

PARERE N. 151 del 27/9/2012

PREC 89/12/L

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da Electrosteel Europe s.a. – Procedura aperta per l'affidamento dei lavori aventi per la realizzazione di una nuova linea acquedottistica DN 800 della lunghezza di circa 3.220 metri, in Milano– Importo a base d'asta 4.839.014,14 - S.A.: Metropolitana Milanese s.p.a.

Art. 68 D.Lgs. 163/2006: redazione delle specifiche tecniche da parte della stazione appaltante e presentazione in sede di gara di un prodotto funzionalmente equivalente a quello richiesto:

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 12/04/2012 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale Electrosteel Europe s.a. ha chiesto di conoscere l'avviso di questa Autorità in merito alla controversia sorta con la Metropolitana Milanese s.p.a.

Nello specifico, il bando di gara cui si riferisce l'istanza di parere ha ad oggetto l'affidamento dei lavori per la posa di una nuova linea idrica, costituita da tubazioni DN 800 in ghisa sferoidale. L'importo complessivo dell'appalto al netto dell'IVA è pari euro 4.839.014,14.

L'istante ha rilevato che le specifiche tecniche richieste nell'elenco prezzi e nel capitolato speciale – ai punti 5.5.1.3.1. e 5.5.1.3.2 - prevedendo che le tubazioni da posare debbono essere dotate di giunti conformi alla normativa nazionale italiana UNI 9163 sono in contrasto con l'art. 68, comma 13, D.Lgs. 163/2006, in quanto hanno l'effetto di ridurre la concorrenza, individuando due soli potenziali fornitori.

Secondo la Electrosteel Europe s.a. la stazione appaltante avrebbe dovuto consentire ai concorrenti di offrire anche tubazioni con giunti conformi alla normativa nazionale tedesca DIN 286, in quanto entrambe le discipline nazionali UNI 9163 e DIN 28603 sono comprese e pariteticamente accettate dalla norma europea EN 545, che regola la materia in esame, con la conseguenza che le due discipline nazionali sono equivalenti sotto il profilo dei requisiti di prestazione dei rispettivi giunti.

Dal momento che le tubazioni prodotte e commercializzate dal gruppo Electrosteel sono dotate di giunto elastico conforme alla normativa nazionale tedesca DIN 28603, al fine di predisporre idonea offerta, l'Electrosteel Europe s.a. succursale Italia, ha chiesto se era consentito prevedere nell'offerta l'utilizzo di tali tubazioni. Al quesito è stata data risposta negativa mediante email del 2.3.2012, che recita: *“si confermano le specifiche di progetto in merito alle caratteristiche tecniche del giunto di tipo elastico automatico su condotte in ghisa sferoidale per acquedotti. Tale giunto dovrà essere conforme alla norma UNI 9163. Non sono ammesse caratteristiche di giunto che si riferiscano a normative diverse da quella citata.”*

In riscontro dell'istruttoria avviata da questa Autorità, la stazione appaltante ha confermato la correttezza del proprio operato. In particolare ha evidenziato che le disposizioni tecniche censurate non hanno compromesso il libero confronto concorrenziale, tanto è vero che alla gara hanno partecipato 207 concorrenti. La Metropolitana Milanese s.p.a, ha, inoltre, prodotto la nota dell'Ente Nazionale Italiano di Unificazione del 26.1.2010 indirizzata al direttore commerciale Italia di Electrosteel Europe S.A., in cui si precisa, tra l'altro, che la norma europea EN 545 esclude esplicitamente dal proprio campo di applicazione la progettazione dei giunti e la forma delle guarnizioni che sono, invece, contemplati nello scopo della norma UNI 9163, conseguentemente tra le due discipline non c'è conflittualità. Nella nota sopra citata, si sottolinea, inoltre, che quest'ultima è ritenuta valida tra gli operatori del mercato.

Ritenuto in diritto

La questione sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto, riguarda le modalità di redazione da parte della stazione appaltante delle c.d. specifiche tecniche ed investe, quindi, la corretta applicazione della normativa prevista in materia dal D.Lgs. 163/2006.

Al riguardo è opportuno considerare preliminarmente che non è posto un problema di compatibilità della disciplina UNI 9163, richiamata dalle specifiche tecniche, con la normativa europea EN 545, in quanto è la stessa istante che nella memoria illustrativa trasmessa all'Autorità riconosce che: *“entrambe le norme nazionali - UNI9163 e DIN 28603 – sono comprese e pariteticamente accettate dalla norma europea EN 545”*. Ciò che viene, invece, contestata è la mancata considerazione da parte della stazione appaltante dell'equivalenza funzionale tra le tubazioni con giunti conformi alla norma nazionale italiana UNI 9163 e le tubazioni con giunti conformi alla norma nazionale tedesca DIN 28603.

Chiarito ciò, si osserva che con determinazione n. 2 del 29.3.2007 l'Autorità ha sottolineato che le specifiche tecniche rivestono un ruolo di preminente rilevanza fra gli elementi che devono essere portati a conoscenza delle imprese interessate all'affidamento di un contratto di appalto pubblico: attraverso di esse vengono indicate le caratteristiche tecniche che il prodotto, servizio od opera devono soddisfare in relazione ai bisogni ed alle esigenze della stazione appaltante. Tali informazioni sono, inoltre, essenziali per garantire la qualità dei materiali sotto il profilo della sicurezza ed idoneità all'uso al quale sono destinati.

La modalità di redazione dei capitolati e dei documenti di gara ha un impatto rilevante sia in relazione alla singola gara d'appalto, perché può determinare la possibilità che i concorrenti hanno di aggiudicarsi la gara, sia in relazione al mercato comunitario, poiché l'imposizione di determinati standards tecnici può delimitare tecnicamente il mercato, impedendo l'accesso a taluni soggetti (cfr. Corte di giustizia, sez.II, ord.3.12.2001, causa C-59/00).

Al fine di garantire il rispetto del principio di non discriminazione e di massima partecipazione, gli artt. 23 della direttiva CE 2004/18 e 34 della direttiva CE 2004/17, entrambi recepiti dall'art. 68 del D.Lgs. 163/2006, disciplinano le modalità di redazione delle specifiche tecniche da parte della stazione appaltante. In particolare l'art. 68, stabilisce chiaramente che *“le specifiche tecniche devono consentire pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura dei contratti pubblici alla concorrenza”* (comma 2). La norma prosegue indicando le modalità di formulazione delle specifiche tecniche (comma 3), tra queste ultime il legislatore contempla il *“riferimento a specifiche tecniche definite nell'allegato VIII, e, in ordine di preferenza, alle norme nazionali che recepiscono norme europee, alle omologazioni tecniche*

europee, alle specifiche tecniche comuni, alle norme internazionali, ad altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione o, se questi mancano, alle norme nazionali, alle omologazioni tecniche nazionali o alle specifiche tecniche nazionali in materia di progettazione, di calcolo e di realizzazione delle opere e di messa in opera dei prodotti”, precisando che “ciascun riferimento contiene la menzione o equivalente” (comma 3, lett.a).

Conseguenza rilevante di tale disposizione è, da un lato, l'onere per il concorrente di dimostrare che le soluzioni da lui proposte, benché non conformi alle specifiche indicate dalla *lex specialis*, ottemperino, comunque, in maniera assolutamente equivalente ai requisiti definiti dalla stazione appaltante, e, dall'altro, il divieto per quest'ultima di respingere siffatta offerta, se il concorrente fornisca la prova della predetta equivalenza (comma 4).

Al fine di facilitare l'assolvimento del prescritto onere probatorio, il legislatore prescrive che costituisca un mezzo di prova appropriato la presentazione sia di documentazione tecnica del fabbricante sia di una relazione sulle prove eseguite da un organismo riconosciuto (comma 5) e richiede all'operatore economico, che propone soluzioni equivalenti, di segnalarlo con apposita dichiarazione da allegare all'offerta (comma 6). Analogo onere probatorio è previsto dai successivi commi 7 e 8, nel caso in cui le specifiche tecniche siano definite in termini di prestazioni o di requisiti funzionali.

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”.

Dalla disamina delle disposizione brevemente descritte emerge l'intento del legislatore, in attuazione del principio di non discriminazione ed a tutela della concorrenza, 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. Conseguentemente l'Autorità ha ritenuto conformi alla predetta normativa i bandi di gara che permettono agli operatori economici di dimostrare la conformità tecnica del proprio prodotto alle prescrizioni della *lex specialis* (cfr. AVCP parere di precontenzioso n. 263 del 21.12.2011).

Alla luce della normativa su richiamata vanno esaminate le disposizioni censurate dall'istante, ossia il capitolato speciale, nella parte in cui dispone che “*i giunti devono essere di tipo elastico automatico a bicchiere. Il tipo di giunto è quello descritto dalla UNI 9163*” e l'elenco prezzi, nella parte in cui richiede “*la fornitura di tubazioni con giunto elastico automatico tipo rapido a norma UNI 9163*”.

Dalla lettura delle disposizioni su richiamate risulta infondato l'assunto dell'istante secondo cui le prescrizioni censurate sarebbero in contrasto con quanto disposto dal comma 13, dell'art. 68 D.Lgs. 163/2006, in quanto la stazione appaltante ha indicato le caratteristiche tecniche dei giunti con riferimento alla normativa UNI 9163, senza menzionare una fabbricazione o provenienza o procedimento particolari o marchio o prodotto o un'origine specifica. In altri termini Metropolitana Milanese spa, formulando le specifiche tecniche in esame, si è avvalsa della facoltà di cui alla lettera a), comma 3, del citato art. 68 e non di quella disciplinata dal successivo comma 13.

Va allora verificato se l'esercizio di tale facoltà sia avvenuto nel rispetto della disciplina codicistica. Si rileva al riguardo che nelle disposizioni censurate la stazione appaltante ha ommesso di riportare accanto alla menzione della norma nazionale UNI 9163 l'espressione “o equivalente”, come

prescritto dall'art. 68, comma 3, lett.a). Tale lacuna, tuttavia, grazie al principio di etero integrazione delle clausole del bando, è stata colmata automaticamente dal Codice dei Contratti Pubblici.

Come più volte chiarito da questa Autorità e dalla giurisprudenza amministrativa, infatti: *“di norma, quando la "lex specialis" della gara non riproduca una norma imperativa dell'ordinamento giuridico soccorre al riguardo il meccanismo di integrazione automatica, sicché, analogamente a quanto avviene nel diritto civile ai sensi degli art. 1374 e 1339, c.c., si colmano in via suppletiva le eventuali lacune del provvedimento adottato (Consiglio Stato, sez. VI, 13 giugno 2008, n. 2959). In particolare la funzione prevalente della normativa dettata in materia dal d. lgs. n. 163/2006 comporta che le relative disposizioni entrano a far parte della "lex specialis" della procedura di evidenza pubblica, senza necessità che la cogenza delle relative prescrizioni venga prevista nel bando o nel disciplinare (così Cons. Stato, sez. V, n. 467 del 31.1.2012, cfr. AVCP, parere di precontenzioso, n.69 del 24.4.2011). Ne deriva l'automatica applicabilità alle prescrizioni censurate di quanto disposto dall'ultimo periodo dell'art. 68, comma 3, lett. a) D.Lgs. 163/2006, con la conseguenza che il riferimento alla normativa UNI 9163 include anche l'espressione “o equivalente”.*

Non risulta allora conforme alla *lex specialis* come sopra integrata ed all'art. 68, comma 3, lett.a) D.Lgs. 163/2006 la risposta alla richiesta di chiarimenti formulati dall'istante, in cui si afferma che *“non sono ammesse caratteristiche di giunto che si riferiscano a normative diverse da quella citata”*, in quanto la stessa sembra escludere la possibilità di ammettere soluzioni equivalenti a quella richiesta, diversamente da quanto fissato dalla *lex specialis* e dal Codice dei Contratti Pubblici.

Si osserva, inoltre, per completezza di trattazione, che ai sensi di quanto disposto dai commi 4, 5 e 6 del citato art. 68, l'Electosteel Europe S,A avrebbe potuto partecipare alla gara *de qua* e fornire la prova con qualsiasi mezzo appropriato – ad esempio come suggerito dal legislatore mediante documentazione tecnica del fabbricante o relazione sulle prove eseguite da un organismo riconosciuto – che il prodotto da essa offerto, sebbene non conforme alle specifiche tecniche della UNI 9163, ottemperava ugualmente in maniera equivalente a quanto richiesto dalla *lex specialis*. In altri termini l'Electosteel Europe S,A. avrebbe dovuto dimostrare l'equivalenza in termini tecnico prestazionali tra il proprio prodotto (giunto elastico a norma DIN 28603) e quello richiesto dalla stazione appaltante (giunto rapido a norma UNI 9163).

Una volta fornita tale prova la stazione appaltante non avrebbe potuto legittimamente escludere l'istante dalla gara a causa della mancata conformità del prodotto offerto a quello richiesto, stante il divieto posto dall'art. 68, comma 4, D.Lgs. 163/2006 e l'operatività del 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”* (così AVCP parere di precontenzioso n. 111 del 27.6.2012).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti e per le ragioni di cui in motivazione, che:

- la risposta alla richiesta di chiarimenti formulati dall'istante non risulta conforme alla *lex specialis* come sopra integrata ed all'art. 68, comma 3, lett.a), ultimo periodo, D.Lgs. 163/2006;
- in virtù di quanto disposto dai commi 4, 5 e 6, dell'art. 68 D.Lgs. 163/2006, l'Electosteel Europe S,A avrebbe potuto partecipare alla gara *de qua* e dimostrare l'equivalenza in termini tecnico prestazionali tra il proprio prodotto (giunto elastico a norma DIN 28603) e quello richiesto dalla stazione appaltante (giunto rapido a norma UNI 9163).

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 ottobre 2012

Il Segretario: Maria Esposito