

## **Parere n.162 del 9/10/2013**

### **PREC 164/13/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 Buyonline s.r.l. – “Procedura aperta mediante asta elettronica per l’affidamento della fornitura triennale di materiale di consumo per apparecchiature d’ufficio all’E.S.T.A.V. ed alle Aziende Sanitarie dell’Area Vasta Nord Ovest” – euro 3.638.000,00 – S.A.: E.S.T.A.V. Nord Ovest.

**art. 68 del Codice – appalti di forniture – equivalenza dei prodotti rigenerati non originali.**

## **Il Consiglio**

### **Considerato in fatto**

In data 2 maggio 2013 è pervenuta l’istanza della ditta Buyonline s.r.l., relativa alla procedura aperta mediante asta elettronica indetta da E.S.T.A.V. Nord Ovest, con bando pubblicato il 7 dicembre 2012, per la fornitura triennale di materiale di consumo per apparecchiature d’ufficio, da aggiudicarsi al massimo ribasso e di importo a base di gara pari a complessivi euro 3.638.000,00 suddiviso in dodici lotti così denominati: 1) listino BROTHER (euro 215.000,00); 2) listino CANON (euro 70.000,00); 3) listino EPSON (euro 135.000,00); 4) listino HP (euro 590.000,00); 5) listino KYOCERA (euro 115.000,00); 6) listino LEXMARK (euro 600.000,00); 7) listino OKI (euro 30.000,00); 8) listino RICOH (euro 100.000,00); 9) listino SAMSUNG (euro 715.000,00); 10) listino XEROX (euro 38.000,00); 11) listino ZEBRA BIANCOLINI (euro 30.000,00); 12) RIGENERATI (euro 1.000.000,00).

La società istante è stata esclusa in relazione ai lotti compresi tra il n. 1 ed il n. 10, per aver offerto prodotti in parte originali ed in parte rigenerati, questi ultimi accompagnati da rapporti di prova delle certificazioni ISO/IEC 19752, ISO/IEC 19798 e DIN 33870 rilasciate da laboratori accreditati.

A suo dire, l’esclusione sarebbe illegittima per violazione del principio di equivalenza sancito dall’art. 68, settimo comma, del Codice dei contratti pubblici.

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 15 luglio 2013, la stazione appaltante e le controinteressate Mida s.r.l. e Nuovadata s.r.l. hanno trasmesso all’Autorità documenti e memorie difensive, ribadendo la legittimità della procedura di gara.

### **Ritenuto in diritto**

L’istanza all’esame dell’Autorità riguarda la procedura telematica indetta da E.S.T.A.V. Nord Ovest per la fornitura triennale di materiale di consumo per apparecchiature d’ufficio.

L’esclusione dell’offerta della Buyonline s.r.l. per i primi dieci lotti è legittima.

Per quanto qui interessa, l’art. 2 del capitolato speciale d’appalto prescrive che “I prodotti richiesti per i lotti dal n. 1 al n. 11 devono essere esclusivamente in produzione originale e finalizzati al funzionamento di personal computer, stampanti, macchine per scrivere, calcolatrici, fax ed altre apparecchiature in dotazione presso ogni singola Azienda Sanitaria dell’ESTAV Nord Ovest”.

Viceversa, per i prodotti di cui al lotto n. 12 il capitolato prescrive l’obbligo di marchio CE in conformità alla direttiva 2004/108 (Compatibilità Elettromagnetica), nonché il possesso delle ulteriori certificazioni ambientali e di qualità e delle autorizzazioni amministrative per l’attività di recupero e trasporto di rifiuti.

Dunque, la *lex specialis* di gara consente espressamente la fornitura di prodotti non originali rigenerati, dedicandovi un apposito lotto di elevato importo (euro 1.000.000,00 su complessivi euro 3.638.000,00).

Su tale presupposto, appare corretta la decisione assunta dalla commissione giudicatrice nella seduta pubblica dell’11 marzo 2013. Nel verbale, si legge che “... la stazione appaltante con lotto appositamente dedicato ad una serie di prodotti rigenerati / ricostruiti (lotto 12) ha praticamente

già ammesso alla gara quelle particolari tipologie di prodotto che possono essere, previa opportuna verifica tecnico-documentale, comunemente definite di tipo 'equivalente', annullando di fatto tutti i presupposti per le possibili contestazioni collegate al richiamato art. 68 comma 7. La presenza in gara di lotti per prodotti originali e per prodotti rigenerati / ricostruiti ha di conseguenza consentito, a tutti gli operatori di mercato, di poter partecipare alla gara senza produrre l'effetto di escludere aprioristicamente determinati fornitori o prodotti. In altri termini, l'obbligo di questa stazione appaltante di accettare pariteticamente prodotti originali e suoi equivalenti trova adempimento nel lotto specificamente dedicato ai prodotti alternativi (rigenerati), intendendosi con questi, quei prodotti provenienti dal ciclo del recupero dei rifiuti e conseguentemente sottoposti ad un processo di rilavorazione... Di contro la richiesta estensione del principio di equivalenza ex art. 68 comma 7 a tutti gli altri lotti cozzerebbe in modo determinante con i principi di parità di trattamento nei confronti delle altre ditte partecipanti che hanno presentato offerta su soli listini originali".

Le trascritte motivazioni sono legittime.

Non sussiste violazione dell'art. 68 del Codice, laddove il capitolato di gara contempla esplicitamente la fornitura di prodotti non originali equivalenti. E quando ciò avvenga, come nella specie, mediante la previsione di un apposito lotto di fornitura di prodotti non originali, le imprese partecipanti non possono pretendere di concorrere anche nei restanti lotti offrendo prodotti rigenerati equivalenti, poiché in tal modo verrebbero radicalmente disattese le prescrizioni contenutistiche vincolanti della lex specialis di gara, a discapito dell'esigenza di certezza e del principio di par condicio tra i concorrenti.

D'altronde, la decisione della stazione appaltante di richiedere materiali originali per taluni lotti di fornitura può risultare pienamente giustificata laddove si consideri che, come è noto, i contratti di assistenza delle aziende produttrici dei macchinari che utilizzano materiali consumabili quali toner, cartucce, nastri, etc. prevedono limitazioni ed esclusioni di garanzia nel caso di utilizzo di prodotti di consumo non originali (in questo senso, in giurisprudenza: Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2013 n. 537).

A diversa conclusione si dovrebbe pervenire nelle situazioni in cui la stazione appaltante escluda del tutto la fornitura di prodotti non originali rigenerati, precludendo la partecipazione alle aziende non titolari di licenza di vendita di determinati marchi (cfr. A.V.C.P., parere 6 marzo 2013 n. 19, ove si è affermata l'illegittimità delle specifiche tecniche di gara per la fornitura di accessori e materiali di consumo per apparecchiature elettroniche, nella parte in cui non consentano la prova di equivalenza per i toner e le cartucce non originali rigenerate: nella vicenda decisa dall'Autorità, diversamente dalla fattispecie qui in esame, il capitolato d'appalto contemplava esclusivamente la fornitura di prodotti originali e non erano ammesse le offerte corredate da certificazioni ISO/IEC 19752 e 19798).

In conclusione, il parere dell'Autorità è nel senso che il disciplinare di gara pubblicato da E.S.T.A.V. Nord Ovest deve considerarsi legittimo, in relazione ai profili esaminati. E' conseguentemente legittima l'esclusione della Buyonline s.r.l. dai lotti aventi ad oggetto prodotti originali.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che sia legittima l'esclusione della società istante dalla gara per la fornitura di materiale di consumo per apparecchiature d'ufficio, in relazione ai lotti di prodotti originali.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 ottobre 2013

Il Segretario: Maria Esposito