

La Corte di giustizia UE si pronuncia sulla questione pregiudiziale relativa alla c.d. prova di "equivalenza" dei prodotti offerti in gara rispetto a quelli definiti dalle specifiche tecniche previste dalla *lex specialis*, secondo la disciplina prevista dall'art. 68, comma 13, del d.lgs. n. 163 del 2006 (c.d. vecchio codice dei contratti pubblici), alla luce di quanto dispone l'art. 34 della direttiva n. 2004/17/CE, specificando in quale momento debba ritenersi che l'offerente sia onerato di offrire la prova dell'equivalenza.

**Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione IV, sentenza 12 luglio 2018, C-14/17 – VAR S.r.l.**

**Contratti pubblici – Bando – Specifiche tecniche – Prova dell'equivalenza – Onere dell'offerente di fornirla al momento dell'offerta.**

*L'articolo 34, paragrafo 8, della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, deve essere interpretato nel senso che, quando le specifiche tecniche che figurano nei documenti dell'appalto fanno riferimento a un marchio, a un'origine o a una produzione specifica, l'ente aggiudicatore deve esigere che l'offerente fornisca, già nella sua offerta, la prova dell'equivalenza dei prodotti che propone rispetto a quelli definiti nelle citate specifiche tecniche (1).*

(1) I. – Con la pronuncia in rassegna la Corte di giustizia UE chiarisce che la prova della c.d. equivalenza, in caso di specifiche tecniche restrittive che richiamino una determinata marca o una produzione specifica, deve essere resa dall'offerente già in sede di presentazione dell'offerta. La vicenda sottesa alla pronuncia in esame può essere così riassunta.

L'Azienda Trasporti Milanesi s.p.a. (ATM) aveva bandito una gara d'appalto per la fornitura di ricambi originali, "o equivalenti", per vetture autofiloviarie di una determinata marca. La *lex specialis* di gara non aveva previsto, specificamente, che, in caso di offerta di prodotti non originali, l'equivalenza dovesse essere dimostrata sin dalla presentazione dell'offerta o comunque in sede di gara. All'esito della procedura, la fornitura veniva aggiudicata all'impresa VAR s.r.l. la quale aveva offerto prodotti non originali ma "equivalenti". La seconda classificata, la Iveco Orecchia s.p.a. – che aveva, invece, offerto i ricambi originali (in quanto impresa concessionaria esclusiva del gruppo produttore di tali ricambi per il Nord-Ovest dell'Italia) - ha quindi impugnato l'aggiudicazione dinnanzi al T.a.r per la Lombardia - Milano che con sentenza, sez. IV, 7 luglio 2016, n. 1339 (in *Foro amm.* 2016, 1885, solo massima), ha accolto il ricorso rilevando, nella sostanza, che l'impresa aggiudicataria non aveva fornito la prova dell'equivalenza dei prodotti che proponeva rispetto ai ricambi originali, né in occasione della presentazione dell'offerta, né nel corso

della procedura di aggiudicazione dell'appalto. Il Giudice di prime cure, in particolare, rilevava che, secondo l'art. 68 del d.lgs. n. 163 del 2006, *"nell'offerta stessa deve essere data prova, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni proposte corrispondano in maniera equivalente ai requisiti richiesti dalle specifiche tecniche"*, trattandosi di disposizione volta alla tutela della *par condicio* tra i concorrenti e della trasparenza delle operazioni di gara, aggiungendo che *"spetta alla stazione appaltante definire, in esercizio di poteri di discrezionalità tecnica, i mezzi appropriati per la dimostrazione dell'equivalenza"*. Il ragionamento del T.a.r. si fondava sul comma 4 dell'art. 68, secondo cui, nelle ipotesi ivi indicate, *"le stazioni appaltanti non possono respingere un'offerta per il motivo che i prodotti e i servizi offerti non sono conformi alle specifiche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente prova in modo ritenuto soddisfacente dalle stazioni appaltanti, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni da lui proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche"*. Il T.a.r. inoltre precisava, ad ulteriore sostegno della tesi accolta, che *"in presenza di offerta di prodotti equivalenti, la stazione appaltante deve verificare la sussistenza dei requisiti tecnici prescritti proprio al fine di effettuare la valutazione dell'offerta e, quindi, nel corso delle operazioni di gara, perché l'equivalenza è il presupposto per la valutazione dell'offerta"*.

## II. – L'ordinanza di rinvio.

Adito in sede di impugnazione della sentenza di prime cure, il Consiglio di Stato, sez. V, con ordinanza 28 dicembre 2016, n. 5486 (oggetto della News US in data 9 gennaio 2017, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti), sollevava questione pregiudiziale sottoponendo alla Corte di giustizia UE i seguenti quesiti interpretativi:

- in via principale: se l'art. 34, comma 8, della direttiva 2004/17/CE debba essere inteso nel senso di imporre la prova dell'equivalenza all'originale dei prodotti da fornire già in sede di offerta;
- in via subordinata rispetto al primo quesito, per il caso in cui la questione di interpretazione di cui alla precedente lettera a) sia risolta in senso negativo: con quali modalità debba essere assicurato il rispetto dei principi di parità di trattamento e imparzialità, di piena concorrenzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, nonché del diritto di difesa e contraddittorio degli altri concorrenti.

Secondo il Consiglio di Stato, in particolare, l'art. 68, comma 13, del vecchio codice *"non prescrive che il concorrente provi in sede di gara l'equivalenza dei prodotti offerti a quelli originali"*, né a conclusione diversa potrebbe condurre, *prima facie*, la disposizione di cui all'art. 38, comma 4, che invece era stata valorizzata dal T.a.r. per la Lombardia. Posto che il richiamato comma 13 è norma sostanzialmente sovrapponibile alla previsione normativa di cui all'art. 34, comma 8, della direttiva 2004/17/CE, il Consiglio di Stato, in quanto giudice di ultima istanza, riteneva pertanto opportuno chiedere l'avallo della Corte di Lussemburgo

per stabilire se la richiamata direttiva europea debba interpretarsi nel senso di imporre la prova dell'equivalenza già al momento della presentazione dell'offerta.

### III. – La sentenza della Corte di giustizia UE.

Con la decisione in rassegna, la Corte di giustizia afferma che:

- a) l'articolo 34, paragrafi da 3 a 5, della direttiva 2004/17 espressamente prevede che, laddove le specifiche tecniche siano determinate mediante riferimento a talune norme, o in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, o dalla loro combinazione, l'offerente deve dimostrare nella propria offerta che questa ottemperi ai requisiti definiti nei documenti dell'appalto: in tal caso, sempre secondo la norma euro-unitaria, la prova deve essere prodotta *“con qualsiasi mezzo appropriato”* anche mediante *“una documentazione tecnica del fabbricante o una relazione di prova di un organo riconosciuto”*. Sono queste le *“regole generali in merito alla formulazione delle specifiche tecniche, ai mezzi mediante i quali l'offerente può dimostrare che la sua offerta ottempera ai requisiti figuranti in dette specifiche e al momento in cui tali prove devono essere presentate”*;
- b) rispetto a tali regole generali, il par. n. 8 dell'art. 34 delinea *“regole specifiche, che stabiliscono a quali condizioni può essere autorizzata una particolare modalità di definizione del contenuto delle specifiche tecniche, segnatamente la menzione di una fabbricazione o di una provenienza determinata o di un procedimento particolare, o un riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica”*;
- c) tale eccezione, da interpretarsi restrittivamente, non può riguardare né il momento in cui l'offerente deve offrire la prova dell'equivalenza, né i mezzi di prova a sua disposizione: elementi, questi, che restano quindi assoggettati alle regole generali contenute nei menzionati paragrafi da 3 a 5;
- d) questa conclusione è avvalorata da altre disposizioni della direttiva n. 2004/17/CE, *in primis* l'art. 10 che sancisce il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, da declinare qui nel senso che l'offerente non può ritenersi autorizzato a provare l'equivalenza dei suoi prodotti dopo il deposito dell'offerta, altrimenti le offerte presentate da tutti gli offerenti non risulterebbero tutte assoggettate alle medesime condizioni all'atto della loro valutazione (cita in proposito il proprio precedente specifico Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 24 maggio 2016, C-396/14, *MT Højgaard e Züblin*, punto 37, in *Foro amm.* 2016, 1136, solo massima); inoltre, ricorda la Corte, l'articolo 51, paragrafo 3, della direttiva 2004/17 prescrive che gli enti aggiudicatori verifichino la conformità delle offerte presentate dagli offerenti selezionati alle norme e ai requisiti applicabili alle stesse; e, parimenti, dall'articolo 49, paragrafo 2, secondo trattino, e dal

considerando 42 di tale direttiva si evince che gli enti aggiudicatori dovrebbero poter motivare le loro decisioni allorché l'equivalenza non è ritenuta sussistente;

- e) la verifica sull'equivalenza, e la correlata decisione della stazione appaltante, *“sono possibili solo dopo l'apertura delle offerte, nella fase in cui l'ente aggiudicatore procede alla loro valutazione”* e richiedono che l'ente anzidetto disponga già degli elementi probatori i quali, pertanto, non possono che essere introdotti unitamente con l'offerta. L'ente aggiudicatore mantiene il proprio potere discrezionale di *“determinare i mezzi che gli offerenti possono impiegare per provare tale equivalenza nelle loro offerte”*, potere – beninteso – da esercitare in modo che i mezzi di prova così ammessi consentano di procedere *“ad una valutazione proficua delle offerte”*, senza andare oltre quanto necessario a tale scopo, e senza creare *“ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza”*.

IV. – Per ulteriori approfondimenti sul tema si segnala quanto segue:

- f) la questione pregiudiziale oggetto della pronuncia in rassegna è relativa alla normativa di cui al previgente codice dei contratti pubblici ormai abrogato, tuttavia ben può essere riferita alla disciplina del nuovo codice dei contratti, di cui al d.lgs. n. 50 del 2016: vengono in rilievo in particolare le disposizioni di cui all'art. 68, comma 6, del nuovo codice e l'art. 60, comma 4, della nuova direttiva n. 2014/25/UE; si tratta di disposizioni *“parzialmente coincidenti con le altre quanto ai rispettivi contenuti”*, tali quindi da porre *“una questione interpretativa del tutto sovrapponibile a quella oggetto del rinvio pregiudiziale”* deciso con la sentenza in rassegna, così come da ultimo osservato da Cons. Stato, sez. V, ord. 2 marzo 2018, n. 1302 che, in attesa della pronuncia della Corte di giustizia, ha sospeso un giudizio avente oggetto analogo);
- g) in giurisprudenza, di recente, cfr. Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2017, n. 4207, in *Rass. dir. farmaceutico* 2017, 1055, secondo cui *“È nell'offerta tecnica che il concorrente partecipante a gara pubblica deve fornire prova in modo ritenuto soddisfacente dalle stazioni appaltanti, con qualsiasi mezzo considerato appropriato, che le soluzioni da lui proposte ottemperino in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche anche mediante relazione sulle prove eseguite da un organismo riconosciuto, e rappresentando comunque alla stazione appaltante, con separata dichiarazione, l'equivalenza del proprio prodotto alle caratteristiche tecniche descritte nella legge di gara, così come prescritto dall'art. 68 commi 4, 5 e 6, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, il quale - ai fini del riconoscimento dell'equivalenza - richiede che il concorrente fornisca sia la dichiarazione di equivalenza dei prodotti offerti, sia la documentazione attestante tale presupposto”*; si veda anche T.a.r. per il Veneto, sez. III, 10 giugno

2016, n. 626, in *Foro Amm.* 2016, 1553 (solo massima), nonché in *Rass. dir. farmaceutico* 2016, 928, secondo cui “È legittimo il provvedimento di esclusione da una gara di appalto di forniture, motivato con riferimento al fatto che il concorrente ha offerto un prodotto con caratteristiche tecniche diverse da quelle richieste dalla *lex specialis*, senza tuttavia dichiarare né dimostrare l’equivalenza di tale prodotto rispetto alle specifiche indicate nel capitolato tecnico; infatti, affinché una ditta partecipante ad una procedura selettiva possa avvalersi della clausola di equivalenza ex art. 68, d.lgs. n. 163 del 2006 al fine di poter validamente formulare una offerta non esattamente rispondente alle specifiche della *lex specialis*, ma ciò nonostante idonea ad assicurare alla stazione appaltante le prestazioni richieste, è necessario che nell’offerta stessa venga fornita la prova che la prestazione o il bene ivi proposti abbiano caratteristiche equivalenti a quelle oggetto di gara”;

- h) in dottrina, sulle specifiche tecniche e le etichettature, con riguardo alle norme del nuovo codice dei contratti, si veda R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 1204 ss. e, specialmente, 1214 ss., la quale evidenzia che è onere del concorrente che offra un prodotto “non conforme” alle specifiche tecniche, ma solo “equivalente”, fornire idonea prova dell’equivalenza, con conseguente possibilità di esclusione del concorrente che non fornisca tale prova, precisandosi che il codice del 2016, nell’ipotesi oggi prevista dall’art. 68, comma 5, “richiede che la prova sia fornita ‘nell’offerta’ e dunque il concorrente nell’offerta dovrà dimostrare perché la propria prestazione è ‘equivalente’ ancorché ‘non conforme’ alle specifiche tecniche richieste”: ciò, a differenza della disciplina del vecchio codice, di cui all’art. 68, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006, che richiedeva che “L’operatore economico che propone soluzioni equivalenti ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche equivalenti lo segnala con separata dichiarazione che allega all’offerta”. “Nella nuova disciplina – aggiunge l’A. – non è richiesta una ‘separata dichiarazione’ da allegare all’offerta, ma una prova che può anche essere inclusa nell’offerta stessa, ovvero ad essa allegata” (ivi, 1213 s.). Con riferimento, invece, alle norme del vecchio codice dei contratti, cfr. A. BIAGINI, *Art. 68*, in *Codice dell’appalto pubblico*, a cura di S. BACCARINI, G. CHINÈ, R. PROIETTI, Milano, 2011, spec. 821 ss., secondo il quale, nell’ipotesi in cui la legge di gara nulla disponga in merito alle conseguenze derivanti dall’omissione della prova di equivalenza, non potrebbe essere comminata la misura dell’esclusione dalla gara.