



Fasc. Anac UVCS n. 1159/2020/gg

Oggetto: Adesione alla Convenzione Consip “Fornitura di autoveicoli e servizi connessi in favore della P.A. - lotti 2 e 3 - 8° edizione” anno 2016 da parte del Comune di *(omissis)*. *Definizione del procedimento ai sensi dell’art. 21 del Regolamento di vigilanza del 4.07.2018*

#### IL PRESIDENTE

Facendo seguito alla comunicazione di risultanze istruttorie di cui alla nota prot. n. 77780 del 27.10.2021, esaminate le controdeduzioni prodotte dal Comune di *(omissis)* e dalla società *(omissis)*, si trasmettono le seguenti valutazioni conclusive condivise dal Consiglio dell’Autorità nell’adunanza del 21.12.2021.

Si ricorda che il presente procedimento ha tratto impulso dall’ informativa della Polizia giudiziaria, Aliquota Guardia di Finanza collocata presso la Procura della Repubblica di *(omissis)*, pervenuta in data 11.02.2020 (prot. Anac n. 11565/2020). L’Ufficio UVCS ha comunicato l’avvio dell’istruttoria con nota del 21.05.2020 (prot. ANAC n. 37355/2020) e conseguentemente ha inoltrato al Comune di *(omissis)* successive richieste di informazioni volte a chiarire aspetti specifici della vicenda.

#### Fatto

La Aliquota Guardia di Finanza presso la Procura della Repubblica di *(omissis)* ha riferito delle indagini preliminari svolte in ordine all’approvvigionamento di autoveicoli per la Polizia municipale, effettuato dal Comune di Firenze tramite il ricorso alla convenzione Consip in oggetto.

Per quanto concerne gli allestimenti degli autoveicoli da acquistare, il Comune di *(omissis)* ha ritenuto di non utilizzare le opzioni previste nella convenzione Consip "Fornitura di autoveicoli e servizi connessi in favore della P.A., lotti 2° e 3° - 8A edizione", bensì di far installare allestimenti speciali i cui preventivi sono stati richiesti direttamente al fornitore degli autoveicoli, *(omissis)* [nel seguito indicato convenzionalmente con IMPRESA A., *NdR*], secondo la facoltà contemplata in via alternativa dalla Convenzione.

Difatti, la Convenzione Consip (paragrafo 4.4 del Capitolato Tecnico) prevedeva che:



a. "Le Amministrazioni hanno la facoltà di richiedere al Fornitore allestimenti specifici diversi da quelli già proposti"; (.....)

c. "restano a carico dell'Amministrazione richiedente la verifica della congruità dei prezzi proposti dal Fornitore in merito alle richieste di personalizzazioni ricevute e il rispetto di tutte le norme che regolano i processi di acquisto delle Pubbliche Amministrazioni". Ed ancora: "Qualora l'amministrazione ritenesse che le soluzioni proposte non soddisfino, in termini tecnici o economici, le proprie esigenze questa potrà, nel rispetto della normativa vigente e di quanto previsto al successivo par. 4.6, approvvigionarsi autonomamente di tali allestimenti speciali ... " (il par. 4.6 del suddetto capitolato impone alle Amministrazioni di richiedere al Fornitore il nulla osta affinché le modifiche agli allestimenti non inficino la garanzia contrattuale del veicolo).

Tuttavia il responsabile del procedimento ha:

a. Fatto predisporre da una ditta esterna, la (*omissis*) [nel seguito indicata convenzionalmente con IMPRESA B., *NdR*], su carta intestata di questa, un dettagliato elenco dei prodotti richiesti, indicando per taluni persino i materiali di cui dovevano essere composti;

b. Tramite il servizio centrale acquisti, espresso a IMPRESA A. (a cui era stato richiesto il preventivo) la preferenza per l'allestitore IMPRESA B.;

c. attestato che il preventivo poi fornito da IMPRESA A. (che ottemperando alle indicazioni ricevute si era rivolta a IMPRESA B.) fosse economicamente congruo: " ... tenendo conto delle soluzioni tecniche adottate e del materiale".

A detta dalla succitata Aliquota GdF, però, nessun accertamento volto a verificare la congruità dei prezzi sarebbe stato effettivamente svolto. Anzi, da una indagine esplorativa svolta *ex post* dallo stesso organo risulta che le altre due ditte interpellate avrebbero offerto al contraente principale prezzi sensibilmente più bassi (97.100 e 67.800 Euro) di quello applicato da IMPRESA B. (114.200 Euro) e quindi notevolmente meno onerosi rispetto a quello riconosciuto a IMPRESA A. (146.600 Euro), al lordo del ricarico applicato da quest'ultima.

### **Considerato in diritto**

In relazione a quanto emerso dall'istruttoria, si pongono due ordini di questioni, che si vanno appresso ad analizzare singolarmente:

- 1) Se sia legittimo il comportamento della Stazione appaltante, nella persona del Responsabile del procedimento, che, nel richiedere un preventivo al contraente principale per la fornitura di allestimenti opzionali, ha allegato, ad esplicazione di tale richiesta, le schede tecniche redatte da un particolare subfornitore e che nella successiva corrispondenza ha espresso un'esplicita preferenza per quel particolare subfornitore in ragione dei buoni risultati ottenuti nelle precedenti occasioni (con la seguente specifica: "fermo restando che per questo comando l'essenziale è che siano rispettate le indicazioni tecniche contenute nelle schede allegate all'ordine, da parte di chiunque IMPRESA A. incarichi di eseguire l'allestimento").



Al riguardo occorre tener presente che il d.lgs. 50/2016 all'art. 66 prevede la possibilità di acquisire, prima dell'avvio di una procedura di appalto da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, consulenze, relazioni e altra documentazione tecnica anche dei partecipanti al mercato utile ad impostare la procedura. Tuttavia tale documentazione può essere utilizzata nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbia l'effetto di falsare la concorrenza e non comporti una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza.

In base al seguente art. 68, inoltre, non è consentito, salvo che siano giustificate dall'oggetto dell'appalto, adottare specifiche tecniche che menzionino una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un operatore economico specifico, 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.

In altri termini la documentazione tecnica può essere utilizzata in fase di appalto/ordinativo per qualificare le caratteristiche del prodotto senza però identificare uno specifico fornitore o ditta produttrice. La menzione o il riferimento ad un singolo operatore economico sono consentiti, in via eccezionale, solo nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando le ordinarie modalità di declinazione delle specifiche tecniche previste dal comma 5 della stessa norma. In tal caso la menzione o il riferimento devono essere accompagnati dall'espressione «o equivalente».

In ossequio a questi criteri, nel caso di specie la facoltà prevista in Convenzione di richiedere al contraente allestimenti specifici di gradimento della stazione appaltante, non legittima quest'ultima ad orientare la scelta - rimessa al contraente, e in quanto tale espressione della sua autonomia imprenditoriale - verso un particolare subfornitore. Tanto più che lo stesso articolo della Convenzione esclude qualsiasi possibilità di deroga alle disposizioni codicistiche, imponendo "il rispetto di tutte le norme che regolano i processi di acquisto delle Pubbliche Amministrazioni", le quali per quella fascia di importo prevedono l'espletamento di procedure competitive.

D'altra parte, in base alla stessa norma convenzionale, se l'amministrazione avesse deciso di approvvigionarsi autonomamente di tali allestimenti speciali ritenendo le soluzioni proposte non soddisfattive le proprie esigenze tecniche o economiche, comunque essa sarebbe stata obbligata ad applicare la normativa vigente in materia di selezione dell'affidatario, che per tale fascia di importo richiedeva l'espletamento di una procedura competitiva.

Pertanto si ritiene che la condotta della Stazione appaltante, che ha indicato nella richiesta di preventivo lo specifico subfornitore a cui rivolgersi per gli allestimenti, non sia coerente ai principi di non discriminazione e trasparenza, dal momento che l'appaltatore principale ha interesse ad accondiscendere (così come in effetti è accaduto) alle richieste del responsabile del procedimento, ancorché espresse in termini di mera preferenza.



A giudizio di quest'Autorità, quindi, il Comune di (*omissis*), con l'indirizzare il contraente principale a commissionare gli allestimenti presso la ditta IMPRESA B., ha posto in essere di fatto un affidamento diretto verso un operatore economico scelto su base fiduciaria.

Come è noto, tale modalità di affidamento è consentita per gli appalti di importo inferiore alla soglia fissata per legge (corrispondente ad euro 40.000 al tempo dell'affidamento di cui trattasi) ovvero per gli appalti rientranti nei presupposti di cui all'art. 63 del Codice, segnatamente in caso di esistenza di un unico operatore sul mercato - dato che per gli altri casi menzionati la norma prevede la consultazione di almeno 5 operatori economici. Nessuna di tali condizioni ricorre nella fattispecie in esame, ove il valore della fornitura ammonta ad Euro 114.200 oltre iva e non è stata in alcun modo dimostrata l'infungibilità della prestazione offerta dalla IMPRESA B.

- 2) Se sia adeguata la valutazione di congruità svolta dalla stazione appaltante con riferimento agli esiti di gare pubbliche effettuate in precedenza per la stessa fornitura.

Difatti nel corso dell'istruttoria il Responsabile del procedimento ha riferito, allegando documentazione a supporto, che tramite precedenti gare aperte (2009-2010 e 2011), l'acquisto degli allestimenti speciali era risultato ben più oneroso di quello effettuato per mezzo della Convenzione Consip del 2016. Dal ché lo stesso funzionario avrebbe tratto il giudizio di congruità dell'offerta che ha determinato la scelta del fornitore. Pertanto la valutazione di congruità sarebbe stata fondata esclusivamente su dati storici dell'attività negoziale dello stesso Comune di Firenze, senza effettuare più vaste esplorazioni di mercato per fare riferimento a prezzi di mercato più attuali.

A tale riguardo si osserva tuttavia che, nel contesto a cui si fa riferimento (che si distingue dall'ambito della valutazione delle offerte anomale, per il quale vi è cospicua elaborazione dottrina e giurisprudenziale) la nozione di offerta congrua non coincide con quella di "migliore offerta", in quanto la congruità è caratteristica riferibile piuttosto "all'ordine di grandezza" del prezzo offerto. Al giudizio di congruità del prezzo, quindi, potrebbero applicarsi i criteri elaborati dalla giurisprudenza per quanto riguarda la fissazione della base d'asta nelle gare pubbliche, che "seppure non deve essere corrispondente necessariamente al prezzo di mercato, tuttavia non può essere arbitraria perché manifestamente sproporzionata, con conseguente alterazione della concorrenza" (Cons. Stato, III, 10 maggio 2017, n. 2168).

Sotto questo aspetto, la valutazione di congruità resa dal Responsabile del procedimento – basata sulle risultanze delle precedenti gare pubbliche effettuate dalla stessa S.A. - non appare viziata da profili di manifesta arbitrarietà e irragionevolezza.

#### **Controdeduzioni e conclusioni**



In relazione ai rilevi di cui al primo punto sopra elencato, le controdeduzioni prodotte dalla Stazione appaltante con nota n. 372212 del 18.11.2021 (registrata al prot. ANAC n. 83259/2021) si fondano sui seguenti argomenti:

- liceità della consultazione preliminare di mercato ai sensi dell'art. 66 del Codice dei Contratti (la circostanza che è stata consultata una sola ditta dipende dalla ristrettezza del mercato, visto che a precedenti gare aperte hanno partecipato 1 o 2 concorrenti);
- conformità all'art. 68, comma 6, del codice dei contratti, atteso che la clausola di equivalenza in esso prevista sarebbe soddisfatta dalla formulazione della mail del 7.11.2016, ove, nell'esprimere la preferenza per la IMPRESA B., si precisa "fermo restando che per questo comando l'essenziale è che siano rispettate le indicazioni tecniche contenute nelle schede allegate all'ordine, da parte di chiunque IMPRESA A. incarichi di eseguire l'allestimento";
- assenza per IMPRESA A. di motivi per accondiscendere alle indicazioni della S.A. sulla scelta del subfornitore, in quanto la preferenza per la IMPRESA B. è stata espressa dal RUP solo successivamente all'ordine ed accompagnata dalla clausola di equivalenza, lasciando così IMPRESA A. libera di decidere in base alle proprie considerazioni tecniche ed economiche.

A fronte di tali argomentazioni, occorre osservare che:

1. La consultazione di mercato, come già ricordato nella CRI, non può avere l'effetto di falsare la concorrenza e comportare una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza, sicché, pur in un mercato ristretto, non appare coerente che essa si riduca alla acquisizione delle schede tecniche di un singolo operatore economico. Tanto è vero che, con le linee guida n. 14 del 6.03.2019 (pur se successive all'affidamento in questione), il Consiglio dell'Autorità ha definito le regole di un procedimento formale per condurre la consultazione, prevedendo la pubblicazione preventiva di un avviso pubblico o, eccezionalmente, l'invio a soggetti determinati di lettere di consultazione, ma sempre nel rispetto dei principi di non discriminazione e trasparenza. Nel caso in questione, peraltro, la ristrettezza del mercato non può essere ritenuta impeditiva di una più ampia consultazione, giacché le indagini della Aliquota GdF refertate all'Autorità dimostrano che esistevano almeno due imprese disponibili a presentare offerta, a condizioni sensibilmente più vantaggiose di quelle proposte da IMPRESA B.
2. Come già chiarito, ai sensi dell'art. 68, la menzione o il riferimento ad un singolo operatore economico sono consentiti, in via eccezionale, solo nel caso in cui non sia possibile altrimenti una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto. Nel caso di specie, invece, per quanto si evince dalla segnalazione, il Comune di (*omissis*), pur in mancanza dei suddetti presupposti di necessità, ha inoltrato all'impresa aggiudicataria le schede tecniche predisposte su carta intestata da IMPRESA B., contenenti la descrizione "dettagliata" della produzione offerta da quella impresa sino



- all'identificazione dei materiali utilizzati per ciascuna componente - senza curarsi neppure di anonimizzare tali documenti;
3. Per quanto riguarda l'asserita ininfluenza delle indicazioni di preferenza espresse dal RUP, prima con l'inoltro delle schede tecniche di IMPRESA B. e poi, più esplicitamente, con la mail del 7.11.2016, si ritiene che tali indicazioni, ancorché siano state formalmente confermate solo dopo la formulazione dell'offerta economica e l'affidamento del contratto principale, possono comunque avere inciso sulle determinazioni finali di IMPRESA A. nella scelta del subfornitore, che è quanto qui rileva; ciò se non altro in ragione del fatto che l'impresa aggiudicataria, se si fosse rivolta ad un diverso fornitore, avrebbe dovuto assumersi l'onere di dimostrare l'equivalenza funzionale tra l'allestimento fornito e quello richiesto dalla S.A. con le suddette specifiche tecniche, dimostrazione soggetta a valutazione discrezionale della stazione appaltante (vd. *ex multibus* TAR Emilia Romagna n. 72/2021).

Ciò posto, si ritiene che non siano accoglibili le controdeduzioni della stazione appaltante e che possano qui confermarsi i rilievi riportati nella C.R.I. e sopra richiamati.

Con la presente il procedimento di vigilanza si intende definito in modalità semplificata ai sensi dell'art. 21 del Regolamento di vigilanza, invitandosi la stazione appaltante a comunicare le eventuali iniziative adottate per recepire le indicazioni dell'Autorità.

*Il Presidente*

*Avv. Giuseppe Busia*

Firmato digitalmente il 19 gennaio 2022