



Il principio di equivalenza tra tutela della concorrenza e appropriatezza tecnica dell'offerta. Prendendo le mosse da una gara per l'aggiudicazione di una fornitura di dispositivi medici

di Domenico Andracchio, Avvocato

ABSTRACT: L'equivalenza dei beni e dei servizi offerti dagli operatori economici nelle procedure per l'aggiudicazione degli appalti è tra i principi fondamentali dell'intera disciplina. Tuttavia la corretta applicazione di essa continua a presentare non pochi problemi e difficoltà, soprattutto nelle gare per l'aggiudicazione delle forniture di dispositivi medici. Ma che cos'è l'equivalenza? Quali sono i suoi presupposti applicativi? E i suoi limiti di operatività? Ancora: a chi compete dare prova dell'equivalenza dell'offerta? Cosa succede se la *lex specialis* non preveda la clausola di equivalenza? Sono queste le domande alle quali si cercherà di rispondere. Nel presente contributo, prendendo in esame le pronunce rese dal giudice amministrativo su una procedura di aggiudicazione indetta da una ASL, vengono esaminate le caratteristiche principali del principio di equivalenza, la cui importanza (in termini di parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza) è stata confermata dal D.lgs. n. 50/2016.

ABSTRACT: The equivalence of the goods and services offered by economic operators in tender procedures is one of the fundamental principles of the entire discipline. However, its correct application continues to bring about several problems and difficulties, especially in tenders for the award of supplies of medical devices. But what is equivalence? What are its application assumptions? And its operating limits? Again: who is responsible for proving the equivalence of the offer? What does happen if the *lex specialis* does not include the equivalence clause? These are the questions we will try to answer. In this

contribution, taking into consideration the judgments made by the administrative judge on an award procedure launched by an ASL (*i.e.* Azienda Sanitaria Locale), the main characteristics of the principles of equivalence are examined, whose importance (in terms of equal treatment, non-discrimination and competition) was confirmed by Legislative Decree no. 50/2016.

[SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il caso concreto – 3. La decisione di primo grado – 3.1. (Segue) La decisione di secondo grado – 4. Le specifiche tecniche: definizione, funzioni e modalità di formulazione – 5. Il principio di equivalenza – 5.1. (Segue) L’ambito di applicazione, i presupposti e i limiti di operatività – 6. L’onere probatorio e la valutazione dell’equivalenza – 7. Annullamento parziale, eterointegrazione e interpretazione della *lex specialis* alla luce del principio di equivalenza – 8. Conclusioni]

“La tentazione più pericolosa:
non assomigliare a nulla”
A. CAMUS

1. Premessa

È nell’aver «lo stesso valore, forza o efficacia di un’altra cosa»¹ che si risolve l’essenza più intima dell’*aequivalere*: *aequus* (uguale) e *valere* (aver valore). Una qualità — l’equivalere — suscettibile di esprimersi negli ambiti più diversi. Non vi fa eccezione il settore dei contratti pubblici e, in particolare, quello per l’aggiudicazione di dispositivi medici². Quello della «equivalenza funzionale delle soluzioni» offerte dagli operatori economici che intendano ottenere l’aggiudicazione di una commessa pubblica³ rientra, invero, tra gli aspetti più interessanti della disciplina dei contratti pubblici. Il formante giurisprudenziale — anche alla luce delle novità apportate dalle direttive europee 2014/23/UE (*concessione*), 2014/24/UE (*settori ordinari*) e 2014/25/UE (*settori speciali*)⁴ — continua ad essere

¹ La definizione è ripresa dal vocabolario della Treccani.

² Per un esame, lucido e puntuale, della equivalenza nelle procedure di aggiudicazione indette dalle amministrazioni sanitarie si rinvia a: G. FARES, *Le procedure di evidenza pubblica per l’acquisto di farmaci da parte delle amministrazioni sanitarie: aspetti peculiari e nodi critici*, in AA.VV., *Opportunità e criticità della equivalenza terapeutica: una analisi multidisciplinare*, Roma, 2016, pp. 23 ss., ove l’A., dopo una ordinata ricostruzione della specifica normativa di riferimento, affronta la questione (anche sotto un profilo definitorio) della «equivalenza terapeutica» fra medicinali contenenti principi attivi diversi; equivalenza rimessa alla discrezionalità tecnica dell’AIFA, cui spetta valutare la fissazione, o meno, di criteri aprioristici per l’individuazione di farmaci che possano essere ritenuti terapeuticamente equipollenti.

³ Interessanti ricostruzioni — anche di più ampio respiro — sulle dinamiche che sovrintendono alle procedure evidenziali per l’aggiudicazione dei contratti pubblici si trovano in: M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001; L. FIORENTINO (a cura di), *Lo Stato compratore*, Bologna, 2007; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa, 2011.

⁴ Tra i primi commenti alle direttive europee del 2014 si v.: L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti di servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, pp. 291 ss.; C. CONTESSA — D. CROCCO, *Appalti e concessioni. Le nuove direttive europee*, Roma, 2015; F. MARTINES, *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l’articolato*

chiamato ad occuparsi della esatta perimetrazione del c.d. «principio di equivalenza». Al pari di ogni principio⁵ o clausola generale⁶, anche quello di equivalenza esige una costante attività ermeneutica finalizzata ad evitare che dello stesso si possa fare una applicazione distorta *in difetto* (mancata operatività nei casi in cui dovrebbe essere applicato) come *in eccesso* (estesa operatività nei casi in cui lo stesso non dovrebbe essere applicato).

Prendendo spunto da uno di quei casi nei quali il giudice amministrativo si è trovato a decidere — alla luce del principio di equivalenza — della legittimità dell’operato di una amministrazione aggiudicatrice in una procedura per l’aggiudicazione di medicinali e dispositivi medici⁷, nelle pagine che seguono si cercherà di tratteggiare i caratteri indefettibili del suddetto principio. Dopo la descrizione dei fatti principali e dello svolgimento del processo, ci si soffermerà su alcuni dei principali profili concernenti il principio di equivalenza. Qual è la finalità perseguita con esso? Il suo ambito di applicazione? Su quale soggetto grava l’onere di provare l’equivalenza e con quali modalità tale onere deve essere adempiuto? Come deve atteggiarsi la valutazione dell’equivalenza compiuta dalla stazione appaltante? E ancora: l’equivalenza necessita di un esplicito richiamo nella *lex specialis*? Sono questi alcuni degli interrogativi ai quali si cercherà di dare risposta, tenendo anche delle differenze tra la previgente disciplina del D.lgs. n. 163/2006⁸ e quella oggi dettata dal D.lgs. n. 50/2016⁹.

processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti, in *Federalismi.it*, 11, 2015. A. PAJNO – L. TORCHIA (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, in www.astrid-online.it, 2015.

⁵ S. BARTOLE, *Principi del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. del dir.*, XXXV, 1986, pp. 495 ss.; N. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, 1968, pp. 887 ss.; G. ALPA, *I principi generali*, in G. IUDICA – P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2006, pp. 547 ss. Con specifico riferimento ai principi del diritto amministrativo — il quale è «un diritto per principi, elaborati dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato francese e poi di quello italiano, che hanno avuto la funzione di conformare i dati altamente eterogenei (regolamenti, circolari interpretative e così via) delle norme scritte» G.P. CIRILLO, *La pubblica amministrazione e le “società intermedie”*, in *LexItalia.it*, 10, 2017, p. 3 — si rinvia, per tutti, al lavoro di F. SAITTA — M. RENNA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012. Per un esame dei principi della disciplina dei contratti pubblici, tra gli altri, si rinvia a: M.P. CHITI, *Principi*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici. Fonti e principi, ambito, programmazione e progettazione*, vol. 1, Milano, 2019, pp. 285 ss.; T. PAPARO – G. LO BIANCO, *Ambito di applicazione e definizioni*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, pp. 89 ss.

⁶ La locuzione clausole generali è ambigua. Come rilevato, da ultimo, in V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, p. 2, è abitudine di giuristi e giudici considerare le clausole generali perfettamente e, solo incerta misura, sinonimo di «standard valutativo», di «concetto indeterminato», di «norma elastica», di «concetto valvola», nonché di «nozione a contenuto variabile». Per un più inquadramento del tema si rinvia a: C. CASTRONOVO, *L’avventura delle clausole generali*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 1986, pp. 21 ss.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 5 ss.; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, pp. 709 ss.; A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, pp. 631 ss.; P. RESCIGNO, *Appunti sulle “clausole generali”*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, pp. 1ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006.

⁷ Le sentenze sono T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 13 agosto 2019, n. 1428 e Cons. St., Sez. III, 14 maggio 2020, n. 3081, in www.giustizia-amministrativa.it

⁸ Per un esame sistematico del vecchio codice appalti si v.: M. SANINO (a cura di), *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Padova, 2006; M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008; F. SAITTA (a cura di), *Il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture*, Padova, 2008; M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010; S.A. ROMANO, *L’affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2011; R. GAROFOLI – G. FERRARI (a cura di), *Codice*

2. *Il caso concreto*

Le pronunce dalle quali si prendono le mosse — come s'è voluto anticipare già nel sottotitolo — sono state rese in merito ad una procedura negoziata telematica indetta da una Azienda Sanitaria Locale (ASL) per l'affidamento della fornitura di «prodotti riassorbibili per riempimento e ricostruzione – sostituti dermici». Nella lettera di invito venivano definite le specifiche tecniche del prodotto: tra cui il «collagene reticolare di origine bovina» e la «condroitina-6 solfato». L'indicazione delle specifiche tecniche era comunque accompagnata dall'espresso richiamo dell'art. 68, del D.lgs. n. 50/2016: erano ammessi a partecipare alla procedura evidenziale anche gli operatori economici capaci di offrire una soluzione che, seppur non perfettamente coincidente con le specifiche tecniche, presentava caratteristiche funzionalmente equivalenti. Due gli operatori economici che partecipavano alla procedura: uno presentava un'offerta in possesso delle specifiche tecniche indicate negli atti di gara, l'altro offriva una soluzione funzionalmente equivalente. In particolare, il prodotto equivalente (c.d. Pelnac) si discostava dalle specifiche tecniche, in quanto di origine porcina e non bovina e perché non conteneva la sostanza condroitina-6 solfato.

Il criterio prescelto dall'amministrazione per l'aggiudicazione della fornitura era quello del minor prezzo. All'esito della valutazione delle offerte economiche risultava primo in graduatoria l'operatore che aveva offerto la soluzione equivalente. Se non fosse che, nel procedere alla verifica della conformità tecnica, l'amministrazione riteneva il prodotto equivalente non rispondente alle proprie esigenze, così disponendo l'esclusione dell'operatore. Questi allora presentava istanza di autotutela per l'annullamento del provvedimento di esclusione e per l'aggiudicazione dell'appalto al concorrente, ma l'amministrazione aggiudicatrice rigettava l'istanza.

3. *La decisione di primo grado*

degli appalti pubblici, Roma, 2012; F.G. SCOCA (a cura di), *Gli appalti pubblici. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2012; A. CARULLO – G. IUDICA (a cura di), *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, II, 2012; L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milanofiori Assago, 2013; R. VILLATA – M. BERTOLISSI – V. DOMENICHELLI – G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014; A. CANCRINI – C. FRANCHINI – S. VINTI (a cura di), *Codice commentato degli appalti pubblici*, Torino, 2014; S. BACCARINI – G. CHINÉ – R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2015; F. SAITTA (a cura di), *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Padova, 2016.

⁹ Sul nuovo codice dei contratti pubblici — oltre a vari articoli apparsi su varie riviste — per una trattazione completa si rinvia a: F. GARELLA – M. MARIANI (a cura di), *Il codice dei contratti pubblici. Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, Torino, 2016; F. CARINGELLA – P. MANTINI – M. GIUSTINIANI, *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, Roma, 2016; F. CARINGELLA – M. PROTTO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici. Guida Operativa al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, e alle Linee Guida Anac*, Roma, 2016; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Torino, 2017; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Bologna, 2017; F. LIGUORI – S. TUCCILLO (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli, 2017; S. FANTINI – H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2017; M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019; M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019; C. CONTESSA, *Il contenzioso e la giurisprudenza in materia di appalti pubblici. Le grandi tematiche del settore degli appalti pubblici nell'analisi giurisprudenziale*, Milano, 2020.

In seguito al mancato accoglimento dell'istanza di annullamento in autotutela, l'operatore economico che aveva presentato l'offerta equivalente impugnava i provvedimenti di esclusione e di aggiudicazione all'impresa concorrente. L'adito T.A.R. Puglia rigettava la domanda cautelare, disponendo al contempo una verifica per accertare l'effettiva equivalenza del prodotto offerto dal ricorrente. Muovendo dall'assunto che l'art. 68 del D.lgs. n. 50/2016 «codifica nell'ordinamento il principio di equivalenza posto anche dalla normativa comunitaria a presidio dell'effettività della concorrenza», così che «non è legittima l'esclusione disposta nei confronti della ditta che abbia offerto una soluzione tecnica alternativa rispetto a quella specificamente descritta dalla stazione appaltante: a) che ottemperi in modo equivalente ai requisiti indicati dal bando; e: b) la cui equivalenza, nei termini suddetti, risulti documentata già in sede di offerta»¹⁰, il giudice di primo grado procedeva quindi ad accertare — sulla base della relazione depositata dal verificatore — la ricorrenza (o meno) dei due summenzionati requisiti idonei a confermare l'equivalenza del prodotto offerto dalla parte ricorrente.

Ne accertava la ricorrenza di entrambi. Quanto al primo requisito (equivalenza funzionale), riprendendo i passaggi chiave della relazione del verificatore, affermava che «il prodotto della ricorrente risulta funzionalmente equivalente a quelli perfettamente corrispondenti alle specifiche tecniche indicate nella lettera d'invito. Più precisamente, il Pelnac deve ritenersi equivalente a Integra, matrice dermica prodotta dalla controinteressata, che costituisce incontestatamente l'unico prodotto in commercio avente tutti i caratteri indicati dalla stazione appaltante»¹¹. Quanto al secondo requisito (prova della equivalenza), si affermava — ancora una volta facendo proprie le conclusioni del verificatore — che «la ditta ricorrente abbia presentato le caratteristiche specifiche del proprio prodotto e abbia motivato l'equivalenza presentando oltre allo studio di Matsuda ed altri del 1990 sull'influenza dei glucosaminoglicani anche l'unico studio comparativo esistente attualmente tra i due prodotti»¹². Ne seguiva l'accoglimento del ricorso con declaratoria di annullamento dell'esclusione, di inefficacia del contratto stipulato *medio tempore*, nonché di aggiudicazione in favore del ricorrente e di riconoscimento del diritto al risarcimento del danno per equivalente.

3.1. (Segue) *La decisione di secondo grado*

La decisione di primo grado era quindi appellata dal concorrente che si era visto (in un primo momento) aggiudicare l'appalto. Con il ricorso veniva contestata la sentenza del T.A.R. Puglia, deducendo l'«erroneità e illogicità della sentenza; violazione degli artt. 24 e 97 cost.; violazione e falsa applicazione del principio di equivalenza di cui all'art. 68 e allegato VIII del d.lgs. 50/2016». La parte appellante, nel

¹⁰ Cfr., punto 1.1., T.A.R. Puglia (Lecce), Sez. II, 13 agosto 2019, n. 1428, in www.giustizia-amministrativa.it

¹¹ Cfr., punto 1.3, T.A.R. Puglia (Lecce), Sez. II, 13 agosto 2019, n. 1428, *cit.*

¹² Cfr., punto 1.4, T.A.R. Puglia (Lecce), Sez. II, 13 agosto 2019, n. 1428, *cit.*

premettere che «il c.d. principio di equivalenza presupporrebbe ai fini della sua applicazione l'identità sostanziale (e non formale) tra il bene offerto e quello richiesto dalla legge di gara; in mancanza di un simile presupposto, la regola dell'equivalenza finirebbe per produrre l'effetto di distorcere completamente l'oggetto dell'appalto, al punto da permettere ai partecipanti di offrire un bene radicalmente diverso e, in ultima analisi, porsi in conflitto con la principale finalità della procedura di evidenza pubblica, vale a dire far sì che la stazione appaltante si assicuri il bene (prodotto o servizio) che tecnicamente soddisfi nel miglior modo possibile le esigenze della collettività che sono affidate alla sua cura», riteneva che per stabilire la ricorrenza dei presupposti giustificativi dell'applicazione del principio di equivalenza non potesse prescindere dall'interpretazione della *lex specialis*. Ciò al fine di comprendere quali fossero le reali esigenze che l'amministrazione aggiudicatrice intendeva soddisfare con l'indizione della procedura evidenziale. Dal canto suo, l'operatore resistente (vittorioso in primo grado) deduceva che le specifiche tecniche erano state formulate in maniera così dettagliata e puntuale da pre-identificare il prodotto della parte ricorrente, di guisa da «precostituire un'indebita posizione di vantaggio».

Il Collegio giudicante rigettava il ricorso. Richiamando il consolidato indirizzo giurisprudenziale per il quale «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»¹³ e, procedendo all'interpretazione degli atti di gara, giungeva ad affermare che il richiamo (contenuto nella Lettera d'invito) all'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016 rendesse «inequivoca la volontà dell'Asl di ammettere sostituti dermici equivalenti a quello (peraltro unico sul mercato) in possesso dei requisiti prescritti, fermo restando che in caso contrario sarebbe stato comunque necessario etero-integrare la *lex specialis* con la clausola generale di legge concernente l'ammissibilità delle offerte equivalenti»¹⁴.

Pertanto, nel constatare che la relazione del verificatore di cui si avvaleva il giudice di primo grado era stata svolta correttamente e che non veniva prodotta documentazione in grado di contraddirla, si riconosceva l'equivalenza funzionale del prodotto offerto dall'operatore (vittorioso in primo grado). Ne derivava la conferma della sentenza di primo grado; quest'ultima veniva riformata soltanto nella parte in cui aveva riconosciuto pure il risarcimento dei danni per equivalente. Il giudice amministrativo del grado d'appello non riteneva integrato l'elemento soggettivo per configurare una ipotesi di responsabilità

¹³ Cons. di Stato, Sez. III, 18 settembre 2019 n. 6212, in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁴ Cfr., punto. 3.4, Cons. St., Sez. III, 14 maggio 2020, n. 3081, in www.giustizia-amministrativa.it

risarcitoria in capo all'amministrazione aggiudicatrice, dal momento che le questioni controverse erano contraddistinte da un elevato grado di incertezza e indeterminatezza.

4. *Le specifiche tecniche: definizione, funzioni e modalità di formulazione*

Le pronunce (di primo e di secondo grado) prese in considerazione si inseriscono nel solco del costante insegnamento giurisprudenziale formatosi sul principio di equivalenza. Esse costituiscono, quindi, un'occasione propizia per tentare di procedere ad una ordinata ricostruzione — sia pure senza pretese di esaustività — dei principali profili affrontati dalla giurisprudenza amministrativa. Ma prima di occuparci del principio di equivalenza appare opportuno soffermarsi, dapprima, su quello che ne costituisce l'antecedente logico: le specifiche tecniche¹⁵.

La disciplina giuridica delle «specifiche tecniche» è oggi contenuta nell'art. 68, del D.lgs. n. 50/2016 (nel quale è sostanzialmente confluito l'art. 68 del previgente D.lgs. n. 163/2006)¹⁶, con il quale è stata data attuazione all'art. 42, della direttiva 2014/24/UE; lo stesso articolo nel quale trova il suo fondamento normativo pure il principio di equivalenza. Ciò a conferma della inestricabile correlazione tra le une (specifiche tecniche) e l'altro (equivalenza funzionale). Con l'espressione «specifiche tecniche»¹⁷ suole farsi riferimento — per quel che concerne i contratti di fornitura — alle «caratteristiche richieste di un prodotto, tra cui i livelli di qualità, i livelli di prestazione ambientale e le ripercussioni sul clima, una progettazione che tenga conto di tutte le esigenze (compresa l'accessibilità per le persone con disabilità), la valutazione della conformità, la proprietà d'uso, l'uso del prodotto, la sicurezza o le dimensioni, compresi i requisiti applicabili al prodotto quali 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 ad ogni stadio del ciclo di vita della fornitura, nonché le procedure di valutazione della conformità»¹⁸. In altri e più significativi termini, esse si sostanziano quindi nella indicazione di

¹⁵ Sulle specifiche tecniche e sulla clausola (*melius*, principio) di equivalenza, si v.: G. FERRARI – L. TARANTINO, *Inapplicabilità del principio di equivalenza al decreto ministeriale di omologazione*, in *Urb. e app.*, 2007, pp. 1442 ss.; G. MASSIMO, *Specifiche tecniche: l'Autorità torna sulla questione dell'equivalenza*, in *ibidem*, 2009, pp. 792 ss.; G. BALOCCO, *Il principio di equivalenza nell'ultima giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *ibidem*, 2016, pp. 454 ss.

¹⁶ Per un commento all'art. 68 del D.lgs. n. 163/2006, sostanzialmente ripreso dall'art. 68 del D.lgs. n. 50/2016, si v.: R. INVERNIZZI, *Specifiche tecniche*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici. Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, vol. 3, Milano, 2008, pp. 2041 ss.; G. URBANO – M. GIUSTINIANI, *Le procedure per la scelta del contraente*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti*, Torino, 2010, pp. 428 ss.; M. B. CAVALLO, *Commento all'art. 68, del d.lgs. n. 163/2003*, in R. GAROFOLI – G. FERRARI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2013, pp. 997 ss.; D. CAPOTORTI, *Le specifiche tecniche*, in A. CANCRINI – C. FRANCHINI – S. VINTI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Torino, 2014, pp. 408 ss.

¹⁷ R. DIPACE, *Commento all'art. 68*, in G.M. ESPOSITO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2017, pp. 820 ss.; R. INVERNIZZI, *Specifiche tecniche*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS, *Trattato dei contratti pubblici. Procedure di gara e criteri di scelta del contraente*, Vol. 3, Milano, 2019, pp. 229 ss.; P. FONTANA, *Bandi e avvisi (artt. 66-76)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, pp. 556 ss.

¹⁸ Cfr., Art. 68, comma 1 e Allegato XIII, punto 1), del D.lgs. n. 50/2016, là ove si stabilisce che «le specifiche tecniche indicate al punto 1 dell'allegato XIII sono inserite nei documenti di gara e definiscono le caratteristiche previste per lavori, servizi o forniture. Tali caratteristiche possono inoltre riferirsi allo specifico processo o metodo di produzione o prestazione dei

quelle che sono le caratteristiche che la fornitura deve presentare affinché possa essere soddisfatta l'esigenza che sta alla base della scelta dell'amministrazione aggiudicatrice di indire una procedura di evidenza per l'aggiudicazione di un contratto pubblico; con esse l'amministrazione giunge a identificare «l'oggetto del contratto»¹⁹.

Le specifiche tecniche assolvono ad una serie di funzioni sia per l'amministrazione aggiudicatrice sia per gli operatori economici che ambiscono ad ottenere il «bene della vita» (aggiudicazione-stipula del contratto). La funzione assolta a favore dell'amministrazione è quella di costituire la «speciale cornice regolatoria» in riferimento alla quale valutare quale sia, tra le diverse soluzioni offerte dai partecipanti alla gara, quella meglio in grado di soddisfare, economicamente e tecnicamente, l'esigenza per la quale si intenda procedere all'aggiudicazione. Invero, mediante le specifiche tecniche la stazione appaltante procede a «qualificare i beni oggetto di fornitura e concorre a definire il contenuto della prestazione sulla quale deve perfezionarsi l'accordo contrattuale»²⁰, così da evitare che le «asimmetrie informative»²¹ subite dalla stessa possano portare a disporre l'aggiudicazione del contratto in favore dell'operatore che, offrendo una soluzione del tutto difforme da quella di cui si abbisogna, finisca con l'incorrere in una ipotesi di *aliud pro alio*²². Specularmente, la funzione assolta dalle specifiche tecniche in favore degli operatori economici si traduce nella possibilità di avere notizie rilevanti sul contratto messo a gara, di guisa da poter compiere, con consapevolezza, le valutazioni necessarie a formulare la loro offerta e sapere *ex ante* sulla base di quali caratteristiche l'amministrazione procederà a compiere le proprie valutazioni. Va da sé che attraverso l'indicazione delle specifiche tecniche trovano attuazione i principi di non

lavori, delle forniture o dei servizi richiesti, o a uno specifico processo per un'altra fase del loro ciclo di vita anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale, purché siano collegati all'oggetto dell'appalto e proporzionati al suo valore e ai suoi obiettivi».

¹⁹ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 10 febbraio 2017 n. 328, in *Foro amm.*, 2. 2017, 2, pp. 342 e ss. In dottrina si v. C. COLOSIMO, *L'oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, in G.D. COMPORZI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011, pp. 66 ss.

²⁰ T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 10 luglio 2019, n. 311, in www.giustizia-amministrativa.it

²¹ Sul tema della asimmetrie esistenti tra stazioni appaltanti ed operatori economici si v.: M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, cit. In giurisprudenza si v. Cons. St., Sez. V, 8 agosto 2014, n. 4248, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si afferma che «l'asimmetria informativa tra amministrazione e privato contraddistingue l'esercizio del pubblico potere».

²² Al riguardo, vale la pena richiamare l'indirizzo giurisprudenziale, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 26 febbraio 2019, n. 416, in [giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), stando al quale «in tema di procedure di gara pubbliche, l'offerta del concorrente, qualora non risulti conforme alle specifiche tecniche fissate nella legge di gara, concretizza un'ipotesi di *aliud pro alio* che comporta l'esclusione dalla gara, anche nel caso in cui non vi sia un'espressa previsione in tal senso nella medesima legge di gara». Ancora più incisivamente, T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 15 febbraio 2019, n. 290, in *ibidem*, ove si legge che «l'art. 68 (Specifiche tecniche) del d.lg. n. 163/2006 – ed oggi del d.lg. n. 50 del 2016 – consente all'amministrazione di escludere dalla procedura selettiva le imprese che offrono prodotti difformi dalle specifiche tecniche richieste. Le caratteristiche tecniche previste nel capitolato di appalto per i beni oggetto di fornitura posta in gara costituiscono una condizione di partecipazione alla selezione, non essendo ammissibile che la stazione appaltante possa aggiudicare il contratto ad un concorrente che non garantisca il livello qualitativo minimo prestabilito; né depone in senso contrario la circostanza che il bando non commini espressamente la sanzione espulsiva per l'offerta di beni difformi dalle caratteristiche indicate nel capitolato, giacché tale difformità si risolve in un *aliud pro alio*, comportante, di per sé, l'esclusione dalla gara, anche in mancanza di apposita comminatoria, e, nel contempo, non rimediabile tramite regolarizzazione postuma, consentita soltanto quando i vizi rilevati nell'offerta siano puramente formali o chiaramente imputabili a errore materiale».

discriminazione e di parità di trattamento²³, dal momento che l'operatore disporrà di quelle informazioni necessarie a consentirgli di controllare che l'amministrazione non abbia indebitamente favorito un determinato operatore, restringendo, in modo ingiustificato, la concorrenza nelle procedure evidenziali per l'aggiudicazione dei contratti pubblici²⁴. A tal proposito giova richiamare una recente pronuncia della Corte di giustizia europea, resa proprio in materia di forniture mediche, con la quale è stato affermato che «gli articoli 18 e 42 della direttiva 2014/24/UE, in sede di determinazione delle specifiche tecniche di un appalto avente ad oggetto l'acquisto di forniture mediche, esigono che le specifiche tecniche, nel loro insieme, rispettino i principi della parità di trattamento e di proporzionalità²⁵.

Orbene, nella formulazione delle specifiche tecniche l'amministrazione aggiudicatrice gode di un ampio margine di discrezionalità, competendo ad essa l'individuazione del contenuto e del grado di dettaglio e di precisione. La discrezionalità dell'amministrazione, però, non consente alla stessa di creare «ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza»²⁶. Per questo, il legislatore europeo (e quindi quello nazionale) hanno previsto le modalità attraverso le quali le specifiche tecniche debbano essere formulate. In perfetta linea di corrispondenza con l'art. 42, della direttiva 2014/24/UE, l'art. 68, comma 5, del D.lgs. n. 50/2016 prevede quattro modalità di formulazione delle specifiche tecniche, le ultimi due delle quali costituiscono la combinazione delle prime due. Le specifiche tecniche possono essere infatti formulate: *a)* in termini di prestazioni o di requisiti funzionali; *b)* mediante riferimento a specifiche tecniche e, in ordine di preferenza, alle norme che recepiscono norme europee, alle valutazioni tecniche europee, alle specifiche tecniche comuni, alle norme internazionali, ad altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione o in mancanza, alle norme, omologazioni tecniche o specifiche tecniche, nazionali, in materia di progettazione, calcolo e realizzazione delle opere e uso delle forniture; *c)* in termini di prestazioni o di requisiti funzionali di cui alla lettera a), con riferimento alle specifiche citate nella lettera b) quale mezzo per presumere la conformità con tali

²³ Il Considerando 90, della direttiva 2014/24/UE precisa che «al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento in sede di aggiudicazione degli appalti, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere obbligate ad assicurare la trasparenza necessaria per consentire a qualsiasi offerente di essere ragionevolmente informato dei criteri e delle modalità che saranno applicati nella decisione di aggiudicazione dell'appalto». D'altro canto, quello della parità di trattamento è uno dei principi espressamente richiamati all'art. 4, del D.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale «al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento in sede di aggiudicazione degli appalti, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere obbligate ad assicurare la trasparenza necessaria per consentire a qualsiasi offerente di essere ragionevolmente informato dei criteri e delle modalità che saranno applicati nella decisione di aggiudicazione dell'appalto».

²⁴ In tema di concorrenza negli appalti pubblici si rinvia, tra gli altri, a: L.G. RADICATI DI BROZOLO –M. GUSTAFSSON, *Partecipazione alle gare e regole di concorrenza*, in *Dir. comm. inter.*, 2002, pp. 806 ss.; M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 297 ss.; L. ZANETTINI, *Appalti pubblici e concorrenza*, in F. FIORENTINO (a cura di), *Lo Stato compratore*, Bologna, 2007, pp. 119 ss.; A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008; P. CHIRULLI, *Regolazione e concorrenza nel mercato degli appalti pubblici*, in F. LIGUORI – C. ACOCELLA (a cura di), *Contratti della pubblica amministrazione e politiche di liberalizzazione*, Napoli, 2014; ID., *La proconcorrenzialità nel Codice dei contratti pubblici*, in F. LIGUORI – S. TUCCILLO (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, cit., pp. 23 ss.; M. CLARICH, *Appalti pubblici e concorrenza*, in *www.astrid-online.it*, 2015.

²⁵ C. giust. Ue, Sez. IX, 25 ottobre 2018, n. 413, in *Foro Amm.*, 10, 2018, pp. 1644 ss.

²⁶ La precisazione è contenuta sempre in C. giust. Ue, Sez. IX, 25 ottobre 2018, n. 413, cit.

prestazioni o requisiti funzionali; d) mediante riferimento alle specifiche tecniche di cui alla lettera b) per talune caratteristiche e alle prestazioni o ai requisiti funzionali di cui alla lettera a) per le altre caratteristiche²⁷.

Nondimeno, alla previsione delle modalità di formulazione delle specifiche tecniche si affiancano alcune importate previsioni preordinate ad evitare le conseguenze pregiudizievoli cui, in qualche modo, si è già fatto cenno: restrizione della concorrenza e discriminazione tra operatori economici. Si è stabilito, infatti, che «le specifiche tecniche consentono pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non devono comportare direttamente o indirettamente ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza»²⁸. Come pure viene fatto divieto all'amministrazione aggiudicatrice (a meno che non sia giustificato dall'oggetto dell'appalto) di menzionare una determinata fabbricazione o provenienza ovvero di fare riferimenti a determinati marchi o brevetti, etc.²⁹.

5. *Il principio di equivalenza*

La disciplina delle specifiche tecniche presuppone che la *lex specialis* sia formulata in maniera tale da indicare in modo univoco e completo i parametri valutativi³⁰. Ciò al fine di evitare che l'amministrazione aggiudicatrice, formulando tali specifiche in modo poco comprensibile, finisca col ledere il principio di parità di trattamento e della concorrenza negli appalti pubblici. Tuttavia, la esplicita previsione delle modalità attraverso cui formulare le specifiche tecniche, in uno con gli ampi margini di discrezionalità dell'amministrazione, avrebbero potuto dare luogo alla diffusa tendenza di formulare dette specifiche in un modo eccessivamente puntuale, dettagliato e minuzioso. Una tecnica che avrebbe consentito delle facili elusioni della normativa sugli appalti pubblici. Le stazioni appaltanti, simulando pretestuose esigenze di precisione e puntualità imposte dalla particolare esigenza da soddisfare con il contratto messo a gara, avrebbero potuto artatamente riconoscere ad un operatore economico una indebita posizione di vantaggio. Nella consapevolezza che non sarebbe stata sufficiente una mera enunciazione di principio (*le specifiche tecniche consentono pari accesso degli operatori economici e non devono comportare ostacoli*

²⁷ Sul *quomodo* delle prescrizioni con le quali vengono indicate le specifiche tecniche negli atti di gara, per ogni più opportuno approfondimento, è utile il rinvio a: R. INVERNIZZI, *Specifiche tecniche*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS, *Trattato dei contratti pubblici*, cit., pp. 238 ss.

²⁸ Cfr., art. 68, comma 4, del D.lgs. n. 50/2016.

²⁹ L'art. 68, comma 6, del D.lgs. n. 50/2016, stabilisce che «salvo che siano giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un operatore economico specifico, né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti».

³⁰ Cons. St., Sez. III, 18 settembre 2019, n. 6212, in www.giustizia-amministrativa.it

alla concorrenza), è stato così introdotto, nel “vecchio” come nel “nuovo” codice dei contratti pubblici, il c.d. «principio di equivalenza»³¹.

Esso opera in una duplice direzione: all’operatore economico consente di partecipare ad una gara e ottenere l’aggiudicazione del contratto presentando dei prodotti che, sia pure apparentemente difformi dalle caratteristiche tecniche indicate dalla *lex specialis*, sono sostanzialmente connotati da equivalenza funzionale e capaci, come tale, di soddisfare ugualmente le esigenze della stazione appaltante; all’amministrazione aggiudicataria³² preclude di dichiarare inammissibile e di escludere l’operatore economico che abbia offerto una soluzione equivalente a quella prevista dalle specifiche tecniche³³. Ne deriva che la finalità perseguita con il principio di equivalenza — come più volte affermato dalla giurisprudenza amministrativa — è quella di «evitare che, attraverso la previsione di specifiche tecniche troppo dettagliate, in alcuni casi addirittura nominative, con indicazione ad esempio di un singolo brevetto, marchio o provenienza»³⁴, risulti «irragionevolmente limitata la libera competizione in modo tale da precludere la considerazione di offerte, in sostanza corrispondenti a quanto richiesto, anche se apparentemente prive di talune caratteristiche»³⁵ e, per l’effetto, «operare indebite espulsioni di concorrenti, con il pretesto di una non perfetta corrispondenza delle soluzioni tecniche richieste»³⁶.

5.1. (Segue) *L’ambito di applicazione, i presupposti e i limiti di operatività*

La finalità perseguita con il principio di equivalenza è indubbiamente importante per il corretto (*rectius*, legittimo) funzionamento *dell’intero ambito* dei contratti pubblici. Il divieto di discriminazioni, la parità di trattamento e, quindi, la tutela della concorrenza sono valori fondamentali per qualsiasi tipo di procedura evidenziale, senza che possa assumere rilievo il tipo di procedura (aperta o ristretta), il tipo di prestazione (lavori, servizi o forniture) ovvero il settore sul quale la procedura è destinata ad incidere (ordinario o speciale). Per questo, costituisce opinione consolidata — sovente espressa con formula analoga nelle pronunce del giudice amministrativo — quella per cui il «principio di equivalenza permea l’intera disciplina dell’evidenza pubblica, atteso che la possibilità di ammettere a seguito di valutazione

³¹ Per un’utile descrizione del principio di equivalenza si rinvia, ancora una volta, a: P. FONTANA, *Bandi e avvisi (artt. 66-76)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, pp. 559 ss. e a R. INVERNIZZI, *Specifiche tecniche*, in M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS, *Trattato dei contratti pubblici, cit.*, pp. 243 ss.

³² T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 16 marzo 2020, n. 1134, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si afferma che «ai sensi dell’art. 68, d.lgs. n. 50/2016 confermativo, nella sostanza, del principio di equivalenza già regolato dal vecchio codice degli appalti, è possibile per l’amministrazione ammettere prodotti equivalenti».

³³ L’art. 68, comma 7, del D.lgs. n. 50/2016 stabilisce, infatti, che «quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche tecniche di cui al comma 5, lettera b), le amministrazioni aggiudicatrici non possono dichiarare inammissibile o escludere un’offerta per il motivo che i lavori, le forniture o i servizi offerti non sono conformi alle specifiche tecniche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l’offerente dimostra, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all’articolo 86, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche».

³⁴ Cons. St., Sez. V, 25 luglio 2019, n. 5258, in www.giustizia-amministrativa.it

³⁵ T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 17 febbraio 2020, n. 273, in www.giustizia-amministrativa.it

³⁶ Cons. St., Sez. V, 25 luglio 2019, n. 5258, in www.giustizia-amministrativa.it

della stazione appaltante prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del *favor participationis*³⁷ e costituisce altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione»³⁸. In tale solco si collocano le due pronunce dalle quali si è preso le mosse³⁹. In particolare, la sentenza del Consiglio di Stato presenta il pregio di aver incastonato il principio di equivalenza direttamente all'interno dei valori costituzionali, là ove viene stabilito che il predetto principio persegue il fine «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»⁴⁰.

Una volta chiarito quale sia l'ambito di applicazione dell'equivalenza funzionale, occorre dare conto dei presupposti e dei limiti di operatività del principio di equivalenza. Si tratta di capire, cioè, quando tale principio — astrattamente applicabile a tutte le procedure evidenziali per l'aggiudicazione dei contratti pubblici — possa trovare concreta applicazione. L'invocazione indiscriminata di esso avrebbe comportato effetti pregiudizievoli, quale quello di «distorcere completamente l'oggetto dell'appalto, al punto da permettere ai partecipanti di offrire un bene radicalmente differente (insomma, un vero e proprio *aliud pro alio*) finendo per rendere sostanzialmente indeterminato l'oggetto dell'appalto medesimo»⁴¹. La giurisprudenza ha perciò avvertito l'esigenza di chiarirne i presupposti e i limiti di operatività.

Il *primo presupposto* di operatività del principio di equivalenza è quello per cui occorre che le specifiche tecniche fissate dall'amministrazione aggiudicatrice, per essere eccessivamente dettagliate ovvero per essere addirittura nominative (riferimento a marchi, brevetti, etc.), presentino un grado di dettaglio potenzialmente escludente, capace di impedire la partecipazione alla gara e rendere la procedura evidenziale un complesso di atti e attività irragionevolmente formalistici⁴². Dunque, se da un lato è vero che il principio di equivalenza debba trovare applicazione (*vincolando* l'amministrazione aggiudicatrice ad ammettere offerte corrispondenti) allorché «siano inserite nella *lex specialis* di gara specifiche tecniche

³⁷ In dottrina, R. CAPONIGRO, *Il principio del favor participationis e la tutela delle piccole e medie imprese nell'affidamento degli appalti pubblici*, in www.italiappalti.it, 2017; B.M. RAGANELLI, *Pmi, procurement e favor participationis*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2017, pp. 839 ss.

³⁸ Tra le tante, si v.: T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 26 febbraio 2020, n. 2517; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 17 gennaio 2020, n. 9; Cons. St., sez. III, 18 settembre 2019, n. 6212; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 11 dicembre 2019, n. 879, in www.giustizia-amministrativa.it

³⁹ Nella pronuncia di primo grado, richiamando un analogo indirizzo giurisprudenziale, al punto 1.1., si afferma infatti che «l'art. 68, co. 7, D.lgs. n. 50/2016 stabilisce il principio di cd. "equivalenza" delle specifiche tecniche che costituisce 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».

⁴⁰ Cfr., punto 3.3., Cons. St., Sez. III, 14 maggio 2020, n. 3081, *cit.*

⁴¹ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 10 febbraio 2017, n. 328, in www.giustizia-amministrativa.it

⁴² In questi termini, Cons. St., Sez. V, 25 luglio 2019, n. 5258, in www.giustizia-amministrativa.it

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)»⁴³, dall'altro lato si è chiarito che esso non possa concretamente applicarsi «nelle ipotesi in cui *non* si richieda un prodotto così specificatamente individuato da restringere eccessivamente la possibilità di partecipazione alla gara»⁴⁴.

Il *secondo presupposto* di operatività è poi rappresentato dal fatto che quella che viene presentata come equivalente sia una soluzione in possesso di una specifica in senso propriamente tecnico, cioè di uno *standard* — espresso in termini di certificazione, omologazione, attestazione, o in altro modo — capace di individuare e sintetizzare alcune caratteristiche che possano essere possedute da un altro bene, pur formalmente privo della specifica indicata nella *lex specialis*⁴⁵.

Il *terzo presupposto* di operatività, inoltre, consiste nella concreta corrispondenza (non identità) della soluzione equivalente offerta dall'operatore economico. Una corrispondenza che non deve tradursi in una idoneità meramente formale, ma piuttosto in una idoneità sostanziale della soluzione equivalente a soddisfare — allo stesso modo di come farebbe la soluzione in possesso delle specifiche tecniche — l'esigenza dell'amministrazione aggiudicatrice. È necessario che la soluzione equivalente presenti «una conformità di tipo funzionale rispetto alle specifiche tecniche indicate nel bando»⁴⁶, di modo che le esigenze dell'amministrazione possano obiettivamente considerarsi «nella pratica comunque soddisfatte»⁴⁷. Tale presupposto si combina — includendolo logicamente in sé — con un *limite* alla operatività del principio di equivalenza: l'impossibilità per l'operatore di invocare l'equivalenza per presentare offerte nient'affatto caratterizzate dalla sostanziale corrispondenza con le specifiche tecniche indicate negli atti di gara (c.d. offerte tecnicamente inappropriate). Per vero, è stato chiarito che il principio di equivalenza non possa essere invocato «nel caso che l'offerta comprenda una soluzione la

⁴³ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 21 novembre 2016, n. 11560, in *Foro Amm.*, 11, 2016, 11, pp. 2758, ove si afferma che «il principio di equivalenza che riguarda presuppone la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto e non già una inidoneità di quest'ultimo rispetto alle specifiche tecniche indicate dall'Amministrazione e poste a base di gara e trova applicazione nel senso che qualora siano inserite nella *lex specialis* 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), per favorire la massima partecipazione, deve essere data la possibilità della proposta che ottemperi in maniera equivalente agli stessi requisiti. Il principio dell'equivalenza è vincolante per l'Amministrazione, qualora il bando di gara, il capitolato di oneri o i documenti complementari dettagliatamente menzionano un marchio, un brevetto o un tipo, un'origine o una produzione scientifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti; tale indicazione deve essere accompagnata già nel bando dall'espressione «equivalente», ciò in quanto le indicazioni di gara devono rispettare un criterio di conformità sostanziale e non formale».

⁴⁴ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 26 febbraio 2020, n. 2517, in www.giustizia-amministrativa.it

⁴⁵ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 11 marzo 2020, n. 3171, in www.giustizia-amministrativa.it

⁴⁶ Cons. St., Sez. III, 29 marzo 2018, n. 2013, in www.giustizia-amministrativa.it

⁴⁷ Cons. St., Sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364, in www.giustizia-amministrativa.it

quale, sul piano oggettivo, funzionale e strutturale, non rispetti affatto le caratteristiche tecniche obbligatorie, previste nel capitolato di appalto per i beni oggetto di fornitura»⁴⁸.

V'è infine un *quarto presupposto*. Esso attiene — come efficacemente messo in luce dalle decisioni prese in considerazione — all'onere probatorio dell'equivalenza funzionale della soluzione offerta. Così, ad esempio, il T.A.R. Puglia ha premesso, invero, che in virtù dell'art. 68, del D.lgs. n. 50/2016, che «codifica nell'ordinamento il principio di equivalenza posto anche dalla normativa comunitaria a presidio dell'effettività della concorrenza, non è legittima l'esclusione disposta nei confronti della ditta che abbia offerto una soluzione tecnica alternativa rispetto a quella specificamente descritta dalla stazione appaltante, la cui equivalenza risulti documentata già in sede di offerta»⁴⁹. Tale presupposto è bene che venga esaminato separatamente, rinviando al paragrafo successivo.

6. *L'onere probatorio e la valutazione dell'equivalenza*

L'onere di fornire la prova circa l'equivalenza del bene o del servizio incombe sull'offerente, non potendosi pretendere di gravare l'amministrazione aggiudicatrice di un simile incombente ovvero il giudice amministrativo in sede di contenzioso instaurato per effetto dell'esclusione⁵⁰. L'adempimento di un tale onere è soggetto ad alcune determinate condizioni. Quanto alle *modalità* di assolvimento, la disciplina del nuovo codice appalti — diversamente da quanto previsto dal vecchio codice — ha eliminato un aggravio formale. Tant'è vero che, se sotto il vigore del D.lgs. n. 163/2006 era previsto che l'operatore segnalasse con separata dichiarazione⁵¹ l'equivalenza della soluzione offerta⁵², con il nuovo codice dei contratti pubblici la prova dell'equivalenza può essere offerta direttamente nell'offerta

⁴⁸ Cons. Stato, Sez. III, 28 settembre 2018, n. 5568, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In senso analogo Cons. St., Sez. III, 2 marzo 2018 n. 1316, in *ibidem*, il quale ha stabilito che «il principio di equivalenza non può assolutamente essere invocato per ammettere offerte tecnicamente inappropriate, essendo 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*».

⁴⁹ Cfr., punto 1.1., T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 13 agosto 2019, n. 1428, *cit*.

⁵⁰ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 29 gennaio 2020, n. 413, in *www.giustizia-amministrativa.it*, il quale ha chiarito che «è la ditta che intende avvalersi della clausola di equivalenza ex art. 68 del D.Lgs. n. 50/2016 ad avere l'onere di dimostrare già nella propria offerta l'equivalenza tra i servizi o tra i prodotti, non potendo pretendere che tale accertamento sia compiuto d'ufficio dalla commissione giudicatrice o, addirittura, che sia demandato alla sede giudiziaria una volta impugnata l'esclusione dalla gara».

⁵¹ Cons. St., Sez. III, 5 settembre 2017, n. 4207, in *Rass. dir. farm.*, 2017, pp. 2055 ss., ove si è stabilito che «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».

⁵² Ai sensi dell'art. 68, comma 6, del D.lgs. n. 163/2006, «l'operatore economico che propone soluzioni equivalenti ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche equivalenti lo segnala con separata dichiarazione che allega all'offerta».

tecnica⁵³: l'operatore potrà cioè illustrare e documentare l'equivalenza funzionale della soluzione offerta attraverso l'inserimento grafico delle relative informazioni e descrizioni nel testo dell'offerta medesima⁵⁴ oppure allegare una relazione all'offerta⁵⁵.

In disparte i profili formali dell'onere di provare l'equivalenza, mette dare conto che la prova dell'equivalenza (nel vecchio come nel nuovo codice) può essere offerta con «qualsiasi mezzo appropriato». Potrà essere, dunque, offerta avvalendosi di mezzi di prova, quali campioni, descrizioni o fotografie la cui autenticità deve poter essere certificata a richiesta dall'amministrazione aggiudicatrice, certificati rilasciati da istituti o servizi ufficiali incaricati del controllo della qualità, di riconosciuta competenza, i quali attestino la conformità di prodotti ben individuati mediante riferimenti a determinate specifiche tecniche o norme, etc.⁵⁶. Come affermato dalla Corte di giustizia su una questione concernente il vecchio codice dei contratti pubblici (comunque estendibile alla disciplina dettata dal nuovo codice), la prova dell'equivalenza della soluzione offerte rispetto a quella in possesso delle caratteristiche indicate nelle specifiche tecniche può essere resa anche mediante «una documentazione tecnica del fabbricante o una relazione di prova di un organo riconosciuto»⁵⁷. Una volta che l'operatore economico abbia dato (con ogni mezzo appropriato) prova dell'equivalenza, spetterà all'amministrazione aggiudicatrice valutare l'effettiva idoneità funzionale della soluzione equivalente a soddisfare, nonostante l'apparente mancanza del possesso delle specifiche tecniche.

Tale valutazione «non si risolve in una verifica formalistica, ma nella attenta verifica della conformità sostanziale dell'offerta alle specifiche tecniche inserite nella *lex specialis*»⁵⁸. Essendo espressione della «discrezionalità tecnica»⁵⁹ della stazione appaltante, la valutazione sulla equivalenza non può che avvenire attraverso la sussunzione delle caratteristiche tecniche dell'offerta equivalente all'interno della cornice tecnica fissata dalla *lex specialis*: l'amministrazione deve cioè applicare le specifiche tecniche indicate negli atti di gara all'offerta che l'operatore sostiene essere equivalente. Oltretutto, in quanto

⁵³ L'art. 68, comma 7, del D.lgs. n. 50/2016, stabilisce, infatti, che «quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche tecniche di cui al comma 5, lettera b), le amministrazioni aggiudicatrici non possono dichiarare inammissibile o escludere un'offerta per il motivo che i lavori, le forniture o i servizi offerti non sono conformi alle specifiche tecniche alle quali hanno fatto riferimento, se *nella propria offerta* l'offerente dimostra, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'articolo 86, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche».

⁵⁴ T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 30 ottobre 2019, n. 1801, in www.giustizia-amministrativa.it, nella quale si afferma, appunto, che «secondo il comma 7 dell'art. 68., i concorrenti non hanno l'onere di formulare un'apposita formale dichiarazione circa l'equivalenza funzionale del prodotto offerto».

⁵⁵ R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, p. 1213.

⁵⁶ Il riferimento è all'allegato XVII (Mezzi di prova dei criteri di selezione), del D.lgs. n. 50/2016

⁵⁷ C. giust. Ue, Sez. IV, 2 luglio 2018, C-14/17, in www.giustizia-amministrativa.it

⁵⁸ Cons. St., Sez. V, 25 luglio 2019, n. 5258, in www.giustizia-amministrativa.it

⁵⁹ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 29 maggio 2015, n. 2435, in *Foro Amm.*, 4, 2015, pp. 1239 ss., in cui si è chiarito che «la valutazione dell'equivalenza di un prodotto costituisce espressione di discrezionalità tecnica dell'Amministrazione e può essere sindacata dal giudice amministrativo nella misura in cui si riveli manifestamente illogica, contraddittoria o irrazionale, essendo necessario verificare, attraverso qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni proposte corrispondano in maniera equivalente ai requisiti richiesti dalle specifiche tecniche».

espressione di discrezionalità tecnica⁶⁰ — sindacabile giurisdizionalmente soltanto sotto il profilo della manifesta erroneità o dell'evidente illogicità del giudizio⁶¹ — la valutazione compiuta dall'amministrazione aggiudicatrice non può spingersi sino al punto da rendere irrazionalmente elastiche le specifiche tecniche indicate negli atti di gara. Essa deve, piuttosto, applicare le specifiche tecniche al bene o al servizio che l'operatore sostiene essere equivalente e valutare se la formale assenza delle richieste caratteristiche tecniche possa considerarsi obiettivamente sopperita dalla sostanziale idoneità della soluzione equivalente a soddisfare l'esigenza sottesa alla scelta di indire la procedura evidenziale⁶².

⁶⁰ In dottrina, la bibliografia è amplissima. Tra gli altri si rinvia a: E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it.*, 4, 1910, pp. 20 ss.; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939; P. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, pp. 95 ss.; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, pp. 997 ss.; G. CASTIGLIA, *Discrezionalità amministrativa e potere politico*, Sassari, 1979; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, 1986; Padova; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989; D. DE PRETIS, *Concetti giuridici indeterminati e discrezionalità tecnica*, Trento, 1990; ID., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; G. ABBAMONTE, *Discrezionalità tecnica e controllo di legittimità*, in *Scritti in onore di Guido Capozzi*, Milano, 1992, pp. 2 ss.; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, pp. 687 ss.; A. CARIOLI, *Discrezionalità tecnica ed imparzialità*, in *Dir. amm.*, 1997, pp. 469 ss.; D.J., GALLIGAN, *La discrezionalità amministrativa*, Milano, 1999; F.G. SCOCA, *La discrezionalità del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, pp. 1045 ss.; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; G. COFRANCESCO – F. BORASI, *Le figure della discrezionalità amministrativa*, Torino, 2012.

⁶¹ T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 29 maggio 2015, n. 2435, in *Foro Amm.*, 4, 2015, pp. 1239 ss., in cui si è chiarito che «la valutazione dell'equivalenza di un prodotto costituisce espressione di discrezionalità tecnica dell'Amministrazione e può essere sindacata dal giudice amministrativo nella misura in cui si riveli manifestamente illogica, contraddittoria o irrazionale, essendo necessario verificare, attraverso qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni proposte corrispondano in maniera equivalente ai requisiti richiesti dalle specifiche tecniche».

⁶² Quanto all'intensità del sindacato giurisdizionale sulle scelte adottate dalla pubblica amministrazione nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica si v: V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, pp. 464 ss.; F. LEDDA, *Potere, tecnica, sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, pp. 371 ss.; V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici della pubblica amministrazione*, in *Studi in onore di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, pp. 40 ss.; G. PELEGATTI, *Valutazioni tecniche e sindacato di legittimità. Nota a T.A.R. Trentino Alto Adige, sent. 1 luglio 1998, n. 248*, in *Foro Amm.*, 1989, pp. 695 ss.; D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale. Nota a Consiglio di Stato, dec. n. 601/1999*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, pp. 1179 ss. V. PARISO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1999; S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, pp. 80 ss. Come noto, le tecniche di sindacato giurisdizionale delle scelte amministrative espressione di discrezionalità tecnica hanno trovato nelle funzioni delle Autorità Amministrative Indipendenti il loro terreno privilegiato. Non è questa la sede per ripercorrere l'evoluzione giurisprudenziale registratasi sul punto. Valga solo ricordare che si è passati, anzitutto, da un *sindacato estrinseco*, tramite il quale il giudice si limitava a verificare se la valutazione tecnica operata dall'amministrazione fosse affetta o meno dai sintomi dell'eccesso di potere (difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, etc.), ad un *sindacato intrinseco*, mediante il quale il giudice non è tenuto a limitarsi al rilievo degli indici sintomatici dell'eccesso di potere, ben potendo spingersi sino al punto di verificare, anche mediante l'ausilio di una consulenza tecnica, se la valutazione compiuta dall'amministrazione sia, o meno, tecnicamente attendibile. Le descrizioni del distinguo tra sindacato estrinseco e sindacato intrinseco sono di: G. C. DI SAN LUCA, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *Giustamm.it*, 2016, al quale si rinvia anche per la bibliografia ivi richiamata. Fatto sta che, una volta ammesso il *sindacato intrinseco* sulle scelte amministrative discrezionalità tecnica, si è fatto un passo ulteriore. Si è passati, invero, da un *sindacato intrinseco c.d. debole* ad un *sindacato intrinseco c.d. forte*. Con il primo il giudice era chiamato a verificare la correttezza, la logicità e la attendibilità delle valutazioni compiute dall'amministrazione attraverso l'applicazione dei concetti tecnico-scientifici, così che, in caso di accertata erroneità, illogicità o inattendibilità, avrebbe potuto solo dichiarare la illegittimità dei provvedimenti. Di contro, con il secondo, è consentito al giudice, una volta accertata l'erroneità, la illogicità o la inattendibilità delle valutazioni tecniche, di sostituirsi all'amministrazione nell'applicazione dei criteri tecnico-scientifici alla fattispecie concreta.

A questo proposito, vale la pena richiamare quell'indirizzo giurisprudenziale che ha avuto modo di precisare la assoluta importanza che «la formulazione della *lex specialis*, sotto il profilo della univocità e completezza dei parametri valutativi, assume ai fini della legittimità della procedura di valutazione e della “elasticità” consentita [dal principio di equivalenza] alla Commissione di gara nell'apprezzamento delle offerte tecniche»⁶³. Si soggiunga, inoltre, che gli esiti della valutazione sull'equivalenza tecnica dell'offerta non impongono, sempre e comunque, all'amministrazione aggiudicatrice di esternare formalmente gli esiti delle proprie valutazioni in apposito atto. La valutazione, infatti, può avvenire «anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla *lex specialis*»⁶⁴; una valutazione, quella implicita, che potrà effettivamente aver luogo nei soli casi in cui l'equivalenza della soluzione appaia manifesta o addirittura scontata, perché dato notorio.

7. *Annullamento parziale, eterointegrazione e interpretazione della lex specialis alla luce del principio di equivalenza*

Tra i profili più significativi che la giurisprudenza amministrativa ha affrontato con riguardo al principio di equivalenza vi rientra anche quello relativo alla necessità, o meno, che la documentazione di gara faccia esplicito riferimento ad esso. Sul punto gli arresti giurisprudenziali non giungono a conclusioni univoche. Per una prima impostazione ermeneutica l'applicazione del principio di equivalenza necessita della esplicita previsione di esso nella *lex specialis*, con la conseguenza che, senza doversi ammettere un fenomeno di etero-integrazione *ex art. 1339 c.c.*, spetterà al giudice annullare (ove tempestivamente impugnate) le sole clausole della legge di gara con le quali siano previste specifiche tecniche eccessivamente dettagliata o addirittura nominative. In difetto di impugnazione di esse, non potrà che trovare applicazione la *lex specialis* così come formulata dall'amministrazione aggiudicatrice⁶⁵, altrimenti

⁶³ Cons. di Stato, Sez. III, 18 settembre 2019 n. 6212, *cit.*

⁶⁴ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 31 dicembre 2019, n. 15027, in *Rass. dir. farm.*, 1, 2020, pp. 133 ss., che ha stabilito che «la commissione di gara può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, laddove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla *lex specialis*. Tale giudizio costituisce pacificamente legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte della P.A., il quale è sindacabile in sede giurisdizionale esclusivamente sotto il profilo della manifesta erroneità o dell'evidente illogicità del giudizio, ossia sulla palese inattendibilità della valutazione espressa dalla stessa commissione di gara. Tali vizi devono essere dimostrati da colui che li denuncia, il quale non si può limitare, con formule generiche e del tutto ipotetiche, ad affermare la non rispondenza delle caratteristiche tecniche possedute dal dispositivo medico rispetto a quelle minime predeterminate dalla Stazione appaltante».

⁶⁵ In questi termini, Cons. St., Sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364; Cons. St. sez. V, 8 aprile 2014, n. 1666; Cons. St., Sez. V, 24 febbraio 2017, n. 868; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 28 giugno 2018, n. 543, in *www.giustizia-amministrativa*, nelle quali è stato affermato che «negli appalti pubblici la clausola di equivalenza non trova applicazione indipendentemente dall'espressa previsione della *lex specialis*, perché le norme destinate a disciplinare la gara hanno valore di *lex specialis*, le quali non vanno integrate da quelle operative ai sensi dell'art. 1339 cod. civ., dovendo in tal caso il giudice amministrativo non certo annullare la legge di gara bensì annullare, ove sia stata ritualmente impugnata nei termini, la clausola del bando che fissi specifiche tecniche ristrettive in violazione di quanto previsto nell'art. 68 comma 4 D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 con conseguente illegittima esclusione del concorrente che abbia presentato un prodotto equivalente».

risultando invasa la «riserva di amministrazione nella regolamentazione della gara»⁶⁶. Di contro, una diversa opzione interpretativa, muovendo dal presupposto che il principio di equivalenza «trova applicazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti»⁶⁷, giunge a ritenere che il mancato richiamo renda «necessario etero-integrare⁶⁸ la *lex specialis* con la clausola generale di legge concernente l'ammissibilità delle offerte equivalenti»⁶⁹.

Oltre alla etero-integrazione, la giurisprudenza si è pure occupata della «interpretazione»⁷⁰ della *lex specialis* alla luce del principio di equivalenza. In proposito è bene premettere che per pacifico orientamento giurisprudenziale «nelle gare d'appalto vige il principio interpretativo che vuole privilegiata, a tutela dell'affidamento delle imprese, l'interpretazione letterale del testo della *lex specialis*, dalla quale è consentito discostarsi solo in presenza di una sua obiettiva incertezza, dovendosi evitare che il procedimento ermeneutico conduca all'integrazione delle regole di gara palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale, posto che l'interpretazione della *lex specialis*⁷¹ soggiace, come per tutti gli atti amministrativi, alle stesse regole stabilite per i contratti dagli artt. 1362 e ss., c.c., tra le quali assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale»⁷². Sicché, il

⁶⁶ Cons. St., Sez. III, 24 febbraio 2016, n. 746, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale ha chiarito che «se in una gara pubblica l'Amministrazione ha ritenuto di non inserire nel bando la clausola di equivalenza, non esercitando la facoltà riconosciuta dall'art.68 comma 3 lett. a), d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, resta preclusa al giudice la sua inserzione automatica con il meccanismo dell'eterointegrazione del bando, che si risolverebbe, in questo caso, nella inammissibile lesione della riserva di amministrazione nella regolamentazione della gara».

⁶⁷ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-*quater*, 7 gennaio 2020, n. 77, in www.giustizia-amministrativa.it

⁶⁸ Per approfondimenti dottrinali si v.: G. CREPALDI, *Norme imperative di legge e principio di eterointegrazione del bando di gara*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2007, pp. 568 ss.; S. LAZZINI, *In tema di operatività del meccanismo di integrazione legale di cui all'art. 1339 c.c.*, in www.diritto.it, 2008; E. BOSCOLO, *Il divieto di eterointegrazione del bando tra certezza e stabilità della lex specialis della gara*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 173 ss.; P. MARGHERITA, *L'eterointegrazione del bando di gara e profili di connessione con la disciplina civilistica*, in www.rivista.camminodiritto.it, 2019.

⁶⁹ Cfr., punto 3.4., Cons. St., Sez. III, 14 maggio 2020, n. 3081, *cit.*

⁷⁰ Sull'interpretazione dell'atto e del provvedimento amministrativo: M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939; G. MIELE, *Interpretazione dei contratti e interpretazione degli atti amministrativi*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 4, 1955, pp. 207 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *L'interpretazione giudiziaria degli atti amministrativi secondo Cass. Sez. Un. 203/1956*, in *Foro Amm.*, 1956, pp. 177 ss.; G. CORREALE, *Attività interpretativa della pubblica amministrazione e presunzioni legali*, in *Foro Amm.*, 1967, pp. 111 ss.; F. GARRI, *Il principio della presunzione di legittimità e l'interpretazione dell'atto amministrativo*, in *Amm. it.*, 1972, pp. 895 ss.; L. MERCATI, *L'interpretazione giurisdizionale del provvedimento amministrativo: dal sindacato di legittimità al riesame del merito*, in *Foro Amm.*, 1990, pp. 2012 ss.; G. PIFFERI, *Interpretazione dell'atto amministrativo*, in *Amm. it.*, 1994, pp. 257 ss.; C. MARZUOLI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo nella giurisprudenza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, pp. 1529 ss.; L. MACCARRONE, *Sull'interpretazione nel diritto amministrativo*, Napoli, 2007.

⁷¹ Sul tema della interpretazione degli atti di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici si rinvia a: A. ANGIULI, *Ancora sui criteri interpretativi del bando nelle gare pubbliche*, in *Riv. trim. app.*, 1987, pp. 142 ss.; R. DI GERONIMO, *Natura ed interpretazione delle norme di bando di gara per l'aggiudicazione di lavori pubblici e rilevanza giuridica delle inosservanze alle prescrizioni in esse contenute, con particolare riguardo a quelle dettate in tema di partecipazione, poteri amministrativi e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. amm.*, 1993, pp. 1375 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Interpretazione di gara*, in *Giur. it.*, 1, 1997, pp. 297 ss.; D. PONTE, *Interpretazione ed impugnazione del bando: in tema di requisiti di partecipazione il cerchio si può quadrare?*, in *Urb. e app.*, 2003, pp. 1202 ss.; M. MONTEDURO, *Interpretazione del bando*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Repertorio degli appalti pubblici*, II, Padova, 2005, pp. 764 e ss.; ID., *Il giudice e l'interpretazione del provvedimento amministrativo nell'esperienza italiana: la vicenda esemplare delle clausole dei bandi di gara*, in *Dereito*, 2000, pp. 203 ss.; C.M. SARACINO, *Ermeneutica contrattuale ed auto-interpretazione del bando: la babele delle clausole di gara tra chiarificazione ed innovazione*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2007, pp. 1253 ss.

⁷² Tra le tante, Cons. St., Sez. III, 18 giugno 2018, n. 3715, in www.giustizia-amministrativa.it

«comportamento tenuto dall'amministrazione», nel non voler considerare ammissibili determinate offerte, può configurarsi quale sussidiario criterio interpretativo soltanto qualora gli atti di gara siano caratterizzati da un contenuto dubbio ed equivoco⁷³. Da tale cornice giurisprudenziale non si discosta, ovviamente, l'interpretazione della *lex specialis* in funzione di garantire l'applicazione del principio di equivalenza, la quale deve essere interpretata mediante l'impiego del criterio letterale e, solo in caso di dubbi e incertezze sulle parole impiegate, il significato delle clausole potrà essere colto con il ricorso a criteri ulteriori, quali il comportamento tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice. Ciò implica che qualora, come nella procedura evidenziale decisa con le sentenze da cui si è preso le mosse, un atto di gara contenga un esplicito riferimento all'art. 68, del D.lgs. n. 50/2016 il significato da attribuire ad una siffatta scelta non potrà che essere quello di ritenere ammissibile le soluzioni equivalenti a quelle indicate nelle specifiche tecniche.

8. Conclusioni

Qualche breve considerazione di chiusura pare d'obbligo. Cosa permette di cogliere la lettura delle due pronunce dalle quali si è preso le mosse, in uno con la cospicua giurisprudenza formatasi sul principio di equivalenza? Tante cose. Ma più d'ogni altro sono due gli elementi che balzano agli occhi: uno negativo e l'altro positivo.

L'*elemento negativo* sembra potersi cogliere dal lato dell'amministrazione aggiudicatrice. Ad un attento esame delle dinamiche giurisprudenziali non sfugge che le stazioni appaltanti sembrano avvertire un certo disagio di fronte al principio della equivalenza funzionale. Un po' per refrattarietà, un po' per le indubie difficoltà insite nella valutazione dell'equivalenza, la concreta applicazione del principio di equivalenza continua ad essere, in certo senso, travagliata. La tendenza delle amministrazioni — anche per il timore di responsabilità e sanzioni di vario ordine e natura — è quella di non allontanarsi troppo (in certi casi per niente) dalla predeterminazione dell'oggetto del contratto cui esse provvedono mediante l'indicazione delle specifiche tecniche. Non occorrono considerazioni di sorta per persuadersi del fatto che un simile

⁷³ Assai incisivamente, Cons. St., Sez. VI, 24 settembre 2019, n. 6378, in www.giustizia-amministrativa.it, ha affermato che «ai fini dell'interpretazione degli atti amministrativi, in mancanza di disposizioni specifiche, si applicano analogicamente le regole previste dal codice civile per l'interpretazione del contratto, con i necessari adattamenti connessi alla diversità tra atto amministrativo, espressione di potere pubblico e contratto, espressione di autonomia negoziale. Gli artt. 1362-1365 cod. civ., nel porre le cd. regole di interpretazione soggettiva, consentono all'interprete di ricercare l'effettiva volontà delle parti. In particolare, l'art. 1362 cod. civ. contiene la norma fondamentale, disponendo che: i) nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole; ii) per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto. Nell'ambito civilistico, si discute se abbia preminenza il criterio letterale, con la conseguenza che solo in caso di mancata chiarezza del testo si può fare applicazione del criterio extra-letterale, valutando anche il comportamento complessivo delle parti ovvero se i due criteri siano posti su un piano di equivalenza. Nel diritto amministrativo, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, per assicurare, nel settore dei contratti pubblici, il rispetto del principio di concorrenza e, in particolare, il principio del pari trattamento tra i diversi concorrenti, ritiene che assuma valenza primaria il criterio letterale. La valutazione del comportamento dell'amministrazione rileva soltanto nel caso in cui il testo risulti non chiaro».

atteggiamento è nient'affatto condivisibile, in quanto capace di ridimensionare grandemente quello che è uno dei valori fondamentali della disciplina dei contratti pubblici: la concorrenza. Un valore che non deve essere letto — come sembra sovente accadere — quale strumento a tutela della *sola* aspirazione degli operatori ad ottenere l'aggiudicazione di un contratto pubblico. Certamente: gli operatori (in specie le piccole e medie imprese), vedendo abbattere delle ingiustificate barriere all'ingresso, beneficiano dell'apertura alla concorrenza del settore delle commesse pubbliche. Ma a trarre vantaggio dalla concorrenza sono *anche, se non anzitutto*, le amministrazioni aggiudicatrici, le quali attraverso la massima partecipazione potranno avere più scelta e, di conseguenza, ottenere la soluzione tecnicamente migliore al prezzo più conveniente.

L'*elemento positivo* sembra cogliersi, invece, dal lato del giudice amministrativo. Anche qui, ad un attento esame delle dinamiche giurisprudenziali non sfugge che il merito di garantire la corretta applicazione del principio di equivalenza si deve proprio al giudice amministrativo. È il formante giurisprudenziale — come testimonia la impressionante mole di pronunce in cui è consentito imbattersi — a garantire che operatori economici, altrimenti esclusi, possano partecipare a procedure di evidenza pubblica e ottenerne l'aggiudicazione presentando soluzioni equivalenti. In questo senso, le due pronunce dalle quali si è voluto prendere le mosse costituiscono un esempio paradigmatico.

A tacer d'altro, la sentenza di primo grado dimostra quale sia l'elevato grado di attenzione che il giudice amministrativo riserva alla valutazione circa la effettiva equivalenza delle soluzioni offerte. Con ciò lanciano un messaggio inequivocabile alle amministrazioni, nell'ottica di «guidare la successiva azione amministrativa nel suo futuro esplicarsi»⁷⁴. Quale? Prestare la stessa attenzione nella valutazione dell'equivalenza funzionale, abbandonando inutili approcci formalistici. Quanto alla sentenza di secondo grado, l'apporto più significativo è quello che va a toccare uno degli aspetti maggiormente controversi: l'attitudine (o meno) dell'art. 62, del D.lgs. n. 50/2016 ad etero-integrare la *lex specialis*? Come s'è visto, la pronuncia sembra aderire alla tesi che ammette la eterointegrazione, la quale si condivide appieno. Essendo l'art. 62 del D.lgs. n. 50/2016 una norma imperativa funzionalmente preordinata ad assicurare l'attuazione di principi fondamentali quali la concorrenza, la parità di trattamento e la non discriminazione, il tenore di esso non può che sostituirsi a clausole di segno contrario eventualmente contenute nella *lex specialis*, senza che occorra un pregiudiziale annullamento di quelle clausole. Non può essere sottaciuto, infatti, che la eterointegrazione — a dispetto di quello che pretenderebbe l'opposta tesi dell'annullamento parziale della *lex specialis* — non obbliga l'operatore ad impugnare una clausola che non ammetta offerte equivalenti, in un momento nel quale lo stesso non può sapere se abbia, o meno, la

⁷⁴ Sulla finalità delle pronunce del giudice amministrativo (ivi compresi i pareri delle Sezioni consultive), a costituire una autorevole guida cui l'amministrazione è opportuno conformi il suo futuro operato, si v.: Cons. St. Sez. II, 20 settembre 2017, n. 2065, in www.giustizia-amministrativa.it

concreta *chance* di ottenere l'aggiudicazione; una circostanza che ben può tradursi in un disincentivo all'impugnazione di specifiche escludenti e, correlatamente, in un possibile incentivo della stazioni appaltanti a perimetrare l'oggetto del contratto in maniera eccessivamente e pretestuosamente dettagliata. Con riguardo alla pronuncia di secondo grado, degno di attenzione è anche il passaggio (quantomeno originale) nel quale, in riforma della sentenza di primo grado, è stato negato il risarcimento del danno in forma equivalente per la ritenuta insussistenza dell'elemento soggettivo in capo all'amministrazione. Trattasi di una soluzione che sembra porsi in discontinuità con il costante insegnamento giurisprudenziale per il quale in materia di appalti pubblici vige un modello di responsabilità oggettiva⁷⁵. È pacifico, infatti, che «la responsabilità per danni conseguenti all'illegittima aggiudicazione di appalti pubblici non richiede la prova dell'elemento soggettivo della colpa, in quanto si applica un modello di responsabilità di tipo oggettivo coerente con l'esigenza di assicurare l'effettività del rimedio risarcitorio»⁷⁶. Sotto questo profilo, non resta che attendere per vedere se una simile soluzione, tesa a superare il modello della responsabilità oggettiva nelle procedure per l'aggiudicazione dei contratti pubblici, possa trovare usbergo in altre future pronunce.

⁷⁵ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 3 giugno 2019, n. 7132; Cons. St., Ad. Pl., 29 marzo 2017 n. 2; Cons. St., Sez. V, 2 gennaio 2019 n. 14, in www.giustizia-amministrativa.it

⁷⁶ Cons. St. Sez. IV, 14 aprile 2019, n.2429, in www.giustizia-amministrativa.it, ove, dopo essersi premesso che «per unanime indirizzo della giurisprudenza amministrativa, la responsabilità per danni conseguenti all'illegittima aggiudicazione di appalti pubblici non richiede la prova dell'elemento soggettivo della colpa, giacché la responsabilità, negli appalti pubblici, è improntata – secondo le previsioni contenute nelle direttive europee – a un modello di tipo oggettivo, disancorato dall'elemento soggettivo, coerente con l'esigenza di assicurare l'effettività del rimedio risarcitorio», viene chiarito che «le direttive europee (e i principi ivi contenuti) non possono avere un'applicazione vincolante al di fuori dei casi (la materia degli appalti pubblici) ivi contemplati, sicché è del tutto legittimo, all'interno dei singoli Stati membri, prevedere un sistema della responsabilità dei pubblici poteri (e di quello amministrativo in particolare) fondato sul principio dell'elemento soggettivo (dolo o colpa, in questo caso la colpa dell'apparato amministrativo), quale nesso strutturale che consente di legare il fatto al suo autore sotto il profilo causale, secondo i criteri generali della responsabilità aquiliana. Né – come pare paventare l'appellante – può sostenersi che tale diverso assetto viola i principi di uguaglianza e di ragionevolezza: risponde, anzi, ad un interesse costituzionalmente garantito e meritevole di tutela, il principio della valorizzazione dell'imputabilità soggettiva del fatto al suo autore, anche ai fini dell'effettività del giudizio di disvalore (in termini di riprovevolezza e di rimproverabilità) che l'ordinamento esprime verso determinate condotte». In dottrina, si v.: M. PROTTO, *Per il diritto europeo la responsabilità della p.a. non richiede la prova dell'elemento soggettivo*, in *Urb. e app.*, 2005, pp. 36 e ss.; B. BOSCHETTI, *Natura oggettiva della responsabilità per danni in materia di appalti: nuovi fondamenti tra norme e principi*, in *ibidem*, 2013, pp. 162 e ss., la quale giustamente evidenzia come la sentenza in quella sede annotata avesse messo chiaramente in evidenza l'autonomia del modello di responsabilità oggettiva in materia di appalti rispetto ad altre norme di responsabilità e, in particolare, sia al modello normativo della responsabilità contrattuale, sia al modello normativo della responsabilità extracontrattuale disciplinati dal codice civile.