

Pubblicato il 15/04/2025

N. 01355/2025 REG.PROV.COLL.

N. 02339/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2339 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Vircol S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Cristina Belvisi e Massimiliano Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti - Aria S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Salvatore Gallo, Giuseppina Squillace e Alice Castrogiovanni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso la sede di Aria Spa in Milano, via Torquato Taramelli, 26;

nei confronti

Paredes Italia S.p.A., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della nota in data 25.7.2024, prot. IA.2024.0063813, nonché di tutti gli atti di approvazione dei lavori e delle operazioni di gara e di ogni altro prodromico e/o propedeutico alla stipulazione del contratto, unitamente agli atti di estremi ignoti – se diversi da quelli espressamente impugnati nei termini suddetti – afferenti all'eventuale aggiudicazione del contratto;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da VIRCOL SPA il 17\1\2025:

- della nota di ARIA S.p.A. – Azienda Regionale per l’Innovazione e gli Acquisti S.p.A. in data 17.12.2024, Protocollo IA.2024.0101771, avente a oggetto “Procedura ARIA_2023_008_per la fornitura di prodotti cartari e accessori, prodotti per l’igiene misure cautelari – la nota in data 25.7.2024, prot. IA.2024.0063813; della nota di Aria Spa del 20.12.2024 e della determinazione di Aria Spa n. 1368 del 20.12.2024 di aggiudicazione del lotto n. 2, nonché di ogni altro atto presupposto, preordinato, prodromico o comunque connesso e/o conseguente, nonché per la caducazione del contratto e con espressa richiesta di subentro nella parte di contratto ancora da eseguire, con espressa riserva di agire per il risarcimento del danno.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell’Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti - Aria S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 aprile 2025 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Azienda Regionale per l’Innovazione e gli Acquisti – Aria Spa (controllata dalla Regione Lombardia e svolgente la funzione di centrale regionale di committenza), indicava una gara d’appalto con procedura aperta ai sensi dell’art. 71 del D.Lgs. n. 36 del 2023 (codice dei contratti pubblici o anche solo “codice”) per la fornitura di prodotti cartari e accessori, prodotti per l’igiene personale e servizi accessori.

Il criterio di aggiudicazione era quello del minor prezzo ai sensi dell’art. 108 comma 3 del codice.

La gara era divisa in due lotti e quello che riguarda la presente controversia è il lotto n. 2, diviso a sua volta in una serie di sub-lotti, ciascuno relativo ad uno specifico prodotto da acquistare.

Il sub-lotto n. 2.12, che ivi interessa, aveva ad oggetto la fornitura di “Gel da barba – dermatologicamente testato – flacone da 300 ml”.

La società Vircol presentava la propria offerta per il citato sub-lotto, accompagnata da una dichiarazione di equivalenza, ma l’offerta era esclusa con provvedimento di Aria del

25.7.2024, in quanto il prodotto offerto non sarebbe stato rispettoso dei requisiti minimi previsti dalla documentazione di gara.

Contro il citato provvedimento di esclusione era proposto il ricorso in epigrafe, con domanda di sospensiva.

L'Amministrazione intimata non si costituiva in giudizio.

All'esito dell'udienza in camera di consiglio del 1° ottobre 2024 la scrivente Sezione disponeva incombenti istruttori con ordinanza n. 1129 del 2024, fissando contestualmente un'altra udienza.

Aria Spa depositava la relazione istruttoria richiesta e si costituiva altresì in giudizio.

Alla successiva udienza cautelare del 3.12.2024 la domanda di sospensiva era rinunciata.

Con determinazione del 20.12.2024 Aria Spa aggiudicava il lotto di cui è causa alla società Paredes Italia Spa.

Contro il provvedimento di aggiudicazione erano proposti motivi aggiunti, con una nuova istanza di sospensione.

Aria Spa si costituiva anche nei motivi aggiunti e alla successiva udienza in camera di consiglio del 28.1.2025 la nuova domanda cautelare era rinunciata.

Alla pubblica udienza dell'8 aprile 2025 la causa era discussa e spedita in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso principale è rivolto contro il provvedimento di Aria Spa del 25.7.2024 di esclusione dell'offerta di Vircol per il sub-lotto n. 2.12, motivato con la circostanza che la società avrebbe offerto un prodotto privo dei requisiti minimi previsti dalla documentazione di gara (cfr. il doc. 1 della ricorrente).

Il citato sub-lotto ha ad oggetto la fornitura di "Gel da barba – dermatologicamente testato – flacone da 300 ml" (cfr. il doc. 3 della ricorrente, pag. 1) e l'art. 3 del disciplinare di gara impone il rispetto dei requisiti minimi per ciascun lotto a pena di esclusione (cfr. il doc. 3 della resistente, pag. 12 di 67).

A detta dell'Amministrazione il prodotto offerto dalla società esponente (Schiuma da barba – flacone 300 ml) è difforme da quello richiesto (cfr. anche il doc. 6 della resistente, pag. 3 di 4) e non potrebbe neppure essere ritenuto equivalente, nonostante la dichiarazione di equivalenza presentata in sede di gara (cfr. il doc. 7 della ricorrente).

1.1 Ciò premesso, nel primo motivo del ricorso principale Vircol lamenta la violazione dell'art. 79 e dell'allegato II.5 del codice, dell'art. 97 della Costituzione oltre che l'eccesso di potere sotto vari profili in cui sarebbe incorsa la stazione appaltante.

In particolare, si continua nel ricorso, l'Amministrazione non si sarebbe avveduta dell'equivalenza del prodotto offerto con quello oggetto di gara.

La censura, per quanto suggestiva e ben argomentata, non convince il Collegio.

Nella presente procedura di aggiudicazione il seggio di gara, in applicazione del principio dell'inversione procedimentale dell'art. 107 comma 3 del codice, apriva dapprima le offerte dei partecipanti (cfr. la relazione istruttoria di Aria Spa del 31.10.2024) e Vircol si classificava prima (si ricordi che il criterio di aggiudicazione è quello del minor prezzo).

L'Amministrazione chiedeva quindi le schede tecniche del prodotto (cfr. il doc. 5 della ricorrente), che erano trasmesse il 18.6.2024 unitamente ad una dichiarazione di equivalenza.

In quest'ultima (si veda ancora il doc. 7 della ricorrente, pag. 1 di 2), Vircol evidenziava di avere offerto in alternativa a quanto richiesto (Gel in flacone da 300 ml), una schiuma da barba nel flacone da 300 ml, in quanto non esisterebbe sul mercato un flacone di gel da 300 ml ma al massimo da 200 ml.

In data 25.7.2024 – mediante il provvedimento impugnato – Aria Spa escludeva l'offerta dell'esponente sulla base delle seguenti argomentazioni:

- il prodotto è difforme da quello chiesto in gara;
- la dichiarazione di equivalenza si limita ad affermare l'omesso reperimento sul mercato del prodotto richiesto ma non fornisce alcun elemento utile a provare l'equivalenza stessa (cfr. ancora il doc. 1 della ricorrente).

La difformità dei due prodotti (gel da barba e schiuma da barba), contrariamente a quanto sostenuto nel gravame, si fonda su dati di comune esperienza (ex art. 115 del c.p.c.): infatti il gel è una sostanza trasparente che resta visibile sulla pelle durante la rasatura, mentre la schiuma è soffice e si espande, non rendendo visibili le parti da radere.

Anche sui siti "internet" dei più noti operatori del settore viene rimarcata la differenza fra i due prodotti, evidenziando altresì una maggiore idoneità alla rasatura da parte del gel.

Quanto al principio di equivalenza - oggi riportato nell'Allegato II.5 del codice, Parte II, lettera A", commi da 6 a 8 - lo stesso non è certo in discussione per lo scrivente Tribunale; tuttavia occorre precisare che l'onere della prova dell'equivalenza è a carico del partecipante alla procedura e che il principio non può essere invocato per offrire un bene radicalmente diverso da quello chiesto espressamente dalla stazione appaltante, vale a dire il c.d. *aliud pro alio*.

Sul punto si vedano, fra le più recenti decisioni, Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza n. 7102 del 2024, secondo cui: «...la difformità dell'offerta rispetto alle caratteristiche tecniche essenziali previste negli atti di gara può risolversi in un *aliud pro alio* e giustificare, pertanto, l'esclusione dalla procedura anche in assenza di espressa previsione della sanzione espulsiva (Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2016, n. 1818; Id., 5 maggio 2016, n. 1809)» e Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza n. 4624 del 2023, dove si legge che: «In presenza (...) di una prestazione già definita dalla stazione appaltante nei suoi dettagli rispetto alla quale la legge di gara prevedeva esclusivamente un confronto competitivo basato sull'offerta del prezzo più basso

(...)- le eventuali difformità sostanziali del "prodotto" offerto rispetto a tali prescrizioni (...) venivano ad integrare un aliud pro alio, con conseguente esclusione dalla procedura» (nel caso deciso dalla sentenza da ultimo indicata il criterio di aggiudicazione era quello del prezzo più basso, come nella presente fattispecie).

Per completezza si rileva altresì che se Vircol avesse voluto contestare i requisiti minimi del prodotto avrebbe dovuto impugnare ritualmente la *lex specialis*, ma nel caso di specie il gravame principale è indirizzato esclusivamente contro il più volte citato provvedimento di esclusione.

La valutazione compiuta dalla stazione appaltante non appare quindi né manifestamente illogica né lesiva delle prescrizioni della legge di gara, per cui il primo motivo deve interamente rigettarsi.

1.2 Nel secondo mezzo Vircol lamenta la violazione dell'art. 6 della legge n. 241 del 1990 sul soccorso istruttorio endoprocedimentale e dell'art. 17.3 del disciplinare, norma quest'ultima che consente al Responsabile unico del progetto (RUP, ex art. 15 del codice) di chiedere la fornitura di un campione di prodotto a supporto dell'attività di verifica (cfr. il doc. 6 della ricorrente, pag. 2 di 3).

Se il RUP si fosse avvalso della facoltà prevista dal disciplinare – così continua il ricorso – si sarebbe avveduto della sostanziale equivalenza del prodotto offerto dall'esponente con quello oggetto di gara.

Anche tale doglianza appare priva di pregio.

Premesso che l'art. 17.3 succitato attribuisce al RUP una mera "facoltà", nel caso di specie, allorché dalla lettura dei documenti di gara la stazione appaltante è giunta alla ragionevole conclusione della difformità del bene offerto rispetto alla legge di gara, l'esibizione del campione sarebbe stata del tutto inutile, risolvendosi in un ingiustificato aggravio del procedimento.

Anche il secondo motivo deve quindi respingersi.

1.3 Nel terzo mezzo di gravame viene lamentata la violazione del principio di proporzionalità da parte dell'Amministrazione.

Neppure tale censura, seppure ben argomentata dai pur abili difensori della ricorrente, può trovare condivisione.

Il richiamo al principio di proporzionalità, che impone all'Amministrazione di perseguire il pubblico interesse con il minor sacrificio possibile di quelli privati coinvolti, non appare pertinente nella presente fattispecie.

Aria Spa, infatti, ha dato corretta e pedissequa applicazione alla legge di gara, alla quale era assolutamente vincolata, essendo pacifico il principio che impone ad ogni stazione appaltante la rigorosa osservanza della *lex specialis* di gara, a garanzia della parità di trattamento di tutti i partecipanti (*par condicio*) e del rispetto del fondamentale principio di

concorrenza (cfr. sul punto l'art. 3 del codice sul principio dell'accesso al mercato nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità e di non discriminazione, l'art. 5 comma 2 del codice, secondo cui nell'ambito del procedimento di gara l'operatore economico ha un affidamento sul legittimo esercizio del potere amministrativo e, in giurisprudenza, Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza n. 1289 del 2024 - di conferma della sentenza della scrivente Sezione II n. 2453 del 2023 - nella quale è evidenziato che: «...una volta individuate le disposizioni che disciplinano la procedura, la stazione appaltante deve attenersi alle regole che essa stessa si è data, secondo il principio dell'autovincolo»).

La stazione appaltante non avrebbe quindi in nessun caso potuto violare le regole di gara da essa stessa fissate.

1.4 Nel quarto motivo Vircol denuncia l'inosservanza dei principi fondamentali del codice dei contratti pubblici del 2023, con particolare riguardo al principio del risultato (art. 1 del codice) e a quello della fiducia (art. 2 del codice).

Anche tale mezzo, sempre molto articolato e suggestivo, non può trovare accoglimento.

I principi suindicati, con particolare riguardo a quello del risultato, devono essere declinati tenendo conto dell'intero complesso normativo e quindi nell'ovvio rispetto dei già ricordati principi di parità di trattamento e di tutela della concorrenza.

Il principio del risultato non può quindi essere genericamente richiamato per legittimare eventuali violazioni della legge di gara o delle norme sul procedimento amministrativo.

In conclusione, se il principio del risultato tende ad evitare soluzioni della Pubblica Amministrazione eccessivamente formalistiche, pur tuttavia l'azione amministrativa deve sempre rispettare il principio di legalità e non possono ammettersi palesi violazioni di legge realizzate mediante l'invocazione di una non ben identificata "sostanza" dell'agire amministrativo.

Devono quindi rigettarsi sia il quarto motivo sia l'intero gravame principale.

2. Il ricorso per motivi aggiunti è rivolto contro l'atto di aggiudicazione in data 20.12.2024 del lotto n. 2 a favore della società Paredes Italia Spa (cfr. i documenti dal n. 11 al n. 13 della ricorrente).

Le censure dei motivi aggiunti sono di illegittimità derivata dal provvedimento impugnato in via principale.

Considerata, tuttavia, la declaratoria di complessiva infondatezza del gravame principale, anche il ricorso per motivi aggiunti deva essere rigettato in tutte le sue domande.

3. Le spese di causa seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo a favore di Aria Spa, mentre non occorre provvedere per l'altra parte evocata in giudizio ma non costituita.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge in ogni loro domanda.

Condanna la società ricorrente al pagamento a favore di Aria Spa delle spese di lite, che liquida in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge (IVA e CPA se dovute e spese generali nella misura del 15%).

Nulla per il resto.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 8 aprile 2025 con l'intervento dei magistrati:

Maria Ada Russo, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Stefano Celeste Cozzi, Consigliere

L'ESTENSORE

Giovanni Zucchini

IL PRESIDENTE

Maria Ada Russo

IL SEGRETARIO