



Sul carattere limitativo dell'elenco delle modalità secondo le quali devono essere formulate le specifiche tecniche di cui all'art. 42, par. 3 della dir. 2014/24/UE sugli appalti pubblici

"L'articolo 42, paragrafi 2, 3 e 4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che:

- 1) l'elenco delle modalità secondo le quali devono essere formulate le specifiche tecniche stabilito dall'articolo 42, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 ha carattere prescrittivo e limitativo;**

- 2) in conformità dell'articolo 42, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, il requisito secondo cui le tubature per lo scarico delle acque piovane e reflue siano, rispettivamente, di cemento e di gres costituisce un riferimento a tipi specifici o produzioni specifiche. Questo riferimento:**

- comporta, di per sé, l'effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti, senza prevedere necessariamente l'esistenza di un solo produttore di tale prodotto sul mercato;**

- può essere ammesso se giustificato dall'oggetto dell'appalto, giustificazione che l'amministrazione aggiudicatrice deve fornire nei documenti di gara;**
- può altresì essere autorizzato qualora sia impossibile fornire una descrizione sufficientemente precisa e intellegibile dell'oggetto dell'appalto, in applicazione dell'articolo 42, paragrafo 3, della direttiva 2014/24;**
- deve essere accompagnato dall'espressione "o equivalente", salvo il caso in cui l'oggetto dell'appalto sia inevitabilmente vincolato, in termini oggettivi, all'utilizzo di un componente dei lavori che non ammette la sua sostituzione con un componente equivalente;**

- 3) la violazione di quanto previsto dall'articolo 42, paragrafo 3 o 4, della direttiva 2014/24 comporta una violazione del paragrafo 2 del medesimo articolo, nonché dell'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva citata".**

Materia: appalti / appalti pubblici di lavori

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA

presentate il 12 settembre 2024 (1)

Causa C-424/23

DYKA Plastics NV

contro

Fluvius System Operator CV

[Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Ondernemingsrechtbank Gent, afdeling Gent (Tribunale delle imprese di Gand, sezione di Gand, Belgio)]

« Rinvio pregiudiziale — Appalti pubblici — Direttiva 2014/24/UE — Articolo 42 — Specifiche tecniche — Modalità di formulazione — Carattere limitativo dell'elenco di cui all'articolo 42, paragrafo 3 — Appalto per la realizzazione di lavori con tubature in gres o cemento — Esclusione di tubature in plastica — Riferimento a tipi o a una produzione specifica — Favoreggiamento o eliminazione di talune imprese o taluni prodotti — Principi di parità di trattamento e trasparenza »

1. La Fluvius System Operator CV (2) gestisce le reti di smaltimento delle acque dei comuni della regione delle Fiandre (Belgio). Nei suoi appalti di lavori per la costruzione o la sostituzione delle tubature di scarico, la Fluvius dispone, di norma, che le tubature di scarico dell'acqua piovana siano esclusivamente di cemento mentre quelle delle acque reflue di gres.

2. Una società che si occupa di produzione e fornitura di tubature di plastica si è rivolta al giudice del rinvio per obbligare la Fluvius a includere, in maniera generalizzata, questo tipo di tubature nei suoi appalti.

3. Il giudice del rinvio chiede l'interpretazione dell'articolo 42 della direttiva 2014/24/UE (3), disposizione che regola le specifiche tecniche negli appalti pubblici (nel caso di specie, di lavori).

4. La Corte, che ha già interpretato la nozione di specifiche tecniche in varie sentenze (4), dovrà sviluppare la sua giurisprudenza al riguardo per rispondere al giudice del rinvio.

I. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione

1. Direttiva 2014/24

5. L'articolo 18 («Principi per l'aggiudicazione degli appalti») così stabilisce:

«1. Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata.

La concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza. Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici.

(...).».

6. L'articolo 42 («Specifiche tecniche») così recita:

«1. Le specifiche tecniche definite al punto 1 dell'allegato VII figurano nei documenti di gara. Le specifiche tecniche definiscono le caratteristiche previste per lavori, servizi o forniture.

(...)

2. Le specifiche tecniche consentono pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non comportano la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza.

3. Fatte salve le regole tecniche nazionali obbligatorie, nella misura in cui sono compatibili con la normativa dell'Unione europea 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 amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicare l'appalto;

b) mediante riferimento a specifiche tecniche e, in ordine di preferenza, alle norme nazionali 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, se non esiste nulla in tal senso, alle norme nazionali, alle omologazioni tecniche nazionali o alle specifiche tecniche nazionali in materia di progettazione, di calcolo e di realizzazione delle opere e di uso delle forniture; ciascun riferimento contiene la menzione "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 dette prestazioni o con detti 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.

4. 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 autorizzati, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando il paragrafo 3. Una siffatta menzione o un siffatto riferimento sono accompagnati dall'espressione "o equivalente".

(...)).

7. Nell'allegato VII («Definizione di talune specifiche tecniche») si legge:

«Ai fini della presente direttiva si intende per:

1) "Specifiche tecniche": a seconda del caso

a) nel caso di appalti pubblici di lavori: l'insieme delle prescrizioni tecniche contenute, in particolare, nei documenti di gara, che definiscono le caratteristiche richieste di un materiale, un prodotto o una fornitura in modo che rispondano all'uso a cui sono destinati dall'amministrazione aggiudicatrice; tra queste caratteristiche rientrano i livelli della prestazione ambientale e le ripercussioni sul clima, la progettazione che tenga conto di tutti i requisiti (compresa l'accessibilità per persone con disabilità) la valutazione della conformità, la proprietà d'uso, la sicurezza o le dimensioni, incluse le procedure riguardanti il sistema di garanzia della qualità, la terminologia, i simboli, il collaudo e metodi di prova, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, le istruzioni per l'uso, nonché i processi e i metodi di produzione in qualsiasi momento del ciclo di vita dei lavori. Esse comprendono altresì le norme riguardanti la progettazione e la determinazione dei costi, le condizioni di collaudo, d'ispezione e di accettazione dei lavori nonché i metodi e le tecniche di costruzione come pure ogni altra condizione

tecnica che l'amministrazione aggiudicatrice può prescrivere, mediante regolamentazione generale o particolare, in relazione all'opera finita e ai materiali o alle parti che la compongono;

(...)).

2. Direttiva 2014/25

8. Il ventiquattresimo considerando così enuncia:

«Gli enti aggiudicatori che operano nel settore dell'acqua potabile possono comunque svolgere altre attività connesse alla gestione dell'acqua, ad esempio progetti di ingegneria idraulica, irrigazione, drenaggio nonché evacuazione e trattamento delle acque reflue. In tal caso, gli enti aggiudicatori devono essere in grado di applicare le procedure di appalto previste nella presente direttiva riguardo a tutte le attività da loro svolte che riguardano la gestione dell'acqua e che fanno parte di qualsiasi fase del "ciclo dell'acqua". (...)).

9. L'articolo 10 («Acqua») così prevede:

«1. Per quanto riguarda l'acqua, la presente direttiva si applica alle seguenti attività:

a) la messa a disposizione o la gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile;

b) l'alimentazione di tali reti con acqua potabile.

2. La presente direttiva si applica anche agli appalti o ai concorsi di progettazione attribuiti o organizzati dagli enti aggiudicatori che esercitano un'attività di cui al paragrafo 1 e che riguardino una delle seguenti attività:

a) progetti di ingegneria idraulica, irrigazione o drenaggio, in cui il volume d'acqua destinato all'alimentazione con acqua potabile rappresenti più del 20 % del volume totale d'acqua reso disponibile da tali progetti o impianti di irrigazione o di drenaggio;

b) smaltimento o trattamento delle acque reflue.

(...)).

B. Diritto belga. Loi relative aux marchés publics du 17 juin 2016 (legge sugli appalti pubblici) (5)

10. L'articolo 5, paragrafo 1, prevede che l'amministrazione aggiudicatrice non può concepire un appalto pubblico con l'intenzione di escluderlo dall'ambito di applicazione di tale legge o di limitare artificialmente la concorrenza. Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici.

11. L'articolo 53, paragrafi 2, 3 e 4, riporta, essenzialmente, il contenuto dell'articolo 42, paragrafi 2, 3 e 4 della direttiva 2014/24.

II. Fatti, controversia e questioni pregiudiziali

12. La Fluvius si occupa della costruzione, gestione e manutenzione delle reti di smaltimento delle acque nei comuni della regione delle Fiandre.

13. Nei documenti di gara per i suoi appalti pubblici di lavori, la Fluvius richiede, «di norma», che le offerte prevedano esclusivamente l'impiego di tubature di cemento (per lo scarico dell'acqua piovana) o di gres (per lo smaltimento delle acque reflue).

14. La DYKA Plastics NV (in prosieguo: la «DYKA»), produttore e fornitore di tubature di plastica, sostiene che questa imposizione sia discriminatoria, in quanto la escluderebbe dalla possibilità di aggiudicarsi gli appalti indetti dalla Fluvius.

15. In varie occasioni, la DYKA si è rivolta alla Fluvius contestandole l'illegittimità della sua politica in materia di appalti pubblici:

– il 4 giugno 2020 le chiedeva di modificare i documenti dei successivi appalti in modo che fosse possibile presentare offerte che prevedessero l'impiego delle tubature di plastica congiuntamente a quelle di gres e di cemento;

– il 7 ottobre 2020 le chiedeva di precisare il tipo di tubature utilizzabili nell'appalto denominato «Langeveldstraat Beringen» (strada di Langeveld, Beringen, Belgio) e se le tubature di plastica erano escluse sia per la rete di scarico dell'acqua piovana che per quella di smaltimento delle acque reflue. In caso di risposta affermativa, chiedeva di essere informata sui motivi di esclusione.

16. Il 15 ottobre 2020 la Fluvius rispondeva che nell'offerta potevano essere previste solo tubature per lo scarico dell'acqua piovana di cemento (porose) e tubature per lo smaltimento delle acque reflue di gres.

17. La DYKA ha presentato ricorso dinanzi all'Ondernemingsrechtbank Gent, afdeling Gent (Tribunale delle imprese di Gand, sezione di Gand) sostenendo che l'uso delle specifiche tecniche da parte della Fluvius viola la normativa in materia di appalti pubblici. Escludendo, senza alcuna motivazione, le tubature in materiale plastico dagli appalti di lavori, la DYKA viene privata della possibilità di aggiudicarsi un appalto e in tal modo si ostacolerebbe manifestatamente la concorrenza (6).

18. Per contro, la Fluvius sostiene di agire legittimamente, in quanto:

– i suoi capitolati non prescrivono un «prodotto unico»;

– esistono diversi produttori e fornitori di tubature in gres e in cemento che possono partecipare all'aggiudicazione dell'appalto;

– la scelta del materiale con cui fabbricare le tubature di scarico rientra nel suo potere discrezionale;

– sussistono ragioni tecniche che giustificano la scelta del gres o del cemento. Le tubature di gres durano almeno cento anni, mentre quelle di materiale plastico hanno una durata di cinquanta anni. Inoltre, le tubature di materiale plastico presentano una percentuale di difetti e guasti nettamente superiore rispetto a quella delle tubature di gres e i costi di manutenzione sono molto più elevati;

– dal punto di vista ambientale, le tubature di materiale plastico presentano problemi che non sussistono in quelle di gres o di cemento (7);

– è ragionevole, sia sotto il profilo finanziario che in termini di interessi dell'amministrazione aggiudicatrice, scegliere sempre le tubature di gres e non in materiale plastico. Ciononostante, le tubature in materiale plastico non sono del tutto escluse poiché dovranno essere scelte quando, date le caratteristiche tecniche del progetto, l'uso di quelle di gres o di cemento non è raccomandabile.

19. In questo contesto, il giudice del rinvio sottopone alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'articolo 42, paragrafo 3, della direttiva [2014/24] debba essere interpretato nel senso che l'elenco ivi figurante delle modalità secondo le quali devono essere formulate le specifiche tecniche ha carattere limitativo e se un'amministrazione aggiudicatrice sia pertanto tenuta a formulare le specifiche tecniche dei suoi appalti pubblici in uno dei modi indicati in tale disposizione.

2) Se l'articolo 42, paragrafo 4, della direttiva [2014/24] debba essere interpretato nel senso che riferimenti nelle specifiche tecniche di appalti a tubature di scarico in gres e cemento (a seconda del tipo concreto di sistema di smaltimento) devono essere considerati come uno o più riferimenti contenuti in tale disposizione, ad esempio come riferimenti a tipi specifici o a produzioni specifiche di tubature.

3) Se l'articolo 42, paragrafo 4, della direttiva [2014/24] debba essere interpretato nel senso che riferimenti nelle specifiche tecniche di appalti ad un unico prodotto, ad esempio a tubature di scarico in gres e cemento (a seconda del tipo concreto di sistema di smaltimento) come soluzioni tecniche specifiche, generano già l'effetto richiesto in questa disposizione (segnatamente "che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti"), atteso che hanno come effetto che le imprese che offrono soluzioni alternative al prodotto prescritto sono escluse a priori e dunque svantaggiate, malgrado il fatto che diverse imprese in concorrenza tra loro possono offrire il suddetto prodotto prescritto, o se sia richiesto che non esista nessuna forma di concorrenza relativamente al prodotto indicato, ad esempio tubature di scarico di gres e cemento (a seconda del tipo concreto di sistema di smaltimento), e che dunque l'effetto indicato possa prodursi soltanto se il prodotto di cui trattasi è caratteristico per una sola determinata impresa che è l'unica ad offrirlo sul mercato.

4) Se l'articolo 42, paragrafo 2, della direttiva [2014/24] debba essere interpretato nel senso che una violazione accertata dell'articolo 42, paragrafo 3, della direttiva [2014/24] e/o dell'articolo 42, paragrafo 4, della direttiva [2014/24], per effetto dell'uso illecito di riferimenti nelle specifiche tecniche di appalti (ad esempio a tubature di scarico in gres e cemento – a seconda del tipo concreto di sistema di smaltimento), comporti automaticamente anche una violazione dell'articolo 42, paragrafo 2, della direttiva [2014/24], nonché dell'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva [2014/24] ad esso collegato».

III. Procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

20. La domanda di pronuncia pregiudiziale è pervenuta presso la cancelleria della Corte l'11 luglio 2023.

21. Hanno presentato osservazioni scritte la DYKA, la Fluvius, i governi austriaco e ceco, nonché la Commissione europea.

22. La DYKA, la Fluvius e la Commissione hanno partecipato all'udienza tenutasi il 30 maggio 2024.

IV. Valutazione

A. Direttiva applicabile

23. Benché solo la Commissione abbia fatto riferimento a tale questione nella fase scritta del procedimento (8), ci si chiede se gli appalti per i lavori di costruzione di reti pubbliche per lo smaltimento delle acque reflue e piovane rientrino nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/24 o della direttiva 2014/25.

24. La Commissione distingue gli appalti in cui la Fluvius agisce in qualità di gestore delle reti di distribuzione di elettricità e gas (che sarebbero disciplinati dalla direttiva 2014/25) da quelli aventi ad oggetto la realizzazione di reti di smaltimento delle acque (che sarebbero disciplinati dalla direttiva 2014/24).

25. Ritengo, tuttavia, che questa affermazione necessiti di una verifica da parte del giudice del rinvio (9) per escludere che la Fluvius, come amministrazione aggiudicatrice, eserciti qualcuna delle attività contemplate nell'articolo 10, paragrafo 1, della direttiva 2014/25 (la gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile, o l'alimentazione di tali reti con acqua potabile) (10).

26. Se la Fluvius partecipasse anche a questa fase del «ciclo dell'acqua» (11), gli appalti controversi, che includono lavori connessi allo smaltimento delle acque reflue, dovrebbero rispettare la direttiva 2014/25, il cui l'articolo 10, paragrafo 2, lettera b), si riferisce espressamente ad essi.

27. Fatta salva la valutazione del giudice del rinvio, nonostante la disciplina delle specifiche tecniche della direttiva 2014/24 (articolo 42) e della direttiva 2014/25 (articolo 60) sia essenzialmente la stessa, mi soffermerò sull'interpretazione della prima.

B. Margine di discrezionalità per l'inserimento di specifiche tecniche

28. Gli enti aggiudicatori devono definire, nei documenti di gara che pubblicano, le caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture che intendono acquistare nell'ambito degli appalti pubblici. Fra tali caratteristiche rientrano quelle corrispondenti alle specifiche tecniche dei prodotti o servizi interessati (12).

29. La descrizione distorta di tali specifiche tecniche può comportare, quanto meno, un'importante «barriera all'ingresso» per taluni offerenti e, in casi estremi, predeterminare (anche in modo fraudolento) la scelta finale dell'aggiudicatario, se vengono indicate caratteristiche di prodotti o servizi che solo quest'ultimo è in grado di offrire.

30. La preoccupazione di impedire tali pratiche irregolari e di «permettere l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza» hanno indotto il legislatore dell'Unione ad adottare disposizioni normative in materia.

31. Secondo la Corte di giustizia, «la normativa dell'Unione in materia di specifiche tecniche riconosce un ampio margine di discrezionalità all'amministrazione aggiudicatrice nell'ambito della formulazione delle specifiche tecniche di un appalto». «Tale margine di discrezionalità è giustificato dal fatto che sono le amministrazioni aggiudicatrici ad avere la migliore conoscenza delle forniture di cui necessitano, e a trovarsi nella posizione migliore per determinare i requisiti che devono essere soddisfatti al fine di ottenere i risultati auspicati» (13).

32. In linea di principio, dunque, il margine di discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice nel prevedere le specifiche tecniche di un appalto le consente di scegliere i prodotti e i materiali per eseguire il lavoro progettato.

33. Tuttavia, la libertà di scelta dell'amministrazione aggiudicatrice è condizionata, in misura maggiore o minore, a seconda dell'oggetto dell'appalto e della finalità perseguita:

– quando entrano in gioco elementi collegati alla prestazione o alla funzione (requisiti funzionali) dei componenti di un lavoro, il margine di discrezionalità si riduce. I requisiti funzionali possono estendersi a «caratteristiche ambientali». È coerente con lo scopo della direttiva 2014/24 che, in tali ipotesi, le offerte siano aperte al maggior numero di alternative tecniche idonee a soddisfare la funzione richiesta;

– al contrario, quando si tratta di opere nelle quali predominano altri fattori non strettamente obiettivi (ad esempio, di estetica o di adeguamento all'ambiente), il margine di discrezionalità è più ampio.

34. Nell'ambito della controversia principale non vi sono considerazioni di tipo estetico e le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice sui materiali ammissibili potrebbero trovare fondamento, soprattutto, in criteri di prestazione o in fattori oggettivi di natura funzionale. Non sembra, tuttavia, che questi criteri e fattori siano indicati con il dovuto approfondimento nei capitolati di appalto, la cui verifica spetta al giudice del rinvio (14).

35. Data la loro rilevanza, le specifiche tecniche devono essere, al pari dell'oggetto e dei criteri di aggiudicazione dell'appalto, chiaramente definite fin dalla fase dell'avvio della procedura di aggiudicazione, ossia nel bando di gara o nel capitolato d'oneri. Solo in questo modo gli offerenti potranno comprenderne l'esatta portata e interpretarle allo stesso modo (15).

36. Le specifiche tecniche menzionate nell'articolo 42, paragrafo 1, della direttiva 2014/24, sono quelle «definite» al punto 1 dell'allegato VII. Alla lettera a), quest'ultimo indica cosa debba intendersi per «specifiche tecniche» negli appalti di lavori.

37. In base a tale enunciato si considera specifica tecnica l'insieme delle prescrizioni tecniche «contenute, in particolare, nei documenti di gara, che definiscono le caratteristiche richieste di un materiale, un prodotto o una fornitura in modo che rispondano all'uso a cui sono destinati dall'amministrazione aggiudicatrice».

C. Sulla prima questione pregiudiziale

38. Il giudice del rinvio chiede se abbia carattere limitativo «l'elenco delle modalità secondo le quali devono essere formulate le specifiche tecniche» figurante nell'articolo 42, paragrafo 3, della direttiva 2014/24.

39. La premessa alla base della questione è che il requisito secondo cui le tubature di scarico devono essere di cemento o di gres già costituisce, di per sé, una specifica tecnica. Il giudice del rinvio, le parti della controversia, i governi intervenienti e la Commissione accettano questa premessa, sulla quale detto giudice non esprime alcun dubbio.

40. In udienza, tuttavia, è sorto un dibattito su questa stessa premessa, limitato all'interpretazione dell'allegato VII, punto 1, lettera a), della direttiva 2014/24. Dalla sua lettura potrebbe dedursi che si considerano specifiche tecniche solo le prescrizioni che definiscono le caratteristiche richieste di un materiale, un prodotto o fornitura, ma non il requisito che il lavoro sia realizzato con uno specifico materiale.

41. A mio giudizio, non conviene adottare sul punto una posizione nominalista. Nella controversia principale, nonostante tutti i dubbi derivanti dalle omissioni dell'ordinanza di rinvio, il requisito secondo cui le tubature di scarico devono essere di cemento o di gres si riferisce tanto a un prodotto (le

tubature) quanto a una delle sue caratteristiche essenziali (che il materiale di queste tubature sia di cemento o di gres).

42. Così intesa, credo si possa accettare la premessa alla base del rinvio pregiudiziale. In caso contrario, le questioni pregiudiziali, così redatte, sarebbero ipotetiche o superflue.

43. Le «modalità» per formulare le specifiche tecniche, ai sensi dell'articolo 42, paragrafo 3, della direttiva 2014/24, sono specificate nelle sue lettere a), b), c) e d) (16). La Corte di giustizia ha già dichiarato che «la formulazione dell'articolo 42, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 non stabilisce una gerarchia tra le modalità di formulazione delle specifiche tecniche e non esprime alcuna preferenza per uno di tali metodi» (17).

44. L'amministrazione aggiudicatrice deve utilizzare dunque uno o più di questi metodi. L'espressione «sono formulate secondo una delle modalità seguenti» (18) evidenzia che si tratta di un elenco limitativo. Il legislatore avrebbe potuto usare espressioni aperte (ricorrendo ad avverbi come «principalmente» o «in particolare») per consentire ulteriori modalità, ma ha optato per un elenco prescrittivo e limitativo (19).

45. Quanto esposto finora sarebbe sufficiente per rispondere alla prima questione pregiudiziale così come formulata. Gli altri criteri ermeneutici consueti (contesto e finalità della disposizione) non conducono a una risposta diversa.

46. Le osservazioni delle parti della controversia si focalizzano, però, su un problema diverso rispetto a quello che, stricto sensu, viene sollevato con la prima questione pregiudiziale. Si tratterebbe, piuttosto, di chiarire se l'uso obbligatorio di tubature di cemento o di gres possa rientrare in una delle modalità dell'elenco chiuso di cui all'articolo 42, paragrafo 3, della direttiva 2014/24, il che viene respinto dalla DYKA (20).

47. Qualora la Corte accetti di entrare in questo dibattito, la prima difficoltà per risolverlo è costituita dal fatto che, come ho già anticipato, il giudice del rinvio non ha riportato dettagliatamente il contenuto del capitolato d'oneri in merito alla specifica tecnica controversa.

48. La lettura dell'ordinanza di rinvio non consente di individuare se nel capitolato d'oneri, congiuntamente alla menzione delle tubature di cemento o di gres, siano indicate (come sarebbe logico) ulteriori precisazioni, come, ad esempio, il requisito del rispetto di una norma, o di uno standard, in particolare.

49. La Fluvius ha colmato questa mancanza in sede di udienza, rispondendo alle domande della Corte. Essa ha precisato che i documenti di gara non riportano solo la menzione di tubature in cemento o gres, ma anche altre caratteristiche delle stesse, così come i riferimenti a disposizioni tecniche belghe sui sistemi di scarico.

50. Partendo da questa affermazione (che dovrà essere verificata, ancora una volta, dal giudice del rinvio) è possibile valutare se la specifica tecnica oggetto della controversia rientra in una o più lettere dell'articolo 42, paragrafo 3, della direttiva 2014/24.

1. Inserimento nell'articolo 42, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2014/24

51. I documenti di gara controversi sarebbero conformi a detta lettera qualora prevedessero per le tubature di scarico determinati requisiti in termini di prestazioni o funzionali. Così sarebbe se contenessero prescrizioni relative, ad esempio, alla loro rigidità, resistenza alle variazioni di temperatura, stabilità, impermeabilizzazione, caratteristiche ambientali o ad altre proprietà fisiche o meccaniche.

52. La Fluvius sostiene (21) che la specifica tecnica richiesta si fonda su requisiti relativi alla durata del materiale usato e ai costi di manutenzione, o alla natura ambientale (la natura riciclabile, la produzione di residui e l'inserimento nel sottosuolo). Si tratterebbe, dunque, di requisiti in termini di prestazioni o funzionali.

53. Come ho già ribadito, non sono state fornite alla Corte informazioni sufficienti sul contenuto dei documenti di gara. Il giudice del rinvio si limita ad esporre che la Fluvius non ha stabilito in detti documenti la prestazione o i requisiti funzionali delle tubature di scarico che consentirebbero l'offerta di altre soluzioni tecniche (22).

54. Secondo la valutazione del giudice del rinvio su questo punto, i documenti di gara non prevedrebbero requisiti funzionali con un grado di precisione sufficiente, cosicché l'articolo 42, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2014/24 non troverebbe applicazione. Questa disposizione esige che i parametri (della specifica tecnica formulata in termini di prestazioni o requisiti funzionali) siano sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto.

2. Inserimento nell'articolo 42, paragrafo 3, lettera b), della direttiva 2014/24

55. A parere della Fluvius (23) e della Commissione (24), la specifica controversa rientra nell'articolo 42, paragrafo 3, lettera b), della direttiva 2014/24, mentre la DYKA sostiene il contrario.

56. Secondo la Fluvius e la Commissione, la lettera b) opererebbe una distinzione tra i riferimenti a «specifiche tecniche», da un lato, e alle «norme» (o standard), dall'altro. In merito alle prime, l'allegato VII, punto 1, consentirebbe di accettare come specifica tecnica la sola identificazione delle caratteristiche richieste di un materiale o di un prodotto.

57. In udienza si è discusso a lungo sull'interpretazione della parte iniziale dell'articolo 42, paragrafo 3, lettera b), della direttiva 2014/24. La sua redazione potrebbe essere definita tautologica quando prevede che «le specifiche tecniche sono formulate (...) mediante riferimento a specifiche tecniche (...)». Si considerano, in merito, due posizioni:

– sostenere che, tra le specifiche tecniche a cui fa riferimento l'articolo 42, paragrafo 3, lettera b), della direttiva 2014/24, rientrano non solo quelle descritte dalle «norme» (nazionali, europee o internazionali) o dai «sistemi tecnici di riferimento» che la stessa lettera elenca, ma anche altre prescrizioni esterne a tali norme e sistemi ma che specificano «le caratteristiche richieste» di un materiale o prodotto;

– ritenere, al contrario, che le specifiche tecniche di cui all'articolo 42, paragrafo 3, lettera b), della direttiva 2014/24 siano solo quelle normalizzate, ossia, quelle che rimandano a «norme» (nazionali, europee o internazionali) o «sistemi tecnici di riferimento». Ciò risulterebbe dal punto 87 della sentenza *Klaipedos* (25).

58. Invero, questa discussione perde parte del suo interesse (o lo mantiene in termini meramente astratti o accademici) se si ammette, come ha fatto la Fluvius in sede di udienza, che i documenti di gara da questa redatti contenevano riferimenti espliciti a norme tecniche belghe. In tal caso, ritengo che i documenti di gara descrivano le specifiche tecniche dell'appalto di lavori secondo la formulazione dell'articolo 42, paragrafo 3, lettera b), della direttiva 2014/24.

59. Ad ogni modo, non sottraendomi alla discussione in astratto, credo che si adegui meglio alla disposizione la prima delle tesi considerate (nonostante entrambe abbiano fondati argomenti a loro favore). I motivi che mi inducono a optare per questa soluzione sono due.

60. In primis, circoscrivere la lettera b) alle specifiche tecniche normalizzate significherebbe prescindere da quelle non normalizzate, ossia, dalle rimanenti prescrizioni tecniche che

un'amministrazione aggiudicatrice può includere nei suoi documenti di gara senza fare riferimento a norme tecniche predeterminate (standard) (26).

61. Come ha sostenuto la Commissione in udienza, nulla impedisce – ed è frequente – che gli appalti di lavori contengano prescrizioni tecniche che, conformemente alla definizione dell'allegato VII, punto 1, lettera a), della direttiva 2014/24, non sono espresse con riferimento a norme tecniche (standard), né in termini di prestazioni, né di requisiti funzionali. Optare per la seconda tesi considerata comporterebbe l'esclusione di questo tipo di prescrizioni dalle lettere dell'articolo 42, paragrafo 3, della direttiva 2014/24.

62. In secondo luogo, è proprio l'allegato VII della direttiva 2014/24 che definisce cosa si intende per «specifica tecnica» e ad esso fa riferimento l'articolo 42, paragrafo 1, della direttiva medesima. Le formulazioni (o «modalità») con cui occorre indicare queste specifiche vengono precisate nell'articolo 42, paragrafo 3, però la nozione stessa, per gli appalti di lavori, è prevista nell'allegato VII, punto 1, lettera a).

63. Da questa prospettiva, una prescrizione «(...) che definisc[e] le caratteristiche richieste di un materiale [o di un] prodotto», come previsto nell'allegato VII, punto 1, lettera a), della direttiva 2014/24, può qualificarsi come specifica tecnica e, pertanto, rientrare nell'articolo 42, paragrafo 3, lettera b), parte iniziale, nonostante, ribadisco, non faccia riferimento a nessuna norma (standard).

3. Conclusione intermedia

64. Riassumendo:

– occorre rispondere alla prima questione pregiudiziale nel senso che l'elenco delle modalità secondo le quali devono essere formulate le specifiche tecniche di cui all'articolo 42, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 ha carattere limitativo;

– non è necessario, per rispondere a tale questione, individuare in quale lettera di detta disposizione rientri la specifica tecnica controversa, il che dipenderà dal contenuto dei documenti di gara.

D. Sulla seconda e sulla terza questione pregiudiziale

65. La seconda e la terza questione pregiudiziale, che si possono affrontare congiuntamente, vertono sull'interpretazione dell'articolo 42, paragrafo 4, della direttiva 2014/24.

66. Con tali questioni il giudice del rinvio chiede se i riferimenti a tubature di gres e di cemento:

– «de[bb]ano essere considerati come uno o più riferimenti contenuti in tale disposizione, ad esempio come riferimenti a tipi specifici o a produzioni specifiche di tubature»;

– «gener[i]no già l'effetto (...) [di] "favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti"», escludendo a priori le imprese che offrono soluzioni alternative, o, al contrario, «l'effetto indicato possa prodursi soltanto se il prodotto di cui trattasi è caratteristico per una sola determinata impresa che è l'unica ad offrirlo sul mercato».

67. L'articolo 42, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 vieta che le specifiche tecniche di un appalto includano taluni riferimenti (27) considerati, in linea di principio, direttamente o indirettamente lesivi per l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Il divieto è previsto «salvo che [le specifiche tecniche] siano giustificate dall'oggetto dell'appalto».

68. In via eccezionale si autorizzano, inoltre, questi riferimenti «nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando il paragrafo 3» (28).

69. Le posizioni delle parti e degli intervenienti nell'ambito del rinvio, in merito a tali due questioni pregiudiziali, sono discordanti:

– la DYKA contesta che le tubature di gres o di cemento sono rappresentative tanto di un «tipo» (in merito alla particolare modalità delle tubature con le quali si costruiscono gli scarichi) quanto di una «produzione specifica» (in quanto la sua costruzione richiede un procedimento industriale di produzione specifica per ogni categoria);

– a parere della Fluvius, il divieto vige solo nel caso in cui i documenti di gara richiedano un'esclusività o un prodotto unico, favorendo in tal modo l'impresa che lo produce. Non si applica, invece, quando il prodotto richiesto è fabbricato da varie imprese;

– secondo il governo austriaco, i termini cemento e gres non descrivono un prodotto specifico, bensì materiali i cui processi di fabbricazione e le cui caratteristiche possono assumere varie forme;

– il governo ceco sostiene che il riferimento non mira a favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti;

– la Commissione ritiene che consentire il riferimento al materiale con cui si fabbricano le tubature come specifica tecnica comporterebbe l'ammissione di un'interpretazione ampia. In mancanza di una definizione normativa, approfondisce il senso comune delle nozioni di «tipo» e «produzione specifica» per concludere che non rientra in nessuna di queste.

70. Affronterò dette questioni analizzando la portata del divieto e le eccezioni ammissibili per poi applicare questa analisi alla controversia principale.

1. Portata del divieto

71. L'articolo 42, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 vieta, come già detto, che le specifiche tecniche di un appalto includano taluni riferimenti. Ai fini della presente controversia, sarebbero quelli relativi a «un tipo, un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti» (29).

72. A mio parere, il riferimento al gres o al cemento come materiali obbligatori, nel rispetto dei documenti di gara, si riferisce a un «tipo» di tubature o a una «produzione specifica». Secondo la DYKA, il gres o il cemento non sono materiali naturali (come il legno), bensì materiali «prodotti» in seguito a uno specifico processo di fabbricazione artificiale. La sua scelta favorisce, logicamente, coloro che producono o forniscono tubature di gres e di cemento generando quale effetto (inevitabile) quello di escludere le imprese che offrono tubature di plastica o di qualunque altro materiale.

73. Contrariamente alla tesi della Fluvius, ritengo che il divieto non operi solo quando i documenti di gara conducono alla scelta di un unico produttore, ma anche quando circoscrivono la rosa di candidati a vari soggetti (ossia, a tutti quelli che producono un tipo di tubature di cemento o di gres) ed esclude coloro che le producono di plastica.

74. Così, dunque, il giudice del rinvio potrà ritenere che, oggettivamente, il riferimento alle tubature di scarico di cemento o di gres contenuto nei documenti di gara rientri nell'ambito del divieto. Resta da valutare se, ciononostante, sia giustificato.

2. Eccezioni al divieto

a) Giustificazione per l'oggetto dell'appalto

75. L'articolo 42, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 consente di superare il divieto oggetto di analisi quando «[lo giustifichi l]'oggetto dell'appalto».

76. Ovviamente, in determinati casi, l'oggetto dell'appalto comporterà inevitabilmente la scelta di alcuni tra gli elementi dei lavori, con la simultanea esclusione di altri (30).

77. Qualora l'amministrazione aggiudicatrice voglia avvalersi di tale disposizione, dovrà spiegare perché l'oggetto dell'appalto giustifica la presenza di una specifica tecnica che, di norma, non rispetta l'articolo 42, paragrafo 4, della direttiva 2014/24.

78. Ritengo che questa spiegazione debba essere contenuta nei documenti di gara. È proprio qui che l'amministrazione aggiudicatrice deve offrire informazioni (ai futuri offerenti) sui motivi in virtù dei quali l'oggetto dell'appalto richiede questa specifica e non un'altra. Solo così gli interessati potranno decidere se accettare il capitolato d'oneri o contestarlo (31).

b) Autorizzazione in via eccezionale per impossibilità di una descrizione precisa dell'oggetto dell'appalto

79. L'articolo 42, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 ammette, in via eccezionale, che si autorizzi qualcuno dei riferimenti vietati, nel caso in cui «una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando il paragrafo 3».

80. Spetta al giudice del rinvio stabilire se, in virtù dell'oggetto dell'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice abbia imposto un livello ammissibile di requisiti dei prodotti o dei materiali con i quali questi prodotti sono fabbricati. L'amministrazione aggiudicatrice è libera di stabilire tale livello di requisiti, ma deve giustificare, in maniera precisa e intellegibile, la ragione per cui la sua decisione corrisponde all'oggetto dell'appalto.

81. Ancora una volta, l'assenza (nell'ordinanza di rinvio) di informazioni sul contenuto dettagliato del capitolato d'oneri non consente di sapere se esso contenga o meno tale descrizione precisa ed intellegibile. Solo il giudice del rinvio può chiarirlo e pronunciarsi sulla possibilità o impossibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di prevedere detta descrizione nei documenti di gara.

c) L'espressione «o equivalente»

82. In due dei suoi paragrafi, l'articolo 42 della direttiva 2014/24 esige che i riferimenti alle specifiche tecniche siano accompagnati dall'«espressione "o equivalente"»: si tratta del paragrafo 3, lettera b), in fine, e del paragrafo 4, parimenti in fine.

83. Lo scopo ultimo di questa doppia previsione è garantire pari accesso agli operatori economici alla procedura di aggiudicazione. Il contenuto delle specifiche tecniche non può comportare «la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza» (32).

84. L'eccezione prevista dall'articolo 42, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, proprio perché potrebbe favorire taluni produttori ed escluderne altri, è mitigata dall'obbligo che detto riferimento sia accompagnato dall'espressione «o equivalente». Essa richiede una duplice condizione: a) che il

riferimento sia necessario per fornire una descrizione sufficientemente precisa e intellegibile dell'oggetto dell'appalto e b) che sia accompagnato dall'espressione «o equivalente» (33).

85. Il legislatore dell'Unione si preoccupa che le specifiche tecniche restringano «artificialmente la concorrenza mediante requisiti che favoriscono uno specifico operatore economico in quanto rispecchiano le principali caratteristiche delle forniture, dei servizi o dei lavori da esso abitualmente offerti» (34).

86. Questa prevenzione è conforme al principio sancito nell'articolo 18, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2014/24: «(...) Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici».

87. Il requisito secondo cui, nei casi sopra citati, i documenti di gara riportino l'espressione «o equivalente» è quindi innegabilmente volto a favorire una maggiore apertura dell'appalto alla concorrenza. I produttori e i fornitori di materiali o prodotti equivalenti a quelli indicati dall'amministrazione aggiudicatrice possono ricorrere a questa espressione per partecipare, come offerenti, al procedimento di selezione dell'appaltatore.

88. La Corte di giustizia ha sottolineato l'importanza di questa espressione: «il fatto di non aggiungere l'espressione "o equivalente" dopo l'indicazione, nel capitolato d'oneri, di un determinato prodotto non solo può dissuadere gli operatori economici che usano sistemi analoghi a tale prodotto dal partecipare alla gara d'appalto, ma può altresì ostacolare le correnti d'importazione nel commercio transfrontaliero all'interno dell'Unione, riservando l'appalto ai soli fornitori che si propongano di usare il prodotto specificamente indicato» (35). La mancanza della clausola di equivalenza può persino violare disposizioni di diritto primario, quando si tratta di appalti che non superano il valore limite previsto dalle direttive sugli appalti (36).

89. L'espressione inoltre favorisce l'amministrazione aggiudicatrice, nella misura in cui un offerente proponga alternative tecniche ugualmente valide che questa non aveva considerato.

3. Applicazione di tali criteri alla controversia principale

90. Muovendo dalle premesse appena esposte, è possibile rispondere al giudice del rinvio nel senso che, in conformità dell'articolo 42, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, il requisito secondo cui le tubature per lo scarico delle acque piovane e reflue devono essere, rispettivamente, di cemento e di gres rappresenta un riferimento a tipi specifici o a produzioni specifiche.

91. Questa risposta dovrebbe essere completata aggiungendo che il suddetto riferimento:

- comporta, di per sé, l'effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti, senza prevedere necessariamente l'esistenza di un solo produttore di tale prodotto sul mercato;
- può essere ammesso se giustificato dall'oggetto dell'appalto, giustificazione che l'amministrazione aggiudicatrice deve fornire nei documenti di gara;
- può altresì essere autorizzato qualora sia impossibile fornire una descrizione sufficientemente precisa e intellegibile dell'oggetto dell'appalto, in applicazione dell'articolo 42, paragrafo 3, della direttiva 2014/24;
- deve essere accompagnato dall'espressione «o equivalente», salvo il caso in cui l'oggetto dell'appalto sia inevitabilmente vincolato all'utilizzo di un componente dei lavori che non ammette, in termini oggettivi, la sua sostituzione con un componente equivalente.

92. In particolare, considerato che parte della discussione si è incentrata sulla clausola «o equivalente», concordo con la DYKA (37) sul fatto che la restrizione delle soluzioni tecniche all'elenco limitato dalla Fluvius pregiudichi tanto la concorrenza quanto l'innovazione, il cui sostegno è espresso nel settantaquattresimo considerando della direttiva 2014/24. Nuove proposte tecnologiche di materiali che eguagliano o superino le proprietà delle tubature di gres o di cemento sarebbero ideone, di per sé, a ottimizzare l'esito dell'appalto pubblico.

93. A mio parere, l'amministrazione aggiudicatrice non può escludere, a priori, la possibilità che esistano tubature fabbricate con prodotti omologabili al gres e al cemento. Come rileva la Commissione (38), nell'ordinanza di rinvio il giudice a quo non prende posizione sulla comparabilità di alcune tubature (di materiale plastico) e di altre (di cemento e gres).

94. Ritengo che agli operatori economici vada concessa l'opportunità di dimostrare che le loro tubature hanno prestazioni uguali o superiori a quelle di altri costruite a base di cemento o gres, tanto più se le prime sono conformi a norme (standard) europee sui requisiti tecnici (39).

95. Se necessario, l'amministrazione aggiudicatrice valuterà a posteriori, in maniera ragionata, perché il prodotto offerto in alternativa soddisfa o meno il livello di prestazioni richiesto per un appalto specifico.

E. Sulla quarta questione pregiudiziale

96. L'ultima questione pregiudiziale mira a chiarire se la violazione dell'articolo 42, paragrafi 3 e 4 (o di uno di essi), della direttiva 2014/24 comporti anche una violazione dell'articolo 42, paragrafo 2, e dell'articolo 18, paragrafo 1, della medesima direttiva.

97. Secondo la Corte di giustizia, l'articolo 42, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 «concretizza, nell'ambito della formulazione delle specifiche tecniche, il principio della parità di trattamento di cui all'articolo 18, paragrafo 1, primo comma, della suddetta direttiva. In virtù di tale disposizione, le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata» (40).

98. Concordo, dunque, con la DYKA e la Commissione (41) che la violazione dell'articolo 42, paragrafi 3 e 4, della direttiva 2014/24 comporterebbe, parimenti, la violazione del paragrafo 2 della direttiva medesima. Inoltre, poiché il paragrafo 2, a sua volta, precisa quanto disposto nell'articolo 18, paragrafo 1, del medesimo testo, si produrrebbe ugualmente la violazione di quest'ultima disposizione.

V. Conclusione

99. Alla luce di quanto precede, propongo alla Corte di rispondere all'Ondernemingsrechtbank Gent, afdeling Gent (Tribunale delle imprese di Gand, sezione di Gand, Belgio) nei seguenti termini:

«L'articolo 42, paragrafi 2, 3 e 4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE,

deve essere interpretato nel senso che:

1) l'elenco delle modalità secondo le quali devono essere formulate le specifiche tecniche stabilito dall'articolo 42, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 ha carattere prescrittivo e limitativo;

2) in conformità dell'articolo 42, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, il requisito secondo cui le tubature per lo scarico delle acque piovane e reflue siano, rispettivamente, di cemento e di gres costituisce un riferimento a tipi specifici o produzioni specifiche. Questo riferimento:

– comporta, di per sé, l'effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti, senza prevedere necessariamente l'esistenza di un solo produttore di tale prodotto sul mercato;

– può essere ammesso se giustificato dall'oggetto dell'appalto, giustificazione che l'amministrazione aggiudicatrice deve fornire nei documenti di gara;

– può altresì essere autorizzato qualora sia impossibile fornire una descrizione sufficientemente precisa e intellegibile dell'oggetto dell'appalto, in applicazione dell'articolo 42, paragrafo 3, della direttiva 2014/24;

– deve essere accompagnato dall'espressione "o equivalente", salvo il caso in cui l'oggetto dell'appalto sia inevitabilmente vincolato, in termini oggettivi, all'utilizzo di un componente dei lavori che non ammette la sua sostituzione con un componente equivalente;

3) la violazione di quanto previsto dall'articolo 42, paragrafo 3 o 4, della direttiva 2014/24 comporta una violazione del paragrafo 2 del medesimo articolo, nonché dell'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva citata».

1 Lingua originale: lo spagnolo.

2 In prosieguo, la «Fluvius». Secondo l'ordinanza di rinvio, si tratta di una società che opera in regime di diritto privato e vanta diversi enti di diritto pubblico come azionisti.

3 Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65). Il suo articolo 42 coincide, in sostanza, con l'articolo 60 della direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE (GU 2014, L 94, pag. 243).

4 Inter alia, sentenze del 22 settembre 1988, Commissione/Irlanda (C-45/87, EU:C:1988:435); del 24 gennaio 1995, Commissione/Paesi Bassi (C-359/93, EU:C:1995:14); del 10 maggio 2012, Commissione/Paesi Bassi (C-368/10, EU:C:2012:284); del 12 luglio 2018, VAR e ATM (C-14/17, EU:C:2018:568); del 25 ottobre 2018, Roche Lietuva (C-413/17, EU:C:2018:865; in prosieguo: la «sentenza Roche Lietuva»); del 7 settembre 2021, Klaipedos regiono atlieku tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700; in prosieguo: la «sentenza Klaipedos»). Alcune di queste sentenze si riferiscono alle direttive in materia di appalti pubblici anteriori a quelle del 2014.

5 Moniteur belge del 14 luglio 2016, p. 44167.

6 Nel suo ricorso, la DYKA chiede: a) che si dichiari che la politica di appalti pubblici della Fluvius in materia di lavori per lo smaltimento delle acque viola la normativa sugli appalti pubblici; b) che si imponga alla società di modificare i suoi documenti di gara, in particolare le specifiche tecniche; e c) che la si condanni al risarcimento dei danni.

7 La Fluvius espone (punto 4 delle sue osservazioni scritte) che le tubature rigide sono infinitamente riciclabili, a differenza di quelle in materiale plastico. Queste ultime devono essere incenerite, il che non è rispettoso dell'ambiente, e possono rilasciare microplastiche nel sottosuolo, essendo soggette ad abrasione (una forma di usura o erosione in cui le microplastiche vengono rilasciate dall'attrito dell'acqua). Ogni cinquanta anni, al momento della sostituzione, esiste il rischio che restino microplastiche nel terreno (le tubature si sfaldano e depositano una frazione residua).

Questo problema non sussiste nel caso delle tubature rigide fabbricate con materiali naturali, che non comportano alcun rischio per l'ambiente.

8 Punto 12 delle sue osservazioni scritte. Gli altri intervenienti, analogamente al giudice del rinvio, hanno concentrato l'attenzione sull'interpretazione dell'articolo 42 della direttiva 2014/24.

9 Tra gli altri fattori, il giudice a quo dovrà valutare se, in termini di importo, gli appalti superino la soglia minima alla quale si riferiscono i corrispondenti articoli dell'una e dell'altra direttiva. In udienza, la Fluvius dichiarava di non agire in relazione all'alimentazione con acqua potabile.

10 Nella sentenza del 22 settembre 1988, Commissione/Irlanda (45/87, EU:C:1988:435), la Corte si occupava di una controversia sull'inserimento, in un capitolato d'oneri di un appalto di approvvigionamento idrico, di una prescrizione tecnica relativa alle tubature. In quella sede si discuteva dell'applicabilità della direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU 1971, L 185, pag. 5), concludendo in senso negativo in quanto «la formulazione stessa dell'art. 3, n. 5, è assolutamente inequivocabile in quanto sottrae gli appalti pubblici [di lavori destinati alla fornitura di servizi di produzione, erogazione e trasporto di acqua] all'ambito di applicazione della direttiva» (punto 10).

11 V. ventiquattresimo considerando della direttiva 2014/25, sopra riportato.

12 Rimando alle mie conclusioni nella causa VAR (C-14/17, EU:C:2018:135), paragrafi da 1 a 3.

13 Sentenza Roche Lietuva, punti 29 e 30.

14 L'ordinanza di rinvio non riporta elementi sufficienti sul contenuto dei documenti di gara. Tale omissione ostacola la risposta della Corte di giustizia.

15 V. la sentenza del 5 aprile 2017, Borta (C-298/15, EU:C:2017:266), punto 69, con citazione delle sentenze del 10 maggio 2012, Commissione/Paesi Bassi (C-368/10, EU:C:2012:284), punti 56, 88 e 109; del 6 novembre 2014, Cartiera dell'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345), punto 44, nonché del 14 luglio 2016, TNS Dimarso (C-6/15, EU:C:2016:555), punto 23.

16 V. la sua trascrizione nel paragrafo 6 delle presenti conclusioni.

17 Sentenza Roche Lietuva, punto 28.

18 Le versioni linguistiche che ho consultato coincidono nell'uso di termini imperativi.

19 In tal senso, bisogna sottolineare che il paragrafo 3 dell'articolo 42 della direttiva 2014/24 enuncia le modalità di formulazione delle specifiche tecniche «[f]atte salve le regole tecniche nazionali obbligatorie, nella misura in cui sono compatibili con la normativa dell'Unione».

20 Punto 9 delle sue osservazioni scritte.

21 Punto 4 delle sue osservazioni scritte.

22 Punto 16 dell'ordinanza di rinvio. Dall'ordinanza sembra dedursi che la Fluvius ha presentato le sue argomentazioni sulle prestazioni o sui requisiti funzionali dinanzi al giudice del rinvio, ma non nell'ambito della procedura di aggiudicazione dell'appalto.

23 Punti da 10 a 12 delle sue osservazioni scritte.

24 Punti da 19 a 22 e 41 delle sue osservazioni scritte.

25 In questo punto della sentenza Klaipedos, la Corte di giustizia ha dichiarato che, ai sensi dell'articolo 42, paragrafo 3, della direttiva 2014/24, le specifiche tecniche sono formulate in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, in particolare ambientali, o con riferimento a norme tecniche (standard). La versione in lingua spagnola della sentenza ricorre, tuttavia, l'espressione «specifiche tecniche», mentre altre versioni usano quella di «norme tecniche».

26 Il punto 87 della sentenza Klaipedos potrebbe interpretarsi come un obiter dictum, che riassume la disposizione, ma non ne compromette il significato. Questa è stata l'opinione della Commissione in udienza.

27 Riferimenti «una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un operatore economico specifico, [o] a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica».

28 Considerato il carattere eccezionale di questa ultima possibilità, questa deve essere interpretata in modo restrittivo, come sottolineato nelle sentenze del 12 luglio 2018, VAR e ATM (C-14/17, EU:C:2018:568), punto 26; e Roche Lietuva, punto 38.

29 Le versioni linguistiche che ho consultato differiscono per quanto concerne la finalità (proposta) o l'effetto (intrinseco). Mentre la versione spagnola si riferisce alla «finalità», le altre versioni si concentrano sull'«effetto». Così, nella versione tedesca, «Marken, Patente, Typen, einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Waren begünstigt oder ausgeschlossen werden»; in quella inglese, «trade marks, patents, types or a specific origin or production with the effect of favouring or eliminating certain undertakings or certain products»; nella francese, «une marque, à un brevet, à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits»; nell'italiana, «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»; nella portoghese, «marcas comerciais, patentes, tipos, origens ou modos de produção determinados que tenham por efeito favorecer ou eliminar determinadas empresas ou produtos»; o, nella rumena, «o marca, la un brevet, la un tip, la o origine sau la o producție specifica, care ar avea ca efect favorizarea sau eliminarea anumitor întreprinderi sau produse». Alla luce di questa diversità, tendo a escludere il requisito di un elemento intenzionale, di modo che sarà sufficiente il prodursi dell'effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Questa è l'interpretazione che meglio consente il raggiungimento dell'obiettivo di aprire gli appalti alla concorrenza.

30 In udienza è stato citato l'esempio di un appalto di lavori di ristrutturazione di un edificio storico, il cui capitolato d'onere prevede l'uso esclusivo dello stesso tipo di pietra (di origine determinata) con la quale era stato costruito a suo tempo. In questo caso, l'oggetto dell'appalto giustifica, di per sé, il riferimento a un prodotto specifico (la pietra di una cava, segnatamente), escludendone qualunque altro.

31 La Corte di giustizia ha dichiarato che, in determinate circostanze, l'amministrazione aggiudicatrice è soggetta all'obbligo di motivazione delle sue decisioni affinché gli interessati possano «difendere i loro diritti e decidere con piena cognizione di causa se occorre proporre un ricorso giurisdizionale contro di esse», e per «consentire ai giudici di esercitare il controllo di legittimità di dette decisioni». V. le sentenze Klaipedos, punto 120, e giurisprudenza ivi citata; e del 21 dicembre 2023, Infraestruturas de Portugal e Futrifer Indústrias Ferroviárias (C-66/22, EU:C:2023:1016), punto 87.

32 Articolo 42, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 e sentenza Roche Lietuva, punto 32.

33 V., relativamente all'articolo 60, paragrafo 4, della direttiva 2014/25, la sentenza del 27 ottobre 2022, Iveco Orecchia (C-68/21 e C-84/21, EU:C:2022:835), punto 87: «ai sensi di [questa disposizione] è ammesso, in via eccezionale, che le specifiche tecniche facciano riferimento "a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica", se ciò è necessario per fornire una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto e purché un siffatto riferimento sia accompagnato dall'espressione "o equivalente"».

34 Settantaquattresimo considerando della direttiva 2014/24. Gli articoli si spingono oltre quanto ambito dal considerando, in quanto vietano inoltre, come regola, che si escludano «talune imprese o taluni prodotti».

35 Sentenza Roche Lietuva, punto 39. La Corte di giustizia confermava qui quanto già dichiarato nella sentenza del 24 gennaio 1995, Commissione/Paesi Bassi (C-359/93, EU:C:1995:14), punti 27 e 28. In quest'ultima si censurava la mancanza dell'espressione «o equivalente» dopo il termine UNIX, unico sistema informatico ammesso nel capitolato d'onere.

36 V., in tal senso, il dispositivo dell'ordinanza del 3 dicembre 2001, Vestergaard (C-59/00, EU:C:2001:654): «L'art. 30 del Trattato CE (...) osta a che un'amministrazione aggiudicatrice inserisca nel capitolato d'onere relativo ad un appalto pubblico di lavori che non supera il valore limite previsto dalla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori [GU 1993, L 199, pag. 54], 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"». Analogamente, v. sentenza del 22 settembre 1988, Commissione/Irlanda (45/87, EU:C:1988:435), circa l'obbligo di conformità delle tubature di scarico a una determinata norma irlandese, senza aggiungere l'espressione «o equivalente».

37 Punti da 48 a 51 delle sue osservazioni scritte.

38 Punto 13 delle sue osservazioni scritte. La Commissione sottolinea che il punto 7 dell'ordinanza di rinvio si limita a riportare la tesi della Fluvius su questo punto.

39 La DYKA invoca (punto 19 e allegato 1 delle sue osservazioni scritte) la norma europea EN 476:2022, sui requisiti generali per componenti utilizzati nelle connessioni di scarico e nei collettori di fognatura. Questa norma riunisce i requisiti generali che devono essere rispettati negli standard di prodotto per componenti come le tubature o le connessioni da utilizzarsi nelle connessioni di scarico e nei collettori di fognatura. Si applica al trasporto delle acque reflue domestiche, delle acque piovane e delle acque superficiali, nonché di altre acque reflue per le quali è ammesso lo smaltimento nella rete.

40 Sentenza del 25 ottobre 2018, Roche Lietuva, punto 33.

41 Nelle sue osservazioni scritte (punto 28), la Fluvius sostiene che, non avendo violato l'articolo 42, paragrafi 3 e 4, della direttiva 2014/24, la questione è inutile ai fini della risoluzione della controversia e pertanto preferisce non esaminarla.