

Parere n.107 del 9/12/2014

PREC 188/14/F

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs.163/2006 presentata da FIT S.a.s. di Armando Di Roma & C. - “Fornitura di n. 4 marcatori di zona per ZAE” – Importo a base di gara euro 167.000,00 - S.A.: Ministero della Difesa SGD-DNA Direzione degli Armamenti Terrestri.

Specifiche tecniche – vanno fissate in termini di prestazioni e di requisiti funzionali – clausola che limita la partecipazione solo ad alcuni soggetti - illegittimità

Le specifiche tecniche devono poter essere fissate in termini di prestazioni e di requisiti funzionali. Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza.

Art. 68 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 16 maggio 2014 è pervenuta l’istanza con la quale la ditta FIT S.a.s. di Armando Di Roma & C., partecipante alla gara indetta dal Ministero della Difesa per la fornitura di n. 4 marcatori di zona per ZAE, chiede parere in ordine alla legittimità della propria esclusione dalla procedura in oggetto per carenza di requisiti ritenuti dall’impresa discriminanti.

In particolare, la FIT S.a.s. rileva che, sebbene il bando specifichi che i materiali offerti in gara sono prodotti di tipo commerciale, la descrizione del prodotto identifica in realtà, per tipologia di funzionamento, utilizzo della tecnologia infrarossa, utilizzo dello zaino di trasporto contenente un numero ben preciso di unità di illuminazione, un prodotto della AGI Ltd, partecipante alla medesima gara tramite due importatori ufficiali. Inoltre, il bando riserva la partecipazione solo a case costruttrici o importatori in esclusiva di case costruttrici estere.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall’Autorità nell’istruttoria procedimentale, è pervenuta memoria della stazione appaltante, con la quale si rappresenta che «l’appalto di fornitura in oggetto, espletato mediante procedura ristretta, è stato preceduto da una specifica indagine di mercato tendente a stabilire la possibilità di ricorrere a detta procedura e ad **individuare il prezzo** da porre a base di gara». Evidenzia inoltre che la ditta FIT non forniva la prescritta «dichiarazione in cui la casa madre autorizza la ditta stessa a partecipare alla gara e si impegna a onorare, sotto la propria responsabilità, l’eventuale contratto». Da ciò derivava l’esclusione in quanto essa non poteva essere ammessa né come casa costruttrice, in quanto la certificazione ISO 9001 presentata era relativa alla sola commercializzazione, né come importatore in esclusiva di case costruttrici estere, non avendo presentato la relativa dichiarazione.

In ordine alla descrizione della fornitura, la stazione appaltante rappresenta che «essa costituisce materiale e sintetica trasposizione effettuata dalla scrivente della descrizione del prodotto contenuta nella scheda tecnica di base elaborata dal Comando Interforze per le operazioni delle forze speciali, Ente operativo dal quale i materiali dovranno essere impiegati».

Ritenuto in diritto

La richiesta di parere in oggetto si incentra su due profili oggetto di contestazione.

In primo luogo l'istante FIT S.a.s. contesta la descrizione dell'oggetto dell'appalto, che farebbe riferimento a un prodotto ben preciso dell'azienda AGI Ltd sebbene sia indicato nel bando di gara come prodotto «di tipo commerciale, con l'aggiunta di eventuali accessori per soddisfare le specifiche richieste dell'A.D.». In secondo luogo l'istate lamenta la riserva di partecipazione alle «case costruttrici/o importatori in esclusiva di case costruttrici estere», ritenuto requisito restrittivo della partecipazione. Infatti la stazione appaltante comunicava alla FIT la non idoneità alla partecipazione, non essendo né costruttore né importatore ufficiale di società estera costruttrice.

Riguardo al primo profilo segnalato occorre rilevare che le specifiche tecniche rivestono un ruolo preminente fra gli elementi che devono essere portati a conoscenza delle imprese interessate all'affidamento di un contratto di appalto pubblico; esse sono essenziali per garantire la qualità dei materiali sotto il profilo della sicurezza e idoneità all'uso al quale sono destinati e, al contempo, possono condizionare l'equilibrio concorrenziale in ambito comunitario, poiché l'imposizione di determinati standards tecnici può concretamente delimitare il mercato impedendo l'accesso a taluni operatori economici (cfr. A.V.C.P., determinazione 29 marzo 2007 n. 2; parere 26 gennaio 2011 n. 17; parere 27 settembre 2012 n. 151; parere n. 34 del 13 febbraio 2014).

L'art. 68 del Codice, che recepisce gli artt. 23 della Direttiva 2004/18/CE e 34 della Direttiva 2004/17/CE, mira a garantire il rispetto dei principi di non discriminazione e di massima partecipazione, disciplinando le modalità di redazione delle specifiche tecniche da parte della stazione appaltante e prevedendo che «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» (comma 2). La norma sancisce il divieto di menzionare la provenienza o la fabbricazione di un prodotto o un procedimento particolare, salvo che non sia possibile altrimenti individuare in modo preciso l'oggetto della prestazione, con l'obbligo comunque di indicare l'espressione «o equivalente».

Pertanto, le specifiche tecniche devono poter essere fissate in termini di prestazioni e di requisiti funzionali e, in caso di riferimento alla norma europea o, in mancanza di quest'ultima, alla norma nazionale, le amministrazioni aggiudicatrici devono prendere in considerazione offerte basate su altre soluzioni equivalenti. Anche la nuova direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici specifica al considerando (74) che «dovrebbe essere possibile presentare offerte che riflettono la varietà delle soluzioni tecniche, delle norme e delle specifiche tecniche prevalenti sul mercato, tra cui quelle definite sulla base dei criteri in materia di prestazione legati al ciclo di vita e alla sostenibilità del processo di produzione di lavori, forniture e servizi. Di conseguenza, le specifiche tecniche dovrebbero essere redatte in modo da evitare di restringere artificialmente la concorrenza mediante requisiti che favoriscono uno specifico operatore economico in quanto rispecchiano le principali caratteristiche delle

forniture, dei servizi o dei lavori da esso abitualmente offerti. Se le specifiche tecniche vengono fissate in termini di requisiti funzionali e in materia di prestazioni, dovrebbe essere possibile, in genere, raggiungere tale obiettivo nel miglior modo possibile. I requisiti funzionali e in materia di prestazioni sono inoltre strumenti appropriati per stimolare l'innovazione nell'ambito degli appalti pubblici e dovrebbero essere applicati il più ampiamente possibile».

Per quanto qui interessa, la Sezione II del bando di gara dedicata all'oggetto dell'appalto prevede la fornitura di n. 4 marcatori di zona per ZAE e al punto II.1.5 ne descrive le caratteristiche in termini di requisiti funzionali e prestazioni richieste: «Il sistema dovrà essere in grado di garantire l'illuminazione campale e l'indicazione, clandestina e non, di LZ (Landing Zone), DZ (Drop Zone), RM (Route Marking) e zone FARP [...] essere portatile, alimentato a batteria [...] illuminazione sia a infrarosso che a luce visibile [...] sufficiente sia per l'indicazione di strisce minime di atterraggio per velivoli ad ala fissa sia per la marcatura e l'indicazione della formazione "T" NATO [...] trasportabile tramite uno zaino e composto delle seguenti unità: unità di controllo; n. 6 unità di illuminazione; n. 6 picchetti per l'ancoraggio al terreno delle unità di illuminazione; n. 1 carica batterie; n. 1 zaino per il trasporto». Alla Sezione III del bando, punto III.2.1 è specificato che «i materiali offerti in gara dovranno essere di tipo commerciale, con l'aggiunta di eventuali accessori per soddisfare le specifiche richieste dell'A.D.».

Dalla descrizione delle caratteristiche tecniche e funzionali del prodotto richiesto non sembra che possa derivare un impedimento alla partecipazione, visto che le stesse non sono richieste a pena di esclusione e, anzi, il prodotto stesso è descritto come di tipo commerciale, con l'aggiunta di eventuali accessori. La stazione appaltante ha anche rappresentato che la descrizione del prodotto è tratta direttamente dalla scheda tecnica di base elaborata dal Comando Interforze per le operazioni delle forze speciali, che impiega i materiali suddetti.

Quanto al secondo profilo di censura, l'istante lamenta la riserva di partecipazione alle «case costruttrici/o importatori in esclusiva di case costruttrici estere che abbiano entrambi sul territorio nazionale una rete di vendita e assistenza» (punto III.2.1 del bando). Nel caso di importatore in esclusiva, il concorrente «dovrà fornire la dichiarazione in cui la Casa madre autorizza la ditta stessa a partecipare alla gara e si impegna a onorare, sotto la propria responsabilità, l'eventuale contratto».

La clausola partecipativa recante la limitazione sopra descritta appare effettivamente in grado di restringere la partecipazione alla gara, in quanto essa è consentita solamente a taluni soggetti, senza tuttavia offrire, allo stesso tempo, valide ragioni che consiglino una scrematura degli aspiranti concorrenti in ragione dell'oggetto della fornitura.

Il prodotto richiesto è anzi descritto come di tipo commerciale, quindi la restrizione della partecipazione, a scapito di soggetti che non siano case costruttrici o importatori di case costruttrici estere, risulta discriminatoria e lesiva della concorrenza.

Si rammenta, infatti, che l'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza; pertanto, come ribadito nella già citata direttiva 2014/24/UE «Le amministrazioni aggiudicatrici

Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata. La concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza. Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici» (art. 18 dir. 2014/24/UE).

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- non è conforme ai principi del trattato, in quanto restringe ingiustificatamente la partecipazione, la clausola del bando di gara che riserva la partecipazione alle «case costruttrici/o importatori in esclusiva di case costruttrici estere che abbiano entrambi sul territorio nazionale una rete di vendita e assistenza».

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 13 gennaio 2015

Il Segretario Rosetta Greco