



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 7585 del 2019, proposto da

Iveco Orecchia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Brunetti, Alfredo Vitale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Alfredo Vitale in Roma, via XXIV Maggio, 43;

contro

APAM Esercizio S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Ezio Zani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Veneta Servizi International s.r.l. unipersonale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefania Lago, Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia- Sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), 25 giugno 2019, n. 596, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Apam Esercizio s.p.a. e di Veneta Servizi International s.r.l. unipersonale che ha proposto anche appello incidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo di ordinanza n. 3720 dell'11 giugno 2020;

Relatore nell'udienza del giorno 4 giugno 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 5, d.l. n. 18 del 2020, con le modalità di cui al comma 6 dello stesso art. 84 come da verbale, il consigliere Angela Rotondano;

I.FATTO

I.1. APAM Esercizio S.p.A. (di seguito "APAM" o "*Stazione appaltante*") indicava "*una gara a procedura aperta per la fornitura biennale di ricambi originali Iveco o equivalenti per autobus*", da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso e del valore stimato a base d'asta pari ad euro 710.000,00.

I.2. Per quanto di interesse, la *lex specialis* di gara disciplinava puntualmente la formulazione dell'offerta nell'ipotesi in cui un concorrente avesse inteso fornire ricambi non originali Iveco, ma solo equivalenti.

In particolare, il disciplinare all'art. 5.1. ("*Tipologia dei ricambi*") definiva: a) i "*ricambi inerenti la sicurezza del veicolo e la tutela dell'ambiente*"; b) i "*ricambi originali (o di primo impianto)*"; c) i "*ricambi equivalenti*".

In relazione ai ricambi inerenti la sicurezza del veicolo e la tutela ambientale (tali essendo "*quelli le cui caratteristiche costruttive sono soggette ad accertamento ai sensi del Codice della Strada (D.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 e s.m.i., art. 71) e dal relativo Regolamento di attuazione (d.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495 s.m.i., art 227 con appendice V*") si specificava che "*ai fini della sicurezza dell'esercizio e nello specifico interesse della fornitura, la ditta aggiudicataria è tenuta a rispettare le*

prescrizioni con riferimento specifico ai documenti di omologazione dei veicoli di proprietà di Apam". Era previsto, inoltre, che "per i componenti soggetti a prove di omologazione insieme al veicolo o come entità tecniche indipendenti, dovranno essere forniti esclusivamente componenti originali ovvero equivalenti dotati di omologazione di legge previste dalla normativa nazionale (Codice della Strada) e Comunitaria (Direttiva 98/14/CEE, Direttiva 2007/46/CE e relativo all. IV)".

Quanto poi ai ricambi originali si specificava che per tali si intendevano *"i pezzi di ricambio (parti, componenti, apparecchiature) la cui qualità è la medesima dei componenti usati per l'assemblaggio dell'autoveicolo e che sono costruiti conformemente alle specifiche tecniche ed alle altre norme e standard di produzione forniti dal costruttore del veicolo per la produzione di parti o apparecchiature per l'assemblaggio del veicolo in questione, ivi compresi i pezzi di ricambio prodotti sulla medesima linea di produzione di dette componenti"*; mentre per *"ricambi di primo impianto"* si intendevano *"pezzi di ricambio (parti componenti, apparecchiature) per i quali il produttore certifica che hanno qualità equivalenti ai componenti utilizzati per l'assemblaggio del veicolo in questione e che sono stati costruiti conformemente alle specifiche tecniche e alle norme e standard di produzione del costruttore del veicolo"*.

Infine, i ricambi equivalenti erano definiti come *"i pezzi di ricambio (parti componenti, apparecchiature) di qualità equivalente all'originale, ovvero pezzi di almeno pari qualità dei componenti utilizzati per l'assemblaggio del veicolo, prodotti secondo le specifiche tecniche e gli standard di produzione propri del fabbricante del ricambio originale"*.

A quest'ultimo riguardo, la legge di gara chiariva che l'equivalenza doveva necessariamente estrinsecarsi in: - caratteristiche geometriche e dimensionali identiche a quelle del prodotto originale, dovendo pertanto essere garantita l'assoluta intercambiabilità con i suddetti prodotti, senza dover ricorrere ad adattamenti di sorta; - funzionalità almeno pari a quella del prodotto originale; caratteristiche meccaniche, chimiche, e se del caso elettriche, che garantiscano

qualità e durata almeno pari a quella del prodotto originale.

Si precisava altresì che *“detti ricambi, ai sensi dei Regolamenti comunitari e delle disposizioni di legge in vigore, possono essere fabbricati da qualunque impresa che possa certificare nel rispetto delle normative vigenti (UNI-CEI-ENISO/IEC 17050) in qualunque momento che la qualità dei pezzi di ricambio prodotti, corrisponde a quella dei componenti originali usati per l'assemblaggio degli autoveicoli in questione e, in ogni caso, che possa garantire e certificare la sussistenza dei seguenti requisiti: - processo di progettazione, processo tecnologico produttivo, controllo di qualità alla produzione e distribuzione, uguali o equivalenti a quella del ricambio originale; stesse caratteristiche geometriche dell'originale; - caratteristiche prestazionali funzionali alla destinazione d'uso almeno uguali a quelle dell'originale; materiali costruttivi del ricambio aventi qualità funzionali alla destinazione d'uso uguali a quelle dei materiali costruttivi dei ricambi originali”*.

I.3. Con riferimento alla documentazione da produrre l'art. 5.2 del Disciplinare (rubricato *“Certificazioni e dichiarazioni”*) precisava che, nel caso di fornitura di *“ricambio equivalente”*, *“la ditta concorrente deve produrre in sede di gara e per ogni ricambio equivalente offerto, la certificazione di conformità o una specifica omologazione del ricambio fornito dalla casa costruttrice e/o da ente omologatore e/o da laboratorio prove certificato secondo la ISO 45000 in cui viene garantito:- che la progettazione e costruzione del componente è stata effettuata con riguardo alla funzione svolta dal ricambio originale; - che la filiera logistica secondo la quale il ricambio viene custodito/trasportato/fornito è idonea al suo corretto handling e conservazione nel tempo con garanzia di mantenimento delle prestazioni attese;- che il ricambio fornito è pienamente rispondente a tutti gli eventuali più recenti aggiornamenti e/o richiami produttivi che il costruttore abbia messo in atto nel corso del tempo per ovviare a difettosità riscontrate.”*

La Committente si riservava comunque, in ipotesi di anomalie di qualunque natura

riscontrate nel ricambio equivalente consegnato, di richiedere al fornitore aggiudicatario, anche in corso di esecuzione del contratto, l'espletamento di analisi e prove di laboratorio, da effettuarsi da parte di laboratori qualificati ed autorizzati, a scelta della Committente, al fine di confermare il rispetto dell'equivalenza dimensionale, meccanica, fisica e funzionale del ricambio offerto all' "originale", con spesa a carico del fornitore, cui era rimesso l'onere della dimostrazione della effettiva equivalenza.

Per quanto di interesse al presente giudizio, l'art. 15 (*Documentazione amministrativa*) disponeva che nella sezione "*Documentazione Amministrativa*" doveva essere inserita, tra l'altro, "(...) d) *Dichiarazione negoziale, secondo il modello Allegato 3, con cui il legale rappresentante o titolare o procuratore della ditta concorrente, dichiara per ogni articolo in tabella se fornirà ricambio originale o equivalente, corredata da: - appropriata documentazione tecnica, per i ricambi originali offerti, rilasciata dal fornitore, comprensiva di una dichiarazione indicante i Paesi di produzione dei ricambi offerti, nel rispetto dell'art. 137 D. Lgs. 50/2016; - appropriata documentazione tecnica, per ciascun ricambio equivalente offerto, corredata da: dichiarazione rilasciata dall'operatore economico concorrente, indicante le generalità dei produttori e i Paesi di produzione dei ricambi equivalenti offerti, nel rispetto dell'art. 137 D. Lgs. 50/2016; descrizione del prodotto (catalogo e codice del produttore), rilasciata dall'operatore economico concorrente; certificato di omologazione del prodotto, ove obbligatoria, rilasciata dal produttore del ricambio equivalente offerto; attestazione di equivalenza del prodotto fornito rispetto al corrispondente prodotto originale (o di primo impianto) in termini di perfetta intercambiabilità, senza dover ricorrere ad alcun adattamento, del ricambio del complessivo o del sistema, sul quale dovrà essere montato e caratteristiche prestazionali atte ad assicurare una regolare funzionalità e sicurezza dello stesso sul sistema, nonché una pari durata in esercizio, rilasciata dal produttore del ricambio equivalente offerto*".

I.4. Alla gara partecipavano tre concorrenti, tra cui Iveco Orecchia s.p.a.,

concessionaria di Iveco e di Iris Bus Iveco, e Veneta Servizi International s.r.l. unipersonale (di seguito “*Veneta Servizi*”).

Con provvedimento datato 29 gennaio 2019 APAM aggiudicava definitivamente la gara alla società Veneta Servizi (prima graduata, con un ribasso del 58,27%).

II. IL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO

II.1. Con ricorso proposto al Tribunale amministrativo regionale della Lombardia-sezione staccata di Brescia, la società Iveco Orecchia, seconda classificata, ha impugnato l’aggiudicazione definitiva della gara a Veneta Servizi, ed inoltre i provvedimenti di ammissione alla gara dell’aggiudicataria, nonché il bando e il disciplinare, nella parte in cui stabilivano le modalità documentali attraverso le quali le imprese concorrenti potevano rendere la prova di equivalenza dei ricambi offerti e fissavano, senza motivazione, il criterio di aggiudicazione del minor prezzo.

II.2. Iveco Orecchia ne ha sostenuto l’illegittimità per: “1). *Violazione e falsa applicazione del D.lgs 50/2016, in particolare artt. 68, 80 comma 5 lett. f-bis, 94 e 137 – Violazione e falsa applicazione D.Lgs. 285/92 e s.m.i., art 71 e ss e relativo Regolamento di attuazione (D.P.R. 495/92 e s.m.i., art 227 con appendice V, Direttiva 98/14/CEE, Direttiva 2007/46/CE e relativo all. IV nonché DM 28 aprile 2008, n. 32721 di recepimento - DM 5 agosto 2010, n. 148 – DPR n. 445/2000 - Eccesso di potere per illogicità ed erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, difetto di motivazione ed istruttoria. Sviamento;* 2) *Sotto diverso profilo, Violazione e falsa applicazione del D.lgs 50/2016, in particolare artt. 68, 80 comma 5 lett. f-bis, 94 e 137 – Violazione e falsa applicazione D.Lgs. 285/92 e s.m.i., art 71 e ss e relativo Regolamento di attuazione (D.P.R. 495/92 e s.m.i., art 227 con appendice VI, Direttiva 98/14/CEE, Direttiva 2007/46/CE e relativo all. IV nonché DM 28 aprile 16 2008, n. 32721 di recepimento - DM 5 agosto 2010, n. 148 – DPR n. 445/2000 - Eccesso di potere per illogicità ed erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, difetto di motivazione ed istruttoria. Sviamento;* 3) *Sotto*

diverso profilo, Violazione e falsa applicazione del D.lgs 50/2016, in particolare art. 68 -Eccesso di potere per illogicità ed erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, difetto di motivazione ed istruttoria. Sviamento; 4). In via subordinata, Violazione e falsa applicazione del D.lgs 50/2016, in particolare artt. 32 e 95 – Violazione e falsa applicazione art. 3 l. n. 241/1990 - Eccesso di potere per illogicità ed erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, difetto di motivazione ed istruttoria. Sviamento”.

II.3. In sintesi, con i motivi di censura dedotti, la ricorrente ha sostenuto che Veneta Servizi avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per incompletezza e genericità dell'offerta e per non aver corredato i ricambi offerti con la documentazione tecnica richiesta dalla legge di gara e dalla normativa applicabile, e quindi per mancata comprova del grado di qualità minimo necessario per l'ammissione alla gara.

In particolare, in relazione ai ricambi equivalenti (inerenti alla sicurezza del veicolo e tutela dell'ambiente) l'aggiudicataria non avrebbe prodotto alcun certificato di omologazione di prodotto o altrimenti comprovato la sussistenza dell'omologazione, richiesta dalla legge di gara e dalla normativa di settore.

Veneta Servizi avrebbe, inoltre, affermato di esserne il fabbricante e costruttore e si sarebbe limitata a produrre, in alternativa al prescritto certificato di omologazione, una propria autocertificazione di conformità degli stessi agli originali Iveco.

Tuttavia, l'aggiudicataria non sarebbe qualificabile come fabbricante o costruttore dei ricambi offerti ai sensi dell'art. 3 del D.M. 32721/2008 di recepimento della direttiva comunitaria 2007/46/CE: non era pertanto il soggetto abilitato e rendere, nella veste su indicata, la relativa certificazione e dichiarazione di conformità.

L'aggiudicataria sarebbe, infatti, mero commerciante dei ricambi oggetto di fornitura, non essendo titolare di laboratori e stabilimenti e svolgendo attività prevalente di commercio di parti di ricambio. Allo stesso modo non sono fabbricanti né costruttori altre imprese che hanno attestato l'equivalenza e corrispondenza dei ricambi. Le attestazioni di equivalenza sarebbero poi prive di

valore probatorio perché prive di sottoscrizione e non risulterebbero, in taluni casi, conformi al disciplinare e al DM del 2008 di recepimento della su indicata direttiva comunitaria.

Per i ricambi originali Veneta Servizi avrebbe errato nell'indicare i Paesi di produzione e si sarebbe limitata a produrre una propria dichiarazione in luogo dell'appropriata documentazione tecnica, comprensiva di una dichiarazione indicante i Paesi di produzione.

La Stazione appaltante avrebbe, quindi, omesso qualsivoglia verifica (da compiersi prima dell'apertura delle offerte economiche) della documentazione presentata da Veneta Servizi a comprova che i ricambi equivalenti offerti presentavano un grado qualitativo corrispondente a quello degli originali.

Sulla base della documentazione presentata dall'aggiudicataria, la Commissione non aveva poi effettivamente svolto alcuna verifica di conformità dell'offerta avente ad oggetto ricambi equivalenti (in concreto fabbricati e costruiti da soggetti terzi) alle specifiche tecniche.

II.4. In subordine, Iveco Orecchia ha censurato la disciplina di gara ove la medesima dovesse essere interpretata nel senso di ritenere sufficiente, ai fini della verifica di conformità alle specifiche tecniche, l'analisi delle autocertificazioni rese dai fornitori (qualificatisi come produttori/costruttori), senza alcun successivo controllo o verifica sulle stesse; ne ha inoltre sostenuto l'illegittimità ove si fosse ritenuto che la stessa consentisse che la certificazione di equivalenza all'originale non dovesse necessariamente provenire dal costruttore del ricambio ovvero non richiedesse, ove prevista, la produzione di copia del certificato di omologazione rilasciato dall'autorità competente e comunque prova documentale effettiva dell'intervenuta omologazione del ricambio, ammettendo, in alternativa al certificato di omologazione, una certificazione rilasciata da altri soggetti.

II.5. Ha infine censurato anche la scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso che presuppone la qualità omogenea delle offerte laddove nella specie

tale equivalenza qualitativa difetterebbe del tutto.

II.6. La ricorrente ha domandato, pertanto, l'annullamento dei provvedimenti impugnati, con declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato, e ha formulato domanda risarcitoria in forma specifica, mediante subentro nel contratto o per equivalente monetario.

II.7. Si sono costituite in giudizio la Stazione appaltante e l'aggiudicataria Veneta Servizi la quale ha proposto ricorso incidentale con cui ha, a sua, volta sostenuto la nullità ed illegittimità della *lex specialis* di gara se e ove interpretata nel senso propugnato dalla ricorrente principale.

II.8. Con la sentenza n. 596 del 25 giugno 2019, l'adito Tribunale amministrativo ha respinto il ricorso, ritenendolo infondato.

Il Tribunale, premesso che il principio di equivalenza di cui all'art. 68 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) è presidio del canone comunitario dell'effettiva concorrenza, potendo i concorrenti sempre dimostrare che la loro proposta ottempera in maniera equivalente allo standard prestazionale richiesto, e richiamato sia l'art. 1 lett. u) del Regolamento CE n. 1400/2002 (recante la definizione di pezzi di ricambio di qualità corrispondente) sia la nozione di pezzi «di qualità equivalente» di cui alla comunicazione della Commissione europea del 28 maggio 2010, n. 2010/C138/05 (*“Comunicazione della Commissione Orientamenti aggiuntivi in materia di restrizioni verticali negli accordi per la vendita e la riparazione di autoveicoli e per la distribuzione di pezzi di ricambio per autoveicoli”*), ha ritenuto, sulla base di tale normativa e delle previsioni della legge di gara, che le censure formulate dalla ricorrente fossero tutte infondate, risultando la documentazione prodotta dall'aggiudicataria volta ad attestare l'equivalenza dei ricambi conforme alla *lex specialis* e alla normativa comunitaria e nazionale applicabile in materia.

II.9. In particolare, secondo il tribunale:

- la mancata produzione dell'omologazione o di certificati di equivalenza dei ricambi offerti non era sanzionata con l'esclusione trattandosi di mera irregolarità

della documentazione amministrativa, con conseguente ammissibilità del soccorso istruttorio;

- la legge di gara richiedeva in relazione ai ricambi equivalenti la “certificazione di conformità” o una specifica omologazione del ricambio, dovendosi da ciò desumere l’alternatività all’omologazione della certificazione di conformità, quale documento sufficiente che accompagna la fornitura del ricambio equivalente;

- l’attestazione di equivalenza all’originale deve, pertanto, ritenersi sufficiente ad integrare le prescrizioni della legge di gara e della normativa di settore;

- la ricorrente non ha indicato con riferimento agli specifici ricambi oggetto della fornitura la fonte normativa da cui discenderebbe l’obbligo di produrre anche l’omologazione che è obbligatoria solo se prevista dalla normativa nazionale e da quella comunitaria;

- sotto altro profilo l’aggiudicataria Veneta Servizi sarebbe qualificabile come costruttore secondo la definizione di cui all’art. 3 del decreto ministeriale di recepimento della direttiva 2007/46/CE, che definisce il “costruttore” come *“la persona o l’ente responsabile, verso l’autorità di omologazione, di tutti gli aspetti del procedimento di omologazione e della conformità della produzione”*, chiarendo che *“non è indispensabile che detta persona o ente partecipino direttamente a tutte le fasi di costruzione del veicolo, del sistema, del componente o dell’entità tecnica soggetti all’omologazione”*; - dunque, ai fini dell’individuazione della qualifica di costruttore, diversamente da quanto assunto in ricorso, non è condizione necessaria, richiesta dalla citata disposizione, la titolarità dello stabilimento o del laboratorio ove il ricambio viene confezionato;

- costruttore è, infatti, il soggetto che realizza il prodotto sotto le proprie direttive, immettendolo sul mercato a proprio nome e sotto la propria responsabilità, non risultando inoltre ostativa alla qualifica la circostanza dell’utilizzo, nell’ambito del procedimento di costruzione, di stabilimenti di soggetti terzi, considerato che è espressamente esclusa la necessità che il costruttore partecipi a tutte le fasi della

costruzione del prodotto;

- peraltro, Veneta Servizi ha prodotto in giudizio certificazione di qualità avente quale campo di applicazione “*commercializzazione di ricambi per bus, treni e veicoli industriali. Gestione della progettazione e fabbricazione di componenti meccanici e di carrozzeria per bus, treni e veicoli industriali*” e risulta altresì dalla visura della Camera di Commercio Industria e Artigianato che, nell’ambito del suo oggetto sociale, è ricompresa anche, tra le altre attività, “*la produzione di ricambi e sue parti per tutti i veicoli commerciali ed industriali (vettura, autocarri, mezzi di soccorso, mezzi militari, tram, filobus, motori navali, funivie, minibus, autobus, macchine movimento terra, rimorchi, treni e simili)*”;

- sulla base di tali risultanze deve concludersi che, se è pur vero che l’attività di commercializzazione dei ricambi è sicuramente svolta da Veneta Servizi, appare altrettanto vero che le stessa svolge anche attività di produzione e progettazione di pezzi di ricambio;

- irrilevante deve quindi ritenersi la mancanza di sottoscrizione delle certificazioni di equivalenza (sicuramente riconducibili ai produttori attestanti l’equivalenza) e insussistenti le denunciate carenze di contenuto di alcune attestazioni, che in ogni caso sarebbero integrabili mediante soccorso istruttorio;

- sono infine infondate anche le censure sul criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, in ragione della natura standardizzata delle forniture, con condizioni definite dal mercato, caratterizzate da elevata ripetitività e non ad innovativo contenuto tecnologico.

III. IL GIUDIZIO DI APPELLO

III.1. Con appello al Consiglio di Stato, Iveco Orecchia ha impugnato la predetta decisione di primo grado, deducendone la complessiva erroneità e ingiustizia e chiedendone l’integrale riforma.

Iveco Orecchia ha in particolare lamentato: “*1) Omessa e/o erronea motivazione su punto decisivo della controversia. Errore di fatto ed errore di giudizio. Violazione e falsa applicazione del Dlgs 50/2016, in particolare artt. 68, 80 comma 5 lett. f*

bis, 94 e 137 – Violazione e falsa applicazione DLgs. 285/92 e s.m.i., art 71 e ss e relativo Regolamento di attuazione (D.P.R. 495/92 e s.m.i., art 227 con appendice V, Direttiva 98/14/CEE, Direttiva 2007/46/CE e relativo all. IV nonché DM 28 aprile 2008, n. 32721 di recepimento - DM 5 agosto 2010, n. 148 – DPR n. 445/2000 - Eccesso di potere per illogicità ed erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, difetto di motivazione ed istruttoria. Sviamento; 2. Omessa, erronea e/o insufficiente pronuncia su punto decisivo della controversia – Errore di fatto - Sotto diverso profilo, Violazione e falsa applicazione del Dlgs 50/2016, in particolare artt. 68, 80 comma 5 lett. f-bis, 94 e 137 – Violazione e falsa applicazione l. n. 192/1998 - DLgs. 285/92 e s.m.i., art 71 e ss e relativo Regolamento di attuazione (D.P.R. 495/92 e s.m.i., art 227 con appendice VI, Direttiva 98/14/CEE, Direttiva 2007/46/CE e relativo all. IV nonché DM 28 aprile 2008, n. 32721 di recepimento - DM 5 agosto 2010, n. 148 – DPR n. 445/2000 - Eccesso di potere per illogicità ed erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, difetto di motivazione ed istruttoria. Sviamento; 3. Omessa pronuncia su punto decisivo della controversia – Errore di fatto – Sotto diverso profilo, Violazione e falsa applicazione del Dlgs 50/2016, in particolare art. 68 -Eccesso di potere per illogicità ed erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, difetto di motivazione ed istruttoria. Sviamento. 4. Omessa pronuncia su punto decisivo della controversia – difetto di motivazione – In via subordinata, Violazione e falsa applicazione del Dlgs 50/2016, in particolare artt. 32 e 95 – Violazione e falsa applicazione art. 3 l. n. 241/1990 - Eccesso di potere per illogicità ed erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, difetto di motivazione ed istruttoria. Sviamento.”

III.2. L'appellante ha sostenuto che:

- la sentenza avrebbe travisato il principio di equivalenza di cui al citato art. 68 del D.lgs. 50/2016, incorrendo nel vizio di violazione e travisamento della disciplina di gara e della normativa nazionale e comunitaria in materia di omologazione dei

veicoli e delle entità tecniche indipendenti, poste a presidio della sicurezza dei veicoli e della circolazione stradale;

-la carenza di prova dell'equivalenza, costituendo parte integrante dell'offerta, non ammette soccorso istruttorio;

- non viene in rilievo infatti una mera lacuna documentale, ma il difetto di una qualità essenziale dell'offerta;

- trattandosi di componenti indipendenti che (a differenza dei ricambi originali) non sono omologati unitamente al veicolo, l'omologazione era necessaria;

- l'equivalenza (vale a dire la corrispondenza della prestazione del prodotto offerto al ricambio originale) e l'omologazione non sono concetti sovrapponibili, assolvendo a differenti finalità, sicché in mancanza della prova dell'omologazione del ricambio equivalente offerto non può, comunque, ritenersi raggiunta neppure la prova di equivalenza;

- non sussiste pertanto fungibilità tra certificazione di omologazione e di equivalenza che per i ricambi equivalenti offerti andavano prodotte entrambe e non in via alternativa;

-anche la legge di gara richiedeva per i ricambi equivalenti di sicurezza sia l'omologazione (ove obbligatoria) sia l'attestato di equivalenza;

- la prescrizione di omologazione si estende non solo ai sistemi frenanti, ma anche ai suoi elementi costitutivi: in relazione a questi (disco/tamburo frenante) per i ricambi equivalenti l'obbligo di omologazione discende dal Regolamento n. 90 UNECE;

- nel ricorso era indicato specificamente per quali dei ricambi offerti da Veneta era necessaria ed obbligatoria l'omologazione (ovvero per i ricambi di sicurezza);

- gli atti normativi che prevedono espressamente l'omologazione sono il regolamento UNECE 90 e l'Allegato IV della direttiva 2007/46/CE;

- la prescritta produzione del certificato di omologazione non può essere soddisfatta dalle autocertificazioni prodotte da Veneta;

- l'omologazione e la marchiatura CE sui ricambi offerti (su cui le

autocertificazioni di Veneta Servizi nulla dicono) costituivano qualità essenziale dei ricambi di sicurezza offerti e Veneta Servizi avrebbe dovuto essere esclusa anche in mancanza di una specifica previsione della legge di gara, avendo offerto un prodotto non equivalente o comunque non avendo comprovato l'equivalenza dei ricambi offerti;

-anche a voler ritenere che certificazione di conformità o omologazione fossero alternative, la concorrente avrebbe dovuto quanto meno indicare negli attestati di equivalenza se i ricambi erano o meno omologati;

- la sentenza ha errato anche nel ritenere che le autocertificazioni di Veneta Servizi (che non è produttore dei ricambi ma mero commerciante) costituissero mezzo appropriato di prova dell'equivalenza;

- il punto decisivo ai fini della controversia non è, infatti, se Veneta Servizi svolga anche l'attività di produzione ma se in concreto ed effettivamente produca (o abbia dato prova di produrre) quei prodotti dei quali ha attestato l'equivalenza;

- come previsto dalla legge di gara e dalla normativa di settore, l'attestazione di equivalenza non può che provenire dal costruttore, inteso come fabbricante, nella definizione recata dall'art. 3 del decreto ministeriale di recepimento della direttiva comunitaria, per cui se pur è vero che egli non deve direttamente partecipare direttamente a tutte le fasi della produzione, qui non vi è prova che l'aggiudicataria abbia partecipato neanche ad una fase, né che abbia stipulato contratti di sub-fornitura per la produzione dei ricambi offerti da parte di imprese terze sotto le proprie direttive e responsabilità;

- la sentenza ha omesso di pronunciare sul terzo motivo con cui si rilevava che era del tutto mancata una effettiva e proficua verifica di conformità tecnica da parte della Stazione appaltante, con difetto di motivazione e istruttoria;

- la Stazione appaltante ha omesso qualsivoglia verifica sull'equivalenza che è condizione di partecipazione alla gara perché attiene ad una qualità del prodotto offerto (e dunque all'oggetto dell'appalto).

III.3. A sostegno delle sue tesi, Iveco Orecchia ha anche richiamato la sentenza della Corte di Giustizia UE del 12 luglio 2018, resa sulla causa C 14/17 (sull'interpretazione del previgente art. 68 del D.Lgs. 163 del 2006, ma in tesi recante principi estensibili anche all'interpretazione ed applicazione dell'art. 68 del D.lgs 50/2016), in relazione a quesito pregiudiziale sulle modalità di comprova in gara dell'equivalenza agli originali Iveco di ricambi prodotti da componentisti: tale decisione, rammenta l'appellante, ha statuito che *“quando le specifiche tecniche che figurano nei documenti dell'appalto fanno riferimento a un marchio, a un'origine o a una produzione specifica, l'ente aggiudicatore deve esigere che l'offerente fornisca, già nella sua offerta, la prova dell'equivalenza dei prodotti che propone rispetto a quelli definiti nelle citate specifiche tecniche”* precisando che la stazione appaltante *“[...] gode di un potere discrezionale nel determinare i mezzi che gli offerenti possono impiegare per provare tale equivalenza nelle loro offerte. Cionondimeno, detto potere dev'essere esercitato in modo tale che i mezzi di prova ammessi dall'ente aggiudicatore gli consentano effettivamente di procedere ad una valutazione proficua delle offerte che gli vengono presentate (...)”*.

III.4. In via subordinata, l'appellante ha anche prospettato la necessità di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE circa la corretta interpretazione sia della disciplina comunitaria in materia di necessità dei certificati di omologazione delle componenti di ricambio destinate ad un determinato veicolo e non omologate unitamente al medesimo veicolo, ove rientranti in una delle tipologie di componenti contemplate dalle normative tecniche elencate nell'Allegato IV (Elenco delle prescrizioni per l'omologazione CE dei veicoli) della direttiva 2007/46/Ce, sia della disciplina comunitaria di cui a quest'ultima direttiva che individua la nozione di costruttore della componente di ricambio destinata ad un determinato veicolo, rientrante nella normativa tecnica di cui al citato Allegato IV della medesima direttiva e non omologata unitamente a detto veicolo, il tutto sulla base delle argomentazioni precisate negli scritti difensivi.

III.5. Nel giudizio si sono costituite sia APAM sia l'aggiudicataria Veneta Servizi,

che hanno dedotto l'infondatezza dell'appello, chiedendone il rigetto.

Le appellate hanno sostenuto che la c.d. attestazione di equivalenza, che l'aggiudicataria ha prodotto in gara per tutti i pezzi di ricambio offerti, è stabilita dalla legge quale elemento tipizzato, sufficiente alla commercializzazione dei ricambi equivalenti ai corrispondenti pezzi montati in origine sui veicoli dal costruttore.

Il Regolamento n. 1400/2002 della Commissione Europea del 31 luglio 2002 ha previsto l'accettazione dei ricambi non forniti dalla casa madre, ma da altri soggetti, attribuendo ai produttori la responsabilità della qualità equivalente nonché l'onere di attestarla. Per i ricambi equivalenti, non è dunque necessaria alcuna omologazione che si rivelerebbe mera inutile duplicazione, contraria alla lettera e alla *ratio* pro-concorrenziale che sono alla base della disciplina sui ricambi equivalenti. Ne consegue che per i ricambi immessi sul mercato da produttori indipendenti dalla casa automobilistica è ragionevolmente prevista solo una dichiarazione di conformità (all'originale e alle sottese norme amministrative e tecniche) da parte del produttore.

III.6. L'aggiudicataria Veneta Servizi ha altresì proposto appello incidentale per l'ipotesi in cui si ritenesse che la *lex specialis* abbia prescritto, in aggiunta all'attestazione di equivalenza, anche l'omologazione dei ricambi offerti, deducendone in tal caso l'illegittimità *in parte qua* per contrasto con norme inderogabili poste a tutela della concorrenza e con i principi di proporzionalità, adeguatezza, ragionevolezza e non aggravamento del procedimento. Ha chiesto, inoltre, l'annullamento della disciplina di gara se interpretata nel senso, prospettato dall'appellante principale, di ritenere idonei solo gli attestati provenienti dal costruttore, quale unico soggetto deputato a certificare la conformità dei ricambi equivalenti offerti.

Sotto altro concorrente profilo, Veneta Servizi ha altresì evidenziato che osterebbe ad un'interpretazione della *lex specialis* nel senso prospettato dall'appellante anche

la stessa normativa in tema di omologazione dei veicoli e di alcune loro parti: nessuno degli specifici pezzi di ricambio indicati dall'appellante è oggetto di una norma che ne imponga espressamente l'omologazione, difatti prescritta dal disciplinare di gara (cfr. art. 15) solo "*ove obbligatoria*".

III.7. In conclusione, secondo le appellate la normativa applicabile e la legge di gara che correttamente vi si è conformata non prescriverebbero affatto l'omologazione per gli specifici pezzi di ricambio c.d. equivalenti oggetto di gara. Il certificato di omologazione cui fa riferimento l'appellante viene richiesto solo con riferimento al prototipo o a quelle componenti che vengono omologate singolarmente per uno specifico veicolo. Omologato il prototipo, la rispondenza dei ricambi a quest'ultimo è sempre rimessa alla responsabilità dell'impresa che li immette in commercio. Per la normativa applicabile e per la *lex specialis* di gara, la certificazione di equivalenza e l'omologazione, in relazione ai ricambi equivalenti, sarebbero, dunque, alternative.

III.8. Veneta Servizi ha poi riproposto il motivo di censura incidentale con cui aveva impugnato in primo grado la *lex specialis* di gara ove intesa nel senso di assumere quale nozione di produttore quella indicata dalla ricorrente principale: ha, infatti, sostenuto che al fine della qualifica di costruttore non sarebbe condizione indispensabile la titolarità di uno stabilimento o del laboratorio ove il ricambio viene confezionato, ma che l'impresa realizzi il prodotto sotto le proprie direttive, immettendolo sul mercato a proprio nome e sotto la propria responsabilità, tant'è che è espressamente esclusa (cfr. art. 3, n. 27 della Direttiva 2997/46/Ce del Parlamento Europeo e del Consiglio Europeo) la necessaria partecipazione a tutte le fasi della costruzione del prodotto. Secondo l'appellante incidentale, la nozione di produttore di ricambi nel settore automobilistico coinciderebbe con la definizione di produttore, valevole per i beni in generale, come stabilita dall'art. 3 del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del Consumo) che definisce produttore "*il fabbricante del bene o il fornitore del servizio, o un suo intermediario, nonché l'importatore del bene o del servizio nel territorio dell'Unione europea o qualsiasi*

altra persona fisica o giuridica che si presenta come produttore identificando il bene o il servizio con il proprio nome, marchio o altro segno distintivo". La disciplina di gara non potrebbe, dunque, che essere intesa in senso conforme a quello da ultimo indicato e, diversamente, dovrebbe essere ritenuta illegittima in quanto contrastante con inderogabili disposizioni normative.

Per le appellate, le carenze lamentate dall'appellante Iveco Orecchia, in quanto afferenti soltanto alla documentazione amministrativa prodotta e non ad un elemento essenziale dell'offerta, sarebbero poi comunque soccorribili e non potrebbero dar luogo all'esclusione dell'aggiudicataria. Anche in tal caso, ove la legge di gara fosse intesa nel senso di ritenere non ammissibile il soccorso istruttorio, essa dovrebbe considerarsi illegittima in quanto contrastante con i principi di proporzionalità ed adeguatezza.

Le dichiarazioni di equivalenza prodotte da Veneta Servizi sarebbero poi conformi ai contenuti del disciplinare di gara, oltre che alla loro funzione, che è quella di attestare, senza incertezze e senza particolari formalismi (difatti non prescritti dalla legge di gara), la piena equivalenza e intercambiabilità dei ricambi ai componenti originali. Infine, la legge di gara sarebbe illegittima e manifestamente ingiusta per contrasto con i principi di proporzionalità, ragionevolezza e con la disciplina del soccorso istruttorio anche se intesa nel senso di ritenere che l'aggiudicataria doveva essere esclusa per non aver indicato tutti i Paesi di produzione dei ricambi originali offerti.

III.9. All'udienza pubblica del 4 giugno 2020, la causa è stata riservata per la decisione.

IV. LA QUESTIONE CONTROVERSA

IV.1 Come esposto in precedenza, APAM ha indetto una procedura aperta per la fornitura di ricambi autobus marca Iveco e con motore Iveco, stabilendo una disciplina puntuale per la formulazione di offerta di ricambi non originali, ma solo equivalenti.

L'appellante contesta in particolare la mancata esclusione dalla gara dell'aggiudicataria per non aver prodotto i certificati di omologazione dei ricambi equivalenti offerti e per aver attestato (dichiarandosi produttore, pur essendo mero rivenditore e commerciante) l'equivalenza di prodotti in realtà costruiti da terzi, assumendo che solo questi ultimi potevano certificare la qualità del proprio prodotto. La sentenza avrebbe dunque confuso le qualità, da tenere ben distinte, di costruttore, produttore e fornitore.

La sentenza avrebbe anche sovrapposto i concetti di equivalenza ed omologazione, che hanno invece significati ben distinti.

L'equivalenza in materia di ricambi implica una valutazione della qualità del componente e presuppone un confronto tra prodotti.

L'omologazione implica invece la corrispondenza del ricambio ad una specifica tecnica europea o nazionale e si concretizza nel confronto tra un prodotto e una norma. Allorché sussista una norma che preveda l'omologazione obbligatoria di un componente, sia quello originale sia quello equivalente, per poter essere commercializzati, devono possedere specifica omologazione, dimostrata dalla marcatura CE.

IV.2. Ciò premesso, la controversia concerne i seguenti principali aspetti: 1) se deve ritenersi obbligatoria, in base alla normativa di settore, nazionale e comunitaria, e alla legge di gara (che la richiama e comunque ne è di diritto integrata), la produzione del certificato di omologazione, anche per le unità tecniche indipendenti e singole componenti del veicolo che, in quanto equivalenti, non sono state omologate unitamente al veicolo; 2) se, in caso affermativo, la produzione del certificato di omologazione possa essere anche supplita dalla specifica indicazione di informazioni corrispondenti che consentano alla Stazione appaltante di verificare l'avvenuta omologazione; 3) se anche l'attestato di equivalenza, che certifica la corrispondenza del ricambio offerto all'originale, può ritenersi soddisfacente, in alternativa alla produzione del certificato di omologazione rilasciato dall'autorità competente; 4) quali sono i mezzi appropriati

mediante i quali le ditte partecipanti ad una gara possono fornire prova dell'equivalenza dei prodotti offerti e, in particolare, se tali possono essere ritenute le autocertificazioni prodotte dalla concorrente che non ne sia (oppure che non ha comunque provato di essere) il costruttore; 5) da quale soggetto debba in effetti provenire l'attestazione dell'equivalenza del ricambio (che certifichi che quel ricambio ha qualità pari o superiore all'originale) e, nello specifico, se tali attestazioni possano essere rese, conformemente al diritto europeo, anche dal fornitore del prodotto ovvero esclusivamente dal costruttore; 6) quale sia, in base alla corretta interpretazione del diritto comunitario, la nozione di costruttore ai fini che qui rilevano, ed in particolare se debba ritenersi ammissibile soltanto un'interpretazione restrittiva, che identifichi il costruttore esclusivamente con il fabbricante del ricambio (il quale non esternalizza tutta la produzione, ma partecipa direttamente ad almeno una fase), ovvero se sia ammissibile e corretta, sulla base della normativa comunitaria e nazionale, anche un'interpretazione estensiva, secondo la quale costruttore (deputato a rendere l'attestazione di equivalenza della qualità del prodotto offerto ai fini della partecipazione alle gare avente ad oggetto forniture di ricambi) è anche chi assume comunque verso la Stazione appaltante la responsabilità e la garanzia del loro utilizzo.

Pertanto, posto che le concorrenti possono fornire la prova di equivalenza con qualunque mezzo appropriato, che la Stazione appaltante ha un ampio potere discrezionale nella determinazione di tali mezzi di prova e che detti mezzi, secondo la Corte di Giustizia, non devono andare oltre quanto necessario per fornire tale dimostrazione, si tratta di stabilire quali siano in concreto le modalità di esercizio di tale potere che consentano effettivamente di procedere ad una valutazione proficua delle offerte presentate dalle concorrenti.

V. LA NORMATIVA NAZIONALE DI RIFERIMENTO.

V.1. L'art. 68 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 disciplina l'inserimento nei documenti di gara delle specifiche tecniche indicate al punto 1 dell'allegato XIII

del Codice che definiscono le caratteristiche previste per i lavori, servizi o forniture oggetto della procedura. Tali caratteristiche devono essere attinenti all'oggetto dell'appalto e proporzionate al suo valore e ai suoi obiettivi.

In particolare, il citato art. 68 dispone che: *“1. 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 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. 2. Le specifiche tecniche possono, altresì, indicare se è richiesto il trasferimento dei diritti di proprietà intellettuale. 3. Per tutti gli appalti destinati all'uso da parte di persone fisiche, sia che si tratti del pubblico che del personale di un'amministrazione aggiudicatrice, è necessario che le specifiche tecniche, salvo in casi debitamente giustificati, siano elaborate in modo da tenere conto dei criteri di accessibilità per le persone con disabilità o di progettazione adeguata per tutti gli utenti. Qualora i requisiti di accessibilità obbligatori siano adottati con un atto giuridico dell'Unione europea, le specifiche tecniche devono essere definite mediante riferimento a esse per quanto riguarda i criteri di accessibilità per le persone con disabilità o di progettazione adeguata per tutti gli utenti. 4. 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. 5. Fatte salve le regole tecniche nazionali obbligatorie, purché compatibili con la normativa dell'Unione europea, le specifiche tecniche sono formulate secondo una delle modalità seguenti: a) in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, comprese le caratteristiche ambientali, a condizione che i parametri siano sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicare*

l'appalto; 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. Ciascun riferimento contiene l'espressione «o equivalente»; 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 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 caratteristiche. 6. 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. Tale menzione o riferimento sono tuttavia consentiti, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando il comma 5. In tal caso la menzione o il riferimento sono accompagnati dall'espressione «o equivalente». 7. 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. 8. Quando si

avvalgono della facoltà, prevista al comma 5, lettera a), di definire le specifiche tecniche in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, le amministrazioni aggiudicatrici non possono dichiarare inammissibile o escludere un'offerta di lavori, di forniture o di servizi conformi a una norma che recepisce una norma europea, a una omologazione tecnica europea, a una specifica tecnica comune, a una norma internazionale o a un sistema tecnico di riferimento adottato da un organismo europeo di normalizzazione se tali specifiche contemplano le prestazioni o i requisiti funzionali da esse prescritti. Nella propria offerta, l'offerente è tenuto a dimostrare con qualunque mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'articolo 86, che i lavori, le forniture o i servizi conformi alla norma ottemperino alle prestazioni e ai requisiti funzionali dell'amministrazione aggiudicatrice."

V.2. Allo scopo di evitare che la previsione di specifiche tecniche impedisca la libera concorrenza degli offerenti, determinando ostacoli ingiustificati all'accesso alla procedura degli operatori economici, il comma 7 dell'art. 68 cit. prevede che le Stazioni appaltanti, nei casi in cui si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche tecniche di cui al comma 5, lettera b), non possono dichiarare inammissibile o escludere un'offerta in ragione del fatto che i lavori, le forniture o i servizi offerti non sono conformi alle specifiche tecniche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta il partecipante dimostra che le soluzioni dallo stesso proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche. Tale dimostrazione può essere fornita dall'offerente con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'art. 86 dello stesso Codice dei contratti pubblici.

La disciplina descritta stabilisce, dunque, l'applicazione, in tema di specifiche tecniche, del principio dell'equivalenza: detto principio consente appunto agli operatori di mercato che siano sprovvisti delle particolari caratteristiche tecniche previste dalla *lex specialis* di gara, di partecipare comunque alla procedura di appalto dando prova, con mezzi idonei, di poter fornire alla Stazione appaltante

requisiti tecnici equivalenti a quelli dalla stessa richiesta.

V.3. Tali mezzi di prova possono essere (cfr. art. 86 e allegato XVII del D.Lgs. 50/2016, nonché art. 62 direttiva 2014/24/CE): *“una relazione di prova di un organismo di valutazione della conformità o un certificato rilasciato da un organismo di valutazione della conformità”* oppure *“una documentazione tecnica del fabbricante”*.

L'allegato XVII, parte seconda (capacità tecnica), per quanto di interesse, stabilisce alla lettera k) che la qualità tecnica dei prodotti da fornire è provata mediante : *“i) i campioni, descrizioni o fotografie la cui autenticità deve poter essere certificata a richiesta dall'amministrazione aggiudicatrice; ii) 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”*.

V.4. In tal modo, il Codice dei contratti pubblici intende attribuire rilievo al contenuto sostanziale dell'offerta, ossia alla sussistenza di caratteristiche del prodotto atte a soddisfare le esigenze della stazione appaltante, rispetto al fine che la stessa intende conseguire, conciliandolo con il necessario rispetto dell'interesse pubblico ad una partecipazione più ampia possibile alla procedura di gara.

Ove l'operatore economico in sede di offerta non fornisca, con qualsiasi mezzo appropriato, la citata prova della corrispondenza delle soluzioni proposte, in maniera equivalente, ai requisiti richiesti dalle specifiche tecniche, egli dovrebbe essere escluso dalla gara, senza che possa ravvisarsi in capo alla Stazione appaltante un onere di attività di indagine circa l'eventuale equivalenza ovvero di attivazione del soccorso istruttorio (che comporterebbe l'alterazione della *par condicio* tra gli offerenti).

V.5. Assumono poi rilievo, nell'ambito della presente controversia, anche le previsioni del D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (*“Nuovo Codice della Strada”*) che sanzionano chi circola con veicoli che montano componenti non omologate (cfr. in

particolare art. 72, comma 13, del D.lgs. 285/1992), nonché le norme del d.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495 (*“Regolamento di esecuzione e di attuazione del nuovo codice della strada”*) che individuano i ricambi di sicurezza (cfr. in particolare, l’art. 227 che stabilisce le *“caratteristiche costruttive e funzionali dei veicoli”*, rinviando all’appendice V che, alla lett. c) individua le componenti di sicurezza attiva e alla lett. d) le componenti di sicurezza passiva).

In particolare, l’art. 75, comma 3, del Codice della Strada prevede: *“3: I veicoli indicati nel comma 1, i loro componenti o entità tecniche prodotti in serie, sono soggetti all’omologazione del tipo”*.

L’art. 77, comma 3 bis, del citato Codice prevede poi sanzioni amministrative pecuniarie per *“chiunque importa, produce per la commercializzazione sul territorio nazionale ovvero commercializza sistemi, componenti ed entità tecniche senza la prescritta omologazione o approvazione ai sensi dell’articolo 75, comma 3- bis”* (norma quest’ultima che fa riferimento all’approvazione nazionale dei sistemi, componenti ed entità tecniche in base alle norme specifiche stabilite con decreti del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti), stabilendo anche il sequestro e la confisca dei *“componenti di cui al presente comma”* (tra cui i sistemi frenanti) *“ancorché installati sui veicoli”*.

V.6. Quanto al profilo inerente alla dimostrazione dell’avvenuta omologazione, per quanto di interesse al presente giudizio, si richiama anche la norma di cui all’art. 49 del d.P.R. 2000, n. 445 in base alla quale i certificati ivi elencati, tra cui per quanto qui rileva *“i certificati di origine, di conformità CE, di marchi o brevetti”*, *“non possono essere sostituiti da altro documento, salvo diverse disposizioni della normativa di settore”*.

VI. LA NORMATIVA EUROPEA DI RIFERIMENTO

VI.1. La Direttiva UE- 2007/46/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 settembre 2007 (*“Omologazione veicoli a motore e rimorchi”*) istituisce un quadro per l’omologazione dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, nonché dei sistemi, componenti ed entità tecniche destinati a tali veicoli.

Va, in primo luogo, richiamato il Considerando 14 della Direttiva in base al quale *“L'obiettivo principale della legislazione in materia di omologazione dei veicoli è assicurare che i veicoli nuovi, i componenti e le entità tecniche immessi in commercio forniscano un elevato livello di sicurezza e di protezione dell'ambiente. Tale scopo non dovrebbe essere pregiudicato dal montaggio di talune parti o apparecchiature dopo che i veicoli sono stati commercializzati o sono entrati in circolazione. Pertanto, dovrebbero essere adottate misure appropriate al fine di assicurare che le parti o le apparecchiature che possono essere montate sui veicoli e che sono in grado di pregiudicare considerevolmente il funzionamento di sistemi essenziali in termini di sicurezza o di protezione ambientale, siano soggetti a un controllo preventivo da parte di un'autorità di omologazione prima di essere messi in vendita. Tali misure dovrebbero consistere in disposizioni tecniche relative ai requisiti cui tali parti o tali apparecchiature debbono rispondere.”*

L'art. 1 (Oggetto) prevede che la direttiva in questione *“stabilisce un quadro armonizzato contenente le disposizioni amministrative e i requisiti tecnici generali necessari per l'omologazione di tutti i veicoli nuovi che rientrano nel suo campo d'applicazione e dei sistemi, dei componenti e delle entità tecniche destinati a tali veicoli, al fine di semplificarne l'immatricolazione, la vendita e la messa in circolazione all'interno della Comunità. La presente direttiva stabilisce inoltre disposizioni per la vendita e la messa in circolazione di parti e apparecchiature destinate ai veicoli omologati conformemente alla presente direttiva. Specifici requisiti tecnici relativi alla costruzione e al funzionamento di veicoli sono stabiliti in applicazione della presente direttiva con atti normativi, il cui elenco tassativo figura nell'allegato IV.”*

L'art. 2, nel definirne l'ambito di applicazione, prevede altresì che *“la presente direttiva si applica all'omologazione dei veicoli progettati e fabbricati in una o più fasi al fine di essere utilizzati su strada, nonché dei sistemi, componenti ed entità tecniche progettati e fabbricati per i suddetti veicoli”* ed inoltre *“alle parti e alle*

apparecchiature destinate ai veicoli da essa contemplati”.

L'art. 3 reca poi le definizioni rilevanti ai fini dell'applicazione della direttiva e degli atti normativi elencati nell'allegato IV, stabilendo in particolare che si intende per:

- 1) «atto normativo», una direttiva particolare o un regolamento oppure un regolamento UNECE annesso all'accordo del 1958 riveduto;
- 2) «direttiva particolare o regolamento» una direttiva o un regolamento elencato nell'allegato IV, parte I;
- 3) «omologazione», la procedura con cui uno Stato membro certifica che un tipo di veicolo, sistema, componente o entità tecnica è conforme alle pertinenti disposizioni amministrative e prescrizioni tecniche.

Si precisa poi che per «omologazione CE» si intende la procedura con cui uno Stato membro certifica che un tipo di veicolo, sistema, componente o entità tecnica è conforme alle disposizioni amministrative e alle prescrizioni tecniche pertinenti della presente direttiva e degli atti normativi elencati negli allegati IV o XI.

In particolare, la direttiva, nel prevedere (all' art. 4) gli obblighi degli Stati membri, stabilisce che questi ultimi: a) assicurano che i costruttori che richiedono un'omologazione rispettino gli obblighi previsti dalla direttiva; b) rilasciano un'omologazione, ed inoltre immatricolano o autorizzano la vendita o la messa in circolazione soltanto per i veicoli, i sistemi, i componenti o le entità tecniche conformi alle disposizioni della stessa direttiva; c) istituiscono o designano le autorità competenti in materia di omologazione e comunicano tali atti alla Commissione a norma dell'articolo 43.

La direttiva citata reca anche (rispettivamente ai punti 23, 24, 25, 26) una definizione di «sistema», «componente», «entità tecnica», «parti o apparecchiature originali».

Per quanto qui rileva, l'art. 3 punto 24 definisce «componente» *“un dispositivo soggetto alle prescrizioni di un atto normativo e destinato a far parte di un veicolo, il quale può essere omologato indipendentemente dal veicolo qualora l'atto*

normativo lo preveda espressamente”.

L’art. 3, punto 27, reca poi la definizione di «costruttore», da intendersi quale *“la persona o l’ente responsabile, verso l’autorità di omologazione, di tutti gli aspetti del procedimento di omologazione e della conformità della produzione”*, precisando altresì che *“non è indispensabile che detta persona o ente partecipino direttamente a tutte le fasi di costruzione del veicolo, del sistema, del componente o dell’entità tecnica soggetti all’omologazione”*.

Al successivo capo IV la direttiva individua quindi le modalità di espletamento delle procedure di omologazione CE (cfr. artt. 9 e 10).

L’art. 10 (rubricato *“Disposizioni speciali relative ai sistemi, ai componenti o alle entità tecniche”*) stabilisce che *“1. Gli Stati membri rilasciano un’omologazione CE per un sistema conforme alle indicazioni contenute nella documentazione informativa e che soddisfa le prescrizioni tecniche della direttiva particolare o del regolamento pertinenti, come stabilito nell’allegato IV o nell’allegato XI. 2. Gli Stati membri rilasciano un’omologazione CE del componente o dell’entità tecnica per un componente o un’entità tecnica conforme alle informazioni contenute nella documentazione informativa e che soddisfa le prescrizioni tecniche della direttiva particolare o del regolamento pertinenti, come stabilito nell’allegato IV.”*

L’art. 11 (*Prove richieste per l’omologazione CE*) prescrive, inoltre, che: *“1. La conformità alle prescrizioni tecniche contenute nella presente direttiva e negli atti normativi elencati nell’allegato IV è dimostrata mediante prove adeguate eseguite da servizi tecnici designati. (...) 2. Le prove necessarie sono eseguite su veicoli, componenti ed entità tecniche rappresentativi del tipo da omologare.”*

La direttiva disciplina anche il certificato di conformità e la marcatura CE (artt. 18 e 19). Segnatamente, l’art. 19 (*Marchio di omologazione CE*) prevede: *“1. Il costruttore di un componente o di un’entità tecnica facente parte o meno di un sistema appone su ciascun componente o entità fabbricati in conformità del tipo omologato il marchio di omologazione CE prescritto dalla direttiva particolare o*

dal regolamento pertinenti. 2. Qualora il marchio di omologazione CE non sia richiesto, il costruttore appone quantomeno il proprio marchio di fabbrica o commerciale nonché l'indicazione del tipo e/o un numero di identificazione. 3. Il marchio di omologazione CE è conforme all'appendice dell'allegato VII.”

Il successivo art. 28 (*Vendita e messa in circolazione di componenti ed entità tecniche*) stabilisce, infatti, che *“Gli Stati membri autorizzano la vendita o la messa in circolazione di componenti o entità tecniche solo se sono conformi alle prescrizioni degli atti normativi pertinenti e debitamente provvisti del marchio di cui all'articolo 19.”*

L'art. 30 (*Veicoli, sistemi, componenti o entità tecniche non conformi al tipo omologato*) individua le azioni di repressione che gli Stati membri devono intraprendere in presenza di componenti, sistemi o entità tecniche prodotti non conformi al tipo omologato. Assume rilievo anche l'articolo 31 laddove dispone che *“Gli Stati membri autorizzano la vendita, la messa in vendita o la messa in circolazione di parti o apparecchiature che possono comportare un rischio significativo per il corretto funzionamento di sistemi essenziali per la sicurezza del veicolo o per le sue prestazioni ambientali solamente se tali parti o apparecchiature sono state autorizzate da un'autorità di omologazione conformemente ai paragrafi da 5 a 10.”*. Per le componenti di ricambio suscettibili di incidere sulla sicurezza e prestazione ambientale del veicolo è necessaria dunque anche l'autorizzazione dell'autorità di omologazione.

Infine, l'art. 34 rinvia ai Regolamenti UNECE prescritti ai fini dell'omologazione CE ai quali la Comunità ha aderito, che sono elencati nell'allegato IV, parte I, e nell'allegato XI e che *“fanno parte dell'omologazione CE di un veicolo allo stesso modo delle direttive particolari o dei regolamenti”*.

VII. LA NORMATIVA DI RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA.

VII.1 Lo Stato Italiano ha recepito la Direttiva 2007/46/Ce con Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 28 aprile 2008, n. 32721-Omologazione dei veicoli a motore e dei loro rimorchi (pubblicato in Suppl. Ord. n.

167 alla Gazzetta Ufficiale n. 162 del 12 luglio 2008).

VII.2 L'art. 3 lett. ff) del decreto di recepimento definisce "costruttore" la persona o l'ente responsabile, verso l'autorità di omologazione, di tutti gli aspetti del procedimento di omologazione e della conformità della produzione, anche se *“non è indispensabile che detta persona o ente partecipino direttamente a tutte le fasi di costruzione del veicolo, del sistema, del componente o dell'entità tecnica soggetti all'omologazione”*.

VIII. LA RILEVANZA DEI PRINCIPI EUROUNITARI AI FINI DELLA SOLUZIONE DELLA QUESTIONE CONTROVERSA E LA NECESSITA' DEL RINVIO PREGIUDIZIALE

VIII.1. Alla stregua delle osservazioni svolte può assumersi che:

- il principio dell'equivalenza (diretto a tutelare la libera concorrenza e la *par condicio* tra i partecipanti alle gare fin dalla determinazione del contenuto del contratto oggetto di gara, con particolare riferimento all'individuazione delle prestazioni richieste) presuppone la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto rispetto all'originale individuato dalla disciplina di gara: la relativa prova deve essere resa dal concorrente, secondo le modalità indicate dalla disciplina di gara, in offerta e, in mancanza, quest'ultima dovrà ritenersi incompleta e tecnicamente inappropriata;
- le specifiche tecniche devono consentire pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura dei contratti pubblici alla concorrenza;
- 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 (la quale, in esercizio di poteri di discrezionalità tecnica, sindacabile dal giudice nei limiti della manifesta illogicità, contraddittorietà o irrazionalità, determina i mezzi che gli offerenti possono impiegare ai fini di tale dimostrazione) deve essere messa nelle condizioni

di svolgere una verifica effettiva e proficua della dichiarata equivalenza;

- la Direttiva n. 2004/17/CE, all'art. 10, sancisce il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, da declinare, nella materia in questione, nel senso che l'offerente non può ritenersi autorizzato a provare l'equivalenza dei suoi prodotti dopo il deposito dell'offerta: altrimenti le offerte presentate dagli operatori economici non risulterebbero tutte assoggettate alle medesime condizioni all'atto della loro valutazione (Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 24.05.2016, C 396/14).

- in sintesi, può affermarsi che 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* (determinando un ampliamento della platea dei concorrenti) e costituisce altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione;

- la Stazione appaltante è chiamata infatti ad effettuare una concreta e motivata valutazione, nel contraddittorio procedimentale, del grado qualitativo raggiunto dalle componenti di ricambio equivalente;

- i ricambi originali Iveco, oggetto dell'appalto di fornitura per cui è causa, sono omologati unitamente al veicolo;

- la vendita di ricambi soggetti ad omologazione, soprattutto se possono compromettere la sicurezza dei veicoli o le prestazioni ambientali, è consentita solo se gli stessi sono stati omologati ed autorizzati dall'autorità di omologazione (unitamente al veicolo ovvero come entità indipendenti);

-l'allegato IV alla direttiva UE 2007/46/CE contiene l'elenco specifico e dettagliato delle categorie di componenti per le quali esiste una normativa pertinente e specifica sull'omologazione;

- nella gara oggetto di controversia, la specifica tecnica richiedeva il certificato di omologazione, ove obbligatorio;

- nel caso di specie si contesta che l'aggiudicataria abbia fornito e la Stazione

appaltante abbia accettato come asserita prova dell'equivalenza agli originali di componenti di ricambio una dichiarazione sostitutiva del partecipante alla gara senza il prescritto certificato di omologazione o altra documentazione tecnica equipollente (per esempio prove/test di verifica di conformità);

- è controverso altresì se l'aggiudicataria fosse costruttore dei ricambi equivalenti offerti o mero rivenditore commerciante, e se potesse perciò, in quest'ultima veste, validamente attestare l'equivalenza di dette componenti (soggette, in taluni casi, anche a specifica omologazione) sotto il profilo tecnico qualitativo ai ricambi originali.

VIII.2. Così delineate le questioni oggetto della controversia, occorre, in primo luogo, stabilire se sia necessaria l'omologazione per i componenti non originali realizzati da un componentista: si tratta, in particolare, di accertare se per i ricambi equivalenti soggetti ad omologazione, individuabili sulla base dei rinvii alla disciplina di settore contenuti nella disciplina di gara, il concorrente debba produrre, a pena di esclusione della propria offerta, anche il certificato di omologazione a comprova dell'effettiva corrispondenza con l'originale e ai fini dell'utilizzabilità (sul piano legale e tecnico) sui veicoli ai quali il ricambio è destinato (o quanto meno provare in concreto l'avvenuta omologazione dello stesso), oppure se sia sufficiente, in alternativa a tale produzione documentale, una dichiarazione dell'impresa concorrente che attesti l'equivalenza agli originali dei ricambi offerti.

VIII.3. In secondo luogo, occorre stabilire da quale soggetto debbano provenire le attestazioni di equivalenza, e, in particolare, se esse debbano necessariamente provenire dal costruttore della parte o componente offerta ovvero possono provenire anche dal mero rivenditore e commerciante.

VIII.4. In relazione al primo profilo, sembra a questo giudice che il portato precettivo di cui al combinato disposto della direttiva 2007/46/Ce e normativa nazionale di recepimento sulla omologazione dei veicoli e dei componenti consente

di ritenere che la disciplina ivi recata non differisca se la parte, il ricambio e la componente sia destinata al primo impianto o al c.d. *After Market* automobilistico, né se a realizzarla sia un costruttore di veicoli o un componentista. Tale opzione interpretativa, nel quadro normativo delineato, appare equilibrata poiché sottopone ai medesimi obblighi costruttori (i quali omologano la vettura complessivamente e, così facendo, omologano automaticamente, in via sostitutiva, anche ciascuna parte di quel veicolo) e componentisti (che progettano e fabbricano autonomamente singole componenti del veicolo).

Pertanto, se una parte o componente ricade in un “regulatory act” comunitario (cfr. allegato IV alla direttiva 2007/46/Ce) anch’essa potrebbe essere commercializzata (al pari delle componenti omologate unitamente al veicolo) solo se previamente omologata: e ciò in conformità alle corrispondenti previsioni della direttiva 2007/46/CE e conformemente ai principi di parità di trattamento, ragionevolezza, buon andamento e imparzialità.

Tuttavia, la disciplina comunitaria e nazionale relativa all’omologazione dei veicoli e dei loro componenti non pare interpretabile sono nel senso anzidetto, potendo anche sostenersi, come prospettato dalle parti appellate, che l’offerta avente ad oggetto le componenti rientranti nelle tipologie di cui all’allegato IV, realizzate da soggetti del tutto autonomi dal costruttore del veicolo e destinate ad un determinato veicolo, non devono essere anch’esse obbligatoriamente corredate da rigorosa e attendibile documentazione tecnica che compri che le stesse sono state assoggettate alle medesime prove alle quali devono essere sottoposte le componenti originali del veicolo per conseguire la prescritta omologazione, e che possa risultare sufficiente, in alternativa a tale documentazione, anche una generica attestazione di equivalenza che dichiari la conformità del ricambio alle specifiche tecniche previste dalla legge di gara e la corrispondenza delle soluzioni proposte a quanto ivi richiesto.

VIII.5. In relazione al secondo profilo controverso, giova anzitutto evidenziare che, alla luce della normativa comunitaria e nazionale in materia, le figure di costruttore

e fornitore appaiono ben distinte.

In particolare, il costruttore è, secondo la definizione fornita dall'art. 3 lett. ff) del D.M. del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 28 aprile 2008, che riporta integralmente l'art. 3, n. 27 della citata Direttiva del 5 settembre 2007, il soggetto che partecipa direttamente ad almeno una delle fasi della materiale costruzione e fabbricazione dei pezzi di ricambio.

Al fine di circoscrivere e delineare più precisamente tale figura, si può aggiungere che secondo l'art. 2.1.1. del Regolamento UNECE su dischi freno e tamburi il "Fabbricante" è definito come *"l'organismo che può assumersi la responsabilità tecnica degli insiemi di guarnizioni per freni o delle guarnizioni per freni a tamburo e può dimostrare di possedere i mezzi necessari per ottenere la conformità della produzione"*.

Il fornitore è invece il soggetto che si occupa della commercializzazione e distribuzione di ricambi costruiti da altri, non avendo partecipato a nessuna delle fasi costruttive del ricambio e rimanendo perciò totalmente estraneo al relativo processo produttivo.

Tanto emerge anche dalla normativa comunitaria in materia di sicurezza dei consumatori e sicurezza generale dei prodotti, richiamata dalle parti del giudizio (cfr. in particolare, la definizione di «distributore» di cui all'art. 2 Dir. 2001/95/CE e all'art. 2 del Reg. CE n. 765/08).

VIII.6. Così delineate le figure di costruttore e fornitore, è bene allora evidenziare che qui si controverte sia circa l'interpretazione del termine "costruttore", sia in ordine alla possibilità che l'attestazione di equivalenza possa provenire anche dal mero fornitore e rivenditore del ricambio che non sia il costruttore.

Di tale nozione si può fornire, infatti, sia un'interpretazione restrittiva che lo fa coincidere con quella del fabbricante, sia un'interpretazione estensiva, in base alla quale il costruttore può essere inteso, in senso più ampio, anche come produttore (nel significato che assume nella normativa a tutela del consumatore), ovvero come

il soggetto che immette sul mercato e commercializza, a proprio nome e sotto la propria responsabilità, i ricambi equivalenti fabbricati da altri.

A favore della prima tesi depone quanto già prescritto dal Regolamento (CE) 31 luglio 2002, n. 1400/2002 (*Regolamento della Commissione relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico*) che definisce (art. 1, comma 1, lett. u) “*pezzi di ricambio di qualità corrispondente*” solo i “*pezzi di ricambio fabbricati da qualsiasi impresa che possa certificare in qualunque momento che la qualità di detti pezzi di ricambio corrisponde a quella dei componenti che sono stati usati per l'assemblaggio degli autoveicoli*”.

Secondo questa tesi l'equivalenza del ricambio deve essere certificata esclusivamente dal fabbricante, poiché è proprio il riferimento a quest'ultimo che consente l'esatta identificazione del prodotto e, mediante la certificazione, delle sue caratteristiche tecniche. Ogni singolo pezzo da indicare nell'offerta deve essere, infatti, non un ricambio equivalente qualsiasi, ma un ricambio *ex ante* ben individuato (cioè il ricambio di un certo costruttore, tenuto a certificarne l'equivalenza rispetto all'originale), identificato o identificabile: diversamente, ciò consentirebbe all'impresa concorrente di riservarsi il potere di scegliere, divenuta aggiudicataria, all'atto della fornitura del pezzo, il prodotto economicamente più conveniente.

Inoltre, secondo tale tesi, non potrebbe farsi riferimento, ai fini della delimitazione della figura di costruttore, ad altre discipline non pertinenti, quale la normativa sui consumatori che ha un ambito di applicazione delimitato ai rapporti tra operatori economici e consumatori o utenti, i quali agiscono per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta.

Il costruttore del ricambio sarebbe, dunque, l'unico soggetto, in virtù della sua diretta partecipazione al processo produttivo (o quanto meno ad una fase di tale processo), in grado di attestarne l'equivalenza. Il mero fornitore che si limita ad apporre il proprio marchio sul prodotto finito, senza fornire contributo alcuno al

materiale processo di fabbricazione, non sarebbe in possesso delle competenze necessarie onde attestare la conformità dei beni offerti alle specifiche tecniche richieste dal bando di gara. I mezzi di prova appropriati devono, infatti, essere idonei a consentire alla Stazione appaltante lo svolgimento di un giudizio di idoneità tecnica dell'offerta e di equivalenza dei requisiti del prodotto offerto alle specifiche tecniche, legato non a formalistici riscontri, ma a criteri di conformità sostanziale delle soluzioni tecniche offerte.

La seconda opzione, prospettata dalle parti appellate, è fondata invece sul richiamo ad altre normative (*in primis* quella in materia di tutela dei consumatori) che estendono la nozione del produttore fino a ricomprendervi chi si limiti a commercializzare il prodotto, apponendovi il proprio marchio, pur senza aver materialmente partecipato neanche ad una fase del relativo processo di costruzione. Secondo tale tesi, per costruttore o produttore dei ricambi non deve intendersi soltanto chi “*concretamente fabbrica un certo componente*”, ma anche il soggetto che realizza con un proprio marchio il prodotto o parte di esso, anche attraverso attività di assemblaggio o esternalizzazione a terzi di parti o componenti e sul quale ricade l'onere della garanzia in caso di non conformità del prodotto: tale essendo in definitiva non soltanto chi produce direttamente i ricambi richiesti, ma anche chi assume la responsabilità del loro utilizzo, attraverso la certificazione di equivalenza all'originale o ancora prestando la garanzia per il loro corretto funzionamento e per l'assenza di vizi di costruzione.

Dunque, ai fini dell'individuazione della qualifica di costruttore, non sarebbe condizione necessaria, richiesta dalla citata disposizione di cui all'art. 3 della Direttiva (e dal corrispondente articolo del D.M. di recepimento), la titolarità dello stabilimento o del laboratorio ove il ricambio viene confezionato né la partecipazione alle varie fasi della costruzione del prodotto.

VIII.7. Applicando tali coordinate al caso oggetto di giudizio, se per l'appellante la necessità di tutelare l'interesse generale alla qualità e alla sicurezza del trasporto

pubblico dei cittadini esige, da un lato, che il concorrente fornisca, a corredo dell'offerta, il certificato di omologazione o comunque dettagliate informazioni al riguardo, non potendo il difetto di tale documentazione essere superato mediante la mera dichiarazione di equivalenza del ricambio all'originale, e dall'altro che tale dichiarazione di equivalenza provenga unicamente dal costruttore (inteso quale fabbricante) del pezzo di ricambio (in quanto unico soggetto ad avere diretta conoscenza degli stati e fatti relativi al processo di fabbricazione del prodotto e, come tale, unico a poterne attestare la conformità e la corrispondenza alle specifiche tecniche della gara), viceversa secondo la Stazione appellante e l'aggiudicataria non è invece necessaria a pena di esclusione la presentazione della documentazione comprovante l'omologazione del ricambio, risultando sufficiente l'attestazione di equivalenza all'originale, da comprovarsi anche attraverso una mera unilaterale dichiarazione sostitutiva del produttore o del fornitore che affermi la conformità alle specifiche tecniche e alle norme di produzione del costruttore del veicolo su cui il ricambio dovrà essere installato.

VIII.8. Alle su indicate conclusioni, i fautori della prima tesi interpretativa pervengono esaminando il quadro normativo generale di riferimento per l'equivalenza delle specifiche tecniche in tutte le procedure di gara (si veda, in particolare, combinato disposto di cui agli artt. 42 e 44 della Direttiva comunitaria n. 2014/24/UE; art. 34 della Direttiva 2004/17/CE, esplicitamente richiamata dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza C-14/7 del 12 luglio 2018; artt. 68, 86 ed Allegato XVII, Parte II, del D.lgs. 50/2016- Codice dei Contratti Pubblici).

Anzitutto, a conferma della dedotta tassatività degli strumenti probatori, si osserva che gli artt. 68 e 86 del Codice, in combinato disposto, esigono che le specifiche tecniche (nella specie l'equivalenza del ricambio di concorrenza rispetto al ricambio originale) non siano dimostrate con *“mezzi di prova diversi da quelli di cui al presente articolo”* o di quelli di cui *“all’Allegato XVII (...)”* del D.lgs n. 50/2016 (ossia certificati e dichiarazioni del fabbricante).

Tra questi significativamente non sarebbe contemplata la dichiarazione sostitutiva

del fornitore, che non può considerarsi “*altro mezzo di prova appropriato*”, dovendo per appropriatezza senz’altro intendersi la rispondenza funzionale all’obiettivo di comprovare le specifiche tecniche.

Quali debbano ritenersi i “mezzi probatori appropriati” si evincerebbe poi, in maniera inequivoca, dalle seguenti fonti normative e giurisprudenziali:

a) art. 44, Dir. n. 2014/24/UE, rubricato “*Relazioni di prova, certificazione e altri mezzi di prova*”;

b) Allegato XVII, Parte II, D.lgs n. 50/2016, richiamato dall’art. 86 stesso Codice, che “*per i prodotti da fornire*” individua quali mezzi di prova idonei “*campioni, descrizioni o fotografie la cui autenticità deve poter essere certificata a richiesta dell’amministrazione aggiudicatrice*” (lett. i); oppure “*i 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*” (lett. ii);

c) art. 34 della Direttiva n. 2004/17/CE, in base al quale i “mezzi appropriati” per comprovare le specifiche tecniche sono “*una documentazione tecnica del fabbricante*” ovvero “*una relazione di prova di un organismo riconosciuto*”, laddove per “*organismi riconosciuti*” si intendono espressamente “*i laboratori di prova e di calibratura e gli organismi di ispezione e di certificazione conformi alle norme europee applicabili*”.

Alla luce di tali disposizioni, l’appellante prospetta allora l’illegittimità e l’illogicità della *lex specialis* di appalti di fornitura di ricambi se interpretati nel senso di consentire che l’attestazione di equivalenza possa essere effettuata anche mediante dichiarazione del partecipante che sia mero rivenditore o fornitore e non fabbricante della componente o parte, in quanto lesiva dei principi di tassatività e appropriatezza dei mezzi di prova: la discrezionalità di cui pure certamente gode la Stazione appaltante nell’indicare nella disciplina di gara gli strumenti probatori andrebbe pur sempre esercitata entro i limiti di appropriatezza dettati dalla

normativa di settore, comunitaria e nazionale, sì da consentirle di effettuare un'effettiva e proficua verifica.

Il certificato di equivalenza che può ritenersi "appropriato" sotto il profilo oggettivo deve necessariamente illustrare alla Stazione appaltante i dati tecnici relativi al ricambio cui si riferisce: in altri termini, l'appropriatezza del mezzo di prova presuppone necessariamente che la documentazione prodotta in gara dettagli le specifiche tecniche dei ricambi equivalenti offerti.

Poiché la prova dell'equivalenza è un elemento sostanziale dell'offerta, la Stazione appaltante deve poter verificare in concreto, esaminando la documentazione tecnica prodotta dai concorrenti, che vi sia conformità rispetto alle specifiche tecniche richieste dalla *lex specialis*: e ciò sarebbe garantito soltanto dalla presentazione a corredo dell'offerta della certificazione tecnica proveniente dal fabbricante o dal costruttore del ricambio equivalente. Diversamente, l'attestazione di equivalenza, da elemento fondamentale dell'offerta, finirebbe per tradursi in mero simulacro ed orpello formale, privo di qualsiasi valore sostanziale e probatorio

Per converso, la Stazione appaltante e l'aggiudicataria evidenziano come la normativa applicabile alla fattispecie non individua specifiche e peculiari modalità procedurali di accertamento dell'equivalenza: può essere dunque idonea a tal fine non solo la certificazione di corrispondenza del costruttore, ma anche ogni altro elemento appropriato capace di dimostrare in modo soddisfacente e oggettivo l'equivalenza dei prodotti offerti. Di conseguenza, sarebbe consentito provare la conformità del prodotto attraverso una mera dichiarazione sostitutiva del concorrente, anche a prescindere da ogni dimostrazione sulla sua qualità di costruttore del ricambio offerto.

Altro problema, strettamente correlato alle questioni finora delineate, attiene all'individuazione delle modalità con le quali può essere dimostrata la propria qualità di costruttore del prodotto (ovvero l'effettivo esercizio dell'attività di fabbricazione dei ricambi equivalenti offerti) e se, a tal fine, assumano rilievo o possano di loro reputarsi sufficienti, quali strumenti idonei a comprovare un

requisito di capacità tecnica del concorrente in sede di gara, le indicazioni del certificato di qualità nonché l'oggetto sociale come riportato nelle visure camerali, dalle quali possano trarsi indicazioni sull'attività prevalentemente svolta.

Se è vero che per essere qualificato come "costruttore" ai sensi dell'art. 3 della citata Direttiva non è necessario partecipare a tutte le fasi della costruzione del prodotto, è anche vero che ciò sembra presupporre che si dimostri di aver partecipato ad almeno una fase di tale processo. È dubbio, inoltre, se sia necessario che il concorrente abbia la disponibilità, diretta o contrattuale, di stabilimenti di produzione, ovvero se sia sufficiente dimostrare che tutti i ricambi per i quali ha certificato l'equivalenza sarebbero prodotti da terzi secondo le proprie direttive (direzione tecnica e responsabilità tecnica) e, in caso positivo, con quali modalità.

In dettaglio, la concorrente che attesti l'equivalenza dei prodotti offerti dovrebbe poter allegare e dimostrare, per ciascun ricambio per il quale si dichiara costruttore: (i) di essere in possesso del progetto di fabbricazione e del know-how tecnico per produrre il ricambio; (ii) di realizzare e documentare il controllo dei semilavorati eventualmente impiegati rispetto alle specifiche di progetto di realizzazione del prodotto; (iii) di essere il soggetto responsabile verso l'autorità di omologazione (ove il singolo componente sia soggetto ad omologazione specifica) di tutti gli aspetti del relativo procedimento e della conformità della produzione; (iv) in ogni caso, di avere stipulato con terzi fabbricanti contratti di sub-fornitura industriale per la costruzione/fabbricazione, su sue specifiche tecniche e controllo di qualità, dei ricambi in questione.

VIII.9. Le questioni in oggetto non rivestono un carattere meramente formale.

Si tratta, infatti, di garantire la parità di trattamento tra gli operatori economici, stabilendo esattamente con quali modalità essi possano fornire la dimostrazione dell'equivalenza del prodotto offerto e, in difetto, subire legittimamente l'esclusione dalla gara per aver presentato un'offerta incompleta e generica.

La normativa richiamata pare richiedere, ai fini del riconoscimento

dell'equivalenza, che la concorrente fornisca sia la dichiarazione di equivalenza dei prodotti offerti sia la documentazione attestante tale presupposto.

Inoltre, è dubbio se l'utilizzo, eventualmente consentito dalla legge di gara per esigenze di semplificazione e celerità dell'azione amministrativa, della dichiarazione sostitutiva della concorrente (che non sia in grado di dimostrare la sua qualità di costruttore del prodotto o comunque a prescindere da una siffatta dimostrazione), salvo eventuali successive verifiche della Stazione appaltante, possa valere anche per gli elementi essenziali dell'offerta e dell'oggetto dell'appalto, che ricomprendono le c.d. specifiche tecniche.

Ed invero, l'eventuale previsione di una scansione temporale che differisca la dimostrazione e il riscontro dell'equivalenza dei prodotti offerti alla fase successiva all'aggiudicazione porterebbe ad ammettere che la verifica sull'effettiva equivalenza possa essere svolta, a gara conclusa, nella fase di esecuzione dell'appalto.

La prova dell'equivalenza potrebbe così anche essere in concreto fornita attraverso un procedimento complesso a formazione successiva idoneo a palesare l'equivalenza, che si completerebbe solo in sede di esecuzione del contratto, mediante la produzione della certificazione di equivalenza formata dal costruttore, da esibire al momento della consegna di ricambi equivalenti, che in difetto non potrebbe essere accettata.

A fronte di tali orientamenti meno rigorosi, altro indirizzo ritiene invece che la scansione temporale che impone la dimostrazione dell'equivalenza dei prodotti già in sede di offerta riflette principi generali dell'ordinamento interno e comunitario, in applicazione dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa.

Ove la *lex specialis* venisse intesa nel senso di consentire il differimento alla fase di esecuzione del contratto della produzione della documentazione a comprova dell'equivalenza tecnica e prestazionale dei ricambi offerti, rispetto a quelli originali, la stessa sarebbe affetta da violazione dell'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016,

nonché dal principio di parità di trattamento nell'ambito del confronto concorrenziale. In tal modo, inoltre, non sarebbero garantiti i principi di imparzialità e trasparenza, potendo il giudizio di equivalenza essere influenzato dall'ormai avvenuta conoscenza dell'offerta economica.

Pertanto, la dichiarazione sostitutiva del concorrente (in luogo della certificazione del costruttore), nella misura in cui fornisce, invece, solo un c.d. principio di prova, differirebbe l'effettiva definitiva verifica della sussistenza del requisito ad un momento successivo a quello della presentazione dell'offerta, e cioè persino dopo l'aggiudicazione, in palese contrasto e violazione dei principi comunitari che regolano la fattispecie.

La tesi opposta ritiene, invece, non obbligatoria, a pena di esclusione, l'omologazione del ricambio equivalente e idonea e sufficiente (in quanto comunque comportante l'assunzione di responsabilità verso la Stazione appaltante per il relativo utilizzo) l'attestazione di corrispondenza, anche ove proveniente dalla concorrente che sia mero produttore (nell'ampia accezione su indicata) o fornitore, ed a prescindere dalla concreta dimostrazione di aver contribuito alla realizzazione e costruzione del ricambio offerto.

Orbene, è evidente che l'esito del ricorso proposto dipende dalla differente soluzione fornita alle questioni interpretative prospettate.

La scelta dell'una o dell'altra opzione interpretativa è, infatti, idonea a determinare la soluzione della controversia in un modo, ovvero nel suo esatto opposto, e ciò rende rilevante la questione pregiudiziale da sottoporre alla Corte di giustizia.

Alla luce delle precedenti considerazioni risulta dunque necessario disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE ex art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, al fine di chiedere alla Corte di formulare un parere sull'interpretazione del diritto europeo per poter applicare correttamente la direttiva 2007/46/Ce e il corrispondente DM Trasporti 28 aprile 2008 nell'ipotesi specifica di forniture di ricambi "equivalenti" per veicoli, rientranti nelle tipologie

disciplinate dalle normative tecniche di cui all'allegato IV (contenente l'elenco delle prescrizioni per l'omologazione CE dei veicoli).

Il Collegio ritiene dunque che sussistano i presupposti per il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 TFU, per le seguenti ragioni:

- a) l'appellante Iveco Orecchia ha dedotto la violazione di principi e diritti dell'Unione se la normativa comunitaria e di recepimento e la legge di gara dovesse essere interpretata nel senso opposto a quello da essa prospettato;
- b) la Corte di giustizia detiene il monopolio interpretativo in ordine al diritto dell'Unione;
- c) il Collegio ravvisa la sussistenza di una questione interpretativa sul diritto dell'Unione;
- d) la questione è rilevante per la soluzione della lite;
- e) il giudice a quo è giudice di ultima istanza e vi è una specifica richiesta di parte appellante di procedere al rinvio.

IX. LA FORMULAZIONE DEI QUESITI.

Pertanto, in accoglimento della richiesta di Iveco Orecchia s.p.a., sono sottoposti alla Corte di Giustizia UE i seguenti quesiti pregiudiziali ai fini della decisione della controversia:

- 1) *“se sia conforme al diritto europeo - e, in particolare, alle previsioni della direttiva 2007/46/CE (di cui agli artt. 10, 19 e 28 della detta direttiva comunitaria), nonché ai principi di parità di trattamento ed imparzialità, di piena concorrenzialità e buon andamento dell'azione amministrativa - che, con specifico riferimento alla fornitura mediante appalto pubblico di componenti di ricambio per autobus destinati al servizio pubblico, sia consentito alla Stazione appaltante accettare componenti di ricambio destinate ad un determinato veicolo, realizzate da un fabbricante diverso dal costruttore del veicolo, quindi non omologate unitamente al veicolo, rientranti in una delle tipologie di componenti contemplate dalle normative tecniche elencate nell'allegato IV della su indicata direttiva (Elenco delle prescrizioni per l'omologazione CE dei veicoli) ed offerte in gara*

senza il corredo del certificato di omologazione e senza alcuna notizia sull'effettiva omologazione ed anzi sul presupposto che l'omologazione non sarebbe necessaria, risultando sufficiente solo una dichiarazione di equivalenza all'originale omologato resa dall'offerente;

2) “se sia conforme al diritto europeo - e, in particolare, all'art. 3, punto 27, della direttiva 2007/46/CE – che, in relazione alla fornitura mediante appalto pubblico di componenti di ricambio per autobus destinati al servizio pubblico, sia consentito al singolo concorrente di autoqualificarsi come “costruttore” di una determinata componente di ricambio non originale destinata ad un determinato veicolo, in particolare ove rientrante in una delle tipologie di componenti contemplate dalle normative tecniche elencate nell'allegato IV (Elenco delle prescrizioni per l'omologazione CE dei veicoli) della direttiva 2007/46/Ce, ovvero se detto concorrente debba invece provare – per ciascuno delle componenti di ricambio così offerte e per attestarne l'equivalenza alle specifiche tecniche di gara- di essere il soggetto responsabile verso l'autorità di omologazione di tutti gli aspetti del procedimento di omologazione nonché della conformità della produzione e relativo livello qualitativo e di realizzare direttamente almeno alcune delle fasi di costruzione del componente soggetto all'omologazione, chiarendo altresì, in caso affermativo, con quali mezzi debba essere fornita detta prova”;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),

Visto l'art. 267 del TFUE;

Visto l'art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea;

Visto l'art. 3 della l. 13 marzo 1958, n. 204;

Viste le “Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale” pubblicate sulla G.U.C.E. del 6 novembre 2012;

DISPONE la rimessione alla Corte di giustizia dell'Unione europea delle questioni

pregiudiziali indicate in motivazione;

DISPONE, nelle more della pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea, la sospensione del giudizio;

RISERVA alla sentenza definitiva ogni ulteriore pronuncia, anche in ordine alla liquidazione delle spese di lite;

MANDA alla Segreteria della Sezione tutti gli adempimenti di competenza ed in particolare:

- la comunicazione della presente ordinanza alla Corte di giustizia dell'Unione europea;
- l'invio, in plico raccomandato, alla Cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione europea (L-2925, Lussemburgo) della presente ordinanza, insieme a copia di tutti gli atti contenuti nel fascicolo di causa, relativi al primo e al secondo grado di giudizio.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO