

**SPECIFICHE TECNICHE:
L'AUTORITÀ TORNA SULLA QUESTIONE DELL'EQUIVALENZA¹**

Con un recente parere l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici ha ribadito la propria posizione interpretativa in merito al divieto di menzionare nelle specifiche tecniche marchi, brevetti e prodotti di fabbricazione o provenienza determinata. A ben vedere, l'articolo 68 del Codice utilizza un tenore letterale sensibilmente diverso rispetto al passato, sulla scorta del quale appaiono autorizzate interpretazioni estensive dell'ambito derogatorio di siffatto divieto. Ciò anche in considerazione di talune pronunce giurisprudenziali intervenute sul tema che hanno ritenuto il divieto di che trattasi derogabile in presenza di specifiche e motivate esigenze tecniche.

di Massimo Gentile²

Il divieto di menzionare marchi e brevetti

Le caratteristiche tecniche operative della documentazione di gara che contengano l'indicazione di marchi specifici e non riportino la espressione "*o equivalente*" sono da ritenersi in contrasto con l'articolo 68 del D.Lgs. n. 163/2006. E' quanto ribadito dall'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici con il Parere per la soluzione delle controversie, *ex art. 6, comma 7, lettera n)* del Decreto Legislativo n. 163/06, n. 36 dell'11 marzo 2009, secondo la quale la *ratio legis* sottesa alla disposizione in commento consiste nell'evitare che la previsione di brevetti, ovvero la definizione di specifiche tecniche che menzionino una fabbricazione o provenienza specifica, determinino un ostacolo alla libera circolazione delle merci, mediante l'imposizione di particolari caratteristiche dei

¹ Pubblicato su "Urbanistica e Appalti" IPSOA n. 7/2009.

² Associato dello Studio Legale Gentile-Varlaro Sinisi (www.studiogvs.it)

prodotti o dei servizi che implicano un determinato processo produttivo ovvero una determinata provenienza.

La pronuncia va, dunque, a collocarsi nel contesto interpretativo già più volte rimarcato dall'Organo di Vigilanza³, caratterizzato da una lettura del divieto normativo di che trattasi estremamente rigorosa.

A tal proposito, vale la pena rammentare che l'articolo 68, comma 13, del Codice dei Contratti - in attuazione di quanto previsto agli articoli 23 della direttiva 2004/18 e 34 della direttiva 2004/17 - dispone che, nell'ambito delle specifiche tecniche di un contratto, è fatto divieto di menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare ovvero di far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica.

In tema di appalti di lavori pubblici, una previsione di analogo tenore era già presente all'articolo 16, comma 3, del D.P.R. n. 554/1999, recante il Regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici, a mente del quale era comunque ammessa *“l'indicazione specifica del prodotto o del procedimento, purché accompagnata dalla espressione "o equivalente", allorché non sia altrimenti possibile la descrizione dell'oggetto dell'appalto mediante prescrizioni sufficientemente precise e comprensibili”*.

Tale previsione regolamentare è stata abrogata dall'articolo 256, comma 1, del D.lgs. n. 163/2006 e, pertanto, l'unico riferimento normativo al riguardo è ad oggi costituito dal menzionato articolo 68, comma 13, del Codice dei Contratti.

Anche tale ultimo articolo prevede la possibilità di derogare al divieto in questione, ma utilizza un tenore letterale percettibilmente diverso da quello contenuto nella norma regolamentare abrogata.

In particolare, la prima parte del comma 13 in questione esordisce precisando che, *“A meno di non essere giustificate dall'oggetto dell'appalto”*, le specifiche tecniche non possono contenere l'indicazione di marchi specifici o menzionare una fabbricazione o provenienza determinata. La seconda parte del medesimo comma dispone invece che *“Tale menzione o riferimento sono autorizzati, in via*

³ Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, pareri n. 51 del 10 ottobre 2007; n. 97 del 9 aprile 2008 e n. 202 del 31 luglio 2008.

eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando i commi 3 e 4, a condizione che siano accompagnati dall'espressione <<o equivalente>>”.

Le novità del Codice

Nel mettere dunque a raffronto le due disposizioni (l'articolo 68 comma 13 del Codice e l'articolo 16 comma 3 del D.P.R. n. 554/1999) si ricava che:

- entrambe recano il divieto di fare menzione nelle specifiche tecniche di prodotti, marchi o provenienze particolari, impiegando identiche espressioni letterarie;
- entrambe prevedono la possibilità di derogare a siffatto divieto;
- più nel dettaglio, l'articolo 16 del regolamento ammette la deroga esclusivamente nel caso in cui *“non sia altrimenti possibile la descrizione dell'oggetto dell'appalto mediante prescrizioni sufficientemente precise e comprensibili”*, imponendo in tal caso l'utilizzo dell'espressione *“o equivalente”*;
- una previsione sostanzialmente analoga è contenuta anche all'articolo 68 comma 13, seconda parte, laddove è ammessa, *“in via eccezionale”*, la possibilità di derogare al divieto in questione allorché *“una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile”*; anche in questo caso occorre comunque che detta menzione o indicazione sia accompagnata dall'espressione *<<o equivalente>>*;
- altresì, l'articolo 68 comma 13 – in aggiunta a quanto già previsto nella ormai abrogata norma regolamentare - subordina l'operatività del divieto al presupposto che l'oggetto dell'appalto non giustifichi una deroga al divieto stesso (*“A meno di non essere giustificate dall'oggetto dell'appalto...”*).

Orbene, non sussistono dubbi in merito al fatto che il legislatore del 2006 abbia voluto utilizzare una terminologia diversa rispetto a quella contenuta nel D.P.R.

n. 554/1999; il punto è comprendere i motivi di tale scelta e, soprattutto, le conseguenze della stessa.

Tutto sommato, appare utile partire proprio dall'esame delle possibili conseguenze correlate all'adozione di un diverso tenore letterale rispetto al passato.

Le possibili interpretazioni

Sotto il profilo ermeneutico si prospettano due alternative:

- a) una prima, in base alla quale la prima e la seconda parte del comma 13 indicano due autonome ipotesi derogatorie del divieto di che trattasi, caratterizzate da due differenti regimi;
- b) una seconda, in base alla quale la prima parte del predetto comma 13 deve essere letta in coordinamento con la seconda, rappresentando quest'ultima la specificazione del principio dettata dalla prima.

L'opzione riportata alla lettera a) delinea una disciplina fortemente innovativa rispetto a quella precedente al Codice.

Più nel dettaglio, in virtù di tale interpretazione della norma, una stazione appaltante sarebbe legittimata a derogare al divieto di cui occupa ogni qualvolta:

- ciò sia <<giustificato>> da esigenze progettuali correlate all'oggetto dell'appalto;

ovvero

- “*in via eccezionale*”, qualora non sia possibile una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto, ossia nella medesima ipotesi già contemplata all'articolo 16 del D.P.R. n. 554/1999; in tale ultimo caso, è necessario evidenziare nella *lex specialis* di gara l'ammissibilità anche di prodotti con caratteristiche equivalenti.

E' evidente che l'adozione di siffatta possibilità interpretativa della norma codicistica allarga significativamente il novero delle ipotesi derogatorie, atteso che, in linea del tutto astratta, ogniqualvolta la peculiarità dell'opera giustifichi l'adozione di uno specifico prodotto in luogo di altri potenzialmente utilizzabili,

verrebbero a delinarsi i presupposti per derogare al divieto. E ciò a prescindere dalle esigenze “descrittive” riportate nella seconda parte del comma.

La seconda opzione ermeneutica lascia invece inalterato il quadro previgente al Codice dei contratti. L'unica possibilità di derogare sarebbe infatti correlata alla difficoltà di descrivere compiutamente l'oggetto dell'appalto senza richiamare una determinata fabbricazione, provenienza o un procedimento particolare ovvero far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica.

E' opinione di chi scrive che l'interpretazione corretta sia la prima.

Depongono a favore di essa due ordini di ragioni.

In primo luogo, il tenore letterale della norma codicistica; giova infatti ribadire che l'utilizzo nella seconda parte del comma di cui occupa dell'inciso “*in via eccezionale*”, lascia intendere che l'ipotesi ivi prevista costituisca un' “*eccezione*” alla regola dettata dalla prima parte del comma; trattasi in buona sostanza di un caso particolare che, seppur rientrando nella fattispecie generale di cui alla prima parte del comma, non può considerarsi esauriente la stessa.

In secondo luogo, la circostanza che una previsione analoga a quella del Codice era già contenuta all'articolo 8, comma 6, del D.lgs. n. 358/1992⁴, in tema di specifiche tecniche da applicarsi alle forniture pubbliche. Ebbene, in relazione a tale norma, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che l'introduzione di clausole limitative, che individuino specificamente la marca o altri elementi identificativi del bene da offrire, è “*ammessa quando <<sia giustificata dall'oggetto dell'appalto>> o <<se le amministrazioni aggiudicatrici non*

⁴ Articolo 8 comma 6 del D.lgs. 358/1992: “*Salvo che non sia giustificata dall'oggetto dell'appalto, è vietata l'introduzione nelle clausole contrattuali di specifiche tecniche che menzionano prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza o ottenuti con un particolare procedimento e che hanno l'effetto di favorire o escludere determinati fornitori o prodotti. È vietata, in particolare, l'indicazione di marchi, brevetti o tipi o l'indicazione di un'origine o di una produzione determinata; tale indicazione, purché accompagnata dalla menzione «o equivalente», è, tuttavia, ammessa se le amministrazioni aggiudicatrici non possano fornire una descrizione dell'oggetto del contratto mediante specifiche sufficientemente precise e comprensibili da parte di tutti gli interessati*”. Anche tale articolo è stato abrogato dall'articolo 256 del Codice.

possano fornire una descrizione dell'oggetto del contratto mediante specifiche sufficientemente precise e comprensibili>>”⁵.

Quindi, secondo la richiamata giurisprudenza, le ipotesi derogatorie previste nella norma regolante le specifiche tecniche per gli appalti di forniture – oggi anch’essa abrogata e confluita nell’articolo 68 comma 13 avente portata generale per tutte le tipologie di contratti pubblici - erano sostanzialmente due, l’una alternativa all’altra⁶.

Prendendo, pertanto, a riferimento tale assunto giurisprudenziale, è lecito affermare che anche l’articolo 68 comma 13 – il cui contenuto, giova ribadire, è sostanzialmente identico a quello di cui al menzionato articolo 8, comma 6, del D.lgs. n. 358/1992 – contempla due autonome fattispecie derogatorie⁷.

⁵ Consiglio Stato, sez. V, 23 gennaio 2004, n. 202, secondo cui *"In tema di appalti di forniture, il divieto di menzionare prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza e di indicare marchi, brevetti, ecc. (art. 8 comma 6 d. lg. 24 luglio 1992 n. 358) non costituisce un divieto assoluto ma relativo, in quanto la prescrizione va coordinata con altri valori giuridici altrettanto meritevoli di tutela, e va considerato tenendo conto del sotteso interesse pubblico di favorire una reale concorrenza fra i partecipanti alla gara, sicché, ove l'indicazione di un determinato prodotto abbia una adeguata giustificazione nella particolarità delle esigenze che la fornitura debba soddisfare e non produca l'effetto di favorire o escludere determinati fornitori o prodotti, non vi è ragione per limitare il potere tecnico discrezionale dell'amministrazione appaltante nel definire l'oggetto della fornitura"*. I giudici amministrativi hanno inoltre posto in evidenza l'ampia discrezionalità nel definire l'oggetto del contratto, di cui gode l'Amministrazione in sede di stesura del bando di gara e del capitolato per la fornitura di prodotti (in particolare: di farmaci cfr. Consiglio Stato, sez. V, 11 maggio 2004, n. 2969), sino ad affermare, di conseguenza, la natura relativa e non assoluta del divieto in oggetto. Nello stesso senso si sono espressi anche più di recente TAR Campania Napoli sez. I 2 aprile 2007 n. 3020; TAR Molise Campobasso sez. I 25 gennaio 2007 n. 67; TAR Sardegna sez. I 12 gennaio 2007 n. 27.

⁶ Sul tema si è registrata anche un’interpretazione di segno contrario da parte della giurisprudenza, secondo cui al divieto di cui all’art. 8, comma 6, D.Lgs. 24 luglio 1992 n. 358, si può derogare 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"* (cfr. Cons. Stato sez. VI 24 maggio 2004, n. 3386). Tuttavia, sia per la specificità del caso analizzato, sia per la scarsa motivazione ivi contenuta, sia per la circostanza che tale pronuncia è stata poi smentita da quella dell’anno successivo del medesimo Consiglio di Stato richiamata nella precedente nota, tale orientamento appare meno condivisibile di quello contrario. In ogni caso vale la pena sottolineare che a tale orientamento ha fatto riferimento anche il TAR Sicilia Palermo sez. II 13 marzo 2007 n. 797, in una fattispecie ricadente sotto la vigenza dell’articolo 68 del Codice dei contratti.

⁷ Sempre in tema della esatta portata dell’articolo 68 comma 13 si è di recente pronunciata anche l’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, la quale ancorché non abbia affrontato direttamente la questione, ha comunque affermato un principio al quale sembrerebbe assegnare valenza generale. Secondo l’Organo di Vigilanza, l’eventuale indicazione di marchi o prodotti deve essere collegata a diciture quali "o equivalente" ovvero "tipo", significative della volontà dell’amministrazione di utilizzare il marchio o la denominazione del prodotto solo a titolo esemplificativo, per meglio individuare le caratteristiche del bene richiesto (Parere Aut. vig. sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 20 dicembre 2007 n. 158 e nello stesso senso anche Parere Aut. vig. sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 10 ottobre 2007 n. 51).

Non solo, ma addirittura anche secondo la giurisprudenza pronunciata sotto la vigenza del D.P.R. n. 554/1999, è ammissibile la richiesta di prodotti con caratteristiche specifiche, laddove essa corrisponda ad *“esigenze peculiari della stazione appaltante in quanto solo quei prodotti, e non altri più comuni sul mercato”* possono *“soddisfare”*⁸.

Per quanto concerne i motivi che hanno determinato il legislatore, in sede di redazione del Codice, a correggere il tiro rispetto a quanto riportato nel D.P.R. n. 554/1999, essi, con ogni probabilità, sono da ricondursi alla necessità di riprodurre fedelmente, nell’ambito dell’ordinamento interno, le corrispondenti norme comunitarie, ossia l’articolo 23 della direttiva 2004/18 e l’articolo 34, direttiva 2004/17 (aventi uguale formulazione).

Si osserva peraltro che tali norme comunitarie non hanno contenuto differente rispetto a quelle delle precedenti direttive comunitarie; ciò significa che già in sede di D.P.R. n. 554/1999, il legislatore avrebbe dovuto adottare una formulazione analoga a quella dell’odierno Codice dei contratti.

La clausola di equivalenza

Altra questione è invece quella afferente il dovere delle stazioni appaltanti di accettare prodotti con caratteristiche *“equivalenti”* a quelle indicate nella documentazione di gara.

Si rileva al riguardo che un obbligo in tal senso è contenuto solo nella seconda parte dell’articolo 68 comma 13.

Dunque, a stretto rigore, la c.d. *“clausola di equivalenza”* andrebbe inserita solo nel caso in cui l’indicazione di caratteristiche riconducibili ad un determinato prodotto sia dettata da mere esigenze descrittive; nella diversa ipotesi in cui detta

⁸ TAR Piemonte, Sezione II, del 25 febbraio 2006 n. 1120. In quell’occasione, secondo il TAR sabaudo, la stazione appaltante aveva legittimamente individuato le caratteristiche del prodotto richiesto sulla base delle proprie necessità ed aveva fatto riferimento all’unico prodotto già esistente sul mercato in grado di assicurare tale risultato, senza precludere soluzioni alternative di pari efficacia, che le imprese concorrenti ben avrebbero potuto proporre.

indicazione sia conseguenza di specifiche esigenze progettuali, la clausola di equivalenza non verrebbe in rilievo.

A ben vedere, una lettura della norma in questi termini non sembrerebbe, sotto il profilo logico, priva di elementi di fondatezza.

Si rileva infatti che, laddove il richiamo – implicito o esplicito – ad un prodotto sia correlato ad una oggettiva difficoltà ad individuare, con modalità differenti, l’oggetto dell’appalto, l’ammissibilità di prodotti equivalenti è indiscutibile.

Non si rinvengono, infatti, motivi per non accettare un prodotto equivalente a quello descritto, visto che il richiamo a quest’ultimo è stato effettuato – non per esigenze tecnico-progettuali – ma solo per la riscontrata (oggettiva) difficoltà del committente a fornire in altro modo i ragguagli necessari per individuare compiutamente l’oggetto dell’appalto.

Nel diverso caso in cui il richiamo ad un preciso prodotto sia invece imposto da una necessità di tipo progettuale, non appare così scontata la possibilità di accettare prodotti equivalenti. Ciò in quanto, se nel progetto è stato ritenuto utilizzabile solo ed esclusivamente un prodotto con determinate caratteristiche delle due l’una:

- o le caratteristiche di quel prodotto sono le uniche in grado di soddisfare le specifiche esigenze dell’amministrazione e, pertanto, non risulta possibile l’adozione di prodotti con caratteristiche diverse;
- ovvero, dette caratteristiche sono presenti anche in altri prodotti; ma in tal caso si è fuori dall’ambito applicativo della norma, in quanto le specifiche tecniche non individuano alcun particolare prodotto e, pertanto, la c.d. “clausola di equivalenza” non è suscettibile di esplicare effetti.

Non solo, ma nel primo caso, l’eventuale giudizio di equivalenza sarebbe rimesso all’apprezzamento della commissione giudicatrice, la quale avrebbe il (gravoso) compito di modificare le indicazioni progettuali, decidendo se un determinato prodotto sia “equivalente” - e dunque sostituibile - a quello che il progettista ha ritenuto confacente alle peculiari esigenze dell’amministrazione.

In poche parole, la Commissione sarebbe chiamata, di fatto, ad integrare (*rectius* modificare) la documentazione progettuale, sostituendo, con proprie valutazioni tecniche, le ben precise scelte compiute in sede di progettazione.

Invero, non vi è chi non veda tale compito esorbitante le funzioni ed il ruolo normativamente assegnato ad una commissione giudicatrice.

Il caso esaminato dall’Autorità

Il menzionato parere reso dall’Autorità ha ad oggetto la censura da parte di un privato di alcune clausole di un bando di gara pubblicato da un’amministrazione comunale per l’affidamento dei lavori di realizzazione di un “*manto in erba sintetica di terza generazione*” di un campo sportivo, in quanto ritenute lesive dei principi di massima partecipazione, di concorrenza e di *par condicio*. Più nel dettaglio l’istante rappresentava, tra l’altro, di non aver potuto partecipare alla gara a causa della previsione nella documentazione di gara di clausole che prevedevano che le prescrizioni contenute in un parere formulato dalla L.N.D. – F.I.G.C. “*costituivano fondamento per quanto concerne la realizzazione dell’opera*” e pertanto eventuali difformità riscontrate nella “*formulazione dell’offerta (natura e consistenza del filato, sistema intaso di tipo organico, drenaggio orizzontale “geodreno”, predisposizione sottofondo e conseguente ottenimento di omologazione da parte della L.N.D., con oneri a completo carico dell’impresa appaltatrice) rispetto al parere predetto costituivano motivo di esclusione dall’appalto*”.

Secondo l’impresa il sistema menzionato nella richiamata clausola faceva riferimento ad un brevetto industriale che rendeva impossibile la partecipazione a chi non riusciva ad ottenerne l’uso.

L’amministrazione comunale dal proprio canto sottolineava come le scelte progettuali erano state effettuate sulla scorta di valutazioni tecniche maturate a fronte di sopralluoghi comparativi, test atletici e meccanici e dall’esperienza effettuata con il manto artificiale già in uso presso l’impianto sportivo in questione, oggetto di dismissione.

Sul punto l’Autorità non ha preso di fatto posizione, rilevando semplicemente che sulla scorta dei documenti trasmessi nel corso dell’istruttoria, non era ravvisabile la presenza di brevetti che si porrebbero in violazione dell’art. 68 del D.Lgs. n. 163/2006.

Dunque, ancorché la questione sia rimasta sostanzialmente irrisolta, non può non rilevarsi che la posizione dell’amministrazione comunale – non censurata aprioristicamente dall’Autorità – poggiava essenzialmente sulla circostanza che le scelte progettuali operate erano conseguenza di esigenze tecniche correlate da un parere reso dalla FIGC e non di difficoltà descrittive dell’appalto. Ne deriva dunque che la scelta di non inserire la clausola di equivalenza, sarebbe diretta conseguenza della necessità di soddisfare le predette esigenze tecniche.

Le indicazioni della giurisprudenza

Al fine di chiarire la problematica sopra cennata, appare utile richiamare una pronuncia del TAR Lazio⁹ in merito all’articolo 68 del Codice di contratti.

Il caso sottoposto all’attenzione del TAR aveva ad oggetto una gara per l’affidamento di una fornitura di macchine agricole e l’esclusione dalla gara del concorrente, che poi ha presentato ricorso, era determinata dalla circostanza che il mezzo da esso offerto non presentava le caratteristiche richieste espressamente dal capitolato speciale, il quale non recava la possibilità di ammettere prodotti equivalenti.

I giudici romani hanno affermato che la clausola del bando che richiami un specifico prodotto è *“illegittima nella misura in cui non consente valutazioni di equivalenza dei prodotti in gara, sia per violazione di legge, sia per manifesta illogicità (giacché, non appare giustificata una gara pubblica per l’acquisto di prodotti esclusivi di una sola ditta)”*.

Si legge inoltre nella sentenza che, a fronte della precisa descrizione tecnica *“la commissione di gara, vincolata oltre che alla legge alle disposizioni del bando e del capitolato, non avrebbe potuto determinarsi diversamente, né tanto meno*

⁹ TAR Lazio Roma sez. II ter 31 maggio 2007 n. 5043

esprimere un giudizio di equivalenza tra le offerte anche solo sulla base della documentazione presentata, ovvero chiedere allo scopo documentazione integrativa”.

Dunque, secondo la menzionata pronuncia, in assenza della clausola di equivalenza, la commissione di gara è impedita ad esprimere giudizi al riguardo che, contrariamente, laddove il bando rechi detta clausola, sarebbe ben legittimata ad effettuare.

Ebbene, è opinione di chi scrive che è proprio questo il punto dolente: anche in presenza di una clausola di equivalenza, qualora l’indicazione di un prodotto (e quindi delle caratteristiche dallo stesso posseduto) sia frutto di scelte tecnico-progettuali giudicate inderogabili, un giudizio sulla equivalenza e, dunque, sulla sostituibilità di detto prodotto, dovrebbe esulare dal compito di una commissione giudicatrice. La commissione giudicatrice non può infatti rimpiazzare il progettista, mutando le scelte effettuate da quest’ultimo.

La correttezza di tale assunto sembra indirettamente dedursi proprio dalla seconda parte della motivazione della richiamata sentenza.

Nel caso sottoposto all’attenzione del TAR Lazio, il macchinario richiamato implicitamente nel capitolato risultava di produzione esclusiva di una sola ditta. Si legge nella sentenza che questa scelta avrebbe potuto essere giustificata *“soltanto qualora non fosse stato possibile reperire sul mercato modelli diversi e con caratteristiche analoghe per funzionalità e prestazioni”*

Ma in questo caso – prosegue il TAR - non sarebbe stata giustificata nemmeno la gara pubblica. Ne deriva che *“poiché non risulta per tabulas che la ragione della scelta del bando sia determinata dalla mancanza di modelli equivalenti, occorre concludere che la clausola de quo opera in contrasto con l’art. 68 del D.Lgs. 12.4.2006 n. 163”*.

Si deduce, quindi, “a contrario” che l’eventuale riscontrata mancanza sul mercato di modelli aventi caratteristiche analoghe per funzionalità e prestazioni a quelle indicate in sede capitolare e riconducibili ad uno specifico prodotto,

legittimerebbe la decisione della stazione appaltante di non prevedere la clausola di equivalenza.

Del resto, appurata dal progettista la mancanza di prodotti equipollenti sul mercato, una clausola di equivalenza oltre a non avere alcun senso logico, rischierebbe anche di creare confusione in sede di gara.

Non solo, ma come giustamente osservato dal TAR Lazio, nel caso di un appalto di forniture, alla stazione appaltante è consentito l'affidamento diretto del contratto senza dover bandire una – inutile – procedura di gara, atteso che verrebbe a configurarsi la fattispecie di cui all'articolo 57, comma 2, lett. b) del codice, ossia del c.d. "esecutore determinato"¹⁰.

Viceversa, nel caso di un contratto avente ad oggetto lavori pubblici, la stazione appaltante potrà bandire una normale gara specificando che all'appaltatore non sarà consentita la possibilità di fornire prodotti diversi da quelli indicati in progetto.

Le conseguenze inerenti alle affermazioni del TAR Lazio portano ad affermare che la questione deve essere risolta sempre e comunque in sede progettuale. Sul progettista ricade il compito di individuare le caratteristiche del prodotto da acquistare ovvero da utilizzare nell'ambito della esecuzione dell'appalto. E' ovvio che la scelta di fare riferimento a quello specifico prodotto deve essere supportata da adeguata motivazione tecnica che illustri i motivi che hanno determinato tale riferimento e, conseguentemente, escluso prodotti con caratteristiche diverse. E' altresì evidente che, al fine di omettere la clausola di equivalenza, il progettista dovrà accertarsi circa l'effettiva inesistenza sul mercato di prodotti con caratteristiche equivalenti a quelle riportate nel progetto; in mancanza di tale certezza, sarà bene prevedere comunque la clausola di equivalenza, rimettendo alla commissione giudicatrice l'accertamento in tal senso.

¹⁰ Negli stessi termini si era anche espresso il TAR Piemonte con la sentenza n. 1120/2006 cit.

In tal caso, il ruolo della commissione giudicatrice appare confacente con il compito che è chiamata ad espletare, visto che non deve sostituirsi al progettista, ma, piuttosto, attuare le scelte dallo stesso operate “a monte”.

In tema di dimostrazione della equivalenza, stante il ventinovesimo considerando della direttiva n. 2004/18, gli offerenti dovrebbero poter utilizzare qualsiasi mezzo di prova e le amministrazioni aggiudicatrici, laddove decidano che in un determinato caso l’equivalenza non sussiste, devono poter motivare tale decisione. In giurisprudenza è stato inoltre affermato che non può essere la stazione appaltante ad indicare le caratteristiche tecniche atte a considerare un prodotto equivalente ad un altro, perché ciò vorrebbe dire *“esigere dall’ente appaltatore un know how aziendale che, per definizione, lo stesso non possiede e la cui disponibilità è rimessa alle normali regole di concorrenza fra imprese”*¹¹

Si segnala al riguardo che la valutazione sull’equivalenza di un prodotto a quello descritto nel capitolato di gara rientra nell’ambito della discrezionalità tecnica della commissione di gara e, pertanto, salva l’ipotesi di manifesta illogicità, erroneità o irrazionalità non è sindacabile dal giudice¹².

Un’interessante pronuncia del Consiglio di Stato

Con riferimento ad appalti pubblici di lavori si segnala – sempre in tema – un’interessante pronuncia del Consiglio di Stato.

Il caso sottoposto all’attenzione del giudice di legittimità aveva ad oggetto la realizzazione di un’opera di cd. difesa attiva dal rischio valanghe.

La stazione appaltante aveva all’uopo fatto riferimento a manufatti riconducibili ad una specifica casa produttrice svizzera, la quale risultava collegata al concorrente aggiudicatario della gara.

Il concorrente risultante secondo in graduatoria aveva contestato la legittimità dell’aggiudicazione, rilevando, per l’appunto, la violazione della direttiva comunitaria 2004/18 in materia di individuazione delle condizioni di accesso agli

¹¹ TAR Piemonte sentenza n. 1120/2006 cit

¹² Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2003, n. 560; sez. V, 6 agosto 2001, n. 4228; sez. VI, 2 aprile 1998, n. 410 e più recentemente TAR Bolzano 24 maggio 2005 n. 186.

appalti di lavori pubblici, in quanto “*costituisce lesione del diritto alla libera concorrenza l’introduzione nei bandi di gara di clausole impositive dell’impiego di materiali o prodotti certificati conformi solo ad un determinato tipo o di prodotti di una determinata marca qualora tali clausole non siano accompagnate dalla menzione << equivalente >>*”.

Ebbene, il Consiglio di Stato accogliendo la tesi della stazione appaltante ha confermato la sentenza di primo grado, affermando che il richiamo a prodotti con caratteristiche specifiche corrispondeva ad esigenze peculiari della stazione appaltante, che solo quei prodotti, e non altri più comuni sul mercato, potevano soddisfare¹³.

Per conseguenza, è stata ritenuta insussistente la dedotta violazione della direttiva comunitaria.

Parimenti insussistente è stata considerata la diversa eccezione mossa dal ricorrente secondo il quale un indicazione progettuale così puntuale delle caratteristiche di un determinato prodotto, determinerebbe in sostanza una violazione dell’art. 17, comma 9, l. n. 109 del 1994 (oggi trasposto nell’articolo 90 comma 8 del Codice), il quale dispone il divieto per gli affidatari di incarichi di progettazione di partecipare agli appalti ed alle concessioni di lavori pubblici, nonché subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto attività di progettazione.

In buona sostanza, tale violazione non può essere desunta dalla richiamata circostanza, piuttosto deve risultare dalla dimostrazione di un’effettiva partecipazione dell’aggiudicataria, o di impresa collegata, alla predisposizione della progettazione dell’opera da realizzare.

¹³ Si legge nella sentenza che l’intento della stazione appaltante era di realizzare “*un’opera di cd. difesa attiva dal rischio valanghe, di tipo elastico, differente ed innovativa sotto il profilo tecnico-costruttivo da quelle normalmente utilizzate e reperibili sul mercato con la previsione di specifici trattamenti anticorrosione, impiego di pannelli in fune, utilizzo di una piastra d’appoggio che non necessita di micropali di sottofondazione, ecc.) al fine di ridurre al minimo i tempi di posa ritenendosi prioritario il rispetto delle tempistiche imposte dall’incombere dell’evento olimpico e l’impatto ambientale relativo, nonché dalla necessità di garantire elevati livelli professionali, di efficienza ed affidabilità. Soprattutto a medio e lungo termine, riducendo così il ricorso a futuri interventi manutentivi*”. Sulla scorta di tale esigenza la scelta di fare riferimento a prodotti con determinate caratteristiche e non ad altri rientrava – secondo il Consiglio di Stato – nella discrezionalità della stazione appaltante.

Non è stato ritenuto meritevole di adesione neppure l'assunto della ricorrente, secondo cui l'impresa aggiudicatrice della gara, in quanto detentrica dei brevetti relativi alla fornitura da effettuare, si trovava in una posizione di vantaggio, con alterazione della concorrenza nella gara. Ciò in quanto alla gara avevano partecipato diverse imprese le quali avevano presentato ribassi non di molto inferiori a quello dell'aggiudicataria, a riprova della inesistenza di una sua posizione di vantaggio.

Alla luce di quanto sopra, può concludersi che, con la richiamata pronuncia, i giudici di Palazzo Spada confermano che il divieto di cui occupa è derogabile in presenza di specifiche e motivate esigenze tecniche - e ciò a prescindere da ogni esigenza descrittiva - e che tale deroga non si pone in contrasto con i principi comunitari, né inficia la *par condicio* dei concorrenti.