



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**Il Consiglio di Stato**  
**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso r.g.n. 6004/2011, proposto da Microlaser Italia s.r.l., TecnoLaser Europa s.r.l., S.a.p.i. - Servizi avanzati per le imprese s.r.l., P.a.c.to. - Produttori associati cartucce *toner*, in persona dei rispettivi rappresentanti legali, tutte rappresentate e difese dagli avv.ti Lorenzo Lamberti e Giancarlo Turri, con domicilio eletto presso lo Studio R. & P. Legal, in Roma, via Ludovisi, 16;

***contro***

- la Banca D'Italia, in persona del governatore in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Adriana Pavesi ed Antonio Baldassarre, con domicilio eletto presso l'Ufficio legale della Banca d'Italia, in Roma, via Nazionale, 91;

***per la riforma***

della sentenza del T.a.r. Lazio, Roma, sezione III, n. 2841/2011, resa tra le parti e concernente *l'affidamento di un appalto per la fornitura di toner originali per stampanti multifunzione, scanner e fax.*

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati, con tutti gli atti e documenti di causa.

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Banca d'Italia.

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm..

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2012, il Consigliere di Stato *Aldo SCOLA* ed uditi, per le parti, gli avvocati Attolico, per delega di Lamberti, e Pavesi.

Ritenuto e considerato, in fatto e diritto, quanto segue.

**FATTO**

A) Con bando pubblicato nella G.u.U.e. del 10 luglio 2010, la Banca d'Italia indiceva una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto per la fornitura di *toner* originali per stampanti multifunzione, *scanner* e *fax* e connessi servizi accessori.

Nel disciplinare di gara era stato previsto che:

- a) per *toner* originale doveva intendersi "quello prodotto dalla stessa azienda che ha prodotto l'apparecchiatura sulla quale lo stesso doveva essere installato";
- b) non sarebbero state prese in considerazione le offerte riferite a cartucce di *toner* c.d. rigenerate ovvero cartucce originali che avessero subito un processo di svuotamento, ripulitura e riempimento con nuove polveri di *toner* in quantità pari all'originale, nonché riferite ai c.d. *toner* compatibili o equivalenti ovvero cartucce non originali di

diversa produzione, ancorché nuove di fabbrica e compatibili con la stessa apparecchiatura.

B) Avverso il citato bando e la riportata disciplina di gara veniva proposto da alcune imprese produttrici di materiale consumabile di stampa rigenerato (Microlaser Italia s.p.a., TecnoLaser s.r.l., S.a.p.i. Servizi avanzati per le imprese s.r.l.), nonché dall'Associazione dei suddetti produttori (P.a.c.to.-Produttori associati cartucce *toner*) il ricorso introduttivo n. 8444 del 2010, per ottenere l'annullamento:

- a) della determinazione a contrarre n. 527552 dell'8 luglio 2010;
- b) del bando di gara relativo alla procedura aperta, ai sensi del d.lgs. n.163/2006 e successive modificazioni, per la fornitura di *toner* per stampanti multifunzione, *scanner* e *fax* e connessi servizi accessori;
- c) del disciplinare di gara e dei relativi allegati;
- d) della nota n.0635866 del 18 agosto 2010 dell'intimata Banca d'Italia;
- e) di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali.

C) Vi si deducevano:

1) violazione dei principi di non discriminazione tra i fornitori e di libera concorrenza; dell'art. 23, direttiva 18/2004/C.e.; degli artt. 68 e 121, d.lgs. n. 163/2006), ed eccesso di potere per sviamento, illogicità e contraddittorietà manifeste, potendo anche i prodotti originali avere parti non nuove e ponendosi l'esclusione di prodotti diversi da quelli originali in posizione di discontinuità rispetto al quadro normativo di favore per l'acquisto da parte della p.a. di materiale riciclato;

2) quanto alla nota n. 0635866 del 18 agosto 2010: violazione dell'art.68, comma 13, d.lgs. n. 163/2006, e dell'art. 3, legge n. 241/1990, nonché eccesso di potere per difetto di motivazione, istruttoria e presupposti.

Quindi, previo accesso agli atti, veniva proposto il seguente *motivo aggiunto*:

3) violazione dei principi di non discriminazione tra i fornitori e di libera concorrenza, dell'art. 68, d.lgs. n. 163/2006, ed eccesso di potere per difetto istruttorio, carenti presupposti, travisamento dei fatti e perplessità ed irragionevolezza manifeste.

Si costituiva in giudizio la Banca d'Italia, contestando con ampie argomentazioni le dedotte censure.

D) Il ricorso veniva, dunque, *respinto* a spese processuali *compensate*, con sentenza *impugnata* dalla parte soccombente in prima istanza, riprospettando sostanzialmente le già dedotte doglianze, oltre all'errore di giudizio e di motivazione.

Si costituiva in giudizio la Banca d'Italia appellata, che resisteva al gravame.

All'esito dell'udienza di discussione del 18 dicembre 2012, la vertenza passava in decisione.

## DIRITTO

I) L'appello è *infondato* e va *respinto* per le ragioni che seguono, correttamente esposte dal primo giudice e condivise da questo collegio, che le riassume come di seguito (così potendosi prescindere dall'esame delle *eccezioni preliminari* formulate dalla Banca d'Italia).

La sentenza veniva *impugnata* dalla parte soccombente in prima istanza per (oltre alle doglianze già prospettate in primo grado) vizio di motivazione circa un punto decisivo della vertenza decisa, avendo la normativa comunitaria di riferimento e quella nazionale di recepimento generalizzato il principio di *equivalenza*, divenuto applicabile (previo inserimento della relativa clausola, accordante all'impresa partecipante la facoltà di provarla: cfr. C.S., sezione V, sent. n. 1380/2011) indipendentemente dalla singola tecnica di redazione della specifica disciplina di gara; travisamento ed erronea valutazione per gli insussistenti limiti derivanti dalla garanzia, non ravvisabile nella convenzione Consip, se non in rapporto alla *manutenzione in garanzia*, salva l'operatività di quella assicurata dal produttore della cartuccia riciclata, nonché la possibile comparabilità dei prodotti, grazie alla S.s.c.c.p., abilitata a certificare l'equivalenza pure prestazionale dei vari prodotti, anche rispetto agli originali (non esclusi i relativi

profili chimico-merceologici).

II) La Banca d'Italia si costituiva in giudizio e resisteva all'appello, mentre le imprese appellanti depositavano una memoria conclusiva di replica, in cui ponevano in luce come non potesse condividersi l'eccezione d'inammissibilità dell'appello formulata dalla Banca d'Italia per *l'omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva* (nella specie, peraltro, *intervenuta quando il presente appello era già stato incardinato*) della gara (cfr. Cons. Stato, sezione VI, sent. n. 5748/2012, quanto alla tutela del terzo controinteressato non con l'opposizione di terzo ma con la notificazione del ricorso proposto contro l'atto consequenziale; *contra*: Cons. Stato, sezione V, sent. n. 5385/2008, bastando all'uopo l'opposizione di terzo ordinaria ex art. 104, comma 3, cod. proc. amm.). Nel merito, le parti si riportavano alle proprie pregresse argomentazioni.

Risultava prospettata la violazione della normativa comunitaria e della successiva normativa nazionale di recepimento, entrambe asseritamente obbligatorie per i committenti pubblici a rispettare, in sede di indicazione dell'oggetto dell'appalto, "il divieto che le specifiche tecniche menzionino una fabbricazione o una provenienza determinata, un procedimento particolare, un marchio, un brevetto, un'origine e produzione specifica, che avrebbero come effetto quello di favorire o eliminare talune imprese; il divieto, tuttavia, non è assoluto poiché l'oggetto dell'appalto potrebbe giustificare una o più delle predette indicazioni a condizione, tuttavia, che le stesse siano accompagnate dall'espressione <<o equivalente>>".

III) Nella specie, l'intimata stazione appaltante, dopo aver definito in senso restrittivo l'oggetto dell'appalto (*toner* originale), aveva precluso la partecipazione alla gara alle imprese non in grado di fornire tale tipologia di prodotto, impedendo decisamente a tali potenziali offerenti di provare l'equivalenza di quello da loro offerto rispetto a quanto richiesto e specificato nel bando.

Il Collegio ritiene che le complessive censure contenute nell'atto d'appello vadano respinte.

Secondo l'art. 68, comma 13, d.lgs. n. 163/2006, a meno di non essere giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare né far riferimento ad un marchio, ad un brevetto o ad un tipo, ad un'origine o ad una produzione specifica, che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti; tale menzione o riferimento è autorizzabile, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa ed intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando i commi 3 e 4, a condizione che siano accompagnati dall'espressione "o equivalente".

La mancata indicazione dell'espressione "o equivalente" ed il correlativo impedimento di partecipare alla gara per i produttori di cartucce e *toner* rigenerati dovevano ricondursi alla particolare natura dell'oggetto dell'appalto (sicché non risultano violati i principi di non discriminazione tra fornitori, di libera concorrenza e di equivalenza di cui all'art. 68).

A tal fine, come evidenziato dalla Banca d'Italia, la restrizione dell'oggetto dell'appalto ai soli prodotti originali non era derivata da una scelta discrezionale della stazione appaltante, ma era stata meramente consequenziale alla sussistenza di precisi vincoli di natura contrattuale derivanti dalle condizioni applicabili alla fornitura delle macchine acquistate dall'appellato Istituto di emissione, atteso che i suddetti vincoli avevano previsto la decadenza dalla garanzia, nel caso di malfunzionamenti alle macchine causati dall'impiego di prodotti consumabili non originali (*Kyocera e Brother*) oppure veri e propri blocchi meccanici di impiego, ostacolanti a monte lo stesso funzionamento dell'apparato a stampa, nel caso in cui nella macchina fossero stati installati *toner* non prodotti dalla casa madre (*Samsung*), ed avuto presente che tali rischi non avrebbero potuto in alcun modo essere compensati dalle eventuali garanzie offerte dai produttori degli elementi consumabili non originali installati, ragionevolmente ritenuti non in grado di assicurare la necessaria e medesima assistenza per guasti alle macchine da stampa prodotte

da altre imprese.

Conseguentemente, la contestata previsione - avente ad oggetto l'individuazione specifica dei beni da acquistare - si spiegava alla luce della prima ipotesi delineata dal menzionato comma 13 (oggetto dell'appalto) e la conseguente restrizione concorrenziale doveva ricondursi alle condizioni di garanzia e di uso poste dall'esterno e rispetto alle quali la Banca d'Italia risultava priva di potere negoziale, essendosi limitata ad aderire alle condizioni Consip.

Le rilevate caratteristiche del prodotto originale non potevano far venir meno le garanzie prestate dalle case produttrici degli apparecchi, mentre la stazione appaltante, in rapporto ai vincoli imposti dai produttori delle apparecchiature di stampa, non poteva operare diversamente (ferma restando la riscontrata inammissibilità della seconda ed ultima doglianza dedotta in via principale, per il carattere meramente confermativo della nota n. 0635866 del 18 agosto 2010, con cui la Banca d'Italia, in esito all'istanza presentata dall'Associazione attuale appellante, aveva disposto il non luogo a provvedere in autotutela, ai sensi dell'art. 243-bis, comma 4, d.lgs. n. 163/2006).

La restrizione dell'oggetto della fornitura (v. i *motivi aggiunti*) risulta ragionevolmente giustificata in relazione all'inesistenza di certificazioni congruamente attestanti la qualità degli elementi consumabili diversi dagli originali,

Infatti, pur affermandosi che, in rapporto al settore merceologico della gara *de qua*, la stazione appaltante non avrebbe considerato l'esistenza di apposito ente pubblico economico (la Stazione sperimentale carta, cartoni e paste per la carta, "il cui fine istituzionale è quello di certificare, tra le altre cose, l'equivalenza anche prestazionale dei prodotti"), d'altro canto, gli esperimenti che detto ente avrebbe potuto eseguire avrebbero riguardato unicamente la verifica del rispetto di *standard* prestazionali, in termini di quantità di pagine stampate e di qualità della stampa eseguita, ma in nessun caso avrebbero riguardato le caratteristiche chimiche e merceologiche delle componenti consumabili rigenerate rispetto a quelle originali, onde accertare il diverso grado di tossicità delle prime e di apprezzarne la differente incidenza nel tempo sul funzionamento degli apparati su cui sarebbero state installate.

In conclusione, l'appello va *respinto*, *confermandosi* l'impugnata sentenza e *liquidandosi* in dispositivo le spese processuali del secondo grado di giudizio, secondo il consueto criterio della *soccombenza*.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione VI, *respinge l'appello* (ricorso r.g.n. 6004/2011) e *condanna in solido le ditte appellanti soccombenti* a rifondere alla Banca d'Italia, appellata e vittoriosa, gli *oneri processuali* del secondo grado di giudizio, *liquidati* in complessivi euro cinquemila/00 (oltre ai dovuti accessori di legge).

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2012, con l'intervento dei giudici:

Luigi Maruotti, Presidente

Aldo Scola, Consigliere, Estensore

Maurizio Meschino, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/01/2013

IL SEGRETARIO

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