

Parere n.88 del 12/11/2014

PREC 226/14/F

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata da Buyonline S.r.l. – Procedura aperta per la fornitura di *toner* e cartucce di stampa occorrenti al fabbisogno di tutte le strutture dell’Azienda USL Roma G – Importo a base di gara: euro 1.000.000,00 – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – S.A.: Azienda USL Roma G

Fornitura di prodotto equivalente ex art. 68, comma 13, d.lgs. 163/2006. Toner e cartucce destinati a macchinari impiegati nell’attività di un’Azienda USL.

A fronte dell’interesse pubblico alla continuità dell’attività sanitaria svolta dall’Azienda USL, si ritiene legittimo il disciplinare di gara che limiti l’oggetto della fornitura ai soli prodotti originali al fine di escludere rischi di malfunzionamenti non gestibili in tempi prevedibili e dipendenti dai contratti sottoscritti con le aziende produttrici dei macchinari cui le forniture sono destinate e che prevedono limitazioni ed esclusioni di garanzie in caso di malfunzionamenti derivanti dall’impiego di prodotti non originali.

Non appare giustificato né conforme ai principi della concorrenza e del *favor participationis* il capitolato speciale d’appalto nella parte in cui, al fine di ottemperare al DM Ambiente 203/2003, ha previsto di procedere anche all’acquisto di prodotti rigenerati da destinarsi a stampanti/fax presenti negli uffici amministrativi dopo che, con la ditta aggiudicataria, sia stata avviata una fase di sperimentazione atta a verificare la corrispondenza di tali prodotti rigenerati con gli originali. Al riguardo, non emergono motivi sufficienti a legittimare la scelta della stazione appaltante di concertare con l’aggiudicatario la fornitura destinata agli uffici amministrativi, potendosi prevedere una fornitura separata destinata a tali uffici, aperta anche all’offerta di prodotti equivalenti e rigenerati così da consentire a tutti gli operatori del mercato di presentare le loro offerte.

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza presentata in data 11 luglio 2014, nell’ambito della procedura di gara indetta dall’Azienda USL Roma G per l’affidamento biennale della fornitura di *toner* e cartucce per stampanti, la società Buyonline S.r.l. ha sollevato richiesta di parere in ordine alla legittimità del disciplinare di gara nella parte in cui prevede che all’aggiudicazione concorrerà il solo prezzo della fornitura dei consumabili originali, lasciando alla stazione appaltante la possibilità di valutare il servizio di rigenerazione esclusivamente sotto forma di concertazione con l’azienda aggiudicataria. L’istante contesta l’illegittimità delle previsioni della *lex specialis* di gara per contrasto con l’art. 68, d.lgs. 163/2006 ai sensi del quale non possono essere escluse offerte di prodotti equivalenti qualora l’equivalenza venga dimostrata attraverso l’esibizione di rapporti di prova inerenti ad una normativa internazionale di riferimento, da un ente terzo riconosciuto.

L’istruttoria è stata avviata con comunicazione del 16.9.2014. In data 25.9.2014, la stazione appaltante ha trasmesso memoria con la quale ha difeso la legittimità della *lex specialis* di gara per la parte contestata.

Ritenuto in diritto

Con l’istanza di parere in esame è richiesta una valutazione sulla legittimità, alla luce dell’art. 68, d.lgs. 163/2006, della *lex specialis* di gara inerente la procedura indetta dall’Azienda USL Roma G per l’affidamento di una fornitura di *toner* e cartucce per stampanti, nella parte in cui prevede che all’aggiudicazione concorrerà il solo prezzo della fornitura dei consumabili originali, escludendo le offerte di prodotti equivalenti e lasciando alla stazione appaltante la possibilità di valutare il servizio di rigenerazione esclusivamente sotto forma di concertazione con l’azienda aggiudicataria.

Dalle difese scritte pervenute dalla stazione appaltante emerge, in particolare, come la scelta compiuta in merito sia stata determinata soprattutto dai contratti sottoscritti con le aziende produttrici dei macchinari cui *toner* e cartucce oggetto della fornitura sono destinati. Infatti, i contratti in questione prevedono limitazioni ed esclusioni di garanzia nel caso di utilizzo di prodotti di consumo non originali né le garanzie assicurative offerte dal produttore risultano idonee ad assicurare la continuità operativa dei macchinari, condizionata dai tempi del rimborso assicurativo. Sotto il profilo dell'impatto ambientale della scelta compiuta, la stazione appaltante si difende richiamando quanto previsto all'art. 3, comma 3) del capitolato speciale d'appalto che, al fine di ottemperare al DM Ambiente 203/2003, ha previsto di procedere anche all'acquisto di prodotti rigenerati da destinarsi a stampanti/fax presenti negli uffici amministrativi della sede legale dopo che, con la ditta aggiudicataria, sia stata avviata una fase di sperimentazione atta a verificare la corrispondenza di tali prodotti rigenerati con gli originali. Ove la quantità di prodotti rigenerati così prevista non dovesse raggiungere la quota del 30% prevista dal richiamato decreto ministeriale, la stazione appaltante fa presente che provvederà ad adeguare le percentuali di fornitura del rigenerato a quanto prevede la vigente normativa, estendendo il servizio anche a tutte le stampanti/fax installati presso altri uffici amministrativi presenti sul proprio territorio; tale scelta, di destinare per la fase sperimentale l'uso dei prodotti rigenerati unicamente sulle apparecchiature presenti presso gli uffici amministrativi e non negli spazi destinati alle prestazioni sanitarie dell'Azienda USL sarebbe giustificato dall'interesse alla continuità dell'erogazione del servizio sanitario stesso su cui incide anche il funzionamento, senza interruzioni, di stampanti e fax.

Al fine di rispondere al quesito sollevato occorre valutare la legittimità della legge speciale di gara, per la parte contestata, rispetto alle previsioni normative contenute all'art. 68, d.lgs. 163/2006 e del principio di equivalenza da esso espresso al fine di tutelare la concorrenza e l'apertura del mercato. L'art. 68, comma 2, del Codice prescrive 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». Il principio di equivalenza è disciplinato al comma 7 secondo cui «Quando si avvalgano della facoltà, prevista al comma 3, di definire le specifiche tecniche in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, le stazioni appaltanti non possono respingere un'offerta di lavori, di prodotti o di servizi conformi ad una norma nazionale che recepisce una norma europea, ad un'omologazione tecnica europea, ad una specifica tecnica comune, ad una norma internazionale o ad un riferimento tecnico elaborato da un organismo europeo di normalizzazione se tali specifiche contemplano le prestazioni o i requisiti funzionali da esse prescritti». Tale principio, che risponde alla funzione di garantire e promuovere la maggior apertura concorrenziale sia nell'ambito del singolo procedimento di affidamento attraverso la garanzia del *favor participationis* sia nel generale mercato degli appalti pubblici, non ha un valore assoluto poiché «incontra il limite superiore dell'interesse pubblico alla convenienza e qualità della fornitura di cui alla gara dall'amministrazione bandita» (cfr. parere di precontenzioso 6 marzo 2013, n. 19). L'art. 68, comma 13, del Codice prescrive: «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». Sulla base di quanto prescritto nella prima parte di tale norma, la clausola del bando o del disciplinare di gara che menzioni un'origine o un marchio con riferimento ai prodotti oggetto della fornitura richiesta potrebbe risultare legittima ove risulti giustificata dall'oggetto dell'appalto. In relazione all'art. 68, comma 13, del Codice, il Consiglio di Stato (sez. VI), nella sentenza 29.1.2013, n. 537, si è espresso in favore della legittimità di un bando di gara riferito allo stesso oggetto della fornitura di cui all'odierno esame, escludendo che la stazione appaltante avesse discrezionalità nella predisposizione del bando non potendo che limitarne l'oggetto in ragione del

contratto sottoscritto con l'azienda produttrice dei macchinari cui le forniture erano destinate. Si legge nella motivazione della sentenza sopra richiamata: «La mancata indicazione dell'espressione "o equivalente" ed il correlativo impedimento di partecipare alla gara per i produttori di cartucce e *toner* rigenerati dovevano ricondursi alla particolare natura dell'oggetto dell'appalto (sicché non risultano violati i principi di non discriminazione tra fornitori, di libera concorrenza e di equivalenza di cui all'art. 68). A tal fine, come evidenziato dalla Banca d'Italia, la restrizione dell'oggetto dell'appalto ai soli prodotti originali non era derivata da una scelta discrezionale della stazione appaltante, ma era stata meramente consequenziale alla sussistenza di precisi vincoli di natura contrattuale derivanti dalle condizioni applicabili alla fornitura delle macchine acquistate (...) atteso che i suddetti vincoli avevano previsto la decadenza dalla garanzia, nel caso di malfunzionamenti alle macchine causati dall'impiego di prodotti consumabili non originali (...) oppure veri e propri blocchi meccanici di impiego, ostacolanti a monte lo stesso funzionamento dell'apparato a stampa, nel caso in cui nella macchina fossero stati installati *toner* non prodotti dalla casa madre (...) ed avuto presente che tali rischi non avrebbero potuto in alcun modo essere compensati dalle eventuali garanzie offerte dai produttori degli elementi consumabili non originali installati, ragionevolmente ritenuti non in grado di assicurare la necessaria e medesima assistenza per guasti alle macchine da stampa prodotte da altre imprese». E ancora: «Le rilevate caratteristiche del prodotto originale non potevano far venir meno le garanzie prestate dalle case produttrici degli apparecchi, mentre la stazione appaltante, in rapporto ai vincoli imposti dai produttori delle apparecchiature di stampa, non poteva operare diversamente».

Con riferimento alla casistica affrontata sull'argomento dall'Autorità di vigilanza, con il parere di precontenzioso n. 162 del 9.10.2013 è stato osservato che «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)».

Nel caso di specie, con riferimento alle scelte compiute rispetto all'oggetto del contratto e all'esclusione di offerte aventi ad oggetto prodotti equivalenti, si pone soprattutto un problema connesso all'esigenza di continuità del funzionamento dei macchinari cui i prodotti (*toner* e cartucce) sono destinati in ragione delle minori garanzie contrattuali offerte dai produttori dei macchinari stessi in caso di malfunzionamento. Tali problematiche connesse al funzionamento dei macchinari, che sono strumentali rispetto all'erogazione delle prestazioni sanitarie offerte dall'Azienda USL, impatterebbero negativamente sul servizio pubblico erogato ai cittadini. Ne consegue che, alla luce dei principi di carattere generale sopra richiamati e dei chiarimenti offerti in sede di gara, come riportati nella memoria dell'Azienda USL Roma G, la scelta compiuta da quest'ultima appare legittima ai sensi dell'art. 68, d.lgs. 163/2006 considerato soprattutto l'interesse pubblico all'erogazione continua dell'attività sanitaria cui le forniture e i macchinari interessati sono destinati.

Pertanto, a fronte dell'interesse pubblico alla continuità dell'attività sanitaria svolta dall'Azienda USL, si ritiene legittimo il disciplinare di gara che limiti l'oggetto della fornitura ai soli prodotti originali al fine di escludere rischi di malfunzionamenti non gestibili in tempi prevedibili e

dipendenti dai contratti sottoscritti con le aziende produttrici dei macchinari cui le forniture sono destinate e che prevedono limitazioni e esclusioni di garanzie in caso di malfunzionamenti derivanti dall'impiego di prodotti non originali. Invece, non appare giustificato né conforme ai principi della concorrenza e del *favor participationis* l'art. 3, comma 3) del capitolato speciale d'appalto che, al fine di ottemperare al DM Ambiente 203/2003, ha previsto di procedere anche all'acquisto di prodotti rigenerati da destinarsi a stampanti/fax presenti negli uffici amministrativi dopo che, con la ditta aggiudicataria, sia stata avviata una fase di sperimentazione atta a verificare la corrispondenza di tali prodotti rigenerati con gli originali. A riguardo, non emergono motivi sufficienti a legittimare la scelta della stazione appaltante di concertare con l'aggiudicatario la fornitura destinata agli uffici amministrativi, potendosi prevedere una fornitura separata destinata a tali uffici, aperta anche all'offerta di prodotti equivalenti e rigenerati così da consentire a tutti gli operatori del mercato di presentare le loro offerte.

In base a tutto quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la *lex specialis* di gara, nella parte in cui limita l'oggetto della fornitura ai soli consumabili originali, sia legittima per le forniture destinate ai macchinari impiegati nell'attività sanitaria dell'Azienda USL.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 10 dicembre 2014
Il Segretario Maria Esposito