

Determinazione n. 2 del 29/03/2007

Indicazioni circa gli ostacoli tecnici nell'ambito degli appalti pubblici

Considerato in fatto

L'Associazione ASSINGEO (Associazione Industrie Italiane Nontessuti Geotessil) ha rappresentato la consuetudine delle stazioni appaltanti di inserire nei capitolati speciali e negli elenchi prezzi la richiesta di prodotti specifici oppure riferimenti a singoli processi produttivi, con il risultato di indirizzare l'appaltatore verso determinati prodotti piuttosto che altri del tutto equivalenti. Tale circostanza comporterebbe l'effetto di favorire o escludere alcune imprese dagli appalti pubblici.

Secondo la scrivente Associazione, le discriminazioni denunciate sono evidenti nel caso di elenco prezzi nei quali le stazioni appaltanti, invece di richiamare classi generiche di prodotti su esclusiva base prestazionale, fanno riferimento ad alcuni specifici prodotti ovvero al ciclo di lavorazioni (p. es. geotessile non tessuto prodotto in filo continuo), con l'effetto di favorire taluni produttori ed escluderne altri.

La ASSINGEO chiede, pertanto, a questa Autorità se le stazioni appaltanti nella stesura degli elenchi prezzi, ove vi è la descrizione dei prodotti che vengono richiesti, debbano attenersi a quanto prescritto dalla normativa comunitaria e quindi non riportare riferimenti a marchi, prodotti o cicli di lavorazioni e di conseguenza se uno stesso elenco prezzi possa contemplare con voci differenti, prodotti e soluzioni equivalenti.

Ritenuto in diritto

La questione prospettata riguarda le modalità di redazione, da parte delle stazioni appaltanti, delle cosiddette "specifiche tecniche" dell'appalto e quindi la descrizione dell'oggetto contrattuale che deve essere fatta ai concorrenti.

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).

Proprio con riguardo a tale ultimo profilo, la Corte di Giustizia, muovendo dall'assunto secondo cui sono contrarie all'Art.28 del Trattato clausole contrattuali con riflessi restrittivi e discriminatori per la libera concorrenza, ha riconosciuto che lo stesso Art.28 del Trattato osta a che un'amministrazione inserisca in un bando di gara una clausola che prescrive, per l'esecuzione

dell'appalto, l'impiego di un prodotto di una determinata marca qualora tale clausola non sia accompagnata dalla menzione «*o equivalente*», con la conseguenza di dissuadere gli operatori economici che usano sistemi analoghi a tale prodotto dal partecipare alla gara d'appalto, potendo altresì ostacolare le correnti di importazione nel commercio intracomunitario, riservando il mercato ai soli fornitori che si propongono di usare il prodotto specificamente indicato (Corte di Giustizia, sez.II, ord.3.12.2001, causa C-59/00; Corte Giustizia, 7 dicembre 2000, causa C-324/98; Corte di Giustizia, 24 gennaio 1995, causa C-359/93).

Già le direttive precedenti a quelle in vigore contenevano disposizioni volte a garantire che la descrizione dell'oggetto contrattuale nelle specifiche tecniche fosse quanto più possibile oggettiva. Di qui il divieto espresso di prevedere marchi, brevetti, tipi ovvero l'indicazione di un'origine o di una produzione determinata. La normativa comunitaria era ispirata essenzialmente dalla necessità di fornire ai committenti e ai privati uno strumento recante riferimenti certi, facendo rinvio prioritariamente a specifiche armonizzate a livello europeo, approvate da organismi riconosciuti per un'applicazione ripetuta o continua, non aventi in via generale un carattere vincolante, a omologazioni tecniche europee o a specifiche tecniche comuni (queste ultime elaborate secondo una procedura riconosciuta dagli Stati membri e pubblicate sulla G.U.C.E.), ammettendo una deroga in casi espressamente elencati nelle direttive stesse. In mancanza di specifiche così definite, era consentito fare riferimento a specifiche tecniche nazionali, elaborate nel rispetto di requisiti fondamentali stabiliti nelle direttive comunitarie relative all'armonizzazione tecnica o a disposizioni nazionali in materia di progettazione, di calcolo o ad altri documenti, eventualmente richiamando norme internazionali accettate nel paese dell'amministrazione aggiudicatrice o omologazioni tecniche nazionali.

Tuttavia, la Commissione Europea ha riscontrato che nella prassi vi è la tendenza a considerare di fatto obbligatoria la norma tecnica, piuttosto che strumento di riferimento per valutare la qualità di un prodotto, comportando in tal modo una limitazione del mercato e restringendo la possibilità per la stazione appaltante di usufruire di eventuali soluzioni innovative.

Questa Autorità ha in passato esaminato la questione, affermando che “*contrasta con il diritto comunitario l'inserimento in un bando di gara di un appalto di lavori pubblici di clausole che prescrivano, per l'esecuzione di tale appalto, l'impiego di materiali o prodotti certificati conformi solo a un determinato tipo di norme tecniche nazionali, e a maggior ragione nel caso di disposizioni dettate da enti normatori di altri Stati, o l'impiego di prodotti di una determinata marca, qualora tali clausole non siano accompagnate dalla menzione “o equivalente” cfr. deliberazione n. 178/2002.*”

La materia è ora regolamentata dall'articolo 23 della direttiva 18/2004/CE, recepita dall'articolo 68 del d.lgs. n. 163/2006.

La finalità sottesa alle modifiche apportate dalla nuova direttiva, e quindi dall'articolo 68 sopra citato, alla disciplina concernente le specifiche tecniche è proprio quella di consentire la massima apertura alla concorrenza, eliminando o riducendo gli ostacoli che possono discriminare gli operatori economici nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Obiettivo primario della nuova disciplina è dunque quello di offrire strumenti alternativi, stabilendo 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*”, come recita il comma 2 dell'articolo 68 del Codice.

Viene lasciata immutata rispetto alla disciplina previgente (Art. 68, comma 3) 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. Alla lett. 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.

Rilevante 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 lett. 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 lett. 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 lett. 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'articolo 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.

E' 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.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

Ritiene in contrasto con il diritto comunitario e con l'articolo 68, comma 13, del d.lgs. n. 163/2006 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.

Il Relatore: Luigi Giampaolino

Il Presidente: Alfonso M. Rossi Brigante