

Parere n. 19 del 06/03/2013

PREC 218/12/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla società SEA s.r.l. - "Fornitura di accessori, materiale EDP e materiali di consumo per apparecchiature elettroniche"- Importo a base di gara € 1.300.000,00 - S.A.: SOGEI s.p.a..

Fornitura di prodotto equivalente ex art. 68 D.lgs. n. 163/2006. Tutela dell'ambiente.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 19 settembre 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale SEA S.r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, ha contestato la legittimità della *lex specialis* di gara predisposta da SOGEI S.p.a. per l'affidamento dell'appalto avente ad oggetto la fornitura di accessori, materiale EDP e materiali di consumo per apparecchiature elettroniche, in quanto " *nel capitolato tecnico fornito dalla stazione appaltante si legge la volontà di acquisire esclusivamente offerte relative a prodotti originali* ".

Nella istanza di parere, la SEA S.r.l., con riferimento ai prodotti consumabili per stampanti, specifica di avere richiesto alla stazione appaltante, in data 03.09.2012, di poter presentare un'offerta contenente, non i toner originali, ma prodotti rigenerati "equivalenti". Ciò in quanto l'istante ha fatto effettuare, presso un laboratorio chimico merceologico riconosciuto dal Ministero e accreditato

Accredia, tutti i rapporti di prova previsti dai protocolli ISO/IEC 19752 e ISO/IEC 19798, rispettivamente, per le cartucce toner monocromatiche e per le cartucce toner a colori. A fronte di tale richiesta, in data 13 settembre 2012, la stazione appaltante ha chiarito al concorrente la necessità di fornire la " *prova di equivalenza attraverso una dichiarazione resa dalle singole società produttrici delle stampanti indicate, accertante la validità della garanzia delle stampanti anche con l'utilizzo dei toner offerti* ". Pertanto, proseguendo l'istante, la stazione appaltante ha ritenuto di considerare non equivalente un toner rigenerato allorché quando il suo utilizzo faccia venir meno la garanzia fornita dal produttore delle stampanti e/o quando possa pregiudicarne il corretto funzionamento e/o quando non garantisca la qualità e utilità del toner descritto nel capitolato tecnico.

La SEA S.r.l. lamenta, quindi, la non conformità della richiesta della stazione appaltante a quanto prescritto all'art. 68, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006, e ciò perché, per prova di equivalenza, SOGEI S.p.a. intende il gradimento da parte delle case madri produttrici delle stampanti.

In seguito all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 15 ottobre 2012, la stazione appaltante ha ribadito la legittimità del proprio operato.

Ritenuto in diritto

La questione controversa ruota intorno alla legittimità della pretesa di SOGEI s.p.a., ai fini dell'ammissibilità dell'offerta di SEA s.r.l., della dimostrazione della validità della garanzia delle stampanti in uso anche in caso di utilizzo dei toner offerti, attraverso idonea dichiarazione resa dalle singole società produttrici delle stampanti oggetto di fornitura.

Ai sensi del secondo comma dell'art. 2 del codice, il principio di economicità, che insieme a quelli di efficacia, libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità deve caratterizzare la fase pubblicitica di scelta del contraente, può, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dallo stesso codice, essere subordinato a criteri, previsti dal bando, che siano ispirati ad esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile.

Con tale disposizione il legislatore ha voluto sostanzialmente introdurre un temperamento all'assolutezza del principio di economicità, in forza del quale l'amministrazione è tenuta a perseguire un risultato determinato attraverso l'ottimale impiego delle risorse disponibili, nell'ottica del giusto contemperamento tra la spesa parametrata ed il grado di soddisfazione da raggiungere. Pertanto, interessi primari, tra cui la tutela dell'ambiente e della salute, prevalendo, in forza di tale previsione normativa, sul principio di economicità, spingono le stesse amministrazioni a perseguire e soddisfare esigenze ambientali sia nella fase dell'affidamento dei contratti pubblici che nella fase della loro esecuzione.

Quanto sopra vale quindi a comprendere l'introduzione, nel corpo del codice e del regolamento, anche alla luce delle indicazioni provenienti dall'UE, di una serie di norme ispirate, tutte, all'esigenza di tutela dei suddetti interessi primari che dall'esercizio del potere pubblicitico dell'amministrazione non possono venire compromessi. Il richiamo è all'art. 83, co 1 del d.lgs. n. 163/2006 che, tra i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indica, alla lettera e) del comma 1, le " *caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto* ", o all'art. 44 del citato decreto legislativo che prevede espressamente che le stazioni appaltanti chiedano agli operatori economici le misure di gestione ambientale che verranno applicate durante l'esecuzione del contratto. Ma il riferimento è anche a norme del regolamento: infatti, ai sensi dell'art. 138, co. 3 del D.P.R. n. 207/2010, nella

definizione dei contenuti del capitolato e dei contratti, le stazioni appaltanti, " *tengono in considerazione, i criteri di tutela ambientale di cui al decreto del ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 11 aprile 2008...*", mentre l'art. 120 co. 1 richiede, limitatamente ai contratti di cui all'art. 53, comma 2, lettere b) e c) del codice, che i fattori ponderali da assegnare ai "pesi" o "punteggi" attribuiti, tra i vari elementi di valutazione, anche alle caratteristiche ambientali, non devono essere inferiori ad una data soglia numerica.

Lo stesso art. 68, al comma 1 stabilisce che nella definizione delle specifiche tecniche, le stazioni appaltanti debbano tenere conto della tutela ambientale.

E proprio tale ultima disposizione sancisce, al comma 7, il c.d. principio di equivalenza, che qui viene in rilievo, secondo cui " *Quando si avvalgono 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 ha sostanzialmente 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; esso però, non avendo valore assoluto, incontra il limite superiore dell'interesse pubblico alla convenienza e qualità della fornitura di cui alla gara dall'amministrazione bandita. La norma stessa, infatti, introduce anche l'onere dell'offerente di fornire la prova (con qualsiasi mezzo appropriato, ritenuto soddisfacente dalla stazione appaltante) circa l'equivalenza del prodotto offerto rispetto a quello indicato nel capitolato, che, nell'ipotesi in esame, la stazione appaltante SOGEI s.r.l. non ritiene sia stato soddisfatto da SEA s.r.l.. Dal canto suo, invece, la SEA s.r.l., avendo fatto effettuare, presso un laboratorio chimico merceologico riconosciuto dal Ministero e accreditato Accredia, tutti i rapporti di prova previsti dai protocolli ISO/IEC 19752 e ISO/IEC 19798, rispettivamente, per le cartucce toner monocromatiche e per le cartucce toner a colori, ritiene di avere fornito la prova che la legge impone.

A ben vedere, nel caso di specie, la stazione appaltante non pone tanto una questione di equipollenza dei prodotti in sé e per sé considerati, ma una questione di funzionamento e garanzia tecnica diretta o indiretta delle stampanti già in uso.

Tant'è che nella memoria difensiva SOGEI evidenzia che "a) per le stampanti ancora coperte dalla garanzia del produttore, le relative condizioni generali stabiliscono espressamente l'esclusione della stessa nel caso in cui il guasto o il malfunzionamento della stampante sia dovuto all'uso di toner non originali" ed a tal fine allega le condizioni generali di garanzia delle stampanti Lexmark (punto 5, rubrica "Esclusioni"), nonché una dichiarazione della Samsung del 22.10.2012 che escludono espressamente la garanzia di assistenza tecnica in caso di uso di toner non originali. Evidenzia, poi, che "b) per le stampanti non coperte da garanzia, SOGEI ha stipulato un contratto con la RTI IBM Italia/ADM Service, avente ad oggetto l'attività di assistenza e manutenzione hardware delle apparecchiature non più coperte da garanzia del fornitore. Nel contratto è esplicitamente previsto (art. 3.6) che, ai fini del servizio di manutenzione, saranno considerati materiali di consumo a carico utente esclusivamente quelli esplicitamente specificati nei manuali d'uso e manutenzione delle apparecchiature oggetto del servizio. Ne consegue che, nel caso di guasto della stampante derivato dall'utilizzo di toner non originali, la manutenzione effettuata dalla ditta non sarà di tipo ordinario, ma rientrerà nella manutenzione straordinaria ai sensi dell'art. 3.4.3 del contratto sopra citato perché conseguente a " *uso improprio dell'apparecchiatura da parte del personale dell'Amministrazione o di SOGEI*", con ulteriori oneri economici di SOGEI".

Per quanto le perplessità di SOGEI non siano da sottovalutare, in considerazione dell'impatto che una determinata fornitura può avere sul funzionamento delle macchine in uso coperte da una garanzia del tipo di quella sopra descritta, non può non considerarsi, alla luce delle disposizioni richiamate in materia di tutela ambientale, nonché in considerazione del principio della massima partecipazione alle gare di appalto, che proprio in un'ottica di salvaguardia ambientale, la stazione appaltante, nel caso di specie, avrebbe dovuto prevedere già nel bando di gara la possibilità per il concorrente di offrire prodotti rigenerati equivalenti, accollandosi in ogni caso il rischio del cattivo funzionamento delle stampanti per l'utilizzo di toner non originali.

Infatti, consentire ai concorrenti di offrire prodotti rigenerati equivalenti, addossando sugli stessi l'eventuale disagio derivante dal malfunzionamento delle stampanti in uso, potrebbe costituire un giusto compromesso tra le esigenze di ampliare la platea dei concorrenti e salvaguardare le norme di gestione ambientale, e l'esigenza di non subire alcun danno connesso all'esclusione della garanzia per l'utilizzo di toner non originali.

Le considerazioni sopra esposte trovano ampia conferma sul piano comunitario: le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE hanno infatti dato una spinta significativa verso l'effettiva attuazione di criteri ambientali nell'ambito delle procedure di approvvigionamento.

A tal fine la legge finanziaria per il 2007 (art. 1, commi 1126, 1127 e 1128, della L. n. 296/2006) ha previsto un Piano d'azione nazionale per la sostenibilità ambientale con il quale sono stati fissati obiettivi e modalità di monitoraggio dello stato di attuazione dei criteri ambientali. In relazione a quanto indicato al punto 4.2 "obiettivo nazionale" del PAN GPP, e per quanto qui di interesse, con apposito documento pubblicato in G.U. n. 64 del 19 marzo 2011 sono stati individuati i "criteri ambientali minimi" per l'acquisto di attrezzature elettriche ed elettroniche d'ufficio (PC portatili, PC

da tavolo, stampanti, apparecchi multifunzione e fotocopiatrici). Il documento contiene anche alcune considerazioni di carattere generale e suggerimenti finalizzati a razionalizzare gli acquisti e i consumi correlati alle apparecchiature in argomento. Il recepimento di determinati criteri ambientali ivi delineati (cd. criteri "di base") costituisce adempimento necessario a qualificare l'appalto "verde" (green public procurement). Peraltro, tali criteri ambientali costituiscono un riferimento per le stazioni appaltanti che vogliono ottemperare a quanto previsto dall'art. 68, co. 1, del d.lgs. n. 163/2006 (punto 2 documento).

Al punto 4.3 del documento sui criteri minimi si precisa che *"l'impiego razionale di tali apparecchiature consente notevoli vantaggi ambientali ed economici legati al risparmio energetico e alla conseguente riduzione di emissioni di CO2, alla riduzione del consumo di carta e di toner e alla maggiore durata della vita utile del prodotto"*.

Tra le specifiche tecniche di base delle stampanti a ridotto impatto ambientale, inoltre, è previsto che queste debbano supportare l'utilizzo di carta riciclata al 100%, la funzionalità di stampa fronte-retro, ed altre caratteristiche tese al risparmio di energia, nonché la garanzia quinquennale del prodotto. (punto 7 e ss. del documento). Con riferimento alle specifiche tecniche, è previsto al punto 7.2.4 che l'apparecchiatura offerta deve essere fornita di un manuale di istruzioni che include, tra l'altro, specifiche indicazioni sulla gestione operativa quotidiana (caricamento carta, sostituzione materiali di consumo in particolare sul recupero e riciclo di toner, ecc.). Tra le specifiche tecniche premianti, infine, è previsto al punto n. 7.3.3 che il toner e le cartucce di inchiostro non devono contenere come parte costitutiva nessuna sostanza che sia cancerogena, teratogena, mutagena ai sensi della Direttiva 67/548/CEE.

Infine, sul piano degli approvvigionamenti centralizzati, e in particolare di quelli attuati mediante convenzioni Consip, a partire dal 2006 si è progressivamente ampliato il numero di requisiti ambientali richiesti. Così nell'ambito delle convenzioni attivate negli anni 2008/2009 si è fatto ricorso all'impiego di requisiti ambientali premianti, che consentono ai fornitori più virtuosi sul piano ecologico di conseguire un punteggio tecnico più elevato.

Tra questi, e con specifico riferimento all'approvvigionamento di toner, si è ritenuto di valorizzare le forniture di stampanti che consentissero anche l'uso di toner rigenerati.

Non vi è dubbio pertanto che, alla luce delle indicazioni di matrice europea e del documento sopra richiamato, l'uso di toner rigenerati risponda ai criteri ambientali sopra descritti, trattandosi di materiale di consumo riciclato che, in quanto tale, riduce l'impatto ambientale.

Tenuto conto del quadro normativo sopra delineato, può affermarsi che rispetto al caso di specie, in assenza di una disciplina di *lex specialis* in ordine a forniture non originali ma equivalenti, non possono che trovare applicazione i principi generali sanciti in materia di specifiche tecniche; da ciò consegue che deve ritenersi ammissibile, per quanto in contestazione, l'offerta di prodotti equivalenti a quelli originali, essendo tale offerta conforme alla normativa di settore e, in particolare, all'art. 68 del codice.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la pretesa di SOGEI S.r.l. secondo cui, ai fini dell'ammissibilità dell'offerta di SEA s.r.l., quest'ultima avrebbe dovuto fornire la *"prova di equivalenza attraverso una dichiarazione resa dalle singole società produttrici delle stampanti indicate, accertante la validità della garanzia delle stampanti anche con l'utilizzo dei toner offerti"* non sia conforme alla normativa di settore, ponendosi in contrasto con il principio dell'equivalenza sancito all'art. 68 del codice.

Il Consigliere Relatore : Andrea Camanzi

Il Presidente : Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 marzo 2013

Il Segretario Maria Esposito