

APPALTI: Contratti della P.A. - Art. 63, D.lgs. 50/2016 - Aggiudicazione - Prodotto costituito da materiali recanti caratteristiche tecniche difformi da quelle prescritte - Illegittimità - Principio di equivalenza - Applicazione - Impossibilità - Ragioni.

Tar Emilia Romagna - Parma, Sez. I, 4 ottobre 2021, n. 241

“[...] Il giudizio di equivalenza presuppone quindi la previsione di uno standard tecnico normativo e non opera rispetto a grandezze comuni o a caratteristiche che, piuttosto che individuare specifiche tecniche del prodotto, ne definiscono la tipologia, limitandosi a delineare l’oggetto dell’affidamento o, come nel caso di specie, a valorizzarne talune caratteristiche ritenute essenziali e prioritarie ai fini della stessa ammissione dell’offerta alla valutazione del seggio di gara [...]. La finalità dell’art. 68 del d.lg. 163/2006 è quella di evitare indebite restrizioni alla concorrenza ed alla partecipazione ai pubblici appalti, che potrebbero verificarsi in caso di indicazione, da parte delle stazioni appaltanti, di specifiche tecniche di prodotto eccessivamente restrittive oppure costituite da una determinata fabbricazione o provenienza, se non addirittura da uno specifico marchio o brevetto; situazioni queste che sono scongiurate dall’obbligo in capo ai committenti di menzione nella legge di gara dell’espressione “o equivalente” (cfr. i commi 3 lettera “a” e 13 dell’art. 68); tuttavia, nel caso in cui il committente indichi e circoscriva l’oggetto dell’appalto con riferimento ad un prodotto esistente, connotato da specifiche caratteristiche espresse in grandezze numericamente fisse, il richiamo al principio di equivalenza non può consentire di distorcere completamente l’oggetto dell’appalto, al punto da permettere ai partecipanti di offrire un bene radicalmente differente (insomma, un vero e proprio “aliud pro alio”), finendo così per rendere sostanzialmente indeterminato l’oggetto dell’appalto medesimo [...]”.

FATTO

In esecuzione delle Deliberazioni del Comitato Amministrativo del Consorzio della Bonifica Parmense n. 873 e 874 del 22 dicembre 2020, quest’ultimo pubblicava l’avviso di indagine di mercato per l’affidamento, mediante procedura negoziata ai sensi dell’art. 63 del D.lgs. 50/2016, dei lavori di *“Miglioramento e adeguamento del sistema di adduzione e delle reti di distribuzione esistenti nel comprensorio irriguo del canale Naviglio, mediante riabilitazione funzionale attraverso relining della condotta irrigua di dorsale in c.a. casino-travacone, adduttrice principale delle acque sollevate dal T. Parma all’impianto del Casino di Colorno (PR) e sostituzione di fatiscenti ed obsolete canalette irrigue di dorsale a cielo aperto con tubazioni interrato a bassa pressione – C.U.P. g24h17000340006”.*

Ricevute le manifestazioni di interesse, in data 3 febbraio 2021 veniva inviata a ciascuno dei 55 operatori economici che avevano risposto alla chiamata, la lettera di invito recante la *lex specialis* di gara nonché il relativo capitolato speciale d'appalto.

All'esito dello svolgimento della gara, con verbale del 6 maggio 2021, veniva proposta da parte della Commissione l'aggiudicazione della gara al costituendo R.T.I. Consorzio Innova (mandataria) Benassi S.r.l. (mandante) Idroambiente S.r.l. (mandante) Blueco S.r.l. (mandante).

A ciò faceva dunque seguito la Deliberazione del Comitato Amministrativo del Consorzio della Bonifica Parmense n. 278 del 7 maggio 2021, di cui in epigrafe, nonché, in data 13 maggio 2021, la pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva.

Preso atto di tale aggiudicazione, il Consorzio Stabile Imprese Associate – Coimpa, odierno ricorrente, secondo classificato, presentava istanza di accesso agli atti, ritualmente riscontrata dal Consorzio della Bonifica Parmense, e prendeva così visione dell'offerta tecnica presentata dall'operatore economico aggiudicatario della procedura, nonché dei verbali della Commissione.

Dall'analisi della sopra menzionata documentazione, il predetto Consorzio Stabile Imprese Associate – Coimpa riteneva che l'aggiudicazione disposta fosse illegittima e, conseguentemente, in proprio e quale capogruppo mandatario del costituendo R.T.I. con Euroscavi S.r.l. e Tecnorisanamenti S.r.l., proponeva il ricorso introduttivo del presente giudizio, depositato in data 15 giugno 2021, con cui chiedeva l'annullamento degli atti di cui in epigrafe, previa sospensione dell'efficacia, deducendo i seguenti motivi:

1) Violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis* – Violazione e/o falsa applicazione del D.Lgs. 50/2016, in particolare artt. 59 e 94 – Eccesso di potere per contraddittorietà tra atti della P.A. e sviamento – Violazione dei principi vigenti in materia di gare pubbliche (divieto di *aliud pro alio*, parità di trattamento, trasparenza, correttezza) – Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 Costituzione;

2) Eccesso di potere per falso supposto di fatto – Violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis* – Violazione e/o falsa applicazione del D.Lgs. 50/2016, in particolare artt. 59 e 94 – Eccesso di potere per contraddittorietà tra atti della P.A. e sviamento – Violazione dei principi vigenti in materia di gare pubbliche (divieto di *aliud pro alio*, parità di trattamento, trasparenza, correttezza) – Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 Costituzione;

3) Eccesso di potere per falso supposto di fatto e sviamento – Violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis* – Violazione e/o falsa applicazione del D.Lgs. 50/2016, in particolare e tra gli altri degli artt. 59, 94 e 95 – Violazione dei principi vigenti in materia di gare pubbliche (parità di trattamento, trasparenza, correttezza) – Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 Costituzione;

4) Violazione e/o falsa applicazione del D.Lgs. 50/2016, in particolare e tra gli altri degli artt. 30, 32, 95 – Sviamento – Violazione dell’art. 97 Costituzione (buon andamento della P.A.) – Eccesso di potere per falso supposto di fatto – Violazione dei principi vigenti in materia di gare pubbliche (tra gli altri: trasparenza, parità di trattamento ecc.) – Difetto di motivazione – Carenza assoluta della motivazione – Sviamento;

5) Eccesso di potere per difetto di motivazione – Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 30 e 95 D.Lgs. 50/2016 sotto diverso profilo – Sviamento – Violazione dell’art. 97 Costituzione (buon andamento della P.A.) – Carenza di istruttoria – Eccesso di potere per falso supposto di fatto.

Inoltre, parte ricorrente ha domandato altresì la condanna del Consorzio della Bonifica Parmense al risarcimento dei danni.

Si è costituito in giudizio, in data 21 giugno 2021, il Consorzio della Bonifica Parmense, chiedendo la reiezione del ricorso con articolata memoria.

Si è costituito in giudizio, sempre in data 21 giugno 2016, il Consorzio Innova Soc. Coop., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con Benassi S.r.l., Idroambiente S.r.l. e Blueco S.r.l., chiedendo anch’esso la reiezione del ricorso.

All’esito dell’udienza in Camera di Consiglio del 23 giugno 2021, è stata emessa l’ordinanza n. 105/2021 con cui è stata accolta la proposta domanda cautelare in quanto “- *la documentazione di gara (art. 12 Capitolato Speciale d’appalto) richiedeva la fornitura di condotte in HDPE “realizzate mediante tubi in polietilene (PE) PN10 SDR17 costruiti attraverso l’impiego di resine classificate PE100 (MRS 10,0 MPa)”, stabilendo dettagliatamente le caratteristiche della materia prima (impiego esclusivo di compound vergine), e prevedendo altresì che la ghisa sferoidale fosse utilizzata per “raccordi e pezzi speciali” (art. 15 del CSA); – anche la lettera di invito era, sul punto, precisa nell’individuare, nei propri criteri relativi al “Miglioramento delle modalità esecutive e della qualità tecnica delle opere”, il criterio n. 2, in cui veniva specificato che veniva attribuito un punteggio, pari al massimo a 10 punti, per la “descrizione particolareggiata delle condotte in PEAD”, così dando atto nuovamente che le condotte dovevano essere realizzate in PEAD; – per quanto sopra riportato, non appare possibile la sostituzione del materiale puntualmente individuato dalla documentazione di gara per le condotte con altro materiale menzionato dalla medesima documentazione di gara unicamente per alcuni specifici pezzi, atteso che i diversi materiali hanno proprietà fisiche diverse e, dunque, in assenza di una specifica previsione della documentazione di gara (che, come detto sopra, è assai analitica nell’individuazione della tipologia di materiale richiesto per le condotte), non è consentito equiparare diversi materiali di costruzione in base al principio dell’equivalenza fra gli stessi*

(equivalenza peraltro affermata solo nella memoria di difesa dell'Ente resistente e mai affermata dalla Commissione aggiudicatrice, che nulla sul punto ha dedotto, né mai affermata nella documentazione di gara e, inoltre, recisamente contestata da parte ricorrente); Ritenuto, inoltre, con riferimento al periculum in mora, che lo stesso sussista in relazione al fatto che l'inizio dell'esecuzione dei lavori impedirebbe, in caso di accoglimento del ricorso, il successivo subentro della ricorrente attesi i diversi materiali offerti;”.

In data 20 luglio 2021, parte ricorrente ha depositato motivi aggiunti, con cui ha impugnato tutti gli atti già impugnati col ricorso principale nonché l'atto depositato in giudizio da parte resistente relativo alla valutazione svolta dalla commissione giudicatrice rispetto alle offerte tecniche presentate dai ricorrenti.

Si è costituita in giudizio, in data 27 agosto 2021, la società Idrotherm 2000 S.p.A., fornitrice delle condotte in PEAD proposte nel progetto dall'odierna ricorrente, spiegando intervento *ad adiuvandum* del ricorso della predetta ricorrente.

Si è costituito in giudizio, in data 2 settembre 2021, il Consorzio nazionale per il riciclaggio dei rifiuti di beni a base di Polietilene (PolieCo), spiegando intervento *ad adiuvandum* del ricorso del Consorzio odierno ricorrente.

Le parti hanno depositato, poi, articolate memorie e, infine, all'udienza pubblica del 22 settembre 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

0.1. – Preliminarmente il Collegio deve scrutinare l'eccezione svolta da parte resistente e dalla società controinteressata rispetto alla costituzione in giudizio del Consorzio nazionale per il riciclaggio dei rifiuti di beni a base di Polietilene (PolieCo).

In particolare, parte resistente ha contestato l'ammissibilità dell'intervento *“poiché non pare sussistere in capo all'intervenuta un interesse concretamente apprezzabile a prendere parte al giudizio: quale che sia il suo esito, infatti, a PolieCo non deriverebbe alcuna conseguenza.”* mentre la società odierna controinteressata ha affermato che *“l'interesse sussisterebbe solo qualora la procedura di selezione avesse previsto l'obbligatoria fornitura in Polietilene di tutte le tubature che dovevano comporre le condotte da realizzare nelle aree indicate dalla legge di gara, circostanza che all'evidenza non ricorre, e che detta gara non avesse contemplato una corretta gestione delle obbligazioni ambientali inerente il predetto materiale. Nel caso di specie la legge di gara prevedeva una “soluzione ibrida” che contemplava la presenza di Polietilene e di Ghisa sferoidale, quest'ultimo materiale richiesto per i raccordi ed i pezzi speciali che, per le ragioni esposte nel*

precedente punto 2.2.14), dovevano possedere caratteristiche migliori rispetto al Polietilene, e non escludeva affatto che l'intera opera fosse in possesso di dette migliori caratteristiche.”.

0.2. – Le eccezioni di carenza di interesse dell'interveniente PolieCo sono infondate.

Al riguardo, il Collegio rileva che, come ammesso dalla società controinteressata, il Consorzio nazionale per il riciclaggio dei rifiuti di beni a base di Polietilene (PolieCo) avrebbe sicuramente interesse qualora la gara avesse previsto l'obbligatoria fornitura delle tubature in PEAD e questo è uno dei punti del ricorso che deve essere scrutinato, punto che, in caso di positivo accoglimento, radicherebbe dunque l'interesse di PolieCo nel presente ricorso.

Inoltre, l'interesse giuridicamente apprezzabile è quello al riciclo del materiale delle condotte previsto dalla legge di gara, ossia il Polietilene ad Alta Densità (d'ora in poi, PEAD), materiale cui il Consorzio nazionale per il riciclaggio dei rifiuti di beni a base di Polietilene è deputato al riciclo e, dunque, sussiste per lo stesso un interesse al presente giudizio.

1. J- Premesso quanto sopra con riferimento all'intervento in giudizio del Consorzio nazionale per il riciclaggio dei rifiuti di beni a base di Polietilene, il Collegio può passare all'esame del ricorso introduttivo del presente giudizio, congiuntamente ai motivi aggiunti proposti in corso di causa, che sono strettamente legati al ricorso, e, al riguardo, osserva che il predetto ricorso è fondato nel merito e va accolto nei sensi e nei limiti in appresso indicati.

2.1. – Col primo motivo di ricorso, parte ricorrente deduce l'illegittimità dell'impugnata aggiudicazione, sostenendo che *“L'aggiudicazione della procedura per cui è causa al RTI Consorzio Innova è illegittima poiché l'offerta di tale concorrente è inammissibile e viola palesemente la lex specialis. Risulta infatti dall'offerta tecnica avversaria come l'aggiudicatario abbia offerto condotte in ghisa, totalmente difformi quindi rispetto a quanto richiesto dalla Stazione Appaltante ed approvato dagli enti competenti (condotte in polietilene, cfr. quanto previsto nella lettera di invito e nel disciplinare, oltre che ovviamente nella documentazione progettuale alla base della procedura per cui è causa). Il RTI Consorzio Innova ha quindi offerto in gara un aliud pro alio. Tanto basta per decretare la doverosa sua esclusione, con conseguente illegittimità dell'aggiudicazione in suo favore.”.*

2.2. Il motivo è fondato.

Il Collegio rileva che la gara di appalto di che trattasi aveva ad oggetto la sostituzione di canalette irrigue esistenti a cielo aperto con condotte sotterranee a bassa pressione e, come rilevato da parte ricorrente, *“Come si può desumere a pag. 3 della lettera di invito, le lavorazioni di sostituzione delle canalette irrigue con le condotte in polietilene costituiscono infatti circa l'80 per cento del lavoro (circa 8,4 Ml, su un importo complessivo dell'appalto di euro 10,9 Ml circa).”.*

Inoltre, analizzando la documentazione di gara, si rileva che le condotte da posare in sostituzione delle canalette irrigue esistenti dovevano essere realizzate in Polietilene ad Alta Densità (PEAD) mentre, pacificamente, la gara è stata aggiudicata a fronte dell'offerta di canalette in diverso materiale, ossia ghisa sferoidale.

Ciò premesso, il Collegio ritiene che il materiale offerto dall'odierna controinteressata risulti difforme da quanto richiesto in maniera non equivoca dalla stazione appaltante in tutti i documenti di gara che, come ricordato da parte ricorrente, consisteva in *“una normale gara d'appalto, non di un concorso di idee, di un concorso di progettazione, di un dialogo competitivo, di una consultazione preliminare di mercato od altro.”* e, dunque, visto che si era in presenza di un appalto da realizzare su progetto esecutivo presente (ossia il Capitolato speciale di appalto di 70 pagine predisposto dalla stazione appaltante), ne deriva che, come condivisibilmente dedotto da parte ricorrente, *“tutto ciò che costituiva il fulcro del progetto stesso doveva ovviamente essere rigidamente rispettato. La scelta della tipologia (condotte in polietilene PEAD) era stata a monte decisa dai progettisti e in tal senso “validata” dagli enti preposti (cfr., tra l'altro, la Relazione Generale al Progetto esecutivo “Aggiornato come da Voto 20/BO in data 11.05.2017 del C.T.A. del Provveditorato OO.PP.” prodotta sub doc. 9) e non si comprende quindi a quale titolo si possa ragionare, oggi, di una sua radicale modifica/stravolgimento.”*

Va precisato che, nel presente caso, non è in discussione l'astratta possibilità di realizzazione di canalette di irrigazione in ghisa sferoidale ma, più semplicemente, il fatto che il Consorzio della Bonifica Parmense, odierno resistente, avesse messo a gara un progetto, definito al livello di progetto esecutivo, in cui lo stesso Consorzio, nell'ambito della propria discrezionalità tecnica, aveva fatto una precisa scelta circa il materiale di cui dovevano essere composte le canalette, individuando in tutti i documenti di gara il PEAD, e che, dunque, a fronte di una così dettagliata ed univoca indicazione in merito al materiale in cui dovevano essere realizzate le condotte da offrire da parte dei concorrenti, non fosse possibile per i predetti concorrenti offrire un diverso materiale, pena l'esclusione della relativa offerta per aver proposto un prodotto diverso da quello richiesto, ossia aver realizzato un *“aliud pro alio”*.

Il Collegio osserva, infatti, che la scelta del PEAD quale materiale necessario delle condotte era stata fatta dal Consorzio odierno resistente in maniera chiara ed univoca fin dal Progetto Esecutivo del 2017, il quale, in più punti, faceva espresso riferimento alle predette condotte in PEAD.

In particolare, lo stesso ribadiva la necessaria fornitura di canalette in PEAD all'articolo 1, disciplinante l'oggetto dell'appalto, precisando che lo stesso consisteva nella *“sostituzione delle esistenti canalette irrigue a cielo aperto con condotte sotterranee a bassa pressione in Polietilene*

ad Alta Densità, PEAD PE100 SDR 17 PN10, del diametro esterno di 800 o 630 mm, per una lunghezza complessiva di m 9.872”, all’articolo 2, in cui si dava atto del fatto che gli importi emergenti dagli elaborati progettuali erano stati calcolati su condotte in PEAD, all’articolo 3, dove la descrizione sommaria delle opere ribadiva, ancora una volta, che le canalette dovevano essere in PEAD, e, soprattutto, all’articolo 12, in cui venivano disciplinate le condotte che dovevano essere in HDPE (nome inglese del PEAD) fin dal titolo: a tal riguardo, il Collegio rileva come l’articolo 12 (che occupa 12 pagine del capitolato speciale – progetto esecutivo, da pagina 20 a pagina 32) contiene una dettagliata ed analitica descrizione delle condotte in PEAD richieste, delle certificazioni che la relativa azienda produttrice deve avere, delle caratteristiche della materia prima, del processo produttivo, del procedimento di posa e collaudo delle stesse nonché i riferimenti legislativi applicabili, fra cui la Circolare del Ministro della Sanità n° 102/3990, del 2 dicembre 1978, recante *“Disciplina igienica concernente le materie plastiche e gomma per tubazioni ed accessori destinati a venire in contatto con acqua potabile e da potabilizzare.”*.

Le sopra menzionate indicazioni tecniche venivano, poi, ribadite dal Consorzio della Bonifica Parmense nell’Avviso di indagine di mercato (che menzionava il progetto esecutivo), Avviso in cui il predetto Consorzio dava atto della circostanza che *“L’appalto ha per oggetto l’esecuzione di tutte le opere e provviste per la sostituzione delle esistenti canalette irrigue a cielo aperto con condotte sotterranee a bassa pressione in Polietilene ad Alta Densità, PEAD PE100 SDR 11 PN10, del diametro esterno di 800 o 630 mm, per una lunghezza complessiva di m 9.872, funzionanti a bassa pressione, e per la posa delle relative opere di alimentazione e derivazione, all’interno del comprensorio del canale Naviglio.”*.

A tali documenti seguiva, poi, la lettera di invito, che richiamava il progetto esecutivo sopra menzionato e ribadiva, inoltre, che le condotte richieste dovevano essere in PEAD.

Per quanto concerne la lettera di invito, in particolare, il Collegio osserva che la stessa stabiliva, all’art. 1, che *“L’appalto ha per oggetto l’esecuzione di tutte le opere e provviste necessarie per la sostituzione delle esistenti canalette irrigue a cielo aperto con condotte sotterranee a bassa pressione in Polietilene ad Alta Densità, PEAD PE100 SDR 11 PN10, del diametro esterno di 800 o 630 mm, per una lunghezza complessiva di m 9.872, funzionanti a bassa pressione, e per la posa delle relative opere di alimentazione e derivazione, all’interno del comprensorio del canale Naviglio.”*, così riprendendo pedissequamente quanto già affermato nell’avviso di indagine di mercato.

Inoltre, nella predetta lettera d’invito la stazione appaltante declinava i criteri per l’attribuzione del punteggio dell’offerta tecnica e stabiliva, al punto 2 del criterio consistente nel *“Miglioramento*

delle modalità esecutive e della qualità tecnica delle opere”, punto per cui potevano essere assegnati fino a 10 punti, che lo stesso, *“Fermo restando quanto prescritto dal capitolato...”*, consisteva nella *“...descrizione particolareggiata delle condotte PEAD proposte, citandone in modo impegnativo il produttore, delle loro caratteristiche fisiche, chimiche e meccaniche, evidenziandone le modalità e le tempistiche del trasporto e stoccaggio in cantiere...”* e la necessaria presenza di condotte in PEAD era poi ribadita anche ai punti 6 e 7 del medesimo criterio, i quali prevedevano, rispettivamente, che andavano descritte le modalità operative di installazione *“di tutti i pezzi speciali, che andranno installati, sia sulle condotte PEAD, sia sulla condotta Casino-Travacone...”* (punto 6) e che dovevano essere descritte le modalità operative di risoluzione delle problematiche legate alla presenza di acqua in falda nelle trincee di scavo *“al fine di mantenerle asciutte sino al completo rinterro delle condotte PEAD”* (punto 7), così dando atto nuovamente che le condotte da installare dovevano essere in PEAD e che su esse era stato redatto il progetto.

Da tutto quanto sopra diffusamente riportato, dunque, si evince chiaramente che il Consorzio per la Bonifica Parmense aveva posto a gara un ben determinato progetto esecutivo relativo al *“Miglioramento e adeguamento del sistema di adduzione e delle reti di distribuzione esistenti nel comprensorio irriguo del canale Naviglio”*, progetto che non lasciava margine di scelta circa il materiale delle condotte da posare atteso che tutta la documentazione analiticamente sopra menzionata non si limitava mai a fornire solamente i valori delle caratteristiche tecniche delle condotte (ad esempio, scabrezza o perdita di carico) ma individuava da subito il materiale delle stesse, ossia il PEAD, con scelta di discrezionalità tecnica del tutto legittima (e, in ogni caso, non impugnata da nessuna impresa).

Orbene, a fronte di tale dato di fatto, il predetto Consorzio, all’esito della gara, aggiudicava la stessa all’odierna controinteressata, che aveva proposto, quale miglioria, la fornitura di condotte in ghisa sferoidale (e, dunque, in metallo e non in plastica); in particolare, la commissione aggiudicatrice, preso atto del contenuto dell’offerta dell’odierna controinteressata, assegnava alla stessa punti 10 per quanto attiene il punto 2, relativo alla descrizione del materiale delle condotte.

Tale assegnazione risulta illegittima in quanto l’offerta dell’odierna controinteressata era in contrasto con quanto disposto da tutta la documentazione di gara e non costituiva miglioria del progetto proposto per quanto in appresso si dirà.

Il punto 2 del criterio relativo al *“Miglioramento delle modalità esecutive e della qualità tecnica delle opere”* affermava, difatti, che lo stesso, per cui potevano essere attribuiti fino a 10 punti, consisteva in quanto segue: *“Fermo restando quanto prescritto dal capitolato, descrizione*

particolareggiata delle condotte PEAD proposte, citandone in modo impegnativo il produttore, delle loro caratteristiche fisiche, chimiche e meccaniche, evidenziandone le modalità e le tempistiche del trasporto e stoccaggio in cantiere, evitando il più possibile la permanenza all'esposizione diretta dei raggi UV, oppure prevedendo adeguate modalità di protezione, descrizione delle modalità esecutive delle saldature fra i diversi tronchi di tubo, delle attrezzature che verranno impiegate, delle modalità di formazione del letto di posa, della successiva posa della condotta nella trincea di scavo e del suo rinterro.”.

Dalla semplice lettura dello stesso si evince, dunque, che quanto prescritto dal capitolato rimaneva fermo e, pertanto, l'individuazione operata dallo stesso del materiale delle condotte doveva essere ritenuta ferma e, inoltre, andava presentata una *“descrizione particolareggiata delle condotte PEAD proposte”*, così confermando nuovamente che le condotte da proporre da parte dei concorrenti dovevano essere in PEAD.

In base al criterio punto 2, pertanto, la commissione aggiudicatrice non poteva assegnare 10 punti alla proposta dell'odierna controinteressata, pacificamente in ghisa sferoidale e non in PEAD, perché la stessa si poneva in contrasto con le molteplici prescrizioni dei documenti di gara, approntati dalla stazione appaltante nell'ambito della propria discrezionalità tecnica, che tutte erano univoche nell'individuare il materiale delle condotte nel PEAD.

Preso atto del fatto che la lettera d'invito specificava espressamente, all'art. 14, tra i casi di esclusione, *“la presentazione di offerte parziali, condizionate, alternative nonché irregolari, ai sensi dell'art. 59, comma 3, lett. a) del D.Lgs. 50/2016, in quanto non rispettano i documenti di gara, ivi comprese le specifiche tecniche”*, il Collegio osserva che la mancata osservanza di tali specifiche tecniche, ossia del materiale richiesto dalla stazione appaltante per le condotte richieste (condotte che coprono gran parte dei lavori messi a gara, come detto sopra), integra la fornitura di un *aliud pro alio* che doveva condurre all'esclusione dell'offerta della controinteressata.

2.3. – Né sul punto risultano convincenti le argomentazioni di parte resistente.

2.4.1 – Il Consorzio di Bonifica Parmense sostiene, innanzitutto, che *“nonostante il ricorrente abbia riportato una pluralità di passaggi in cui i predetti documenti parlano di condotte in PEAD (o, all'inglese, HDPE), ossia polietilene ad alta densità, ciò che assume effettivo rilievo è l'assoluta ed acclarata assenza, in qualsivoglia documento o atto di gara, di una esclusiva (e quindi escludente) richiesta della stazione appaltante in tal senso”* e, pertanto, *“poiché il fine di qualsivoglia procedura ad evidenza pubblica è quello di realizzare un'opera pubblica efficiente e sicura, ad assumere rilievo non è in astratto il materiale delle tubazioni, ma piuttosto il rispetto, da*

parte delle tubazioni stesse, delle condizioni e delle caratteristiche tecniche individuate dalla stazione appaltante”.

2.4.2. – L’argomentazione è palesemente infondata.

Il Collegio osserva, *in primis*, che la documentazione di gara deve procedere all’individuazione ed alla descrizione del bene richiesto con la predetta gara e non certo del bene che non si vuole acquistare e, pertanto, la mancata espressa indicazione che solo il PEAD era il materiale richiesto è del tutto irrilevante ed oblitera la circostanza fattuale che in tutti gli atti di gara, sopra riportati proprio ai fini del corretto inquadramento e comprensione della presente fattispecie, era richiesta dalla stazione appaltante la fornitura di condotte in PEAD e la predetta documentazione, che arrivava al livello di progettazione esecutiva, non consisteva certo in un concorso di idee in cui fosse consentito ai ricorrenti di proporre soluzioni su parti fondamentali del progetto che, viceversa, era già determinato dalla stazione appaltante nei minimi dettagli, fra cui, si ripete, il materiale delle condotte da fornire e posare.

Per quanto concerne, poi, la circostanza dedotta da parte resistente secondo cui *“ad assumere rilievo non è in astratto il materiale delle tubazioni, ma piuttosto il rispetto, da parte delle tubazioni stesse, delle condizioni e delle caratteristiche tecniche individuate dalla stazione appaltante”*, atteso che *“il fine di qualsivoglia procedura ad evidenza pubblica è quello di realizzare un’opera pubblica efficiente e sicura”*, il Collegio osserva che tale affermazione è del tutto inconferente al presente caso e parte resistente oblitera del tutto, quasi non avvedendosene, che essa stessa ha predisposto un’ampia documentazione di gara del tutto univoca e granitica nell’individuare il materiale delle condotte da fornire nel PEAD e che quindi, in concreto e non in astratto, nella gara di che trattasi è proprio il materiale ad assumere rilievo per la fornitura delle condotte oltre alle altre caratteristiche delle stesse (scabrezza, perdita di carico etc.) in quanto, si ripete, non si è in presenza di un appalto in cui veniva richiesta la fornitura di condotte avente determinate caratteristiche tecniche a prescindere dal materiale da cui erano composte ma, viceversa, di un appalto che richiedeva la fornitura di condotte aventi particolari caratteristiche tecniche a partire proprio dal materiale delle medesime, che la stazione appaltante aveva liberamente scelto e determinato in tutta la documentazione di gara (e, quindi, fatto palese a tutti i concorrenti) nell’ambito della sua discrezionalità tecnica.

2.5.1. – Né risulta convincente l’argomentazione di parte resistente secondo cui *“laddove la stazione appaltante avesse circoscritto l’oggetto dell’appalto, in maniera esclusiva e quindi escludente, alle sole condotte in PEAD, la stessa sarebbe incorsa nella violazione dell’art. 68 del d.lgs. 50/2016, ossia del principio di equivalenza.”* atteso che, nella ricostruzione del Consorzio

della Bonifica Parmense, l'effettiva portata di tale principio *“avrebbe impedito alla stazione appaltante di escludere il costituendo r.t.i. Consorzio Innova dalla procedura di gara, sia per la diretta applicazione di cui il principio gode a prescindere dall'eventuale richiamo in sede di gara, sia perché la dimostrazione di equivalenza, in quanto resa contestualmente all'offerta di gara, soddisfa anche il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza”* e, dunque, in definitiva, *“è del tutto irrilevante il materiale (PEAD o ghisa) del prodotto offerto, dovendo piuttosto assumere dirimente rilievo le caratteristiche tecnico-funzionali del prodotto stesso.”*

2.5.2. – L'argomentazione di parte resistente è infondata rispetto al caso di che trattasi.

Come già detto sopra, parte resistente continua ad obliterare del tutto la circostanza che il primo, dirimente ed essenziale, requisito richiesto dalla medesima era proprio quello relativo al materiale delle condotte da offrire, ossia il più volte citato PEAD, e che – poi – vi erano anche tutte le altre specifiche tecniche che precisavano le caratteristiche delle condotte in PEAD da proporre e, pertanto, nel presente caso non può trovare applicazione il principio di equivalenza che si riferisce a fattispecie diverse, in cui il bene offerto dal concorrente soddisfa tutte le specifiche tecniche e risulta, appunto, equivalente a quello richiesto, non a casi in cui il bene offerto è diverso da quanto puntualmente richiesto dalla legge di gara.

In altri termini, il principio di equivalenza di cui all'art. 68 del D. Lgs. n. 50/2016 non è utilmente invocabile nel presente caso in accordo a quanto stabilito da condivisibile giurisprudenza, secondo cui *“...l'ampia latitudine che la giurisprudenza riconosce al canone di equivalenza (v., ex aliis, Cons. Stato, sez. III, 17 agosto 2020, n. 5063) non ne consente tuttavia l'estensione all'ipotesi, esulante dal campo applicativo delle stesse, di “difformità del bene rispetto a quello descritto dalla lex specialis”, configurante ipotesi di “aliud pro alio non rimediabile” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2019, n. 5258). Per condivisibile orientamento, infatti, il principio di equivalenza “ha [...] lo scopo di evitare che, attraverso la previsione di specifiche tecniche eccessivamente dettagliate – in alcuni casi addirittura ‘nominative’, con indicazione ad esempio di un singolo brevetto, marchio o provenienza – risulti irragionevolmente limitato il confronto competitivo fra gli operatori economici, e in particolare vengano precluse offerte aventi oggetto sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo della specifica prescritta”. Presupposto essenziale perché esso possa operare è “che, sul piano qualitativo, si sia in presenza di una specifica in senso propriamente tecnico, e cioè di uno standard – espresso in termini di certificazione, omologazione, attestazione, o in altro modo – capace di individuare e sintetizzare alcune caratteristiche proprie del bene o del servizio, caratteristiche che possono tuttavia essere possedute anche da altro bene o servizio pur formalmente privo della specifica indicata” (si tratta cioè di un “presidio” introdotto*

per evitare “che le norme obbligatorie, le omologazioni nazionali e le specifiche tecniche potessero essere artatamente utilizzate per operare indebite espulsioni di concorrenti, con il pretesto di una non perfetta corrispondenza delle soluzioni tecniche richieste”, ferma la sua inapplicabilità alle “offerte tecnicamente inappropriate”). Tale principio non può, cioè, essere richiamato nelle ipotesi di difformità del bene rispetto a quello descritto dalla lex specialis, poiché altrimenti si verrebbe a “distorcere l’oggetto del contratto”, così finendo per renderlo sostanzialmente indeterminato e “per modificarne surrettiziamente i contenuti in danno della stessa stazione appaltante e dei concorrenti che abbiano puntualmente osservato la disciplina di gara” (così Cons. Stato n. 5258/19 cit.; v. anche Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2020, n. 3808, secondo cui il giudizio di equivalenza “può essere svolto ove le caratteristiche del prodotto o del servizio in affidamento siano espresse rinviando ad un dato standard tecnico-normativo, mentre risulta inconferente qualora si faccia questione di caratteristiche descritte attraverso grandezze comuni, suscettibili di definire la tipologia di prodotto richiesto inderogabilmente dalla stazione appaltante [requisito minimo] o comunque proponibile dall’offerente per il miglioramento qualitativo della propria offerta [requisito premiale, valorizzabile nell’assegnazione del punteggio tecnico in caso di aggiudicazione con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa]).” (Tar Lazio – Roma, sez. I, sentenza n. 1202/2021).

Risulta chiaro che, nel presente caso, la fornitura obbligatoria di condotte in PEAD non introduceva alcun limite alla concorrenza, dato che non vi erano riferimenti a marchi precisi ma, semplicemente, ad un materiale del tutto reperibile sul mercato da parte degli operatori, come è dimostrato dal fatto che, sempre giudicando in concreto, ben 9 operatori sugli 11 concorrenti hanno offerto condotte in PEAD, a testimonianza anche del fatto che la legge di gara era apparsa alla quasi totalità degli offerenti chiara ed univoca nel richiedere (solo) condotte in PEAD.

Del resto, sul punto relativo alla documentazione di gara, il Collegio, nel ribadire quanto più volte detto circa la totale convergenza della stessa nell’individuare il materiale delle condotte nel PEAD mediante articolate descrizioni, rileva che, in accordo a condivisibile giurisprudenza, “l’interpretazione del disciplinare di gara soggiace alle medesime regole ermeneutiche stabilite dall’art. 1362 e segg. cod.civ. per l’interpretazione dei contratti (v., ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 13 settembre 2018 n. 5360), che impongono quindi di privilegiare il dato letterale delle previsioni, atteso che gli effetti degli atti amministrativi devono essere individuati soltanto in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere, anche in ragione del principio costituzionale di buon andamento, il quale impone alla pubblica Amministrazione di operare in modo chiaro e lineare, tale da fornire ai destinatari regole di

condotta certe e sicure, soprattutto quando da quest'ultime possano derivare conseguenze negative. Tanto a presidio dell'affidamento dei partecipanti ad una gara pubblica, della par condicio dei concorrenti e dell'esigenza della più ampia partecipazione (v., tra le altre, TAR Campania, Napoli, Sez. V, 24 novembre 2020 n. 5517).” (TAR Napoli, Sez. V, sentenza n. 4658/2021).

Pertanto, preso atto di quanto sopra, il Collegio rileva che la fornitura di condotte in ghisa sferoidale proposta dall'odierna controinteressata stravolgeva completamente il progetto messo a gara rispetto al materiale richiesto per le predette condotte, essendo irrilevante che le medesime condotte possano essere, in astratto, realizzate anche con tale materiale in quanto la scelta univoca della stazione appaltante per la gara di che trattasi era stata nel senso di richiedere condotte in PEAD e, una volta esercitata tale (legittima) opzione, la stazione appaltante non poteva certo stravolgere completamente la gara accettando l'offerta di condotte in diverso materiale in base all'applicazione, nel presente caso, del principio di equivalenza, come invece invocato dal Consorzio della Bonifica Parmense, atteso che la giurisprudenza, come già sopra riportato, è concorde nel ritenere che *“Il giudizio di equivalenza presuppone quindi la previsione di uno standard tecnico normativo e non opera rispetto a grandezze comuni o a caratteristiche che, piuttosto che individuare specifiche tecniche del prodotto, ne definiscono la tipologia, limitandosi a delineare l'oggetto dell'affidamento o, come nel caso di specie, a valorizzarne talune caratteristiche ritenute essenziali e prioritarie ai fini della stessa ammissione dell'offerta alla valutazione del seggio di gara (cfr. arg. ex Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2020, n. 3808). La finalità dell'art. 68 del d.lg. 163/2006 è quella di evitare indebite restrizioni alla concorrenza ed alla partecipazione ai pubblici appalti, che potrebbero verificarsi in caso di indicazione, da parte delle stazioni appaltanti, di specifiche tecniche di prodotto eccessivamente restrittive oppure costituite da una determinata fabbricazione o provenienza, se non addirittura da uno specifico marchio o brevetto; situazioni queste che sono scongiurate dall'obbligo in capo ai committenti di menzione nella legge di gara dell'espressione “o equivalente” (cfr. i commi 3 lettera “a” e 13 dell'art. 68); tuttavia, nel caso in cui il committente indichi e circoscriva l'oggetto dell'appalto con riferimento ad un prodotto esistente, connotato da specifiche caratteristiche espresse in grandezze numericamente fisse, il richiamo al principio di equivalenza non può consentire di distorcere completamente l'oggetto dell'appalto, al punto da permettere ai partecipanti di offrire un bene radicalmente differente (insomma, un vero e proprio “aliud pro alio”), finendo così per rendere sostanzialmente indeterminato l'oggetto dell'appalto medesimo” (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 10/02/2017, n.328). Nella sostanza, non può fare a meno di osservarsi come il principio di equivalenza non sia invocabile ogniqualvolta l'offerta abbia a oggetto un bene che non rispetta le caratteristiche tecniche obbligatorie previste per la fornitura*

e, come tale, si risolva in un inammissibile aliud pro alio. La giurisprudenza ha chiarito che l'indiscriminata ammissione alla gara di offerte, non rispondenti alle specifiche produttive, funzionali e prestazionali richieste per la partecipazione, finirebbe per violare la parità di trattamento dei concorrenti, oltre a rendere di fatto indeterminato l'oggetto del contratto e vanificare le finalità pratiche e le esigenze concrete perseguite dalla stazione appaltante al momento della indicazione di un determinato standard tecnico-produttivo (cfr. Cons. Stato, sez. III, 28 settembre 2018, n. 5568).... In altri termini, se il prodotto è richiesto nel bando con determinati requisiti essenziali, il principio di equivalenza, la cui finalità pro-concorrenziale è evidente, non può essere utilizzato in corso di gara per modificarne surrettiziamente la lex specialis, includendo tra i concorrenti ammessi quanti offrano beni con caratteristiche materiali o funzionali alternative – anche se, in qualche misura fungibili con quelli indicati nel capitolato, in tal modo danneggiando palesemente gli offerenti che abbiano per contro puntualmente osservato la disciplina della gara (o chi avesse deciso di non concorrere, non disponendo del tipo di bene domandato). In tali casi non può sostenersi che spetterebbe alla commissione, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica, valutare comunque in concreto l'equivalenza del prodotto, giacché il ruolo della commissione non può spingersi sino al punto di modificare sostanzialmente l'oggetto della gara, individuando prodotti oggettivamente diversi da quelli previsti invece espressamente dalla lex specialis.” (TAR Napoli, Sez. V., cit.).

Su tale punto, per completezza di analisi, il Collegio ritiene utile richiamare anche altra sentenza di questo Tar Emilia-Romagna e, precisamente, la sentenza n. 345/2018, in cui è stato affermato, in perfetta coerenza a quanto sopra statuito, che *“La finalità dell'art. 68 Cod. appalti, come noto, è quella di evitare indebite restrizioni alla concorrenza ed alla partecipazione ai pubblici appalti, che potrebbero verificarsi in caso di indicazione, da parte delle stazioni appaltanti, di specifiche tecniche di prodotto eccessivamente restrittive oppure costituite da una determinata fabbricazione o provenienza, se non addirittura da uno specifico marchio o brevetto; situazioni queste che sono scongiurate dall'obbligo in capo ai committenti di menzione nella legge di gara dell'espressione <<o equivalente>>. Tuttavia, nel caso in cui il committente indichi e circoscriva l'oggetto dell'appalto con riferimento ad un prodotto naturalmente esistente in natura (quale è nel caso di specie il “lattice”), non coincidente con una produzione industriale specifica e determinata, il richiamo al principio di equivalenza non può consentire di distorcere l'oggetto dell'appalto, al punto da permettere ai partecipanti di offrire un bene radicalmente differente (insomma, un vero e proprio “aliud pro alio”), finendo così per rendere sostanzialmente indeterminato l'oggetto dell'appalto medesimo. Neppure potrebbe sostenersi che in tali casi spetterebbe alla commissione,*

nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica, valutare comunque in concreto l'equivalenza del prodotto, giacché il ruolo della commissione non può spingersi sino al punto di modificare sostanzialmente l'oggetto della gara, individuando prodotti oggettivamente diversi da quelli previsti invece espressamente dalla lex specialis. Se poi, per ipotesi, un operatore reputasse tale requisito merceologico illogico o troppo restrittivo, allora dovrebbe ritualmente impugnare la legge di gara e non offrire un prodotto radicalmente differente, fidando in una abnorme applicazione del principio di equivalenza da parte della commissione.” (TAR Emilia-Romagna – Bologna, Sez. II, sentenza n. 345/2018).

Per quanto sopra esposto, dunque, risulta acclarato che nel presente caso le condotte dovevano essere offerte in PEAD e l'applicazione del principio di equivalenza alle condotte in ghisa sferoidale offerte dalla controinteressata comporterebbe lo stravolgimento della gara, la quale fin dall'inizio è stata puntuale nel richiedere la fornitura di condotte in PEAD ed ha orientato in tal senso la quasi totalità dei concorrenti (9 su 11 hanno offerto, difatti, condotte in PEAD).

L'oggetto della gara, dunque, non era semplicemente quello di *“eseguire una “riabilitazione funzionale” delle condotte esistenti”*, come affermato da parte resistente, ma di fornire ed installare condotte in PEAD con cui procedere alla predetta riabilitazione funzionale e tale materiale non poteva essere derogato dalle offerte in quanto espressamente richiesto dalla stazione appaltante che, in fase di predisposizione della legge di gara, ben poteva richiederne uno diverso o lasciare sul punto libera scelta ai concorrenti ma, invece, nella predisposizione delle regole di gara si è determinata in un senso ben preciso identificando, in tutti i documenti di gara succedutisi, un materiale solo per le condotte da fornire, nell'esplicazione della propria legittima discrezionalità tecnica.

Né può ritenersi fondata l'argomentazione di parte resistente secondo cui *“se la lex specialis ammetteva espressamente che l'offerente potesse aumentare il grado di qualità dei materiali, occorre giocoforza concedere che l'offerente potesse anche modificare detti materiali.”*, formulata nella memoria del 6 settembre 2021, atteso che, come condivisibilmente dedotto sul punto dalla società Idrotherm 2000 S.p.A., fornitrice delle condotte in PEAD all'odierna ricorrente ed interveniente *ad adiuvandum* nel presente giudizio, *“Ciò dimentica che il materiale è sempre quello in polietilene e la miglioria semmai riguarda quel materiale, non la sostituzione integrale di quel materiale.”*

Altrettanto inconferente, sul punto, è poi il richiamo operato da parte resistente alla clausola del capitolato speciale (art. 6) dedicata a *“materiali in genere”*. Tale clausola, difatti, come risulta evidente dal richiamo circa la provenienza da località che l'appaltatore riterrà di sua convenienza e

dal riferimento dei lavori edilizi, si riferisce con chiarezza ai materiali edilizi cioè di costruzione, quali inerti, ecc.

2.6.1. – Statuito quanto sopra circa l’inapplicabilità al presente caso del principio di equivalenza, il Collegio, per completezza di esame, ritiene opportuno analizzare anche le altre argomentazioni svolte da parte resistente sui punti rilevanti della vicenda.

A tal riguardo, va rimarcato come parte resistente ritenga applicabile, come già detto sopra, al presente caso il principio di equivalenza (invece inapplicabile per quanto sopra statuito) e ritenga, altresì, che tale principio sia stato applicato dalla commissione giudicatrice in maniera congrua atteso che *“l’onere motivazionale della Commissione è risultato pienamente soddisfatto mediante l’attribuzione dei punteggi parametrati sulla base delle indicazioni tabellarmente stabilite all’art. 9 della lettera di invito In particolare, quest’ultimo stabilisce in maniera chiara e definita i criteri di valutazione, nonché le caratteristiche tecnico-funzionali delle tubazioni (da cui è peraltro possibile elaborare la proposta di un materiale alternativo al PEAD). Pertanto, la lettura combinata delle tabelle contenute nella lettera d’invito e nel disciplinare d’appalto (rispettivamente docc. 3 e 4), vale a dire quella dei criteri e quella dei punteggi, è idonea e sufficiente a rendere nota, e quindi a motivare, la valutazione espressa da ciascun commissario (peraltro ulteriormente dimostrata dal documento interno sub doc. 9).”*.

A tal riguardo, va preliminarmente ricordato che il giudizio della commissione giudicatrice circa i progetti presentati si è tradotto in una tabella in cui, per ogni offerta, sono stati riportati il contenuto della medesima diviso per ogni singolo punto di valutazione e, poi, in assenza di qualsiasi spiegazione sul punto, attribuito un punteggio numerico; per quanto qui di interesse, con riferimento al punto 2 del criterio relativo al *“Miglioramento delle modalità esecutive e della qualità tecnica delle opere”* la commissione giudicatrice ha attribuito all’odierna ricorrente (che aveva offerto condotte in PEAD) punti 5 mentre al costituendo R.T.I. controinteressato punti 10.

A fronte di tale semplice operazione matematica, parte resistente sostiene che l’onere motivazionale circa l’equivalenza delle condotte in ghisa offerte rispetto al PEAD sia stato completamente assolto da parte della stazione appaltante, atteso che *“la Commissione di gara può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica presentata sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla lex specialis (Consiglio di Stato, sez. III, n. 2013/2018 e n. 747/2018).”*.

Secondo parte resistente, pertanto, tale giudizio sarebbe completo e, inoltre, non potrebbe essere oggetto di sindacato, visto che secondo la giurisprudenza dalla stessa citata, *“il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione equivale a sufficiente motivazione quando la griglia delle*

voci e sottovoci predisposto dalla stazione appaltante, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico, articolato e tale quindi da circoscrivere in modo adeguato il giudizio della commissione giudicatrice nell'ambito di un minimo e di un massimo, così da rendere comprensibile l'iter logico seguito in concreto da quest'ultima nel valutare i singoli profili tecnici delle offerte sulla base dei criteri predisposti nella legge di gara (in tal senso, ex multis: Cons Stato, III, 11 agosto 2017, n. 3994, 8 novembre 2016, nn. 4650 e 4651, 7 marzo 2016, n. 921; IV, 20 aprile 2016, n. 1556; V, 20 marzo 2017, n. 1228, 30 settembre 2016, n. 3911, 18 gennaio 2016, n. 120, 24 marzo 2014, n. 1428)" (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 4438/2017).

2.6.2. – Le argomentazioni di parte resistente sopra riportate sono infondate.

Premesso che, come già detto sopra, il principio di equivalenza non è applicabile nel presente caso, il Collegio osserva, *in primis*, che nel presente caso l'onere motivazionale circa l'applicazione del principio di equivalenza non poteva certo ritenersi soddisfatto dalla semplice assegnazione di un punteggio numerico all'offerta della controinteressata relativamente al punto 2.

Rilevato, difatti che la giurisprudenza citata da parte resistente con riferimento alla sufficienza del punteggio numerico è del tutto inconferente, in quanto si riferisce all'assegnazione dei punteggi che valutano la qualità dell'offerta presentata in presenza di griglie di valutazione analitiche, e non certo al giudizio circa l'equivalenza del prodotto, il Collegio osserva che la giurisprudenza citata da parte resistente con riferimento alla valutazione di equivalenza in forma implicita si riferisce a casi del tutto diversi da quello oggetto del presente giudizio.

Difatti, al riguardo, dalla lettura della sentenza n. 2013/2018 del Consiglio di Stato si evince che la stessa riguardava un caso assai diverso dal presente, relativo alla fornitura di materiale medico (teli di copertura e camici) e, pertanto, non vi è dubbio che nel caso di appalti di forniture per beni di tal fatta ben sia possibile applicare il principio di equivalenza al materiale offerto anche con un giudizio implicito ma, nel presente caso, si è in presenza di un appalto di lavori in cui veniva specificamente indicato il tipo di condotta da installare con descrizione delle caratteristiche tecniche della stessa, a partire dal materiale della medesima, che occupa 12 pagine del Capitolato speciale d'appalto e, pertanto, risulta palesemente illogico pensare che il giudizio di equivalenza della commissione giudicatrice possa svolgersi nelle medesime forme a fronte di appalti fra loro così diversi, aventi oggetti del tutto differenti e, nel presente caso, si ribadisce, presentando una componente tecnica relativa al materiale, richiamata in tutti gli atti di gara, di estremo dettaglio e complessità che avrebbe richiesto un ponderato giudizio in merito, risultando dunque condivisibile quanto affermato sul punto dalla società Idrotherm 2000 S.p.A. secondo cui *"Una valutazione*

approfondita e puntuale sarebbe stata del resto tanto più necessaria a fronte di così insistite richieste di tubi in pead”.

Tale necessità di giudizio articolato (e non di una mera indicazione di punteggio) nel presente caso viene altresì confermata dalla circostanza che l’equivalenza del prodotto offerto dall’aggiudicataria (ghisa sferoidale) rispetto a quello previsto dalla *lex specialis* di gara (ed offerto dalla quasi totalità dei concorrenti) è stata recisamente negata da parte ricorrente e dalla società Idrotherm 2000 S.p.A., fornitrice delle condotte in PEAD all’odierna ricorrente ed interveniente *ad adiuvandum* nel presente giudizio; in particolare, la società Idrotherm 2000 S.p.A. ha depositato in data 1° settembre 2021 una corposa relazione tecnica da essa redatta in cui ha analiticamente contestato l’equivalenza dei due materiali mentre, in pari data, l’odierna controinteressata ha depositato una ancora più corposa relazione tecnica dell’Università di Perugia per sostenere la tesi opposta, ossia che la ghisa sferoidale costituisca una proposta migliorativa rispetto al PEAD.

A fronte di tale produzione documentale, indice evidentemente di una situazione complessa relativamente al confronto fra i due materiali, parte resistente ritiene sufficiente, nel presente giudizio, la mera esplicazione di un punteggio numerico da parte della commissione giudicatrice richiamando pronunce relative a fattispecie assai diverse, in cui il grado di complessità del materiale è del tutto dissimile dal presente caso (anche la sentenza del Consiglio di Stato n. 1863/2021, citata nella memoria del 6 settembre 2021, si riferisce ad un caso del tutto diverso, relativo all’equivalenza di due diversi sistemi frenanti di mezzi offerti per la raccolta di rifiuti solidi urbani). Ribadito che, per quanto sopra espresso, nel presente caso non trova applicazione il principio di equivalenza essendo univoca la legge di gara a richiedere il requisito del PEAD per le condotte da offrire, il Collegio osserva che a fronte di una complessa questione tecnica, oggetto di produzione documentale delle parti, la mera esplicazione di un punteggio relativamente all’offerta (che, implicitamente, implicherebbe la riconosciuta equivalenza dei materiali nella stessa contenuti rispetto a quelli posti a base di gara) non può certo essere ritenuto sufficiente a fronte di una situazione di tale complessità, che richiedeva un approfondimento istruttorio di ben altro spessore.

3. – Esaurita la disamina delle argomentazioni proposte da parte resistente, il Collegio deve ora esaminare le difese svolte dal Consorzio Innova Soc. Coop., in proprio e quale capogruppo del costituendo R.T.I., rispetto alle censure di parte ricorrente formulate col primo motivo di ricorso e, al riguardo, osserva che le predette difese non risultano convincenti, non intaccando la fondatezza del primo motivo di ricorso sopra acclarata.

3.1. – Con il primo, fondamentale, argomento la difesa della società controinteressata contesta la circostanza che la fornitura di condotte in ghisa sferoidale costituisca un *aliud pro alio* rispetto alle

prescrizioni dalle legge di gara, affermando che l'offerta del R.T.I. Innova, con la previsione della fornitura di tubi in ghisa, costituisce una miglioria delle modalità esecutive e della qualità tecnica delle opera appaltata, perché il criterio n. 2 di valutazione dell'offerta tecnica non inibisce al concorrente la scelta di fornire tubazioni di materiale differente rispetto al Polietilene.

3.2. – L'argomentazione è infondata.

Il Collegio osserva che è proprio la giurisprudenza citata dalla controinteressata, applicata al caso di che trattasi, a confutare le conclusioni tratte della medesima circa la natura di miglioria della fornitura e posa in opera delle condotte in ghisa sferoidale al posto di quelle richieste di PEAD.

Al riguardo, difatti, la sentenza n. 4754/2021 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, citata dalla controinteressata, espressamente afferma che *“la giurisprudenza in tema di distinzione tra varianti (non consentite) e migliorie (ammesse), rispetto ai progetti posti a base di gara, ha ormai maturato indirizzi che meritano di essere confermati anche nella presente controversia. In particolare, è stato precisato (da ultimo Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2019, n. 2873) che «in sede di gara d'appalto e allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione, mentre le seconde si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dalla Pubblica Amministrazione, pur tuttavia consentito (cfr ex multis Cons. di Stato, V, 24 ottobre 2013, n. 5160; Cons. di Stato, V, 20 febbraio 2014, n. 819; Cons. di Stato, VI, 19 giugno 2017, n. 2969; Cons. di Stato, III, 19 dicembre 2017, n. 5967; Cons. di Stato, V, 18 febbraio 2019, n. 1097; Cons. di Stato, V, 15 gennaio 2019, n. 374; per una disamina tra varianti migliorative e varianti non conformi al progetto posto a base di gara si veda: Cons. di Stato, V, 26 ottobre 2018, n. 6121; sulla non fattibilità tecnica della soluzione progettuale dell'offerente a causa della previsioni di varianti non consentite: Cons. di Stato, V, 18 marzo 2019, n. 1749)»; pertanto, «le proposte migliorative consistono [...] in soluzioni tecniche che, senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara, investono singole lavorazioni o singoli aspetti tecnici dell'opera, lasciati aperti a diverse soluzioni, configurandosi come integrazioni, precisazioni e*

migliorie che rendono il progetto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste»; è stato aggiunto anche che «la valutazione delle offerte tecniche come pure delle ragioni che giustificano la soluzione migliorativa proposta quanto alla sua efficienza e alla rispondenza alle esigenze della stazione appaltante costituisce espressione di un'ampia discrezionalità tecnica (Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2018, n. 2853), con conseguente insindacabilità nel merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla commissione, ove non inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta (Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2014, n. 1072; 14 novembre 2017, n. 5258)».”.

Il Collegio condivide pienamente i principi sopra riportati ed osserva che gli stessi, applicati al presente caso, conducono a ritenere l'offerta di condotte in ghisa sferoidale una variante e non una miglioria e, in quanto tale, la stessa non è ammessa atteso che costituisce, come già detto sopra, un *aliud pro alio*.

Difatti, emerge con chiarezza che la documentazione di gara, per quanto diffusamente detto sopra, non lasciava alcun aspetto tecnico aperto a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara, atteso che tutta la documentazione di gara disciplinava minutamente i prodotti da offrire e ne determinava tutte le caratteristiche (si ripete, 12 pagine del capitolato speciale di appalto disciplinavano, all'art. 12, le caratteristiche delle condotte in PEAD che dovevano essere proposte) e, dunque, come stabilito dal Consiglio di Stato, rimaneva preclusa *“la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione”*.

Inoltre, va rimarcato come l'offerta di condotte in ghisa sferoidale modifichi il progetto dal punto di vista strutturale e, pertanto, integri pienamente la fattispecie della variante che, però, nel presente caso, non era preventivamente autorizzata dal bando di gara, come invece richiesto dalla giurisprudenza citata, e dunque la stessa, come già statuito sopra, integra un *aliud* rispetto a quella prefigurata dalla Pubblica Amministrazione che non era consentito.

In altri termini, la proposta di condotte in ghisa sferoidale avanzata dalla controinteressata incide sulla struttura del progetto, atteso che le stesse hanno dimensioni diverse nel diametro rispetto a quelle in PEAD richieste nella documentazione di gara, come ammesso anche da parte resistente, e dunque le stesse comportano una modifica della struttura del progetto.

Il Collegio rileva, poi, che la citata sentenza del Consiglio di Stato n. 4754/2021 analizzava il criterio di valutazione del bando di gara, evidenziando che lo stesso *“accoglie una descrizione molto ampia delle soluzioni migliorative ammissibili, lasciando quindi un ampio margine di valutazione tecnica riservata alla commissione giudicatrice sia in punto di «soluzioni e i materiali*

utilizzati nella composizione architettonica», sia per la possibilità variare i materiali proposti nel definitivo e comunque di proporre tutte quelle soluzioni progettuali «che il concorrente [...] ritiene possibili rispetto al progetto definitivo approvato».”.

Dalla lettura del criterio contenuto nella lettera di invito dell'appalto di che trattasi, invece, si evince che la stazione appaltante aveva stabilito un criterio relativo al miglioramento delle modalità esecutive, al punto 2, che testualmente affermava quanto segue: *“Fermo restando quanto prescritto dal capitolato, descrizione particolareggiata delle condotte PEAD proposte, citandone in modo impegnativo il produttore, delle loro caratteristiche fisiche, chimiche e meccaniche, evidenziandone le modalità e le tempistiche del trasporto e stoccaggio in cantiere, evitando il più possibile la permanenza all'esposizione diretta dei raggi UV, oppure prevedendo adeguate modalità di protezione, descrizione delle modalità esecutive delle saldature fra i diversi tronchi di tubo, delle attrezzature che verranno impiegate, delle modalità di formazione del letto di posa, della successiva posa della condotta nella trincea di scavo e del suo rinterro.”.*

Dalla lettura del sopra citato criterio che, come detto più volte, prevedeva l'attribuzione fino a 10 punti, emerge con chiarezza che lo stesso non accoglie una descrizione ampia delle soluzioni migliorative ammissibili ma, anzi, insiste sul fatto che andava presentata una *“descrizione particolareggiata delle condotte PEAD proposte”*, così stabilendo in maniera chiara che sul materiale delle predette condotte non potevano aversi variazioni e che le migliorie potevano riguardare le caratteristiche del PEAD proposto che, però, doveva rimanere e, dunque, difettava in capo alla Commissione il margine di valutazione tecnica sui materiali offerti, che dovevano necessariamente essere in PEAD per quanto riguarda le condotte, potendo variare solo le caratteristiche fisiche, meccaniche, di trasporto etc. del medesimo PEAD.

3.3. – Né risulta fondata l'argomentazione della controinteressata secondo cui la lettera di invito non vietava la possibilità di offrire tubazioni in materiale differente rispetto al polietilene *“perché nell'articolo 9) “CRITERI DI VALUTAZIONE OFFERTA TECNICA”, dopo le tabelle contenenti i 16 parametri di valutazione del pregio tecnico della soluzione proposta da ogni singolo concorrente, si legge “...Con riferimento ai criteri 1-2-3-4-5-6-7-8 saranno oggetto di valutazione l'insieme delle soluzioni tecniche proposte per aumentare il grado di qualità, il livello tecnico e/o il livello prestazionale dei componenti e dei materiali impiegati per l'esecuzione delle lavorazioni...”.* La Commissione era quindi chiamata a valutare le soluzioni tecniche proposte per l'aumento del *“..grado di qualità...”* dei materiali impiegati, senza alcuna specificazione che detto aumento fosse confinato al solo Polietilene, atteso che, diversamente, la Stazione appaltante avrebbe dovuto

inserire nel periodo il lemma “Polietilene”, in aggiunta o in sostituzione del generico termine “materiali”.”.

Il Collegio osserva che il capitolato tecnico prevedeva la fornitura di diversi pezzi in materiali diversi e, in particolare, all’art. 15 contemplava la fornitura dei pezzi speciali in ghisa sferoidale e, dunque, atteso che nel progetto esecutivo erano contemplati i vari pezzi del progetto e che alcuni di essi dovevano essere forniti in materiale diverso dal PEAD, correttamente la lettera di invio ha parlato di materiali riferendosi a tutti i pezzi oggetto della fornitura ma tale riferimento non incide sulla necessaria proposta di condotte in PEAD.

4. – Da quanto sopra esposto, dunque, risulta che le argomentazioni di parte resistente e della controinteressata non sono idonee a confutare la circostanza che, nel presente caso, la fornitura di condotte in ghisa sferoidale costituisce un *aliud pro alio* rispetto a quanto richiesto dalla stazione appaltante in tutta la documentazione di gara e, dunque, a confutare quanto dedotto da parte ricorrente col primo motivo di ricorso.

5. – L’accoglimento del primo motivo di ricorso, salvo quanto aggiunto per completezza di analisi circa il giudizio di equivalenza svolto dalla stazione appaltante, consente di ritenere assorbiti gli altri motivi di ricorso.

6. – Per tutto quanto sopra illustrato, dunque, il ricorso, integrato dai motivi aggiunti, è fondato nel merito e va accolto, essendo fondato il primo motivo di ricorso con cui parte ricorrente ha dedotto che l’offerta della controinteressata, rispetto a quanto richiesto dalla legge di gara, costituisce un *aliud pro alio*, e va conseguentemente disposta l’esclusione della predetta offerta da parte della stazione appaltante.

Inoltre, va dichiarata l’inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more fra la stazione appaltante e l’odierna controinteressata.

Non può essere accolta la domanda di risarcimento del danno proposta da parte ricorrente, atteso che la gara di che trattasi è stata sospesa con ordinanza di questo Tribunale n. 105/2021 e, dunque, alcun danno si è prodotto nella sfera della ricorrente.

7. – Le spese del presente giudizio, *ex art. 91 c.p.c.*, seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l’Emilia-Romagna, Sezione staccata di Parma (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, integrato dai motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto:

- annulla i provvedimenti impugnati di cui in epigrafe nei sensi e con gli effetti di cui in parte motiva;
- dichiara l'inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato;
- respinge la domanda di risarcimento del danno proposta dalla società odierna ricorrente.

Condanna il Consorzio della Bonifica Parmense, odierno resistente, e il Consorzio Innova Soc. Coop., odierno controinteressato, al pagamento delle spese del presente giudizio a favore di parte ricorrente e della società Idrotherm 2000 S.p.A., liquidate in complessivi € 6.000,00 (seimila/00) per quanto attiene il Consorzio della Bonifica Parmense – di cui € 4.000,00 (quattromila/00) a favore di parte ricorrente ed € 2.000,00 (duemila/00) a favore della società Idrotherm 2000 S.p.A. – ed in complessivi € 3.000,00 (tremila/00) per quanto attiene il Consorzio Innova Soc. Coop. – di cui € 2.000,00 (duemila/00) a favore di parte ricorrente ed € 1.000,00 (mille/00) a favore della società Idrotherm 2000 S.p.A. – mentre compensa le spese di giudizio di parte resistente e della controinteressata nei confronti del Consorzio nazionale per il riciclaggio dei rifiuti di beni a base di Polietilene (PolieCo).

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

Così deciso in Parma nella camera di consiglio del giorno 22 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Germana Panzironi, Presidente

Marco Poppi, Consigliere

Massimo Baraldi, Referendario, Estensore

IL SEGRETARIO