

Parere n.111 del 27/06/2012

PREC 137/11/F

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla società Norap S.r.l. – Gara per l'acquisto di n. 1 automezzo occorrente per la raccolta differenziata dei rifiuti presso il Comune di Marzano Appio (CE) - Importo a base d'asta €34.000,00 - S.A.: Comune di Marzano Appio (CE).

Specifiche tecniche – art. 68 d.lgs. n. 163/2006

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 24 maggio 2011 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale la Società Norap S.r.l. ha chiesto un parere in merito alla lettera di invito predisposta dal Comune di Marzano Appio per l'acquisto di un automezzo da destinare alla raccolta differenziata dei rifiuti, della quale contesta la legittimità in quanto le caratteristiche tecniche del veicolo ivi descritte sarebbero a tal punto dettagliate da individuare un solo specifico automezzo, prodotto e commercializzato da una sola azienda. In questo modo, sostiene l'istante, si violerebbero la disposizione dell'art. 68 del D.Lgs. n. 163 del 2006 e i principi di diritto comunitario.

In ragione quindi della suddetta violazione, l'istante chiede l'annullamento in via di autotutela della lettera di invito in contestazione, annullamento che comporterebbe il venir meno di tutti gli atti di gara, tra cui, in particolare, il provvedimento con cui la stazione appaltante ha disposto la propria esclusione dalla gara per avere offerto un automezzo con caratteristiche dimensionali e di cilindrata non rientranti nei limiti tecnici individuati dal Comune, nonché l'atto di aggiudicazione della medesima gara, disposto in favore della ditta Oram S.r.l..

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata da questa Autorità, la società Norap ribadisce la illegittimità della lettera invito, nella parte in cui questa indica le caratteristiche tecniche dettagliate dell'automezzo, e segnala, nel contempo, un comportamento non corretto della stazione appaltante per non avere rispettato i termini previsti dagli artt. 70, comma 11, e 72, comma 3, del D.Lgs. n. 163 del 2006.

La controinteressata Società Oram S.r.l., aggiudicataria della gara in oggetto, ha fatto presente che la propria offerta è stata frutto di un'accurata indagine di mercato che ha visto interessati vari fornitori, sia per l'autotelaio che per l'attrezzatura a vasca. Ciò induce a ritenere che la circostanza enunciata dall'impresa Norap. S.r.l. (cioè richiesta di uno specifico automezzo prodotto e commercializzato da una sola azienda - Gasolone FD 35) sia del tutto priva di un concreto riscontro proprio perché il prodotto offerto in sede di gara è stato determinato per equivalente alle caratteristiche tecniche richieste nella lettera di invito.

Dal canto suo, il Comune di Marzano Appio ha fatto presente che, sulla base di apposita consultazione di ben 6 operatori economici, sono state individuate le caratteristiche tecniche dell'autoveicolo da acquistare, in funzione soprattutto delle esigenze della stazione appaltante, quali, l'utilizzo del mezzo, le caratteristiche della viabilità comunale, i costi connessi alla sua manutenzione e gestione. In nessun caso è stato fatto riferimento a particolari processi produttivi o a determinate provenienze, né viene menzionata una fabbricazione o un marchio o brevetto. Nel contempo si eccipisce che i citati artt. 72 e 70, comma 1, del D.Lgs. n. 163 del 2006 non sarebbero applicabili alla procedura avviata dall'Amministrazione comunale.

Ritenuto in diritto

La questione oggetto del presente esame concerne la legittimità della lettera di invito predisposta dal Comune di Marzano Appio per l'acquisto di un autoveicolo da destinare alla raccolta differenziata dei rifiuti solidi urbani.

Al riguardo vale rilevare che in tema di appalto di forniture, l'Amministrazione può individuare particolari caratteristiche tecniche, a condizione che la specificazione di dette caratteristiche venga effettuata facendo riferimento ad elementi in grado distinguere nettamente l'oggetto della fornitura, senza determinare alcuna discriminazione nei confronti delle imprese di settore; pertanto, 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, tenendo presente che, pur potendosi anche convenire sull'idea che la valutazione di "unicità" di un prodotto vada fatta in concreto, e non in modo del tutto astratto, occorre pur sempre che si abbia decisivo riguardo alla obiettiva destinazione funzionale del prodotto del quale si tratta, occorrendo guardarsi dal rischio di una deriva che potrebbe altrimenti portare a cogliere i crismi "dell'unicità", in ultima analisi, in qualsiasi prodotto aziendale (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 2 novembre 2011 n. 5837 e 7 luglio 2011 n. 4052).

In tal senso si è più volte espressa questa Autorità, che in più occasioni ha evidenziato la preoccupazione del legislatore, comunitario e nazionale, di evitare che si possano richiedere specifiche tecniche dell'oggetto della fornitura che impediscano ai singoli soggetti economici partecipanti alla gara la possibilità di offrire strumenti alternativi, creando in tal modo ostacoli ingiustificati all'apertura dei contratti pubblici alla concorrenza, così come recita lo stesso comma 2, dell'art. 68 del codice dei contratti (Cfr. Determinazione n. 2 del 29 marzo 2007).

Ai sensi dell'art. 68 del D.Lgs. n. 163/2006, le specifiche tecniche di 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, le dette specifiche *“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”* (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 o di prodotti di un determinato “tipo” oggetto di brevetto, 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. Ne discende che 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.

Con la citata determinazione n. 2/2007, l'Autorità ha già posto in luce come con l'art. 68, comma 3, lettera b), del D.Lgs. n. 163/2006 sia 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.

Ed è perciò conforme alla disciplina richiamata il bando di gara e la procedura concretamente svolta che consentano alla ditta partecipante di dimostrare, sia in via documentale sia in contraddittorio, la conformità tecnica del proprio prodotto alle prescrizioni previste dal capitolato speciale.

In altri termini, in sede di presentazione della domanda di partecipazione ad una gara d'appalto pubblico, opera il c.d. principio di equivalenza, avente 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; tale principio è, altresì, riconosciuto esplicitamente, sul piano legislativo, dai commi 4, e 7, dell'art. 68 citato, i quali introducono anche l'onere dell'offerente di fornire la prova (con qualsiasi mezzo appropriato, ritenuto soddisfacente dalla stazione appaltante) circa l'equivalenza del prodotto offerto rispetto a quello indicato nel capitolato.

Nel caso di specie, invece, per la descrizione stessa dei requisiti tecnici riportati nella lettera di invito, non era affatto necessario fare riferimento al criterio o principio dell'equivalenza poiché le caratteristiche tecniche che l'automezzo doveva possedere, sia singolarmente intese che nel loro complesso, non erano tali da individuare un determinato prodotto.

Laddove vengono indicati certi parametri, quali la dimensione, il passo, la portata utile legale o la cilindrata, si stabilisce soltanto un valore minimo o massimo, senza ulteriori restrizioni. Per converso, nell'indicare altre caratteristiche, quali l'alimentazione o la qualità della cabina, la lettera invito individua dei generi alquanto diffusi (alimentazione diesel turbo o cabina in acciaio).

A riprova di ciò si richiama quanto affermato dalla stazione appaltante per ciò che concerne il metodo e le ragioni dell'imposizione delle caratteristiche sopra descritte.

Infine, la stessa impresa aggiudicataria afferma che la predisposizione della propria offerta non è stata affatto vincolata dal riferimento ad un prodotto unico, commercializzato da una determinata azienda.

Giova, infine, precisare che, per ciò che concerne l'applicabilità degli artt. 70 e 72 del Codice dei contratti alla procedura espletata dal Comune di Marzano Appio, la tesi dell'esponente non risulta essere condivisibile sia per il richiamo al sistema previsto dall'art. 125 del D.Lgs. n. 163 del 2006 (cottimo fiduciario) che per la mancanza, nel caso di specie, dei presupposti di fatto richiesti dalla norme citate.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la descrizione delle caratteristiche tecniche dell'oggetto della fornitura sia conforme alla normativa e ai principi di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6 luglio 2012

Il Segretario: Maria Esposito