

Parere n. 221 del 09/10/2008

PREC 151/08/S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata da DE.CO. Engineering S.r.l - fornitura ed installazione di impianto di compostaggio a biocontainer mobili comprensivo di attrezzature a corredo. Importo euro 332.000,00. S.A.: Comune di Misterbianco - Etnambiente S.r.l.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 10 gennaio 2007, la Etnambiente S.r.l. - società partecipata del Comune di Misterbianco - ha pubblicato il bando di gara, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, avente ad oggetto la "Fornitura ed installazione di impianto di compostaggio a biocontainer mobili, comprensivo di attrezzature a corredo".

In data 11 marzo 2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale la DE.CO Engineering S.r.l. ha contestato il bando suddetto, sostenendo che, poiché la gara ha ad oggetto non la semplice fornitura di un impianto di compostaggio e relativi accessori, ma la progettazione, la costruzione, la fornitura ed il montaggio dell'impianto suddetto, la stazione appaltante avrebbe dovuto richiedere ai concorrenti, ai fini della partecipazione alla procedura di gara, la qualificazione SOA per la categoria OS 14.

L'istante contesta, in ogni caso, i "requisiti di capacità tecnica" indicati nel bando di gara, ed in particolare, quelli che richiedono una relazione illustrativa dei risultati di almeno una sperimentazione relativa alla tecnologia proposta, realizzata da un Istituto terzo di ricerca, poiché - a suo dire - tale certificazione può essere semplicemente ottenuta da un qualsiasi laboratorio autorizzato.

L'istante, infine, censura:

- la richiesta di fornitura di un telo traspirante modello Q-Ring, poiché di esclusiva produzione di una sola ditta in Italia;
- la richiesta, tra i requisiti di capacità tecnica, di un automezzo immatricolato "furgone attrezzato ad officina mobile" per le manutenzioni in loco dell'impianto, non essendo facilmente rinvenibile in commercio.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, la Etnambiente S.r.l. ha rilevato che la categoria SOA OS 14, nel riferirsi agli "impianti di smaltimento e recupero dei rifiuti", è alquanto generica e non avrebbe garantito alla stazione appaltante la rispondenza tecnica dell'impianto proposto a quello richiesto e, a maggior ragione, il rispetto dei parametri e dei valori, quali quelli di emissioni atmosferiche, richiesti dalla Regione Sicilia.

Relativamente alle ulteriori contestazioni, la S.A. ritiene che:

- rientra nelle prerogative esclusive dell'Ente appaltante avvalersi, per la garanzia di talune certificazioni, di Enti terzi che non siano laboratori di qualsiasi genere o tipo.
- la dicitura Q-ring in ordine alla fornitura di un "telo traspirante", riportata nelle schede tecniche allegate al C.S.A., ha carattere meramente esemplificativo e che, in ogni caso, tale prodotto è facilmente acquisibile nel libero mercato.
- la richiesta di un automezzo immatricolato come "furgone attrezzato ad officina mobile" risponde all'esigenza della stazione appaltante di garantirsi l'assistenza tecnica attraverso un'officina qualificata in grado di intervenire con tempestività ed efficacia.

Ha, altresì, presentato memoria la Entsorga Italia S.r.l., aggiudicataria della gara, sostenendo che, dall'esame del Capitolato Speciale, risulta che oggetto dell'appalto è una fornitura, e, in ogni caso, la certificazione SOA OS 14 - che l'istante ritiene aversi dovuto

richiedere nel bando in esame - essendo alquanto generica nel fare riferimento a "impianti di smaltimento e recupero dei rifiuti", non avrebbe garantito alla stazione appaltante la rispondenza tecnica dell'impianto proposto con quello richiesto, nonché il rispetto dei parametri e dei valori, quali quelli di emissioni atmosferiche in relazione ai valori respirometrici richiesti dalla Regione Sicilia.

Ritenuto in diritto

Dall'esame della documentazione di gara, ed in ossequio al principio, a cui si è già uniformato l'Autorità in una questione analoga (deliberazione n. 65/2007), secondo il quale al fine di individuare e definire l'oggetto dell'appalto occorre fare riferimento agli effettivi contenuti sostanziali degli atti di gara, si ritiene che la fattispecie in esame sia da configurarsi quale appalto pubblico di fornitura e servizi.

Difatti, l'art. 1 del Capitolato Speciale d'Appalto descrive l'appalto in esame come "la fornitura chiavi in mano di impianto di compostaggio a biocontainer mobili comprensivo di attrezzature a corredo, per il compostaggio di scarti organici provenienti dalla raccolta differenziata alla fonte nel territorio del Comune di Misterbianco (CT)" e prevede che "la fornitura e l'installazione dovranno avvenire presso la sede del realizzando impianto di compostaggio, contrada "Cubba" del Comune di Misterbianco".

Nei successivi articoli del Capitolato Speciale viene, altresì, precisato, che:

- nella fornitura chiavi in mano s'intende compresa anche "l'interfaccia con le opere edili" (art. 2 -prestazioni accessorie);

- che l'appaltatore, per il periodo di garanzia minimo di un anno, è obbligato alla "manutenzione gratuita delle opere difettose, alla sostituzione dei materiali ... ed alla riparazione di tutti i guasti e le degradazioni che si verificassero" nonché ad assicurare "la disponibilità delle parti di ricambio e d'usura per l'impianto della stessa fornito per un periodo di almeno 5 anni dopo il collaudo finale" (art. 17.2 - Periodo di garanzia e di gratuita manutenzione);

- che "l'impianto di compostaggio a biocontainer mobili comprensivo di attrezzature a corredo dovrà essere fornito dalla ditta "chiavi in mano", montato e perfettamente funzionante" (art. 21 - Elenco delle attrezzature e principali caratteristiche).

A ciò si aggiunga che il citato articolo 2 del Capitolato Speciale d'Appalto, rubricato "prestazioni accessorie" prevede che nella fornitura chiavi in mano s'intendono compresi, oltre alla già citata "interfaccia con le opere edili", anche: l'assistenza durante il periodo di garanzia finalizzata al mantenimento delle attrezzature nel rispetto di modi e tempi indicati in sede di offerta; la formazione del personale addetto all'utilizzo delle forniture appaltate per il tempo necessario a rendere idoneo detto personale alla corretta gestione della fornitura; il periodo di istruzione del personale dovrà essere non inferiore a giorni venti successivi al verbale di inizio funzionamento; e l'assistenza tecnica post-collaudo.

Ne consegue, pertanto, che la stazione appaltante non poteva richiedere, per l'affidamento dell'appalto in questione, l'attestazione SOA per la cat. OS 14, costituendo, la stessa, condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria, esclusivamente ai fini dell'affidamento di lavori pubblici.

In ordine alle ulteriori obiezioni mosse dall'istante al bando di gara in esame, l'Autorità non dispone di elementi tali da consentirle di valutare le ragioni addotte a sostegno di quanto assunto.

Ci si limita unicamente a rilevare, in linea generale che, quanto ai requisiti di partecipazione, costituisce principio consolidato in giurisprudenza quello secondo cui sono da considerare legittimi i requisiti richiesti dalle stazioni appaltanti che, pur essendo ulteriori e più restrittivi di quelli previsti dalla legge, rispettino, comunque, il limite della logicità e della ragionevolezza e, cioè, della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito e che, quindi, non vadano ingiustificatamente a limitare la platea dei possibili concorrenti (Cons. Stato, sez. VI, n. 3655/2008; Cons. Stato, sez. V, n. 7139/2005).

Quanto all'oggetto di una fornitura, si evidenzia, invece, che le stazioni appaltanti devono attenersi al disposto di cui all'art. 68 del D.Lgs. n. 163/2006, il cui comma 13 prevede che "le specifiche tecniche non possono non 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 una produzione specifica che avrebbe come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti".

Dall'esame degli atti di gara, va, infine, fatta un'ultima considerazione in ordine ai requisiti di partecipazione ed ai criteri di valutazione indicati dalla S.A. rispettivamente nel Bando di gara e nel Capitolato Speciale di Appalto. Questa Autorità si è più volte occupata di tale questione (deliberazione n. 30 e 209/2007 e parere n. 37/2008) precisando che la S.A. non deve confondere i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara con gli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta. Detta confusione, infatti, come evidenziato dalla circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le Politiche Comunitarie del 1 marzo 2007, si pone in conflitto con la normativa comunitaria e nazionale.

Nel caso di specie, la stazione appaltante:

- ha previsto, nell'individuare, nel Capitolato Speciale di Appalto, i criteri di valutazione dell'offerta, un punteggio alla presentazione di "Elenchi riguardanti le principali forniture effettuate negli ultimi tre anni di impianti con caratteristiche identiche a quelle oggetto della gara (punti 10 max)" (b.1 soluzioni tecniche), nonché ai "risultati delle analisi e dei rilievi per impianti effettuati dalla Ditta concorrente presso enti di ricerca (punti 15 max)" (b.2 prestazioni qualitative), criteri, peraltro, richiesti nel bando di gara anche quali requisiti soggettivi di partecipazione (punti 11.4.1 e 11.4.2).
- ha prescritto, tra "requisiti di capacità tecnica" indicati nel bando di gara, la presentazione di un "esaustivo manuale/i operativo/i idoneo/i ad informare ed aggiornare il personale addetto all'uso delle attrezzature costituenti l'impianto di compostaggio" (punto 11.4.8 - requisiti partecipazione), peraltro, richiesto nel Capitolato speciale di Appalto quale criterio di valutazione dell'offerta (b.2 prestazioni qualitative).

Ne consegue, pertanto, che la stazione appaltante ha introdotto una commistione tra requisiti soggettivi di capacità tecnica dell'impresa e i criteri di valutazione dell'offerta.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene che:

- la fattispecie in esame sia da configurarsi quale appalto pubblico di fornitura e servizi.
- le stazioni appaltanti possono individuare requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento più restrittivi di quelli previsti dalla legge nel rispetto del principio della concorrenza;
- le stazioni appaltanti non possono imporre l'impiego di materiali o prodotti acquistabili da produttori determinati, in violazione dell'art. 68, comma 13, del D.Lgs n. 163/2006;
- i requisiti soggettivi di capacità tecnica richiesti nel bando di gara e i criteri di valutazione dell'offerta contenuti nel Capitolato Speciale di Appalto si pongono in contrasto con la normativa nazionale e comunitaria.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 28/10/2008