



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 7585 del 2019, proposto da Iveco Orecchia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Brunetti, Alfredo Vitale, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Filippo Brunetti in Roma, via XXIV Maggio, n. 43;

contro

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

nei confronti

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

per la riforma

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

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Apam Esercizio S.p.A. e di Veneta Servizi International S.r.l. Unipersonale, che ha proposto anche appello incidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2023 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Brunetti e Manzi;

FATTO

1. APAM Esercizio s.p.a. (di seguito “APAM” o “Stazione appaltante”) indiceva “una gara a procedura aperta per la fornitura biennale di ricambi originali Iveco o equivalenti per autobus”, mediante stipula di un accordo quadro con un solo operatore economico, da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo e del valore stimato a base d’asta pari ad euro 710.000,00.

1.1. La *lex specialis* di gara stabiliva una disciplina puntuale per il caso in cui un concorrente avesse inteso fornire ricambi non originali Iveco, ma solo equivalenti.

In particolare, il Disciplinare di gara:

- all’art. 5.1. (“Tipologia dei ricambi”) definiva: a) i “ricambi inerenti la sicurezza del veicolo e la tutela dell’ambiente”, per i quali prevedeva che “dovranno essere forniti esclusivamente componenti originali ovvero equivalenti dotati di omologazione di legge previste dalla normativa nazionale (codice della strada) e Comunitaria (Direttiva 98/2014/CEE, Direttiva 2007/46/CE e relativo all. IV”; b) i “ricambi originali (o di primo impianto)”; c) i “ricambi equivalenti”;

- definiva, in particolare, questi ultimi come “i pezzi di ricambio (parti componenti, apparecchiature) di qualità equivalente all’originale, ovvero pezzi di almeno pari qualità dei componenti utilizzati per l’assemblaggio del veicolo, prodotti secondo le specifiche tecniche e gli standard di produzione propri del fabbricante del ricambio originale”, chiarendo poi anche in cosa l’equivalenza avrebbe dovuto necessariamente estrinsecarsi;

- precisava, altresì, che “detti ricambi ai sensi dei Regolamenti comunitari e delle disposizioni di legge in vigore, possono essere fabbricati da qualunque impresa che possa certificare nel rispetto delle normative vigenti (UNI-CEI-ENISO/IEC 17050) in qualunque momento che la qualità dei pezzi di ricambio prodotti corrisponde a quella dei componenti originali usati per l’assemblaggio degli autoveicoli in questione e, in ogni caso, che possa garantire e certificare la sussistenza dei seguenti

requisiti: - processo di progettazione, processo tecnologico produttivo, controllo di qualità alla produzione e distribuzione, uguali o equivalenti a quella del ricambio originale; - stesse caratteristiche geometriche dell'originale; -caratteristiche prestazionali funzionali alla destinazione d'uso almeno uguali a quelle dell'originale; - materiali costruttivi del ricambio aventi qualità funzionali alla destinazione d'uso uguali a quelle dei materiali costruttivi dei ricambi originali”;

- stabiliva, all’art. 5.2 del Disciplinare rubricato *“Certificazioni e dichiarazioni”*, quale documentazione la ditta concorrente doveva produrre in sede di gara e per ogni ricambio equivalente offerto, ovvero *“la certificazione di conformità o una specifica omologazione del ricambio fornito dalla casa costruttrice e/o da ente omologatore e/o da laboratorio prove certificato secondo la ISO 45000”*, delineandone anche i relativi contenuti quanto a ciò che doveva esservi garantito;

- prevedeva, all’art. 15, che nella sezione *“Documentazione Amministrativa”* doveva essere inserita, tra l’altro, *“(…) d) Dichiarazione negoziale, secondo il modello Allegato 3, con cui il legale rappresentante o titolare o procuratore della ditta concorrente dichiara per ogni articolo in tabella se fornirà ricambio originale o equivalente”*, corredata da *“appropriata documentazione tecnica”*, ivi specificata, sia per *“i ricambi originali offerti”* che per *“ciascun ricambio equivalente offerto”*.

1.3. Alla gara partecipavano tre concorrenti, tra cui Iveco Orecchia s.p.a., concessionaria di Iveco e di Iris Bus Iveco, e Veneta Servizi International s.r.l. unipersonale (di seguito *“Veneta Servizi”*).

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

2. Con ricorso proposto al Tribunale amministrativo regionale della Lombardia-Sezione staccata di Brescia, la società Iveco Orecchia, seconda classificata, impugnava l’aggiudicazione definitiva della gara a Veneta Servizi e, inoltre, i provvedimenti di ammissione alla gara dell’aggiudicataria, nonché il bando e il disciplinare, questi ultimi illegittimi, secondo la ricorrente, sia nella parte in cui stabilivano le modalità documentali attraverso le quali le imprese concorrenti potevano rendere la prova di equivalenza dei ricambi offerti che laddove fissavano, senza motivazione, il criterio di aggiudicazione del minor prezzo.

2.1. In sintesi, con i primi due motivi di censura, la ricorrente sosteneva che Veneta Servizi avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per incompletezza e genericità

dell'offerta e per non aver corredato i ricambi equivalenti offerti con la documentazione tecnica richiesta dalla legge di gara e dalla normativa applicabile, non avendo prodotto i certificati di omologazione né altrimenti comprovato l'effettuata omologazione.

2.2. Veneta Servizi si sarebbe infatti qualificata, senza esserlo, costruttore e fabbricante dei ricambi offerti, producendo, in alternativa al prescritto certificato di omologazione, solo una propria autocertificazione di conformità agli originali Iveco che non poteva rendere, in quanto soltanto commerciante dei ricambi indicati. Avrebbe, inoltre, prodotto attestazioni di equivalenza o corrispondenza dei ricambi offerti egualmente inidonee in quanto provenienti da imprese che non erano fabbricanti né costruttori, oltre che prive di valore probatorio perché carenti di sottoscrizione e, in taluni casi, non conformi al disciplinare e al D.M. 32721/2008 di recepimento della direttiva comunitaria 2007/46/CE.

2.3. La Stazione appaltante, lamentava la ricorrente con un terzo ordine di doglianze, aveva, tuttavia, omissis qualsivoglia verifica sia della documentazione presentata in sede di gara dall'aggiudicataria, che della conformità dell'offerta, avente ad oggetto ricambi equivalenti, alle specifiche tecniche.

2.3.1. In subordine, Iveco Orecchia censurava la disciplina di gara, sostenendone l'illegittimità se interpretata nel senso di ritenere sufficiente, ai fini della verifica di conformità alle specifiche tecniche, le autocertificazioni rese dal mero fornitore, consentendo che la certificazione di equivalenza all'originale non dovesse necessariamente provenire dal costruttore del ricambio, e di ammettere, in alternativa al certificato di omologazione rilasciato dall'autorità competente, una generica certificazione di conformità rilasciata dall'offerente ovvero da altri soggetti.

2.4. In via ulteriormente subordinata, censurava anche la scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, difettandone i presupposti.

2.5. Domandava, pertanto, l'annullamento dei provvedimenti impugnati e formulava domanda risarcitoria, in forma specifica, mediante subentro nel contratto se *medio tempore* stipulato, o, in subordine, per equivalente monetario.

2.6. Si costituivano in giudizio la Stazione appaltante e l'aggiudicataria Veneta Servizi, formulando eccezioni in rito e nel merito.

2.7. La controparte proponeva anche ricorso incidentale con cui sosteneva, a sua volta, la nullità e l'illegittimità della *lex specialis* di gara, se e ove interpretata nel senso propugnato dalla ricorrente principale.

3. Con la sentenza n. 596 del 25 giugno 2019, l'adito Tribunale amministrativo ha respinto il ricorso principale, ritenendone infondate tutte le censure, e ha dichiarato improcedibile per difetto di interesse il ricorso incidentale.

4. Avverso la sentenza la ricorrente Iveco Orecchia ha proposto appello, deducendone la complessiva erroneità e ingiustizia e chiedendone l'integrale riforma per quattro motivi con cui ha sostanzialmente riproposto le doglianze formulate in primo grado, compreso, in via subordinata e nei limiti dell'interesse, quella concernente l'illegittimità del criterio di aggiudicazione, lamentandone il rigetto da parte della sentenza. L'appellante ha prodotto a sostegno delle sue tesi anche una consulenza tecnica, chiedendo altresì disporsi una verifica.

4.1. In via subordinata, l'appellante ha anche prospettato la necessità di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea circa la corretta interpretazione della disciplina comunitaria di cui all'Allegato IV (*Elenco delle prescrizioni per l'omologazione CE dei veicoli*) della direttiva 2007/46/Ce e sulla nozione di "costruttore" ai sensi di quest'ultima direttiva.

4.2. Nel giudizio si sono costituite sia APAM sia l'aggiudicataria Veneta Servizi, che hanno riproposto l'eccezione di rito formulata in primo grado (sulla irricevibilità del ricorso introduttivo) e nel merito hanno dedotto l'infondatezza dell'appello, chiedendone il rigetto.

4.3. L'aggiudicataria Veneta Servizi ha altresì spiegato appello incidentale, con cui ha riproposto l'impugnativa della *lex specialis* se interpretata nel senso, prospettato dall'appellante principale, di prescrivere, in aggiunta all'attestazione di equivalenza, anche l'omologazione dei ricambi offerti, e di ritenere idonee solo le certificazioni di conformità provenienti dal costruttore dei ricambi equivalenti.

4.4. Con ordinanza collegiale n. 7964 del 20 dicembre 2020, la Sezione ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, una serie di questioni pregiudiziali sull'interpretazione della direttiva 2007/46/Ce e della normativa nazionale di

recepimento nell'ipotesi specifica di fornitura 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 dei veicoli.

4.5. La Corte di giustizia dell'Unione europea si è pronunciata sulle questioni pregiudiziali rimesse da questo Consiglio di Stato con sentenza della Sezione VI depositata il 27 ottobre 2022 nelle cause riunite C-68/21 e C-84/21.

4.6. 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.

4.7. 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.

4.8. 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, "nella misura indicata o in quella ritenuta di giustizia anche in via equitativa" ovvero mediante una condanna con criteri ai sensi dell'art. 34, comma 4, cod. proc. amm..

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

4.9. 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

5. Va *in limine* disattesa l'eccezione, sollevata dalle parti appellate, di irricevibilità del ricorso introduttivo per mancato rispetto del termine ex art. 120 comma 2 *bis* cod. proc. amm. per impugnare il provvedimento di ammissione dell'aggiudicataria.

Infatti, le doglianze formulate con il gravame non riguardano la carenza di requisiti soggettivi di partecipazione alla gara, ma attengono alla qualità dell'offerta e alla sua ammissibilità, intesa come conformità alla disciplina di gara e alla normativa di settore.

Il ricorso di prime cure è stato, quindi, tempestivamente proposto contro l'aggiudicazione definitiva, unico atto lesivo degli interessi della ricorrente.

6. Nel merito, le questioni controverse in giudizio, concernenti l'obbligatorietà dell'omologazione e il modo con cui una *lex specialis* consente ai concorrenti di provare la "equivalenza" dei ricambi offerti, vanno ormai risolte alla luce dei principi affermati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, alla quale, con la citata ordinanza n. 7964/2020 di questa Sezione, sono state rimesse le seguenti questioni pregiudiziali ex art. **267 TFUE**:

"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”.

7. Con sentenza della Sezione VI depositata in data 27.10.2022 resa nelle cause riunite C-68/21 e C-84/21, la Corte di giustizia si è pronunciata sulle questioni pregiudiziali rimesse, nei seguenti termini:

“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.”.

7.1. 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).

7.1.2. 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).

7.3. 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.

7.4. 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.

7.5. 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”*.

7.6. 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).

7.7. 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, 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).

7.8. 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).

7.9. 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.

7.9.1. 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).

8. In virtù dei sopra riportati principi affermati dalla decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea, vincolanti per il giudice nazionale, vanno accolti, in quanto

fondati, i primi tre motivi dell'appello principale proposto da Iveco Orecchia, mentre va respinto l'appello incidentale.

8.1. Con tali motivi di impugnazione, l'appellante principale Iveco Orecchia ha, infatti, sostenuto che:

- la sentenza di prime cure ha travisato sia il principio di equivalenza di cui all'art. 68 del D.lgs. 50/2016 che la disciplina di gara e la normativa, nazionale e comunitaria, in materia di omologazione dei veicoli e delle entità tecniche indipendenti, poste a presidio della sicurezza dei veicoli e della circolazione stradale, sovrapponendo i distinti concetti di equivalenza e omologazione (primo motivo);

- la sentenza avrebbe anche confuso le qualità, da tenere ben distinte, di costruttore, produttore e fornitore, ai fini dell'individuazione del soggetto abilitato a rendere le attestazioni di equivalenza dei prodotti offerti: in particolare, posto che può essere considerato costruttore solo chi partecipa ad almeno una delle fasi di produzione della singola componente ed è responsabile, verso l'autorità di omologazione, del procedimento di omologazione e della conformità della produzione, le autocertificazioni di Veneta Servizi, che non è produttore dei ricambi ma mero commerciante, non costituiscono mezzo appropriato di prova dell'equivalenza (secondo motivo);

- la sentenza ha omesso di pronunciare sul terzo motivo di ricorso con cui si lamentava l'assenza di una effettiva e proficua verifica di conformità tecnica da parte della Stazione appaltante, con difetto di motivazione e istruttoria (terzo motivo).

8.2. Ebbene, in estrema sintesi, la decisione della Corte di giustizia conferma le tesi dell'appellante principale circa il fatto che la legge di gara non poteva interpretarsi nel senso di consentire ai concorrenti di produrre, in alternativa al certificato di omologazione, una certificazione di equivalenza, e che, per altro verso, la prova dell'equivalenza dei ricambi va data dal produttore e non dal fornitore.

8.3. Pertanto, vanno anzitutto accolte le doglianze formulate con il primo motivo di appello.

8.4. Come esposto in fatto, la legge di gara ha richiesto per ciascun ricambio equivalente offerto *“appropriata documentazione tecnica”*, corredata sia dal *“certificato di omologazione del prodotto, ove obbligatoria, rilasciata dal produttore del ricambio equivalente offerto”* sia dalla

“*attestazione di equivalenza del prodotto fornito rispetto al corrispondente prodotto originale (o di primo impianto) in termini di perfetta intercambiabilità*”, anch’essa rilasciata dal produttore del ricambio equivalente offerto.

8.4.1. 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.

A tale riguardo, l’appellante ha indicato specificamente per quali categorie di ricambi equivalenti offerti dall’aggiudicataria era necessario produrre il certificato di omologazione (in quanto rientranti nelle tipologie di cui al citato Allegato IV: cfr. pagine 10-17 del ricorso in appello e punto 1.4. del ricorso introduttivo di prime cure), ossia per i ricambi di sicurezza, quali pacificamente sono i componenti del sistema frenante (ad esempio, tamburi, dischi freno, pastiglie), indicando altrettanto specificamente anche le fonti normative da cui discende la prescrizione di omologazione per i singoli componenti destinati ai veicoli (il più volte citato Allegato IV della direttiva 2007/46/CE e il Regolamento n. 90 UN/ECE recante “*Disposizioni uniformi relative all’omologazione di insieme di ricambio di guarnizioni per freni, di guarnizioni per freni a tamburo nonché di dischi e di tamburi destinati a veicoli a motore e relativi rimorchi*”).

8.5. Tanto premesso e 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, deve ritenersi che la produzione del certificato di omologazione, ove obbligatoria, non poteva essere soddisfatta dalle autocertificazioni prodotte dall’aggiudicataria, prive di alcuna indicazione sulle avvenute omologazioni, in quanto, in relazione ai componenti di ricambio soggetti a tali procedure, non può ammettersi, in alternativa alla produzione dei certificati di omologazione, una mera dichiarazione unilaterale dell’offerente che attesti l’equivalenza dei ricambi ai componenti originali.

8.5.1. Infatti, come statuito dalla sopravvenuta decisione della Corte di giustizia, la corretta interpretazione del diritto comunitario impone 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 e non è sufficiente, a tal fine, che essi presentino solo una dichiarazione di equivalenza.

8.5.2. Nel caso di specie la disciplina di gara richiedeva espressamente la produzione di *"appropriata"* documentazione tecnica, corredata dal certificato di omologazione, che, per i ricambi equivalenti per i quali l'omologazione è richiesta dai menzionati atti normativi, è requisito imprescindibile e, pertanto, non era surrogabile con una mera attestazione di equivalenza resa dallo stesso concorrente.

8.6. Acclarato, dunque, che la stazione appaltante non poteva nella gara, avente ad oggetto la fornitura di componenti di ricambio per autobus destinati al servizio di trasporto pubblico, accettare, in alternativa al certificato di omologazione (o, comunque, alla prova dell'avvenuta omologazione del ricambio equivalente proposto mediante l'altra documentazione equipollente indicata dal disciplinare), le attestazioni di equivalenza provenienti dall'aggiudicataria, autoqualificatasi come costruttore, e che, così facendo, APAM ha di fatto disapplicato la legge di gara, deve poi evidenziarsi che l'aggiudicataria non ha neanche fornito, in sede di offerta, adeguata prova di equivalenza dei ricambi proposti.

8.6.1. Infatti, se la normativa di settore (cfr. art. 3, punto 26, della direttiva 2007/46/CE) prevede che il costruttore delle componenti commercializzate come equivalenti deve certificare e comprovare che esse sono state costruite conformemente alle specifiche tecniche e alle norme di produzione del veicolo e, conformemente a tale normativa, la disciplina di gara (punto 5.1. del disciplinare) ha richiesto, per le componenti di ricambio non soggette ad omologazione, la produzione di attestazione di equivalenza resa dal costruttore/fabbricante del ricambio *"nel rispetto delle normative vigenti (UNI CEI – ENISO/IEC 17050)"*, deve escludersi che nel caso di specie le attestazioni rese dall'aggiudicataria possano considerarsi *appropriati mezzi di prova* della equivalenza dei ricambi offerti alle specifiche tecniche definite dagli atti di gara, tali da consentire alla stazione appaltante di effettuare una proficua verifica di conformità dell'offerta.

8.7. Invero, senza che sia necessario addentrarsi nella questione generale, irrilevante ai fini della controversia, se Veneta Servizi 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- il produttore degli specifici prodotti offerti dei quali ha attestato l'equivalenza.

8.7.1. A tale scopo, secondo le coordinate ermeneutiche tracciate dalla Corte di giustizia, non può, infatti, ritenersi sufficiente la produzione in giudizio da parte dell'appellata Veneta Servizi di una certificazione di qualità Uni EN ISO 9001, avente quale campo di applicazione *“commercializzazione di ricambi per bus, treni e veicoli industriali. Gestione della progettazione e fabbricazione di componenti meccanici e di carrozzeria per bus, treni e veicoli industriali”*.

Né rileva al medesimo fine la visura camerale da cui risulta che, nell'ambito dell'oggetto sociale di Veneta Servizi, è ricompresa anche, tra le altre, *“la produzione di ricambi e sue parti per tutti i veicoli commerciali ed industriali (vettura, autocarri, mezzi di soccorso, mezzi militari, tram, filobus, motori navali, funivie, minibus, autobus, macchine movimento terra, rimorchi, treni e simili)”*.

8.7.2. Infatti, come chiarito dalla pronunzia 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).

8.7.3. L'aggiudicataria non ha, invece, dato prova in sede di offerta (né successivamente in giudizio) di essere il costruttore di tutti i ricambi per i quali ha attestato l'equivalenza, limitandosi ad asserire in modo generico che essi sono stati integralmente prodotti da terzi secondo le proprie direttive, senza, per converso, dimostrare di aver partecipato ad almeno una delle fasi di produzione delle componenti offerte.

Senonché ai fini della qualifica di *“costruttore”* non è sufficiente una mera *“marchiatura”* dei prodotti finalizzata alla loro commercializzazione.

L'aggiudicataria non ha, invece, comprovato di essere in possesso di progetti e specifiche tecniche dei ricambi di cui ha certificato l'equivalenza, di aver stipulato, con

riguardo ai medesimi, un contratto di subfornitura ex lege 192/1998 né di averli fatti realizzare, secondo le proprie direttive e sotto il proprio controllo anche qualitativo.

8.7.4. Pertanto, poiché è pacifico che Veneta Servizi ha certificato l'equivalenza di ricambi da essa non prodotti, ma solo commercializzati, questa condizione rende non necessario accertare se la società sia qualificabile o meno come produttore, essendo sufficiente per concludere per l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta in suo favore.

8.7.5. Analoghe considerazioni valgono anche in relazione agli ulteriori soggetti che hanno reso le certificazioni di equivalenza prodotte in gara dall'aggiudicataria.

8.8. Per le sopra esposte considerazioni è, pertanto, fondato anche il secondo motivo.

Infatti, l'assenza di prova dell'equivalenza, nei sopra indicati termini (ovvero, sia quanto alla prescritta omologazione che con riferimento all'assenza di valide certificazioni provenienti dal costruttore dei prodotti offerti) ha determinato la carenza di una specifica qualità dell'offerta, non venendo perciò in rilievo una mera lacuna documentale.

Pertanto, tale carenza, non ammettendo il soccorso istruttorio, doveva comportare l'esclusione della concorrente, per difetto di una qualità essenziale nelle prestazioni proposte in offerta, anche in mancanza di una specifica previsione della legge di gara.

8.9. È parimenti fondato il terzo motivo proposto dall'appellante principale.

Come evidenziato, la mancata allegazione di tutta la documentazione richiesta dalla disciplina di gara ai fini della prova di equivalenza, ancorché non sanzionata espressamente con l'esclusione, rendeva inammissibile l'offerta, per difetto della necessaria comprova della conformità dei ricambi alle specifiche tecniche fissate ai sensi dell'art. 68 del d.lgs. 50/2016 dalla stazione appaltante quali requisiti minimi per il contratto da affidare.

Tuttavia, è del tutto mancata da parte della stazione appaltante una effettiva e proficua verifica dell'offerta per accertarne la conformità alle specifiche tecniche oggetto del bando di gara in questione (*id est*: per verificarne l'equivalenza), con conseguente fondatezza delle censure di difetto di motivazione e istruttoria nell'esercizio del potere discrezionale di cui gode l'ente aggiudicatore a riguardo.

8.9.1. La fondatezza delle censure articolate con i primi tre motivi di appello consente di assorbire le ulteriori doglianze di cui al quarto motivo sul criterio di aggiudicazione

prescelto dalla legge di gara, proposto dall'appellante in via subordinata e nei limiti dell'interesse strumentale.

9. L'appello incidentale è invece infondato e va respinto, per le stesse ragioni che hanno determinato l'accoglimento dell'appello principale.

9.1. Infatti, alla luce delle coordinate ermeneutiche indicate dalla decisione della Corte di giustizia, si è detto che la *lex specialis* non può essere interpretata nel senso di consentire ai concorrenti di produrre, in alternativa al certificato di omologazione o, quanto meno, alla prova concreta che il ricambio equivalente offerto, soggetto per legge a procedure di omologazione, sia stato omologato, una dichiarazione dell'offerente che attesti che i pezzi di ricambio proposti nella sua offerta sono equivalenti ai ricambi originali.

Infatti, sia per la normativa applicabile che per la *lex specialis* di gara, le nozioni di omologazione e di equivalenza hanno differenti contenuto e finalità (cfr. sentenza Corte di Giustizia par. 81-85).

Ed invero, si deve a tal riguardo ribadire che:

- il considerando 14 della direttiva stabilisce che *“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. (...) 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.”*

- la direttiva 2007/46/ CE delinea il quadro normativo di riferimento in materia di omologazione dei veicoli, nonché dei sistemi, componenti ed entità tecniche destinati a tali veicoli;

- 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 sentenza Corte di Giustizia);

- i componenti per i quali i menzionati atti normativi prevedono l'omologazione possono essere venduti o messi in circolazione, conformemente all'art. 28, paragrafo 1, e all'articolo 19, paragrafo 1, di tale direttiva, solo se sono stati oggetto di una siffatta omologazione (par. 77 della sentenza);

- 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 (par. 93).

9.2. Inoltre, non può essere condivisa la nozione di *costruttore* prospettata dall'appellante incidentale ai fini della prova di equivalenza: infatti, se anche è vero che, al fine della qualifica di costruttore 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; 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"*) 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, che il soggetto abbia partecipato ad almeno una fase del processo produttivo.

9.2.1. È stata altresì espressamente disattesa dalla Corte di giustizia 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.

Pertanto, la nozione di produttore di ricambi nel settore automobilistico (recata dalla menzionata direttiva 2007/46/CE e dalla normativa di recepimento) non può neanche coincidere, come pure sostiene l'appellante incidentale, con la definizione di cui all'art. 3 del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del Consumo) secondo cui produttore è "il

fabbricante del bene o il fornitore del servizio, o un suo intermediario, nonché l'importatore del bene o del servizio nel territorio dell'Unione europea o qualsiasi altra persona fisica o giuridica che si presenta come produttore identificando il bene o il servizio con il proprio nome, marchio o altro segno distintivo".

Si tratta, infatti, di una normativa (peraltro in alcun modo richiamata dagli atti di gara) che ha un diverso e ben delimitato ambito di applicazione correlato alle sue precipe finalità, non estensibile perciò agli appalti pubblici.

9.2.2. In definitiva non può accogliersi l'interpretazione della disciplina di gara prospettata dall'appellante incidentale, secondo un'accezione ampia della nozione di costruttore, che ricomprenda non solo il fabbricante del prodotto, ma anche il soggetto che lo immette sul mercato, commercializzandolo con un proprio marchio.

9.2.3. Come chiarito dalla Corte di Giustizia, l'interpretazione della *lex specialis* prospettata dall'appellante Iveco, sia quanto alla necessità di omologazione che con riguardo alle modalità con cui può essere fornita dai concorrenti in sede di offerta la prova di equivalenza dei prodotti, non confligge poi né con i principi di parità di trattamento e di imparzialità, di libera concorrenza e di buon andamento dell'amministrazione, né con le disposizioni della direttiva 2014/25 che consentono di fornire la prova di equivalenza alle specifiche tecniche previste dai bandi di gara con qualsiasi mezzo adeguato, onde assicurare una maggiore apertura degli appalti pubblici alla concorrenza.

9.2.4. Per tali motivi, le dichiarazioni di equivalenza prodotte da Veneta Servizi, provenienti dalla concorrente che non è costruttore degli specifici ricambi offerti (o che, comunque, non ha fornito tale prova) e mancanti di ogni indicazione sulla omologazione (ove obbligatoria), 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 ai componenti originali.

9.3. Per le ragioni sopra esposte, vanno poi disattesi anche i rilievi dell'aggiudicataria appellante incidentale (condivisi anche da APAM) secondo cui le carenze lamentate da Iveco Orecchia sarebbero suscettibili di soccorso istruttorio e non dovevano, di conseguenza, dar luogo all'esclusione dell'aggiudicataria: infatti, come rilevato, non vengono qui in rilievo mere irregolarità o carenze afferenti alla sola documentazione amministrativa prodotta, ma l'assenza sostanziale di elementi essenziali dell'offerta;

sicché la legge di gara, in conformità ai principi affermati dalla Corte di giustizia, deve essere intesa nel senso di non ammettere per siffatte carenze il soccorso istruttorio con conseguente esclusione della concorrente che vi sia incorsa, senza che ciò comporti alcuna violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza.

10. All'accoglimento dell'appello principale e al rigetto del gravame incidentale per le sopra indicate motivazioni, consegue, in riforma della sentenza appellata, l'accoglimento del ricorso principale di primo grado e l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva della gara disposta in favore di Veneta Servizi.

11. Di conseguenza, deve dichiararsi l'inefficacia del contratto di appalto stipulato tra APAM Esercizio S.p.A. e Veneta Servizi International S.r.l. Unipersonale a decorrere dalla data di pubblicazione del dispositivo della presente sentenza e, per l'effetto, in accoglimento delle domande risarcitorie formulate dall'appellante principale, 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.

12. L'andamento della controversia che ha richiesto un rinvio pregiudiziale ex art. **267 TFUE** e la complessità delle questioni decise 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 sugli appelli principale e incidentale, come in epigrafe proposti, così provvede: *a)* accoglie l'appello principale e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata accoglie il ricorso di primo grado, annullando l'aggiudicazione definitiva della gara disposta a favore di Veneta Servizi International S.r.l. Unipersonale; *b)* respinge l'appello incidentale.

Dichiara l'inefficacia del contratto di appalto stipulato tra APAM Esercizio S.p.A. e Veneta Servizi International S.r.l. Unipersonale a decorrere dalla data di pubblicazione del presente dispositivo di sentenza e, per l'effetto, dispone il subentro nel predetto contratto di Iveco Orecchia S.p.A. nei sensi e termini disposti 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