

Dirigente Responsabile: Dott.ssa Silvia SIMONETTI tel. 010/4102214  
e-mail: [silvia.simonetti@villascassi.it](mailto:silvia.simonetti@villascassi.it)  
Funzionario referente: Ilma PORCU tel. 010/4102350  
e-mail: [ilma.porcu@villascassi.it](mailto:ilma.porcu@villascassi.it)

Genova, 08//04/2011

Prot. n. 524

**Oggetto:** Gara a procedura aperta, ai sensi dell'art. 55 del D.Lgs n. 163/2006, per l'affidamento della fornitura triennale di 'Detergenti antisettici, antisettici, disinfettanti e sterilizzanti' occorrenti alle AA.SS.LL., AA.OO. e IRCCS della Regione Liguria. Lotti n° 53 - Numero gara 1278091.

In risposta ai sottoelencati quesiti formulati a questa Centrale in ordine alla gara in oggetto entro l'08/04/2011, si rappresenta quanto segue:

**QUESITO - 11 - :** In relazione alla gara di cui all'oggetto, Le segnaliamo quanto segue in riferimento al lotto n° 46 del capitolato tecnico: "Soluzione concentrata a base di adazone-acido peracetico, g. 0,08500% coformulanti a singolo utilizzo, per disinfezione di alto livello di dispositivi medico-chirurgici, in particolare di attrezzature a fibre ottiche, dedicato per disinfettatrici automatiche Medivators dotate del Single Shot Generator, in taniche da 10 litri, quantità triennali n° 9.600 litri, importo triennale a base d'asta euro 288.000,00 (euro 30,00 a litro)"  
La descrizione tecnica, così come viene riportata, individua la molecola "adazone", che è una formulazione coperta da brevetto (European Patent Specification EP 1 059 292 B1, application number 00830229, "New adamantine derivative and aqueous disinfectant composition containing it": Proprietor: IMS S.r.l., Pomezia. Roma).  
La nostra ditta, rimanendo così le cose, si troverebbe, pertanto, illegittimamente esclusa dalla possibilità di concorrere all'aggiudicazione del lotto n° 46) e la Vostra Spett. Amministrazione si vedrebbe costretta ad aggiudicare la fornitura ad un prezzo molto più elevato, vista l'assenza di concorrenza.  
L'unico prodotto che risponde a queste specifiche tecniche ci risulta essere infatti l'Adaspor, prodotto dalla ditta IMS o da essa ceduto a propri rivenditori che lo commercializzano con altri nomi. Tale prodotto è appunto coperto da brevetto.  
L'indicazione di caratteristiche tecniche così specifiche si porrebbe poi in contrasto con la normativa vigente in materia di gare d'appalto che esclude la facoltà, per le stazioni appaltanti, di acquisire forniture coperte da brevetto tramite gare a procedura aperta. 11 Codice Unico degli Appalti (D.Lgs. 163/2006), in particolare, così dispone: **art. 2:** "l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza"; **art. 68:** "Le specifiche tecniche devono consentire pari accesso a tutti gli offerenti (...) Ciascun riferimento contiene la menzione "o equivalente" ... Le stazioni appaltanti non possono respingere un'offerta per il motivo che i prodotti e i servizi offerti non sono conformi alle specifiche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente prova .. con qualsiasi mezzo appropriato che le soluzioni da lui proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti ... può costituire un mezzo appropriato una relazione tecnica dal fabbricante o una relazione sulle prove eseguita da un organismo riconosciuto" (...) "a meno di non essere giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare, né far riferimento a un marchio, a un brevetto, .. che avrebbero come effetto di favorire o

eliminare talune imprese o taluni prodotti" (comma 13).

Anche l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici si è recentemente espressa in tal senso: "(...) L'eventuale indicazione di marchi o, come nel caso di specie, di prodotti di un determinato "tipo" oggetto di brevetto, deve essere obbligatoriamente collegata alla dicitura "o equivalente", significativa della volontà dell'amministrazione di utilizzare il marchio o la denominazione del prodotto solo a titolo esemplificativo, per meglio individuare le caratteristiche del bene richiesto. Ne discende che attraverso il concetto di equivalenza di cui al citato art. 68, si concretizza l'apertura al mercato degli appalti nei confronti di quegli operatori economici che usano sistemi e prodotti analoghi a quelli individuati dalla stazione appaltante" (parere n° 108 del 27/05/2010, comma 2).

Considerato, dunque, che il bando della gara di cui all'oggetto non fa alcun esplicito riferimento alla possibilità ex art. 68 D.Lgs 163/2006 di offrire prodotti funzionalmente equivalenti a quelli descritti nel capitolato speciale, qualora esso identifichi prodotti coperti da brevetto, siamo a richiedere a codesta Spetto Amministrazione:

- 1) di valutare come equivalenti per il lotto n° 46 i prodotti a base di acido peracetico che XXXXXX intende offrire "per la disinfezione di alto livello di dispositivi medico-chirurgici, in particolare di attrezzature a fibre ottiche, dedicato per disinfettatrici automatiche Medivators dotate del Single Shot Generator";
- 2) di valutare come idonea ed equivalente per il lotto n° 46 la fornitura del prodotto in taniche da lt 5, stante la piena idoneità di tale formato all'alloggiamento della macchina disinfettatrice Medivators Single Shot Generator, formato che la nostra ditta fornisce anche ad altre Aziende Ospedaliere che utilizzano la medesima macchina Medivators.

La maggior parte delle Aziende Sanitarie italiane, d'altronde, utilizza prodotti a base di acido peracetico (senza l'aggiunta di adazone), e sterilizza a freddo i dispositivi medici senza alcun problema e con notevoli risparmi economici. Anche la nostra ditta produce un'ampia gamma di prodotti a base di acido peracetico, che le Aziende Ospedaliere del territorio nazionale (ivi comprese quelle della Vostra regione) utilizzano con piena soddisfazione.

Ad ulteriore conferma della fondatezza della nostra richiesta, infine, basti citare la rettifica del Capitolato speciale della gara regionale del Lazio "Antisettici e disinfettanti", che qui alleghiamo, laddove la commissione, a seguito delle segnalazioni delle ditte partecipanti alla gara, ha rettificato la descrizione del lotto "acido peracetico + adazone", inserendo per l'appunto la clausola di salvaguardia "o prodotto equivalente". Provvedimenti di analogo tenore vengono adottati anche da altre Aziende Ospedaliere e Sanitarie.

Citiamo, infine, la recentissima ordinanza del Consiglio di Stato (n° 09282/2010) che, proprio a seguito dell'aggiudicazione a XXXXXX del lotto della gara regionale del Lazio sopra citata, ha respinto il ricorso della ditta IMS e ha confermato l'equivalenza dei prodotti offerti dalla ditta XXXXXX (principio attivo acido peracetico) a quelli offerti da IMS (principio attivo acido peracetico+ adazone) per la destinazione d'uso della disinfezione di alto livello dei dispositivi medico-chirurgici.

**RISPOSTA - 11 -** **LOTTO 46 - La Centrale, tenuto delle considerazioni formulate dalla ditta XXXXXX e vista l'ordinanza del Consiglio di Stato n° 09282/2010 e del parere dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici parere n° 108 del 27/05/2010, comma 2 (allegate alla presente nota) che si esprimono sulla materia, procede a rettificare, con idoneo provvedimento, la descrizione del prodotto di cui al lotto 46 che pertanto risulterà essere riformulata nel modo seguente:**

***"Soluzione concentrata a base di Adazone - Acido peracetico g 0,08500% coformulanti a singolo utilizzo o prodotto equivalente.***

***Tanica in materiale plastico opaco".***

**Saranno ammesse anche taniche da 5 litri, confermando il prezzo posto a base d'asta.**

\*\*\*\*\*

**QUESITO - 12 -** : **PUNTO 1 -** In riferimento alla gara in oggetto desideriamo richiedere chiarimenti come segue:

Capitolato speciale art. 3 punto 7 viene specificato

"I flaconi contenenti saponi antisettici per il lavaggio chirurgico delle mani e le

soluzioni/gel alcolici per l'antisepsi delle mani devono essere corredati, pena esclusione, di dispositivo di erogazione predosato o erogatore a pompa, uno per ogni flacone, e degli appositi supporti a parete, ove necessario, in numero non inferiore a due per Unità operativa/Sala Operatoria di ciascuna ASL, AO e IRCCS (circa 1300)"  
Il quantitativo da voi indicato non trova riscontro nell'allegato AI A2 specifico per Ente, colonna Accessori Ancillari non consentendo quindi una valutazione corretta dei quantitativi ai fini della presentazione dell'offerta con relativi accessori a corredo.

PUNTO 2 - Inoltre al lotto 33 viene specificato "flacone in materiale plastico opaco con sottotappo dosatore e/o erogatore a dosaggio predefinito.  
Sempre all'art 3 punto 7 del capitolato speciale invece si legge "dispositivo di erogazione predosato o erogatore a pompa" pena esclusione.  
Poiché le due richieste non coincidono esattamente vi chiediamo di voler indicare le caratteristiche specifiche del sistema di erogazione.

**RISPOSTA - 12 - PUNTO 1 - Poiché le varie Aziende sanitarie non hanno espresso, nella maggior parte dei casi, le quantità dei prodotti ancillari indispensabili alle loro necessità, si è provveduto a dare un riferimento presunto (circa 1300) sulla base di una stima del numero dei reparti e delle Sale Operatorie.  
Per ogni postazione aggiuntiva, oltre le 1300 presunte, la Ditta dovrà indicare il prezzo dovuto per l'installazione di ogni postazione aggiuntiva.**

**PUNTO 2 - L'erogazione del disinfettante deve essere a dosaggio predeterminato con un sistema a pompa o con un sottotappo che consenta la predosatura.**

\*\*\*\*\*

**QUESITO - 13 - :** La presente per chiedervi cortesemente di esplicitare in maniera più chiara utilizzando un esempio pratico quanto riportato all'art. 5 - "Modalità di aggiudicazione" del Disciplinare di gara e precisamente quanto di seguito riportato:  
"Per le capacità uguali o inferiori a 500 ml il prezzo offerto a ml non dovrà essere superiore al 10%, del prezzo indicativo riportato nei singoli sub lotti"

**RISPOSTA - 13 -** Quanto riportato all'art. 5 del Disciplinare di gara vuole significare che il prezzo offerto per i contenitori di capacità uguale o inferiore a 500 ml. non dovrà comunque essere superiore al 10% del prezzo riportato nei singoli sub lotti che prevedono capacità inferiori a 500 ml..

Nel lotto 21 sub a), ad esempio, la ditta offerente può offrire per un prodotto con flacone di capacità da 250 ml. un prezzo che è superiore del 10% rispetto a quello come prezzo a base d'asta ( $\text{€ } 0,0056 + 10\% = \text{€ } 0,00616$ ) purchè la formulazione di tale prezzo venga compensata nella presentazione dell'offerta degli altri flaconaggi, con prezzi che sommati non superino la base d'asta complessiva posta a gara per il lotto 21.

Vedere simulazione possibile offerta economica allegata .

\*\*\*\*\*

Restando a disposizione per ogni ulteriore chiarimento si ricorda che il termine ultimo per la formulazione di nuovi quesiti è fissato al 12/04/2011.

Distinti saluti.

Il Dirigente Responsabile  
Dott.ssa Silvia SIMONETTI

Prezzi a base d'asta gara (Allegati A1 e A2)

LOTTO 21	Contenitori	Unità di misura	Totale complessivo quantità triennale previste a flacone/ confezione/ tanica/ ecc.	Quantità annuale espressa a flacone/ confezione/ tanica/ ecc.	Base asta a ml/ g/ pezzo ecc.	Totale lotto
	Flacone da 250 ml	millilitro	6.000	1.500.000	0,0056	8.400,00
	Flacone da 500 ml	millilitro	9.000	4.500.000	0,0032	14.400,00
	Flacone 1 litro	millilitro	1.560	1.560.000	0,0013	1.965,60
	Tanica da 5 Litri	millilitro	2.850	14.250.000	0,0014	20.520,00
Importo triennale complessivo (IVA esclusa) LOTTO 21						45.285,60

Esempio possibile offerta ditta concorrente con applicazione clausola art. 5 Disciplinare gara

LOTTO 21	Contenitori	Unità di misura	Totale complessivo quantità triennale previste a flacone/ confezione/ tanica/ ecc.	Quantità annuale espressa a flacone/ confezione/ tanica/ ecc.	Base asta a ml/ g/ pezzo ecc.	Totale lotto
	Flacone da 250 ml	millilitro	6.000	1.500.000	0,0061 *	9.150,00
	Flacone da 500 ml	millilitro	9.000	4.500.000	0,0030 (**)	13.500,00
	Flacone 1 litro	millilitro	1.560	1.560.000	0,0013	1.965,00
	Tanica da 5 Litri	millilitro	2.850	14.250.000	0,0014	20.520,00
Importo triennale complessivo (IVA esclusa) LOTTO 21						45.135,00 (***)

(\*) Importo aumentato del 10% rispetto al prezzo posto a base d'asta

(\*\*) Importo diminuito rispetto al prezzo posto a base d'asta

(\*\*\*) Importo triennale complessivo Lotto 21 non superiore all'importo triennale complessivo posto a base d'asta

N. 05617/2010 REG.ORD.SOSP.  
N. 09282/2010 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

sul ricorso n. 9282/2010, proposto da:

Ims Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Roberto Scognamiglio, con domicilio eletto presso Silvia Scognamiglio in Roma, via Lisbona N.18;

***contro***

Regione Lazio - Dipartimento Economico e Occupazionale, rappresentato e difeso dall'avv. Rosa Maria Privitera, con domicilio eletto presso Avv.Ra Regionale Del Lazio in Roma, via Marcantonio Colonna 27; Commissione di Gara;

***nei confronti di***

Nuova Farmec S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Pasquale Varone, con domicilio eletto presso Pasquale Varone in Roma, Lungotevere della Vittoria, 9; Mondial S.n.c., Hemo Diagnostica

S.r.l., Medic Art S.a.s.;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio,  
Sezione III Quater, n. 04643/2010;

Visto l'art. 62 del codice del processo amministrativo;

Visti il ricorso in appello;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2010 il  
Cons. Marco Lipari e uditi per le parti gli avvocati Scognamiglio,  
Privitera e Varone;

Considerato che, allo stato, la pronuncia cautelare appellata risulta  
condivisibile, con riguardo alla equivalenza tra i prodotti offerti  
dall'aggiudicataria e quelli indicati dalla lex specialis di gara;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

Respinge l'appello (Ricorso numero: 9282/2010).

Spese compensate;

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è  
depositata presso la segreteria della Sezione che provvederà a darne  
comunicazione alle parti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10  
dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Marco Lipari, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/12/2010

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)



## Logo AVCP

- [Accessibilità](#) |
- [Contatti](#) |
- [Mappa del sito](#) |
- [Dove Siamo](#) |
- [Privacy](#) |
- [English](#) |

Cerca

- [Autorità](#)
- [Servizi](#)
- [Attività dell'Autorità](#)
- [Comunicazione](#)
- [FAQ](#)

[Home](#) » [Attività dell'Autorità](#) » [Atti dell'Autorità](#) » [Atto](#)

- [Normativa di Settore](#)
- [Atti dell'Autorità](#)
  - [Atti di Regolazione](#)
  - [Determinazioni](#)
  - [Deliberazioni](#)
  - [Pareri di Precontenzioso](#)
  - [Pareri sulla Normativa](#)
  - [Atti di Segnalazione al Governo ed al Parlamento](#)
  - [Comunicati alle SOA](#)
  - [Comunicati del Presidente dell'Autorità](#)
  - [Comunicati del Presidente della Camera Arbitrale](#)
  - [Comunicati del Direttore Generale OSIT](#)
  - [Comunicati del Segretario Generale](#)
- [Massimario](#)
- [Lavori del Consiglio](#)

Parere n. 108 del 27/05/2010

Protocollo PREC 52/10/F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa Giletta S.p.A. – Fornitura di n. 7 autospazzatrici aspiranti da 3.4 mc comprensiva di installazione di agevolatore di spazzamento mod. "Sweepy Jet" prodotto dalla società Ingegneri Associati Productions s.r.l. che verrà fornito dall'Ente Appaltante, compreso



contratto di manutenzione full-service per sette anni o 12.600 ore motore – Importo a base d'asta € 1.784.117,00 – S.A.: A.M.S.A. S.p.A..

## Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### Considerato in fatto

In data 5 marzo 2010 perveniva all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Giletta S.p.A., in qualità di concorrente alla gara per l'affidamento della fornitura in oggetto, rappresentava alcune perplessità in ordine alla legittimità della disciplina di gara, con specifico riguardo: 1) all'art. 19 del Capitolato Speciale d'Appalto, laddove il pagamento previsto a 120 gg fine mese data ricevimento fattura non sarebbe conforme agli artt. 4 e 5 del D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231; 2) alla scelta di uno specifico accessorio da parte della stazione appaltante, vale a dire l'agevolatore di spazzamento modello "Sweepy Jet" prodotto dalla società Ingegneri Associati Productions s.r.l., che deve essere presente sul mezzo alla prova dimostrativa obbligatoriamente prevista dall'art. 5.1 del predetto Capitolato Speciale d'Appalto e che richiede una spesa per il concorrente di € 8.000,00; 3) alla necessità o meno di costituire un'A.T.I. nel caso in cui il concorrente non avesse una sua propria officina nel raggio di 100 Km. dalla sede della stazione appaltante, come richiesto all'art. 4, lett. a), punto 8 del Capitolato Speciale d'Appalto.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità l'A.M.S.A. S.p.A., rilevata preliminarmente l'inammissibilità dell'istanza per mancanza della necessaria documentazione nonché per acquiescenza dell'impresa istante alle medesime regole di gara già adottate dalla stazione appaltante in altre procedure, controdeduceva in ordine a tutti i profili sollevati, rappresentando: 1) che le tempistiche previste dalla documentazione di gara per i pagamenti sono coerenti con quelle correntemente applicate nelle prassi commerciali in uso nel settore a cui sono ascrivibili le forniture oggetto del contratto, trattandosi di forniture di rilevantissima entità e che necessitano altresì, di adeguato collaudo; 2) che lo specifico accessorio richiesto, denominato "agevolatore di spazzamento" modello "Sweepy Jet" è del tutto unico nel suo genere, in quanto oggetto di brevetto di cui è titolare la stessa A.M.S.A. S.p.A., né il concorrente deve corrispondere il costo dell'agevolatore, che viene fornito direttamente dalla stazione appaltante, ma è tenuto a corrispondere alla società Ingegneri Associati Productions s.r.l. che produce tale accessorio una somma, a titolo di corrispettivo per l'utilizzo dello stesso per il tempo necessario alla gara, che varia da € 1.000,00 a € 5.000,00, a seconda che il montaggio dello stesso sull'autospazzatrice, lo smontaggio e la riconsegna avvengano a cura del concorrente o a carico della società produttrice; 3) che, essendo richiesta la mera disponibilità, per l'intero periodo contrattuale, di una sede operativa o di un'officina ubicata all'interno di un raggio di 100 Km. dalla sede AMSA, non è necessario costituire un'A.T.I., ma sarebbe sufficiente, a titolo esemplificativo, un mero contratto di locazione e/o di comodato.

### Ritenuto in diritto

Con l'istanza di parere indicata in epigrafe sono state portate all'attenzione di questa Autorità, nel corso dell'istruttoria, tre questioni in ordine alla legittimità e congruità delle previsioni dettate dalla disciplina di gara per l'affidamento dell'appalto in oggetto.

Preliminarmente, in ordine ai rilievi di presunta inammissibilità dell'istanza, sollevati dall'AMSA

S.p.A., per mancanza della necessaria documentazione nonché per acquiescenza dell'impresa istante Giletta S.p.A. alle medesime regole di gara già adottate dalla stazione appaltante in altre procedure, gli stessi appaiono infondati sotto entrambi i profili: in primo luogo, la documentazione necessaria risulta essere stata acquisita; in secondo luogo, l'eventuale silenzio avverso precedenti bandi non esclude la ormai consolidata piena legittimazione di un'impresa di settore a contestare la contrarietà alla normativa delle regole della specifica gara cui intende partecipare.

Nel merito, con la prima questione parte istante dubita della legittimità della clausola di gara, in specie sub art. 19 del Capitolato Speciale d'Appalto, laddove è previsto che "I pagamenti relativi alla fornitura degli automezzi, condizionati all'esito positivo del collaudo, rilasciato dal responsabile dell'Unità Investimenti e Manutenzione Automezzi, avverranno a 120 gg fine mese data ricevimento fattura rimessa diretta", trattandosi di clausola avente ad oggetto un termine dilatorio per i pagamenti difforme e peggiorativo rispetto alle previsioni degli artt. 4 e 5 del D.Lgs. n. 231/2002.

In proposito, una recentissima sentenza (Consiglio Stato, Sez. V, 1 aprile 2010, n. 1885) del tutto pertinente al caso di specie, nel confermare l'orientamento già in precedenza espresso dal Consiglio di Stato sul tema, ha ricordato che la direttiva n. 2000/35/CE, recepita in Italia con il citato D.Lgs. n. 231/2002, sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, contiene norme imperative, applicabili anche alle pubbliche amministrazioni, che non sono derogabili mediante la tacita accettazione delle condizioni difformi con la presentazione di una offerta in una gara pubblica di appalto. Conseguentemente, tale pronuncia ha reputato inique le clausole di un bando di gara che prevedono il pagamento del corrispettivo a 60 giorni dal ricevimento della fattura, anziché ai 30 giorni, previsti dall'art. 4 del D.Lgs. n. 231/2002, ovvero la decorrenza degli interessi moratori dal 180° giorno anziché dal 30° giorno successivo alla scadenza del termine di pagamento, previsto dal citato art. 4, ovvero ancora il saggio di interesse dell'1% anziché dell'8% previsto dall'art. 5 del medesimo decreto legislativo.

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, pertanto, sono da ritenersi illegittimi la lettera d'invito ed il capitolato normativo nella parte in cui impongono, a pena di esclusione, l'accettazione della clausola che prevede il pagamento entro 120 giorni decorrenti dalla data di ricevimento della fattura. È stato chiarito, infatti, che, nell'ipotesi di gara per l'aggiudicazione della fornitura di beni ad una pubblica amministrazione, è illegittimo il provvedimento di esclusione di una ditta che sia fondato sulla mancata sottoscrizione della clausola del capitolato speciale contenente una deroga unilaterale ai termini di pagamento e agli interessi moratori per ritardato pagamento, fissati dagli art. 4 e 5 del predetto D.Lgs. n. 231/2002. A norma del comma 4 del citato art. 4 "le parti, nella propria libertà contrattuale, possono stabilire un termine superiore rispetto a quello legale di cui al comma 3 a condizione che le diverse pattuizioni siano stabilite per iscritto e rispettino i limiti concordati nell'ambito di accordi sottoscritti, presso il Ministero delle attività produttive, dalle organizzazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale della produzione, della trasformazione e della distribuzione per categorie di prodotti deteriorabili specifici"; cosicché la deroga ai termini di pagamento e agli interessi moratori per ritardato pagamento, fissati dalle menzionate disposizioni del predetto D.Lgs. n. 231/2002 sono consentite solo previo accordo liberamente sottoscritto dalle parti (cfr. Consiglio Stato, Sez. V, 12 aprile 2005, n. 1638).

L'imposizione dell'aumento dei termini per il pagamento rispetto ai trenta giorni fissati dal decreto, senza un accordo tra i contraenti inteso a delineare un regolamento negoziale più consono alla situazione finanziaria del debitore, sulla base di determinati parametri (ossia corretta prassi commerciale, natura dei beni o servizi, condizione dei contraenti e rapporti commerciali tra i medesimi), in realtà introduce un vantaggio per l'Amministrazione che deve considerarsi "indebito", atteso che la decorrenza degli interessi moratori segue il meccanismo automatico stabilito dall'art. 4 del D.Lgs. n. 231/2002, senza che neppure sia necessaria la costituzione in mora. Analogamente, pur se in termini comparativi rispetto ai limiti imperativi dettati dalla norma sulla nullità, è stato di recente ribadito che sussiste la grave iniquità, di cui all'art. 7 D.Lgs. n. 231/2002, delle clausole di contratto inserite dalle strutture sanitarie negli atti di gara per pubbliche forniture per la mancanza di

qualsiasi giustificazione che renda costantemente e reiteratamente possibili termini di pagamento, decorrenza degli interessi moratori e saggio degli interessi diversi da quelli stabiliti negli art. 4 e 5 d.lg. n. 231 del 2002 (cfr., ad es., T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, 22 dicembre 2008, n. 12229).

Alla luce delle considerazioni che precedono, pertanto, la clausola in contestazione appare, secondo il costante orientamento giurisprudenziale, contraria alla normativa vigente ed ai principi dalla stessa ricavabili, prevedendo, senza previa libera contrattazione, un termine di pagamento quadruplo rispetto a quello dettato dalla norma.

Con riferimento alla seconda questione portata all'attenzione dell'Autorità – concernente la legittimità della scelta operata dalla stazione appaltante di richiedere uno specifico accessorio (agevolatore di spazzamento modello “Sweepy jet”, prodotto dalla società Ingegneri Associati Productions s.r.l. e oggetto di brevetto di cui è titolare la stessa A.M.S.A. S.p.A.), che deve essere presente sull'autospazzatrice oggetto di fornitura alla prova dimostrativa obbligatoriamente prevista dall'art. 5.1 del predetto Capitolato Speciale d'Appalto –, va ribadito quanto ancora di recente evidenziato da questa Autorità (cfr. parere n. 57 del 23 aprile 2009).

Ai sensi dell'art. 68 del D.Lgs. n. 163/2006, le specifiche tecniche di appalto “devono consentire pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura dei contratti pubblici alla concorrenza” (comma 2) e, a meno di non essere giustificate dall'oggetto dell'appalto, le dette specifiche “non possono 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 a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti” (comma 13, primo periodo). Tale menzione o riferimento sono autorizzati, in via eccezionale, solo “nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intellegibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile..., a condizione che siano accompagnati dall'espressione << o equivalente >>”.

Ne discende che l'eventuale indicazione di marchi o, come nel caso di specie, di prodotti di un determinato “tipo” oggetto di brevetto, deve essere obbligatoriamente collegata alla dicitura “o equivalente”, significativa della volontà dell'amministrazione di utilizzare il marchio o la denominazione del prodotto solo a titolo esemplificativo, per meglio individuare le caratteristiche del bene richiesto. Ne discende che attraverso il concetto di equivalenza di cui al citato art. 68, si concretizza l'apertura al mercato degli appalti nei confronti di quegli operatori economici che usano sistemi e prodotti analoghi a quelli individuati dalla stazione appaltante.

Con la determinazione n. 2/2007, l'Autorità ha già posto in luce come con l'art. 68, comma 3, lettera b), del D.Lgs. n. 163/2006 (le specifiche tecniche sono formulate “in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, che possono includere caratteristiche ambientali. Devono tuttavia essere sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle stazioni appaltanti di aggiudicare l'appalto”) sia chiaro l'intento del legislatore di preservare, per ogni tecnica di redazione dei capitolati e dei documenti di gara, la possibilità per il concorrente di proporre soluzioni diverse ed innovative, purché idonee a soddisfare gli obiettivi della stazione appaltante.

E' conforme alla disciplina richiamata il bando di gara e la procedura concretamente svolta laddove consentano alla ditta partecipante di dimostrare, sia in via documentale, sia in contraddittorio, la conformità tecnica del proprio prodotto alle prescrizioni previste dal capitolato speciale.

In altri termini in sede di presentazione della domanda di partecipazione ad una gara d'appalto pubblico, opera il c.d. principio di equivalenza, avente la funzione di garantire e promuovere la maggior apertura concorrenziale tanto nell'ambito del singolo procedimento di affidamento (il che si collega col tradizionale principio del favor participationis nelle gare pubbliche), quanto nel generale mercato degli appalti pubblici; tale principio è altresì riconosciuto esplicitamente, sul piano

legislativo, dai commi 4 e 7 dell'art. 68 citato, i quali introducono anche l'onere dell'offerente di fornire la prova (con qualsiasi mezzo appropriato, ritenuto soddisfacente dalla stazione appaltante) circa l'equivalenza del prodotto offerto rispetto a quello indicato nel capitolato.

Nulla di ciò, invece, emerge dalla *lex specialis* in questione, la quale vincola all'utilizzo di uno specifico accessorio (agevolatore di spazzamento modello "Sweepy jet", prodotto dalla società Ingegneri Associati Productions s.r.l.); né in senso contrario vale invocare la parità di trattamento per i concorrenti, i quali per il disciplinare in oggetto devono tutti adeguare i propri mezzi all'accessorio indicato, stante la evidente contrarietà del disposto della *lex specialis* alla ratio della normativa richiamata, consistente nell'intento del legislatore di preservare, per ogni tecnica di redazione dei capitolati e dei documenti di gara, la possibilità per il concorrente di proporre soluzioni diverse ed innovative, purché idonee a soddisfare gli obiettivi della stazione appaltante.

Infine, in ordine alla terza questione sottoposta con l'istanza di parere in oggetto, concernente la necessità o meno di costituire un'A.T.I. nel caso in cui il concorrente non avesse una sua propria officina nel raggio di 100 Km. dalla sede della stazione appaltante, come richiesto all'art. 4, lett. a), punto 8 del Capitolato Speciale d'Appalto, la stessa AMSA S.p.A. nelle controdeduzioni prodotte a riscontro dell'istruttoria procedimentale ha chiarito che, essendo ivi testualmente richiesto "di disporre, per l'intero periodo contrattuale, di una sede operativa o di un'officina ubicata all'interno di un raggio di 100 Km. dalla sede AMSA di via Olgettina, 25 – Milano", non è necessario costituire un'A.T.I., ma sarebbe sufficiente, a titolo esemplificativo, un mero contratto di locazione e/o di comodato. Al riguardo, per completezza della trattazione si ritiene opportuno, tuttavia, rilevare che, a fronte della natura dell'appalto, concernente una fornitura e non un servizio, per la prevista manutenzione full-service non pare necessario avere una officina in un raggio chilometrico invero molto ampio (anche rispetto ad altre modalità di svolgimento della manutenzione che gli operatori del settore potrebbero ipotizzare ed offrire, ad esempio presso le officine di manutenzione degli automezzi della stazione appaltante).

In proposito, va altresì richiamato quanto statuito dalla prevalente giurisprudenza in ordine ad analoghe previsioni dettate anche in sede di *lex specialis* della singola gara, nel senso di ritenere che l'obbligo imposto dal bando di gara alle imprese di disporre di una sede operativa in ciascuna delle province in cui esse intendono esercitare la loro attività costituisce un ostacolo ingiustificato alla libera prestazione dei servizi ed è quindi incompatibile con l'articolo 49 del trattato CE, cosicché tale previsione va dichiarata illegittima dato che questa limitazione territoriale produce effetti restrittivi sulla libertà di stabilimento. (cfr. ad es. Consiglio Stato, Sez. V, 5 febbraio 2007, n. 447).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che in ordine alle tre questioni sollevate la disciplina di gara non è conforme alla vigente normativa di settore.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 1 giugno 2010

© Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture - Tutti i diritti riservati

via di Ripetta, 246 - 00186 Roma - c.f. 97163520584

Contact Center: 800896936

