Publiacqua S.p.A

Sede legale e Amministrativa
Via Villamagna, 90/c – 50126 Firenze
Tel. 055.6862001 – Fax 055.6862495

Uffici Commerciali
Via De Sanctis, 49/51 – 50136 Firenze
Via del Gelso, 15 – 59100 Prato
Viale Adua, 450 – 51100 Pistoia
Via C.E. Gadda,1 – 52027 S. Giovanni Valdarno
P.le Curtatone e Montanara, 29 – 50032 Borgo S. Lorenzo
Via Morrocchesi, 50/A – 50026 San Casciano Val di Pesa

Cap. Soc. € 150.280.056,72 i.v.
Reg. Imprese Firenze – C.F. e P.I. 05040110487
R.E.A. 514782

Posta elettronica certificata
protocollo@cert.publiacqua.it

Firenze, lì 12.12.2018
Oggetto: Chiarimento n.3_Gara 21-1097, Fornitura di tubazioni e raccordi speciali per condotte di acqua potabile.

Domanda n.1

07.12.2018
Si chiede chiarimento in relazione alla
[…] "…*Esclusione prevista nel capitolato speciale di offerte in cui la parte di prodotti originari di Paesi Terzi, ai sensi del Regolamento (UE) n.952/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio, supera il 50 per cento del valore totale dei prodotti che compongono l'offerta*" dal momento che "…*dalla lettura della disposizione legislativa emerge chiaramente che il legislatore ha voluto attribuire alla stazione appaltante in sede di gara la potestà di valutare l'opportunità o meno di accettare offerte relative a prodotti provenienti da paesi terzi…Nel caso di specie invece, con una scelta che appare illegittima e immotivata, si deciderebbe a priori, nel capitolato, di non ammettere offerte con prodotti provenienti da paesi terzi*". […]

11.12.2018
"In attesa di ricevere risposta alla nostra richiesta di chiarimenti…Vi chiediamo di prorogare la scadenza della Vostra gara n. 21-1097."

Risposta:

La Sezione VI del bando di gara prevede che "*ai sensi dell'art. 137, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 non saranno ammesse offerte in cui la parte dei prodotti originari di Paesi terzi, ai sensi del regolamento (UE) n. 952/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio, supera il 50% del valore totale dei prodotti che compongono l'offerta*". La stessa previsione è riportata all'art. 1 del capitolato speciale d'appalto.

Gli atti di gara fano dunque rinvio all'art. 137, comma 2, d.lgs. 50/2016 (il cui contenuto era già riportato in precedenza nell'articolo 26 del d.lgs. 17 marzo 1995 n. 158 e nell'art. 234 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163), relativo agli appalti nei settori speciali, il quale dispone che "*qualsiasi offerta presentata per l'aggiudicazione di un appalto di forniture* ***può*** *essere respinta se la parte dei prodotti originari di Paesi terzi (..), supera il 50 per cento del valore totale dei prodotti che compongono l'offerta.* ***In caso di mancato respingimento dell'offerta*** *a norma del presente comma,* ***la stazione appaltante motiva debitamente le ragioni della scelta e trasmette all'Autorità la relativa documentazione***" (quest'ultima parte della previsione è stata aggiunta dal decreto correttivo).

La norma definisce prioritariamente il concetto di Paese terzo, quale paese estraneo all'Unione europea, con il quale i paesi aderenti alla Comunità non abbiano concluso convenzioni e accordi, multilaterali o bilaterali, che assicurino un accesso comparabile ed effettivo delle imprese della Comunità alle gare indette da questi Paesi.

Con riferimento alle offerte contenenti prodotti originari di Paesi terzi, risulta quindi che i principi di libera concorrenza nell'ambito di un unico mercato non operano automaticamente: la "ratio" della previsione risiede nell'esigenza di garantire che l'apertura del mercato degli appalti comunitari a tali Paesi terzi avvenga nel rispetto della condizione di reciprocità. L'obiettivo di garantire a tutti gli operatori economici un trattamento uniforme e discriminatorio, favorendo l'ingresso di nuovi soggetti alle commesse pubbliche, viene "*contemperato con l'esigenza di assicurare condizioni minime di tutela della "par condicio" per le imprese comunitarie che partecipano alle procedure di gara*" (Tar Emilia Romagna, Bologna, 2 maggio 2017 n. 343; id. 15 febbraio 2017 n. 126; Tar Campania, Napoli, 3 settembre 2014 n. 4695).

In base al tenore della norma, la stazione appaltante, ove siano presentate offerte in cui la parte dei prodotti originari di Paesi terzi supera il 50% del valore totale dei prodotti che compongono l'offerta, è titolare di una facoltà di respingere l'offerta dell'impresa appartenente al Paese terzo" (Tar Veneto 4 aprile 2002 n. 1243; cfr. anche id. 2 agosto 2018 n. 844; Tar Campania, Napoli, 5 settembre 2018 n. 5364).

Per questo motivo l'art. 137 comma 2 "*consente agli enti aggiudicatori di introdurre una clausola di esclusione per gli offerenti che presentino un'offerta composta per oltre la metà da prodotti originari di Paesi terzi*".

In base al quadro giuridico appena esposto emerge dunque che la Stazione appaltante può disporre l'esclusione del concorrente – a suo insindacabile giudizio - al verificarsi di un dato meramente quantitativo e cioè quando la parte dei prodotti originari di Paesi terzi supera il 50% del valore totale dei prodotti che compongono l'offerta.

Viceversa quando si proceda **con l'ammissione del concorrente**, la stazione appaltante motiva debitamente le ragioni della scelta e trasmette all'Autorità la relativa documentazione. Vale quindi la regola opposta ai canoni generali che regolano le procedure selettive: non si motiva in modo puntuale e rigoroso nel caso in cui si proceda con l'esclusione del concorrente, bensì solo quando si provveda alla sua ammissione. Ciò avvalora l'ampio potere discrezionale di cui gode l'Ente aggiudicatore: ove si presenti un'offerta composta per oltre la metà da prodotti originari di Paesi terzi non è censurabile la scelta dell'Ente di procedere automaticamente con l'esclusione del concorrente.

In questo quadro quindi trova giustificazione la scelta dell'Ente aggiudicatore di dichiarare fin da subito nei documenti di gara l'intenzione di esercitare una facoltà riconosciutale espressamente dalla legge (senza peraltro essere legata ad alcuna onere motivazionale) e cioè non ammettere gli offerenti che forniscano prodotti al di sopra della soglia citata.

Per di più, tale scelta risulta 'rispettosa' del principio di non aggravamento del procedimento amministrativo di cui all'art. 1, comma 2, l. 7 agosto 1990 n. 241: se infatti l'intenzione dell'Ente è quella di escludere le offerte che presentino le condizioni di cui al citato art. 137, è evidente che la partecipazione di tali concorrenti costituisce un inutile dispendio di energie e risorse economiche sia per l'Ente, sia per gli stessi partecipanti alla procedura.

Per i motivi sopra espressi, e riservandosi l'Ente scrivente di addurre nelle sedi competenti le ulteriori motivazioni che il caso di specie dovesse richiedere, si ritiene legittima la clausola del bando e non necessaria la 'riapertura' dei termini per la presentazione delle offerte.

Domanda n.2

07.12.2018
Si chiede chiarimento in relazione alla
[...] "*Estrema valorizzazione nell'assegnazione dei punteggi tecnici alla soluzione di finitura superficiale con Lega Zinco-Alluminio 400 gr/mq e metallo con funzione battericida, finitura epossidico*"...si chiede di "*...eliminare tale differenza di punteggio*" [...]

In relazione al punteggio premiante attribuito ad una caratteristica migliorativa delle tubazioni oggetto di gara la Stazione appaltante non ritiene, come paventato, di *"...precostituire nei confronti di alcuni concorrenti illegittime posizioni di vantaggio (cfr. AVCP parere 20 febbraio 2013, n.16; Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2005 n.1079)..."* né in ordine alla sua adozione né in ordine al peso attribuito (max punteggio attribuibile 4 su 70 punti stabiliti per i requisiti tecnici di gara).

Publiacqua S.p.A.
L'Amministratore Delegato
Giovanni Paolo Marati