

N. 01666/2014REG.PROV.COLL.

N. 01109/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1109 del 2012, proposto da:

W.L. Gore & Associates (U.K.) Limited, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Bucello, Simona Viola, Marcello Molè, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Nicolò Porpora, n. 16;

contro

Brianza Energia Ambiente-Bea S.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Claudio Colombo, Filippo Carimati, con domicilio eletto presso Giulia Greco in Roma, via F. Cesi, n. 21;

nei confronti di

Bwf Fti S.p.a. non costituita;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lombardia – Milano, sezione I, n. 2633/2011, resa tra le parti, concernente affidamento fornitura di 450 macchine filtranti per impianto di termovalorizzazione rifiuti solidi urbani e ospedalieri

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Brianza Energia Ambiente-Bea Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 marzo 2014 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e udito per le parti l'avvocato Marcello Molé;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Lombardia l'odierno appellante invocava: a) l'annullamento di tutti gli atti e/o provvedimenti della gara condotta dalla Brianza Energia Ambiente S.p.A. per l'affidamento della fornitura di 450 macchine filtranti per l'impianto di termovalorizzazione rifiuti solidi urbani e ospedalieri trattati sito in Desio (MB), nelle parti in cui non avevano disposto l'esclusione dalla gara dell'offerta presentata dalla Società BWF FTI S.p.A.;

della nota B.E.A. S.p.A. prot. n. 1812 in data 1° aprile 2010, con cui era stato comunicato all'appellante che «la fornitura in oggetto è stata affidata ad altra società», del «verbale di apertura delle buste contenenti offerta» in data 23 marzo 2010, nonché del provvedimento con cui era stata definitivamente aggiudicata la fornitura alla Società BWF FTI S.p.A.;

b) la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno derivante dagli atti illegittimi impugnati, oltre rivalutazione ed interessi.

1.1. L'odierno contenzioso si originava in relazione ad una procedura di gara avente ad oggetto la fornitura di 450 macchine filtranti per l'impianto di termovalorizzazione dei rifiuti solidi urbani e ospedalieri trattati in Desio, per un importo a base d'asta di € 110.000,00, ai sensi dell'art. 125 del D.Lgs. n. 163/06.

2. Il primo Giudice respingeva le domande proposte dall'originaria ricorrente, non prima di aver disposto una verifica all'esito della quale concludeva che: *“l'offerta della controinteressata si è discostata dai parametri tecnici “grammatura” e “cross machine direction”, come richiesti da Bea nell'All. n. 1 della lettera di invito, nella misura indicata nel ricorso, e sopra evidenziata. I restanti parametri tecnici di cui all'Allegato I sono invece stati rispettati; nonostante la predetta mancanza, la stazione appaltante, nel verbale del 23.3.2011, ha ritenuto che le caratteristiche tecniche delle maniche filtranti della controinteressata fossero “pressoché equivalenti e compatibili con quanto richiesto nell'Allegato I della lettera di invito”; l'attività istruttoria esperita in corso di causa non ha dimostrato l'erroneità del detto giudizio di equivalenza “in termini funzionali” espresso dalla stazione appaltante”*. Pertanto, il primo Giudice richiamato il principio di **equivalenza** contenuto nell'art. 68, commi 4 e 7, d.lgs. n. 163/2006, recepito in via interpretativa dall'art. 3, punto 2 lett. c dell'Allegato I della lettera di invito ovvero operante mercè eterointegrazione ex art. 1339 c.c., riteneva l'assenza di censure convincenti inerenti il giudizio di **equivalenza** espresso dalla stazione appaltante su 2 delle 33 specifiche tecniche indicate nell'Allegato I della lettera di invito. Un simile approdo secondo il primo Giudice veniva rafforzato dal fatto che, trattandosi di importo sottosoglia, la gara doveva ispirarsi ai sensi dell'art. 125 d.lgs. n. 163/2006, al rispetto dei soli principi fondamentali in materia di contratti pubblici. Inoltre, mentre la ricorrente non risultava avesse prodotto documentazione tecnica volta a sconfessare puntualmente il predetto giudizio di **equivalenza** funzionale, incentrando le proprie censure sulla carenza “formale” dei prodotti offerti dalla controinteressata, la stazione appaltante aveva fornito documentazione relativa all'esecuzione dell'appalto, dalla quale si deduceva che l'utilizzo delle maniche filtranti aggiudicate aveva consentito di depurare i fumi generati dall'incenerimento di un quantitativo di rifiuti circa doppio di quello incenerito quando erano installate le maniche filtranti fornite dalla ricorrente, mantenendo le emissioni ad un valore pari ad un quinto dei limiti di legge, producendo a supporto un estratto della relazione sulla gestione allegata al bilancio di esercizio, corredata da un grafico relativo alle emissioni in atmosfera.

3. Con appello notificato il 3 febbraio 2012 e depositato il 17 febbraio 2012, l'originaria ricorrente lamenta l'erroneità della sentenza oggetto di gravame, deducendo violazione e falsa applicazione dell'art. 68 del codice dei contratti pubblici, ultrapetizione, violazione del principio di *par condicio* e trasparenza, violazione dell'art. 3, l. n. 241/90. In base al meccanismo di selezione prescelto (prezzo più basso), le caratteristiche tecniche avrebbero dovuto essere inderogabilmente fissate dalla stazione appaltante, mentre la documentazione depositata e gli esiti della verifica dimostrerebbero che le caratteristiche tecniche e funzionali delle maniche filtranti offerte dall'aggiudicataria non sarebbero in linea con le prescrizioni tecniche indicate nell'Allegato I della lettera di invito dalla stazione appaltante. Ancora non sarebbe possibile interpretare l'art. 3 dell'Allegato I come indicato dalla sentenza, né vi sarebbe ricorso incidentale, in grado di denunciare una non consentita difformità della *lex specialis* rispetto al principio di **equivalenza**. Quindi, o la stazione appaltante avrebbe verificato erroneamente il rispetto da parte dell'offerta dell'aggiudicataria dei requisiti necessari o avrebbe operato una disparità di trattamento rispetto al giudizio pronunciato nei confronti dell'appellante. Inoltre, anche qualora si volesse applicare l'art. 68 d.lgs. n. 163/2006, la sentenza sarebbe erronea, restando a carico dell'offerente l'onere di dimostrare l'**equivalenza**, come ribadito dal parere dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, n. 71 del 9 maggio 2013. Al contrario, nel caso in cui si ritenga che l'aggiudicatario abbia offerto un prodotto, dichiarandolo conforme alle specifiche tecniche indicate dalla *lex specialis*, tale dichiarazione non veritiera avrebbe dovuto comportare l'esclusione della sua offerta. Inoltre, sia l'ARPA, che il verificatore avrebbero chiarito l'impossibilità di affermare la presenza in concreto di un **equivalenza** prestazionale. Né sarebbe stata svolta alcuna istruttoria per accertare l'**equivalenza**. E comunque, proprio la nota tecnica depositata dalla controinteressata dimostrerebbe l'assenza di **equivalenza**.

3.1. Con l'atto di gravame l'appellante ripropone la richiesta di risarcimento per equivalente anche perché il contratto è stato eseguito, quantificando il danno subito nel mancato utile stimato nel 20% della propria offerta pari a 100.000,00 euro, oltre alle spese del giudizio e al contributo unificato. Nelle successive difese l'appellante contraddice alle conclusioni ed eccezioni spiegate dalla Brianza Energia Ambiente-Bea S.p.a.

4. Con l'atto di costituzione in giudizio l'amministrazione appellata oppone che: I) i prodotti forniti dall'originaria controinteressata sono stati installati e funzionano regolarmente; II) nella fattispecie varrebbe la disciplina di cui all'art. 68, d.lgs. n. 163/2006; III) sarebbe inammissibile il motivo d'appello con il quale si contesta la mancata dimostrazione dell'**equivalenza** da parte dell'appellata, perché non proposto in primo grado e quello inerente il mancato rispetto del

dato "max contenuto polveri in uscita"; IV) non sarebbe provato in alcun modo il danno per il quale l'appellante chiede di essere risarcito.

DIRITTO

1. L'appello è infondato e non merita di essere accolto.

2. Va, preliminarmente, chiarito che in prime cure l'odierno appellante si lamentava della mancata corrispondenza dei requisiti tecnici dell'offerta della controinteressata alle indicazioni contenute nell'Allegato I della lettera di invito. Pertanto, non è fondata l'eccezione proposta dall'amministrazione appellata in ordine alla violazione del principio del divieto dei *nova* in sede d'appello in relazione all'applicazione del principio di **equivalenza**, che rappresenta il cuore della motivazione della sentenza oggetto di impugnazione.

3. Com'è noto l'art. 68 del Codice dei contratti pubblici, che recepisce l'art. 23 della Direttiva 31 marzo 2004, n. 18/2004/CE, contiene la disciplina delle specifiche tecniche, che attua il 29° considerando della suddetta Direttiva secondo il quale: *"Le specifiche tecniche fissate dai committenti pubblici dovrebbero permettere l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. A questo scopo deve essere possibile la presentazione di offerte che riflettano la pluralità di soluzioni tecniche. Pertanto le specifiche tecniche devono poter essere fissate in termini di prestazioni e di requisiti funzionali e, in caso di riferimento alla norma europea, o, in mancanza di quest'ultima, alla norma nazionale, le amministrazioni aggiudicatrici devono prendere in considerazione offerte basate su altre soluzioni equivalenti. Per dimostrare l'**equivalenza**, gli offerenti dovrebbero poter utilizzare qualsiasi mezzo di prova. Le amministrazioni aggiudicatrici, laddove decidano che in un determinato caso l'**equivalenza** non sussiste, devono poter motivare tale decisione..."*.

In quanto corollario dei principi di libera circolazione delle merci, di tutela della concorrenza e di proporzionalità non può revocarsi in dubbio che il principio in questione operi anche in relazione agli appalti sottosoglia. Del resto lo stesso art. 2 della lettera di invito esordisce affermando che: *"La presente procedura di affidamento è regolata dal D.Lgs. 163/2006 e s.m.i."*, così sgomberando il campo dall'intenzione della stazione appaltante di fare propri i principi ivi contenuti.

3.1. Tanto premesso è bene chiarire che l'istruttoria svolta in prime cure ha consentito di appurare che le difformità riscontrate tra le caratteristiche tecniche dei prodotti offerti dalla controinteressata e quelle richieste nell'Allegato I sono risultate modeste, sia da un punto di vista quantitativo (2 voci "grammatura" e "cross machine direction" su 33), che qualitativo, tenuto anche conto del fatto che i valori proposti erano quelli previsti dalle certificazioni ISO, e che, per il parametro "grammatura" si discostava di soli 50 g/m² su 750. Mentre, l'originaria ricorrente non ha introdotto alcun motivo di censura teso a dimostrare l'erroneità del giudizio di **equivalenza** reso dalla stazione appaltante, sia pure in termini di illogicità o irragionevolezza dello stesso, sicché il *thema decidendi* è rimasto ancorato alla mancata utilizzazione di un meccanismo automatico di esclusione dell'aggiudicataria il cui prodotto presentava le due difformità quantitative sopra indicate. Senza dire che dall'esame degli atti si evince una migliore resa prestazionale del prodotto fornito dall'originaria controinteressata rispetto a quello precedentemente fornito dalla stessa appellante.

4. Così ricostruito l'ambito di contestazione dell'odierno appello non se ne possono condividere le argomentazioni. Ed, infatti, posto che non appare corretta l'affermazione del TAR Lombardia secondo la quale sarebbe possibile integrare le norme della *lex specialis* con quelle imperative ex art. 1339 c.c., è la complessiva lettura della disciplina di gara che consente di ritenere operante nella fattispecie il principio di **equivalenza**. Questo Consiglio, infatti, ha chiarito che: *"Negli appalti pubblici la **clausola di equivalenza** non trova applicazione indipendentemente dall'espressa previsione della *lex specialis*, perché le norme destinate a disciplinare la gara hanno valore di *lex specialis*, le quali non vanno integrate da quelle imperative ai sensi dell'art. 1339 Cod. civ., dovendo in tal caso il giudice amministrativo non certo annullare la legge di gara bensì annullare, ove sia stata ritualmente impugnata nei termini, la **clausola** del bando che fissi specifiche tecniche restrittive in violazione di quanto previsto dall'art. 68 comma 4 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 con conseguente illegittima esclusione del concorrente che abbia presentato un prodotto equivalente"* (Cons. St., Sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364). Nella fattispecie, però, la circostanza che: a) l'oggetto dell'appalto fosse rappresentato dalla fornitura di 450 maniche filtranti, da applicare ad un impianto di termovalorizzazione rifiuti solidi urbani e ospedalieri con conseguente obbligo funzionale di rispettare le emissioni in atmosfera; b) l'art. 2 della lettera di invito richiamasse la disciplina del Codice dei contratti pubblici; c) le caratteristiche del prodotto non fossero declinate nel senso dei requisiti minimi, ma in termini di caratteristiche e prestazioni; d) vi sia l'obbligo di affiancare all'interpretazione letterale in caso di clausole dubbie un'esegesi delle stesse compatibile con i principi comunitari e nazionali vigenti in materia, consente di ritenere che la procedura in questione fosse ispirata al principio di **equivalenza**. Al riguardo, va rammentato come già questo Consiglio abbia chiarito l'ambito di valutazione rimesso alla stazione appaltante: *"La Commissione di gara d'appalto, nello svolgimento dei suoi compiti, può fornire chiarimenti sulle eventuali clausole ambigue contenute nelle disposizioni di gara e può anche valutare la possibile **equivalenza** delle soluzioni tecniche proposte dalle imprese partecipanti, ai sensi dell'art. 68 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, ma non può modificare le disposizioni dettate per lo svolgimento della gara e non può quindi ammettere alla gara imprese che hanno proposto soluzioni tecniche che non rispettano i requisiti minimi che erano stati richiesti dalla *lex specialis*"* (Cons. St., Sez. III, 30 agosto 2012, n. 4656). Pertanto, alla stessa operando il principio di **equivalenza** deve riconoscersi un margine di valutazione sulle caratteristiche e prestazioni del prodotto sempre che il bando non li abbia indicati come requisiti minimi.

4.1. Chiarito che la Commissione di gara non ha posto in essere alcuna illegittimità nell'apprezzare l'**equivalenza** del prodotto offerto dall'aggiudicataria, va ribadito che non risulta fondata neanche la censura inerente la mancata dimostrazione da parte dell'originario controinteressato dell'**equivalenza** della propria offerta ed, infatti, se l'offerente non può rivendicare l'illegittimità del provvedimento di esclusione a suo carico nel caso in cui non abbia fornito la prova in questione, allo stesso modo la Commissione aggiudicatrice può riscontrare ex se le ragioni di **equivalenza**, spettando in questo caso al concorrente che se ne dolga fornire elementi dai quali desumere l'illegittimità della scelta della stazione appaltante. Eventualità quest'ultima non ricorrente nella fattispecie, atteso che simili censure non sono state proposte in primo grado dall'originario ricorrente.

5. In assenza del riscontro di illegittimità a carico dell'aggiudicazione impugnata appare destituita di fondamento anche la richiesta risarcitoria, non risultando integrato alcun illecito addebitabile in capo all'amministrazione appellata.

6. Nella particolare complessità delle questioni trattate si ravvisano eccezionali motivi per compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Fulvio Rocco, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **08/04/2014**

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)