

Parere n. 17 del 26 gennaio 2011

PREC 230/10/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 Sivibus S.p.A. – Fornitura autobus per il trasporto pubblico extraurbano e full service decennale sugli stessi – Importo a base d'asta €19.500.000,00 – S.A.: Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 27 settembre 2010 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Sivibus S.p.A., qualificatasi come uno dei maggiori costruttori europei di autobus, ha contestato la formulazione della *lex specialis* della gara in oggetto, indetta per la fornitura di autobus extraurbani classe europea II, cioè di *“veicoli destinati principalmente al trasporto di passeggeri seduti, progettati in modo da poter trasportare passeggeri in piedi nella corsia”* così definiti nella direttiva europea 2001/85/CE.

In particolare, l'impresa istante ha criticato la previsione, a pena di esclusione, contenuta nel Capitolato Tecnico, concernente la richiesta di *“motore ciclo diesel dotato di strumentazione tecnologica atta a garantire emissioni inquinanti in atmosfera nel rispetto dei limiti fissati dalle direttive europee, dovrà essere del tipo EURO 5, senza necessità di alcuna additivazione pre e post combustione”* (cosiddetta Urea). Tale previsione – a detta dell'istante Sivibus S.p.A. – è posta, in termini di motivo di esclusione, per la prima volta in un capitolato tecnico di appalto in materia in Italia. Inoltre, l'impresa istante ha eccepito che venivano altresì richiesti, senza apprezzabili ragioni, una cilindrata non inferiore a 10.000 c.c. ed una coppia massima tra i 1.000 e i 1.400 giri/minuto, mentre è stata chiesta una lunghezza minima di metri 12,00 ma non è stato indicato il numero di posti a sedere per i quali è omologato ciascun autobus.

Tali clausole sono ritenute illegittime dall'istante per violazione dell'art. 68, comma 13, del D.Lgs. 163/2006, in quanto contenenti caratteristiche tecniche che, all'apparenza sono espressione del potere dell'amministrazione di stabilire requisiti della fornitura, ma di fatto limitano a due soli operatori (Veoman e Scania) la possibilità di partecipare ed escludono a priori costruttori che rappresentano circa il 75% delle immatricolazioni, imponendo caratteristiche tecniche specifiche particolari e non necessarie a garantire l'attività di trasporto da svolgersi, mentre l'elemento discriminante dovrebbe essere la classe di appartenenza.

L'istante medesima ha altresì segnalato alcune inesattezze contenute nel bando, quali: a) il contraddittorio riferimento alla percorrenza media, in un punto pari a 50.000 km annui, in un altro

25.000.; b) una serie di richiami inesistenti; c) il contrasto tra punto 15.4 che fissa come invariabile per 10 anni il corrispettivo offerto per la manutenzione e lo schema del primo contratto di manutenzione full service che al punto 13.2 prevede l'adeguamento del corrispettivo chilometrico; d) l'illegittimità al punto 3) "Procedura di aggiudicazione" del disciplinare, che non consente ai rappresentanti delle imprese che non hanno presentato offerta di assistere alle operazioni della seduta pubblica.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità, la stazione appaltante ha formulato le proprie controdeduzioni, rilevando, in ordine alle caratteristiche tecniche degli autobus da fornire, che le stesse non sarebbero limitative della partecipazione, ma essenzialmente sottese a garantire un prodotto che soddisfi le esigenze della Ferrovia Circumetnea tenuto conto delle tecniche più moderne e rappresentando, relativamente alle ulteriori inesattezze eccepite, che :

a) il dato delle caratteristiche generali del rotabile richiesto nulla ha a che vedere con il punto 15.4, che si riferisce all'indice di manutenibilità; b) gran parte delle inesattezze rilevate sono frutto di refusi legati a rinvii nell'ambito dell'articolato che sono stati chiariti; c) il presunto contrasto tra punto 15.4 e il punto 13.2 non sussisterebbe, in quanto quest'ultimo finalizza e codifica quanto previsto dall'art. 115 del D.Lgs. n. 163/2006 in tema di adeguamento prezzi; d) nessuna previsione vieterebbe la partecipazione alla seduta pubblica a soggetti estranei proprio per la natura della stessa.

In sede di contraddittorio documentale l'istante Sivibus S.p.A. ha ribadito, attraverso una ulteriore memoria che approfondisce l'analisi tecnica dei requisiti in questione, la illegittima delimitazione delle caratteristiche tecniche, tale da limitare a due sole imprese, tra quelle del settore, la possibilità di soddisfare dati tecnici dettagliati ben oltre le esigenze della fornitura.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere indicata in epigrafe concerne l'asserita illegittimità di alcune previsioni contenute nella *lex specialis* predisposta in relazione alla gara in oggetto.

Il principale motivo di illegittimità sollevato dall'istante Sivibus S.p.A. riguarda l'individuazione dettagliata di caratteristiche tecniche dell'oggetto della fornitura, tale da restringere a due sole imprese del settore la possibilità di partecipare ed aggiudicarsi la gara di cui trattasi, attraverso la specificazione di dettagli che nulla avrebbero a che fare con le concrete esigenze perseguite dalla fornitura in questione e dall'attività che verrebbe ad essere svolta dai mezzi oggetto della fornitura medesima.

In proposito, mentre l'impresa istante individua le dettagliate caratteristiche contestate nella richiesta: - di motore ciclo diesel del tipo EURO 5, senza necessità di alcuna additivazione pre e post combustione; - di una cilindrata non inferiore a 10.000 c.c. ed una coppia massima tra i 1.000 e i 1.400 giri/minuto; - di una lunghezza minima dei mezzi di metri 12,00, la stazione appaltante si limita ad una generica e apodittica replica circa il carattere di dette specifiche non limitativo della partecipazione ed essenzialmente volto a garantire il perseguimento delle esigenze della Ferrovia Circumetnea. Ciò comporterebbe, nella prospettazione dell'istante, la violazione della disciplina e dei principi in tema di specifiche tecniche di cui all'art. 68 del Codice dei contratti pubblici, in specie sub comma 13, in forza del quale *"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 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. Tale menzione o riferimento sono autorizzati, in via eccezionale,*

nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando i commi 3 e 4, a condizione che siano accompagnati dall'espressione «o equivalente»».

In linea generale, sul tema si può osservare che, come noto (cfr. ad es. allegato VIII al Codice dei contratti pubblici), in termini definitivi le specifiche tecniche, contenute nella *lex specialis*, sono le prescrizioni che definiscono le caratteristiche richieste dalla prestazione dedotta nel contratto d'appalto da stipulare con il contraente privato; in particolare, esse definiscono le caratteristiche tecniche dei materiali, dei prodotti e forniture richiesti in guisa tale da rispondere all'uso cui sono destinati dalla stazione appaltante. In termini finalistici, poi, tali specifiche rendono consapevoli i potenziali offerenti degli aspetti a cui dovranno obbligatoriamente conformarsi le offerte da presentare, costituendo pertanto un parametro per valutare la regolarità e la qualità delle offerte stesse.

L'obiettivo perseguito, come ricordato dalla migliore dottrina, si fonda sulla necessità che l'equilibrio del micro sistema della singola gara e del macro sistema del mercato non siano posti in pericolo dal comportamento di una stazione appaltante che, nell'intendimento di favorire o privilegiare uno o più concorrenti o prodotti, introduca negli atti di gara particolari requisiti tecnici che orientino in modo sleale la procedura. E' ben possibile limitare la partecipazione alla selezione, come emerge dal fatto che la stessa direttiva 2004/18/CE valuta positivamente l'individuazione di alcuni livelli di prestazione che fisiologicamente vengono a ridurre da un punto di vista tecnico la platea degli operatori. Tuttavia, la *ratio* perseguita è che ciò avvenga in modo obiettivo e trasparente, evitando in ogni caso che le amministrazioni predispongano regole di gara discriminatorie e del tutto avulse da obiettive esigenze collegate al tipo di appalto da affidarsi e, quindi, al concreto lavoro, servizio o fornitura da realizzare.

Premesso quanto sopra, l'analisi della disciplina di cornice europea (cfr. ad es. art. 23 direttiva 2004/18/CE) evidenzia come, per un verso, le specifiche tecniche debbano consentire pari accesso agli offerenti e, per un altro e connesso verso, non debbano comportare la creazione di ingiustificati ostacoli all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza.

Spostando l'analisi sul versante della disciplina interna, la visione (e non poteva essere altrimenti) non muta. Infatti, l'art. 68 del D.Lgs. n. 163/2006 costituisce attuazione dei suddetti principi. In ordine a tale disciplina, questa Autorità ha avuto modo di svolgere considerazioni di carattere generale, attraverso la determinazione n. 2 del 29 marzo 2007, condensate nella conclusione secondo cui sono da reputarsi in contrasto con il diritto comunitario e con l'art. 68, comma 13 cit. *“l'inserimento nei documenti di gara e nel progetto di clausole che di fatto impongono l'impiego di materiali o prodotti acquistabili da produttori determinati”*.

Quanto agli specifici contenuti dell'art. 68 del D.Lgs. n. 163/2006, nella citata determinazione n. 2/2007 è stato altresì rilevato che viene lasciata immutata rispetto alla disciplina previgente la precisazione in merito alla salvaguardia delle regole tecniche nazionali obbligatorie e vengono altresì indicate le diverse modalità che il committente può utilizzare per descrivere le caratteristiche dei prodotti, dell'opera e dei materiali (art. 68, comma 3). Alla lettera a) del medesimo comma 3, è stata mantenuta la facoltà per il committente di fare riferimento alla articolata esemplificazione di specifiche tecniche contenuta nell'allegato VIII ed alle norme tecniche elencate nel rispetto della gerarchia che privilegia le norme europee, le omologazioni tecniche europee, le specifiche tecniche comuni, aggiungendo le norme internazionali. Significativa è l'introduzione dell'obbligo espresso che ciascuno di questi riferimenti sia accompagnato dall'espressione «o equivalente» (ultimo periodo della lettera a), comma 3, art. 68 citato).

Conseguenza rilevante di tale disposizione è da un lato l'onere in capo all'offerente di dimostrare con ogni mezzo ritenuto soddisfacente dall'amministrazione aggiudicatrice l'equivalenza del prodotto (comma 4) e dall'altro il potere/dovere dell'amministrazione aggiudicatrice di valutare l'idoneità delle alternative, respingendo l'offerta qualora la prova fornita non sia ritenuta adeguata. La lettera b) del medesimo comma 3, prevede la possibilità alternativa per la stazione appaltante di descrivere le caratteristiche richieste in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, svincolando

in tal modo le specifiche dal richiamo tassativo alle norme elencate alla lettera a). Tuttavia, affinché il ricorso a tale facoltà non comprometta la concorrenza e la trasparenza, devono risultare individuate chiaramente le esigenze dell'amministrazione e dunque l'oggetto dell'appalto. Le lettere c) e d) del medesimo comma 3 consentono di avvalersi congiuntamente delle due modalità sopra descritte, lasciando ampia libertà di utilizzare i riferimenti ritenuti più adeguati dalla stazione appaltante.

Al comma 7 è, poi, affermato che il principio dell'equivalenza opera anche «al contrario»: nel caso in cui le specifiche siano indicate in termini di requisiti funzionali o prestazioni, l'amministrazione non può escludere offerte che facciano rinvio ad una norma europea, ad una omologazione tecnica europea, ad una specifica tecnica comune, ad una norma internazionale o ad un riferimento tecnico elaborato da un organismo europeo di normalizzazione, ma è tenuta a valutare i mezzi di prova forniti dall'offerente circa la rispondenza ai requisiti richiesti.

Il comma 13, infine, ripetendo una disposizione contenuta nella direttive previgenti, stabilisce il divieto di menzionare la provenienza o la fabbricazione di un prodotto o un procedimento particolare, salvo che non sia possibile altrimenti individuare in modo preciso l'oggetto della prestazione, con l'obbligo comunque di indicare l'espressione «o equivalente».

Dunque, l'art. 68 del Codice tende a rafforzare il principio di equivalenza, che è ribadito non solo con riferimento al caso in cui sia indispensabile indicare un marchio o un tipo per l'individuazione dell'oggetto contrattuale, ma anche in relazione a tutte le possibilità di redazione dei capitolati tecnici. In tal senso è prevista la possibilità di redazione dei capitolati non solo mediante il riferimento alle norme tecniche ma anche in termini di prestazioni o requisiti funzionali, il che ovviamente accentua la possibilità di offrire prestazioni formalmente difformi da quella a base di gara, ma a questa equivalenti.

È quindi 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.

Le sopra richiamate chiare indicazioni fornite dall'Autorità trovano conforto ed applicazione anche in sede giurisprudenziale, laddove si statuisce reiteratamente che *“in tema di appalti di forniture l'Amministrazione può legittimamente individuare particolari caratteristiche tecniche, ma a condizione che la loro specificazione sia effettuata con riferimento ad elementi in grado distinguere nettamente l'oggetto della fornitura, senza determinare alcuna discriminazione nei confronti delle imprese di settore; di conseguenza è vietato prevedere specifiche tecniche, che indichino prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza, a meno di non inserire la clausola di equivalenza, ammissibile quando le stazioni appaltanti non possano fornire una descrizione dell'oggetto dell'appalto mediante specifiche tecniche sufficientemente precise”* (cfr. ex multis Consiglio Stato, sez. V, 24 aprile 2009, n. 2600).

Applicando le descritte coordinate al caso di specie, l'istante Sivibus S.p.A. ha contestato il dettaglio relativo alla richiesta di motore ciclo diesel del tipo euro 5, senza necessità di alcuna additivazione pre e post combustione, di una cilindrata non inferiore a 10.000 c.c. ed una coppia massima tra i 1.000 e i 1.400 giri/minuto, di una lunghezza minima di metri 12,00, accompagnando tale contestazione a considerazioni tecniche circa, per un verso, il possesso di tali caratteri solo in capo a due imprese con esclusione della maggior parte di esse (il 75 % del mercato europeo) e, per un altro verso, l'irrelevanza delle stesse caratteristiche in ordine alle esigenze della fornitura da realizzare ed il servizio da svolgere. Sul punto la stazione appaltante non ha replicato in dettaglio cosicché le generiche considerazioni svolte in sede di controdeduzioni non consentono di verificare le puntuali argomentazioni tecniche poste a fondamento delle determinazioni contestate.

In particolare, se la richiesta del rispetto in tema di emissione della normativa più aggiornata (euro 5) appare pienamente ragionevole e condivisibile, in quanto si muove nella direzione indicata sia dalla normativa europea che dal rispetto dei principi generali in tema di tutela ambientale (richiamati anche in tema di specifiche tecniche ex art. 68 sub comma 3 lett. b), l'esclusione di qualsiasi additivazione al fine di garantire tale rispetto deve essere, invece, verificata alla luce delle

puntuali osservazioni tecniche concernenti l'asserita equivalenza ai fini perseguiti. Analoghe considerazioni vanno estese alla richiesta necessità di una cilindrata superiore ad un minimo ovvero ai valori di coppia massima ed alla lunghezza superiore ad un minimo, piuttosto che ad un numero di persone trasportate o trasportabili. In tali contesti occorre, da un lato, fornire elementi tali da individuare le concrete esigenze di servizio e, dall'altro lato, garantire la verifica di equivalenza senza imporre paletti rigorosi e, in quanto privi di riferimento alle proprie esigenze ma solo riferibili ad alcuni limitati produttori, discriminatori.

Nel caso de quo, peraltro, le specifiche tecniche costituiscono dei veri e propri requisiti, a parte il riferimento ad euro 5, scollegati da norme tecniche e di omologazione, per cui si ritiene che a maggior ragione debba trovare applicazione e costituire fonte di orientamento della stazione appaltante il disposto dell'art. 68 comma 4, a tenore del quale, *“quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche di cui al comma 3, lettera a), 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 in modo ritenuto soddisfacente dalle stazioni appaltanti, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni da lui proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche”*. Infatti, se tale principio assume rilievo preminente a fronte del richiamo di specifiche norme tecniche e di omologazione, ancor più dovrà imporsi rispetto a requisiti di dettaglio autonomi e privi di analogo richiamo, cosicché in tal caso deve essere garantita la possibilità di dimostrare con qualsiasi mezzo appropriato che le soluzioni tecniche e dimensionali proposte, seppur diverse, garantiscono lo stesso risultato perseguito e le esigenze sottese.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte pertanto emerge come l'eccessivo dettaglio dei requisiti contestati, ad esclusione del riferimento all'euro 5, debba essere armonizzato coi principi sopra richiamati, consentendo la dimostrazione dell'equivalenza nei termini predetti.

Per ciò che concerne, infine, le restanti questioni, le stesse possono ritenersi superate sulla scorta dei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante.

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'eccessivo dettaglio di alcuni dei requisiti contestati debba essere armonizzato ai principi di cui all'art. 68 del D.Lgs. n. 163/2006.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 4 febbraio 2011

Il Segretario: Maria Esposito