

La valutazione dell'offerta secondo il principio di equivalenza

di Battista Barberio

Data di pubblicazione: 23-3-2021

In base al principio di equivalenza, l'offerente può fornire con qualsiasi mezzo appropriato la prova che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche, fermo restando che la stazione appaltante deve essere messa nelle condizioni di svolgere una verifica effettiva e proficua della dichiarata equivalenza, trovando il principio applicazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti, in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica.

Correlativamente, la Commissione di gara può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla lex specialis.

GUIDA ALLA LETTURA

Con la pronuncia in commento, la IV Sezione del Consiglio di Stato di sofferma sulla questione relativa alla pretesa difformità dell'offerta della società aggiudicataria rispetto ai requisiti minimi richiesti dalla legge di gara, a pena di esclusione, in relazione al c.d. principio di equivalenza.

A tal proposito, il collegio ha rilevato che, in materia di appalti di forniture, trova generale applicazione il principio comunitario dell'equivalenza – trasfuso nell'art. 68 del codice dei contratti pubblici – secondo il quale l'offerente può fornire con qualsiasi mezzo appropriato la prova che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche, fermo restando che la stazione appaltante deve essere messa nelle condizioni di svolgere una verifica effettiva e proficua della dichiarata equivalenza.

A tal proposito occorre rilevare come dottrina e giurisprudenza ormai consolidatasi abbiano unanimemente riconosciuto come la *ratio* di tale principio sia volta a tutelare la libera concorrenza e la *par condicio* tra i concorrenti oltre che la propensione verso l'ulteriore principio del *favor participationis*.

L'applicazione sinergica di tali principi, peraltro, impone all'impresa di provare

adeguatamente l'equivalenza dei suoi prodotti già in sede di deposito dell'offerta, senza tuttavia essere onerati dall'esplicitare una apposita formale dichiarazione circa l'equivalenza funzionale del prodotto offerto, potendo la relativa prova essere fornita con qualsiasi mezzo appropriato.

A tali conclusioni è giunto, dapprima, il costante orientamento pretorio comunitario (Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione IV, sentenza 12 luglio 2018, C-14/17) al quale si è affiancato, anche recentemente, quello del giudice nazionale (Cfr., *ex plurimis* Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2020, n. 7404; Cons. St., sez. III, 18 settembre 2019, n. 6212).

Occorre infatti rilevare come la giurisprudenza prevalente, in diversi arresti, abbia provveduto a perimetrare l'ambito di applicazione del principio di equivalenza evidenziandone i seguenti caratteri:

- il principio di equivalenza "permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica e la possibilità di ammettere a seguito di valutazione della stazione appaltante prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del *favor participationis* e costituisce altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione" (cfr. Cons. Stato, III, n. 4364/2013; n. 4541/2013; n. 5259/2017; n. 6561/2018);

- trova applicazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica e "l'effetto di "escludere" un'offerta, che la norma consente di neutralizzare facendo valere l'equivalenza funzionale del prodotto offerto a quello richiesto, è testualmente riferibile sia all'offerta nel suo complesso sia al punteggio ad essa spettante per taluni aspetti ... e la ratio della valutazione di equivalenza è la medesima quali che siano gli effetti che conseguono alla difformità" (cfr. Cons. Stato, III, n. 6721/2018);

- l'art. 68, comma 7, del d.lgs. 50/2016 non onera i concorrenti di un'apposita formale dichiarazione circa l'equivalenza funzionale del prodotto offerto, potendo la relativa prova essere fornita con qualsiasi mezzo appropriato; la commissione di gara può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla *lex specialis* (cfr. Cons. Stato, III, n. 2013/2018; n. 747/2018).

- esso è testualmente riferibile sia all'offerta nel suo complesso sia al punteggio ad essa spettante per taluni aspetti, poiché la *ratio* della valutazione di equivalenza è la medesima quali che siano gli effetti che conseguono alla difformità (cfr. Cons. Stato, sez. III, 18 settembre 2019, n. 6212);

- negli appalti di fornitura, la produzione in sede di offerta delle schede tecniche dei prodotti è generalmente ritenuta idonea a consentire alla stazione appaltante lo svolgimento del giudizio di idoneità tecnica dell'offerta e di equivalenza dei requisiti del prodotto offerto alle specifiche tecniche (Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2020, n. 2093).

- la difformità dell'offerta rispetto alle caratteristiche tecniche previste nel capitolato di gara per i beni da fornire può risolversi in un "aliud pro alio" idoneo a giustificare, di per sé, l'esclusione dalla selezione; tale rigido automatismo, valido anche in assenza di un'espressa comminatoria escludente, opera tuttavia solo nel caso in cui le specifiche tecniche previste nella legge di gara consentano di ricostruire con esattezza il prodotto richiesto dall'Amministrazione Pubblica e di fissare in maniera analitica ed inequivoca determinate caratteristiche tecniche come obbligatorie ed indefettibili (Cons. Stato, sez. III, 14 maggio 2020, n. 3084);

- ove sussista un margine di ambiguità circa l'effettiva portata delle clausole del bando, riprende vigore il principio residuale che impone di preferire l'interpretazione della *lex specialis* maggiormente rispettosa del principio del *favor participationis* e dell'interesse al più ampio confronto concorrenziale, oltre che della tassatività - intesa anche nel senso di tipicità ed inequivocabilità - delle cause di esclusione (Cons. Stato, sez. III, 14 maggio 2020, n. 3084);

- la Commissione di gara può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla *lex specialis* (Cons. Stato, sentenza n. 7404 del 2020, cit.).

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9662 del 2020, proposto dalla società Cos.Eco. Industrie Group S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Vito Aurelio Pappalepore e Alessandra Ciocia, con domicilio digitale come

da PEC da Registri di Giustizia;

contro

la società O.S.T. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Gianpaolo Fossa, Liberto Losa e Marina Laurenza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

dell'Azienda per i beni comuni di Latina, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluca Alfano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

sul ricorso numero di registro generale 10 del 2021, proposto dall'Azienda per i beni comuni di Latina, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluca Alfano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

la società O.S.T. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Gianpaolo Fossa, Liberto Losa e Marina Laurenza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

della società Cos.Eco. Industrie Group S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Vito Aurelio Pappalepore e Alessandra Ciocia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sezione staccata di Latina, n. 465 del 10 dicembre 2020, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società O.S.T. S.r.l. e dell'Azienda per i Beni Comuni di Latina (appello n. 9662 del 2020) nonché della medesima O.S.T. S.r.l. e di Cos.Eco. Industrie Group S.r.l. (appello n.10 del 2021);

Visti tutti gli atti delle cause;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 febbraio 2021 – tenutasi in videoconferenza da remoto ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020 – il consigliere Silvia Martino;

Uditi gli avvocati Vito Aurelio Pappalepore, Liberto Losa e Gianluca Alfano, per le parti rispettivamente rappresentate;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determina a contrarre n. 130 del 19 novembre 2019 l'Azienda per i beni comuni di Latina indiceva una procedura aperta, ai sensi dell'art. 60, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, per l'affidamento del contratto di fornitura di mezzi per la raccolta dei rifiuti solidi urbani da aggiudicarsi alla stregua del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La procedura veniva suddivisa in otto lotti, per un importo complessivo posto a base di gara di euro 9.254.000,00 oltre IVA, con provvista finanziaria assicurata per gran parte attraverso un finanziamento di Cassa depositi e prestiti S.p.a. e un contributo a fondo perduto dell'Amministrazione provinciale di Latina.

1.1 Per quanto qui interessa, dagli atti di gara risulta quanto segue.

Secondo il par. 3 del Disciplinare (*"Oggetto dell'appalto, importo e suddivisione in lotti"*):

"[...] Lotto n. 4 - CIG 8101903DD9 - Tabella n. 4 – Automezzi a vasca da 7 mc a Carico Posteriore"

SPECIFICHE TECNICHE DELLA FORNITURA 4

Tutte le Attrezzature devono essere nuove di fabbrica e dotate di Certificazione CE quando pertinente.

È compreso nella fornitura: trasporto, installazione e assistenza nella verifica di conformità.

È compresa la formazione del personale della Stazione Appaltante.

La fornitura si completerà con:

- Servizio di garanzia di almeno 24 mesi.*
- Trasporto sul territorio di competenza della Stazione Appaltante.*
- Formazione del personale addetto della durata minima di 12 ore in due sedute, a cura di personale esperto messo a disposizione dalla Ditta aggiudicataria.*
- Certificazione CE*
- Manuale di Uso e Manutenzione*

Tutti gli importi si intendono al netto dell'IVA di legge.

REQUISITI MINIMI DELLA FORNITURA 4

(in assenza dei quali la commissione procederà all'esclusione del concorrente)

Si veda l'Allegato D4 al Capitolato Speciale di Appalto [...].

Il par. 7.2. del Disciplinare riguarda i "requisiti di capacità economica e finanziaria" individuati in

"[...] b) Fatturato globale medio annuo riferito agli ultimi n. 3 esercizi finanziari disponibili non inferiore ad [...] € 1.680.000 IVA esclusa per il Lotto n. 4 - CIG 8101903DD9,

[...] c) Fatturato specifico minimo annuo nel settore di attività oggetto dell'appalto, riferito a ciascuno degli ultimi n. 3 esercizi finanziari disponibili, di [...] € 840.000 IVA esclusa per il Lotto n. 4 - CIG 8101903DD9 [...].

Il par. 7.3. riguarda i "requisiti di capacità tecnica e professionale" individuati in: " d) Esecuzione negli ultimi tre anni delle seguenti forniture analoghe: Il concorrente deve aver eseguito, negli ultimi tre anni antecedenti la data di pubblicazione del presente appalto, forniture analoghe di importo complessivo minimo pari ad: [...] € 560.000 IVA esclusa per il Lotto n. 4 - CIG 8101903DD9; [...].

Secondo il par. 15 del Disciplinare ("Offerta tecnica"): "L'Offerta Tecnica contiene, a pena di esclusione, i seguenti documenti, per ogni lotto al quale si intende partecipare:

a) compilazione dell'Offerta Tecnica sul portale telematico;

b) Relazione Tecnica, dépliant illustrativi e schede tecniche del prodotto offerto. Dalla documentazione tecnica soprarichiamata si dovrà evincere il rispetto dei requisiti minimi di cui agli allegati D1, D2, D3, D4, D5, D6, D7 e D8 al Capitolato Speciale di Appalto, il marchio CE delle attrezzature offerte (solo se richiesto dalla norma vigente in materia) e la dichiarazione di rispetto della norma UNI di riferimento (se esistente). Nella Relazione Tecnica l'operatore economico, a supporto di quanto dichiarato nella Offerta Tecnica, dovrà indicare i dati identificativi completi del centro di assistenza individuato [...]. Dall'Offerta Tecnica si dovrà evincere il rispetto delle caratteristiche minime stabilite negli allegati D1, D2, D3, D4, D5, D6, D7 e D8 al Capitolato Speciale di Appalto, relativamente ai lotti per i quali il concorrente intende partecipare, pena l'esclusione dalla procedura di gara, nel rispetto del principio di equivalenza di cui all'art. 68 del Codice. [...].

Nel capitolato speciale d'appalto viene poi precisato che:

"2.4. LOTTO 4

Le caratteristiche tecniche dei mezzi offerti per il presente lotto dovranno essere conformi a

quelle minime indicate nelle specifiche tecniche di cui all'Allegato D4 al presente capitolato, e dovranno comunque rispondere a quelle previste dalle norme vigenti.

REQUISITI MINIMI DELLA FORNITURA 4

(in assenza dei quali la commissione procederà all'esclusione del concorrente)

Si veda l'Allegato D4 al presente Capitolato Speciale di Appalto.

La scheda tecnica "Allegato D4" è da considerarsi come parte integrante, e quindi non modificabile, del presente Capitolato Speciale d'Appalto. [...].

La scheda tecnica Allegato D4 per quanto riguarda l' "AUTOMEZZO A VASCA DA 7 mc – Carico Posteriore" indica poi i "requisiti minimi della fornitura" in assenza dei quali "la Commissione procederà all'esclusione del concorrente".

L'oggetto della fornitura è individuato nell' "Autocarro allestito su autotelaio a due assi dotato di vasca ribaltabile, realizzato in conformità alla norma EN1501.1 e alle Direttive 2006/42/CE" di cui viene poi elencata una lunga serie di caratteristiche (quelle che qui interessano sono quelle dell'"autotelaio").

1.2. Relativamente al lotto n. 4 pervenivano le offerte delle società OMB s.p.a., Rossi Oleodinamica s.r.l., Cos.Eco. Industrie Group s.r.l., OST s.r.l. e Fratelli Mazzocchia s.p.a.

1.3. In data 19 dicembre 2019 la stazione appaltante pubblicava un primo chiarimento sulla richiesta "Lotto 4. Confermate la richiesta di veicoli da 7,5 ton di PTT con impianti frenanti misti?" affermando che: "L'impianto frenante richiesto è quello descritto in allegato D4 al capitolato speciale d'appalto".

1.3.1. In data 27 gennaio 2020 l'Azienda appaltante, in risposta a una richiesta di chiarimenti circa la possibilità di fornire un impianto frenante e il freno di stazionamento diversi da quelli indicati nei documenti di gara, pubblicava un ulteriore chiarimento, del seguente tenore: "L'impianto frenante e il freno di stazionamento dovranno essere compatibili con l'allestimento proposto".

1.4. La società Cos.Eco., nella "Relazione e scheda tecnica" allegata all'offerta, dichiarava, tra l'altro, che "Tutte le attrezzature prodotte sono costruite con materiali esenti da difetti, secondo processi che prevedono controlli di qualità durante tutte le fasi di produzione e sono rispondenti a tutte le norme di legge vigenti in Italia e nella CEE (Direttiva Macchine 2006/42/CE e sue successive modificazioni ed integrazioni) con particolare riferimento a quelle antifortunistiche[...]. Le attrezzature relative all'allestimento dei veicoli sono conformi a tutte le norme applicabili alla tipologia di attrezzatura ed in particolare alla UNI EN 1501-1 ed alla Direttiva Macchine 2006/42/CE attualmente in vigore, di targhetta indicante il livello di rumorosità e di dichiarazione di conformità previste dalle vigenti leggi e norme [...].

1.5. All'esito delle operazioni di gara, l'offerta presentata dalla Cos.Eco. Industrie Group S.r.l.

veniva ritenuta la migliore con un punteggio totale di 87/100 (67 dei quali per l'offerta tecnica e 20 per quella economica), mentre quella proposta da OST s.r.l. risultava graduata al secondo posto, con un punteggio totale di 81,863/100 (65 per la componente tecnica e 16,863 per la parte economica).

1.6. Dopo la verifica della congruità delle offerte classificate al primo e al secondo posto, con nota prot. n.1641 del 12 agosto 2020 la commessa veniva aggiudicata alla predetta Cos.Eco. Industrie Group S.r.l..

1.7. La società OST S.r.l. impugnava innanzi al TAR di Latina il provvedimento di aggiudicazione, unitamente agli atti presupposti, articolando i seguenti due motivi:

1) *Violazione dell'art. 94, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 - Violazione della lex specialis di gara, Capitolato speciale, Allegato D4 - Eccesso di potere per travisamento e illogicità manifesta.*

L'offerta vincitrice sarebbe stata formulata in contrasto con i requisiti minimi prescritti dalla stazione appaltante a pena di esclusione, avendo l'aggiudicataria offerto un automezzo munito di impianto frenante e freno di stazionamento non conformi a quanto inderogabilmente preteso dai documenti di gara (i.e. un impianto frenante con circuito idraulico anziché pneumatico e un freno di stazionamento manuale sull'albero di trasmissione anziché un freno di stazionamento pneumatico sull'asse posteriore). Quanto, poi, ai "chiarimenti" della stazione appaltante, essi non avrebbero potuto attribuire alle disposizioni della *lex specialis* significati diversi da quelli che risultano dal testo dovendosi, in caso di contrasto, dare la prevalenza alle clausole della *lex specialis*, secondo consolidata giurisprudenza. Né sarebbe stato configurabile un onere di impugnazione autonoma dei chiarimenti stessi (Cons. Stato, Sez. III, 4 febbraio 2020, n. 875).

In ogni caso, il "chiarimento" del 27 gennaio 2020 sarebbe stato illegittimo e meritevole di annullamento anzitutto per violazione dei principi di buon andamento dell'Amministrazione, essendo detti chiarimenti, a dire della ricorrente, in contrasto con la *lex specialis* di gara nonché facenti riferimento ad elementi di estrema vaghezza e palesemente equivoci;

2) *Violazione dell'art. 6, l. 7 agosto 1990 n. 241 - Eccesso di potere per carenza di istruttoria.*

La stazione appaltante non avrebbe proceduto a verificare la conformità delle offerte presentate ai requisiti minimi prescritti a pena di esclusione dal bando e dal capitolato speciale.

1.8. Si costituivano in giudizio l'Azienda per i beni comuni di Latina e la società contro interessata la quale interponeva, altresì, ricorso incidentale lamentando, attraverso un unico complesso mezzo di gravame, la mancata esclusione della società ricorrente, in rapporto alla nullità del contratto di avvalimento con la SOCRAM Meccanica s.r.l., riguardante i requisiti relativi al fatturato globale, al fatturato specifico e a quello relativo all'esecuzione delle forniture analoghe richiesti dai documenti di gara.

Il contratto sarebbe stato nullo per indeterminatezza dell'oggetto, non recando la specifica

indicazione delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria a beneficio di quella ausiliata.

2. Con la sentenza oggetto dell'odierna impugnativa il TAR:

a) ha accolto il primo motivo del ricorso principale;

b) ha assorbito l'esame del secondo motivo del ricorso principale;

c) per l'effetto, ha annullato gli atti impugnati;

c) ha respinto il ricorso incidentale;

d) ha condannato l'Azienda per i beni comuni di Latina al pagamento delle spese di lite, mentre le ha compensate tra le società ricorrente e la società contro interessata.

3. La sentenza è stata impugnata dalla società Cos. Eco. (RG n. 9662 del 2020), che ha articolato due complessi motivi.

3.1. Con il primo motivo, la società ha contestato la reiezione del ricorso incidentale di primo grado.

Al riguardo, ha sottolineato che il requisito previsto dall'art. 7.3 del disciplinare, anche sul piano letterale, integra, a differenza di quanto ritenuto dal TAR, un requisito di capacità tecnica e professionale, in relazione al quale il contratto di avvalimento avrebbe dovuto indicare specificamente le risorse messe a disposizione dell'impresa ausiliata.

3.2. Con il secondo motivo, l'appellante ha contestato l'accoglimento del ricorso principale di primo grado facendo rilevare quanto segue:

- le asserite difformità dell'offerta non riguardano l'attrezzatura che compone il bene oggetto di fornitura del Lotto 4, costituito da *"Automezzi a vasca da 7 mc a Carico Posteriore"*, bensì le *"Caratteristiche dell'autotelaio cabinato"*. La società rammenta che l'autotelaio cabinato è realizzato da soggetti terzi, secondo una specifica tecnologia sperimentata dai costruttori degli automezzi ad uso industriale (IVECO; ISUZU; MERCEDES; RENAULT; MITSUBISHI); la sovrastruttura che compone il mezzo offerto è, invece, realizzata da operatori specializzati nel settore, come l'appellante, utilizzando autotelai aventi le caratteristiche richieste dalle committenti e coerenti con il prodotto finito da fornire;

- la stazione appaltante, in sede di riscontro ad uno specifico quesito posto da un operatore economico riguardante le caratteristiche tecniche dell'autotelaio, si è limitata a ribadire principi ormai pacifici relativamente alla possibilità di avvalersi del principio di equivalenza funzionale, di matrice comunitaria;

- le "specifiche tecniche" riguardanti le caratteristiche dei mezzi, sono per definizione fungibili, nel senso che ben può il sistema frenante pneumatico essere sostituito con uno idraulico, in

quanto entrambi sono idonei per conseguire l'omologazione del mezzo in attuazione della disciplina comunitaria;

- pure censurabile sarebbe il capo della sentenza impugnata in cui è stato valorizzato il fatto che l'appellante non avesse dimostrato già nella propria offerta la corrispondenza di quanto proposto alle specifiche tecniche predisposte dalla p.a.; la ricorrente principale, nel proprio libello, non aveva articolato nessuna censura relativa alla completezza dell'offerta dell'aggiudicataria, né in ordine alla pretesa mancanza della dichiarazione di equivalenza funzionale;

- ad ogni buon conto l'art. 68, comma 7, del Codice dei contratti pubblici non onera i concorrenti di un'apposita formale dichiarazione circa l'equivalenza funzionale del prodotto offerto, potendo la relativa prova essere fornita con qualsiasi mezzo appropriato. La Commissione di gara può anzi effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, qualora dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla *lex specialis*;

- nella fattispecie, i concorrenti hanno peraltro fatto affidamento sui chiarimenti resi dalla stazione appaltante in ordine alla possibilità di presentare un veicolo con differente impianto frenante;

- dal raffronto delle schede tecniche potrebbe altresì evincersi come, seguendo la tesi avallata dal TAR, solo l'autotelaio fornito dalla IVECO sarebbe, in tesi, in grado di soddisfare tutti i requisiti prestazionali richiesti dal capitolato speciale; con la conseguenza che l'avversa prospettazione porterebbe all'aberrante conclusione che la stazione appaltante abbia inteso confezionare una tipica ipotesi di c.d. "bando fotografia", tale da consentire ai concorrenti di partecipare alla gara solo qualora avessero utilizzato autotelai realizzati da IVECO;

- non sarebbe pertanto un caso che ben 4 concorrenti su 5, recependo il chiarimento fornito da ABC, abbiano proposto automezzi con impianto frenante idraulico e freno di stazionamento sull'albero di trasmissione.

4. Si è costituita, per resistere, la società OST che, con memoria in data 7 gennaio 2021, oltre ad articolare le proprie controdeduzioni, ha riproposto il secondo motivo del ricorso principale non esaminato in primo grado.

5. Si è costituita l'Azienda appaltante, per aderire all'appello di Cos. Eco. nella sola parte in cui esso contrasta l'accoglimento del ricorso principale di primo grado.

6. Con decreto n. 7185 del 14 dicembre 2020 è stata respinta la domanda di misure cautelari monocratiche.

6.1. Alla camera di consiglio del 14 gennaio 2021 l'esame dell'istanza cautelare è stato rinviato all'udienza pubblica di discussione della causa nel merito.

7. Le parti hanno depositato memorie conclusionali e di replica, in vista della pubblica udienza

del 25 febbraio 2021.

8. La sentenza n. 465 del 2020 del TAR di Latina è stata impugnata anche dall'Azienda per i beni comuni di Latina (RG n. 10/2021) che ha articolato un unico complesso mezzo di gravame (da pagina 5 a pagina 13).

9. L'Azienda ha sottolineato, in primo luogo, che il chiarimento reso in data 27 gennaio 2020 riguardava la possibilità di fornire veicoli con qualsiasi impianto frenante purché in grado di supportare l'allestimento del mezzo offerto consistente, nel caso di specie, in un "Autocarro allestito su autotelaio da 7,5 tonnellate realizzato in conformità alla norma EN 1501.1 e alla Direttiva 2006/42/CE" (scheda tecnica D4, pag. 1).

Tutti i concorrenti, ad eccezione di OST, hanno recepito il chiarimento e, conseguentemente, offerto un mezzo con impianto frenante idraulico e freno di stazionamento sull'albero di trasmissione.

In tal senso è anche l'offerta presentata da Cos.Eco, la quale ha proposto un mezzo da 7,5 ton con impianto frenante idraulico realizzato in conformità alla normativa UNI EN 1501-1 ed alla Direttiva Macchine 2006/42/CE.

Il mezzo offerto dall'aggiudicataria deve pertanto considerarsi "compatibile con l'allestimento proposto" e conforme alle richieste della stazione appaltante.

10. Si è costituita, per resistere, la ditta OST.

11. Con memoria in data 18 gennaio 2021 la società appellata ha riproposto il secondo motivo del ricorso principale non esaminato in primo grado.

12. Si è costituita la società Cos.Eco. per aderire all'appello limitatamente alla parte in cui esso contrasta l'accoglimento del ricorso principale di primo grado.

13. Le parti hanno depositato memorie conclusionali e di replica.

14. Entrambi gli appelli – senza che sia stata ulteriormente coltivata l'istanza cautelare - sono passati in decisione alla pubblica udienza del 25 febbraio 2021, ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020.

15. In via preliminare, va disposta la riunione degli appelli in epigrafe, in quanto proposti avverso la medesima sentenza.

16. Sempre in via preliminare si rileva che, per effetto della interposizione degli appelli e della riproposizione del motivo il cui esame è stato assorbito dal TAR, è riemerso l'intero *thema decidendum* sicché, per comodità espositiva, saranno prese in esame direttamente le censure poste a sostegno del ricorso proposto in prime cure (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. IV, sentenza, n. 7325 del 2020; id., sez. IV, n. 1130 del 2016; id., sez. V, n. 5865 del 2015; id., sez. V, n. 5868 del 2015).

All'uopo, si farà peraltro riferimento alle sole censure articolate ritualmente, ovvero a quelle poste a sostegno del ricorso principale (e di quello incidentale) che delimitano, ex art. 104 c.p.a., l'oggetto del giudizio, non potendosi tenere conto di censure dedotte in primo grado con memorie non notificate (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. IV, sentenza n. 2999 del 2018).

17. Il primo motivo del ricorso principale instaurato in primo grado verte sulla pretesa difformità dell'offerta della società aggiudicataria rispetto ai requisiti minimi richiesti dalla legge di gara a pena di esclusione.

17.1. Giova ricordare che, in materia di appalti di forniture, trova generale applicazione il principio, di matrice comunitaria, dell'equivalenza, diretto a tutelare la libera concorrenza e la *par condicio* tra i partecipanti alle gare.

Esso è oggi compendiato nell'art.68 del codice dei contratti pubblici che attua l'art. 42 della direttiva 2014/24/UE.

In base a tale principio, l'offerente può fornire con qualsiasi mezzo appropriato la prova che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche, fermo restando che la stazione appaltante deve essere messa nelle condizioni di svolgere una verifica effettiva e proficua della dichiarata equivalenza.

Il principio di equivalenza permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica.

La possibilità di ammettere, a seguito di valutazione della stazione appaltante, prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del *favor participationis* e costituisce altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione.

Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza esigono peraltro che l'offerente provi l'equivalenza dei suoi prodotti contestualmente all'offerta (Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione IV, sentenza 12 luglio 2018, C-14/17).

Il principio trova altresì applicazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti, in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica.

Esso è testualmente riferibile sia all'offerta nel suo complesso sia al punteggio ad essa spettante per taluni aspetti, poiché la *ratio* della valutazione di equivalenza è la medesima quali che siano gli effetti che conseguono alla difformità (cfr. Cons. Stato, sez. III, 18 settembre 2019, n. 6212).

I concorrenti non sono peraltro onerati di una apposita formale dichiarazione circa l'equivalenza funzionale del prodotto offerto, potendo la relativa prova essere fornita con qualsiasi mezzo appropriato; la Commissione di gara può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla *lex specialis* (cfr. Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2020, n. 7404).

Negli appalti di fornitura, la produzione in sede di offerta delle schede tecniche dei prodotti è quindi generalmente ritenuta idonea a consentire alla stazione appaltante lo svolgimento del giudizio di idoneità tecnica dell'offerta e di equivalenza dei requisiti del prodotto offerto alla specifiche tecniche (Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2020, n. 2093).

Pertanto, una volta che l'Amministrazione, anche implicitamente, abbia proceduto in tal senso, la scelta tecnico - discrezionale può essere inficiata soltanto qualora se ne dimostri l'erroneità (Cons. Stato, sez. III 13 dicembre 2018 n. 7039).

Resta peraltro fermo che *“la difformità dell'offerta rispetto alle caratteristiche tecniche previste nel capitolato di gara per i beni da fornire può risolversi in un “aliud pro alio” idoneo a giustificare, di per sé, l'esclusione dalla selezione; tale rigido automatismo, valido anche in assenza di un'espressa comminatoria escludente, opera tuttavia solo nel caso in cui le specifiche tecniche previste nella legge di gara consentano di ricostruire con esattezza il prodotto richiesto dall'Amministrazione Pubblica e di fissare in maniera analitica ed inequivoca determinate caratteristiche tecniche come obbligatorie ed indefettibili”* (Cons. Stato, sez. III, 14 maggio 2020, n. 3084).

17.2. Ciò posto, nel caso di specie, risulta quanto segue.

In primo luogo, così come sottolineato dall'Azienda appellante, la difformità della proposta Cos. Eco. riguarda non già, complessivamente, “il bene offerto” bensì una sua singola, specifica componente.

In secondo luogo - sebbene in più passaggi faccia riferimento alle *“caratteristiche minime della fornitura, da osservarsi a pena di esclusione”* - la disciplina di gara richiama tuttavia esplicitamente anche il principio di equivalenza, quale parametro della valutazione dell'aderenza dell'offerta ai requisiti richiesti (cfr. l'art. 15 del disciplinare, in precedenza riportato).

La società appellata, al riguardo, ha sostenuto che le caratteristiche dell'impianto frenante qui in contestazione corrisponderebbero ad una specifica esigenza dell'Azienda appaltante, sicché la loro difformità comporterebbe in realtà la sostituzione a quello richiesto di un bene diverso.

Tuttavia, essa non ha potuto indicare quali specifici atti di gara consentano di pervenire a tale conclusione o, comunque, quale particolare ragione l'Azienda appellante avrebbe ragionevolmente potuto avere per considerare insostituibili *“l'impianto frenante con circuito pneumatico”* e il *“freno di stazionamento pneumatico sull'asse posteriore”*.

A tal fine, risultano invero irrilevanti le schede dei produttori, esibite in giudizio, circa le maggiori *performance* assicurate dal circuito frenante di tipo pneumatico, atteso che tali caratteristiche non vanno valutate in sé bensì in rapporto ai fini perseguiti dall'Amministrazione aggiudicatrice.

In sostanza - attesa la valenza generale del principio di equivalenza, richiamato

espressamente ed indifferentemente dalla disciplina di gara in relazione a tutte le caratteristiche, pur considerate “minime” della fornitura - non vi è alcun elemento dal quale sia possibile inferire che la difformità dell’offerta di Cos. Eco., rispetto ad alcune delle caratteristiche indicate dal capitolato, si risolva in un vero e proprio “*aliud pro alio*” idoneo a giustificare, di per sé, l’esclusione dalla selezione.

Come già ricordato, questo rigido automatismo, valido anche in assenza di una espressa comminatoria escludente, opera nel solo caso in cui le specifiche tecniche previste nella legge di gara consentano di ricostruire con esattezza il prodotto richiesto dall’Amministrazione e quindi di individuare in maniera analitica ed inequivoca determinate caratteristiche tecniche come indefettibili.

Tuttavia, ove questa certezza non vi sia e sussista al contrario un margine di ambiguità circa l’effettiva portata delle clausole del bando, riprende vigore il principio residuale che impone di preferire l’interpretazione della *lex specialis* maggiormente rispettosa del principio del *favor participationis* e dell’interesse al più ampio confronto concorrenziale, oltre che della tassatività - intesa anche nel senso di tipicità ed inequivocabilità - delle cause di esclusione (Cons. Stato, sez. III, 14 maggio 2020, n. 3084).

In tal senso, nella fattispecie, assume poi significativo rilievo il “chiarimento” fornito dalla stazione appaltante in data 27 gennaio 2020 circa l’ammissibilità di un impianto frenante e di un freno di stazionamento “*compatibili con l’allestimento proposto*” e quindi non necessariamente corrispondenti a quelli della tipologia richiamata nella scheda D4.

Relativamente alla legittimità di siffatto chiarimento, pure contestata dalla società OST, giova richiamare l’obbligo di trasparenza che incombe sulla stazione appaltante.

Esso richiede che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d’oneri, in modo che, da un lato, si permetta a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l’esatta portata e d’interpretarle allo stesso modo e, dall’altro, all’autorità aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte degli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l’appalto in questione (Corte di giustizia UE , sez. IX , 2 maggio 2019 , n. 309).

Conseguentemente, quando in corso di gara viene formulata una specifica richiesta di chiarimenti, la risposta della stazione appaltante radica, quantomeno, un notevole affidamento in capo al concorrente relativamente all’interpretazione del disciplinare di gara (Cons. giust. amm. 17 luglio 2015, n.563).

Nel caso in esame, a fronte del tenore testuale della *lex specialis*, quale in precedenza riportato, il chiarimento della stazione appaltante non riveste quindi carattere manipolativo bensì semplicemente esplicativo del fatto che la specifica tipologia di impianto frenante (dell’autotelaio cabinato) indicata nel capitolato non costituiva un elemento essenziale ed indefettibile dell’offerta.

Risultava conseguentemente ineludibile la tutela dell'affidamento delle imprese che avevano confidato nell'attendibilità del chiarimento e che non potevano essere escluse per essersi conformate ad esso nella redazione dell'offerta.

17.3. In aggiunta a tali considerazioni, va altresì rimarcato che la società appellata, in sede di ricorso introduttivo, non aveva contestato che non vi fosse equivalenza funzionale, sul piano tecnico, tra i sistemi frenanti dell'autotelaio cabinato indicato nell'offerta Cos. Eco. e quelli indicati dalla *lex specialis*, né aveva articolato specifiche critiche in ordine alla completezza dell'offerta dell'aggiudicataria con riguardo alla c.d. dichiarazione di equivalenza funzionale.

Deve pertanto convenirsi con le parti appellanti che tutte le considerazioni svolte dal TAR circa l'assenza di dimostrazione di tale equivalenza funzionale, o comunque in ordine all'incompletezza dell'offerta, esulavano dal *thema decidendum*, siccome delimitato dall'atto introduttivo del giudizio.

Ad ogni buon conto, sotto questo profilo, è sufficiente ricordare che l'art. 68 del codice dei contratti pubblici, a differenza di quello previgente, non onera i concorrenti di un'apposita formale dichiarazione circa l'equivalenza funzionale del prodotto offerto, potendo la relativa prova essere fornita con qualsiasi mezzo appropriato.

Correlativamente, la Commissione di gara può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla *lex specialis* (Cons. Stato, sentenza n. 7404 del 2020, cit.).

17.3.1. Nella fattispecie, la società aggiudicataria, mediante la scheda tecnica esibita in sede di gara, ha dato la prova dell'equivalenza attraverso l'indicazione della conformità del prodotto offerto alla norma UNI EN 1501.1 e alla Direttiva 2006/42/CE, entrambe espressamente richiamate dall'Allegato D4 al capitolato speciale.

Né sono state smentite dalla società appellata le affermazioni della stazione appaltante circa la rispondenza dei mezzi offerti alle norme internazionali armonizzate, e alle direttive europee, richiamate espressamente dalle schede tecniche allegate agli atti di gara.

Sicché – in relazione all'implicita valutazione di conformità effettuata in sede di esame dell'offerta tecnica di Cos. Eco. – era semmai l'originaria ricorrente a doverne provare la mancanza di equivalenza (sostanziale) alla specifiche richiamate negli atti di gara.

17.4. Anche il secondo motivo del ricorso principale, articolato in primo grado e riproposto in appello, è infondato.

Si tratta, invero, di un motivo non solo del tutto generico ma comunque smentito dagli atti di gara, ed in particolare dalla verifica di congruità, la quale è stata effettuata sia in relazione all'offerta di Cos. Eco. che a quella di OST.

18. Per quanto appena argomentato, gli appelli meritano accoglimento, con la conseguente reiezione, in riforma della sentenza impugnata, del ricorso principale instaurato in primo grado.

Il rigetto del ricorso principale comporta altresì, in applicazione dei principi elaborati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (decisione n. 5 del 2015, par. 9.3.4.2.), l'assorbimento logico necessario dell'esame del ricorso incidentale di primo grado.

19. Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, n. 9662 del 2020 e n. 10 del 2021, di cui in premessa, li accoglie.

Per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso principale e dichiara improcedibile il ricorso incidentale come proposti in primo grado.

Condanna la società OST s.r.l. al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio, che vengono complessivamente liquidate in euro 10.000, 00 (diecimila/00) in favore dell'Azienda per i beni comuni di Latina, ed euro 10.000, 00 (diecimila/00) in favore della società Cos. Eco. Industrie Group s.r.l., oltre I.V.A., C.P.A. e rimborso spese generali al 15%, come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2021 – tenutasi in videoconferenza da remoto.