

Publicato il 10/08/2023

N. 07727/2023REG.PROV.COLL.
N. 04803/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 4803 del 2020, proposto da Iveco Orecchia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 7805408A70, rappresentata e difesa dall'avvocato Salvatore Dettori, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza SS. Apostoli n. 66;

contro

Azienda Trasporti Milanesi s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Cardi, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

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

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sezione Seconda, 23 marzo 2020, n. 541, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Var S.r.l. e di Azienda Trasporti Milanesi s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2023 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Dettori, Cardi, Gorla, Viscio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'Azienda Trasporti Milanesi S.p.A. (di seguito anche "ATM" o "Stazione appaltante") bandiva il 1° marzo 2019 una procedura aperta per la fornitura triennale di "ricambi, originali/di primo impianto e/o equivalenti, per veicoli di produzione

IVECO per un importo massimo presunto a base di gara, pari ad € 4.600.000,00 + IVA”, da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso.

1.1. La *lex specialis* di gara disciplinava puntualmente il caso in cui un concorrente avesse inteso fornire ricambi equivalenti.

1.2. In particolare, per quanto di interesse, l'art. 6 del disciplinare (punto 6.1.3.D) prevedeva che ciascun concorrente dovesse corredare l'offerta con una dichiarazione attestante *“che tutti i ricambi offerti come “Primo Impianto” ed “Equivalenti” sono conformi alle indicazioni di cui ai punti 2.1. e 2.2 della ST [specifica tecnica] ATM*”, indicando altresì per ciascuno dei ricambi di cui al listino ATM posto in gara se si intendessero fornire componenti di ricambio *“di primo impianto”* o *“equivalenti”* e, in quest'ultimo caso, specificando, per ciascun ricambio, il costruttore e il relativo codice prodotto.

1.3. All'art. 10 (*adempimenti successivi alla proposta di aggiudicazione*) il disciplinare stabiliva che (solo) il concorrente risultato primo in graduatoria doveva fornire: *“(…) c) in caso di offerta di ricambi di primo impianto, di cui al punto 6.1.3.D) idonea certificazione, resa dal fornitore del ricambio, che attesti l'identità della qualità ai componenti utilizzati per l'assemblaggio dei veicoli di destinazione dei ricambi, costruiti e realizzati secondo le norme stabilite dal costruttore del veicolo; d) in caso di offerta di ricambi equivalenti di cui al punto 6.1.3 D), la prova, prodotta da parte del costruttore del ricambio, dell'equivalenza tecnica in coerenza con le direttive del Parlamento Europeo (art. 34, par. 8, della Dir. 2004/17/Ce)”*.

1.4. La specifica tecnica richiamata dal disciplinare conteneva poi le definizioni di ricambi originali e di primo impianto (all'art. 2.1.) nonché quella di ricambi equivalenti (art. 2.2.), indicando anche la relativa documentazione da produrre a cura del fornitore.

1.5. In particolare, all'art. 2.2. la specifica tecnica definiva ricambi equivalenti quelli *“forniti da qualsiasi impresa che, in sede di offerta provvederà a consegnare la prova, prodotta da parte del costruttore del ricambio, dell'equivalenza tecnica in coerenza con le direttive del*

Parlamento Europeo”, precisando altresì che:

- *“Dovrà essere certificato da parte dei produttori di ricambi che i materiali sono perfettamente intercambiabili con i componenti montati all’origine sul veicolo, senza dovere ricorrere ad alcun adattamento del componente o del sistema in cui deve essere montato. Rispetto ai ricambi originali devono presentare caratteristiche pari o superiori in merito a: durata temporale; dimensioni e relative tolleranze, grado di finitura superficiale; resistenza alla fatica, all’usura, al taglio, durezza, etc. (...)”*;
- *“i componenti soggetti ad omologazione (es: parabrezza, cinture di sicurezza, specchi retrovisori, luci, cristalli, pneumatici) sono ammessi come equivalenti a condizione che riportino il codice di omologazione ammesso per i veicoli cui è destinato il ricambio”*.

2. Alla gara partecipavano due concorrenti, Iveco Orecchia S.p.A. (di seguito *“Iveco Orecchia”*) e VAR S.r.l. (di seguito *“Var”*), la quale all’esito delle operazioni risultava aggiudicataria.

3. Con ricorso proposto al Tribunale amministrativo regionale della Lombardia Iveco Orecchia impugnava la determina di aggiudicazione definitiva dell’11 ottobre 2019 e gli atti di gara, compresa la determina a contrarre, il bando, la specifica tecnica e il disciplinare, nella parte in cui stabilivano le tempistiche e le modalità documentali attraverso le quali i concorrenti erano ammessi a rendere la prova di equivalenza agli originali dei ricambi offerti e, in subordine, anche laddove fissavano, senza motivazione, il criterio di aggiudicazione del minor prezzo.

3.1. In estrema sintesi, con un primo articolato motivo di doglianza, la ricorrente sosteneva che l’aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver certificato l’equivalenza agli originali dei ricambi offerti, pur non essendo qualificabile come costruttore degli stessi, per indeterminatezza dell’offerta (non avendo indicato il nominativo del reale costruttore e i relativi codici dei prodotti offerti) e per aver prodotto certificazioni di equivalenza dei ricambi non idonee allo scopo, non avendo provato la propria qualità di costruttore.

Con lo stesso mezzo, la ricorrente censurava il disciplinare di gara nella parte in cui consentiva agli offerenti di rendere una mera dichiarazione di equivalenza dei ricambi, fornendone la prova solo in un momento successivo all'offerta, in violazione del disposto di cui all'art. 68 del d.lgs. 50/2016 e del diritto dell'Unione Europea, come interpretato dalla Corte di giustizia (con la sentenza 12 luglio 2018 in causa C-14/17 con riferimento alla direttiva 2004/17/CE precedentemente in vigore).

3.2. Con il secondo motivo la ricorrente sosteneva l'illegittimità dell'aggiudicazione poiché per quattordici componenti di ricambio, dettagliatamente indicate, Var non avrebbe riportato nella certificazione di equivalenza dei prodotti il codice di omologazione CE, laddove era prescritto dall'art. 2.2. della specifica tecnica di ATM nonché obbligatorio in base alla disciplina di riferimento di cui alla direttiva 2007/46/CE (Allegato IV e XI, recanti le categorie di componenti soggette ad omologazione) e al D.M. di recepimento 28.4.2008.

3.3. Con un terzo ordine di censure Iveco Orecchia deduceva che, relativamente a sette ricambi "di primo impianto", Var avrebbe prodotto delle certificazioni di "identità della qualità" da considerarsi come inesistenti, perché redatte in lingua inglese o francese e prive di traduzione giurata in italiano, mentre con il quarto motivo lamentava che la stazione appaltante avrebbe omissis ogni effettiva verifica sulla documentazione presentata in gara da Var (nella busta della documentazione amministrativa) a comprova della circostanza che i ricambi equivalenti e di primo impianto offerti avevano un grado qualitativo almeno corrispondente a quello degli originali.

3.4. Infine, con il quinto motivo, svolto in via subordinata, la ricorrente deduceva l'illegittimità degli atti di gara per aver fissato, senza motivazione, il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, anziché quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, costituente regola generale ai sensi dell'art. 95 d.lgs. n. 50/2016 (applicabile ai settori speciali in forza del rinvio operato dall'art. 133).

3.5. La ricorrente domandava, pertanto, l'annullamento dei provvedimenti impugnati, con declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato, formulando domanda risarcitoria, in forma specifica, mediante subentro nella fornitura, o per equivalente monetario.

4. Nella resistenza dell'Azienda Trasporti Milanesi e dell'aggiudicataria VAR, l'adito Tribunale, con la sentenza in epigrafe, ha respinto il ricorso in quanto infondato, rilevando che le censure dedotte *“sono sovrapponibili a quelle proposte in altro giudizio, concernente i medesimi due operatori economici, dinanzi al T.A.R. per la Lombardia, sez. Brescia, definito con la sentenza 26 agosto 2019, n. 778”*, che ha condiviso, richiamandola ai sensi degli artt. 120, comma 10, e 74 cod. proc. amm..

5. Avverso la sentenza Iveco Orecchia ha proposto appello, affidato a cinque motivi di doglianza con cui ha sostanzialmente reiterato le doglianze articolate in primo grado, compreso il motivo, formulato nei limiti dell'interesse strumentale e in via subordinata, concernente la scelta del criterio di aggiudicazione.

5.1. Nel giudizio si sono costituite sia ATM sia l'aggiudicataria VAR, che hanno dedotto l'infondatezza dell'appello, chiedendone il rigetto.

5.2. Con ordinanza collegiale n. 4241 del 3 giugno 2021, la Sezione ha sospeso il giudizio *“fino alla definizione delle questioni pendenti presso la Corte di Giustizia dell'Unione europea, proposte con le ordinanze del Consiglio di Stato, 14 dicembre 2021, n. 7964 e 7965”*, rilevanti anche per la definizione della controversia in esame, nella quale sono state dedotte le medesime censure sollevate nei giudizi di appello nei quali si è disposto il predetto rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE.

5.3. A seguito della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea- Sezione VI depositata il 27 ottobre 2022 nelle cause riunite C-68/21 e C-84/21 sulle questioni pregiudiziali sottoposte da questo Consiglio di Stato con le sopra indicate ordinanze, l'appellante, fatto constare che è venuta meno la causa di sospensione del giudizio, ha chiesto, ai sensi dell'art. 80 Cod. proc. amm., la fissazione dell'udienza di trattazione dell'appello.

5.4. In vista dell'udienza di merito, le parti hanno illustrato con memorie e repliche le rispettive tesi difensive, alla luce dei principi statuiti dalla sentenza della Corte di giustizia e della loro influenza sulle questioni oggetto di decisione.

5.5. L'appellante ha esposto che la sopravvenuta pronunzia della Corte di giustizia è favorevole alle tesi spese nella sua impugnativa, confermandone la fondatezza, e ha specificato di avere interesse alla decisione dell'appello, reiterando le domande risarcitorie proposte, sia ai fini del subentro nel contratto, che del risarcimento per equivalente monetario. Al riguardo, ha, in particolare, evidenziato che l'appalto ha durata triennale, prorogabile secondo la disciplina di gara *“per il tempo strettamente necessario all'individuazione di un nuovo contraente, ai sensi dell'art. 106, comma 1, D.Lgs. 50/2016”* e che *“ad oggi non risulta che ATM abbia bandito una nuova gara”* (cfr. memoria del 7 marzo 2023 pag. 3).

5.6. A loro volta, le parti resistenti hanno sostenuto che a una corretta lettura della pronunzia della Corte di giustizia l'appello si rivela infondato.

5.7. All'udienza pubblica del 23 marzo 2023, parte appellante ha domandato la pubblicazione anticipata del dispositivo rispetto alla sentenza; udita la rituale discussione, la causa è stata quindi trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. Con l'appello proposto avverso la sentenza di prime cure Iveco Orecchia ha sostenuto, sotto vari profili, la violazione e falsa applicazione di legge (tanto con riferimento alla disciplina del Codice dei contratti pubblici- in particolare, artt. 68, 80 comma 5 lett. f-*bis*, 94 e 137 del d.lgs. 50/2016- che con riguardo alla specifica normativa di settore applicabile alla gara, concernente la circolazione stradale e l'omologazione dei veicoli e dei loro componenti – in particolare, D.Lgs. 285/92 e s.m.i., art 71 e ss. e relativo Regolamento di attuazione d.P.R. 495/92 e s.m.i., art 227 con appendice V, Direttiva 98/14/CEE, Direttiva 2007/46/CE e relativo all. IV e DM 28 aprile 2008, n. 32721 di recepimento - DM 5

agosto 2010, n. 148 – d.P.R. n. 445/2000), lamentando altresì eccesso di potere “*per illogicità ed erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, difetto di motivazione ed istruttoria, sviamento*”.

7. Le questioni poste dai motivi di censura così riassunti, concernenti l'obbligatorietà dell'omologazione dei ricambi per i veicoli e il modo con cui una *lex specialis* consente ai concorrenti di provare la “*equivalenza*” dei ricambi offerti nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, vanno risolte alla luce dei principi affermati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, alla quale, come già rilevato nell'ordinanza che ha disposto la sospensione (c.d. impropria) del presente giudizio, con le rammentate ordinanze di questa V Sezione numeri 7964 e 7965 del 14 dicembre 2020 (rispettivamente nei giudizi iscritti ai numeri R.G. 2019-7585 e 2019-8336) sono stati sottoposti i seguenti quesiti pregiudiziali:

“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”.

8. La Corte di Giustizia, con sentenza della Sezione VI depositata in data 27.10.2022 resa nelle cause riunite C-68/21 e C-84/21, si è pronunciata sulle sopra indicate questioni pregiudiziali, statuendo che:

“1) L'articolo 10, paragrafo 2, l'articolo 19, paragrafo 1, e l'articolo 28, paragrafo 1, 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), devono essere interpretati nel senso che: essi ostano a che un'amministrazione aggiudicatrice possa accettare, nell'ambito di una gara d'appalto avente ad oggetto la fornitura di componenti di ricambio per autobus destinati al servizio pubblico, un'offerta con cui vengono proposti componenti rientranti in un tipo di componente contemplato dagli atti normativi di cui all'allegato IV alla direttiva 2007/46, non accompagnata da un certificato che attesti l'omologazione di tale tipo di componente né da informazioni sull'effettiva esistenza di tale omologazione, a condizione che tali atti normativi prevedano una siffatta omologazione.

2) Gli articoli 60 e 62 della direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE, devono essere interpretati nel senso che: alla luce della definizione del termine «costruttore» di cui all'articolo 3, punto 27, della direttiva 2007/46, essi ostano a che un ente aggiudicatore, nell'ambito di una gara d'appalto avente ad oggetto la fornitura di componenti di ricambio

per autobus destinati al servizio pubblico, possa accettare, come prova dell'equivalenza dei componenti contemplati dagli atti normativi di cui all'allegato IV alla direttiva 2007/46 e proposti dall'offerente, una dichiarazione di equivalenza rilasciata dall'offerente stesso, quando quest'ultimo non può essere considerato come il costruttore di tali componenti.”.

8.1. Ebbene, innanzitutto, importa evidenziare che, con riguardo alla prima parte della prima questione pregiudiziale, riguardante la necessità che il concorrente produca, a pena di esclusione dell'offerta, anche il certificato di omologazione dei ricambi equivalenti o fornisca quanto meno la prova che il ricambio sia stato omologato, la Corte di Giustizia ha chiarito che:

- da un lato, dal quadro normativo di riferimento (di cui al combinato disposto dell'articolo 10, paragrafo 2, dell'articolo 19, paragrafo 1, dell'articolo 28, paragrafo 1, e dell'allegato IV di tale direttiva) *“deriva che i componenti contemplati dagli atti normativi, ai sensi dell'articolo 3, punto 1, della medesima, elencati in tale allegato, sono soggetti all'obbligo di omologazione, purché tali atti normativi prevedano una siffatta omologazione”*, dall'altro lato *“ne consegue, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 51 delle sue conclusioni, che lo strumento scelto dal legislatore dell'Unione, nell'ambito della direttiva 2007/46, per accertare che i componenti di un veicolo siano conformi alle prescrizioni degli atti normativi di cui all'allegato IV a tale direttiva, è quello dell'omologazione”* (cfr. par. 73-74);

- siffatta interpretazione è confermata dall'obiettivo principale della legislazione in materia di omologazione dei veicoli che, conformemente al considerando 14 della direttiva 2007/46, *«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»* (paragrafo 75);

- pertanto, *“tali componenti possono essere venduti o messi in circolazione, conformemente all'articolo 28, paragrafo 1, e all'articolo 19, paragrafo 1, di tale direttiva, solo se sono stati oggetto di una siffatta omologazione”* (par. 77).

8.2. Riguardo alla seconda parte della prima questione pregiudiziale, la Corte di giustizia ha poi evidenziato che le nozioni di «omologazione» e di «equivalenza» hanno contenuti diversi: l'una certifica, a seguito dei controlli appropriati effettuati dalle autorità competenti, che *“un tipo di componente è conforme alle prescrizioni della direttiva 2007/46, comprese le prescrizioni tecniche contenute negli atti normativi di cui all'allegato IV a tale direttiva”*; l'altra attesta che un componente *“abbia le stesse qualità di un altro componente, a prescindere dal fatto che quest'ultimo sia stato o meno omologato”*. Pertanto, le relative prove, di omologazione e di equivalenza, non sono *“intercambiabili”*: sicché, per i componenti per cui la direttiva comunitaria 2007/46 prevede l'omologazione ai fini della vendita e messa in circolazione, *“la prova dell'avvenuta omologazione non può essere sostituita da una dichiarazione di equivalenza resa dall'offerente”* (par. 78 e 84 della sentenza).

8.3. Tali conclusioni, secondo la Corte di Giustizia, non sono messe in discussione:

a) né *“dai principi di parità di trattamento e di imparzialità, di libera concorrenza e di buon andamento dell'amministrazione, ai quali il giudice del rinvio ha fatto riferimento”*, trattandosi di obbligo che non dà luogo a una discriminazione dei produttori di pezzi di ricambio equivalenti rispetto ai produttori di ricambi originali (cfr. par. 78 e 79 della decisione);

b) né dalle disposizioni degli articoli 60 e 62 della direttiva 2014/25 riguardanti le modalità con cui i partecipanti a una procedura di affidamento possono dimostrare che le loro offerte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti nelle specifiche tecniche previste dai bandi di gara.

8.4. A quest'ultimo riguardo, la Corte di giustizia ha, infatti, precisato che se è vero che le richiamate norme della direttiva 2014/25 consentono di fornire tale prova con qualsiasi mezzo adeguato, allo scopo di realizzare l'obiettivo di una maggiore apertura degli appalti pubblici alla concorrenza, ciò, tuttavia, conformemente al considerando 56 della medesima direttiva non consente di prescindere dai requisiti imperativi imposti da altre norme del diritto dell'Unione, tra

cui, per quanto di interesse, quelle in materia di sicurezza e protezione ambientale, quale è il requisito di omologazione stabilito, per questi medesimi motivi, dalla direttiva 2007/46 per taluni ricambi per veicoli (cfr. par. 90 e 91).

Pertanto, se la direttiva 2007/46 richiede, in considerazione dei predetti obiettivi di sicurezza stradale e tutela ambientale, l'omologazione di taluni ricambi per veicoli, tale requisito diviene imprescindibile e non può essere eluso richiamando la direttiva 2014/25 e le modalità della prova di equivalenza ivi disciplinate.

8.5. La Corte di giustizia ha, pertanto, statuito che *“al fine di ottemperare ai requisiti imperativi stabiliti dalla direttiva 2007/46, poiché i componenti sono soggetti a un obbligo di omologazione, possono essere considerati equivalenti ai sensi dei termini delle suddette gare d'appalto solo i componenti che siano stati oggetto di una siffatta omologazione e che, quindi, possano essere commercializzati”*.

8.6. Quanto alla seconda questione la Corte ha chiarito che i principi già affermati dalla sua sentenza del 12 luglio 2018 in causa C-14/17 devono trovare applicazione anche in ordine alla prova dell'equivalenza dei prodotti offerti ai sensi degli articoli 60 e 62 della direttiva 2014/25, per cui il potere discrezionale di cui l'ente aggiudicatore dispone al riguardo deve essere esercitato in modo tale che i mezzi di prova ammessi da quest'ultimo gli consentano *«di procedere effettivamente a una valutazione proficua dell'offerta per determinare se quest'ultima sia conforme alle specifiche tecniche oggetto del bando di gara in questione»* (par. 97-99 della sentenza).

8.7. La Corte di giustizia ha quindi concluso che, per poter essere considerato un mezzo di prova appropriato, nell'ambito di un bando di gara come quello che ha dato origine al procedimento principale (*id est*: avente ad oggetto la fornitura di ricambi per veicoli), una dichiarazione di equivalenza di un componente deve provenire dal costruttore di tale componente, benché quest'ultimo non debba necessariamente intervenire direttamente in tutte le fasi della costruzione. Per contro, non può essere considerata idonea a costituire un mezzo di prova appropriato una dichiarazione di equivalenza proveniente da un rivenditore o da un commerciante (v. par. 106-107).

8.7.1. Ha altresì precisato, onde fornire una risposta utile al giudice del rinvio (cui spetta verificare se nei procedimenti in questione gli offerenti possono qualificarsi come «costruttori» dei componenti che essi proponevano), che *«il fatto che un offerente produca pezzi di ricambio diversi da quelli oggetto della gara d'appalto in questione, che sia iscritto a una camera di commercio o che la sua attività sia stata oggetto di una certificazione di qualità, è irrilevante al fine di determinare se tale offerente possa essere considerato il costruttore dei componenti che propone nella sua offerta»* (par. 108).

8.8. Ha respinto, inoltre, l'argomentazione secondo cui sarebbe necessaria un'interpretazione più ampia della nozione di «costruttore», e cioè *«comprensiva anche dell'operatore che si limita a commercializzare il prodotto apponendovi il proprio marchio, senza aver partecipato materialmente al processo di costruzione»*, ai sensi della normativa europea a tutela dei consumatori, poiché quest'ultima non rileva ai fini dell'interpretazione della normativa dell'Unione sugli appalti pubblici.

8.9. Infine, la Corte ha ribadito che la prova dell'equivalenza dei prodotti proposti da un offerente, rispetto a quelli definiti nelle specifiche tecniche figuranti nel bando di gara, deve essere fornita, con mezzi appropriati, già nell'offerta, onde consentire effettivamente all'ente aggiudicatore di procedere a una valutazione proficua delle offerte presentate, demandando anche questa verifica al giudice del rinvio (par. 110).

9. In virtù dei sopra riportati principi affermati dalla decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea, vincolanti per il giudice nazionale e di cui deve farsi applicazione anche nella presente controversia incentrata sulle medesime questioni, l'appello va accolto.

9.1. In particolare, si rivelano fondati i motivi di impugnazione con cui l'appellante ha sostenuto che:

- la sentenza di prime cure, travisando la nozione di “costruttore” rilevante ai sensi della normativa di settore e della disciplina di gara, ha errato nel respingere il primo motivo di ricorso con cui si è dedotto che l'aggiudicataria Var andava esclusa per non aver validamente provato l'equivalenza dei ricambi offerti (primo motivo di appello);

- la sentenza è parimenti erronea e meritevole di riforma, laddove non ha riscontrato che i certificati prodotti dall'aggiudicataria non assolvono alla prova di equivalenza anche sotto altro profilo, in quanto nulla dicono sull'intervenuta omologazione delle componenti di ricambio per le quali siffatta omologazione era obbligatoria (secondo motivo di appello).

9.2. Infatti, in estrema sintesi, la decisione della Corte di giustizia conferma le tesi dell'appellante circa il fatto che la legge di gara deve interpretarsi nel senso che, per un verso, la prova dell'equivalenza dei ricambi va data dal costruttore e non dal fornitore e che, per altro verso, i concorrenti sono tenuti a provare l'intervenuta omologazione dei ricambi equivalenti offerti (ove obbligatoria).

10. Pertanto, vanno anzitutto accolte le doglianze formulate con il primo motivo di appello, in conseguenza di quanto statuito con riguardo al secondo quesito pregiudiziale dalla Corte di giustizia, la quale ha chiarito che per poter essere considerato un mezzo di prova appropriato, ai sensi dell'art. 60, paragrafo 5, e dell'articolo 62, paragrafo 2, della direttiva 2014/25 e nell'ambito di un bando di gara come quello per cui è causa, *“la dichiarazione di equivalenza deve ...provenire da un organo che sia in grado di garantire tale equivalenza, il che richiede che tale organo si assuma la responsabilità tecnica per i componenti di cui trattasi e disponga dei mezzi necessari per garantire la qualità di tali componenti”*.

10.1. Orbene, poiché *“tali condizioni possono essere soddisfatte solo dal produttore o dal fabbricante di tali componenti”* (cfr. par. 99 e 100 della sentenza della Corte di giustizia), deve escludersi che nel caso di specie le attestazioni rese dall'aggiudicataria possano considerarsi, alla stregua della normativa e della disciplina di gara, appropriati mezzi di prova della equivalenza dei ricambi offerti, tali da consentire alla stazione appaltante di effettuare una proficua verifica di conformità dell'offerta alle specifiche tecniche definite dagli atti di gara.

10.2. Invero, senza che sia necessario addentrarsi nella questione generale, irrilevante ai fini della controversia, se Var svolga o meno anche l'attività di produzione dei ricambi, oltre a quella di commercializzazione, come sostenuto dalle parti resistenti e condiviso dalla sentenza appellata, non può dubitarsi che la stessa non è - e comunque non ne ha fornito prova adeguata, né in sede di offerta né successivamente in giudizio- il produttore di tutti gli specifici prodotti offerti dei quali ha attestato l'equivalenza.

10.3. Infatti, come chiarito dalla pronuncia della Corte di giustizia, *«il fatto che un offerente produca pezzi di ricambio diversi da quelli oggetto della gara d'appalto in questione, che sia iscritto a una camera di commercio o che la sua attività sia stata oggetto di una certificazione di qualità, è irrilevante al fine di determinare se tale offerente possa essere considerato il costruttore dei componenti che propone nella sua offerta»* (par. 108).

10.4. Pertanto, sulla base di tali coordinate ermeneutiche, ai fini dell'attribuzione della qualifica di costruttore ai sensi dell'art. 3 del D.M. 29 aprile 2018, di recepimento della menzionata direttiva comunitaria 2007/46/Ce, non può conferirsi rilievo (come ha fatto la sentenza appellata) alla certificazione di qualità prodotta dall'aggiudicataria né al certificato camerale dal quale emerge l'attività prevalentemente svolta.

10.5. Per converso, deve ritenersi che, onde consentire *“effettivamente all'ente aggiudicatore di procedere a una valutazione proficua dell'offerta presentata”* (cfr. sentenza Corte di giustizia, punto 110), Var avrebbe dovuto dare prova sin dal momento della presentazione dell'offerta- ma non lo ha fatto- di essere il costruttore delle specifiche componenti di ricambio per i quali ha attestato l'equivalenza, di cui talune anche pacificamente soggette a omologazione: al qual fine non può dirsi sufficiente l'attività di assemblaggio in kit di componenti prodotti da altri (cfr. ricorso in appello pagg. 20-22) né la mera *“marchiatura”* dei medesimi ricambi finalizzata alla loro commercializzazione, ma occorre dimostrare di aver direttamente partecipato, se non a tutte, almeno a una delle fasi di produzione dei ricambi di cui si è certificata

l'equivalenza; o, in alternativa, comprovare quanto meno sul piano indiziario, come puntualmente dedotto dall'appellante, di essere in possesso di progetti e specifiche tecniche dei ricambi in questione, di aver concluso con terzi contratti di subfornitura ai sensi della legge n. 192/1998 per la costruzione e fabbricazione dei predetti ricambi, di poter garantire nelle varie fasi del processo costruttivo un efficiente controllo di qualità ovvero di possedere le specifiche capacità produttive per le diverse ed eterogenee tipologie di componenti equivalenti offerti.

10.6. Pertanto, poiché nella specie nulla di quanto sopra è stato in concreto dimostrato per ciascun ricambio offerto, deve concludersi che Var ha certificato l'equivalenza (qualitativa e funzionale) rispetto agli originali di ricambi da essa non prodotti, ma solo commercializzati; il che rende non necessario accertare se la società sia, in generale, qualificabile o meno come produttore di ricambi e componenti per veicoli, essendo di per sé sufficiente per ritenere illegittima l'aggiudicazione disposta in suo favore.

10.7. Infatti, l'assenza di una effettiva prova dell'equivalenza dei ricambi offerti agli originali, che il concorrente doveva fornire in sede di gara secondo le specifiche modalità indicate nella *lex specialis* della procedura (da interpretarsi alla luce delle coordinate ermeneutiche tracciate dalla Corte di giustizia), per un verso ha determinato la carenza di una specifica qualità dell'offerta, per altro verso non ha consentito alla stazione appaltante di svolgere una effettiva e proficua verifica della dichiarata equivalenza onde accertare la conformità di quanto offerto alle specifiche tecniche figuranti negli atti di gara: pertanto, in difetto di una qualità essenziale nelle prestazioni proposte, andava disposta l'esclusione dalla gara dell'offerta aggiudicataria.

10.8. Sotto altro profilo, deve anche osservarsi che, alla luce delle indicazioni esegetiche fornite dalla Corte di giustizia, sarebbe illegittima la disciplina di gara se da interpretare nel senso che, ai fini della verifica di conformità dell'offerta alle specifiche tecniche, sia sufficiente la mera presentazione delle autocertificazioni di equivalenza agli originali, rese in gara

dai soggetti che non sono costruttori, ma meri fornitori e commercianti dei ricambi equivalenti offerti, oppure nel senso che la prova dell'equivalenza allegata possa differirsi a un momento successivo all'aggiudicazione o finanche alla fase di esecuzione dell'appalto.

10.9. Del resto, come puntualmente dedotto dall'appellante (cfr. pag. 28 del ricorso in appello) la stazione appaltante ha chiarito (si vedano risposta n. 2 chiarimenti del 12 marzo 2019 e risposta n. 3 dei chiarimenti del 4 aprile 2019) che la prova di equivalenza dovesse necessariamente provenire dal costruttore di ciascuna componente di ricambio offerta come equivalente all'originale, richiamando espressamente al riguardo per l'attestazione di equivalenza e per la nozione di costruttore le previsioni di cui alla direttiva 2007/46/CE e del D.M. n. 32721 del 28 aprile 2008.

11. È parimenti fondato il secondo motivo di appello, in virtù di quanto statuito dalla Corte di giustizia in risposta al primo quesito pregiudiziale.

11.1. Come esposto in fatto, la specifica tecnica, richiamata dal disciplinare di gara, al punto 2.2. ha stabilito che nel caso di offerta di componenti equivalenti soggette ad omologazione la certificazione di equivalenza dovesse necessariamente riportare il codice di omologazione ammesso per il veicolo cui è destinato il ricambio.

Nei chiarimenti forniti (cfr. risposta n. 4 dei chiarimenti del 4.04.2019), ATM ha poi confermato *“che i componenti soggetti ad omologazione sono ammessi come equivalenti a condizione che riportino il codice di omologazione ammesso per il veicolo cui è destinato il ricambio (...)”*.

11.2. Inoltre, i componenti specifici oggetto della gara di appalto, non omologati unitamente al veicolo, erano soggetti ad omologazione obbligatoria ai sensi dei più volte menzionati atti normativi indicati nell'elenco di cui all'Allegato IV della direttiva 2007/46, come chiarito dalla Corte di giustizia.

11.3. Per converso, l'offerta di VAR contempla quattordici componenti di ricambio soggette a specifica omologazione e offerti come equivalenti, indicati con adeguato grado di dettaglio dall'appellante (cfr. ricorso in appello pagg. 32-33), per i quali non è stata, tuttavia, provata l'intervenuta omologazione, né mediante la produzione del certificato di omologazione né, quanto meno, attraverso l'indicazione del codice di omologazione riferibile alla componente proposta come equivalente all'originale, come espressamente richiesto dalla disciplina di gara.

11.4. Pertanto, considerato che, come statuito dalla Corte di Giustizia, omologazione ed equivalenza hanno significati propri e non coincidenti, trattandosi di nozioni distinte e non sovrapponibili, per cui le prove dell'una o dell'altra condizione non sono intercambiabili per le ragioni illustrate, e inoltre che, qualora nella procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per la fornitura di componenti di ricambio per autobus destinati al servizio di trasporto pubblico sia consentita l'offerta di ricambi equivalenti la cui omologazione sia richiesta da uno degli atti normativi di cui all'allegato IV della menzionata direttiva, gli offerenti devono produrre il certificato di omologazione CE (o comunque fornire prova adeguata dell'intervenuta omologazione), non essendo sufficiente, a tal fine, che essi presentino solo una dichiarazione di equivalenza dei ricambi ai componenti originali, deve concludersi che l'offerta dell'aggiudicataria meritava l'esclusione anche sotto tale profilo, per difetto di prova di una qualità essenziale delle componenti di ricambio offerte come equivalenti.

12. Per le sopra esposte motivazioni l'appello va dunque accolto, mentre non possono condividersi i rilievi delle parti appellate.

12.1. Quanto alla nozione di costruttore ai fini della prova di equivalenza secondo la definizione di cui all'art. 3 del D.M. ministeriale di recepimento della direttiva 2007/46/CE (che definisce il "costruttore" come "*la persona o l'ente responsabile, verso l'autorità di omologazione, di tutti gli aspetti del procedimento di omologazione e della conformità della produzione*") se anche è vero

che non è condizione indispensabile la partecipazione a tutte le fasi della costruzione del prodotto né la titolarità di uno stabilimento o del laboratorio ove il ricambio viene confezionato, essendo consentito avvalersi anche di stabilimenti di terzi, occorre, nondimeno, provare che il soggetto abbia partecipato ad almeno una fase del processo produttivo.

12.2. Né può recepirsi un'accezione più ampia della nozione di «costruttore», e cioè «*comprensiva anche dell'operatore che si limita a commercializzare il prodotto apponendovi il proprio marchio, senza aver partecipato materialmente al processo di costruzione*», ai sensi della normativa europea a tutela dei consumatori: che, come rilevato, è opzione interpretativa espressamente disattesa dalla Corte di giustizia, in quanto quella normativa (sulla tutela del consumatore), avente un definito campo di applicazione e proprie specifiche finalità, non rileva ai fini dell'interpretazione del diritto dell'Unione europea sugli appalti pubblici.

12.3. Insomma, il costruttore, ai fini che qui interessano (e cioè per certificare la dichiarata equivalenza dei ricambi equivalenti offerti), non è il soggetto che, presentandosi come produttore pur avendo esternalizzato interamente la produzione, immette soltanto il ricambio sul mercato, commercializzandolo con un proprio marchio, nome o segno distintivo.

12.4. Si è inoltre detto che, ai fini dell'individuazione del soggetto abilitato ad attestare l'equivalenza dei prodotti offerti ai corrispettivi originali, la qualità di costruttore degli specifici ricambi proposti non può desumersi neanche dallo svolgimento dell'attività di produzione di altri ricambi diversi da quelli oggetto della gara, dal possesso di una certificazione di qualità ISO per la progettazione di ricambi per autoveicoli ovvero dal fatto che nella certificazione camerale sia stata indicata nell'oggetto sociale e dichiarata come attività prevalente anche quella di progettazione e fabbricazione di componenti per veicoli.

12.5. Per analoghe ragioni, non sovverte le considerazioni che precedono, in assenza di prova adeguata circa il fatto che l'aggiudicataria possa qualificarsi nei sopra indicati termini come "costruttore" di tutte le componenti di ricambio per le quali ha attestato l'equivalenza agli originali, la circostanza che la stessa Var faccia parte del medesimo gruppo della società controllante CBM la quale avrebbe prodotto molte delle componenti di ricambio offerti in gara.

12.6. In conclusione, per i motivi esposti, le dichiarazioni di equivalenza prodotte da Var, provenienti dalla concorrente che non è costruttore degli specifici ricambi offerti (o che, comunque, non ne ha fornito prova adeguata) non possono ritenersi conformi ai contenuti del disciplinare di gara, oltre che alla loro funzione, che è quella di attestare, senza incertezze, la piena equivalenza e intercambiabilità dei ricambi equivalenti proposti ai componenti originali.

12.7. Infatti, è principio costante della giurisprudenza della Corte di giustizia quello secondo cui il potere discrezionale delle stazioni appaltanti di determinare i mezzi di prova affinché gli offerenti possano provare l'equivalenza dichiarata nelle loro offerte dev'essere esercitato in modo tale da consentire effettivamente all'ente aggiudicatore di procedere a una valutazione proficua delle offerte che gli vengono presentate.

Pertanto, alla luce della disciplina di legge e della *lex specialis* di gara, da interpretarsi secondo i canoni ermeneutici affermati dalla decisione della Corte di giustizia, non poteva ritenersi indifferente per la Stazione appaltante che le certificazioni in esame provenissero dal costruttore ovvero dal mero fornitore e commerciante dei ricambi equivalenti offerti.

12.8. Quanto alla omologazione, giova invece ribadire che la *lex specialis* di gara non può essere interpretata nel senso, prospettato dalle parti resistenti e dalla sentenza appellata, di esimere i concorrenti dal fornire prova concreta che il ricambio equivalente offerto, soggetto per legge a procedure di omologazione, sia stato omologato, rimandando tali

verifiche alla sola fase di esecuzione dell'appalto, ovvero nel senso di non ritenere obbligatoria una specifica omologazione anche per ogni singolo componente, parte o sistema del veicolo.

Infatti, secondo una lettura comunitariamente orientata della disciplina di gara e conforme a quanto statuito dalla sentenza della Corte di giustizia (si vedano in particolare i paragrafi 77 e 93, già sopra richiamati), l'omologazione (ove obbligatoria) rappresenta una qualità essenziale della componente di ricambio equivalente offerta dal concorrente che come tale va comprovata in sede di gara, per cui, non potendo ritenersi sufficiente, come ritenuto dal primo giudice, verificare soltanto in fase di esecuzione dell'appalto che la componente di ricambio effettivamente fornita recasse il codice di omologazione, anche per tale ragione l'offerta della aggiudicataria Var doveva ritenersi inammissibile e andava quindi esclusa dalla gara.

13. All'accoglimento dell'appello per l'assorbente fondatezza dei primi due motivi di doglianza (che consente di prescindere dall'esame delle ulteriori censure dedotte) consegue, in riforma della sentenza impugnata, l'accoglimento del ricorso di primo grado e l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva della gara disposta in favore di Var.

14. Di conseguenza, deve dichiararsi l'inefficacia del contratto di appalto stipulato tra Azienda Trasporti Milanesi s.p.a. e Var s.r.l. a decorrere dalla data di pubblicazione del dispositivo della presente sentenza e, per l'effetto, in accoglimento delle domande risarcitorie formulate, in forma specifica e per equivalente, dall'appellante, deve disporsi il subentro di Iveco Orecchia S.p.A. nel predetto contratto per una durata corrispondente alla fornitura originaria prevista dagli atti di gara, oltre eventuali proroghe, secondo le condizioni economiche indicate nell'offerta presentata.

15. Il complessivo andamento della controversia e la novità delle articolate questioni trattate costituiscono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti in causa le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla l'aggiudicazione definitiva della gara disposta a favore di Var S.r.l.

Dichiara l'inefficacia del contratto di appalto stipulato tra Azienda Trasporti Milanesi s.p.a. e Var s.r.l. a decorrere dalla data di pubblicazione del dispositivo della presente sentenza e, per l'effetto, dispone il subentro nel predetto contratto di Iveco Orecchia s.p.a. nei sensi e termini di cui in motivazione.

Compensa integralmente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO