



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 8336 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

Brescia Trasporti S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Salvadori, con domicilio digitale come
da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Var S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
dagli avvocati Maurizio Goria, Roberto Maria Izzo, Simona Elena Viscio, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo
studio dell'avvocato Roberto Maria Izzo in Roma, via Monte Santo, 68;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Di Pinto & Dalessandro S.p.A, Bellizzi S.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Marco Lancieri, 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) n. 00778/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Brescia Trasporti S.p.A. e di Var S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo di ordinanza n. 3721 dell'11 giugno 2020;

Relatore nell'udienza pubblica 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 e uditi per le parti gli avvocati Brunetti e Vitale;

I.FATTO

I.1. Con bando di gara pubblicato in data 21 novembre 2018, Brescia Trasporti S.p.A. (di seguito anche "*Stazione appaltante*") indiceva una procedura aperta, da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso e del valore stimato a base d'asta pari ad 2.100.000,00, "*per la fornitura di ricambi autobus marca Iveco e con motore Iveco – Cig 7680570EDB*".

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, l'art. 2 della specifica tecnica richiedeva che il concorrente, per ciascun ricambio, indicasse se intendeva fornirne uno originale, di primo impianto

o equivalente, in base alle definizioni recate della stessa legge di gara.

L'art. 1 della su indicata specifica (*“Definizioni tecniche”*), dopo aver definito in generale (paragrafo 1.1.) i *“pezzi di ricambio: (art. 1 – h Reg. UE 461/2010)”* - stabilendo che per tali si intendono *“i beni che vengono incorporati o montati in o su un autoveicolo per sostituirne delle parti componenti, compresi beni, quali lubrificanti, necessari all'utilizzo di un autoveicolo, ad eccezione del carburante”* - definiva infatti nello specifico i ricambi in base alla loro tipologia, ovvero:

- *“Ricambi originali (punto 19 – comunicazione della Commissione 2010/C138/05)”*, da intendersi come *“le «parti o apparecchiature originali... costruite conformemente alle specifiche e alle norme di produzione fornite dal costruttore del veicolo per la produzione di parti o apparecchiature per l'assemblaggio del veicolo in questione”*;
- *“ricambi originali nella prassi definiti “di primo impianto”, con riferimento ai quali era invece previsto che: “Esse (le parti o apparecchiature originali) includono le parti o le apparecchiature costruite nella stessa linea di produzione di tali parti o apparecchiature. Salvo prova contraria, si presume che le parti costituiscano parti originali se il costruttore delle stesse certifica che esse hanno qualità equivalenti ai componenti utilizzati per l'assemblaggio del veicolo in questione e sono state costruite conformemente alle specifiche e alle norme di produzione del veicolo [cfr. l'articolo 3, paragrafo 26, della direttiva 2007/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 settembre 2007, che 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(direttiva quadro)]”*;
- *“1.3. Pezzi di ricambio di qualità equivalente”*, vale a dire *“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”*: era stabilito anche con quali modalità e caratteristiche prestazionali, tecniche e qualitative dovesse estrinsecarsi la c.d. equivalenza all'originale.

A quest'ultimo riguardo, le specifiche tecniche (richiamando il punto 20-

comunicazione della Commissione 2010/C138/05) chiarivano, inoltre, che “per essere considerati «di qualità equivalente», i pezzi devono essere di qualità sufficientemente elevata, in modo che il loro uso non comprometta la reputazione della rete autorizzata in questione. Come avviene con ogni altro criterio di selezione, il Produttore di autoveicoli può dimostrare che un dato pezzo di ricambio non soddisfa tale condizione.”

I.3. Infine, l’art. 3 della medesima specifica tecnica indicava puntualmente la documentazione tecnica da allegare a corredo dell’offerta sia per i ricambi di “primo impianto” sia per quelli “di qualità equivalente”.

Nello specifico, per i primi era richiesta “idonea certificazione del costruttore che dette parti hanno qualità equivalente ai componenti utilizzati per l’assemblaggio del veicolo in questione e sono stati costruiti conformemente alle specifiche ed alle norme di produzione fornite dal costruttore del veicolo”.

Per i ricambi di qualità equivalente si richiedeva invece, “a pena di esclusione”, di produrre la seguente documentazione:

“1) Dichiarazione del Fornitore che, per ciascun ricambio, attesti: - le generalità del produttore (costruttore) del ricambio e il paese di produzione; - la percentuale massima di prodotti provenienti dai Paesi terzi;

2) Certificazione del costruttore del ricambio che, per ciascun ricambio, attesti: - che i ricambi sono di qualità sufficientemente elevata, in modo che il loro uso non comprometta la reputazione della rete autorizzata; - la perfetta intercambiabilità con i ricambi originali così come definiti al punto 1.2.1 senza dover ricorrere ad alcun adattamento del ricambio, del complessivo o del sistema su cui deve essere montato; - dichiarazione che, con riferimento ai ricambi definiti al punto 1.2.1, il ricambio possieda caratteristiche prestazionali atte ad assicurare una regolare funzionalità e sicurezza del ricambio sul sistema, nonché almeno una pari durata in esercizio”.

Si stabiliva poi che “Il fornitore dovrà inoltre fornire il certificato di omologazione

del prodotto, ove obbligatorio”, specificando pure che “per quanto concerne le guarnizioni frenanti, i dischi freni e i tamburi il fornitore dovrà presentare, oltre a quanto sopra, il certificato attestante l’omologazione comunitaria ECE R90”.

Ogni ditta concorrente doveva presentare la documentazione richiesta allegandola a quella di gara, *“pena l’esclusione dalla procedura stessa per incompletezza dell’offerta”.*

I.4. Alla gara partecipavano due concorrenti, Var S.r.l. (di seguito “Var”) e Iveco Orecchia S.p.A. (di seguito “Iveco Orecchia”): all’esito delle operazioni Var era prima classificata (con un’offerta di euro 434.570,15 ed un ribasso pari al 79,3%), e Iveco Orecchia seconda (con un’offerta di euro 637.935, 72).

Pertanto, con provvedimento n. 1824/19 del 28 febbraio 2019 Brescia Trasporti aggiudicava definitivamente la gara alla società Var.

II. IL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO

II.1. Con ricorso proposto al Tribunale amministrativo regionale della Lombardia-sezione staccata di Brescia Iveco Orecchia ha impugnato l’aggiudicazione definitiva della gara a Var (comunicata con provvedimento di Brescia Trasporti del 1 marzo 2019), ed inoltre i provvedimenti adottati dalla Commissione di ammissione alla gara dell’aggiudicataria, nonché la determina a contrarre n. 115 del 24 luglio 2018 e la legge di gara (bando e disciplinare), nella parte in cui stabilivano le modalità documentali attraverso le quali i concorrenti erano ammessi a 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 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 – Legge n. 192/1998 sulla sub-fornitura industriale - 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 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 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) Sotto diverso profilo, Violazione e falsa applicazione del Dlgs 50/2016, in particolare artt. 32, 33 e 68 e del DPR 445/2000; in particolare art. 71-Eccesso di potere per illogicità ed erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, difetto di motivazione ed istruttoria. Sviamento. 4) Sotto diverso profilo, Violazione e falsa applicazione del Dlgs 50/2016, in particolare artt. 68, 80 comma 5 lett. f-bis, 94, 95, comma 10, 97 e 137 - Eccesso di potere per illogicità ed erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, difetto di motivazione ed istruttoria. Sviamento; 5) 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.”

II.3. In estrema sintesi, con i motivi di ricorso così rubricati, l'appellante ha lamentato la mancata esclusione dalla gara di VAR per incompletezza e genericità dell'offerta, per non avere la concorrente prodotto le certificazioni richieste e la documentazione prevista dalla specifica tecnica in relazione ai ricambi di “primo impianto” ed “equivalenti” offerti, ai fini delle “*verifiche di conformità dell'offerta alle specifiche tecniche*”.

In particolare, la ricorrente lamentava che VAR non aveva presentato, per ciascuno dei ricambi di “primo impianto”, la certificazione del costruttore dei singoli ricambi

attestante che *“dette parti hanno qualità equivalente ai componenti utilizzati per l’assemblaggio del veicolo in questione e sono stati costruiti conformemente alle specifiche ed alle norme di produzione fornite dal costruttore del veicolo”*, limitandosi a produrre soltanto dichiarazioni sostitutive del fornitore prive di ogni valore probatorio e non conformi alle prescrizioni della disciplina di gara.

Quanto poi ai *“ricambi di qualità equivalente”* VAR aveva presentato la seguente documentazione:

- 722 dichiarazioni di generalità produttore VAR e il Paese di Produzione dei ricambi dei prodotti elencati nell’offerta economica come equivalenti;
- 1 dichiarazione con indicazione percentuale Paesi terzi relativi ai prodotti elencati nell’offerta economica come equivalenti;
- 722 Certificazioni produttore VAR relativi ai prodotti elencati nell’offerta economica come equivalenti.

II.4. La concorrente VAR, qualificatasi produttore dei prodotti offerti, non sarebbe tuttavia costruttore dei ricambi di cui aveva certificato l’equivalenza agli originali, ma mero fornitore e commerciante, con la conseguente insussistenza della dichiarazione di equivalenza con riferimento alla maggior parte dei ricambi equivalenti offerti e inefficacia delle stesse dichiarazioni sostitutive.

Molte delle certificazioni rese da VAR, inoltre, non avrebbero contenuto corrispondente a quanto richiesto dalla specifica tecnica (cfr. punto 1.3.), poiché non indicherebbero tutti gli elementi necessari alla verifica di conformità dell’offerta rispetto alle specifiche tecniche.

In particolare, le autocertificazioni rese dalla concorrente nella pretesa qualità di produttore dei ricambi avevano anche identificato i ricambi equivalenti offerti con codici di magazzino VAR, rendendo così incerta anche l’identificazione dell’oggetto, oltre ad indicare finanche il costruttore/fabbricante del prodotto, ad ulteriore prova che non poteva essere VAR, in quanto mera fornitrice, ad attestare l’equivalenza del ricambio all’originale Iveco.

II.5. Le autocertificazioni non erano, inoltre, conformi alla disciplina di gara perché

non corredate dai certificati di omologazione dei ricambi (per i quali detta omologazione era invece obbligatoria), di cui anzi non menzionavano neppure gli estremi né indicavano altrimenti se le componenti erano state omologate.

Infine, VAR non avrebbe prodotto alcun certificato di omologazione ECE R90 per i tamburi freno offerti, come specificamente richiesto dalla *lex specialis*.

Sulla base della documentazione presentata dall'aggiudicataria, la Commissione non avrebbe, dunque, 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.6. 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.7. 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.8. 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.9. Nella resistenza di Brescia Trasporti e dell'aggiudicataria VAR, che hanno

insistito per il rigetto del ricorso, l'adito tribunale, con la sentenza n. 778 del 26 agosto 2019, ha respinto il ricorso, ritenendolo infondato.

Secondo il tribunale:

- il precetto di equivalenza delle specifiche tecniche è un presidio del canone comunitario dell'effettiva concorrenza (come tale vincolante per l'amministrazione e per il giudice) ed impone che *“i concorrenti possano sempre dimostrare che la loro proposta ottempera in maniera equivalente allo standard prestazionale richiesto”*;
- il concorrente non può essere escluso se dimostra l'equivalenza tra i prodotti, mediante il possesso di una certificazione equivalente, ovvero se propone caratteristiche tecniche sostanzialmente equivalenti e corrispondenti agli *standards* richiesti dall'amministrazione;
- in ordine alla valutazione sull'equivalenza dei prodotti offerti e alla verifica della sua effettiva dimostrazione da parte delle ditte concorrenti, l'Amministrazione gode di ampia discrezionalità, che può essere sindacata ove se ne dimostri l'erroneità, la manifesta illogicità e l'irragionevolezza: ciò che nel caso in esame non è avvenuto;
- in particolare, la censura relativa alla mancanza del certificato di omologazione per “molti” dei ricambi equivalenti offerti da VAR, oltre che generica e indeterminata, è anche infondata nel merito: la direttiva 2007/46/ce e il D.M. di recepimento 28 aprile 2008, di cui la ricorrente invoca l'applicazione, non impongono che ogni singolo componente di un veicolo omologato sia, a sua volta, munito di omologazione; da qui l'infondatezza della tesi sostenuta in ricorso secondo la quale tutti i componenti rientranti nelle categorie di cui all'Allegato IV della citata direttiva sarebbero soggetti a specifica omologazione;
- la stessa legge di gara appare coerente con la specifica normativa di settore laddove precisa, in relazione ai ricambi di qualità equivalente, che il fornitore dovrà allegare il certificato di omologazione del prodotto solo *“ove obbligatorio”*;
- risulta priva di rilievo ai fini della partecipazione della gara anche la mancata produzione del certificato di omologazione ECE R90 per due tamburi freno

equivalenti offerti da VAR posto che l'estensione del Regolamento 90 anche a dischi freni e tamburi è applicabile unicamente ai veicoli immatricolati dopo il novembre 2016 e l'unico veicolo del parco mezzi della Stazione appaltante immatricolato successivamente a tale data è dotato di freni a disco anteriori e posteriori;

- infondata è anche la censura sulla mancanza in capo a VAR della qualifica di produttore/costruttore dei ricambi equivalenti: anche alla luce della definizione di cui all'art. 3 del D.M. 28 aprile del 2008, (recepimento della direttiva 2007/46/CE), che riprende la definizione fornita dalla medesima direttiva, deve intendersi, in un'accezione più ampia del termine, che costruttore è *“il soggetto che realizza il prodotto sotto le proprie direttive, immettendolo sul mercato a proprio nome e sotto la propria responsabilità”*; non sarebbe inoltre ostativa alla qualifica la circostanza dell'utilizzo, nell'ambito del procedimento di costruzione, di stabilimenti di soggetti terzi, considerato che non è necessario che il costruttore partecipi direttamente a tutte le fasi di costruzione del veicolo;

- l'aggiudicataria ha comunque prodotto in giudizio anche certificazione di qualità ISO 9000:2015 avente quale campo di applicazione *“Progettazione, produzione e assemblaggio di ricambi per autobus e veicoli rotabili urbani e relativa commercializzazione”*;

- risultava, inoltre, dalle visure camerali che nel suo oggetto sociale era anche ricompresa *“la produzione di parti di ricambio di veicoli commerciali, industriali, di autobus, di veicoli su rotaia”*; la stessa visura riportava alla voce *“attività prevalente”* la *“fabbricazione di altre parti ed accessori per autoveicoli e i loro motori”*;

- sono altresì infondati anche i motivi inerenti al contenuto delle dichiarazioni di equivalenza: queste, contrariamente a quanto dedotto dalla ricorrente, appaiono conformi al disposto di cui all'art. 3 delle specifiche tecniche, laddove, per un verso, risultano prodotte dichiarazioni relative alla generalità del produttore VAR e

al Paese di produzione dei ricambi, per altro verso le stesse certificazioni rispondono pienamente, sotto il profilo contenutistico, a quanto stabilito dalla legge di gara in ordine alla qualità sufficientemente elevata dei ricambi equivalenti, alla loro perfetta intercambiabilità con i ricambi originali, alle caratteristiche prestazionali atte ad assicurare una regolare funzionalità e sicurezza del ricambio sul sistema, nonché almeno una pari durata in esercizio;

- deve pertanto ritenersi priva di fondamento anche la doglianza, formulata in via subordinata, con cui si contesta l'illegittimità della legge di gara ove intesa nel senso di ritenere sufficiente, ai fini della verifica di conformità alle specifiche tecniche, l'analisi delle autocertificazioni rese dal concorrente;

- vista l'impossibilità per il partecipante alla gara di imporre a soggetti terzi la presentazione di certificazioni con contenuti specifici e tempistiche determinate, bene aveva fatto la Stazione appaltante a confermare in sede di chiarimenti (non impugnati dalla ricorrente) la possibilità del partecipante di allegare, in luogo delle certificazioni del costruttore per i ricambi di primo impianto, una dichiarazione sostitutiva sottoscritta dal legale rappresentante attestante quanto richiesto;

- è priva di pregio infine anche la censura con cui parte ricorrente ha lamentato che Brescia Trasporti avrebbe omissso ogni effettiva verifica (da compiersi prima dell'apertura delle offerte economiche) sulla documentazione presentata in gara da VAR a comprova che i ricambi equivalenti di primo impianto avrebbero avuto un grado qualitativo almeno corrispondente a quello degli originali.

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 – Errore di giudizio - Violazione artt. 64 e ss cpa 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 – Legge n. 192/1998 sulla sub-fornitura industriale - 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 – Violazione artt. 64 e ss cpa - 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 – DPRn. 445/2000 - Eccesso di potere per illogicità ed erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, difetto di motivazione ed istruttoria. Sviamento; 3) 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, 79, 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 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; 4) Sotto diverso profilo, Violazione e falsa applicazione del Dlgs 50/2016, in particolare artt 32, 33 e 68 e del DPR 445/200= in particolare art. 71-Eccesso di potere per illogicità ed erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, difetto di motivazione ed istruttoria. Sviamento; 5) Erronea e/o omessa motivazione su punto decisivo della controversia – error in iudicando -

Sotto diverso profilo, Violazione e falsa applicazione del Dlgs 50/2016, in particolare artt. 68, 80 comma 5 lett. f-bis, 94, 95, comma 10, 97 e 137 – 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:

- a) devono considerarsi soggette ad omologazione le categorie di ricambi oggetto delle direttive particolari di cui all'allegato IV della direttiva 2007/46/CE, composto di 58 voci: di conseguenza VAR doveva essere esclusa dalla gara per non aver corredato i ricambi equivalenti offerti (rientrante nelle categorie disciplinate dalle "direttive particolari" di cui al citato allegato IV) del certificato di omologazione, come richiesto dall'art. 3 della specifica tecnica;
- b) VAR non ha inoltre prodotto per i due tamburi freni offerti il certificato di omologazione ECE R90, richiesto a pena di esclusione;
- c) la sentenza avrebbe dunque del tutto travisato il principio di equivalenza di cui all'art. 68 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), oltre ad aver erroneamente interpretato la disciplina di gara e la normativa nazionale e comunitaria in materia di omologazione dei veicoli e delle entità tecniche indipendenti, posta a presidio della sicurezza dei veicoli e della circolazione;
- d) l'onere della prova dell'equivalenza di quanto offerto (nel caso di specie dei ricambi agli originali Iveco), da rendersi secondo le modalità indicate nella disciplina di gara, costituisce parte integrante dell'offerta e grava sul concorrente, mentre spetta alla Stazione appaltante svolgere una verifica effettiva e proficua della dichiarata equivalenza: in mancanza, deve essere disposta l'esclusione dell'offerta difforme dalla gara, senza alcuna possibilità di soccorso istruttorio;
- e) VAR, oltre a non produrre il certificato di omologazione (ove obbligatorio), non ha neppure reso altrimenti disponibili informazioni sull'omologazione dei ricambi offerti: in particolare, ha ommesso nelle autocertificazioni rese ogni riferimento all'omologazione, al relativo codice identificativo e al marchio CE dei ricambi di sicurezza equivalenti offerti;

- f) in difetto di omologazione ed autorizzazione della competente autorità, le componenti originali non possono essere poste in commercio;
- g) inoltre, la circolazione con veicolo che non monti componenti originali o equivalenti omologati incidenti su sicurezza della circolazione e protezione dell'ambiente implica le sanzioni previste dalla normativa nazionale (artt. 71 comma 6 e 78 del D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285 *Codice della strada*);
- h) sarebbe quindi erronea la sentenza appellata laddove afferma che la disciplina invocata dalla ricorrente (Direttiva 2007/46/CE e DM 28 aprile 2008, n. 32721 di recepimento) non impone, invero, che ogni singolo componente di un veicolo omologato sia, a sua volta, munito di omologazione;
- i) l'allegato IV alla direttiva UE 2007/46/CE (richiamato espressamente dalla disciplina di gara) contiene, infatti, l'elenco specifico e dettagliato degli atti normativi che regolano l'omologazione dei veicoli e loro componenti e quindi l'elenco delle categorie di componenti per le quali esiste una specifica e "pertinente" normativa sull'omologazione;
- l) deve, pertanto, ritenersi che se i ricambi originali Iveco sono omologati unitamente al veicolo, quelli equivalenti rientranti nelle categorie soggette ad omologazione devono essere omologati come "*entità tecniche indipendenti*": da qui la ragionevolezza e proporzionalità della disciplina di gara laddove richiede la produzione, a pena di esclusione, del certificato di omologazione, ove obbligatorio;
- m) la sentenza appellata è così incorsa in violazione e falsa applicazione dell'art. 19 del DM n. 32721/2008 (di recepimento della direttiva 2007/46/CE) secondo il quale "*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, ovvero dal decreto di recepimento della stessa, o dal regolamento CE pertinenti*";
- n) la sentenza appellata non ha inoltre analizzato le previsioni dell'ordinamento

interno in base alle quali l'ottenimento della attestazione di corrispondenza alle prescrizioni tecniche ed alle caratteristiche costruttive e funzionali previste dalle norme del Codice della Strada (appunto conseguibile con la necessaria omologazione del tipo) costituisce condizione preliminare perché i veicoli possano circolare e i loro componenti ed entità tecniche commerciati separatamente possano essere installati e messi in vendita (si veda sul punto artt. 19, 28 e 31 del DM n. 32721/2008, di recepimento della direttiva; 75, commi 3 e *3bis* del D.lgs. 285/1992, c.d. Codice della Strada);

o) la sentenza non ha neppure considerato che l'art. 2 del Capitolato per l'individuazione delle tipologie di componenti (ricambi) soggette ad omologazione (unitamente al veicolo o come entità indipendenti) rinvia alla direttiva UE 2007/46/CE e s.m.i. che istituisce un quadro per l'omologazione dei veicoli a motore, nonché dei sistemi, componenti ed entità tecniche destinati a tali veicoli e quindi al DM 28.04.2008 n. 32721 (Gazz. Uff. n. 162/2008) che ne costituisce recepimento in Italia;

p) per quanto poi concerne nello specifico i dischi freno e tamburi equivalenti offerti da VAR, la specifica tecnica richiedeva espressamente i certificati di omologazione UNECE (cfr. Regolamento n. 90 della Commissione economica per l'Europa delle Nazioni Unite –UNECE, recante “*Disposizioni uniformi relative all'omologazione di insiemi di guarnizioni di ricambio per freni, di guarnizioni per freni a tamburo nonché di dischi e di tamburi destinati a veicoli a motore e relativi rimorchi*”): inoltre, l'art. 2 del capitolato rinvia espressamente all'art. 34 (regolamenti UNECE prescritti ai fini dell'omologazione CE) della direttiva 2007/46/Ce e quindi al regolamento ECE R90 depositato anche in atti e applicabile anche prima del 2016;

q) le certificazioni di equivalenza rese da VAR non corrispondono sotto il profilo contenutistico a quanto richiesto dalla specifica tecnica;

r) sarebbe illegittima la disciplina di gara se da interpretare nel senso che, ai fini della verifica di conformità dell'offerta alle specifiche tecniche, è sufficiente la

mera presentazione delle autocertificazioni rese in gara dai soggetti che si dichiarano costruttori senza alcun concreto controllo o verifica effettiva sulla veridicità del contenuto delle stesse: la disciplina di gara sarebbe pure illegittima ove in base alla stessa dovesse ritenersi ammissibile una certificazione alternativa (a quella attestante l'omologazione del ricambio) rilasciata da altri soggetti;

s) VAR si è autodichiarata fabbricante e costruttore dei ricambi equivalenti offerti e in tale veste ne ha certificato l'equivalenza agli originali, sebbene la sua attività prevalente sia quella di commercializzazione dei ricambi: la sentenza appellata avrebbe dunque errato nel conferire rilievo alla certificazione di qualità genericamente estesa all'attività di produzione di componenti meccanici per bus e alla circostanza che l'oggetto sociale contempla anche l'attività di produzione, laddove occorreva invece specificamente provare che la concorrente effettua l'attività di progettazione e fabbricazione di tutti i ricambi per i quali ha prodotto una propria certificazione di equivalenza;

t) VAR non poteva dunque essere qualificata come costruttore ai sensi dell'art.3 del D.M. 29 aprile 2018: sebbene sia vero che, come afferma il tribunale, non è necessario a tal fine la partecipazione diretta a tutte le fasi della costruzione del prodotto, è anche vero che VAR non ha allegato né tantomeno provato di svolgere direttamente almeno una delle fasi di produzione dei ricambi di cui ha certificato l'equivalenza;

u) l'offerta di VAR meritava quindi l'esclusione e la Stazione appaltante avrebbe disapplicato la legge di gara cui era vincolata;

v) la Commissione esaminatrice, in presenza di offerta che contempla ricambi rientranti nelle categorie soggette a specifica omologazione ed a fronte di una disciplina di gara che richiede per essi, a pena di esclusione, i certificati di omologazione, non ha verificato alcunché, non rendendo conto in alcun modo dell'effettivo esercizio del potere di controllo ad essa spettante; dal che il vizio di difetto di istruttoria censurato dalla ricorrente è ingiustamente ritenuto insussistente

dalla sentenza, la quale avrebbe del tutto obliterato che il giudizio di equivalenza tecnica, riguardando una condizione di partecipazione, deve essere effettivo, motivato e fondato su elementi univoci contenuti nell'originaria offerta, oltre a non poter essere differito ad una fase successiva all'aggiudicazione.

III.3. Con riguardo a quest'ultimo aspetto, 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 Brescia Trasporti sia l'aggiudicataria VAR, che hanno dedotto l'infondatezza dell'appello, chiedendone il rigetto.

III.6. Le appellate hanno in particolare sostenuto che non è obbligatoria e necessaria una specifica omologazione anche per ogni singolo componente, parte o sistema del veicolo: di conseguenza, non tutti i prodotti andavano obbligatoriamente omologati, essendo necessario per l'immissione nel mercato la sola apposizione di marchio di fabbrica di provenienza (del costruttore). 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. Per tutte le altre componenti seriali già conformi al prototipo non è necessario alcun certificato. Il veicolo viene omologato nel suo complesso e soltanto alcuni dei suoi componenti recano una specifica omologazione, ottenuta dal produttore in un diverso momento e con una diversa procedura: le restanti parti devono essere conformi alle normative di cui all'allegato IV della direttiva citata ma non sono soggette a specifica omologazione

Sotto altro profilo, la Stazione appaltante ha, in particolare, rammentato che in base alla legge la prova di equivalenza dei prodotti offerti, in un'ottica proconcorrenziale, può essere offerta dalle partecipanti con ogni mezzo appropriato e che la Corte di giustizia UE (con sentenza con sentenza 12 luglio 2018 in causa C-14/2017) ha riconosciuto l'ampio potere discrezionale della Stazione appaltante nel determinare i mezzi che gli offerenti possono impiegare per provare tale equivalenza nelle loro offerte e, quindi, nelle relative valutazioni di qualità dei prodotti offerti in gara. 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 e

non si spingano oltre quanto necessario per effettuare tale valutazione, evitando che i predetti mezzi di prova creino ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza, in violazione dell'articolo 34, paragrafo 2, della direttiva 2004/17.

Occorre, dunque, dare al concorrente la possibilità di fornire la prova di equivalenza in qualsiasi modo e senza particolari formalità: ciò anche in ragione delle difficoltà che i fornitori di prodotti costruiti da terzi ed equivalenti agli originali possono riscontrare nell'assolvere a tale onere probatorio ed al fine di non frapporre ostacoli alla libera concorrenza e alle regole del mercato, ad esclusivo vantaggio dei fornitori e costruttori di prodotti originali. Si deve, infatti, tener conto che il partecipante non ha alcuna possibilità di imporre a soggetti terzi completamente estranei alla dinamica dell'appalto di fornire certificazioni con contenuti specifici e in tempistiche predeterminate: da qui la possibilità riconosciuta alla Stazione appaltante di produrre una dichiarazione sostitutiva sottoscritta dal legale rappresentante del partecipante offerente attestante quanto richiesto per le certificazioni del costruttore.

Conformemente a tali principi, le specifiche tecniche, infatti, chiedevano al concorrente di depositare una certificazione di equivalenza proveniente dal produttore/costruttore dei beni oggetto di fornitura. Tale richiesta era finalizzata ad accertare che *“i ricambi sono di qualità sufficientemente elevata, in modo che il loro uso non comprometta la reputazione della rete autorizzata”*. Per la Stazione appaltante era, dunque, indifferente se la certificazione in esame provenisse dal costruttore o dal produttore/fornitore, dal momento che, in entrambi i casi, sarebbe stato comunque soddisfatto l'interesse pubblico perseguito. La Stazione appaltante ha perciò ritenuto idonee e provanti le certificazioni in esame in quanto riconducibili a prodotti già da tempo forniti e di cui ha in concreto apprezzato la qualità.

L'aggiudicataria VAR ha invece evidenziato di essere anche produttore, fabbricante, costruttore dei ricambi che realizza in parte direttamente e in parte

mediante esternalizzazione, successivamente marchiandoli e assumendosi la responsabilità del loro utilizzo e di aver dato ampiamente prova di detta qualità mediante la produzione della certificazione di qualità e del certificato camerale dal quale emerge l'attività prevalentemente svolta. Ha precisato che sia i prodotti realizzati direttamente sia quelli realizzati dai subfornitori vengono inscatolati e marchiati e agli stessi viene assegnato *un part number* che trova corrispondenza nel relativo listino.

III.7. Sono intervenute *ad adiuvandum* le società DI PINTO & DALESSADRO S.p.A. e Bellizzi s.r.l., entrambe aziende operanti nel settore della manutenzione dell'autobus dichiarando il loro interesse ad evitare che si consolidi la statuizione della sentenza appellata circa la qualità di costruttore di VAR (qualità che le stesse intervenienti hanno a loro volta contestato in altre gare pubbliche, di oggetto identico a quella per cui è causa, alle quali hanno partecipato).

III.8. 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, Brescia Trasporti 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 VAR 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 sia (oppure che non ha comunque provato di essere) costruttore del veicolo; 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 (e, in quanto tale, 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 attesta sotto la propria responsabilità la qualità equivalente dei prodotti offerti, assumendo verso la Stazione appaltante 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"* (n.d.r.: 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. L'appellante ha richiamato anche le previsioni di dettaglio di cui al DM del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 21 aprile 2009, recante *"Procedure di verifica del sistema di controllo di conformità del processo produttivo e della conformità del prodotto al tipo omologato per veicoli, sistemi, componenti ed entità tecniche"*.

V.7. 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. Il termine include anche i rispettivi provvedimenti di esecuzione;
- 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 e per i dischi freno e tamburi equivalenti rinviava espressamente all'art. 34 della direttiva 2007/46/Ce (che a sua volta rinvia ai regolamenti UNECE prescritti ai fini dell'omologazione CE);

- 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 richiesto 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, per la sua soluzione 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 comprovi 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 le consentirebbe 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.

IX. 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.

VIII. 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 Prosperi, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO