specifico modello di visore notturno (escludendo l'equipollenza di altri prodotti, tra cui quello specificamente fornito dalla ricorrente). Si tratta, infatti, di valutazioni tecniche proprie di un settore strategico e nevralgico come quello della difesa militare e della sicurezza dello Stato. Non apparento poi emergere alcun profilo di irrazionalità, illogicità, inattendibilità, le dette valutazioni tecniche del Ministero sull'idoneità (e, di contro, l'inidoneità) di un prodotto a soddisfare le esigenze militari restano estranee all'oggetto del sindacato del giudice amministrativo e restano nel merito della valutazione propria dell'Amministrazione*» così Cons. Stato, sez. V, sent. n. 3221/2018);

CONSIDERATO che il perimetro di competenza dell'Autorità in ordine alle valutazioni tecniche dei materiali o delle attrezzature oggetto di fornitura, e a maggior ragione di quelli di natura militare, non è diverso da quello del giudice amministrativo, arrestandosi di fatto alla sola valutazione del rispetto formale delle norme in materia e della non manifesta irragionevolezza, incongruità e illogicità delle determinazioni assunte da parte della stazione appaltante;

RITENUTO che, nel caso di specie, da parte della Stazione appaltante non risulta alcuna violazione delle norme speciali in ordine alle procedure per l'affidamento di lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e sicurezza o degli obblighi di trasparenza e pubblicità delle determinazioni assunte, né – per altro verso – tali determinazioni appaiono afflitte da profili di manifesta illogicità, incongruità o irragionevolezza, che ne giustificherebbero una censura;

RITENUTO che la consultazione preliminare e il successivo invito a presentare offerta ad almeno tre operatori economici, di cui al comma 7 dell'art. 18 del decreto legislativo già citato, non costituiscono un obbligo per la stazione appaltante e comunque possono essere esperiti solo in presenza delle condizioni espressamente specificate dalla norma e che tuttavia, nel caso di specie, non si rinvengono, considerando la dichiarata e certificata unicità delle attrezzature tecnico-militari richieste, nonché l'esistenza di un diritto di esclusiva alla commercializzazione di tali prodotti vantato dalla società aggiudicataria dell'appalto *de quo*;

RITENUTO, in ogni caso, che il rispetto e l'applicazione dei principi di concorrenzialità e apertura al mercato, ancorché temperati dalla specificità nonché dalle particolari e delicate finalità di siffatta tipologia di forniture, debbano essere rispettati anche nel settore della difesa militare e della sicurezza dello Stato, trattandosi pur sempre di acquisti effettuati con le risorse derivanti dalla finanza pubblica, appare opportuno sollecitare la Stazione appaltante alla verifica del rispetto di quanto previsto dal comma 4, lett. a) del più volte menzionato art. 18, secondo cui nel caso di consegne complementari «*la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può superare i cinque anni, salvo in circostanze eccezionali, determinate tenendo conto della prevista durata di vita di qualsiasi prodotto, impianto o sistema fornito e delle difficoltà tecniche che possono essere causate dal cambiamento di fornitore*» e ciò per evitare che si verifichi il fenomeno di c.d. "lock in", che costituisce il maggior rischio, principalmente a danno della pubblica amministrazione, connesso alla dichiarazione di infungibilità dei beni oggetto di fornitura;

RITENUTO, infine, che le contestazioni in ordine alla asserita mancata ricezione da parte del COMFOSE delle comunicazioni inoltrate dalla società istante, a prescindere dalla loro eventuale fondatezza, non rilevano ai fini delle conclusioni espresse nel presente parere,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono, che l'affidamento in oggetto è conforme alle disposizioni normative attualmente vigenti in materia di lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e sicurezza.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 20 ottobre 2020

Il Segretario Maria Esposito

(firmato digitalmente)