



.....OMISSIS.....

Oggetto

Art. 79 d.lgs. 36/2023 - procedimento di protezione dalla corrosione delle carpenterie in acciaio destinate alle costruzioni - zincatura a caldo o sistema di zincatura a caldo più verniciatura - normativa tecnica europea - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0060-2024-FC

FUNZ CONS 25/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 6 marzo 2024 acquisita al prot. Aut. n. 31967 e successiva nota acquisita al prot. n. 32186 del 7 marzo 2024, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 15 maggio 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Nella nota di richiesta parere,OMISSIS..... evidenzia che in taluni documenti di gara, nelle "specifiche tecniche", in relazione al procedimento richiesto per la "zincatura a caldo + verniciatura" delle carpenterie metalliche destinate alle costruzioni, ne viene indicato un tipo specifico (es. procedimento denominato "sistema triplex"), riconducibile ad un operatore economico determinato. Si tratterebbe di un trattamento anticorrosivo che nulla aggiunge a quanto previsto dalle norme tecniche in materia (UNO EN ISO), il cui procedimento di "zincatura a caldo + verniciatura" è conosciuto nella letteratura tecnica internazionale con il nome "sistema duplex".

A parere dell'istante l'indicazione contenuta nella *lex specialis* relativa al procedimento di zincatura a caldo di tipo "sistema triplex", induce l'appaltatore a rivolgersi all'unica azienda zincatrice che associa al procedimento di zincatura tale nome. Appare inoltre irrilevante l'indicazione, nell'ambito delle specifiche tecniche del procedimento di zincatura "triplex", dell'espressione "o equivalente". L'appaltatore, infatti, al fine evitare contestazioni da parte della stazione appaltante, volte a comprovare l'equivalenza tra i due procedimenti ("duplex" e "triplex"), si rivolgerebbe all'unica azienda che sponsorizza il procedimento di zincatura "sistema triplex".

Tuttavia, dalle disposizioni del d.lgs. 36/2023, emerge con chiarezza che le "specifiche tecniche" devono essere elaborate secondo "*l'ordine di preferenza*" dei criteri indicati al "punto 5" dell'All.II.5 del Codice medesimo. Quindi, in primo luogo, ricorrendo alle disposizioni che recepiscono norme europee, alle valutazioni tecniche europee, alle specifiche tecniche comuni, alle norme

internazionali. Inoltre, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un operatore economico specifico. Tale indicazione sarebbe possibile esclusivamente nell'ipotesi in cui "una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando il punto 5". Nel caso in esame, tuttavia, il procedimento di "zincatura a caldo + verniciatura" (c.d. sistema "duplex"), è compiutamente disciplinato dalle norme tecniche internazionali di riferimento, ossia le norme UNI EN ISO 1461 e UNI EN ISO 12944.

Per quanto sopra, l'Associazione chiede se possa ritenersi conforme alle previsioni del d.lgs. 36/2023, l'indicazione contenuta negli atti di gara, tra le "specifiche tecniche", al nome attribuito da uno specifico o.e. al procedimento di zincatura a caldo + verniciatura ("sistema triplex"), laddove invece il procedimento in questione è disciplinato in modo esaustivo dalle norme UNI EN ISO 1461 e UNI EN ISO 12944. In particolare chiede se sia più corretto, sulla base di quanto previsto dal Codice -All. II.5, Parte I prf 2) e Parte II, punti 5 e 6 – che le stazioni appaltanti, nell'elaborare le "specifiche tecniche" inerenti il procedimento di "zincatura a caldo + verniciatura" delle carpenterie in acciaio destinate alle costruzioni, menzionino le sole norme tecniche UNI EN ISO vigenti in materia.

Al fine di esprimere avviso sulla questione sollevata nell'istanza, si osserva preliminarmente (per i profili di interesse ai fini del parere) che ai sensi dell'art. 79 del d.lgs. 36/2023, «Le specifiche tecniche sono definite e disciplinate dall'allegato II.5».

A sua volta, tale Allegato, dopo aver riportato nella Parte I, le definizioni (anche) di "*specifiche tecniche*" e di "*norma*", dispone nella Parte II-A che «1. Le specifiche tecniche sono inserite nei documenti di gara e definiscono le caratteristiche previste per i lavori, i servizi o le forniture. Tali caratteristiche possono riferirsi al processo o metodo di produzione o prestazione dei lavori, delle forniture o dei servizi richiesti, o a uno specifico processo per un'altra fase del loro ciclo di vita anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale, purché siano collegati all'oggetto dell'appalto e proporzionati al suo valore e ai suoi obiettivi». Il punto 4 aggiunge che «Le specifiche tecniche consentono pari accesso degli operatori economici e non devono comportare ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza».

Il punto 5 stabilisce quindi che «fatte salve le regole tecniche nazionali obbligatorie, le specifiche tecniche sono formulate secondo una delle modalità seguenti: a) in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, comprese le caratteristiche ambientali, a condizione che i parametri siano sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle stazioni appaltanti di aggiudicare l'appalto; b) mediante riferimento a specifiche tecniche e, in ordine di preferenza, alle norme che recepiscono norme europee, alle valutazioni tecniche europee, alle specifiche tecniche comuni, alle norme internazionali, ad altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione o in mancanza, alle norme, omologazioni tecniche o specifiche tecniche, nazionali, in materia di progettazione, calcolo e realizzazione delle opere e uso delle forniture. Ciascun riferimento contiene l'espressione «o equivalente»; c) in termini di prestazioni o di requisiti funzionali di cui alla lettera a), con riferimento alle specifiche citate nella lettera b) quale mezzo per presumere la conformità con tali prestazioni o requisiti funzionali; d) mediante riferimento alle specifiche tecniche di cui alla lettera b) per talune caratteristiche e alle prestazioni o ai requisiti funzionali di cui alla lettera a) per le altre caratteristiche».

Si richiama, altresì, il punto 6, a norma del quale «Salvo che siano giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un operatore economico specifico, 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 tuttavia consentiti, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando il punto 5. In tal caso la menzione o il riferimento sono accompagnati dall'espressione «o equivalente»». Pertanto, come indicato al successivo punto 7, «Quando si avvalgono della facoltà prevista dal punto 5, lettera a) o della possibilità di fare riferimento alle specifiche tecniche di cui al punto 5, lettera b), le stazioni appaltanti non possono escludere un'offerta per il motivo che i lavori, le forniture o i servizi offerti non sono conformi alle prestazioni o ai requisiti funzionali, se vi ottemperano in modo equivalente, né perché non conformi alle specifiche tecniche, se si tratta di prestazioni conformi a una norma europea, a una omologazione tecnica europea, a una specifica tecnica comune, a una norma internazionale o a un sistema tecnico di riferimento adottato da un organismo europeo di normalizzazione che contemplano le prestazioni o i requisiti funzionali prescritti». A tal riguardo, il punto 8 chiarisce che l'offerente può dimostrare, nella propria offerta, con qualsiasi mezzo appropriato che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente alle prestazioni, ai requisiti funzionali e alle specifiche tecniche prescritti dal bando di gara.

Sulla base delle disposizioni sopra richiamate, può quindi osservarsi che le specifiche tecniche (i) devono essere inserite nei documenti di gara e devono definire le caratteristiche previste per i lavori/servizi/forniture oggetto dell'affidamento; (ii) devono consentire pari accesso degli operatori economici alla procedura di gara e non devono comportare direttamente o indirettamente ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza; (iii) sono indicate nella *lex specialis* secondo le diverse modalità stabilite al punto 5, Parte II-A, dell'All. II.5, mantenendo l'espressione "o equivalente".

Sembra opportuno evidenziare al riguardo che l'Allegato II.5, come indicato nella Relazione Illustrativa del Codice, *«accorpa l'allegato XIII del decreto legislativo n. 50 del 2016, a sua volta riproduttivo dell'allegato VII della direttiva n. 2014/24/UE (che contiene le definizioni stipulative rilevanti in materia), nonché il disposto degli artt. 68 e 69 del decreto legislativo n. 50 del 2016; l'accorpamento è stato realizzato procedendo anche ad una semplificazione di tipo espressivo»*.

Dunque, come chiarito in tale documento, le previsioni dell'Allegato II.5 del d.lgs. 36/2023 si pongono in sostanziale continuità con le previgenti disposizioni dell'art. 68 del d.lgs. 50/2016.

Può quindi richiamarsi sull'argomento l'avviso espresso dalla giurisprudenza amministrativa e dall'Autorità in ordine a tale norma e alla disciplina da questa dettata in materia di "specifiche tecniche".

Più in dettaglio, in relazione al citato art. 68 del previgente Codice, oggi sostituito dall'art. 79 e dall'Allegato II.5 del d.lgs. 36/2023, è stato osservato che lo stesso, dettato in attuazione dell'art. 42 della direttiva 2014/24/UE, introduce il principio di equivalenza che «permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, sul presupposto che la possibilità di ammettere alla comparazione prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste, ai fini della selezione della migliore offerta, risponde, da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento e di libertà d'iniziativa economica e, dall'altro, al principio euro-unitario di concorrenza, che vedono quale corollario il favor participationis alle pubbliche gare, mediante un legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità. In questi termini il principio di equivalenza è finalizzato ad evitare un'irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici, precludendo l'ammissibilità di offerte aventi oggetto sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo della specifica prescritta (Cons. Stato, IV, 7 giugno 2021, n. 4353): presuppone quindi la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto, ancorché difforme dalle specifiche tecniche indicate dalla stazione

appaltante (Cons. Stato, III, 7 luglio 2021, n. 5169; 22 novembre 2017, n. 5426), quale “conformità sostanziale” con le dette specifiche tecniche, nella misura in cui queste vengano nella sostanza soddisfatte (Cons. Stato, V, 25 marzo 2020, n. 2093). Indi per cui, nell’ambito di una procedura a evidenza pubblica strutturata secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, nella quale cioè è demandata alla valutazione tecnico-discrezionale della stazione appaltante l’individuazione comparativa dell’offerta che meglio soddisfa le esigenze rappresentate nella *lex specialis*, le caratteristiche minime stabilite nella documentazione di gara non debbono intendersi come vincolanti nel quomodo, ma soltanto quoad effectum, nel senso che le offerte sono ritenute rispettose della suddetta *lex specialis* laddove siano, comunque, capaci di conseguire il fine ultimo dell’affidamento (Cons. Stato, IV, n. 4353 del 2021, cit.). Ne deriva, sul piano applicativo, che – sussistendone i presupposti – la stazione appaltante deve operare il giudizio di equivalenza sulle specifiche tecniche dei prodotti offerti non già attenendosi a riscontri formalistici, ma sulla base di criteri di conformità sostanziale (e funzionale) delle soluzioni tecniche offerte, sì che le specifiche indicate dal bando “vengono in pratica comunque soddisfatte” (Cons. Stato, III, 29 marzo 2018, n. 2013)» (Consiglio di Stato, V, n. 4624/2023).

Lo stesso giudice amministrativo ha aggiunto che «i limiti dell’applicazione del principio di equivalenza individuati dalla giurisprudenza sono connessi alla sua ratio: se, infatti, il principio è diretto ad evitare che le norme obbligatorie, le omologazioni nazionali e le specifiche tecniche possano essere artatamente utilizzate per operare indebite esclusioni dalla gare pubbliche, fondate sul pretesto di una non perfetta corrispondenza delle soluzioni tecniche offerte con quelle richieste, ne viene come diretta conseguenza che esso – quale misura diretta ad assicurare che la valutazione della congruità tecnica dell’offerta – non si risolva in una verifica formalistica ma consista nell’apprezzamento della sua conformità sostanziale alle specifiche tecniche inserite nella *lex specialis*. Detto principio non può dunque essere invocato per ammettere offerte tecnicamente inappropriate (così Cons. Stato, III, 2 marzo 2018, n. 1316) o che comprendano soluzioni che, sul piano oggettivo funzionale e strutturale, non rispettino le caratteristiche tecniche obbligatorie, configurandosi come un *aliud pro alio* (ex multis, Cons. Stato, III, 9 febbraio 2021, n. 1225; V 25 luglio 2019, n. 5258)» (Cons. Stato n. 4624/2023 cit.).

La giurisprudenza, muovendo dal chiaro tenore dell’art. 68, comma 8, d.lgs. n.50/2016 – con disposizioni confermate dal par. 8, parte II-A, All. II.5 – ha inoltre evidenziato che «l’onere della prova dell’equivalenza di quanto offerto, da rendersi secondo le modalità indicate nella disciplina di gara, costituisce parte integrante dell’offerta e grava sul concorrente, mentre spetta alla stazione appaltante svolgere una verifica effettiva e proficua della dichiarata equivalenza. Da tale impostazione consegue, come già ricordato, che sia “la ditta che intende avvalersi della clausola di equivalenza ex art. 68 d.lgs. n.163 del 2006 ad avere l’onere di dimostrare l’equivalenza tra i prodotti, non potendo pretendere che di tale accertamento si faccia carico la commissione di gara” (cfr. Cons. St., sez. III, 3 agosto 2018 n. 4809)» (Consiglio di Stato, IV, n. 813/2024).

L’Autorità ha espresso conformi principi, uniformandosi all’orientamento giurisprudenziale consolidato in materia (ex multis pareri precontenzioso n. 216/2021, n. 450/2023, n. 590/2023) e affermando 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)» (parere n. 151/2012-prec89/12/L).

L'Autorità ha quindi osservato che «la scelta delle specifiche tecniche dei prodotti offerti in termini di prestazioni e/o di requisiti funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico sotteso alla gara rientra nella discrezionalità della Stazione appaltante, non sindacabile in sede di legittimità salva la sua manifesta arbitrarietà, illogicità, irrazionalità ed irragionevolezza. Inoltre, le caratteristiche essenziali e indefettibili delle prestazioni o del bene previste dalla *lex specialis* costituiscono una condizione di partecipazione alla procedura selettiva, perché non è ammissibile che il contratto venga aggiudicato ad un concorrente che non garantisca il minimo prestabilito, minimo che vale a individuare l'essenza stessa della res richiesta (Cons. Stato sez. V, 25 luglio 2019, n. 5260)» (parere di precontenzioso n. 216/2021).

E' stato aggiunto a quanto sopra, che il principio di equivalenza delle offerte «comporta l'esigenza di limitare entro rigorosi limiti applicativi l'area dei requisiti tecnici minimi e di dare spazio – parallelamente ma anche ragionevolmente e proporzionalmente – ai prodotti sostanzialmente analoghi a quelli espressamente richiesti dalla disciplina di gara, cosicché, per il principio di equivalenza, la valutazione della congruità tecnica non si risolve in una verifica formalistica ma nella conformità sostanziale dell'offerta delle specifiche tecniche inserite nella *lex specialis* (Cons. St. 17.8.2020 n.5063);» (parere di precontenzioso n. 450/2023).

Sulla base di tali principi, l'Autorità ha osservato che la scelta di una stazione appaltante di richiedere un prodotto con determinate caratteristiche tecniche (indicate nel Capitolato di gara) «è conforme alla normativa di settore, laddove non si faccia riferimento ad una determinata fabbricazione o provenienza, a un marchio o brevetto, a un'origine o a una produzione specifica» e sia previsto che il prodotto richiesto sia corredato «dalle caratteristiche minime richieste o equivalenti, scongiurando il rischio di impedire la partecipazione a concorrenti in grado di offrire prodotti equivalenti a quelli descritti nel Capitolato» (parere di precontenzioso n. 233/2022).

Per quanto sopra, in risposta al quesito sollevato, riferito a taluni bandi di gara che tra le specifiche tecniche, in relazione al procedimento richiesto per la "zincatura a caldo + verniciatura" delle carpenterie metalliche destinate alle costruzioni, ne indicherebbero un tipo specifico riconducibile ad un operatore economico determinato, non può che ribadirsi che negli atti di gara, tra le specifiche tecniche, non può essere indicata una caratteristica tecnica che faccia riferimento a una determinata fabbricazione o provenienza, a un marchio o brevetto, a un'origine o a una produzione specifica, riferibili ad un unico e determinato operatore economico (ad eccezione del caso in cui "una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando il punto 5"), poiché tale indicazione potrebbe avere come effetto quello di pregiudicare una effettiva concorrenza tra gli operatori economici. In tal senso, simili specifiche tecniche, in grado di produrre una limitazione della platea dei soggetti astrattamente ammissibili alla procedura, devono ritenersi irragionevolmente apposte e, dunque, non conformi alle previsioni del Codice sopra richiamate.

Si ribadisce altresì che le specifiche tecniche devono essere formulate secondo una delle modalità indicate dal Punto 5, lett. da a) a d), Parte II-A dell'Allegato II.5 del Codice. Tra queste la lett. b) indica il "riferimento a specifiche tecniche e, in ordine di preferenza, alle norme che recepiscono norme europee, alle valutazioni tecniche europee, alle specifiche tecniche comuni, alle norme internazionali, ad altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di

normalizzazione o in mancanza, alle norme, omologazioni tecniche o specifiche tecniche, nazionali, in materia di progettazione, calcolo e realizzazione delle opere e uso delle forniture”.

In tal caso, quindi, le specifiche tecniche sono individuate, in ordine di preferenza, mediante rinvio alle fonti tecnico/normative sopra elencate e ciascun riferimento deve contenere l'espressione «o equivalente». Pertanto, la stazione appaltante deve operare il giudizio di equivalenza sulle specifiche tecniche dei prodotti offerti non attenendosi a riscontri formalistici, ma sulla base di criteri di conformità sostanziale e funzionale delle soluzioni tecniche offerte.

Sulla base delle considerazioni espresse, si rimette dunque a codesta Associazione ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente