

Sulla modificabilità delle prescrizioni della *lex specialis*

di Michela Pignatelli

Data di pubblicazione: 3-6-2019

1. *Va infatti fatta applicazione del principio generale, dal quale non vi è evidente ragione di discostarsi nel caso di specie, secondo cui l'amministrazione che indice una procedura selettiva è vincolata al rispetto delle previsioni della lex specialis della procedura medesima, le cui prescrizioni risultano intangibili e non possono essere modificate o disapplicate, salvo naturalmente l'eventuale esercizio del potere di autotutela. La stazione appaltante non conserva perciò alcun margine di discrezionalità nella concreta attuazione delle prescrizioni di gara, né può disapplicarle, neppure nel caso in cui alcune di tali regole eventualmente risultino inopportune o incongruamente formulate, salva la possibilità di procedere all'annullamento ex officio delle stesse.*
2. *Invero, se è indubbio che compete alla stazione appaltante individuare, alla luce delle proprie specifiche esigenze, le caratteristiche dei beni oggetto della prestazione d'appalto, è parimenti vero che una volta definitele all'interno della lex specialis di gara, le stesse diventano vincolanti ed immodificabili non solo per gli operatori economici che intendano partecipare alla procedura concorrenziale, dovendo ad esse conformare il contenuto delle proprie offerte, ma pure per la stessa stazione appaltante, che non può mutarle in corso di gara, neppure per via interpretativa.*
3. *Neppure è persuasiva la tesi secondo cui opererebbe, nella materia su cui si verte, un immanente e generale principio di equivalenza delle specifiche tecniche, non risultandone integrati, nel caso di specie, i presupposti: il principio, concepito a tutela della concorrenza, trova applicazione nel senso che qualora siano inserite nella legge di gara delle specifiche tecniche a tal punto dettagliate da poter individuare un dato prodotto in maniera assolutamente precisa, ipotesi che qui non ricorre, per favorire la massima partecipazione deve essere data la possibilità della proposta che ottemperi in maniera equivalente agli stessi requisiti.*

Guida alla lettura

La sezione Quinta del Consiglio di Stato con la sentenza in rassegna, aderendo all'orientamento consolidato sulla questione, ha stabilito che le prescrizioni della *lex specialis* risultano intangibili e che le stesse non possono essere modificate o disapplicate, né dall'operatore economico, né dalla stazione appaltante, salva per quest'ultima la possibilità di annullamento in autotutela.

La sezione ha, inoltre, chiarito che è possibile ricorrere al principio di equivalenza delle specifiche tecniche solo nell'ipotesi in cui nella legge di gara siano inserite delle specifiche

tecniche talmente dettagliate da poter individuare un determinato prodotto in maniera assolutamente precisa, ipotesi che ad avviso del Collegio non ricorre nel caso di specie.

Per comprendere compiutamente le statuizioni del Consiglio di Stato è opportuno ripercorrere brevemente la vicenda giudiziaria che ha condotto alla pronuncia in rassegna.

La Città Metropolitana di Roma pubblicava un bando di gara con il quale indicava una procedura aperta per la fornitura di mezzi per la raccolta domiciliare dei rifiuti nel Comune di Civitavecchia, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Presentavano domanda di partecipazione due imprese e la stazione appaltante provvedeva ad aggiudicare la gara nei confronti di una delle due imprese.

La seconda classificata impugnava l'aggiudicazione, chiedendone l'annullamento e il proprio subentro, sulla base dell'assunto secondo cui il prodotto offerto dalla aggiudicataria sarebbe risultato non conforme alle specifiche tecniche richieste dalla *lex specialis*.

In particolare, la seconda classificata sosteneva che nell'offerta presentata dalla prima classificata, vi sarebbe stata una differenza strutturale e prestazionale rispetto a quanto richiesto dalla legge di gara, posto che il cambio installato dalla prima classificata non corrispondeva pienamente alle caratteristiche tecniche indicate nella *lex specialis*.

I Giudici di prime cure accoglievano il ricorso e per l'effetto annullavano l'aggiudicazione.

Interponeva appello la prima classificata, sostenendo che la distinzione tra i due campi non operava sul piano funzionale, svolgendo entrambi una funzionalità completamente automatica, e che, in ogni caso, i Giudici di prime cure avrebbero sostituito il proprio giudizio tecnico discrezionale a quello della stazione appaltante.

La ricorrente in appello sosteneva, altresì, che nell'ipotesi in oggetto, essendo stato descritto il cambio con estrema precisione, la stazione appaltante avrebbe dovuto prevedere l'operatività del cd principio di equivalenza.

I Giudici di Palazzo Spada, rigettavano l'appello e confermavano il giudizio di primo grado.

Le questioni di diritto su cui è stato chiamato a pronunciarsi il Consiglio di Stato, riguardano da un lato la possibilità di derogare alle prescrizioni inserite nella *lex specialis*, e dall'altro, l'ampiezza del principio di equivalenza.

Nel dirimere la questione in oggetto, i Giudici di Palazzo Spada hanno fatto applicazione della giurisprudenza consolidata sul punto, secondo cui: *l'amministrazione che indice una procedura selettiva è vincolata al rispetto delle previsioni della lex specialis della procedura medesima, le cui prescrizioni risultano intangibili e non possono essere modificate o disapplicate, salvo naturalmente l'eventuale esercizio del potere di autotutela. La stazione appaltante non conserva perciò alcun margine di discrezionalità nella concreta attuazione delle prescrizioni di gara, né può disapplicarle, neppure nel caso in cui alcune di tali regole*

eventualmente risultino inopportunamente o in congruamente formulate, salva la possibilità di procedere all'annullamento ex officio delle stesse (CFR ex multis Consiglio di Stato, sez. V, n. 1173/2016).

In altre parole, la pubblica amministrazione, nel momento in cui pubblica un bando si auto vincola allo stesso, non potendosi più discostare, eccetto la possibilità di annullamento in autotutela per illegittimità o per inopportunità dello stesso.

Conseguentemente, in virtù del principio generale sopra enunciato, non può ritenersi ammissibile un'offerta che si discosti, per le caratteristiche tecniche, da quanto richiesto richiesto dalla legge di gara.

Con il secondo motivo di appello, la ricorrente lamentava la violazione dei principi di massima concorrenzialità e di tassatività delle clausole di esclusione, sostenendo che solo la stazione appaltante avrebbe potuto stabilire ciò che era essenziale ai fini della partecipazione alla gara.

Sul punto, i Giudici di Palazzo Spada, nel ritenere infondato il motivo di appello, da un lato hanno ribadito l'intangibilità, anche da parte della pubblica amministrazione, di quanto stabilito nella legge di gara, e dall'altro, pur riconoscendo il principio generale di equivalenza, hanno perimetrato le ipotesi in cui lo stesso può essere invocato.

In particolare, il Collegio, afferma l'esistenza di una clausola di equivalenza sottesa al principio del *favor participationis*, in virtù della quale l'offerente può provare che le soluzioni da lui proposte ottemperano, in maniera equivalente, ai requisiti richiesti dalle specifiche tecniche, con la conseguente ammissibilità della propria offerta.

Tuttavia, la clausola di equivalenza non opera per ogni gara, posto che altrimenti opinando non vi sarebbe mai una regola certa, ma è circoscritta alle ipotesi in cui la stessa legge di gara, sia formulata in maniera talmente dettagliata e precisa, da consentire l'individuazione esatta del procedimento di produzione, del marchio o del brevetto.

In siffatte ipotesi, la mancata previsione di una clausola di equivalenza, sacrificerebbe il principio del *favor participationis*, posto che nessun operatore sarebbe in grado di presentare un progetto ammissibile.

Conseguentemente, nei casi sopra individuati l'ordinamento prevede una valvola di sicurezza per consentire la massima partecipazione alle gare.

Tuttavia, i Giudici di Palazzo Spada, hanno ritenuto che nell'ipotesi in oggetto la regola sopra enunciata non potesse trovare applicazione, posto che non ricorreva la condizione per l'operatività della clausola di equivalenza, poiché la legge di gara non individuava una tipologia di prodotto dettagliata, ma richiedeva delle caratteristiche tecniche per il cambio automatico, idonee ad essere soddisfatte dagli operatori del settore.

Nel caso di specie, infatti, non sono stati ravvisati i presupposti per l'operatività della clausola di equivalenza, in quanto le specifiche tecniche non limitavano il pari accesso agli offerenti e

non comportavano la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura dei contratti pubblici alla concorrenza.

Per le motivazioni di cui sopra, la sezione V ha rigettato l'appello, confermando la sentenza di primo grado.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 22 del 2019, proposto da Farid Industrie s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Brunetti ed Alfredo Vitale, con domicilio digitale come da Pec Registri giustizia;

contro

Città Metropolitana di Roma Capitale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanna Albanese, con domicilio digitale come da Pec Registri di giustizia;

nei confronti

Fratelli Mazzocchia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Xavier Santiapichi, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni, n. 44;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, n. 11811/2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fratelli Mazzocchia s.p.a. e della Città Metropolitana

di Roma Capitale, che ha spiegato anche appello incidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo di sentenza n. 2540 del 19 aprile 2018;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 aprile 2019 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Alfredo Vitale, Giovanna Albanese e Nicoletta Tradardi, in dichiarata delega dell'avvocato Xavier Santiapichi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato in data 17 ottobre 2017 la Città Metropolitana di Roma Capitale indiceva una procedura aperta per la fornitura di mezzi per la raccolta domiciliare dei rifiuti urbani nel Comune di Civitavecchia, relativamente, tra l'altro, a "*Lotto n. 1 - n. 10 minicompattatori da 10 mc a due ass*" e "*Lotto n. 2 - n. 5 attrezzature di costipazione rifiuti a vasca ribaltabile da 7 mc da installare su autocabinati a due ass*", da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.1. In relazione al lotto 1 prendevano parte alla gara le Società Fratelli Mazzocchia s.p.a. e Farid Industrie s.p.a., entrambe ammesse in sede di preselezione.

Il Presidente del Seggio di Gara nominava la commissione giudicatrice con tecnici individuati dal Comune di Civitavecchia, stante la mancanza, presso la stazione unica appaltante, di specifiche professionalità tecniche; detta commissione eseguiva la valutazione delle offerte tecniche relativamente agli elementi discrezionali e trasmetteva gli atti alla stazione appaltante per la valutazione dei criteri quantitativi non discrezionali e/o automatici e delle offerte economiche.

1.2. All'esito della valutazione delle offerte nella seduta del 23 aprile 2018 la commissione stilava la graduatoria, che vedeva prima graduata la Farid Industrie, con 91,19 punti (di cui 61,19 per l'offerta tecnica e 30 per quella economica, avendo proposto un ribasso percentuale del 6,65%) e seconda la Fratelli Mazzocchia con 72,10 punti (di cui 58,80 per l'offerta tecnica e 13,31 per quella economica, avendo proposto un ribasso percentuale del 2,95%).

1.3. In data 4 maggio 2018 la Fratelli Mazzocchia sollecitava la stazione appaltante "*a rivedere attentamente le offerte tecniche dei concorrenti*", poiché la minima differenza di prezzo tra le offerte presentate (pari 5.665,070 euro) lasciava ipotizzare la non conformità del prodotto offerto dalla Farid Industrie s.p.a. rispetto a quanto richiesto dalla specifica tecnica facente parte della *lex specialis*, relativamente alla previsione di un cambio totalmente automatico a 5 marce avanti più retromarcia, rilevando come "*la presenza o meno di un suo componente potrebbe determinare una differenza economica rilevante [...] inoltre è cosa risaputa tra gli*

allestitori che l'approvvigionamento di questo componente da parte del costruttore IVECO implica un tempo più lungo (almeno 30 giorni) rispetto alla fornitura di altre versioni del cambio".

Nella seduta del 10 maggio 2018 la commissione di gara procedeva all'esame delle schede tecniche allegata agli atti di gara, decidendo di *"inoltrare una richiesta di chiarimenti alla FARID in base a quanto dichiarato dal rappresentante della Fratelli Mazzocchia Spa e di quanto risulta dall'offerta tecnica di FARID. La risposta della FARID dovrà contenere una conferma ufficiale della IVECO casa produttrice che confermi che il mezzo offerto da FARID 6AS700 è un mezzo dotato di cambio totalmente automatico come previsto dalle schede tecniche agli atti di gara"*. Al riguardo nell'Allegato A-Autotelaio all'offerta tecnica di Farid Industrie, a "pag.9, si legge *"IVECO ML120EL21/P, cambio di velocità 6S700, cerchiato in rosso "Disponibile a richiesta cambio automatizzati Eurotronic 6AS700 a 6 marce"*. A pag. 12 si legge *"il Cabinato IVECO offerto da FARID è dotato di cambio totalmente automatico a 6 marce + retromarcia"*.

La richiesta di chiarimenti, formalizzata dalla stazione appaltante con nota prot.n. 0079993 del 14 maggio 2018, veniva riscontrata dalla società Farid Industrie s.p.a. con nota del 24 maggio 2018, rilevando che *"il cambio Allison a cui fa riferimento il concorrente Mazzocchia non è il solo cambio automatico in grado di assicurare all'autista il funzionamento automatico [...] la specifica tecnica del CSA non richiede in nessun modo, come caratteristica tecnico/costruttiva, che il cambio sia dotato di convertitore di coppia e neppure contiene un riferimento specifico o generico al tipo di cambio Allison o equivalente. [...] Il cambio 6AS700 As Tronic offerto garantisce che l'interfaccia operativa fra autista e il cabinato Iveco sia totalmente automatica. [...] Assenza del pedale della frizione, assenza della leva del cambio. [...]"*.

Con nota prot. CMRC 2018-0104100 del 20 giugno 2018 la stazione appaltante, rispondendo quindi alla sollecitazione della Fratelli Mazzocchia, sulla base dei chiarimenti forniti da Farid Industrie

s.p.a., osservava che, *"pur avendo richiesto con la nota a Farid che si pronunciasse sulla questione anche il costruttore del mezzo offerto (nella fattispecie, la IVECO), ha ritenuto più conforme alla situazione in essere approfondire normativamente la questione in esame sia tenendo conto della lex specialis e quindi delle prescrizioni degli atti di gara, sia della normativa di settore (il codice della strada), ritenendo di poter prescindere dalla pronuncia del costruttore, inizialmente richiesta, in quanto esula dalle competenze del costruttore del mezzo offerto il rilascio di una dichiarazione avente caratteristica di terzietà"*.

1.4. Veniva pertanto confermata la graduatoria di cui al verbale del 23 aprile 2018 e attivato il procedimento di verifica delle offerte anomale, all'esito del quale, in data 17 luglio 2018, veniva dichiarata la congruità dell'offerta di Farid Industrie s.p.a. cui, con determinazione dirigenziale R.U. 3045 del 26 luglio 2018, veniva aggiudicato definitivamente il lotto 1.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo del Lazio la Fratelli Mazzocchia s.p.a. impugnava l'aggiudicazione, il verbale di aggiudicazione provvisoria e la nota 20 giugno 2018, altresì chiedendo la declaratoria di inefficacia del contratto, ove *medio tempore* stipulato, ex art. 122 Cod. poc. amm. ovvero in subordine il risarcimento del danno. L'impugnativa era affidata ai

seguenti motivi:

- 1) *Eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione e contraddittorietà dell'agire amministrativo.*
- 2) *Violazione della lex specialis di gara. Violazione dell'art. 68 del d.lgs. n. 50 del 2016.*
- 3) *Violazione della lex specialis di gara, sotto altro profilo - violazione dell'art. 68 del d.lgs. n. 50 del 2016.*

Costituitasi in giudizio, la stazione appaltante deduceva l'infondatezza del ricorso, chiedendo che fosse respinto.

Anche la controinteressata Farid Industrie s.p.a. si costituiva, eccependo altresì l'inammissibilità del gravame sul presupposto che le doglianze dedotte in ricorso riguardavano provvedimenti espressione di discrezionalità tecnica e che di conseguenza la pretesa della ricorrente tendeva ad ottenere dal giudice la sostituzione della valutazione tecnica effettuata dalla stazione appaltante con quella del giudice.

3. Con la sentenza segnata in epigrafe il giudice adito ha accolto il ricorso, rilevando che, una volta stabilite determinate regole e caratteristiche dell'offerta, le stesse non possono in alcun modo essere disattese, ciò con particolare riferimento all'art. 2 (*Motorizzazione* – pag. 5) della Specifica tecnica della gara in esame richiedeva inequivocabilmente il “*cambio totalmente automatico a 5 marce avanti più retromarcia*”.

4. Avverso tale decisione la Farid Industrie s.p.a. ha interposto appello, deducendo:

- 1) *Error in iudicando – Omessa rilevazione dell'inammissibilità del secondo motivo di ricorso -Errore di fatto e difetto di motivazione su punto decisivo della controversia – Violazione e falsa applicazione dell'art. 68 del dlgs n. 50/2016 e dell'art. 116 del dlgs 285/1992 – Eccesso di potere giurisdizionale.*
- 2) *Sotto diverso profilo, Error in iudicando – Errore di fatto e difetto di motivazione su punto decisivo della controversia – Violazione e falsa applicazione dell'art. 68 del dlgs n. 50/2016 e dell'art. 116 del dlgs 285/1992 – Eccesso di potere giurisdizionale. Error in procedendo – Violazione e falsa applicazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione e del principio di massima concorrenzialità.*
- 3) *Sotto diverso profilo, Error in iudicando – Errore di fatto e difetto di motivazione su punto decisivo della controversia – Violazione e falsa applicazione dell'art. 68 del dlgs n. 50/2016 e dell'art. 116 del dlgs 285/1992 – Eccesso di potere giurisdizionale. Error in procedendo – Violazione e falsa applicazione degli artt. 63 e ss cpa in tema di mezzi prova nel processo amministrativo.*

Costituitasi in giudizio, la Città Metropolitana di Roma Capitale ha proposto a sua volta appello incidentale, lamentando che erroneamente il primo giudice aveva applicato l'art. 116, comma

5, d.lgs. n. 285 del 1992, che - a suo avviso - si riferiva alle patenti di guida conseguite dai “*mutilati e [...] minorati fisici*”, che non possono condurre veicoli diversi da quelli che hanno il cambio automatico “*inteso in modo del tutto generico e non conforme allo stato della tecnica*”. Ogni comma di detto articolo sarebbe dedicato ad un istituto diverso in materia di patente (ai mutilati si riferisce il solo comma 4) ed il quinto non avrebbe alcuna correlazione con il precedente.

Concludeva pertanto per l’inammissibilità e/o infondatezza del ricorso di primo grado.

Anche la controinteressata Fratelli Mazzocchia s.p.a. si è costituita in giudizio, concludendo invece per l’infondatezza del gravame.

5. Le parti hanno ulteriormente illustrato con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive ed all’udienza del 18 aprile 2019, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. L’appello principale è infondato.

6.1. Con il primo motivo di appello si lamenta che la sentenza impugnata avrebbe inopinatamente accolto la distinzione “strutturale e prestazionale” – dedotta dalla ricorrente Fratelli Mazzocchia s.p.a. – tra cambio totalmente automatico dal punto di vista funzionale (che verrebbe ad operare meccanicamente mediante convertitore di coppia Allison) e cambio totalmente automatico dal punto di vista funzionale, che opererebbe meccanicamente mediante cambio elettroidraulico / elettropneumatico e frizione automatica (o automatizzata) gestiti congiuntamente da una centralina elettronica (cambio robotizzato As Tronic), con la conseguenza di ritenere inammissibile, sulla base delle specifiche tecniche di gara, lette ai sensi dell’art. 68 d.lgs. n. 50 del 2016, l’offerta del cambio 6S700 As Tronic ed invece ammissibile quella di un cambio automatico dotato del dispositivo definito “convertitore di coppia”. Secondo l’appellante, invece la differenza tra i due cambi sarebbe solo “*strutturale e prestazionale*”, ma non già funzionale, in quanto entrambi i cambi assicurerebbero anche una funzionalità completamente automatica (circostanza quest’ultima sostanzialmente riconosciuta dalla stessa controparte).

D’altro canto, sempre ad avviso dell’appellante, la stessa pretesa della ricorrente di ribaltare il giudizio di adeguatezza tecnica svolto dalla stazione appaltante, pretesa accolta dall’avversata sentenza, avrebbe dovuto considerarsi inammissibile, in quanto volto, sulla base di mere asserzioni, prive di qualsiasi oggettivo riscontro probatorio, a sostituire il proprio giudizio tecnico discrezionale a quello, specifico ed articolato, svolto dalla Commissione di gara; peraltro la “regola tecnica” relativa al cambio nella specie non conteneva alcun riferimento specifico ad una precisa architettura costruttiva o principio meccanico di funzionamento (e, tantomeno, al “convertitore di coppia” indicato nella sentenza appellata), riferimenti invece presenti per altre componenti del veicolo oggetto di fornitura, così doveva ritenersi sufficiente che il cambio offerto – quale che fosse l’architettura di funzionamento e architettura costruttiva e, quindi, il “tipo costruttivo” – assicurasse la funzione richiesta dalla

stazione appaltante.

Il motivo non è fondato.

Va infatti fatta applicazione del principio generale, dal quale non vi è evidente ragione di discostarsi nel caso di specie, secondo cui l'amministrazione che indice una procedura selettiva è vincolata al rispetto delle previsioni della *lex specialis* della procedura medesima, le cui prescrizioni risultano intangibili e non possono essere modificate o disapplicate, salvo naturalmente l'eventuale esercizio del potere di autotutela. La stazione appaltante non conserva perciò alcun margine di discrezionalità nella concreta attuazione delle prescrizioni di gara, né può disapplicarle, neppure nel caso in cui alcune di tali regole eventualmente risultino inopportunamente o incongruamente formulate, salva la possibilità di procedere all'annullamento *ex officio* delle stesse (*ex multis*, Cons. Stato, VI, 21 gennaio 2015, n. 215; V, 22 marzo 2016, n. 1173; sez. III, 13 gennaio 2016, n. 74).

A fronte pertanto di una previsione della *lex specialis* di gara che inequivocabilmente richiedeva, relativamente alle “*Caratteristiche dell'autotelaio*”, le “*seguenti caratteristiche/dotazioni minime: [...] Motorizzazione: [...] Cambio: Totalmente Automatico a 5 marce avanti più retromarcia*” (così l'art. 2 della *Specificata tecnica*), non può ritenersi conforme a tale fondamentale requisito la predisposizione di un'offerta che preveda l'utilizzo di automezzi con un cambio diverso, quale è quello automatizzato.

Non sono dunque conferenti le considerazioni svolte dall'appellante circa l'equivalenza funzionale delle due tipologie di cambio, ai fini dell'ammissibilità dell'offerta, trattandosi di valutazioni di merito finalizzate a superare, tramite un'interpretazione integrativa della norma, il chiaro tenore testuale della *lex specialis* di gara, che circoscrive la tipologia degli automezzi di trasporto a quelli dotati di cambio *totalmente* automatico.

Né, sotto diverso profilo, la conclusione raggiunta dal primo giudice risulta illogica od arbitraria, ove si consideri che le due tipologie di cambio (quello automatico considerato dalla *lex specialis* e quello automatizzato indicato nell'offerta dell'odierna appellante) strutturalmente differiscono sotto il profilo dell'architettura costruttiva e del principio meccanico di funzionamento.

6.2. Con il secondo motivo di appello è stato dedotto che l'interpretazione della specifica tecnica recepita dal primo giudice si porrebbe in aperto contrasto anche con il principio di massima concorrenzialità e di tassatività delle clausole di esclusione. Spetterebbe infatti alla sola stazione appaltante – nell'esercizio del proprio potere tecnico discrezionale – stabilire in modo palese (facendolo opportunamente seguire dall'indicazione specifica “a pena di inammissibilità dell'offerta”) ciò che è “essenziale” per la formulazione dell'offerta, tenuto conto delle sue specifiche esigenze; nel caso di specie, poiché il cambio a convertitore di coppia non era espressamente richiesto, tantomeno a pena di inammissibilità, dovrebbe concludersi che entrambi i tipi di cambio offerti avrebbero dovuto essere ammessi a valutazione, come del resto aveva fatto la commissione di gara.

Il motivo non è fondato, per le ragioni esposte in precedenza.

Invero, se è indubbio che compete alla stazione appaltante individuare, alla luce delle proprie specifiche esigenze, le caratteristiche tecniche dei beni oggetto della prestazione d'appalto, è parimenti vero che una volta definitele all'interno della *lex specialis* di gara, le stesse diventano vincolanti ed immodificabili non solo per gli operatori economici che intendano partecipare alla procedura concorrenziale, dovendo ad esse conformare il contenuto delle proprie offerte, ma pure per la stessa stazione appaltante, che non può mutarle in corso di gara, neppure per via interpretativa.

Neppure è persuasiva la tesi secondo cui opererebbe, nella materia su cui si verte, un immanente e generale principio di equivalenza delle specifiche tecniche, non risultandone integrati, nel caso di specie, i presupposti: il principio (espresso dapprima nell'art. 68 del d.lgs. n. 163 del 2006 e quindi dall'art. 68, comma 6, del d.lgs. n. 5 del 2016), concepito a tutela della concorrenza, trova applicazione nel senso che qualora siano inserite nella legge di gara delle 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 o ad un brevetto), ipotesi che qui non ricorre, per favorire la massima partecipazione deve essere data la possibilità della proposta che ottemperi in maniera equivalente agli stessi requisiti.

In estrema sintesi, tale principio vincola infatti l'amministrazione solo qualora il bando di gara, il capitolato d'oneri o i documenti complementari dettagliatamente menzionano un marchio, un brevetto o un tipo, un'origine o una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti; tale indicazione deve essere accompagnata già nel bando dall'espressione "*o equivalente*" (*ex multis*, Cons. Stato, III, 11 luglio 2016, n. 3029).

Nel caso in esame, peraltro, non si versa nell'ipotesi della richiesta di un prodotto così specificamente individuato da restringere eccessivamente la possibilità di partecipazione alla gara, atteso che il già richiamato art. 2 della *Specificata tecnica* si limitava ad individuare le caratteristiche minime della fornitura, individuate – tra l'altro – dal punto di vista delle sue componenti meccaniche (e non invece del marchio o della produzione); ne consegue che la stazione appaltante non era tenuta a valutare ogni prodotto in ipotesi equivalente, ma solamente a riscontrare la presenza di tutte le caratteristiche richieste nel bando per il corretto e ottimale funzionamento del servizio.

Neppure persuade il profilo di censura relativo al principio della tipicità delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016, destinato ad operare con riferimento alle sole "*condizioni di partecipazione richieste*", e non anche per l'offerta tecnica: "nessuna rilevanza può avere l'omessa comminatoria della esclusione nel capitolato di gara, dal momento che l'offerta carente dell'elemento considerato si configura come difforme dalle caratteristiche della fornitura, volute dalla stazione appaltante" (*ex multis*, già Cons. Stato, VI, 19 aprile 2011, n. 2427).

In ordine poi alla ritenuta erroneità della decisione impugnata per aver ritenuto irrilevante la definizione di "cambio automatico" (di per sé, un cambio che negli autoveicoli provvede autonomamente alla selezione adatta del rapporto di trasmissione e che quindi non necessita

l'intervento dell'operatore del veicolo) contenuta nell'art. 116, comma 5, del d.lgs. n. 285 del 1992, va detto che l'ambito di operatività del predetto art. 116 e delle sue definizioni è testualmente circoscritto alla disciplina relativa al rilascio della patente "speciale" di guida, in ordine a particolari categorie (*"Per veicolo dotato di cambio automatico si intende un veicolo nel quale non è presente il pedale della frizione o la leva manuale per la frizione, per le categorie A, A2 o A1"*).

6.3. Con il terzo motivo di appello si lamenta che avrebbe inammissibilmente recepito *"la tesi avversaria che si basa su mere asserzioni (pretesa distinzione "tecnica" tra cambio automatico e cambio automatizzato – i.e. a frizione automatica o, se più piace, automatizzata) che non assolvono all'onere della prova di cui agli artt. 63 e 64 cpa nonché art. 2697 cod. civ. In particolare, non vengono dedotti (tantomeno comprovati) "fatti" idonei a dimostrare la pretesa distinzione "ontologica" tra cambio automatico ed automatizzato"*, limitandosi a valorizzare l'utilizzo nella specifica tecnica dell'avverbio "totalmente", con la conseguenza che *"la presenza nel cambio del convertitore di coppia consentirebbe di ritenere il cambio totalmente automatico, mentre la presenza della frizione robotizzata (azionata, congiuntamente al cambio elettroidraulico, dalla centralina e non dal conducente) invece escluderebbe questa possibilità"*.

Sotto ulteriore profilo, la sentenza avrebbe recepito un argomento dedotto dalla ricorrente solo nella memoria di replica (dunque tardivamente), ossia che il cambio AS Tronic (offerto dall'appellante) non poteva essere considerato un cambio "totalmente" automatico perché in determinate situazioni di utilizzo, per ragioni di sicurezza, doveva essere usato in modalità manuale.

Tali considerazioni – per di più errate sotto il profilo tecnico, alla luce della documentazione versata in atti – condurrebbero alla paradossale conseguenza che la maggior versatilità del cambio in questione costituirebbe un limite alla sua ammissibilità in gara; il tutto senza neppure tenere in conto che, alla luce della consulenza tecnica depositata, avrebbe dovuto invece concludersi nel senso che, dal punto di vista tecnico/funzionale, il cambio offerto da Farid Industrie s.p.a. era a tutti gli effetti un cambio automatico (funzionante, sotto il profilo meccanico, mediante componenti elettroidraulici ed elettropneumatici, nonché frizione automatica).

Il motivo non può essere accolto, trattandosi di una sostanziale riproposizione degli argomenti dedotti nei precedenti profili di gravame, con la variante di qualificare il cambio indicato nell'offerta di gara dell'appellante come "cambio automatico", sia pure caratterizzato da un'architettura meccanica diversa da quello (interamente automatico) proposto dalla Fratelli Mazzocchia s.p.a.

Per quanto concerne il profilo della presunta tardività della difesa contenuta nella memoria di replica della società controinteressata, è persuasivo quanto dedotto da quest'ultima in ordine al fatto che non si era in presenza di un motivo nuovo (come tale tardivo), bensì di un mero argomento di prova – per di più emergente dalla produzione documentale della stazione appaltante – posto a ribadire l'illegittimità sollevata con il primo motivo di ricorso con cui si censuravano i provvedimenti impugnati, per aver equiparato due dispositivi di cambio tra loro

diversi (dunque ritenendo, nella sostanza, il cambio della Farid “*totalmente automatico*”, ai sensi della legge di gara).

Neppure è fondata la censura relativa alla presunta violazione degli artt. 63 e 64 Cod. proc. amm. per il mancato accoglimento o per la omessa puntuale confutazione delle conclusioni contenute nella propria perizia tecnica prodotta nel giudizio di primo grado, riferendosi tali disposizioni (in particolare, l’art. 63 comma 4) semplicemente ai poteri istruttori officiosi (e discrezionali) del giudice, nonché alla valutabilità delle risultanze di causa sulla base del suo prudente apprezzamento.

Nel merito della questione, poi, va ribadito che la decisione impugnata semplicemente dà atto della non riconducibilità del cambio offerto da Farid Industrie s.p.a. a quanto testualmente richiesto dalla *lex specialis* di gara, alla luce di un semplice riscontro letterale (vincolante per la stessa stazione appaltante).

7. Anche l’appello incidentale spiegato dalla Città Metropolitana di Roma è infondato.

7.1. Con il primo motivo è stata dedotta “*Errata interpretazione dell’art. 116 comma 5 D.Lgs. n. 285/1992*”, per non aveva ritenuto il primo giudice tale disposizione rilevante in ordine all’oggetto del presente contenzioso, riferendosi solamente alle patenti di guida conseguite dai “*mutilati e [...] minorati fisici*”, che non possono condurre veicoli diversi da quelli con il cambio automatico, “*inteso in modo del tutto generico e non conforme allo stato della tecnica. La ratio sottesa alla disposizione in esame è quella di abilitare determinate persone solo alla guida di veicoli non muniti di pedale o leva manuale della frizione*”.

Per contro, ad avviso dell’appellante incidentale, l’interpretazione normativa prospettata in sentenza non sarebbe conforme al testo normativo vigente, bensì frutto di un macroscopico errore: in realtà, ogni comma dell’articolo sarebbe dedicato ad un istituto diverso in materia di patente e solo il quarto potrebbe essere riferito ai predetti mutilati; il comma 5 non avrebbe alcuna correlazione con il precedente (quarto comma) attinente mutilati e minorati, ma prevederebbe genericamente – in tema di patente di guida – che colui che sostiene l’esame pratico di guida con un veicolo con cambio automatico potrà guidare soltanto quello (e proprio tal fine la norma definisce il cambio automatico). Sarebbe dunque del tutto erronea e contraria al tenore del dettato normativo l’interpretazione fornita dal primo giudice, secondo cui, collegando i commi 4 e 5 dell’art. 116, i minorati ed i mutilati potrebbero condurre soltanto veicoli dotati di cambio automatico.

Il motivo non è fondato.

Come già evidenziato in relazione al secondo motivo di appello principale, la ragione per cui la definizione contenuta nell’art. 116 del *Codice della strada* non sarebbe applicabile alla fattispecie in esame è data dal testuale riferimento alla disciplina relativa al rilascio della patente “speciale” di guida, in ordine a particolari categorie, non ponendosi dunque quale norma di principio ovvero a carattere generale.

Il tutto a prescindere dalle considerazioni circa la sussistenza di un effettivo interesse alla

censura, per come contestata dalla resistente Fratelli Mazzocchia s.p.a.

7.2. Con il secondo motivo di appello incidentale viene invece dedotta l'errata interpretazione, ad opera del primo giudice, dell'art. 6 del d.lgs. n. 50 del 2016, laddove le modalità di redazione delle specifiche tecniche devono consentire il pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura dei contratti pubblici alla concorrenza sia nel singolo procedimento quanto, più in generale, nel mercato delle procedure di appalto.

In breve, tale principio “vieta l'esclusione di un'offerta quando l'offerente dimostri in modo ritenuto soddisfacente che la soluzione proposta ha le medesime prestazioni e perviene ai medesimi risultati pretesi dall'amministrazione aggiudicatrice sia nel singolo ottempera in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche, dovendo la S.A. applicare il principio di equivalenza anche ove non richiamato dalla lex specialis”.

Neppure questo motivo è fondato, valendo al riguardo quanto già detto in ordine all'analogha censura di cui al secondo motivo di appello principale.

8. Conclusivamente sia l'appello principale che quello incidentale vanno respinti.

La particolarità delle questioni esaminate giustifica peraltro l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite del grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Respinge l'appello incidentale proposto dalla Città metropolitana di Roma Capitale.

Compensa tra le parti le spese di lite del grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

