

Autorità per la vigilanza

sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture

Deliberazione n. 250

del 12.07.2007

PREC219/07

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dal Comune di Pratella – acquisto autocompattatore nettezza urbana.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio Affari Giuridici

Considerato in fatto

In data 28 maggio 2007 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in oggetto con la quale il Comune di Pratella ha richiesto di esprimersi in merito all'operato della Commissione di gara nella procedura per l'affidamento della fornitura di autocompattatore nettezza urbana, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso.

L'istante rappresenta, infatti, che nel corso delle sedute pubbliche deputate all'esame della documentazione amministrativa, è sorto un problema interpretativo in ordine ad alcune previsioni del Capitolato speciale. In particolare, infatti, il punto 9) del Capitolato richiedeva ai partecipanti il requisito "*di avere un centro tecnico di assistenza di provata esperienzanel raggio massimo di 70 Km con un margine non superiore al 10% dalla stazione appaltante*". La Commissione di gara ha ritenuto che detto requisito dovesse intendersi quale la distanza chilometrica terrestre percorribile intercorrente tra il luogo della stazione appaltante ed il luogo ove è situato il centro di assistenza. Pertanto, l'istante rappresenta che la Commissione di gara ha escluso la società ORAM S.r.l. in quanto, dai controlli effettuati mediante la rilevazione della distanza chilometrica, la società risultava avere un centro di assistenza sito oltre i 70 Km prescritti.

L'amministrazione comunale rappresenta, inoltre, come la società ORAM S.r.l. abbia segnalato alla Commissione di gara che le schede tecniche presentate da ambedue i candidati risultavano indicare una potenza del motore pari a CV 209 e dunque inferiore alla potenza minima prescritta nel Capitolato al punto 15 che richiedeva "*Potenza motore non inferiore a CV210*". Per tale motivo la società riteneva che la Commissione di gara fosse tenuta ad escludere anche l'altra ditta società Norap S.r.l. che, viceversa, era stata ammessa al prosieguo della gara. L'istante ha, pertanto, richiesto a questa Autorità di pronunciarsi in ordine all'operato della Commissione di gara e di valutare se la mancanza di detto requisito sia da considerarsi un motivo di esclusione.

A riscontro della richiesta di informazioni effettuata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, hanno presentato osservazioni sia la società Oram S.r.l., che la società Norap S.r.l.. La prima ha evidenziato come in ordine alla previsione del Capitolato speciale sulla distanza massima del centro tecnico di assistenza, la stessa sia da interpretarsi nel senso che il raggio sta a significare la distanza di una linea retta intorno ad un punto fisso e che, dunque, la disposta esclusione sia stata il risultato di una interpretazione soggettiva della Commissione di gara. Vieppiù la società evidenzia che, ove la stazione appaltante avesse voluto intendere il termine raggio come la distanza chilometrica percorribile terrestre, ciò sarebbe dovuto essere evidenziato nel bando di gara al fine di consentire alla società di indicare un'officina preposta che rientrasse nella distanza chilometrica richiesta. In ordine alla previsione sulla potenza minima del motore la Oram S.r.l. ha evidenziato come la clausola presente nel bando non sia interpretativa, ma prescriva un requisito minimo pena l'esclusione che, pertanto, se non applicata comporta una violazione della *par condicio*.

La società Norap S.r.l. ha evidenziato in merito alla distanza massima del centro tecnico di assistenza, che l'operato della Commissione di gara sia condivisibile dal momento che la distanza vada intesa come distanza chilometrica terrestre dato che l'automezzo non può volare. Per quanto concerne la caratteristica minima della potenza del motore, l'impresa rileva che, essendo l'oggetto della gara la fornitura di un autoveicolo per la raccolta di rifiuti, la mancanza di un cavallo del motore non compromette le prestazioni ed il servizio da svolgere.

Ritenuto in diritto

Nella controversia in esame, in via pregiudiziale, deve evidenziarsi come il requisito di partecipazione previsto nel Capitolato speciale che richiede ai partecipanti *di "avere un centro tecnico di assistenza di provata esperienza ...nel raggio massimo di 70 Km con un margine non superiore al 10% dalla stazione appaltante"* attiene all'esecuzione del contratto e non ai requisiti dell'offerente e, pertanto, sarebbe dovuto essere inserito nell'ambito del criterio di aggiudicazione in sede di valutazione dell'offerta e non in sede di selezione dei partecipanti.

La confusione tra requisiti di partecipazione e criteri di aggiudicazione determinato dalle stazioni appaltanti, come anche di recente 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.

Venendo ad esaminare la questione prospettata, si ritiene che l'operato della Commissione di gara risulti poco chiaro in quanto vengono adottati indirizzi di valutazione tra loro discordanti. In particolare, in relazione al requisito previsto dal punto 9) del Capitolato speciale, la Commissione di gara sembra essersi voluta spingere oltre il dato letterale della *lex specialis* di gara che prescriveva in capo ai partecipanti il possesso di un centro tecnico di assistenza di provata esperienza *"nel raggio massimo di 70 Km con un margine non superiore al 10% dalla stazione appaltante"*. Detto requisito non veniva nel Capitolato speciale dettagliato e non veniva specificato altresì se la distanza dovesse essere considerata percorsa su terra, ovvero dovesse essere una distanza da calcolare come linea retta intorno ad un punto fisso. La *ratio* della previsione evidentemente era quella di garantire che il centro tecnico di assistenza fosse sito in una zona ragionevolmente vicina dalla stazione appaltante in modo tale da assicurare un intervento celere e tempestivo.

Tale previsione è stata, tuttavia, ritenuta di dubbia interpretazione dalla Commissione di gara la quale, non ha fatto riferimento al consolidato orientamento giurisprudenziale per cui, in presenza di clausole non chiare, deve essere comunque favorita la più ampia partecipazione delle imprese concorrenti. Peraltro nel caso in esame la Commissione di gara avrebbe dovuto applicare il principio del favor participationis tenuto conto del fatto che erano state presentate due sole offerte.

In ordine alle caratteristiche tecniche della fornitura, il capitolato speciale d'appalto prevede che l'autocompattatore deve possedere le caratteristiche tecniche minime riportate nelle schede tecniche, specificando quanto segue: "*per motivi di viabilità, non saranno prese in considerazione autocompattatori le cui schede tecniche presentino parametri differenti da quanto richiesto dalla stazione appaltante con la conseguente esclusione della ditta concorrente*". La *lex specialis* di gara risulta dunque chiara nel prevedere l'esclusione della ditta concorrente che offra un prodotto non conforme alle caratteristiche minime indicate. Alla luce di tale previsione, risulta dunque poco comprensibile l'orientamento adottato questa volta dalla Commissione di gara la quale, se con riguardo alla distanza del centro tecnico di assistenza ha disposto l'esclusione anche se la stessa non era prevista dal bando; in questo caso ha ritenuto di non comminare l'esclusione, disapplicando così quanto espressamente previsto dalla *lex specialis* di gara e violando di conseguenza le regole della *par condicio*.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- i requisiti di partecipazione previsti nel capitolato speciale sono illegittimi in quanto costituiscono elementi di valutazione dell'offerta che avrebbero dovuto essere inseriti nell'ambito del criterio di aggiudicazione;
- l'operato della Commissione di gara sia in contrasto con quanto previsto dalla *lex specialis* di gara e si ponga in violazione con i principi del *favor participationis* e di *par condicio* dei concorrenti.

Il Consigliere Relatore

Il Presidente

Alessandro Botto

Luigi Gianpaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 luglio 2007