Le “specifiche tecniche” tra *lex specialis* di gara e offerta per “equivalente”: le mobili frontiere della giurisprudenza

dell'avv. Arrigo Varlaro Sinisi¹

Alle volte gli atti di gara (bando, contratto d'appalto, capitolato speciale ecc.), nel descrivere le “specifiche tecniche” di un prodotto richiesto al concorrente, ne indicano il marchio, ovvero fanno esplicito riferimento ad un determinato brevetto o tipo, senza accompagnare tale menzione con l'espressione “o equivalente”, così come richiesto dall'art. 68 comma 13 del D.Lgs n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici).

In tali circostanze, per la stazione appaltante si pone il dilemma se la stessa debba o meno prendere in considerazione anche l'offerta di un concorrente che proponga un prodotto “equivalente” a quello menzionato nella *lex specialis* di gara, ovvero se debba escluderlo per il solo fatto di non aver osservato la *lex specialis* di gara.

Analogo dilemma se lo porrà il concorrente che, nella descritta situazione, avrà il dubbio se, in sede di offerta, lo stesso possa o meno proporre un prodotto “equivalente” a quello descritto nella *lex specialis* di gara, e ciò ancorché una tale possibilità non sia espressamente prevista dalla legge di gara..

Recentemente il Consiglio di Stato², sul solco di quello che potremo definire l'orientamento prevalente, ha affermato che, ai sensi dell'art. 68, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, è pacifico che alla stazione appaltante non è consentito respingere un'offerta per il solo motivo che i prodotti ed i servizi offerti non sono conformi alle specifiche di riferimento, sempre che nell'offerta stessa sia data prova, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni proposte dal concorrente corrispondano in

¹ Studio Legale Associato Gentile – Varlaro Sinisi, www.studiogvs.it

² Consiglio di Stato sez. III 30 aprile 2014 n. 2273; in senso conforme, v., *ex plurimis*, T.A.R. Lombardia, Milano, 3 novembre 2011, n. 2633; T.A.R. Campania, Napoli, 11 gennaio 2011, n. 116; T.A.R. Sicilia, Palermo, 15 marzo 2010, n. 2932.

maniera equivalente ai requisiti richiesti dalle specifiche tecniche.

La stessa giurisprudenza ha evidenziato che, nell'ipotesi in cui il prodotto non risulti essere conforme a quello indicato nella *lex specialis* di gara e di mancanza della citata prova in sede di offerta, il concorrente deve essere escluso, senza che possa ravvisarsi in capo alla stazione appaltante un onere di attività di indagine circa l'eventuale equivalenza.

Si segnala, tuttavia, un diverso orientamento della giurisprudenza³, secondo il quale, la stazione appaltante può, ai sensi dell'art. 68, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006, prendere in considerazione il prodotto "equivalente" proposto dal concorrente in sede di offerta, solo se ciò è consentito dalla *lex specialis* di gara. Viceversa, ove la *lex specialis* di gara non preveda espressamente una tale possibilità, deve ritenersi che la stazione appaltante l'abbia consapevolmente esclusa nel legittimo esercizio del suo potere discrezionale. In tal caso – ad avviso della medesima giurisprudenza – consentire l'ammissione di un prodotto equivalente significherebbe violare la riserva di amministrazione e l'ambito della discrezionalità a questa lasciata nel dettare la concreta regolamentazione della gara.

Ove si aderisca all'orientamento prevalente, e quindi si ritenga che la stazione appaltante debba comunque prendere in considerazione anche il prodotto proposto dal concorrente come "equivalente" a quello descritto negli atti di gara, si tratta di comprendere come ciò sia possibile, stante il fatto che le previsioni contenute negli atti di gara costituiscono pur sempre *lex specialis*, alla quale la stessa stazione appaltante è obbligata ad uniformarsi, non potendola derogare.

³ In tal senso, Cons. St. Sez. III 2 settembre 2013, n. 4364, secondo cui il ricorso al concetto della norma imperativa e al meccanismo dell'etero integrazione, oltre che improprio sul piano dogmatico, può essere causa di distorsioni, sul piano applicativo, in tutte le ipotesi in cui esso finisca per violare la discrezionalità della p.a. che sia stata esercitata nei limiti segnati dalla legge o comunque, anche quando essi siano stati superati dalla p.a. *contra legem*, per aggirare il termine decadenziale previsto per l'impugnazione degli atti amministrativi annullabili perché illegittimi. (nello stesso senso, cfr. Cons. St., sez. V, 10.1.2003, n. 35).

Secondo taluna giurisprudenza⁴, le cui pronunce sono state condivise anche dall’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici⁵, laddove la *lex specialis* della gara non prevede che il concorrente possa offrire un prodotto “equivalente” a quello richiesto dal committente, l’esercizio di una tale facoltà deve comunque essergli consentita, poiché prevista da una norma imperativa: l’art.68 del Codice dei contratti pubblici.

Tale opzione interpretativa trae fondamento dalle disposizioni del codice civile in tema contratti, ed in particolare da quelle norme che disciplinano la cosiddetta “eterointegrazione del contratto”. Questa è essenzialmente regolata dall’art. 1374 (rubricato “*integrazione del contratto*”), secondo il quale “*Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi*”, nonché e soprattutto dall’art.1339 (“*inserzione automatica di clausole*”); a mente del quale “*Le clausole, i prezzi di beni o servizi, imposti dalla legge o da norme corporative, sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti*”.

Altra giurisprudenza⁶ ritiene invece che negli appalti pubblici la clausola di equivalenza debba trovare applicazione, non già sulla base dei menzionati principi civilistici circa la “etero integrazione” degli atti contrattuali, attesa la natura di *lex specialis* degli atti di gara, quanto, piuttosto, in applicazione dei principi della concorrenza e della libera circolazione di merci, i quali traggono la propria origine dalle direttive europee sugli affidamenti.

A tal riguardo, giova rammentare che la direttiva europea sulle procedure di affidamento prevede (29° considerando della direttiva 18/2004) che

⁴ Cons. Stato, sez. III, 28 agosto 2012, n. 4622; Cons. Stato, sez. V, 18 aprile 2012, n. 2232; Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2008, n. 2959;.

⁵ A.V.C.P. pareri n. 92 del 22 maggio 2013; n. 205 del 5 dicembre 2012; n. 74 del 16 maggio 2012, n. 69 del 21 aprile 2011

⁶ Cons. St., Sez. V 8 aprile 2014, n. 1666; Cons. St., Sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364, nello stesso senso, cfr. Cons. St., sez. V, 10.1.2003, n. 35.

"Le specifiche tecniche fissate dai committenti pubblici dovrebbero permettere l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. A questo scopo deve essere possibile la presentazione di offerte che riflettano la pluralità di soluzioni tecniche. Pertanto le specifiche tecniche devono poter essere fissate in termini di prestazioni e di requisiti funzionali e, in caso di riferimento alla norma europea, o, in mancanza di quest'ultima, alla norma nazionale, le amministrazioni aggiudicatrici devono prendere in considerazione offerte basate su altre soluzioni equivalenti. Per dimostrare l'equivalenza, gli offerenti dovrebbero poter utilizzare qualsiasi mezzo di prova. Le amministrazioni aggiudicatrici, laddove decidano che in un determinato caso l'equivalenza non sussiste, devono poter motivare tale decisione..."

Orbene, a secondo che si aderisca ad uno orientamento giurisprudenziale (“etero integrazione” del contratto), piuttosto che all’altro (“concorrenza” e “libera circolazione delle merci”), sarà diverso l’approccio al problema.

Nel primo caso, infatti, la stazione appaltante sarà chiamata a valutare l’offerta del prodotto “equivalente” in applicazione dei richiamati principi civilistici sulla etero integrazione della *lex specialis* di gara con la norma imperativa di cui all’art. 68 comma 4, del Codice dei contratti pubblici. Laddove invece la stazione appaltante omettesse di valutare l’offerta “equivalente” di un concorrente, quest’ultimo potrebbe adire il Giudice amministrativo, chiedendo la riammissione in forza dei menzionati principi civilistici.

Nel secondo caso, anche se la *lex specialis* di gara non lo preveda espressamente, la stazione appaltante dovrà comunque esaminare le offerte dei concorrenti che propongano un prodotto “equivalente”, in applicazione delle più elementari regole (di chiara derivazione comunitaria) sulla concorrenza e sulla libera circolazione delle merci. Ove ciò non accadesse, ed il concorrente dovesse essere escluso dal confronto concorrenziale, lo stesso potrà eventualmente impugnare il provvedimento di esclusione e la clausola del bando di gara, poiché lesiva dei principi comunitari sulla “concorrenza” e sulla “libera circolazione delle merci”.