



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 696 DEL 3 luglio 2019

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle questioni controverse ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Electrosteel Europe SA – Procedura aperta per l'affidamento dell'appalto dei lavori di realizzazione del collettore fognario dal depuratore di Stabbia al depuratore Aquarno di Santa Croce sull'Arno - Importo a base d'asta: euro 12.454.616,05 - S.A.: Acque S.p.A.

PREC 79/19/L

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza di parere acquisita al protocollo n. 26348 del 1/04/2019, la società Electrosteel Europe SA sottopone all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere contestando l'illegittimità del punto VI. 3 del bando di gara trasmesso alla GUCE in data 08/03/2019, con il quale è stata indetta una gara di appalto per la realizzazione di un sistema di collettamento dei reflui fognari attualmente trattati in una serie di impianti di depurazione ubicati nelle province di Firenze e Pisa, verso il sistema depurativo centralizzato nella zona del Cuoio, ed in particolare verso il depuratore di Aquarno di Santa Croce sull'Arno (PI).

La società istante, interessata a partecipare alla procedura di gara e nella qualità di fornitore di tubazioni e raccordi in ghisa sferoidale a norma EN 598, contesta la prescrizione del bando di gara di cui al punto VI.3) dove al secondo periodo la stazione appaltante ha fornito la seguente indicazione: «Si evidenzia la previsione dell'art. 11 del Capitolato Speciale d'Appalto, a mente della quale, ai sensi dell'art.137 comma 2 del D.lgs. n. 50/2016, l'offerta sarà respinta se la parte dei prodotti originari di paesi terzi, ai sensi del regolamento (UE) n. 952/2013 del Parlamento Europeo, supera il 50 per cento del valore totale dei prodotti che compongono la fornitura».

Nella corrispondenza intercorsa con la società (lettera del 27/03/2019), la Acque S.p.A., nel confermare le previsioni contestate e contenute nel capitolato speciale d'appalto e nella *lex specialis* di gara, forniva taluni chiarimenti alla società. In particolare, la stazione appaltante specificava che la previsione contestata era stata anticipata alla fase di partecipazione alla gara per consentire agli operatori economici di compiere una corretta valutazione dei costi da sostenere per l'acquisizione dei materiali ai fini della predisposizione del ribasso sul prezzo posto a base di gara. La stazione appaltante chiariva, altresì, che ai fini della predisposizione dell'offerta tecnica ciascun offerente avrebbe dovuto limitarsi a produrre i certificati di origine di ciascuna fornitura che intendeva presentare in sede di esecuzione del contratto chiarendo che era «sufficiente la consapevolezza che almeno il 50,1% della fornitura dovrà provenire dal mercato interno».

Nella richiesta di parere, l'istante contesta i chiarimenti resi dalla stazione appaltante ritenendo che l'art. 137, comma 2, d.lgs. 50/2016 disciplini una facoltà riconosciuta alle stazioni appaltanti esclusivamente negli appalti di forniture, insuscettibile di applicazione analogica agli appalti di lavori e servizi.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Secondo l'opinione dell'istante, la scelta compiuta dall'amministrazione sarebbe lesiva della concorrenza poiché allo stato vi sarebbe un solo produttore europeo per le tubazioni comprese nell'oggetto dell'affidamento e i certificati di origine, richiamati nella comunicazione del 27/03/2019, non potranno che essere di tale unico produttore, nonostante i prodotti Electrosteel godano delle certificazioni di processo e di prodotto rilasciate dai maggiori organismi di certificazione mondiali.

L'avvio del procedimento di precontenzioso è stato comunicato alle parti interessate con nota prot. n. 46383 del 10/06/2019.

Ritenuto in diritto

L'art. 137, d.lgs. 50/2016, rubricato "Offerte contenenti prodotti originari di Paesi terzi", prevede al comma 1: «Fatti salvi gli obblighi assunti nei confronti dei Paesi terzi, il presente articolo si applica a offerte contenenti prodotti originari di Paesi terzi con cui l'Unione europea non ha concluso, in un contesto multilaterale o bilaterale, un accordo che garantisca un accesso comparabile ed effettivo delle imprese dell'Unione ai mercati di tali paesi terzi». Il comma 2 dell'art. 137 del Codice stabilisce: «Qualsiasi offerta presentata per l'aggiudicazione di un appalto di forniture può essere respinta se 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 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 (...)».

La norma, emanata in attuazione dell'art. 85 della direttiva 25/2014/UE, riproduce la disciplina già introdotta con l'abrogato art. 234, d.lgs. 163/2006 emanato in attuazione dell'art. 58 della direttiva 2004/17/CE.

In riscontro alla richiesta di parere pervenuta, in primo luogo, non appare fondata la censura sollevata in ordine all'ambito di applicazione dell'art. 137, comma 2, del Codice, che si riferirebbe esclusivamente agli appalti di forniture e non agli appalti di lavori.

In relazione alla fattispecie sottoposta al vaglio dell'Autorità, dalla disamina della documentazione in atti emerge che la stazione appaltante ha indetto la procedura di gara ai fini dell'affidamento di un contratto avente come oggetto prevalente la realizzazione di opere e lavori pubblici, inclusivo di una specifica fornitura di prodotti, tubazioni/condotte in ghisa, rispetto alle quale la stazione appaltante ha ritenuto di fare applicazione dell'art. 137, comma 2, del Codice. Infatti, l'articolo 2 del capitolato speciale di appalto indica come oggetto dell'affidamento un contratto di lavori funzionale alla realizzazione di un sistema di collettamento dei reflui fognari attualmente trattati in una serie di impianti di depurazione nei Comuni di Cerreto Guidi e Fucecchio nella Provincia di Firenze e Santa Croce sull'Arno nella Provincia di Pisa, verso il sistema depurativo centralizzato nella zona del Cuoio, in particolare verso il depuratore di Aquarno di Santa Croce sull'Arno (PI), con lo scopo finale di realizzare le opere in progetto e di convogliare ad un unico, efficiente impianto di depurazione i reflui attualmente trattati nell'area della Valdinievole Nord Est. Inoltre, le opere previste dal progetto



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

comportano anche la fornitura e posa in opera delle tubazioni e pezzi speciali. A tale riguardo, l'art. 11 del capitolato speciale di appalto, concernente la documentazione da presentare a corredo dell'offerta, prevede tra i certificati da presentare per la condotta in ghisa il «Certificato di origine (dichiarazione del produttore di tubi e raccordi) per la rispondenza all'applicazione del comma 2 dell'art. 137 del D.Lgs 50, prevedendo, altresì, che ai sensi dell'Art. 137 comma 2 del D.lgs. n. 50/2016, l'offerta sarà respinta se la parte dei prodotti originari di paesi terzi, ai sensi del regolamento (UE) n. 952/2013 del Parlamento Europeo, supera il 50 per cento del valore totale dei prodotti che compongono la fornitura».

Con riferimento alle prestazioni contrattuali aventi ad oggetto la fornitura delle tubazioni in ghisa la scelta della stazione appaltante è stata nel senso di fare applicazione della disposizione normativa nella parte in cui riconosce la facoltà di escludere le offerte ove le forniture, per un valore superiore al 50%, provengano da Paesi terzi.

L'interpretazione sistematica dell'art. 137, d.lgs. 50/2016 – tenuto conto che la disciplina dettata riguarda, come si legge al comma 1, le “*offerte contenenti prodotti originari di Paesi terzi*” con cui l'Unione europea non ha concluso, in un contesto multilaterale o bilaterale, un accordo che garantisca un accesso comparabile ed effettivo delle imprese dell'Unione ai mercati di tali paesi terzi – autorizza a ritenere che la stazione appaltante possa respingere le offerte di prodotti originari dei predetti Paesi terzi laddove il valore degli stessi superi il 50 per cento del valore totale dei prodotti che compongono l'offerta, anche quando la gara sia stata indetta ai fini dell'affidamento di un contratto misto con prevalenza di lavori e inclusivo di forniture. Una diversa interpretazione dell'art. 137, comma 2, d.lgs. 50/2016, volta a consentire l'applicazione della norma esclusivamente agli appalti di forniture e non anche agli appalti misti inclusivi delle stesse, risulterebbe non coerente con la *ratio* della disciplina dettata dalla norma, volta a perseguire obiettivi di tutela della concorrenza e del principio di reciprocità.

Sotto un diverso profilo, appare conforme alla normativa la decisione della stazione appaltante di inserire nel disciplinare e nel capitolato speciale di gara la clausola concernente la volontà di esercitare la facoltà prevista dall'art. 137, comma 2, d.lgs. 50/2016.

Recentemente, il TAR Veneto, sez. I, nella sentenza n. 844/2018, ha considerato che la norma è «volta a garantire condizioni minime di tutela della *par condicio* tra le imprese che partecipano alle gare sul mercato degli appalti comunitari, con specifico riferimento ai casi in cui le forniture abbiano ad oggetto prodotti originari di paesi terzi», trattandosi di «una forma specifica di tutela del generale e fondamentale principio della *par condicio*, che viene messo a rischio di lesione quando vengono offerti beni prodotti in paesi terzi con costi di produzione molto bassi e regole di mercato ben più competitive». Ancora, il TAR Campania, Napoli, sez. V, sentenza n. 4695/2014 ha evidenziato come «la natura italiana dell'impresa non rende italiano il prodotto realizzato altrove, sebbene la produzione sia effettuata in proprio, dovendosi scindere il profilo soggettivo, del produttore, da quello oggettivo, dell'origine del prodotto» cui fa riferimento la norma.

La scelta della stazione appaltante di esercitare la facoltà prevista al comma 2 è vincolante, anche se residua in capo alla stessa la possibilità di riconoscere come attuato il principio di reciprocità e



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

di ammettere l'operatore economico purché con debita motivazione laddove l'offerta di forniture prodotte in Paesi terzi risponda agli standard qualitativi ed economici riscontrabili sul mercato degli appalti euro-unitari.

Appare, quindi, condivisibile quanto chiarito da Publiacqua S.p.A. all'impresa istante con nota del 12/12/2018 dove considerava che, sulla base dell'art. 137, comma 2, d.lgs. 50/2016, la stazione appaltante può prevedere nel disciplinare di avvalersi della facoltà di legge, disponendo l'esclusione a suo insindacabile giudizio al verificarsi di un dato meramente quantitativo e cioè quando la parte dei prodotti originari di Paesi terzi superi il 50% del valore totale dei prodotti che compongono l'offerta, laddove in caso di ammissione del concorrente, la stazione appaltante deve invece motivare debitamente le ragioni della scelta trasmettendo all'Autorità la relativa documentazione.

Pertanto, la scelta compiuta dalla stazione appaltante di riportare la previsione concernente l'esclusione nel disciplinare di gara e nel capitolato speciale d'appalto appare, quindi, conforme alla disciplina dettata dall'art. 137, comma 2, d.lgs. 50/2016 e ai principi generali regolanti la procedura di gara.

Sulla base di tutto quanto sopra rappresentato, alla luce delle considerazioni sopra esposte,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- l'operato della stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore.

Il Presidente F.F.
Francesco Merlomi

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 24 luglio 2019
Il Segretario, *Maria Esposito*