

O.d.G. del _____

PROPOSTA DI DELIBERAZIONE PER IL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE N°

11

Deliberazione n° _____/2011

del

OGGETTO DELLA PROPOSTA

OGGETTO: RICORSO EX ART. 120 CPA DELLA DITTA EMMECI MOTORI E COMPONENTI SRL AL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA PUGLIA – LECCE. DECISIONI CONSEQUENZIALI.

Ufficio proponente: Ripartizione Affari Generali, Pubbliche Relazioni e Sinistri.

ALLEGATI/NOTE:

- 1) Ricorso notificato il 06/12/2011 dall'avvocato Carlo Contaldi La Grotteria, nell'interesse della Emmeci Motori e Componenti S.r.l.;
- 2) Nota AMAT S.p.A. del 31/01/2012, ns. prot. 1846.

Il Direttore Generale, di concerto con il Dirigente Amministrativo e con il Capo Unità Affari Generali, Pubbliche Relazioni e Sinistri, riferisce e propone quanto segue:

Premesso che:

– Con ricorso notificato il 06/12/2011 la ditta Emmeci Motori e Componenti S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Contaldi La Grotteria, ha chiesto al Tribunale di Taranto, adito:

- 1) di annullare il bando di gara relativo alla procedura aperta n°038/2011 per la fornitura triennale di ricambi per autobus, pubblicato in GURI 5° serie speciale n. 129 del 02/11/2011;
- 2) del diniego di esercizio del potere di annullamento in autotutela a seguito dell'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale;
- 3) dell'eventuale atto di esclusione dell'offerta della ricorrente (atto non conosciuto);
- 4) dell'eventuale atto di aggiudicazione (atto non conosciuto);
- 5) di dichiarare l'inefficacia del contratto, se intervenuto, con conseguente subentro della ricorrente, ovvero in subordine con risarcimento del danno per equivalente (atto non conosciuto);
- 6) di condannare la Società convenuta al pagamento delle spese e competenze di giudizio.

Considerato che:

- i rilievi mossi alla Società impongono la necessità di assicurare all'Azienda una difesa quanto più adeguata possibile in vista dell'udienza di discussione;

- il Presidente del C.d.A., con nota a propria firma datata 31/01/2012, ns. prot. 1846, ha proceduto a conferire all'avvocato Roberto Barberio l'incarico professionale finalizzato alla difesa della Società in relazione al procedimento instaurato.

Si propone di:

- procedere alla ratifica della suddetta nomina;

IL CAPO UNITÀ AA.GG., PP.RR. E SINISTRI _____

IL DIRETTORE AMMINISTRATIVO _____

IL DIRETTORE GENERALE _____

IL CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE

- Esaminata la relazione che precede;
- Visti gli atti;
- Ritenuto sussistere valide e fondate ragioni per procedere alla ratifica della nomina dell'Avv. Roberto Barberio, allo scopo di assicurare l'efficace e completa difesa dell'Azienda;
- Visto il codice civile e lo Statuto della Società;

A voti _____

DELIBERA

1. di ratificare il conferimento dell'incarico all'avvocato Roberto Barberio, formulato con nota a firma del Presidente del C.d.A. datata 31/01/2012, ns. prot.1846, finalizzato ad assicurare la difesa dell'Azienda nel giudizio promosso dalla ditta Emmeci Motori e Componenti S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Contadi La Grotteria;
2. di prendere atto che per il suddetto incarico sarà applicabile la tariffa concordata con lo Studio legale Barberio nell'ambito della convenzione professionale sottoscritta in data 22/03/2011.

Prot. n°: 1846 /UAG

Taranto, 31 GEN. 2012

Egr. Avv.to Roberto Barberio
Corso Italia, 254
74100 TARANTO

Oggetto: Conferimento incarico

Con la presente, ai sensi dell'art. 24 dello Statuto Societario dell'AMAT S.p.A. e della scrittura privata di incarico professionale convenzionato del 22/03/2011, Le conferisco l'incarico di rappresentare l'AMAT S.p.A., nel ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Lecce proposto dalla ditta EMMECI MOTORI E COMPONENTI SRL.

A disposizione per ogni ulteriore informazione e chiarimento sui termini della questione, Le porgo distinti saluti.



IL PRESIDENTE
(dott. Francesco Walter Poggi)

Allegati:
n°01 mandato

P.L.

31/01/12

Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia - Lecce

RICORSO

COPIA

ex art. 120 c.p.a.

per la ditta EMMECI MOTORI E COMPONENTI srl (PIVA: 01816051005 e CF: 07584420587), in persona dell'Amministratore Unico, legale rappresentante p.t., sig. Eude Antonio Maccaferri nato a Cento il 22.05.1930 e residente a Roma in Viale Pinturicchio 84, C.F. MCC DTN 30E22 C469M, rappresentata e difesa giusta delega in calce al presente atto dall'avv. Carlo Contaldi La Grotteria (CNT CRL 74B03 H501X - c.contaldi@cnfpec.it - fax 06.45443398), e con lui elettivamente domiciliata nello studio dell'avv. Barbara Renna (RNN BBR 71H59 E506W - ren-na.barbara@ordavvle.legalmail.it - fax 0832.311224) in Lecce Via G. G. berdan 11 (73100)

contro: l'AMAT spa - Azienda per la Mobilità nell'Area di Taranto, in persona del legale rappresentante p.t.

per l'annullamento

a) del bando di gara relativo alla "procedura aperta n° 038/2011 per la fornitura triennale di ricambi per autobus" suddivisa in tre lotti (CIG 3392620E93 - 3392663213 - 33927054BB), pubblicato in GURI 5° serie speciale n. 129 del 2.11.11 (docc. nn. 1, 2, 3);

b) del diniego di esercizio del potere di annullamento in autotutela a seguito della informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale (doc. n. 4);

c) dell'eventuale atto di esclusione dell'offerta della ricorrente (atto non conosciuto);

d) dell'eventuale atto di aggiudicazione (atto non conosciuto);

Nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto (se intervenuto - atto non conosciuto), con conseguente subentro della ricorrente, ovvero,

Prot. N.	22909	
06 DIC. 2011		
P	PRESIDENTE	☒
DG	DIRETTORE GENERALE	☒
DA	DIRETTORE AMMINISTRATIVO	☒
DT	DIRETTORE TECNICO	☐
DE	ESERCIZIO MOVIMENTO	☐
UAG	AFFARI GENERALI/INSTRUMENTI	☒
UA	ACQUISTI/CONTRATTI	☒
UC	CONTABILITA'/BILANCIO	☒
UI	INFORMATICA	☐
UP	PERSONALE / RETRIBUZIONI	☐
UT	TECNICO	☐
UPT	PRODOTTI/TRAFFICO	☐
URG	RAZIONERIA / ECONOMATO	☐
UQ	STAFF QUALITA'	☐

in subordine, con risarcimento del danno per equivalente.

Premesse in fatto.

- A. L'AMAT ha bandito una procedura aperta per l'affidamento della fornitura triennale di ricambi per autobus, del valore complessivo di euro 3.600.000,00.

Il bando di gara suddivide la fornitura in tre lotti: il primo riguarda esclusivamente "ricambi originali IVECO/ORLANDI", il secondo "ricambi originali BREDAMENARINI", il terzo "RICAMBI EQUIVALENTI E DI PRIMO EQUIPAGGIAMENTO". Quest'ultima "categoria" di ricambi, a sua volta, è suddivisa in 60 diverse "marche" di prodotti "equivalenti" e di "primo impianto" che, di fatto, costituiscono ulteriori distinti lotti di aggiudicazione (v. art. 3 del bando doc. n. 3: «per il lotto 3 ... l'aggiudicazione sarà stabilita per singola marca componente»).

Il bando prevede che l'aggiudicazione sarà disposta in favore della ditta che avrà offerto la maggiore percentuale di sconto "rispetto ai prezzi di listino tempo per tempo vigenti" (art. 6 del bando, doc. n. 3).

Giova precisare sin d'ora che i "listini" cui la norma di gara si riferisce sono formati dai produttori dei pezzi di ricambio e non dall'AMAT (il punto è chiarito dall'art. 13 del bando dove è previsto che «i prezzi di listino rimarranno, comunque, invariati sino alla data di presentazione da parte della ditta aggiudicataria dei nuovi listini entrati in vigore»). La PA ha, quindi, rimesso alla volontà di un soggetto "terzo" rispetto alla gara la determinazione del prezzo che, in concreto, andrà a corrispondere per l'acquisto di ciascun singolo pezzo di ricambio.

Vi sono tre ulteriori profili del bando che vanno evidenziati:

- non è previsto né un elenco dei ricambi che fanno parte di ciascuno dei tre lotti, né il "peso" delle 60 "marche" di prodotti equivalenti e di primo impianto che compongono il terzo lotto.

- è esclusa espressamente la possibilità di fornire ricambi "equivalenti" rispetto a quelli indicati;
- infine, tra le "marche" dei ricambi del terzo lotto ve ne sono alcune (ad es. la FRA) che non corrispondono ad un produttore di componenti, ma ad un semplice distributore.

B. - Esaminati questi aspetti del bando, EMMECI ha informato la PA della sua intenzione di impugnare gli atti di gara, indicando diffusamente i vizi che ne minavano la legittimità (doc. n. 5).

La PA non ha ritenuto di dover provvedere in autotutela, perché, a suo dire, il bando di gara «stimola una amplissima concorrenza nel perseguire l'interesse pubblico all'acquisizione del miglior prodotto al minor prezzo, e nel realizzare tale proponimento, esprime chiarezza e precisione, in uno con l'incondizionato rispetto della posizione paritaria dei partecipanti alla gara» (doc. n. 4).

Questa affermazione non trova, però, rispondenza negli atti impugnati, che sono illegittimi e gravemente lesivi degli interessi della ricorrente per i seguenti motivi di

DIRITTO

(1)

Violazione dell'art. 68 del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere per irragionevolezza ed illogicità manifeste.

a.1. Ai sensi dell'art. 68 del D.Lgs. n. 163/2006, le specifiche tecniche di un 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, «non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare né far riferimen-

to 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 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. Infatti «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» (AVCP, parere 108 del 27.5.2010).

La norma si collega direttamente con lo scopo primario e "tradizionale" delle procedure di evidenza pubblica applicate ai contratti passivi stipulati dalle amministrazioni, cioè quello di garantire che l'amministrazione si aggiudichi beni e servizi di migliore qualità ad un minore prezzo (la PA non è onnisciente, non può conoscere tutti i prodotti che il mercato offre); nonché con lo scopo, altrettanto primario, di derivazione comunitaria, cioè quello di garantire che le imprese offerenti operino in regime di equilibrata concorrenza.

a.2. La giurisprudenza comunitaria e nazionale non ha incertezze sul punto.

È significativo ricordare che la Corte di Giustizia ha affermato questo principio sin dalle direttive "di prima generazione", ritenendo che lo stesso sia derivazione diretta del Trattato: «Contravviene agli obblighi ad

esso incombenti ai sensi della direttiva 77/62, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, lo Stato membro che [...] ometta di aggiungere in un siffatto bando di gara, successivamente a una specificazione tecnica definita con riferimento a un prodotto di una marca determinata, la menzione "o equivalente", laddove la direttiva imponga tale menzione e tale omissione possa risultare di ostacolo alle correnti di importazione nel commercio intracomunitario, in contrasto con l' art. 30 del Trattato» (sentenza 24.1.1995, in causa C-359/93, *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*).

Nell'ottica del giudice comunitario la limitazione delle forniture ai soli prodotti "originali" ostacola «le correnti di importazione nel commercio intracomunitario, riservando il mercato ai soli fornitori che si propongono di usare il prodotto specificamente indicato» (Corte di Giustizia, ord. 3.12.2001, in causa C-59/00, *Vestergaard*).

Anche il Giudice nazionale ha ribadito in più occasioni l'inderogabilità della regola (Cons. St., sez. III, 13.5.2011, n. 2905; sez. VI, 11.3.2010, n. 1443; sez. IV, 12.11.2009, n. 6997; TAR Puglia, Bari, sez. I, 1.3.2010 n. 695; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 30.5.2006 n. 1354), osservando, in particolare: «nei casi in cui le specifiche tecniche risultino tutte incentrate sul riferimento al prodotto già confezionato dalle imprese produttrici, il riferimento tecnico deve essere necessariamente corretto attraverso il riferimento al concetto di "equivalenza"» (Cons. St., sez. V, 24.7.2007, n. 4138).

Il Giudice amministrativo ha anche chiarito che il principio di equivalenza ha «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 ed è riconosciuto esplicitamente, sul piano legislativo, dai commi 4 e 7 dell'art.

68 del codice dei contratti pubblici» (Cons. St., sez. V, 7.7.2011, n. 4052).

- a.3. Nel caso di specie gli atti di gara non prevedono la possibilità di fornire liberamente ricambi "equivalenti".

Questa affermazione, evidente per quanto riguarda i primi due lotti, deve ritenersi valida anche per il terzo lotto. Infatti, sebbene l'Amministrazione abbia denominato questo lotto "ricambi equivalenti" e di "primo equipaggiamento", in concreto ha specificato 60 diverse marche nelle quali si concretizzerà la fornitura. Questa specificazione vale ad escludere la possibilità di fornire realmente ricambi equivalenti, cioè componenti che abbiano le stesse caratteristiche funzionali degli originali. Infatti, l'equivalenza del ricambio può essere certificata solo dal produttore dello stesso (art. 68, co. 5); l'Amministrazione non può aprioristicamente decidere quali ricambi sono equivalenti, escludendo la possibilità che l'offerente individui eventuali prodotti migliorativi.

Al contrario, appare chiaro dalla strutturazione del bando, che la PA si è riservata la possibilità di richiedere volta per volta una specifica "marca".

Inoltre, l'indicazione delle 60 marche di ricambi equivalenti e "di primo equipaggiamento" comporta l'impossibilità di fornire, nel corso della fornitura (tre anni), ricambi equivalenti o di "primo equipaggiamento" di successiva costruzione. Insomma, la PA ha scelto di rifiutare qualsiasi innovazione il mercato dovesse prospettare per i prossimi tre anni, una scelta *luddista* che, ovviamente, contrasta non solo con le regole del mercato, ma, prima ancora, con l'interesse pubblico che la PA deve perseguire.

Sotto questo profilo, dunque, la *lex specialis* ha costruito anche per il terzo lotto una gara per la fornitura di soli ricambi "originali", quelli cioè delle 60 marche indicate nell'allegato (chiedere ad es. ricambi Fiamm, equivale

ad escludere la possibilità di fornire altro rispetto a questa marca).

- a.4. Sempre con riferimento al lotto 3 deve evidenziarsi che esso comprende solo un ristretto numero di produttori di ricambi c.d. "di primo equipaggiamento" (ZF - KNORR-BREMSE - SKF - VOITH - WABCO - STABILUS - WEBASTO - BOSCH - BODE - HELLA - VDO).

Così facendo la PA ha escluso la possibilità di fornire tutti gli altri numerosi ricambi di "primo equipaggiamento" dei bus in oggetto (sono circa 840 per ciascuna marca di autobus).

Questa circostanza, oltre a rilevare come violazione dell'art. 68, indicato in rubrica, costituisce anche una violazione della c.d. "regolamento Monti" (v. III motivo).

- a.5. Inoltre, nell'elenco dei marchi che compongono il terzo lotto viene menzionato come costruttore di ricambi equivalenti o "di primo equipaggiamento" un costruttore di bus (MAN la cui Bus Division è la NEOMAN) che equivale all'IVECO IRISBUS e alla BREDAMENARINIBUS.

- a.6. L'elenco tassativo predisposto dalla PA è illegittimo anche perché esso non comprende tutte le tipologie di ricambi: vi sono alcune componenti fondamentali per le quali non viene indicato né un costruttore di ricambi di "primo equipaggiamento" né un costruttore di ricambi "equivalenti".

Ad esempio, mancano i costruttori di "primo equipaggiamento" della "tiranteria per lo sterzo"; delle "marmitte"; delle "guarnizioni e manicotti"; dei "tubi ad alta pressione". Giova precisare che questi componenti non sono realizzati direttamente né dalla IVECO né dalla Bredamenarini, quindi non ne esistono di "originali" (nella accezione fatta propria dalla PA che distingue, sbagliando, gli originali dai ricambi di "primo equipaggiamento" - v. terzo motivo).

In altre parole, l'Amministrazione non ha ritenuto necessario mettere a gara queste tipologie di ricambi

b. Va, inoltre, precisato che alcune "marche" dei ricambi del terzo lotto (ad es. la FRA) non corrispondono ad un produttore di componenti, ma ad un semplice distributore; e che alcune di esse corrispondono a ricambi "di primo impianto", cioè, originali (v. III motivo).

c. La *lex specialis* contiene una ulteriore violazione delle norme e dei principi indicati in rubrica.

Infatti, l'art. 3 del Bando (criterio di aggiudicazione) prevede che la determinazione del prezzo del singolo ricambio avverrà mediante l'applicazione dello sconto percentuale offerto in sede di gara (invariabile) al prezzo di listino "tempo per tempo" vigente (elemento variabile).

L'Amministrazione ha, quindi, rimesso all'arbitrio di un soggetto terzo (colui che forma il listino) la determinazione del prezzo "finale" della fornitura.

La portata concreta di quanto ora affermato emerge con chiarezza dall'analisi delle due tavole grafiche allegate, nelle quali si individua l'aumento intervenuto nel listino IVECO tra il mese di giugno ed il mese di ottobre di quest'anno, pari a circa il 50% (doc. n. 6). Ad esempio, il ricambio "serie ganasce freno" costava nel gennaio 2009 euro 2.565,00, mentre oggi (a distanza di quasi tre anni, cioè la stessa durata del contratto per cui è causa) costa euro 6.017,04.

La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire, proprio con riferimento ad una procedura parametrata al listino IVECO, che la costruzione di una gara in questi termini costituisce un «fatto patologico e del tutto estraneo ai principi della libera concorrenza» (TAR Liguria, sez. II, 11.11.2002, n. 1087).

Più dettagliatamente, il Consiglio di Stato ha affermato:

«l'imposizione della formulazione dell'offerta con riferimento al listino di un determinato produttore [...] determina un'evidente alterazione

della regolarità del confronto concorrenziale ed una lesione della *par condicio* dei concorrenti, finendo per attribuire un palese ed ingiustificato vantaggio alle imprese partecipanti che offrono ricambi originali IVECO e per gravare, invece, le altre (quelle, cioè, che, valendosi della relativa facoltà espressamente riconosciuta dal disciplinare di gara, propongono la fornitura di ricambi equivalenti) di un onere aggiuntivo che li costringe ad una complessa operazione di conoscenza del listino di riferimento, di individuazione in questo delle voci corrispondenti dei ricambi oggetto dell'offerta e di articolazione della propria proposta su parametri riferiti a prodotti aventi caratteristiche strutturali diverse da quelli (solo nella funzionalità) equivalenti e, soprattutto, li espone, in definitiva, alle revisioni dei prezzi ed a qualsiasi altra modifica del listino deliberate da un'impresa produttrice concorrente (in evidente spregio delle più elementari regole poste a presidio della concorrenza)» (Cons. St., sez. V, 6.10.2003, n. 5896).

(2)

Violazione dell'art. 82 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Come anticipato in premessa, il terzo lotto sarà aggiudicato "per singola marca" (art. 3 del Bando); si tratta, quindi di un sorta di "sotto-lotti" al lotto principale. Questa interpretazione è suffragata dall'art. 5 lett. e) del bando che prevede la costituzione di una specifica cauzione provvisoria "per ogni marca" del lotto 3 che si intende offrire.

Peraltro, manca l'indicazione della scomposizione del prezzo a base di gara (euro 3milioni) tra le diverse marche. In altre parole, non è possibile comprendere il valore di ciascun "sotto-lotto".

Di precisa, poi, che neppure per i lotti 1 e 2 la PA fornisce indicazioni circa il "tipo" di ricambi che intende acquistare.

L'incertezza è acuita dalla circostanza che un autobus è composto da cir-

ca un migliaio di ricambi di meccanica ed altrettanti di carrozzeria, assolutamente eterogenei (per natura e per costo): si va dalla "rosetta" (codice IVECO 17496974) del valore di listino di euro 0,12/pezzo; alla "pompa di iniezione" (codice IVECO 99437096) del valore di listino di euro 9.329,62.

Inoltre, l'eterogeneità dei ricambi, oltre che dalla loro natura e dal costo, è data anche dalla maggiore o minore "usurabilità".

Ed ancora, la PA non indica la tipologia (marca, modello, anno di fabbricazione) dei mezzi in suo possesso.

Altro elemento di incertezza è dato dal riferimento al "listino" in vigore al momento dell'ordine quale parametro di riferimento del prezzo del singolo componente, dal momento che, come si è detto, ciò comporta l'attribuzione ad un soggetto terzo rispetto alla gara del potere di determinare un elemento fondamentale (v. primo motivo, lett. c).

Infine, ad accrescere il quadro di incertezza nel quale EMMECI è stata chiamata ad operare vi è anche la circostanza che la PA non fornisce alcun elemento utile per ipotizzare i quantitativi di ricambi che saranno richiesti nel corso della fornitura, ad esempio, fornendo i dati "storici" del consumo.

EMMECI si trova, insomma, a dover effettuare la propria offerta "al buio" privo di quegli elementi di conoscenza minimali necessari a distinguere l'operazione imprenditoriale dal "gioco d'azzardo".

Il fatto che nel caso in cui l'amministrazione decida di aggirarsi sul criterio del prezzo più basso deve fornire agli offerenti tutti gli elementi essenziali per la formulazione dell'offerta deve essere chiarito dalla stazione appaltante in modo chiaro, comprensibile e da consentire alle imprese che intendono parteci-

pare, alla gara di valutare correttamente la convenienza economica della fornitura del servizio richiesto e di partecipare, alla gara, in posizione di parità rispetto agli altri concorrenti» (TAR Lazio, sent. 706/2011).

Nel caso di specie ciò non è avvenuto, con evidente ed intuibile vantaggio competitivo dell'attuale fornitore che detiene gran parte delle informazioni sopra riportate.

(3)

Violazione del reg. CE 1400/2002 e del reg. CE 461/2010:

Il cd. "regolamento Monti" (1400/02) distingueva i ricambi in "originali" ed "equivalenti". Il terzo genere costituito dai cd. "ricambi di primo equipaggiamento" (cioè, quei componenti realizzati da un soggetto diverso rispetto al produttore del veicolo, ma su indicazione e specifiche tecniche di quest'ultimo, e presenti sul veicolo al momento in cui questo "esce dalla fabbrica"), è considerato tra i ricambi "originali" (art. 1, lett. t del Reg. 1400).

Questo aspetto è chiarito dall'"Opuscolo esplicativo" al Regolamento 1400/2002 (cd. "regolamento Monti") redatto della Direzione generale della Concorrenza della Commissione CE (doc. n. 7). Secondo la Direzione generale della Concorrenza, i ricambi di "primo impianto" o di "primo equipaggiamento" sono quei beni non realizzati direttamente dal costruttore del veicolo ma «da costruttori di pezzi di ricambio in base ad accordi di fornitura con il produttore di autoveicoli» e devono essere considerati alla stregua degli originali.

Il nuovo regolamento comunitario, addirittura supera questa distinzione e prevede solò la categoria dei "pezzi di ricambio", all'interno della quale sono da ricomprendere tutti «i beni che vengono incorporati o montati in o su un autobus per sostituirne delle parti componenti» (art. 1, lett. h, Reg. 461).

La distinzione operata dall'Amministrazione viola entrambe le surrimate previsioni, da un lato, perché continua a proporre distinzioni tra i vari tipi di ricambi; dall'altro lato, perché accomuna i ricambi di primo equipaggiamento agli "equivalenti" e non agli "originali".

(4)

Violazione del d.lgs. n. 231 del 2002; violazione della Dir. 2000/35/CE.

Violazione dell'art. 307, co. 2 del D.P.R. 207/2010.

L'art. 17 del bando di gara esclude espressamente l'applicabilità dei termini di pagamento e del tasso di interesse di mora, previsti dal d.lgs. n. 231/2002. Questa deroga – unilaterale – alla disciplina del decreto legislativo n. 231 del 2002 è illegittima.

In estrema sintesi, la "lotta al ritardo nei pagamenti" è affidata dalla norma in esame, da un lato, al termine di pagamento di trenta giorni e, dall'altro, ad un tasso di interesse, in caso di superamento di questo, equivalente al "tasso BCE + 7%".

Tuttavia vi è lo spazio per previsioni contrattuali diverse: ma ciò entro precisi limiti, la violazione dei quali produce conseguenze radicali.

Per comprendere ciò basti menzionare il considerando n. 19 della Direttiva a mente del quale «la presente direttiva dovrebbe proibire l'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore. Nel caso in cui un accordo abbia principalmente l'obiettivo di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore (...) si può ritenere che siffatti elementi configurino un siffatto abuso (...)».

Tale principio trova poi concretizzazione nell'art. 3, co. 3 della stessa Direttiva, a sua volta recepito dal legislatore nazionale con l'art. 7 del d.lgs. n. 231 del 2002.

Quest'ultimo in particolare prevede, al co. 1, che «l'accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardato pagamento, è nullo se, a-

vuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza, risulti gravemente iniquo in danno del creditore».

A tal fine, dispone il co. 2, «si considera, in particolare, gravemente iniquo l'accordo che, senza essere giustificato da ragioni oggettive, abbia come obiettivo principale quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore (...)».

A mente del co. 3, quindi, spetta al giudice dichiarare «la nullità dell'accordo» e, «avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1» applicare i termini legali ovvero ricondurre ad equità il contenuto dell'accordo.

In sostanza il legislatore, pur consentendo accordi rimessi alla negoziazione delle parti del rapporto commerciale, ha tuttavia voluto stabilire i limiti di tale libertà, introducendo dei parametri di "ragionevolezza", dalla violazione dei quali far discendere la nullità di deroghe eccessivamente "sbilanciate" in favore del debitore.

Risulta chiaro come tale disciplina, sanzionando con la nullità accordi derogatori che "sterilizzino" del tutto la tutela offerta al creditore, vada ben oltre alle previsioni civilistiche in materia di clausole vessatorie perché non rientra nella disponibilità delle parti derogare completamente alla norma di protezione. In altre parole, la Direttiva e, conseguentemente, il legislatore nazionale lasciano spazio solo a quegli accordi che abbiano ad oggetto "gli interessi per il ritardo di pagamento", non potendo ammettersi "accordi" che di fatto eliminino del tutto tale garanzia.

Svolte queste premesse generali, occorre anche verificare come la giurisprudenza nazionale abbia fatto applicazione del potere di declaratoria della nullità ovvero di riconduzione ad equità e, soprattutto, in quali ipo-

tesi sia stata riconosciuta la "abusività" di accordi in deroga.

Una decisione particolarmente interessante sul punto è la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 2.2.2010, n. 469 con la quale il giudice amministrativo, oltre ad affrontare "nel merito" il concetto di clausola iniqua (nel caso di specie: termine di pagamento a 60 giorni; decorrenza degli interessi moratori dal 180° giorno; saggio di interesse dell'1%), ha portato l'attenzione su quale sia (e come debba formarsi) il "diverso accordo" tra le parti che consente la deroga delle tutele offerte dal d.lgs. n. 231 del 2002, avendo in particolare come riferimento contratti che si pongano a valle di una procedura di evidenza pubblica.

A tal riguardo il Consiglio di Stato ha rilevato che «le clausole suddette si pongono in diretta violazione degli articoli 4 e 5 del d.lgs. 231 del 2002 la cui deroga non è ammessa dalla legge né nella presentazione della offerta può rinvenirsi il diverso accordo contrattato dalle parti solo a seguito di apposita contrattazione e trattativa sul punto, che evoca un concetto di contatto *pararapportuale* (o precontrattuale) che non può rinvenirsi certo nel binomio "bando-presentazione dell'offerta" che già integra (quantomeno in parte) la conclusione del contratto».

La posizione nella giurisprudenza del Consiglio di Stato non è isolata: ancor più chiaro quanto affermato da Cons. Stato, sez. V, 1.4.2010, n. 1885: «nella sostanza, non possono le stazioni appaltanti inserire autoritativamente nei bandi di gara clausole che prevedono il pagamento entro un termine superiore a quello fissato dall'art. 4 del d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231 o una misura degli interessi difforme da quella ex art. 5 (...) (Consiglio Stato, sez. V, 28 settembre 2007, n. 4996)».

Anche ad ammettere che "accordi in deroga" possano formarsi all'interno di una gara di appalto, è stato precisato che «la clausola unilateralmente predisposta potrà legittimamente derogare alla normativa

qualora resti aderente al dettato normativo che la legittima, se giustificata da ragioni oggettive che contemplino la "corretta prassi commerciale", ovvero la "natura della merce o dei servizi" la condizione dei contraenti e i rapporti commerciali tra i medesimi"» (TAR Piemonte, sez. I, 5.5.2010, n. 2346). Ancora il giudice amministrativo ha avuto modo di chiarire, circa il contenuto delle deroghe alla disciplina di cui al dlgs n. 231 del 2002 (che, come visto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ritiene in assoluto non possibili laddove il contratto sia frutto di una procedura di gara) che la rinuncia integrale agli interessi di mora costituisce una clausola gravemente iniqua perché vanifica - senza giustificazioni obiettive - gli strumenti dissuasivi adottati a livello comunitario contro i ritardi di pagamento ed espone le imprese a rilevanti oneri finanziari e organizzativi e al rischio di insolvenza (TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 26.10.2006, n. 1349).

Infine, si osserva come l'entrata in vigore del regolamento al Codice dei contratti limiti ulteriormente la possibilità di derogare alla disposizioni sopra riportate, dal momento che prevede espressamente che «nel caso di ritardato pagamento resta fermo quanto previsto dal decreto legislativo 9 ottobre 2002 n. 231» (art. 307, co. 2 del Regolamento).

P.Q.M.

Si chiede l'annullamento degli atti impugnati.

Con ogni consequenziale statuizione, anche in ordine alla spese di lite.

Si dichiara che è dovuto il contributo unificato nella misura di euro 4000.

Si chiede di ricevere le comunicazioni al seguente indirizzo di PEC:

c.contaldi@cnfpec.it

Roma-Lecce, 30.11.11

Avv. Carlo Contaldi La Grotteria

Io sottoscritto Eude Antonio Maccaferri, nato a Cento il 22.05.1930 e residente a Roma in Viale Pinturicchio 84, C.F. MCCDTN30E22C469M, in qualità di Amministratore Unico delle EMMECI MOTORI E COMPONENTI SRL

DELEGO

l'Avv. Carlo Contaldi La Grotteria, nato a Roma il 3.2.1974 (C.F. CNTCRL74B03H501X), ad assistere e rappresentare la predetta Società nel presente ricorso dinanzi il TAR per la Puglia - Lecce, contro l'AMAT spa ed altri, conferendogli all'uopo ogni più ampio potere. Eleggo domicilio con lui presso lo studio dell'avv. Barbara Renna in Lecce, Via G. Oberan 11, 73100
Monterotondo, 25/11/2011

EMMECI S.R.L.
Motori e Componenti
L'Amministratore Unico
Eude Antonio Maccaferri

Vera è la firma
C.F. C.F. 111111111111111111

Relazione di notifica

Io sottoscritto Avv. Carlo Contaldi La Grotteria, con studio in Roma, Piazzale delle Medaglie d'Oro n.72, autorizzato ad avvalermi della facoltà di notifica postale con provvedimento del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma n. 947/2004, per conto della ditta EMMECI Motori e Componenti srl HO NOTIFICATO il suesteso atto a

n. 57/11 AMAT spa - Azienda per la Mobilità nell'Area di Taranto, in persona del legale rappresentante p.t., presso la sede legale in Taranto, Via C. Battisti 657 (74100), ivi inviandone copia che certifico conforme all'originale a mezzo del servizio postale con raccomandata a.r. n. 76488663284-2 spedita dall'Ufficio Postale di Roma 56 in data corrispondente a quella del timbro postale appresso apposto

avv. Carlo Contaldi La Grotteria

