



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1288 del 2010, proposto da:
W.L. Gore & Associati (U.K.) Limited, rappresentata e difesa dagli
avv.ti Simona Viola e Mario Bucello, con domicilio eletto presso il
secondo in Milano, Via Mozart, 9

contro

Brianza Energia Ambiente - B.E.A. S.p.A., rappresentata e difesa
dagli avv.ti Filippo Carimati e Claudio Colombo, con domicilio eletto
presso il primo in Milano, Via Beccaria, 5

nei confronti di

Bwf Fti S.p.A., non costituita in giudizio

per l'annullamento

di tutti gli atti e/o provvedimenti della gara condotta dalla Brianza
Energia Ambiente S.p.A. per l'affidamento della fornitura di 450

macchine filtranti per l'impianto di termovalorizzazione rifiuti solidi urbani e ospedalieri trattati sito in Desio (MB), nelle parti in cui non hanno disposto l'esclusione dalla gara dell'offerta presentata dalla Società BWF FTI S.p.A;

della nota B.E.A. S.p.A. prot. n. 1812 in data 1 aprile 2010, con cui è stato comunicato alla ricorrente che «la fornitura in oggetto è stata affidata ad altra società», del «verbale di apertura delle buste contenenti offerta» in data 23 marzo 2010, nonché del provvedimento con cui è stata definitivamente aggiudicata la fornitura alla Società BWF FTI S.p.A. e per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno derivante dagli atti illegittimi impugnati, oltre rivalutazione ed interessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Brianza Energia Ambiente - B.E.A. S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 ottobre 2011 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha partecipato, classificandosi al secondo posto, alla

procedura di gara indetta per l'affidamento della fornitura di 450 macchine filtranti per l'impianto di termovalorizzazione dei rifiuti solidi urbani e ospedalieri trattati in Desio, per un importo a base d'asta di € 110.000,00, ai sensi dell'art. 125 del D.Lgs. n. 163/06.

L'art. 1 della lettera di invito precisava che le caratteristiche tecniche e prestazionali dei prodotti erano indicate nell'Allegato I della stessa, articolato in 33 voci, in corrispondenza delle quali erano indicati dei valori.

Con il presente ricorso si censura l'ammissione dell'aggiudicataria controinteressata, la quale avrebbe offerto prodotti con caratteristiche tecniche difformi da quelli richiesti dalla lex specialis; illegittimamente la stazione appaltante, nel verbale del 23.3.2011 avrebbe invece ritenuto che le caratteristiche tecniche delle maniche filtranti della controinteressata fossero "pressoché equivalenti e compatibili con quanto richiesto nell'Allegato I della lettera di invito".

DIRITTO

Può prescindere dalle eccezioni di tardività sollevate dalla difesa della stazione appaltante, in quanto il ricorso è infondato nel merito.

La ricorrente lamenta in più occasioni che, in base al sistema di aggiudicazione prescelto dall'Amministrazione (quello del prezzo più basso) ed alla normativa di gara, l'offerta dei concorrenti avrebbe dovuto avere per oggetto unicamente il prezzo della fornitura; che le caratteristiche tecniche e qualitative dei prodotti avrebbero dovuto

essere quelle inderogabilmente fissate dalla normativa di gara, mentre l'offerta della controinteressata non corrisponderebbe invece a quanto richiesto nell'Allegato I della lettera di invito, dovendo pertanto essere esclusa.

In particolare, tale offerta sarebbe difforme da quanto richiesto con riferimento ai seguenti due parametri:

“grammatura”: a fronte della richiesta di un valore di 750 gr/mq, il prodotto dell'aggiudicataria garantirebbe soltanto 700 gr/mq;

“cross machine”: mentre l'Allegato I richiedeva un valore di 89,27 daN/5 cm, l'aggiudicataria avrebbe offerto un valore pari a 46.

In primo luogo, sostiene la ricorrente che la difformità del prodotto offerto dalla controinteressata dai parametri fissati avrebbe dovuto condurre all'esclusione di BWF dalla gara, indipendentemente da ogni indagine sull'affidabilità o meno del prodotto offerto.

In ogni caso, la Commissione avrebbe omissso ogni riscontro circa la conformità della documentazione di gara prodotta dall'aggiudicataria, nonché circa la verifica della funzionalità del prodotto, essendo nei fatti mancato completamente il giudizio di equivalenza.

Preliminarmente, il Collegio intende richiamare l'esito dell'istruttoria, disposta in corso di causa onde accertare “se le specifiche tecniche indicate nella scheda tecnica delle apparecchiature fornite dalla controinteressata siano equivalenti a quelle indicate nell'Allegato I alla lettera di invito per l'esecuzione ottimale della prestazione richiesta dalla *lex specialis*”; istruttoria conclusasi senza che il

verificatore abbia fornito una risposta al detto quesito.

Precisamente, nella prima relazione del 13.12.2010, il verificatore ha infatti, affermato “la non corrispondenza a livello numerico (numeri inferiori) tra i parametri tecnici grammatura e cross machine direction, richiesti da Bea nell’All. n. 1 della lettera di invito, e quanto dichiarato nella scheda tecnica fornita da BWF”.

Con ordinanza n. 1298/11 il Collegio ha osservato “che la richiesta di verifica non mirava a conoscere se l’offerta tecnica della controinteressata fosse o meno difforme dai parametri contenuti nell’Allegato I, quanto invece ad appurare se le specifiche tecniche delle apparecchiature fornite dalla controinteressata fossero equivalenti in termini funzionali ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche indicate nell’Allegato I”, invitando il verificatore ad esprimersi nuovamente sul punto.

Anche nella successiva relazione del 17.6.2011 il verificatore non ha risposto, tuttavia, al quesito, poiché la valutazione dell’equivalenza prestazionale avrebbe implicato lo svolgimento di complesse attività “sul campo”.

Riepilogando quindi i fatti non contestati, rilevanti nel presente giudizio, il Collegio prende atto che:

l’offerta della controinteressata si è discostata dai parametri tecnici “grammatura” e “cross machine direction”, come richiesti da Bea nell’All. n. 1 della lettera di invito, nella misura indicata nel ricorso, e sopra evidenziata. I restanti parametri tecnici di cui all’Allegato I

sono invece stati rispettati;

nonostante la predetta mancanza, la stazione appaltante, nel verbale del 23.3.2011, ha ritenuto che le caratteristiche tecniche delle maniche filtranti della controinteressata fossero “pressoché equivalenti e compatibili con quanto richiesto nell’Allegato I della lettera di invito”;

L’attività istruttoria esperita in corso di causa non ha dimostrato l’erroneità del detto giudizio di equivalenza “in termini funzionali” espresso dalla stazione appaltante.

Il comma 4 dell’art. 68 D.Lgs. n. 163/06 prevede che “quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche di cui al comma 3, lettera a), le stazioni appaltanti non possono respingere un’offerta per il motivo che i prodotti e i servizi offerti non sono conformi alle specifiche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l’offerente prova in modo ritenuto soddisfacente dalle stazioni appaltanti, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni da lui proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche”.

Parimenti, per il successivo comma 7 del medesimo articolo, quando si avvalgono della facoltà, prevista al comma 3, di definire le specifiche tecniche in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, le stazioni appaltanti non possono respingere un’offerta di lavori, di prodotti o di servizi conformi ad una norma nazionale che recepisce una norma europea, ad un’omologazione tecnica europea, ad una

specifica tecnica comune, ad una norma internazionale o ad un riferimento tecnico elaborato da un organismo europeo di normalizzazione se tali specifiche contemplano le prestazioni o i requisiti funzionali da esse prescritti. Per il successivo comma, in tale ipotesi, nella propria offerta l'offerente è tenuto a provare in modo ritenuto soddisfacente dalle stazioni appaltanti e con qualunque mezzo appropriato, che il lavoro, il prodotto o il servizio conforme alla norma ottempera alle prestazioni o ai requisiti funzionali prescritti.

Il predetto articolato è diretta espressione della normativa comunitaria, che in sede emanazione della nuova Direttiva 2004/18/CE, posta a base del codice dei contratti, ha significativamente innovato la materia rispetto al passato, sul rilievo che le disposizioni precedentemente applicabili obbligavano i committenti pubblici a far riferimento a taluni strumenti esaustivamente elencati, ma che l'applicazione di tali disposizioni conduceva a situazioni limitative della scelta del committente all'acquisto dei soli prodotti conformi alla norma tecnica. E' pertanto apparso necessario semplificare tali disposizioni, privilegiando un approccio che consenta di assicurare una concorrenza effettiva tramite la partecipazione del maggior numero possibile di offerenti, permettendo ai committenti pubblici anche di specificare le proprie esigenze in termini di prestazioni. Nella nuova Direttiva pertanto la definizione delle specifiche tecniche tramite rinvio ad una certa

normativa è stato posto in termini meramente alternativi rispetto alla facoltà di indicare determinate “prestazioni” o “requisiti funzionali”, senza che il richiamo a questi ultimi possa ritenersi eccezionale o derogatorio (v. il nuovo articolo 23, comma 2 secondo cui “le specifiche tecniche devono consentire pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza”).

Nella fattispecie de quo la ricorrente, precedentemente all’indizione della gara, aveva l’esclusiva dei prodotti di che trattasi, da cui la necessità per la stazione appaltante di descrivere i medesimi, facendo riferimento alle specifiche tecniche di tali prodotti, precedentemente utilizzati.

Quando le specifiche tecniche si riferiscono ad un particolare prodotto, pur senza indicarne il marchio, esse devono essere corrette mediante la puntualizzazione di equivalenza (C.S. Sez. V, sent. n. 1380 del 4.3.2011)

Le “specifiche tecniche” erano infatti individuate nell’Allegato I della lettera di invito, la quale prevedeva tuttavia espressamente che “in ogni caso le dichiarazioni rese e la documentazione presentata dovranno dimostrare che il partecipante sia in possesso dei requisiti previsti all’art. 2 della presente lettera di invito e che abbia la capacità di fornire il prodotto per le quantità che garantiscano l’esecuzione della fornitura oggetto dell’appalto” (art. 3 punto 2, lett. c).

Tale ultima espressione della lettera di invito, formulata

immediatamente di seguito alla richiesta della scheda tecnica del prodotto da fornire, deve essere interpretata, da un punto di vista sistematico, come un richiamo ai principi espressi dal citato art. 68, il quale vieta l'esclusione sic et simpliciter dell'offerta, per il motivo che i prodotti non siano conformi alle specifiche tecniche. Il detto articolo del codice dei contratti costituisce in ogni caso una norma imperativa, per la quale opererà il principio di eterointegrazione, trovando applicazione a prescindere dal suo mancato riferimento nella "lex specialis" (T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. I, 15 marzo 2010 n. 2932). Anche se le norme destinate a disciplinare la gara hanno infatti valore di "lex specialis", le medesime devono essere integrate da quelle imperative, ai sensi dell'art. 1339 c.c. (T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 11 gennaio 2001 n. 116)

Non meritano pertanto accoglimento le osservazioni della ricorrente, con le quali la stessa ha invocato un asserito obbligo di esclusione immediata dell'offerta tecnica della controinteressata, in considerazione della mancata integrale coincidenza tra le caratteristiche tecniche richieste nell'Allegato I e quelle offerte.

Sia il quadro normativo generale di riferimento, interno e comunitario, che la lex specialis (art. 3, punto n. 2, lett. c lettera di invito), interpretata nei termini sopra evidenziati, vietavano infatti alla stazione appaltante di escludere tout court il concorrente, imponendole invece di effettuare un'ulteriore valutazione di equivalenza.

Il Collegio deve pertanto restringere l'oggetto del contendere al giudizio di equivalenza formulato dalla stazione appaltante, tra le caratteristiche tecniche richieste nell'Allegato I e quelle relative ai prodotti offerti dalla controinteressata, alla luce delle censure avanzate dal ricorrente.

Come già evidenziato, per sole due voci su 33 le specifiche tecniche dei prodotti offerti dalla controinteressata sono risultate parzialmente difformi da quelle richieste. In particolare, con riferimento al parametro "grammatura", l'aggiudicataria ha fatto riferimento a quanto previsto dalle norme generali ISO 9073-1, mentre rispetto ad altri parametri essa, rinviando alla medesima certificazione, ha dimostrato di possedere valori anche superiori a quelli minimi richiesti dalla *lex specialis*.

A fronte di quanto precede, il ricorrente non ha formulato tuttavia specifiche censure volte a dimostrare l'erroneità del giudizio della stazione appaltante, e dunque la "non equivalenza funzionale" dei prodotti offerti dalla controinteressata rispetto a quelli richiesti nella *lex specialis*.

Il ricorso è al contrario incentrato sul tentativo di dimostrare l'obbligo di escludere l'offerta tecnica della controinteressata poiché la sua offerta risultava formalmente difforme dalla *lex specialis*, e deve pertanto essere respinto.

Né può infine essere accolto il profilo di difetto di motivazione del giudizio di equivalenza.

Sebbene in forma estremamente sintetica, la stazione appaltante ha formulato il predetto giudizio nel verbale del 23.3.2011, ritenendo che le caratteristiche tecniche delle maniche filtranti della controinteressata fossero “pressoché equivalenti e compatibili con quanto richiesto nell’Allegato I della lettera di invito”.

Le risultanze della verifica, sebbene non abbiano risposto al quesito posto dal Collegio, non consentono tuttavia di accordare credito alla tesi della ricorrente, laddove la stessa ritiene che l’offerta della controinteressata integri una “variante” a quanto richiesto della *lex specialis*. Nella relazione del 17.6.2011, il verificatore distingue invece l’equivalenza merceologica, insussistente nel caso di specie, da quella prestazionale, intesa quale “l’idoneità allo scopo, tra la fornitura proposta e quella richiesta”, la cui verifica in concreto non è tuttavia stata effettuata (“la modalità per dimostrare l’equivalenza comporta necessariamente una sperimentazione pratica in parallelo tra il materiale proposto e quello rispondente esattamente alle specifiche indicate in sede di gara”).

Il verificatore aggiunge tuttavia in via dubitativa (“sarebbe tuttavia una strada percorribile in via teorica”) che se l’azienda controinteressata avesse fornito in sede di gara documentazione frutto di attività sperimentale atta a dimostrare l’equivalenza prestazionale, sarebbe stato possibile formulare tale giudizio, senza ricorrere alle dette sperimentazioni “sul campo”.

Ritiene tuttavia il Collegio di confermare gli atti impugnati,

nonostante la loro sintetica motivazione ed istruttoria in ordine al detto giudizio di equivalenza prestazionale formulato in sede di gara. Le difformità riscontrate tra le caratteristiche tecniche dei prodotti offerti dalla controinteressata e quelle richieste nell'Allegato I, sono risultate modeste, sia da un punto di vista quantitativo (2 voci su 33), che qualitativo, tenuto anche conto del fatto che i valori proposti erano quelli previsti dalle certificazioni Iso (v. sul punto l'art. 68 c. 7), e che, per il parametro "grammatura" si discostavano di soli 50 g/m² su 750. Una motivazione più dettagliata si sarebbe invece resa necessaria in presenza di un giudizio negativo, che avrebbe dovuto dare conto in maniera puntuale della limitazione della più ampia partecipazione (T.A.R. Liguria Sez. II, 20 dicembre 2005 n. 1774, secondo cui l'ammissione del concorrente non necessita di apposita motivazione dovendosi motivare soltanto l'esclusione del concorrente).

L'affidamento de quo era per un importo molto modesto, ben al di sotto della metà di quello fissato dalle soglie comunitarie, nell'ambito di un acquisto "in economia", da svolgersi con modalità semplificate, salvo il rispetto dei principi fondamentali (art. 125 c. 14), trattandosi quindi di una procedura che pur procedimentalizzata, non richiede tuttavia il necessario rispetto della specifica disciplina predisposta dal Codice dei contratti pubblici per le procedure aperte e ristrette (T.A.R. Toscana Sez. I, 22 dicembre 2009 , n. 3988).

Infine, mentre la ricorrente non ha prodotto documentazione tecnica

volta a sconfessare puntualmente il predetto giudizio di equivalenza funzionale, incentrando le proprie censure sulla carenza “formale” dei prodotti offerti dalla controinteressata, la stazione appaltante ha fornito documentazione relativa all’esecuzione dell’appalto, dalla quale si deduce che l’utilizzo delle maniche filtranti aggiudicate ha consentito di depurare i fumi generati dall’incenerimento di un quantitativo di rifiuti circa doppio di quello incenerito quando erano installate le maniche filtranti fornite dalla ricorrente, mantenendo le emissioni ad un valore pari ad un quinto dei limiti di legge, producendo a supporto un estratto della relazione sulla gestione allegata al bilancio di esercizio, corredata da un grafico relativo alle emissioni in atmosfera. Il ricorrente produce sul punto una relazione a firma dell’Ing. Antonio Guglielmo, nella quale si afferma come il detto grafico evidenzerebbe un livello di emissioni pari a circa il 20%, e dunque superiore al limite di 2 mg/Nm³. Tale ultimo rilievo non coglie però nel segno, dato che il detto grafico evidenzia già per l’anno 2009 un valore di emissioni significativamente inferiore a 2 mg/Nm³, che nell’anno 2010, con l’adozione delle maniche filtranti della controinteressata, si riduce considerevolmente.

Il ricorso va pertanto respinto.

Sussistono tuttavia giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, tenuto conto della complessità della vicenda. Le spese della verifica, in difetto di presentazione della relativa nota, possono essere liquidate, tenuto conto degli esiti dell’istruttoria

compiuta, nella somma di € 500,00 e sono poste a carico della
ricorrente.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Sezione I
definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe
proposto, lo respinge.

Spese compensate nei limiti di cui in motivazione.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre
2011 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Marco Bignami, Consigliere

Mauro Gatti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/11/2011

IL SEGRETARIO

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