

Il Consiglio di Stato rimette alla Corte di giustizia UE alcune questioni riguardanti profili applicativi del principio di equivalenza con specifico riferimento agli appalti di forniture di ricambi per autobus destinati al trasporto pubblico. Un primo dubbio interpretativo riguarda l'ammissibilità di componenti di ricambio destinate ad un determinato veicolo, realizzate da un fabbricante diverso dal costruttore del veicolo, quindi non omologate unitamente al veicolo, qualora offerte in gara senza il corredo del certificato di omologazione e senza alcuna notizia sull'effettiva omologazione ed anzi sul presupposto che l'omologazione non sarebbe necessaria, risultando sufficiente solo una dichiarazione di equivalenza all'originale omologato resa dall'offerente. Una seconda questione riguarda la possibilità o meno per il singolo concorrente di autoqualificarsi come "costruttore" di una determinata componente di ricambio non originale destinata ad un determinato veicolo.

**Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza 14 dicembre 2020, n. 7965 – Pres. Caringella, Est. Rotondano**

**Contratti pubblici – Specifiche tecniche – Forniture ricambi per autobus destinati al servizio pubblico – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.**

**Contratti pubblici– Specifiche tecniche – Fornitura ricambi per autobus destinati al servizio pubblico – Nozione di "costruttore" – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.**

*Vanno rimesse alla Corte di giustizia UE le seguenti questioni pregiudiziali:*

*"Se sia conforme al diritto europeo - e, in particolare, alle previsioni della direttiva n. 2007/46/CE (di cui agli artt. 10, 19 e 28 della detta direttiva comunitaria), nonché ai principi di parità di trattamento ed imparzialità, di piena concorrenzialità e buon andamento dell'azione amministrativa" - che, con specifico riferimento alla fornitura mediante appalto pubblico di componenti di ricambio per autobus destinati al servizio pubblico, sia consentito alla stazione appaltante accettare componenti di ricambio destinate ad un determinato veicolo, realizzate da un fabbricante diverso dal costruttore del veicolo, quindi non omologate unitamente al veicolo, rientranti in una delle tipologie di componenti contemplate dalle normative tecniche elencate nell'allegato IV della su indicata direttiva (Elenco delle prescrizioni per l'omologazione CE dei veicoli) ed offerte in gara senza il corredo del certificato di omologazione e senza alcuna notizia sull'effettiva omologazione ed anzi sul presupposto che l'omologazione non sarebbe necessaria, risultando sufficiente solo una dichiarazione di equivalenza all'originale omologato resa dall'offerente" (1).*

*"Se sia conforme al diritto europeo - e, in particolare, all'art. 3, punto 27, della direttiva n. 2007/46/CE – che, in relazione alla fornitura mediante appalto pubblico di componenti di ricambio per autobus destinati al servizio pubblico, sia consentito al singolo concorrente di autoqualificarsi*

come “costruttore” di una determinata componente di ricambio non originale destinata ad un determinato veicolo, in particolare ove rientrante in una delle tipologie di componenti contemplate dalle normative tecniche elencate nell’allegato IV (Elenco delle prescrizioni per l’omologazione CE dei veicoli) della direttiva n. 2007/46/CE, ovvero se detto concorrente debba invece provare – per ciascuno delle componenti di ricambio così offerte e per attestarne l’equivalenza alle specifiche tecniche di gara- di essere il soggetto responsabile verso l’autorità di omologazione di tutti gli aspetti del procedimento di omologazione nonché della conformità della produzione e relativo livello qualitativo e di realizzare direttamente almeno alcune delle fasi di costruzione del componente soggetto all’omologazione, chiarendo altresì, in caso affermativo, con quali mezzi debba essere fornita detta prova” (2).

(1-2) I. – Con l’ordinanza in rassegna la quinta sezione del Consiglio di Stato ha sottoposto alla Corte di giustizia alcune questioni involgenti la corretta applicazione del principio di equivalenza richiamato dall’art. 68 d. lgs. n. 50 del 2016, nell’ambito del presidio di garanzia della parità di trattamento tra gli operatori economici. In particolare, le questioni oggetto di dubbi interpretativi riguardano le modalità attraverso le quali gli operatori economici possano fornire la dimostrazione dell’equivalenza del prodotto offerto e, in difetto, subire legittimamente l’esclusione dalla gara per aver presentato un’offerta incompleta e generica, oltre che la possibilità o meno per l’operatore economico di autoqualificarsi “produttore” del ricambio non originale.

Le predette questioni si innestano in una vicenda nella quale una società di trasporti (Brescia trasporti s.p.a.) ha indetto una procedura aperta, da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso (e del valore stimato a base d’asta pari ad € 2.100.000,00), “per la fornitura di ricambi autobus marca Iveco e con motore Iveco”.

La *lex specialis* di gara disciplinava puntualmente la formulazione dell’offerta nell’ipotesi in cui un concorrente avesse inteso fornire ricambi non originali Iveco, ma solo equivalenti.

In particolare, la specifica tecnica richiedeva che il concorrente, per ciascun ricambio, indicasse se intendeva fornirne uno originale, di primo impianto o equivalente, in base alle definizioni recate della stessa legge di gara.

Una volta aggiudicata la procedura in favore dell’impresa prima classificata, l’impresa collocatasi al secondo posto in graduatoria ha proposto domanda di annullamento dei provvedimenti adottati in ragione della asserita carenza documentale dell’aggiudicataria sui ricambi offerti. La domanda caducatoria era estesa al bando e al disciplinare di gara nella parte in cui questi stabilivano le modalità documentali attraverso le quali i concorrenti erano ammessi a rendere la prova di equivalenza dei ricambi offerti e fissavano il criterio di aggiudicazione del minor prezzo.

Oggetto di specifica doglianza della seconda classificata è, sostanzialmente, per quanto qui di interesse, la circostanza secondo cui l'aggiudicataria non sarebbe tuttavia costruttore dei ricambi di cui aveva certificato l'equivalenza agli originali, ma mero fornitore e commerciante, con la conseguente asserita carenza dell'autocertificazione (in disparte la dubbia ammissibilità di quest'ultima) di equivalenza con riferimento alla maggior parte dei ricambi equivalenti offerti e inefficacia della relativa omologazione.

Molte delle certificazioni rese dall'aggiudicataria, inoltre, non avrebbero contenuto corrispondente a quanto richiesto dalle specifiche tecniche, poiché non indicherebbero tutti gli elementi necessari alla verifica di conformità dell'offerta rispetto alle stesse.

Il ricorso di primo grado è stato rigettato con sentenza T.a.r. per la Lombardia, sez. st. Brescia, sez. II, 26 agosto 2019, n. 778, sul rilievo, in via di estrema sintesi, che:

- a) la direttiva n. 2007/46/CE e il d.m. di recepimento 28 aprile 2008 non impongono che ogni singolo componente di un veicolo omologato sia, a sua volta, munito di omologazione e comunque la legge di gara sarebbe coerente con la specifica normativa di settore laddove precisa, in relazione ai ricambi di qualità equivalente, che il fornitore dovrà fornire il certificato di omologazione del prodotto (solo) *"ove obbligatorio"*;
- b) ai fini dell'individuazione della qualifica di costruttore, non è condizione necessaria la titolarità dello stabilimento o del laboratorio ove il ricambio viene confezionato;
- c) le dichiarazioni di equivalenza relative alla generalità del produttore e al paese di produzione dei ricambi sarebbero conformi legge di gara in ordine, tra l'altro, alla qualità sufficientemente elevata dei ricambi (essendo costruiti *"conformemente alle specifiche ed alle norme di produzione dei veicoli sui cui andranno installati"*), alla perfetta intercambiabilità con i ricambi originali, senza dover ricorrere a modifiche del ricambio o del sistema su cui deve essere montato;
- d) l'ammissibilità di dichiarazioni sostitutive ha costituito oggetto di appositi chiarimenti della stazione appaltante;
- e) risulta verificata, ad opera dell'amministrazione, la rispondenza dei ricambi rispetto alle prescrizioni della legge di gara.

L'operatore economico ricorrente in primo grado ha interposto appello avverso la predetta sentenza, giudizio nell'ambito del quale si è innestato il rinvio ex art. 267 TFUE di cui trattasi.

L'ordinanza di rinvio è stata preceduta dall'omologa e coeva ordinanza di rinvio della stessa quinta sezione 14 dicembre 2020, n. 7964, involgente i medesimi aspetti e riguardante analoga procedura indetta da altra società aggiudicatrice (APAM Esercizio s.p.a.), quest'ultima nell'ambito del giudizio d'appello avverso la sentenza (di rigetto del ricorso

della medesima parte ricorrente) T.a.r. per la Lombardia, sez. st. Brescia, sez. II, 25 giugno 2019, n. 596.

II. – Il percorso argomentativo seguito dalla quinta sezione, la quale ha compiutamente ricostruito il quadro normativo nazionale (art. 68 d. lgs. n. 50 del 2016 - punto 1 dell'allegato XIII e corrispondente disciplina eurounitaria; d.m. Infrastrutture e dei trasporti 28 aprile 2008, n. 32721- "*Omologazione dei veicoli a motore e dei loro rimorchi*") ed europeo (direttiva n. 2007/46/CE ("*Omologazione veicoli a motore e rimorchi*") di riferimento, è articolato in distinte aree di analisi:

f) su un piano generale va rilevato che:

- f1) il principio dell'equivalenza (diretto a tutelare la libera concorrenza e la *par condicio* tra i partecipanti alle gare) presuppone la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto rispetto all'originale individuato dalla disciplina di gara: la relativa prova deve essere resa dal concorrente, secondo le modalità indicate, nell'offerta e, in mancanza, quest'ultima dovrà ritenersi incompleta e tecnicamente inappropriata;
- f2) le specifiche tecniche devono consentire pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura dei contratti pubblici alla concorrenza;
- f3) l'offerente può fornire con qualsiasi mezzo appropriato la prova che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche, fermo restando che la stazione appaltante deve essere messa nelle condizioni di svolgere una verifica effettiva e proficua della dichiarata equivalenza;
- f4) la direttiva n. 2004/17/CE, all'art. 10, sancisce il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, da declinare, nella materia in questione, 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 dagli operatori economici non risulterebbero tutte assoggettate alle medesime condizioni all'atto della loro valutazione (Corte di giustizia UE, grande sezione, 24 maggio 2016, C-396/14);
- f5) in sintesi, può affermarsi che il principio di equivalenza permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica e la possibilità di ammettere, a seguito di valutazione della stazione appaltante, prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del *favor participationis* (determinando un ampliamento della platea dei concorrenti) e costituisce altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione;

- f6) la stazione appaltante è chiamata infatti ad effettuare una concreta e motivata valutazione connotata da discrezionalità tecnica, nel contraddittorio procedimentale, del grado qualitativo raggiunto dalle componenti di ricambio equivalente;
- g) sulla questione circa la sussistenza dell'obbligo del concorrente di produrre, a pena di esclusione della propria offerta, per i ricambi equivalenti soggetti ad omologazione, anche il certificato di omologazione o una dichiarazione sostitutiva:
- g1) il portato precettivo di cui al combinato disposto della direttiva n. 2007/46/CE e normativa nazionale di recepimento sulla omologazione dei veicoli e dei componenti sembra consentire di ritenere che la disciplina ivi recata non operi distinzione se la parte, il ricambio e la componente sia destinata al primo impianto o al c.d. *After Market automobilistico*, né se a realizzarla sia un costruttore di veicoli o un componentista;
- g2) tale opzione interpretativa, nel quadro normativo delineato, appare equilibrata poiché sottopone ai medesimi obblighi i costruttori (i quali omologano la vettura complessivamente e, così facendo, omologano automaticamente, in via sostitutiva, anche ciascuna parte di quel veicolo) e i componentisti (che progettano e fabbricano autonomamente singole componenti del veicolo);
- g3) ne discende che, se una parte o componente ricade in un "*regulatory act*" comunitario (cfr. allegato IV alla direttiva n. 2007/46/CE) anch'essa potrebbe essere commercializzata (al pari delle componenti omologate unitamente al veicolo) solo se previamente omologata: e ciò in conformità alle corrispondenti previsioni della direttiva n. 2007/46/CE e conformemente ai principi di parità di trattamento, ragionevolezza, buon andamento e imparzialità;
- g4) tuttavia, la disciplina comunitaria e nazionale relativa all'omologazione dei veicoli e loro componenti potrebbe anche leggersi – e da qui il dubbio interpretativo – nel senso che l'offerta avente ad oggetto le componenti realizzate da soggetti del tutto autonomi dal costruttore del veicolo e destinate ad un determinato veicolo, non debbano essere anch'esse obbligatoriamente corredate da rigorosa e attendibile documentazione tecnica che comprovi che le stesse siano state assoggettate alle medesime prove delle componenti originali del veicolo per conseguire la prescritta omologazione, e che possa risultare sufficiente, in alternativa a tale documentazione, anche una generica attestazione di equivalenza che dichiari la conformità del ricambio alle specifiche tecniche previste dalla

legge di gara e la corrispondenza delle soluzioni proposte a quanto ivi richiesto;

h) sulla identificazione del soggetto dal quale debbano provenire le attestazioni di equivalenza, e, in particolare, se queste debbano necessariamente provenire dal costruttore della parte o componente offerta ovvero possano provenire anche dal mero rivenditore e commerciante:

h1) alla luce della normativa comunitaria e nazionale in materia, le figure di costruttore e fornitore appaiono ben distinte: I) il costruttore è, secondo la definizione fornita dal d.m. Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 28 aprile 2008, il soggetto che partecipa direttamente ad almeno una delle fasi della materiale costruzione e fabbricazione dei pezzi di ricambio (e, con riferimento alla fabbricazione di dischi e tamburi - secondo l'art. 2.1.1. del Regolamento UNECE - il *"Fabbricante"* è definito come *"l'organismo che può assumersi la responsabilità tecnica degli insiemi di guarnizioni per freni o delle guarnizioni per freni a tamburo e può dimostrare di possedere i mezzi necessari per ottenere la conformità della produzione"*; II) il fornitore è invece il soggetto che si occupa della commercializzazione e distribuzione di ricambi costruiti da altri, non avendo partecipato a nessuna delle fasi costruttive del ricambio e rimanendo perciò totalmente estraneo al relativo processo produttivo;

h2) la nozione di *"costruttore"* enucleata al fine di stabilire se l'attestazione di equivalenza possa provenire anche da soggetto diverso dal costruttore, può seguire una doppia linea interpretativa: I) quella che si sviluppa su un piano più restrittivo che fa coincidere la nozione di costruttore con quella di *"fabbricante"*; II) quella più estensiva, in base alla quale il costruttore può essere inteso, in senso più ampio, anche come produttore (nel significato che assume nella normativa a tutela del consumatore), ovvero come il soggetto che immette sul mercato e commercializza, a proprio nome e sotto la propria responsabilità, i ricambi equivalenti fabbricati da altri;

h3) a favore della prima tesi depone quanto già prescritto dal regolamento CE 31 luglio 2002, n. 1400/2002 che definisce (art. 1, comma 1, lett. u) *"pezzi di ricambio di qualità corrispondente"* solo i *"pezzi di ricambio fabbricati da qualsiasi impresa che possa certificare in qualunque momento che la qualità di detti pezzi di ricambio corrisponde a quella dei componenti che sono stati usati per l'assemblaggio degli autoveicoli"*. Secondo tale tesi: I) l'equivalenza del ricambio deve essere certificata esclusivamente dal fabbricante; II) non potrebbe farsi riferimento, ai fini della delimitazione della figura di costruttore, ad altre discipline non pertinenti, quale la normativa sui consumatori; III) il costruttore del ricambio sarebbe, dunque, l'unico soggetto, in virtù della sua diretta

partecipazione al processo produttivo (o quanto meno ad una fase di tale processo), in grado di attestarne l'equivalenza; IV) il mero fornitore che si limita ad apporre il proprio marchio sul prodotto finito, senza fornire contributo alcuno al materiale processo di fabbricazione, non sarebbe in possesso delle competenze necessarie onde attestare la conformità dei beni offerti alle specifiche tecniche richieste dal bando di gara; V) i mezzi di prova appropriati devono, infatti, essere idonei a consentire alla stazione appaltante lo svolgimento di un giudizio di idoneità tecnica dell'offerta e di equivalenza dei requisiti del prodotto offerto alle specifiche tecniche, legato non a formalistici riscontri, ma a criteri di conformità sostanziale delle soluzioni tecniche offerte;

- h4) la seconda opzione interpretativa è fondata invece sul richiamo ad altre normative (*in primis* quella in materia di tutela dei consumatori) che estendono la nozione del produttore fino a ricomprendervi chi si limiti a commercializzare il prodotto, apponendovi il proprio marchio, pur senza aver materialmente partecipato neanche ad una fase del relativo processo di costruzione: I) secondo tale tesi, per costruttore o produttore dei ricambi non deve intendersi soltanto chi "*concretamente fabbrica un certo componente*", ma anche il soggetto che realizza con un proprio marchio il prodotto o parte di esso, anche attraverso attività di assemblaggio o esternalizzazione a terzi di parti o componenti e sul quale ricade l'onere della garanzia in caso di non conformità del prodotto: tale essendo in definitiva non soltanto chi produce direttamente i ricambi richiesti, ma anche chi assume la responsabilità del loro utilizzo, attraverso la certificazione di equivalenza all'originale o ancora prestando la garanzia per il loro corretto funzionamento e per l'assenza di vizi di costruzione; II) dunque, ai fini dell'individuazione della qualifica di costruttore, non sarebbe condizione necessaria, richiesta dalla citata disposizione di cui all'art. 3 della direttiva (e dal corrispondente articolo del d.m. di recepimento), la titolarità dello stabilimento o del laboratorio ove il ricambio viene confezionato né la partecipazione alle varie fasi della costruzione del prodotto;
- i) corollario di ciò è che, in sintesi, come prospettato dalle parti nel giudizio:
- i1) la necessità di tutelare l'interesse generale alla qualità e alla sicurezza del trasporto pubblico dei cittadini esigerebbe che il concorrente fornisca, a corredo dell'offerta, il certificato di omologazione o comunque dettagliate informazioni al riguardo, non potendo il difetto di tale documentazione essere superato mediante la mera dichiarazione di equivalenza del ricambio

- all'originale, e che tale dichiarazione di equivalenza provenga unicamente dal costruttore (inteso quale fabbricante) del pezzo di ricambio;
- i2) per altro verso potrebbe affermarsi che non sarebbe invece necessaria a pena di esclusione la presentazione della documentazione comprovante l'omologazione del ricambio, risultando sufficiente l'attestazione di equivalenza all'originale, da comprovarsi anche attraverso una mera unilaterale dichiarazione sostitutiva del produttore o del fornitore che affermi la conformità alle specifiche tecniche e alle norme di produzione del costruttore del veicolo su cui il ricambio dovrà essere installato;
- j) alle suindicate conclusioni, i fautori della prima tesi interpretativa pervengono esaminando il quadro normativo generale di riferimento per l'equivalenza delle specifiche tecniche in tutte le procedure di gara (artt. 42 e 44 direttiva n. 2014/24/UE; art. 34 direttiva n. 2004/17/CE; artt. 68, 86 ed Allegato XVII, Parte II, d.lgs. n. 50 del 2016):
- j1) a sostegno della dedotta tassatività degli strumenti probatori, si osserva che gli artt. 68 e 86 del Codice, in combinato disposto, esigono che le specifiche tecniche (nella specie l'equivalenza del ricambio di concorrenza rispetto al ricambio originale) non siano dimostrate con *“mezzi di prova diversi da quelli di cui al presente articolo” o di quelli di cui “all’Allegato XVII (...)” del d. lgs n. 50/2016* (ossia certificati e dichiarazioni del fabbricante);
- j2) tra questi significativamente non sarebbe contemplata la dichiarazione sostitutiva del fornitore, che non può considerarsi *“altro mezzo di prova appropriato”*, dovendo per appropriatezza senz'altro intendersi la rispondenza funzionale all'obiettivo di comprovare le specifiche tecniche;
- j3) i *“mezzi probatori appropriati”* si evincerebbero, in maniera inequivoca, dalle seguenti fonti normative e giurisprudenziali: art. 44, direttiva n. 2014/24/UE, rubricato *“Relazioni di prova, certificazione e altri mezzi di prova”*; Allegato XVII, Parte II, d.lgs n. 50 del 2016, richiamato dall'art. 86 stesso Codice; art. 34 della direttiva n. 2004/17/CE;
- k) tali disposizioni potrebbero deporre – nella prospettazione di parte – nel senso dell'illegittimità della *lex specialis* della procedura ove interpretata nel senso di consentire che l'attestazione di equivalenza possa essere effettuata anche mediante dichiarazione del partecipante che sia mero rivenditore o fornitore e non fabbricante della componente o parte, in quanto lesiva dei principi di tassatività e appropriatezza dei mezzi di prova:
- k1) la discrezionalità di cui pure gode la stazione appaltante nell'indicare nella disciplina di gara gli strumenti probatori andrebbe, invero, pur sempre esercitata entro i limiti di appropriatezza dettati dalla normativa di settore,

comunitaria e nazionale, sì da consentirle di effettuare un'effettiva e proficua verifica;

- k2) il certificato di equivalenza che può ritenersi "*appropriato*" sotto il profilo oggettivo deve necessariamente illustrare alla stazione appaltante i dati tecnici relativi al ricambio cui si riferisce: in altri termini, l'appropriatezza del mezzo di prova presuppone necessariamente che la documentazione prodotta in gara dettagli le specifiche tecniche dei ricambi equivalenti offerti;
- k3) poiché la prova dell'equivalenza è un elemento sostanziale dell'offerta, la stazione appaltante deve poter verificare in concreto, esaminando la documentazione tecnica prodotta dai concorrenti, che vi sia conformità rispetto alle specifiche tecniche richieste dalla *lex specialis* della procedura: e ciò sarebbe garantito soltanto dalla presentazione a corredo dell'offerta della certificazione tecnica proveniente dal fabbricante o dal costruttore del ricambio equivalente;
- k4) diversamente, l'attestazione di equivalenza, da elemento fondamentale dell'offerta, finirebbe per tradursi in mero simulacro ed orpello formale, privo di qualsiasi valore sostanziale e probatorio;
- l) per converso, la normativa applicabile alla fattispecie non individua specifiche e peculiari modalità procedurali di accertamento dell'equivalenza: può essere dunque idonea a tal fine non solo la certificazione di corrispondenza del costruttore, ma anche ogni altro elemento appropriato capace di dimostrare in modo soddisfacente e oggettivo l'equivalenza dei prodotti offerti: di conseguenza, sarebbe consentito provare la conformità del prodotto attraverso una mera dichiarazione sostitutiva del concorrente, anche a prescindere da ogni dimostrazione sulla sua qualità di costruttore del ricambio offerto.
- m) altro problema, strettamente correlato alle questioni finora delineate, attiene all'individuazione delle modalità con le quali può essere dimostrata la propria qualità di costruttore del prodotto (ovvero l'effettivo esercizio dell'attività di fabbricazione dei ricambi equivalenti offerti) e se, a tal fine, assumano rilievo o possano di loro reputarsi sufficienti, quali strumenti idonei a comprovare un requisito di capacità tecnica del concorrente in sede di gara, le indicazioni del certificato di qualità nonché l'oggetto sociale come riportato nelle visure camerali, dalle quali possano trarsi indicazioni sull'attività prevalentemente svolta:
  - m1) se è vero che per essere qualificati come "*costruttore*" ai sensi dell'art. 3 della citata direttiva non è necessario partecipare a tutte le fasi della costruzione del prodotto, è anche vero che ciò sembra presupporre che si dimostri di aver partecipato ad almeno una fase di tale processo;

- m2) è dubbio, inoltre, se sia necessario che il concorrente abbia la disponibilità, diretta o contrattuale, di stabilimenti di produzione, ovvero se sia sufficiente dimostrare che tutti i ricambi per i quali ha certificato l'equivalenza sarebbero prodotti da terzi secondo le proprie direttive (direzione tecnica e responsabilità tecnica) e, in caso positivo, con quali modalità;
- m3) in dettaglio, la concorrente che attesti l'equivalenza dei prodotti offerti dovrebbe poter allegare e dimostrare, per ciascun ricambio per il quale si dichiara costruttore: I) di essere in possesso del progetto di fabbricazione e del know-how tecnico per produrre il ricambio; II) di realizzare e documentare il controllo dei semilavorati eventualmente impiegati rispetto alle specifiche di progetto di realizzazione del prodotto; III) di essere il soggetto responsabile verso l'autorità di omologazione (ove il singolo componente sia soggetto ad omologazione specifica) di tutti gli aspetti del relativo procedimento e della conformità della produzione; IV) in ogni caso, di avere stipulato con terzi fabbricanti contratti di sub-fornitura industriale per la costruzione/fabbricazione, su sue specifiche tecniche e controllo di qualità, dei ricambi in questione.
- n) va, in definitiva, osservato che:
- n1) si tratta di garantire la parità di trattamento tra gli operatori economici, stabilendo esattamente con quali modalità essi possano fornire la dimostrazione dell'equivalenza del prodotto offerto e, in difetto, subire legittimamente l'esclusione dalla gara per aver presentato un'offerta incompleta e generica;
- n2) la normativa richiamata pare richiedere, ai fini del riconoscimento dell'equivalenza, che la concorrente fornisca sia la dichiarazione di equivalenza dei prodotti offerti sia la documentazione attestante tale presupposto;
- n3) inoltre, è dubbio se l'utilizzo, eventualmente consentito dalla legge di gara per esigenze di semplificazione e celerità dell'azione amministrativa, della dichiarazione sostitutiva della concorrente (che non sia in grado di dimostrare la sua qualità di costruttore del prodotto o comunque a prescindere da una siffatta dimostrazione), salvo eventuali successive verifiche della stazione appaltante, possa valere anche per gli elementi essenziali dell'offerta e dell'oggetto dell'appalto, che ricomprendono le c.d. specifiche tecniche;
- n4) ed invero, l'eventuale previsione di una scansione temporale che differisca la dimostrazione e il riscontro dell'equivalenza dei prodotti offerti alla fase

successiva all'aggiudicazione porterebbe ad ammettere che la verifica sull'effettiva equivalenza possa essere svolta, a gara conclusa, nella fase di esecuzione dell'appalto;

- n5) la prova dell'equivalenza potrebbe così anche essere in concreto fornita attraverso un procedimento complesso a formazione successiva idoneo a palesare l'equivalenza, che si completerebbe solo in sede di esecuzione del contratto, mediante la produzione della certificazione di equivalenza formata dal costruttore, da esibire al momento della consegna di ricambi equivalenti, che in difetto non potrebbe essere accettata;
- n6) a fronte di tali orientamenti meno rigorosi, altro indirizzo ritiene invece che la scansione temporale che impone la dimostrazione dell'equivalenza dei prodotti già in sede di offerta riflette principi generali dell'ordinamento interno e comunitario, in applicazione dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa;
- n7) ove la *lex specialis* venisse intesa nel senso di consentire il differimento alla fase di esecuzione del contratto della produzione della documentazione a comprova dell'equivalenza tecnica e prestazionale dei ricambi offerti, rispetto a quelli originali, la stessa sarebbe affetta da violazione dell'art. 68 del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché dal principio di parità di trattamento nell'ambito del confronto concorrenziale. In tal modo, inoltre, non sarebbero garantiti i principi di imparzialità e trasparenza, potendo il giudizio di equivalenza essere influenzato dall'ormai avvenuta conoscenza dell'offerta economica;
- n8) pertanto, la dichiarazione sostitutiva della concorrente (in luogo della certificazione del costruttore), nella misura in cui fornisce, invece, solo un c.d. principio di prova, differirebbe l'effettiva definitiva verifica della sussistenza del requisito ad un momento successivo a quello della presentazione dell'offerta, e cioè persino dopo l'aggiudicazione, in palese contrasto e violazione dei principi comunitari che regolano la fattispecie;
- n9) la tesi opposta ritiene, invece, non obbligatoria, a pena di esclusione, l'omologazione del ricambio equivalente e idonea e sufficiente (in quanto comunque comportante l'assunzione di responsabilità verso la Stazione appaltante per il relativo utilizzo) l'attestazione di corrispondenza, anche ove proveniente dalla concorrente che sia mero produttore (nell'ampia accezione su indicata) o fornitore, ed a prescindere dalla concreta dimostrazione di aver contribuito alla realizzazione e costruzione del ricambio offerto;

o) ne discende la necessità di sottoporre alla Corte di giustizia UE le seguenti questioni:

- o1) *“se sia conforme al diritto europeo - e, in particolare, alle previsioni della direttiva 2007/46/CE (di cui agli artt. 10, 19 e 28 della detta direttiva comunitaria), nonché ai principi di parità di trattamento ed imparzialità, di piena concorrenzialità e buon andamento dell'azione amministrativa” - che, con specifico riferimento alla fornitura mediante appalto pubblico di componenti di ricambio per autobus destinati al servizio pubblico, sia consentito alla Stazione appaltante accettare componenti di ricambio destinate ad un determinato veicolo, realizzate da un fabbricante diverso dal costruttore del veicolo, quindi non omologate unitamente al veicolo, rientranti in una delle tipologie di componenti contemplate dalle normative tecniche elencate nell'allegato IV della su indicata direttiva (Elenco delle prescrizioni per l'omologazione CE dei veicoli) ed offerte in gara senza il corredo del certificato di omologazione e senza alcuna notizia sull'effettiva omologazione ed anzi sul presupposto che l'omologazione non sarebbe necessaria, risultando sufficiente solo una dichiarazione di equivalenza all'originale omologato resa dall'offerente”;*
- o2) *“se sia conforme al diritto europeo - e, in particolare, all'art. 3, punto 27, della direttiva 2007/46/CE – che, in relazione alla fornitura mediante appalto pubblico di componenti di ricambio per autobus destinati al servizio pubblico, sia consentito al singolo concorrente di autoqualificarsi come “costruttore” di una determinata componente di ricambio non originale destinata ad un determinato veicolo, in particolare ove rientrante in una delle tipologie di componenti contemplate dalle normative tecniche elencate nell'allegato IV (Elenco delle prescrizioni per l'omologazione CE dei veicoli) della direttiva 2007/46/Ce, ovvero se detto concorrente debba invece provare – per ciascuno delle componenti di ricambio così offerte e per attestarne l'equivalenza alle specifiche tecniche di gara- di essere il soggetto responsabile verso l'autorità di omologazione di tutti gli aspetti del procedimento di omologazione nonché della conformità della produzione e relativo livello qualitativo e di realizzare direttamente almeno alcune delle fasi di costruzione del componente soggetto all'omologazione, chiarendo altresì, in caso affermativo, con quali mezzi debba essere fornita detta prova”.*

III. – Per completezza si segnala quanto segue:

- p) sul momento in cui l'offerente deve ritenersi 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. (in *Foro amm.*, 2018, 1175 e oggetto della News US in data 25 luglio 2018), secondo cui *“L'art. 34, par. 8, direttiva 2004/17/Ce del*

*parlamento europeo e del consiglio 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";*

- q) sulle specifiche tecniche e principi di parità di trattamento e di proporzionalità: Corte di giustizia UE, sez. IX, 25 ottobre 2018, C-413/17, «Roche Lietuva» UAB (in *Rass. dir. farmaceutico*, 2019, 151), secondo cui *"Gli art. 18 e 42 direttiva 2014/24/UE del parlamento europeo e del consiglio 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che tali disposizioni non impongono all'amministrazione aggiudicatrice, in sede di determinazione delle specifiche tecniche di un appalto avente ad oggetto l'acquisto di forniture mediche, di far prevalere, per principio, o l'importanza delle singole caratteristiche degli apparecchi medici, o l'importanza del risultato del funzionamento di tali apparecchi, ma esigono che le specifiche tecniche, nel loro insieme, rispettino i principi della parità di trattamento e di proporzionalità; spetta al giudice del rinvio valutare se, nella controversia di cui è investito, le specifiche tecniche in questione rispettino tali obblighi";*
- r) sulla preferenza per l'offerta che contempa ricambi originali: Cons. Stato, sez. III, 11 settembre 2017, n. 4275 secondo cui *"non pare né illogico e né particolarmente iniquo che -- sul presupposto non irragionevole di una loro maggiore affidabilità, durabilità e compatibilità -- la stazione appaltante abbia ritenuto, in sede di fissazione dei criteri di valutazione, di dover accordare una consistente preferenza ai ricambi originali. In base alla comune esperienza, i ricambi originali concernenti apparecchiature di alta tecnologia sono tendenzialmente preferibili rispetto alla medesima componentistica delle altre aziende produttrici, in quanto escono dalle medesime linee di produzione e sono del tutto identici a quelli utilizzati in sede di prima installazione. Essi sono più costosi e comportano meno margini per l'appaltatore, ma garantiscono tendenzialmente un migliore funzionamento delle macchine e quindi un miglior andamento delle prestazioni delle stesse. La minore usura si risolve infatti in un minor numero di arresti del funzionamento delle apparecchiature e quindi in un miglior servizio per i pazienti e gli operatori sanitari. Si deve dunque condividere l'assunto dell'Amministrazione per cui la differenza di punteggio è ampiamente giustificata dal fatto che la normativa di gara richiede che, in via preferenziale, vengano offerte parti di ricambio originali";*
- s) sulla ratio e finalità del principio di equivalenza e obblighi della p.a.:

- s1) Cons. Stato, sez. III 13 dicembre 2018 n. 7039, in *Foro amm.*, 2018, 2151 (m), secondo cui *“Il precetto di equivalenza delle specifiche tecniche è un presidio del canone comunitario dell’effettiva concorrenza (come tale vincolante per l’Amministrazione e per il giudice) ed impone che i concorrenti possano sempre dimostrare che la loro proposta ottemperi in maniera equivalente allo standard prestazionale richiesto”*, con la conseguenza che *“se è vero che il concorrente che voglia avvalersi del principio di equivalenza, ha l’onere di dimostrare, appunto, l’equivalenza tra i prodotti, non potendo pretendere che di tale accertamento si faccia carico la Commissione di gara. Ma, una volta che l’Amministrazione abbia proceduto in tal senso, la scelta tecnico discrezionale può essere inficiata soltanto qualora se ne dimostri l’erroneità”*;
- s2) Cons. Stato, sez. III, 11 settembre 2017, n. 4282 (in *Ambiente e sviluppo*, 7, 579, con nota di QUARANTA), secondo cui *“In ordine alla ratio dell’art. 68 del d.lgs. 163/2006, la giurisprudenza ha chiarito che, in attuazione del principio comunitario della massima concorrenza, la norma è diretta a che la ponderata e fruttuosa scelta del miglior contraente non debba comportare ostacoli non giustificati da reali esigenze tecniche. Il precetto di equivalenza delle specifiche tecniche è un presidio del canone comunitario dell’effettiva concorrenza (come tale vincolante per l’Amministrazione e per il Giudice), ed impone che i concorrenti possano sempre dimostrare che la loro proposta ottempera in maniera equivalente allo standard prestazionale richiesto. Il comma 4 dell’art. 68 del d.lgs. n.163, laddove prevedeva che le stazioni appaltanti non potessero respingere un’offerta per il motivo che i prodotti e i servizi offerti non erano conformi alle specifiche alle quali hanno fatto riferimento, imponeva che il riscontro delle specifiche tecniche in una gara fosse agganciato non al formale meccanico riscontro della specifica certificazione tecnica, ma al criterio della conformità sostanziale delle soluzioni tecniche offerte. In definitiva, il riferimento negli atti di gara a specifiche certificazioni tecniche non consente alla stazione appaltante di escludere un concorrente respingendo un’offerta se questa possiede una certificazione equivalente e se il concorrente dimostra che il prodotto offerto ha caratteristiche tecniche perfettamente corrispondenti allo specifico standard richiesto”*.
- s3) Cons. Stato, sez. III, 12 luglio 2016, n. 3029, secondo cui *“Quanto al principio di equivalenza di cui all’art. 68 citato, invocato con gli ulteriori motivi di appello, va osservato, infatti, che la norma è concepita a tutela della concorrenza (comma 2) e trova applicazione nel senso che qualora siano inserite nella lex di gara specifiche tecniche a tal punto dettagliate da poter individuare un dato prodotto in maniera assolutamente precisa (con una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare, con riferimento a un marchio, a un brevetto), ipotesi che*

*qui non ricorre, per favorire la massima partecipazione, deve essere data la possibilità della proposta che ottemperi in maniera equivalente agli stessi requisiti. Il principio dell' "equivalenza" (che va dimostrata in modo rigoroso con una documentazione tecnica del fabbricante o una relazione sulle prove eseguite da un organismo riconosciuto - comma 5 - e comunque deve formare oggetto di apposita dichiarazione allegata all'offerta) è vincolante per l'amministrazione solo qualora il bando di gara, il capitolato d'oneri o i documenti complementari dettagliatamente menzionano un marchio, un brevetto o un tipo, un'origine o una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti; tale indicazione deve essere accompagnata già nel bando dall'espressione "o equivalente" (comma 13)";*

- t) sul campo d'applicazione del principio di equivalenza: Cons. Stato, sez. III, 18 settembre 2019, n. 6212 (in *Appalti & Contratti*, 2019, 11, 69), secondo cui:
- t1) *"l'ambito di applicazione del principio di equivalenza è piuttosto ampio";*
  - t2) *"il principio di equivalenza "permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica e la possibilità di ammettere a seguito di valutazione della stazione appaltante prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del favor participationis (ampliamento della platea dei concorrenti) e costituisce altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione [...]";*
  - t3) *trova applicazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti, in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica e "l'effetto di "escludere" un'offerta, che la norma consente di neutralizzare facendo valere l'equivalenza funzionale del prodotto offerto a quello richiesto, è testualmente riferibile sia all'offerta nel suo complesso sia al punteggio ad essa spettante per taluni aspetti ... e la ratio della valutazione di equivalenza è la medesima quali che siano gli effetti che conseguono alla difformità [...];*
  - t4) *l'art. 68, comma 7, del d.lgs. 50 del 2016 non onera i concorrenti di un'apposita formale dichiarazione circa l'equivalenza funzionale del prodotto offerto, potendo la relativa prova essere fornita con qualsiasi mezzo appropriato; la commissione di gara può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla lex specialis [...];*
- u) sul contenuto sostanziale dell'offerta e sulla correlazione con il principio del *favor participationis*:
- u1) Cons. giust. amm. sic., sez. giur, 20 luglio 2020, n. 634, secondo cui *"la verifica delle offerte in gara è finalizzata a certificarne non la formale identità ma la sostanziale equivalenza funzionale";*

- u2) Cons. Stato, sez. III, 14 maggio 2020, n. 3081, secondo cui *“il principio di equivalenza permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, rispondendo al principio del favor participationis (ampliamento della platea dei concorrenti) ai fini della massima concorrenzialità nel settore dei pubblici contratti e della conseguente individuazione della migliore offerta, secondo i principi di libera iniziativa economica e di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione nel perseguimento delle proprie funzioni d'interesse pubblico e nell'impiego delle risorse finanziarie pubbliche, sanciti dagli articoli 41 e 97 della Costituzione”*;
- u3) Cons. Stato, sez. III, 28 settembre 2018, n. 5568 (in *Appalti & Contratti*, 2018, 10, 78, secondo cui il principio non può assolutamente essere invocato per ammettere offerte tecnicamente inappropriate ed esso è *“diretto ad assicurare che la valutazione della congruità tecnica non si risolva in una verifica formalistica, ma nella conformità sostanziale dell'offerta delle specifiche tecniche inserite nella lex specialis”*;
- u4) Cons. Stato, sez. III, 22 novembre 2017, n. 5426, secondo cui *“Il principio di equivalenza presuppone la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto, ancorché difforme dalle specifiche tecniche indicate dalla stazione appaltante”*;
- u5) Cons. Stato, sez. III, 14 novembre 2017, n. 5259, in *Appalti & Contratti*, 2017, 11, 92 (m), secondo cui *“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 avevano fatto riferimento; il riscontro delle specifiche tecniche in una gara è agganciato non al formale, meccanico riscontro della specifica certificazione tecnica, ma al criterio della conformità sostanziale delle soluzioni tecniche offerte; in ordine a tale ultimo criterio, questo consiglio ha, altresì, precisato che: i) occorre verificare se negli elementi che connotano l'offerta tecnica si ravvisa una conformità di tipo funzionale alle specifiche tecniche, senza che quindi si faccia luogo ad un criterio di inderogabile corrispondenza a dette specifiche; ii) che il principio di equivalenza permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica e, specificatamente, la norma di cui all'art. 68 d.leg n. 163/2006 e che la possibilità di ammettere a seguito di valutazione della stazione appaltante prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del favor participationis e costituisce altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione; iii) in relazione alla precipua disposizione di cui al 4° comma del citato articolo del codice dei contratti, in giurisprudenza è stata affermata l'applicazione del criterio di sostanziale ottemperanza alle specifiche tecniche dei prodotti considerati equivalenti, senza che ciò possa comportare la esclusione dalla gara; iv) insomma dal suddetto quadro normativo non è prescritto un obbligo stringente e incoercibile di pedissequo rispetto delle specifiche tecniche, ma piuttosto*

*la possibilità di soluzioni tecniche che soddisfino le esigenze di tipo tecnico per le quali è stata bandita la procedura selettiva; v) inoltre, la valutazione delle offerte tecniche da parte della commissione giudicatrice costituisce apprezzamento connotato da chiara discrezionalità tecnica sì da rendere detta valutazione insindacabile”;*

- u6) T.a.r. per la Toscana, sez. I. 18 gennaio 2016, n. 85, secondo cui quand’anche un singolo servizio (o fornitura) non possa considerarsi pienamente “analogo” a quello oggetto di gara, la valutazione che dovrà compiere la stazione appaltante non potrà che essere di tipo complessivo e ciò in quanto la sommatoria di tutti i servizi o forniture dichiarate può “ragionevolmente essere considerata quale indice di idoneità tecnica alla corretta esecuzione dell’appalto”;
- u7) Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 22 dicembre 2015, n. 735, secondo cui “il principio di equivalenza – in base al quale, appunto, non può essere escluso l’operatore economico interessato a partecipare alla gara, il quale dimostri che il prodotto da lui offerto ha le medesime prestazioni e perviene ai medesimi risultati pretesi dalla amministrazione aggiudicatrice – mira ad evitare ogni ingiustificata restrizione della rosa dei partecipanti alla gara, con nocimento all’interesse pubblico sotteso alla più ampia partecipazione alla stessa. E la cogenza di tale principio è così rilevante da aver indotto l’Autorità di Vigilanza – fin da epoca anteriore all’emanazione del codice appalti – a chiarire che contrasta col diritto comunitario inserire nei bandi di gara clausole che prescrivano l’impiego di prodotti certificati conformi ad un determinato tipo di norme tecniche nazionali, a meno che non si aggiunga la clausola “o equivalente”;
- v) sulla discrezionalità dell’amministrazione nell’ammettere prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti: Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364 (in *Urbanistica e appalti*, 2014, 69, con nota di PAGANI; *Giur. it.*, 2014, 2, 384, con nota di BERBERIS), secondo cui “la possibilità di ammettere a seguito di valutazione della stazione appaltante prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del favor participationis e costituisce altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell’Amministrazione”;
- w) sul meccanismo dell’eterointegrazione, norme imperative e connessioni con il principio di equivalenza: Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364, cit., secondo cui “Ai fini dell’applicazione dell’art. 68, comma 4, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in mancanza di un espresso riferimento della lex specialis al principio di equivalenza, è improprio il riferimento al meccanismo dell’eterointegrazione precettiva, il quale ha origine e trova la sua collocazione sistematica e il suo terreno d’elezione nel diritto privato, che contempla, accanto alla fonte principale dell’autonomia contrattuale, ovvero la volontà

delle parti, le cc.dd. fonti eteronome: tra queste, quelle aventi natura imperativa sono capaci di imporsi alla volontà dei contraenti (artt. 1339 e 1419 c.c.). Diversa è l'ipotesi della clausola di equivalenza, che non si impone ab externo alla volontà dell'Amministrazione ma è un principio immanente alla stessa regola dell'evidenza pubblica e del suo immediato e fondamentale corollario, il favor participationis”;

- x) sulla natura dell'apprezzamento della conformità di un prodotto: T.a.r per la Lombardia. Sez. IV. 2 dicembre 2019, n. 2629 (in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2020, 1, 75, con nota di RIZZI), secondo cui “È legittimo il provvedimento di esclusione da un appalto di forniture perché il prodotto offerto è di materiale diverso da quello espressamente richiesto dal bando a pena di esclusione, attenendo detta prescrizione all'ambito delle scelte discrezionali rimesse alla stazione appaltante, sindacabili solo se viziate da evidenti sintomi di illogicità o irragionevolezza, nella fattispecie insussistenti”;
- y) sulla tipologia di prova dell'equivalenza in ragione dell'oggetto dell'appalto, Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2020, n. 2093 secondo cui nell' appalto di fornitura, ed “in ragione della tipologia dei prodotti da fornire- soltanto la produzione in sede di offerta delle schede tecniche dei prodotti avrebbe consentito alla stazione appaltante lo svolgimento di un giudizio di idoneità tecnica dell'offerta e di equivalenza dei requisiti del prodotto offerto alle specifiche tecniche sin dal momento dell'offerta”;
- z) sull'onere gravante a carico del concorrente di dimostrare che il prodotto offerto ha caratteristiche tecniche perfettamente corrispondenti a quanto richiesto:
  - z1) Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2017, n. 4207, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2017, 4, 89, con nota di SANTARELLI, 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”;
  - z2) 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”;*

aa) in tema di specifiche tecniche:

aa1) Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2015, n. 5361, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 4, 454 con nota di BALOCCO, secondo cui *“Ai fini dell'applicazione dell'art. 68, comma 4, che prevede il cosiddetto principio di equivalenza, la nozione di "specifiche tecniche" comprende, nel caso di appalti pubblici di forniture o di servizi, «le specifiche contenute in un documento, che definiscono le caratteristiche richieste di un prodotto o di un servizio, quali i livelli di qualità, i livelli della prestazione ambientale, una progettazione che tenga conto di tutte le esigenze (ivi compresa l'accessibilità per i disabili) la valutazione della conformità, la proprietà d'uso, l'uso del prodotto, la sua sicurezza o le sue dimensioni, ivi compresi le prescrizioni applicabili al prodotto per quanto la denominazione di vendita, la terminologia, i simboli, il collaudo e i metodi di prova, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, le istruzioni per l'uso, i processi e i metodi di produzione, nonché le procedure di valutazione della conformità» (Allegato VIII del D.Lgs. n. 163 del 2006). In queste ipotesi non rientra, rendendo inapplicabile la norma in questione, la richiesta di un'organizzazione logistica del processo di trattamento e di sterilizzazione che non concerne alcuno degli aspetti che integrano gli estremi delle «specifiche tecniche»”;*

aa2) Cons. Stato, Sez. IV, 30 maggio 2013, n. 2976, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2013, 403, secondo cui *“In materia di gare d'appalto pubblico opera il principio della libera concorrenza, che trova applicazione in primo luogo nella fase della determinazione del contenuto del contratto oggetto di gara, con particolare riferimento all'individuazione delle prestazioni richieste; quindi, in caso di gara per l'affidamento di un appalto di fornitura, sussiste il divieto di introdurre nelle clausole contrattuali specifiche tecniche che indicano prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza (art. 68, 3° comma, lett. a, d.leg. n. 163/2006) ed esso può essere derogato inserendo nel bando la menzione «o equivalente», che è però autorizzata solo quando le amministrazioni non possano fornire una descrizione dell'oggetto dell'appalto mediante specifiche tecniche sufficientemente precise, o formulando la lex specialis in termini funzionali (art. 68, 3° comma, lett. b e c, d.leg. n. 163/2006); in tal senso, è stato ritenuto che, qualora le specifiche tecniche*

*siano plasmate su quelle del prodotto coperto da brevetto e sia, altresì, carente l'indicazione della menzionata espressione, ha luogo un'evidente violazione dei principi in materia di par condicio e di non discriminazione nelle gare, con conseguente annullamento, per illegittimità, del provvedimento di esclusione della concorrente il cui prodotto non possessa quelle esatte e specifiche caratteristiche menzionate”;*

- aa3) con particolare riferimento alle specifiche tecniche contraddittorie: Cons. Stato, sez. III, 18 dicembre 2018, n. 7128, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2019, 351, secondo cui *“Nell’ambito di una gara d’appalto per la fornitura di dispositivi IVD consumabili sottovuoto e aghi per prelievo sottovuoto in cui la lex specialis richieda talune specifiche tecniche, strutturali e prestazionali, complessivamente contraddittorie ed impossibili da realizzare, è illegittima l’esclusione dell’offerta per la pretesa non conformità della stessa rispetto a tali caratteristiche”;*
- bb) sul ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando, nel caso in cui per ragioni di natura tecnica, ovvero di esclusività dei diritti, il contratto può essere assegnato ad uno specifico operatore: Cons. Stato, sez. III, 10 luglio 2015, n. 35488 (in *Ragiufarm*, 2015, 149,50), secondo cui *“In giurisprudenza è stato [...] puntualizzato che la «unicità» dello «operatore economico determinato», id est del prodotto o del servizio, chiesta dalla norma in parola, non esprime un concetto astratto, essendo un rispettivo esempio ben difficilmente rinvenibile in rerum natura, bensì ne è ragionevole l’interpretazione secondo cui va considerato «unico» il prodotto che, anche in relazione al fattore temporale, «in quel momento, sia pronto all’uso, senza necessità di adeguamenti, modifiche ed ulteriori incrementi ed adattamenti», pena altrimenti una lettura della norma stessa trasmodante in una interpretatio abrogans della medesima, non conforme al canone pur restrittivo individuato dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria (cfr., sul punto Cons. Stato, sez. V, 28 gennaio 2011 n. 642, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 259)”;*
- cc) sulla differenza tra servizi analoghi e servizi identici ai fini della dimostrazione della capacità tecnica dell’impresa: Cons. giust. amm. sic., sez. giur., 20 febbraio 2020, n. 133, secondo cui: a) *“la nozione di «servizi analoghi» non deve essere assimilata a quella di «servizi identici», dovendo ritenersi soddisfatta la prescrizione della legge di gara tutte le volte in cui il concorrente abbia dimostrato lo svolgimento di servizi rientranti nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l’appalto”;* b) *“Laddove la lex specialis chieda ai partecipanti di documentare il progresso svolgimento di «servizi analoghi», la stazione appaltante non è legittimata ad escludere i concorrenti che non abbiano svolto tutte le attività oggetto dell’appalto né ad assimilare impropriamente il concetto di «servizi analoghi» con quello di “servizi identici”, atteso*

*che la ratio sottesa alla succitata clausola del bando è il temperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato ed il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche, dal momento che la locuzione «servizi analoghi» non s'identifica con «servizi identici». Tuttavia va valorizzata la contestuale affermazione giurisprudenziale secondo cui occorre ricercare elementi di similitudine tra i servizi presi in considerazione, che possono scaturire solo dal confronto tra le prestazioni oggetto dell'appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti al fine di dimostrare il possesso della capacità economico-finanziaria richiesta dal bando [...]; vale a dire che, pur rilevando l'identità del settore imprenditoriale o professionale, il confronto va fatto in concreto tenendo conto del contenuto intrinseco delle prestazioni [...], nonché della tipologia e dell'entità delle attività eventualmente coincidenti (Cons. Stato sez. V, 31 maggio 2018, n. 3267)";*

dd) sulla equivalenza di prodotti quanto alla compatibilità ambientale: Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2020, n. 2731, secondo cui *"il riferimento, con articolo indeterminativo, a beni e servizi dotati di marchio di qualità ecologica («il possesso di un marchio di qualità ecologia dell'Unione europea»), porta a ritenere che l'etichetta Ecolabel – UE sia stata citata in parentesi a soli fini esemplificativi dei marchi attestanti la compatibilità del prodotto con l'ambiente apprezzati dalla commissione [...]. Nella specie, poi, tale interpretazione è anche l'unica comunitariamente orientata poiché risponde all'esigenza di par condicio tra i concorrenti espressa dalla clausola di equivalenza prevista dall'art. 69, comma 2, del codice dei contratti («Le amministrazioni aggiudicatrici che esigono un'etichettatura specifica accettano tutte le etichettature che confermano che i lavori, le forniture o i servizi soddisfano i requisiti equivalenti») e direttamente derivante dalle direttive comunitarie: non è consentita una diversa valutazione dei concorrenti che si servano di prodotti del tutto equivalenti quanto alla compatibilità ambientale, per il solo fatto che uno di essi ne abbia in uso alcuni con marchio Ecolabel – UE";*

ee) sulle dichiarazioni sostitutive:

ee1) quanto al rapporto tra sostanza e forma: Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2018, n. 418; 17 gennaio 2018, n. 257, secondo le quali, in tale ambito, i principi di proporzionalità e di ragionevolezza impongono di far prevalere la sostanza sulla forma quando si sia in presenza di vizi meramente formali;

ee2) quanto al valore probatorio: Cass. civ., sez. un., 29 maggio 2014, n. 12065 (in *Foro it.*, 2015, I, 1763; *Riv. dir. proc.*, 2015, 1602, con nota di PEZZANI e Guida al dir., 2014, 28, 40, con nota di SACCHETTINI), ove si afferma il principio secondo cui la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà di cui all'art. 46 d. P.R. n. 445 del 2000 esaurisce i suoi effetti nell'ambito dei

rapporti con la p.a. e nel procedimento amministrativo, mentre non costituisce prova idonea nel processo;

ff) sulla nozione di interpretazione restrittiva: Cass. civ., sez. III, 20 luglio 1977, n. 3250, secondo cui *“L’interpretazione restrittiva ricorre quando il giudice ritenga che le espressioni usate dal legislatore ne abbiano tradito il pensiero ovvero non lo abbiano esattamente rivelato - di modo che nella norma appaiano compresi casi che non vi dovrebbero rientrare secondo l’intenzione della legge - e, di conseguenza, escluda, per tali casi, l’applicazione della norma stessa al fine di attuare la reale volontà legislativa. Pertanto, non si è in presenza di una siffatta interpretazione quando il giudice non escluda dall’applicazione della norma un caso, che la formula letterale di questa contempli, bensì accerti che la fattispecie prospettata dalla parte non rientri nella disciplina legale risultante dal testo letterale della norma”*;

gg) in dottrina:

gg1) 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;

gg2) sul *Building Information Modeling* e il principio di equivalenza: C. Callopoli, A. Versolato, *“La metodologia BIM ed il principio di equivalenza - Commento a art. 68 d.lg. 18 aprile 2016, n. 50”*, in *Appalti & contratti*, 2018, 7-8, 28-35.