

APPALTI: Principio di equivalenza - Presupposti necessari - Giudizio di equivalenza della stazione appaltante - Modalità operative - Bando - Specifiche tecniche - Clausola e/o principio di equivalenza - Nel caso in cui il prodotto oggetto della fornitura sia inesistente sul mercato - Inapplicabilità.

Cons. Stato, Sez. V, 20 giugno 2022, n. 5027

1. “[...] il principio di equivalenza presuppone la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto, ancorché difforme dalle specifiche tecniche indicate dalla stazione appaltante [...], quale “conformità sostanziale” con le specifiche tecniche, nella misura in cui queste vengano nella sostanza soddisfatte [...]: indi, nell’ambito di una procedura a evidenza pubblica, le caratteristiche minime stabilite nella documentazione di gara non debbono intendersi come vincolanti nel quomodo, ma soltanto quoad effectum, nel senso che le offerte sono ritenute rispettose della *lex specialis* laddove siano, comunque, capaci di conseguire il fine ultimo dell’affidamento [...].

Ne deriva, sul piano applicativo, che la stazione appaltante opera il giudizio di equivalenza sulle specifiche tecniche dei prodotti offerti in gara non attenendosi a riscontri formalistici, bensì sulla base di criteri di conformità sostanziale delle soluzioni tecniche offerte; deve all’uopo registrarsi una conformità di tipo funzionale rispetto alle specifiche tecniche indicate dal bando: specifiche che, in questo modo, “vengono in pratica comunque soddisfatte” [...].”

2. “[...] non è pretendibile, in forza dell’applicazione del principio, che la stazione appaltante debba “accontentarsi” di ottenere una res diversa da quella che essa ha progettato.

Del resto, sta alla valutazione organizzativa dell’amministrazione appaltante indentificare le caratteristiche della prestazione contrattuale che le necessita procurarsi e per la quale va alla ricerca di un contraente adeguato, e definirle nella legge di gara, anche con l’individuazione dei contenuti necessari delle offerte, e in ipotesi con la previsione dell’esclusione per caso della loro carenza [...].”

FATTO

DeltaBloc International GmbH, esponendo di essere il “principale sviluppatore mondiale di sistemi e di ritenuta per veicoli e di moderni sistemi di protezione dal rumore” e “leader nel settore della produzione di sicurezza in ambito stradale”, impugnava con ricorso proposto innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio gli atti della gara bandita da Anas s.p.a. il 18 giugno 2020, suddivisa in 16 lotti a base territoriale e retta dal criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, finalizzata alla sottoscrizione di un accordo quadro quadriennale, non rinnovabile, per la produzione, fornitura e posa in opera di una barriera di protezione per le configurazioni di

spartitraffico e bordo ponte denominata “NDBA, National Dynamic Barrier Anas”; a seguito delle rettifiche della *lex specialis* pubblicate il 29 luglio 2020, che recepivano alcune contestazioni avanzate nel ricorso e prorogavano i termini di partecipazione, formulava motivi aggiunti.

In particolare, con l’atto introduttivo del giudizio la società avversava la legge di gara sotto i seguenti aspetti: la mancata previsione della possibilità per gli operatori economici stabiliti in Paesi membri dell’Unione Europea di dimostrare il possesso delle certificazioni SOA richieste dalla *lex specialis* di gara – OS 13 class. IV, OG 3, class. V, e OS 12-A, class. IV – attraverso gli “*altri mezzi di prova equivalenti*” di cui all’art. 90 comma 8 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (*primo motivo*); la scelta di richiedere la qualificazione in categoria OS 13, “strutture prefabbricate in cemento armato”, anziché la sola categoria OS 12-A, “barriere stradali di sicurezza”, ritenuta più logica, in considerazione sia delle particolari “specializzazione e professionalità” richieste dalle lavorazioni delle barriere stradali, ricadenti in quest’ultima categoria, sia del fatto che un’azienda certificata per la categoria OS 13 sarebbe in grado di produrre strutture prefabbricate secondo gli standard generali, ma non secondo quelli specifici di prodotto UNI EN 1317-5, applicabili alla fattispecie, sicché la previsione avrebbe compromesso anche la garanzia della qualità delle prestazioni (*secondo motivo*); la scelta di porre in gara solo il prodotto Anas, cioè la predetta barriera NDBA, con conseguente impossibilità di partecipare con prodotti equivalenti (*terzo motivo*); l’assenza di specifiche tecniche del prodotto oggetto di gara, impeditiva della presentazione di un modello di barriera equivalente (*quarto motivo*); la possibilità per ogni concorrente di presentare offerta per un solo lotto (*quinto motivo*); la facoltà della stazione appaltante di modificare i lavori posti a base del singolo lotto (*sesto motivo*); la carenza di una distinzione dei lavori e del loro valore, con conseguente necessità di presentare tutte le certificazioni necessarie (*settimo motivo*).

Con i motivi aggiunti la società, esposto che le rettifiche pubblicate il 29 luglio 2020, e cioè la nuova versione dei chiarimenti, del disciplinare, dello schema di contratto e il nuovo allegato recante le specifiche tecniche della barriera NDBA, avevano consentito il superamento dei predetti motivi nn. 1 e 4, lasciando però inalterate le ulteriori questioni avanzate, evidenziava ulteriormente che: l’illegittimità della scelta di Anas di porre a gara solo il proprio prodotto era avvalorata dalle specifiche tecniche, evincendosi dalle stesse (almeno) l’equivalenza prestazionale dei prodotti della società, attestata da un’analisi condotta alla stregua della norma europea EN 1317 (*ottavo motivo*); i nuovi documenti di gara, costituendo adozione di un nuovo bando, o comunque apportando significative modifiche ai precedenti, avrebbero necessitato la concessione di un termine più ampio di quello previsto dalla stazione appaltante per la presentazione delle offerte (*nono motivo*).

Con sentenza della Sezione prima n. 2864/2021 l'adito Tribunale, nella resistenza di Anas, dichiarava il ricorso e i mezzi aggiunti in parte improcedibili e in parte inammissibili, e li respingeva per il restante; compensava tra le parti le spese del giudizio in ragione della novità delle questioni trattate.

DeltaBloc ha appellato la predetta sentenza. Ha dedotto: 1) Erroneità della sentenza per travisamento dei presupposti di fatto e diritto laddove erroneamente richiama la sentenza del Consiglio di Stato n. 1648/2016 afferente a diversa fattispecie; contraddittorietà ed erroneità della motivazione; 2) Erroneità della sentenza nella parte in cui non ha tenuto in alcuna considerazione i dati oggettivi relativi alle prestazioni della barriera Anas e di quella Beltabloc; violazione e falsa applicazione dell'art. 30 comma 1 d.lgs. 50/2016 e dell'art. 68, d.lgs. 50/2006; violazione dei principi di non discriminazione, trasparenza, adeguatezza e proporzionalità; violazione dei principi comunitari di massima partecipazione e concorrenza; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e travisamento dei presupposti; violazione e falsa applicazione del d.m. 28 giugno 2011, del d.m. 223/1992 e della direttiva ministeriale 2367/2004; violazione della norma UNI EN 1317 "barriere di sicurezza stradali"; 3) Erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto decisivo il test del doppio urto contestuale ancorchè la *lex specialis* di gara non faccia alcun cenno a tale caratteristica prestazionale; violazione e falsa applicazione dell'art. 30 comma 1 d.lgs. 50/2016, dell'art. 68 d.lgs. 50/2006, del d.m. 28 giugno 2011, del d.m. 223/1992 e della direttiva ministeriale 2367/2004; violazione della norma UNI EN 1317 "barriere di sicurezza stradali"; violazione dei principi di non discriminazione, trasparenza, adeguatezza e proporzionalità; violazione dei principi comunitari di massima partecipazione e concorrenza; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e travisamento dei presupposti; 4) Erroneità della sentenza con riferimento alla previsione del bando di gara che limita la partecipazione alla categoria OS12; violazione e falsa applicazione degli artt. 30 comma 1 e 83 comma 2 d.lgs. 50/2016; violazione e falsa applicazione degli artt. 60 e ss. d.P.R. 2017/2010; violazione dei principi di non discriminazione, trasparenza, adeguatezza e proporzionalità; eccesso di potere per irragionevolezza e travisamento dei presupposti. Ha poi riprodotto integralmente i motivi dedotti in primo grado e le istanze istruttorie contenute nel ricorso e nei mezzi aggiunti. Ha avanzato una nuova richiesta istruttoria (acquisizione del brevetto e di ogni altra indicazione utile a verificare l'unicità della barriera NDBA) e formulato istanza di rimessione alla Corte di giustizia in ordine al potere di Anas, quale "autorità di settore" (in quanto così definita dal Tar) di modificare il quadro normativo comunitario; in particolare – fermo restando l'avviso relativo alla sussistenza dei presupposti per ritenere direttamente applicabile la disciplina comunitaria anche in deroga a quella nazionale e regolamentare invocata

dalla stazione appaltante – ha chiesto la remissione al vaglio interpretativo della Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 267 del TFUE, della questione pregiudiziale relativa alla compatibilità o meno tra le disposizioni comunitarie di riferimento (le prime 5 parti della norma UNI EN 1317, la direttiva comunitaria 305/2011 e la direttiva 89/106/CEE) e gli atti delle norme italiane che attribuiscono all'Anas il potere di formulare criteri innovativi e diversi rispetto agli standard europei in termini di sicurezza delle barriere. Ha concluso in ogni caso per la riforma della sentenza appellata e l'annullamento degli atti e dei verbali della gara di che trattasi.

Anas si è costituita in giudizio formulando eccezioni di rito e di merito e concludendo per la reiezione dell'appello.

Entrambe le parti hanno affidato a memorie lo sviluppo delle proprie tesi difensive.

La causa è stata indi trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 10 marzo 2022.

DIRITTO

1. L'appello di DeltaBloc International GmbH si rivela infondato nel merito: le questioni preliminari spiegate da Anas s.p.a. restano pertanto assorbite.

2. Va premesso che l'oggetto della odierna contestazione è la *lex specialis* dell'appalto bandito da Anas e suddiviso in 16 lotti a base territoriale, retto dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con importo a base d'asta pari a € 280.000.000,00 (di cui € 260.400.000,00 per lavori da eseguire ed € 19.600.000,00 per oneri relativi alla sicurezza non assoggettati a ribasso), finalizzato alla sottoscrizione di un accordo quadro quadriennale, non rinnovabile, per la produzione, fornitura e posa in opera delle barriera di protezione per le configurazioni di spartitraffico e bordo ponte, denominata "NDBA, National Dynamic Barrier Anas", ideata e progettata *in house* da Anas.

Per quanto qui di interesse la legge di gara:

- in relazione a ciascun lotto di esecuzione ha richiesto il possesso di qualificazione nelle categorie prevalente OS 13 e nelle ulteriori categorie OS 12-A e OG 3 (punto II.2.6 del bando);
- ai fini della comprova del requisito di capacità tecnica e professionale ha richiesto una *"Attestazione di qualificazione in corso di validità, adeguata per categoria e classifica ai valori dell'appalto da aggiudicare di cui al punto II.2.6 del bando, rilasciata da una S.O.A. appositamente autorizzata, per le attività di costruzione. La comprova del requisito di cui alla lett. c) è fornita con attestazione di qualificazione SOA in corso di validità"* (par. 7.3 del disciplinare).

Come emerge da quanto rilevato in fatto, la *lex specialis* di gara, nella prima versione, non prevedeva espressamente la possibilità per gli operatori stabiliti in altri Stati membri dell'Unione europea di dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione con mezzi di prova equipollenti: la

lacuna è stata poi colmata in via di chiarimenti, rilevandosi comunque da parte del Tar (capo 2 della sentenza impugnata) che l'ampliamento della partecipazione conseguisse in ogni caso direttamente, in via di eterointegrazione, alla disciplina di riferimento (art. 90 comma 8 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50);

– ha limitato l'applicazione della clausola di equivalenza alle sole “*caratteristiche minime stabilite nel Capitolato Speciale, Norme Tecniche*” (art. 16 disciplinare).

3. Il primo motivo di appello si dirige avverso i capi della sentenza gravata con cui il Tar:

– ha ritenuto legittima la scelta di Anas di mettere a bando l'unico prodotto costituito dalla propria barriera NDBA, rilevando, sulla scorta di canoni affermati nella sentenza di questo Consiglio di Stato, IV, n. 4180/2016, pure avente a oggetto un accordo quadro per la produzione, fornitura e consegna di barriere stradali progettate da Anas, che quest'ultima avesse fornito elementi idonei a dimostrare che la barriera NDBA è prodotto con caratteristiche uniche, diverso da tutti quelli presenti sul mercato, e supera quindi il “test di innovatività” che per la giurisprudenza esonera il committente pubblico dall'applicazione del principio di equivalenza;

– ha respinto la tesi con cui la società, esponendo l'equivalenza (se non la *minus* valenza) della barriera NDBA rispetto ai propri prodotti, rilevando come la stessa non fosse neanche oggetto di tutela brevettuale, ne aveva affermato la non unicità. Nel giungere a tale conclusione, il primo giudice, dopo aver esposto le caratteristiche della barriera NDBA siccome illustrate da Anas, anche in riferimento alle prove effettuate ai sensi della normativa UNI-EN 1317 e alle certificazioni CE, ha evidenziato come la società non avesse neanche dedotto che i suoi prodotti possedessero una di tali specifiche caratteristiche, consistente nella resistenza a due urti consecutivi, contemporanei o successivi, cagionati da un mezzo pesante di 38 tonnellate, essendosi piuttosto limitata ad affermare l'irrelevanza della sua incidenza rispetto all'obiettivo della sicurezza della circolazione stradale, valutazione che ha ritenuto rimessa al “*prudente apprezzamento dell'autorità di settore*”;

– ha quindi concluso che la gara, diversamente da quanto prospettato in ricorso, non avesse determinato una chiusura del mercato “a monte”, cioè nell'ambito in cui si confrontano i diversi modelli di barriera per la sicurezza stradale e i loro produttori.

3.1. La società contesta tutte tali conclusioni.

Afferma innanzitutto che il Tar è incorso nell'errore di ritenere sovrapponibile la fattispecie esaminata da questo Consiglio di Stato nella sentenza n. 4180/2016 a quella in esame, con l'effetto di calare in quest'ultima un accertamento (l'insussistenza delle condizioni per applicare il principio di equivalenza), che, ove rapportato ai suoi corretti presupposti, avrebbe dovuto condurre a una decisione di senso esattamente opposto.

Sul punto, la società rileva che nel caso oggetto del giudizio conclusosi con la ridetta sentenza n. 4180/2016, come pure specificato dallo stesso Tar, Anas non aveva indicato le caratteristiche tecniche/prestazionali delle barriere stradali, individuandole solo in forza di misure geometriche, e senza menzionare marchi, fabbricazioni e provenienze specifiche, brevetti, produzioni determinate, sicchè chiunque, rispettando dette misure e le prove di “crash test” effettuate dalla stazione appaltante, poteva partecipare alla gara. Nel caso in esame, invece, in cui il prodotto si caratterizza in forza delle sue prestazioni, delineate dall’Allegato N – Specifiche tecniche, l’applicazione del principio di equivalenza si rende non solo imprescindibile, ma anche possibile, atteso che molti prodotti esistenti sul mercato di riferimento, compresi quelli propri, possiedono le stesse prestazioni della barriera NDBA che il Tar ha ritenuto “vincenti” ai fini di sicurezza sulla base di quanto esposto nelle difese di Anas.

Quanto invece al superamento del doppio “crash test” valorizzato dal primo giudice, la società rileva come Anas non abbia chiarito le relative modalità di esecuzione (se, a esempio, la barriera sia stata ripristinata o meno dopo il primo scontro), e come in assenza “*di norme standard europee e di una procedura descritta in dettaglio negli atti di gara*”, nonché “*in assenza di un brevetto*”, si tratti di un test non riproducibile.

Infine, la società dà atto che Anas ha affermato nelle proprie difese che la barriera NDBA è brevettata: avanza però dubbi sulla effettiva esistenza di tale brevetto, almeno al momento della gara, segnalando che la reiezione della relativa istanza assumerebbe la valenza di “prova perfetta” in merito all’insussistenza di caratteristiche che renderebbero unico il prodotto in parola. Lamenta quindi che il Tar non abbia approfondito la relativa questione e insta conseguentemente per l’acquisizione del brevetto e di ogni altra indicazione utile a verificare l’unicità della barriera NDBA.

3.2. Le predette censure non sono persuasive.

3.3. Per consolidato orientamento giurisprudenziale, il principio di equivalenza di cui all’art. 68 del Codice dei contratti pubblici – che attua l’art. 42 della direttiva 2014/24/UE e permea l’intera disciplina dell’evidenza pubblica, rispondendo, da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità, buon andamento e libertà d’iniziativa economica privata e, dall’altro, al principio di libera concorrenza, che vedono quale corollario il *favor participationis* alle pubbliche gare (Cons. Stato, V, 17 febbraio 2022, n.1186; III, 10 febbraio 2022, n. 1006) – è finalizzato a evitare che un’irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici precluda l’ammissibilità di offerte aventi oggetto sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia

formalmente privo della specifica prescritta (Cons. Stato, III, 7 gennaio 2022, n. 65; IV, 7 giugno 2021, n. 4353).

In altri termini, il principio di equivalenza presuppone la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto, ancorché difforme dalle specifiche tecniche indicate dalla stazione appaltante (Cons. Stato, III, 7 luglio 2021, n. 5169; 22 novembre 2017, n. 5426), quale “conformità sostanziale” con le specifiche tecniche, nella misura in cui queste vengano nella sostanza soddisfatte (Cons. Stato, V, 25 marzo 2020, n. 2093): indi, nell’ambito di una procedura a evidenza pubblica, le caratteristiche minime stabilite nella documentazione di gara non debbono intendersi come vincolanti nel *quomodo*, ma soltanto *quoad effectum*, nel senso che le offerte sono ritenute rispettose della *lex specialis* laddove siano, comunque, capaci di conseguire il fine ultimo dell’affidamento (Cons. Stato, IV, n. 4353 del 2021, cit.).

Ne deriva, sul piano applicativo, che la stazione appaltante opera il giudizio di equivalenza sulle specifiche tecniche dei prodotti offerti in gara non attenendosi a riscontri formalistici, bensì sulla base di criteri di conformità sostanziale delle soluzioni tecniche offerte; deve all’uopo registrarsi una conformità di tipo funzionale rispetto alle specifiche tecniche indicate dal bando: specifiche che, in questo modo, “vengono in pratica comunque soddisfatte” (Cons. Stato, III, 2 settembre 2013, n. 4364; 29 marzo 2018, n. 2013).

I limiti dell’applicazione del principio di equivalenza individuati dalla giurisprudenza sono strettamente connessi alla sua *ratio*. Se, infatti, il principio è diretto ad evitare che le norme obbligatorie, le omologazioni nazionali e le specifiche tecniche possano essere artatamente utilizzate per operare indebite esclusioni dalla gare pubbliche, fondate sul pretesto di una non perfetta corrispondenza delle soluzioni tecniche offerte con quelle richieste, ne viene come diretta conseguenza che esso, quale misura diretta ad assicurare che la valutazione della congruità tecnica dell’offerta non si risolva in una verifica formalistica ma consista nell’apprezzamento della sua conformità sostanziale alle specifiche tecniche inserite nella *lex specialis*, non possa essere invocato per ammettere offerte tecnicamente inappropriate (Cons. Stato, III, 2 marzo 2018 n. 1316) o che comprendano soluzioni che, sul piano oggettivo funzionale e strutturale, non rispettino le caratteristiche tecniche obbligatorie, configurandosi come un *aliud pro alio* (Cons. Stato, III, 9 febbraio 2021, n. 1225/2021; V 25 luglio 2019, n. 5258; III, 28 settembre 2018, n. 5568).

3.4. Tanto chiarito, il Collegio non ravvisa mende nell’essersi il Tar riferito agli arresti della sentenza di questo Consiglio di Stato n. 4180/2016.

Quella fattispecie e il caso in esame hanno infatti il comune presupposto consistente nello specifico oggetto della prestazione richiesta, rappresentata dalla produzione di un prodotto innovativo, conformato *in toto* dai progetti originali redatti da Anas.

La comunanza di tale presupposto è stata adeguatamente percepita e illustrata dalla sentenza impugnata, laddove rileva (pag. 16) che “*Anche in quell’occasione [il riferimento è al capo 4.2.3. della sentenza n. 4180/2016] l’oggetto della gara ‘non riposava nella fornitura di particolari barriere aventi determinate caratteristiche prestazionali, ma nella produzione di quelle ben specifiche barriere, progettate da Anas, che secondo il giudizio della stazione appaltante, all’evidenza, erano le uniche idonee e che, senza dubbio, non erano e non sono, allo stato, presenti sul mercato’*”: ed è questo l’elemento qualificante di entrambe le fattispecie, comportando che il bando in esame, come quello a suo tempo scrutinato, ha posto tutti gli operatori del mercato di settore al cospetto di una richiesta che li allineava nella stessa condizione, senza creare alcuna possibilità di vantaggio, o di svantaggio, in capo ad alcuni di essi.

Del tutto appropriato risulta pertanto il riferimento del primo giudice alla sentenza n. 4180/2016, che va anche qui richiamata, ove ha affermato che “*Dovendo dare una risposta al quesito relativo alla possibilità di riconoscere alla stazione appaltante la ‘libertà’ di predisporre un progetto, proprio, relativo ad un oggetto sì presente sul mercato, ma avente caratteristiche uniche, e diverso da tutti quelli presenti sul mercato, la risposta positiva, pare al Collegio ovvia, e si impone con evidenza: la tesi contraria introdurrebbe nel sistema una limitazione alla libertà negoziale sulla sola base della natura pubblicistica del soggetto che ha progettato l’oggetto, e che intende fruirne*”; e ciò anche rilevando come in quel caso si sia osservato che “*non è revocabile in dubbio*” che la deducente (e non sembra che sul punto la fattispecie in esame si differenzi), laddove “*lo avesse ritenuto conveniente (e/o avesse avuto a disposizione la struttura produttiva) ... avrebbe potuto fabbricare in proprio quell’oggetto, e così dotarsene*”: in questo senso va inteso il richiamo effettuato dalla sentenza n. 4180/2016 alle specifiche tecniche e ai “*crash tests*” di quella gara, da cui l’affermazione che ciascun operatore economico, rispettandole, poteva parteciparvi. E questo arresto, diversamente da quanto sembra ritenere l’appellante, non refluisce nell’applicazione al caso di specie del principio di equivalenza, bensì chiarisce (come testimonia il capo 4.2.4. della stessa sentenza n. 4180/2016) l’estraneità della clausola di equivalenza all’ipotesi, come visto ricorrente in entrambi i contenziosi qui a confronto, in cui l’oggetto dell’appalto sia “*non esistente*” sul mercato, sicchè non è pretendibile, in forza dell’applicazione del principio, che la stazione appaltante debba “*accontentarsi*” di ottenere una *res* diversa da quella che essa ha progettato.

Del resto, sta alla valutazione organizzativa dell'amministrazione appaltante identificare le caratteristiche della prestazione contrattuale che le necessita procurarsi e per la quale va alla ricerca di un contraente adeguato, e definirle nella legge di gara, anche con l'individuazione dei contenuti necessari delle offerte, e in ipotesi con la previsione dell'esclusione per il caso della loro carenza. Il contenuto dell'offerta definito dalla *lex specialis* corrisponde infatti all'utilità che l'amministrazione intende acquisire mediante la procedura, ferme ulteriori utilità da elementi dell'offerta che il bando non preconstituisce e rimette alle scelte organizzative dell'operatore economico che partecipa alla gara, e che concorrono, nella misura in cui si innestano sul livello delle componenti necessarie dell'offerta, al raggiungimento di un livello di qualità da poi comparare con le parallele offerte e graduare al fine della selezione del miglior contraente: la presenza di uno specifico quadro esigenziale, quello riflesso nella *lex specialis*, è quindi presupposto immanente a qualsiasi gara pubblica, la cui causa consiste nell'approvvigionare, mediante il più conveniente dei possibili contratti, la pubblica amministrazione delle opere, dei beni o dei servizi di cui effettivamente necessita nell'interesse generale, non nel mero mettere a disposizione delle imprese interessate un'occasione ordinaria di lavoro da modulare sulle loro preferenze organizzative (Cons. Stato, V, 2 marzo 2022, n. 1486; 20 aprile 2020, n. 2486). Questo è effetto del tutto estraneo al principio di equivalenza, che presuppone che le offerte formulate sulla sua base siano comunque capaci di conseguire il fine ultimo dell'affidamento come individuato dalla stazione appaltante.

3.5. La questione si sposta quindi sul quesito di se il primo giudice abbia o meno errato nel ritenere l'unicità delle caratteristiche della barriera NDBA.

La risposta deve essere negativa.

Il Tar, recependo le difese di Anas, ha evidenziato che la barriera NDBA:

a) è una "*barriera intelligente*", più evoluta dei sistemi in uso ("guardrail" e "New Jersey"), grazie a una bassa larghezza operativa e a una "*risposta dinamica eccellente*"; qualità che deriva dall'essere realizzata in calcestruzzo e con un unico cassero che consente di ottenere tutte le possibili configurazioni su strada (spartitraffico, bordo laterale e bordo ponte), nonché di uniformare tutte le predisposizioni per i sistemi di ancoraggio e di vincolo, con conseguente suo adattamento in maniera dinamica alla strada, in funzione degli spazi disponibili, dei livelli e del tipo di traffico, e dall'essere dotata di sensori tecnologici in grado di segnalare in tempo reale alle sale operative di controllo Anas il suo eventuale danneggiamento a seguito di incidente e di consentire l'immediata localizzazione dell'incidente; ulteriormente, è dotata di particolari luci a "led" integrate con i sensori che si attivano al momento dell'urto illuminandosi di colore rosso e segnalando il potenziale pericolo agli utenti che sopraggiungono;

b) ha superato positivamente tutti i “crash tests” previsti dalla normativa UNI-EN 1317, e cioè il TB11 e il TB81, prevedenti il primo l’urto di un’autovettura di massa 900 kg lanciata a una velocità di 100 km/h con un angolo di impatto di 20 gradi, il secondo l’urto di un autoarticolato di 38 tonnellate lanciato a 65 km/h con lo stesso angolo di impatto, e ha ottenuto la certificazione CE;

c) ha altresì superato *“anche una prova unica nel suo genere, consistita nel rilanciare un altro mezzo pesante di 38 tonnellate sullo stesso punto della barriera incidentata: anche questa prova è stata brillantemente superata, ottenendo ancora un W2, ossia una larghezza operativa molto contenuta, dimostrando che questa barriera unica al mondo è in grado di resistere egregiamente anche a due eventi”* contemporanei o immediatamente successivi;

d) è rapida da installare, in quanto appoggiata direttamente allo strato di usura della pavimentazione e non necessita quindi di apposite strutture di fondazione; ha costi di installazione e manutenzione ordinaria contenuti e presenta altresì una linea di demarcazione che la rende maggiormente visibile in condizioni di scarsa visibilità, caratteristiche dovute anche all’innovativo *“metodo di collegamento dei vari elementi modulari”* rispetto ai *“normali dispositivi di ritenuta”*, che, come a esempio i moderni “New Jersey”, sfruttano un tradizionale vincolo a cerniera, che causa la rotazione relativa tra i vari elementi e di conseguenza una deflessione maggiore.

Si tratta di notazioni che (salvo quanto nell’immediato seguito) il motivo sostanzialmente non smentisce, limitandosi a sostenere che tali caratteristiche prestazionali sono comuni a molti prodotti esistenti sul mercato, tra i quali quelli dell’appellante.

3.6. L’unica contestazione mossa dal motivo alla predetta descrizione riguarda il superamento del doppio “crash test” di cui al punto c) del capo che precede, caratteristica prestazionale che il Tar ha ritenuto assente nei prodotti dell’appellante, in quanto questa non la ha rivendicata.

Al riguardo, la società osserva come Anas non abbia chiarito le relative modalità di esecuzione (se, a esempio, la barriera sia stata ripristinata o meno dopo il primo scontro), e come in assenza *“di norme standard europee e di una procedura descritta in dettaglio negli atti di gara”*, nonché *“in assenza di un brevetto”*, si tratti di un test non riproducibile.

La contestazione non persuade, sia perché riguarda uno solo degli elementi di innovatività del prodotto per cui è causa siccome accertati dal primo giudice, sia perché correlata all’asserzione che il prodotto non sia stato brevettato, circostanza che è sconfessata dagli atti di causa.

Anas, infatti, ha depositato in data 26 gennaio 2022 l’attestato di brevetto per invenzione industriale del Ministero dello sviluppo economico n. 102019000016088, avente a oggetto la barriera stradale in parola, rilasciato il 23 agosto 2021 su istanza depositata l’11 settembre 2019.

E non convince sul punto la circostanza, evidenziata dall'appellante nella successiva memoria del 22 febbraio 2022, che nel corso del relativo procedimento, e proprio durante le fasi di svolgimento della gara, il competente Ufficio brevetti del Mise aveva respinto la domanda per “carezza di attività inventiva”, sicchè Anas aveva dovuto modificarne la presentazione, né sono conducenti tutte le deduzioni in punto di diritto svolte nella stessa memoria per sostenere che l'ottenimento di tale brevetto, peraltro acquisito successivamente alla gara, non vale da solo a dimostrare l'unicità della barriera NDBA in termini di sicurezza.

Sul tema, si rileva innanzitutto come proprio l'appellante abbia speso nelle sue difese (da ultimo, nel motivo in esame, in rapporto alla richiesta istruttoria avanzata nell'atto di appello di acquisire il brevetto e ogni altra indicazione utile a verificare l'unicità della barriera NDBA) l'argomentazione secondo cui *“L'esistenza di un brevetto potrebbe essere senz'altro utile a giustificare le tesi di ANAS in merito alla presunta unicità del prodotto, ma un rigetto della domanda di brevetto – qualora presentata – sarebbe certamente la prova perfetta in merito alla insussistenza delle caratteristiche che renderebbero unico il prodotto in questione, escludendo la possibilità, anche in astratto, di qualsivoglia equivalenza”*: sicchè il brevetto poi rilasciato, e per “invenzione”, nella stessa prospettiva assunta dalla deducente, non può che risultare significativo.

Ma ciò che è dirimente al fine di ritenere in questa sede irrilevante, anche al di là della disamina della loro fondatezza, ogni questione prospettata dall'appellante in ordine al brevetto conseguito da Anas – ivi comprese: quella del suo ottenimento successivamente alla gara, e anche alla sentenza impugnata, ma, va sottolineato, sulla base di una richiesta che è antecedente alla pubblicazione della *lex specialis* in contestazione, e dalla quale decorre la protezione assicurata dalla registrazione, come dispone l'art. 37 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, *Codice della proprietà industriale*; quella ulteriore dell'arresto procedimentale, che è evenienza fisiologica di qualsiasi procedimento, anche di quello di cui si discute, come testimonia l'art. 172 comma 2 dello stesso d.lgs. 30/2005; quelle esplicitate nella memoria difensiva depositata il 25 febbraio 2022, ove si afferma sulla base di una serie di osservazioni che la barriera brevettata è una *“comune barriera, uguale a quelle già presenti nel mercato”* – è che il Tar ha fondato le sue conclusioni non sulla pendenza del relativo procedimento, che pure era stata segnalata da Anas in primo grado, come dà atto la stessa appellante, bensì sull'autonomo apprezzamento delle caratteristiche innovative del prodotto, siccome illustrate da Anas e ritenute non efficacemente smentite dalla società.

E su tale percorso argomentativo il Collegio non può che concordare, riproponendosi in appello quanto alla questione dell'unicità della barriera NDBA quelle stesse argomentazioni insufficienti già sviluppate (e respinte) in primo grado.

3.7. Per tale ultima considerazione, e comunque stante l'avvenuto deposito del brevetto per "invenzione" (art. 45 d.lgs. 30/2005) da parte di Anas, non vi è luogo per disporre l'istruttoria pure avanzata nel motivo, che, in definitiva, va respinto.

4. Con il secondo motivo l'appellante sostiene che il confronto tra l'Allegato N, recante le specifiche tecniche della barriera NDBA, e la norma europea EN 1317 di riferimento della materia (segnatamente, parti seconda, quinta e allegato ZA), che individua standard comunitari, misura le prestazioni del prodotto e dà a ciascuna di esse una valutazione fondata sulla performance, farebbe emergere che il prodotto di Anas, nelle diverse categorie considerate nella *lex specialis* ("NDBA Spartitraffico Asphalt"; "NDBA Bridge"; "NDBA Spartitraffico Concrete"), non solo non ha caratteristiche e prestazioni uniche ma è analogo e persino inferiore ai prodotti DeltaBloc, in quanto: i due prodotti sono del tutto equivalenti quanto al livello di contenimento e alla severità dell'urto; i prodotti DeltaBloc sono prevalenti quanto alle caratteristiche della larghezza operativa normalizzata (W2 contro W3 del modello Bridge), della deflessione dinamica normalizzata (0.1 contro 0.2, dati specificati nella memoria depositata il 22 febbraio 2022) e della intrusione del veicolo (V15 contro V16 e V18); nessuna caratteristica di sicurezza vedrebbe pertanto la prevalenza delle barriere Anas.

Sicché, per l'appellante, non è chiaro come il primo giudice abbia potuto sostenere la superiorità e l'unicità del prodotto Anas.

4.2. Il motivo non può trovare favorevole considerazione, sia perché strettamente correlato al primo, rivelatosi infondato anche alla luce delle caratteristiche innovative della barriera NDBA come sopra evidenziate dal primo giudice, sia perché, come correttamente rilevato da Anas, la norma EN 1317 non può rappresentare l'unico parametro oggettivo per la valutazione delle caratteristiche e delle prestazioni di una barriera di sicurezza stradale, individuando esclusivamente quelli che sono gli standard fissati a livello comunitario affinché una determinata barriera possa conseguire la certificazione CE, sicché la mera conformità del prodotto ai predetti standard può non soddisfare le maggiori esigenze di sicurezza richieste dal gestore stradale assicurate dalla barriera NDBA mediante requisiti non misurabili mediante i crash test di cui alle norma EN 1317.

Bene ha fatto pertanto il primo giudice a fondare le sue conclusioni su tali requisiti, e a lasciare "*in disparte ogni altra questione (tra cui, a es., quella dell'avvenuta brevettazione o della portata della normativa tecnica armonizzata quale parametro di raffronto tra prodotti omologhi...*".

4.3. Il motivo in esame si ricollega, nella parte finale, alla contestazione relativa alla richiesta da parte della legge di gara della qualificazione per la categoria OS 13, che forma oggetto principale del quarto motivo, al quale pertanto, sul punto, conviene rinviare.

4.4. In definitiva, il secondo motivo deve essere respinto.

5. Con il terzo motivo l'appellante attacca la parte della sentenza in esame che, come detto, nel ritenere l'innovatività del prodotto Anas per cui è causa, ha dato un qualche rilievo al doppio crash test (ritenuta prova unica nel suo genere e consistente *“nel rilanciare un altro mezzo pesante di 38 tonnellate sullo stesso punto della barriera incidentata: anche questa prova è stata brillantemente superata, ottenendo ancora un W2, ossia una larghezza operativa molto contenuta, dimostrando che questa barriera unica al mondo è in grado di resistere egregiamente anche a due eventi”* contemporanei o immediatamente successivi), rilevando come non vi fosse alcuna dimostrazione che i prodotti DeltaBloc possedessero tale requisito.

L'appellante, ribadita ancora una volta l'equivalenza tra i prodotti Anas e i propri, e anzi la prevalenza di questi ultimi, osserva che: la *lex specialis* di gara non fa alcun riferimento a tale caratteristica prestazionale, sicchè la società al riguardo non era tenuta a dimostrare alcunchè, trattandosi di un mero argomento difensivo giudiziale di Anas; laddove tale caratteristica fosse stata effettivamente registrata, il prodotto di Anas avrebbe ottenuto maggiori punteggi nell'ambito della normativa tecnica europea di riferimento; si tratta di un rischio (due urti simultanei) irrealistico; anche la barriera DeltaBloc ha le medesime caratteristiche di resistenza, ancorchè mai testata, perchè *“si tratta di una circostanza mai presa in considerazione”* dai produttori e dagli enti accertatori, atteso che le dinamiche di un incidente porta a escludere il caso del doppio urto simultaneo; non esistono standard europei di riferimento; non si comprenderebbe quindi quale metodologia abbia adottato Anas per l'effettuazione di tale test e quale rilevanza possa avere un eventuale test autoprodotta, eseguito al di fuori di ogni standard ufficiale; anche l'appellante sottopone le proprie barriere allo stesso test, non trattandosi *“di una ‘prima mondiale’ come erroneamente creduto dal Tar”* bensì di un parametro non rientrante in quelli di certificazione, perchè superfluo e non valutato dalle normative di settore; il test sarebbe stato comunque effettuato nella sua integralità solo sulla barriera *“NDBA Spartitraffico Asphalt”*, ciò che comprova la sua inutilità sotto il profilo tecnico; laddove esso fosse rilevante, sarebbe stato considerato dalla norma EN 1317; il Tar avrebbe sbrigativamente liquidato tutte queste questioni con il richiamo al *“prudente apprezzamento dell'autorità di settore”*, ruolo peraltro attribuito ad Anas senza alcuna ulteriore specificazione e che l'Ente non può vantare, almeno non in senso tecnico, e che comunque non le attribuirebbe il potere di *“spezzare”* il vincolo di armonizzazione delle norme sovranazionali e nazionali; in materia trova applicazione la sola normativa europea (art. 2 comma 4 d.m. 28 giugno 2011); in subordine, Anas dovrebbe verificare con la stessa tecnologia utilizzata per le proprie barriere anche le altre barriere esistenti sul mercato, esplicitandone le regole, prova che, qualora

procedimentalizzata in una normativa tecnica o dettagliatamente documentata e regolamentata dalla normativa di gara (che sul punto però nulla dice), l'appellante si dichiara pronta a effettuare.

In conclusione, per l'appellante la sentenza è errata in quanto attribuisce ad Anas un ruolo non codificato di "autorità di settore" e il compito di decidere se sia o meno significativo ai fini della sicurezza il superamento del crash test sul doppio urto simultaneo, e perché non si avvede che: si tratta di un test non standardizzato, anche nella metodologia, e quindi irrilevante ai fini della certificazione ufficiale in termini di sicurezza; Anas ha affermato che allo stato nessuna barriera al mondo può superare tale test senza aver tuttavia consentito a nessuno di effettuarlo. Il motivo confida quindi un chiarimento in sede di appello sui predetti punti.

5.1. Tutte tali censure non sono conducenti.

5.2. Il motivo in esame fonda con tutta evidenza sul presupposto che il Tar, nell'accertare l'innovativa del prodotto Anas, si sia fundamentalmente basata sul doppio crash test di cui si discute.

Ma si tratta di un presupposto erroneo, come attestato dalla mera lettura della sentenza impugnata e delle parti salienti della stessa come riepilogate al capo 3.5. che precede.

Invero, gli aspetti di innovatività del prodotto ritenuti dal Tar sono molteplici, e in tale ambito il test di cui si discute risulta menzionato dal primo giudice quale evidenza (a titolo implicitamente esemplificativo) della mancata dimostrazione da parte dell'appellante dell'asserita equivalenza (e anzi superiorità) dei propri prodotti rispetto a quelli posti a gara.

Sicchè, anche laddove la censura in esame si rivelasse fondata sotto uno dei profili di cui si compone, essa, contrariamente a quanto sembra ritenere l'appellante, non potrebbe mai condurre alla riforma della sentenza impugnata, che resterebbe comunque inalterata per tutti gli altri aspetti considerati dal primo giudice e non confutati nel motivo.

Anche l'accertamento della eventuale erroneità della qualifica di "autorità di settore" attribuita dal Tar ad Anas sempre nel percorso argomentativo relativo al doppio crash test è del tutto insuscettibile di arrecare una qualsiasi utilità all'appellante, dal momento che essa, nella logica della sentenza appellata, e per le ragioni indicate al precedente capo 3.4, è del tutto interscambiabile con quella di "stazione appaltante", qualifica che nel caso di specie non può certo negata ad Anas, e che delinea anche con maggiore valenza di quella utilizzata dal primo giudice la discrezionalità esercitata dall'Ente in tema di individuazione del quadro esigenziale da soddisfare con la gara *de qua*.

Tanto premesso, non sembra comunque irrilevante richiamare le difese svolte sul punto da Anas, che, ribadito che l'accordo quadro di cui trattasi riguarda non la produzione, fornitura e posa in

opera di barriere generiche aventi caratteristiche prestazionali “equivalenti”, bensì la realizzazione di una specifica tipologia di barriera, progettata “in house” e (poi) brevettata, quale unica idonea, secondo la valutazione tecnica squisitamente discrezionale che le pertiene, a garantire al meglio la sicurezza della strada, evidenzia che il fatto che i concorrenti non sono stati chiamati a dimostrare di poter realizzare barriere resistenti anche sotto tale profilo è caratteristica “immanente” della gara, e quindi ampiamente giustificata, così come per le stesse ragioni si giustifica il fatto che la relativa argomentazione sia stata spesa, insieme ad altre, solo in sede di difesa in giudizio.

Anas osserva ancora l’irrelevanza ai fini di cui trattasi della mancata previsione da parte delle norme armonizzate EN1317-5 del doppio crash test in parola, in quanto la caratteristica con esso attestata, oltre a non esaurire come visto gli aspetti di unicità della barriera NDBA, si rivela un maggior requisito in termini di tutela della sicurezza del traffico veicolare, ovvero un innalzamento degli standard minimi di sicurezza normativamente prefissati, che è meritevole di attenzione e apprezzamento da parte dell’Ente, che quale gestore di una rilevante parte della rete stradale statale, è responsabile delle relative condizioni di sicurezza in correlazione al corrispondente interesse pubblico, e rileva, quanto all’asserita implausibilità della fattispecie valutata con il test di cui si discute, sull’impossibilità di prevedere la dinamica di qualsivoglia incidente stradale.

Si tratta di argomentazioni logiche e condivisibili, che resistono alle censure formulate nel motivo.

5.3. In definitiva, il terzo motivo deve essere respinto.

6. Il quarto motivo concerne la scelta di Anas di chiedere ai concorrenti anche la qualificazione per la categoria OS13 (relativa alla produzione in stabilimento industriale e montaggio in opera di strutture prefabbricate in cemento armato normale o precompresso) in luogo della sola categoria OS12 pure richiesta (relativa a fornitura, posa in opera, manutenzione o ristrutturazione di dispositivi quali barriere, attenuatori d’urto, recinzioni e simili, finalizzati al contenimento e alla sicurezza del flusso veicolare stradale), a suo tempo contestata dalla odierna appellante con il secondo motivo di ricorso.

Il Tar ha ritenuto il motivo in parola con la seguente motivazione: *“DeltaBloc è un’impresa stabilita in altro Stato UE e dunque non possiede una qualificazione SOA. Essa non trarrebbe, dunque, alcuna utilità dall’accoglimento del motivo in esame, potendo dimostrare la sua adeguata qualificazione (in caso di partecipazione alla gara) mediante ‘altri mezzi di prova equivalenti all’attestazione di qualificazione in corso di validità rilasciata da una S.O.A.’ (così la nota di chiarimenti del 29.7.2020, lett. l, all. 5-4 res. dep. 31.7.2020, sugli operatori economici stabiliti in Paesi membri dell’Unione Europea e sulla possibilità di comprova dei requisiti di capacità tecnica e professionale previsti dalla lex specialis). Dispone in tal senso il par. 7.3 del disciplinare di gara*

del 29.7.2020 (all. 6-5 res.), secondo cui “[a]i sensi di quanto previsto dagli artt. 45 e 49 del D. Lgs. 50/2016, i requisiti di capacità tecnica e professionale possono essere dimostrati mediante dichiarazione sostitutiva, o altra modalità conforme alle normative vigenti nei rispettivi paesi, idonea a dimostrare in termini di equivalenza il possesso del requisito prescritto dal presente paragrafo. Per i concorrenti aventi sede legale in uno dei Paesi dell’Unione europea e i concorrenti aventi sede legale in paesi non appartenenti all’Unione europea che hanno sottoscritto accordi internazionali di cui all’art. 49 del D. Lgs. 50/2016, le dichiarazioni sostitutive, se conformi alle normative vigenti nei rispettivi paesi, si redigono ai sensi degli articoli 46 e 47 del D.P.R. 445/2000. Il requisito, come sopra dimostrato, dovrà essere comprovato secondo le disposizioni di cui all’art. 86 e all’allegato XVII, parte II, del Codice”.

Ad avviso della deducente, questa motivazione sarebbe errata in quanto, ferma restando la possibilità di dimostrare l’adeguata qualificazione mediante mezzi diversi dalla SOA, nell’ottica della società è comunque diverso dover dimostrare il possesso di requisiti equivalenti alla categoria OS12A rispetto a quelli equivalenti alla categoria OS13.

Si tratta peraltro di una difesa che la società ha già speso in primo grado, e che il Tar ha respinto osservando che *“Questa argomentazione è però generica, perché l’interessata avrebbe dovuto dedurre di non possedere comunque, nonostante le modifiche intervenute, (o di non essere in grado di dimostrare il possesso di) requisiti equivalenti a quelli richiesti dalla lex specialis; ciò che costituisce allegazione imprescindibile ai fini dell’ammissibilità della doglianza (altrimenti non emergendo la portata “escludente” dei requisiti di capacità indicati dalla lex specialis)”.*

Ma, per la società, anche questa ulteriore argomentazione non è corretta, in quanto contrastante con un non meglio precisato parere Anac che ha affermato l’erroneità di un bando avente oggetto analogo a quello di cui si discute e prevedente una identica limitazione della partecipazione a scapito di soggetti che non sono produttori di barriere e che non se ne sono mai occupati. Inoltre, la società evidenzia che le aziende qualificate per la categoria OS13 sono certificate per la produzione di strutture prefabbricate secondo gli standard generali e gli standard procedurali per il calcestruzzo, mentre la categoria OS12A riguarda specificamente la produzione di barriere di sicurezza, cui si applicano le prevalenti norme comunitarie tecniche specifiche già sopra richiamate: con la conseguenza che un’impresa certificata OS13 è in grado di produrre strutture prefabbricate secondo gli standard generali, ma non secondo gli standard specifici di prodotto UNI EN 1317-5. La società conclude quindi che tale prescrizione, oltre a essere contraria agli artt. 30 e 83 del Codice dei contratti pubblici, è di fatto un *“furbo meccanismo teso a escludere integralmente gli operatori del mercato dalla procedura, riservando il campo a meri costruttori di prefabbricati”.*

6.1. Anche tale ultimo motivo è infondato e va respinto.

6.2. Il bando di gara in esame è stato oggetto, oltre che dell'impugnativa dell'odierna appellante, di altro ricorso, definito dalla Sezione prima del Tar Lazio con sentenza n. 2869/2021, confermata da questa Sezione del Consiglio di Stato con la decisione n. 6666/2021, che ha affrontato approfonditamente proprio le questioni ora in trattazione, in quanto esse costituivano l'unico tema di quel giudizio, pervenendo a conclusioni da cui il Collegio, condividendole pienamente, non ritiene di discostarsi.

In particolare, nella sentenza appena citata questa Sezione, premesso che l'oggetto della gara non consiste nella fornitura e posa in opera di generiche barriere stradali, bensì nella produzione della barriera in calcestruzzo NDBA progettata da Anas sulla base di precise specifiche tecniche fornite dalla stazione appaltante e nella successiva fornitura e posa in opera della stessa (da cui anche la rilevanza della scelta del materiale con il quale realizzarle):

– ha affermato che *“Il contenuto della documentazione di gara presuppone, evidentemente, che i concorrenti siano prima di tutto dotati della capacità di produrre e mettere in opera manufatti in calcestruzzo e sistemi di prefabbricazione. Coerente con tale contenuto è perciò la richiesta del possesso della categoria specialistica prevalente OS 13, dato che questa è relativa alla strutture prefabbricate in cemento armato e riguarda proprio la ‘produzione in stabilimento industriale ed il montaggio in opera di strutture prefabbricate in cemento armato normale o precompresso’ diversamente dalla categoria OS 12-A, che riguarda la ‘fornitura, posa in opera e manutenzione o ristrutturazione dei dispositivi quali barriere, attenuatori d’urto, recinzioni e simili, finalizzati al contenimento ed alla sicurezza del flusso veicolare stradale’. Anas non ha bandito la gara per conseguire, in via principale, tali ultime attività di posa in opera delle barriere stradali, ma per affidare la produzione di un prodotto in calcestruzzo innovativo che appunto rientra a pieno titolo tra le ‘strutture prefabbricate in cemento armato normale o precompresso’, per le quali la produzione in stabilimento industriale ed il montaggio in opera sono di pertinenza degli esecutori dei lavori qualificati in categoria OS 13. La circostanza che la struttura in calcestruzzo abbia, nel caso specifico, la funzione di barriera stradale e quindi venga installata sulle strade e le autostrade non vale a rendere prevalenti i lavori di installazione su strada, né ad imporre la qualificazione degli appaltatori in categoria OS 12-A (relegando la OS 13 ai lavori di categoria scorporabile) poiché non connota in via prevalente l’oggetto dell’affidamento come sopra delineato”*;

– ha ulteriormente osservato che *“I requisiti di partecipazione devono essere attinenti ai lavori oggetto dell’appalto (arg. ex art. 83, comma 2, D.Lgs. n. 50 del 2016) e, per gli appalti di lavori, la ‘categoria prevalente’ è quella di importo più elevato (D.Lgs. n. 50 del 2016 art. 3 comma 1 lett.*

oo-bis)” e che il bando di cui si discute indica “*l’importo della categoria OS 13 come il più elevato per ogni singolo lotto*”.

Il che vale a fugare ogni dubbio sulla legittimità della prescrizione in parola.

Quanto invece al parere Anac genericamente invocato dall’odierna deducente (che è da individuarsi nell’avviso reso con delibera n. 1085 del 20 dicembre 2020, esaminato anche nel contenzioso definito dalla Sezione con la ridetta sentenza n. 6666/2021, cui pure sul punto si rimanda), si rileva che esso conclude affermando che “... *in linea generale – ferma restando la specifica competenza e responsabilità del progettista nell’individuazione delle categorie di lavorazioni da inserire nel bando di gara (e nella verifica della tipologia di barriere da richiedere in gara) e le differenti caratteristiche delle lavorazioni riconducibili nelle classifiche OS13 e OS12-A (sopra evidenziate) – laddove l’oggetto dell’affidamento riguardi specificamente i ‘lavori di fornitura, posa in opera e manutenzione o ristrutturazione delle barriere stradali’, la lex specialis dovrebbe opportunamente indicare, come categoria prevalente, la speciale categoria OS12-A*”.

Anche tale parere non consente quindi di aderire alle prospettazioni dell’appellante, atteso che dall’avviso in parola, che richiama la responsabilità del progettista nell’individuazione delle categorie di lavorazioni da inserire nel bando di gara e nella verifica della tipologia di barriere da richiedere, che stabilisce che “*la lex specialis dovrebbe...*”, e che comunque si riferisce ai soli appalti di fornitura, posa in opera e manutenzione o ristrutturazione delle barriere stradali, mentre l’affidamento in esame riguarda come detto, *in primis*, la loro costruzione, non può desumersi l’illegittimità della *lex specialis* in esame per non aver indicato come categoria prevalente la categoria OS12-A.

7. E’ invece inammissibile, come peraltro eccepito anche da Anas, la mera riproposizione del ricorso e dei motivi aggiunti di primo grado, che l’appellante ha fatto seguire, in asserita conformità all’effetto devolutivo dell’appello, ai motivi di ricorso, e ciò senza neanche assumere che su taluno di essi il Tar non si sia pronunciato.

Si rammenta che se, per l’effetto devolutivo dell’appello, l’omessa pronuncia su una o più censure proposte con il ricorso giurisdizionale è vizio dell’impugnata sentenza che il giudice di appello è legittimato a eliminare, integrando la motivazione carente o, comunque, decidendo sul merito della causa (tra tante, Cons. Stato, IV, 29 marzo 2021, n. 2611; VI, 22 gennaio 2021, n.666; V, 30 luglio 2020, n. 4856), in carenza di una siffatta omissione, che è onere dell’appellante rimarcare, non sussistendo una norma del Codice del processo amministrativo che imponga al giudice di appello di confrontare l’atto introduttivo del giudizio e la sentenza di primo grado, al fine di ricercare autonomamente eventuali carenze motivazionali di questa, il principio di specificità dei motivi di

impugnazione di cui all'art. 101 comma 2 Cod. proc. amm. impone invece che sia rivolta una critica puntuale alle ragioni poste a fondamento della sentenza appellata (ivi compresa l'omessa valutazione di uno o più motivi di ricorso), non essendo sufficiente la mera riproposizione dei motivi contenuti nel ricorso introduttivo: il giudizio di appello dinanzi al giudice amministrativo è infatti una *revisio prioris instantiae*, i cui limiti oggettivi sono segnati dai motivi di impugnazione (tra tante, da ultimo, Cons. Stato, V, 8 aprile 2021, n. 2843; 26 agosto 2020, n. 5208).

8. Resta da rilevare che l'appellante ha richiesto la rimessione alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 267 del TFUE, della questione pregiudiziale relativa alla compatibilità o meno tra le disposizioni comunitarie di settore (le prime 5 parti della norma UNI EN 1317 e la direttiva comunitaria 305/2011 nonché la direttiva 89/106/CEE) e gli atti delle norme italiane che attribuiscono all'Anas il potere di formulare criteri innovativi e diversi rispetto agli standard europei in termini di sicurezza delle barriere.

La richiesta va respinta, in quanto fondata sul presupposto che Anas avrebbe innovato il quadro normativo comunitario di settore, introducendo criteri di sicurezza non armonici con le disposizioni sovranazionali e al contempo impedendo la circolazione delle barriere conformi alle stesse, laddove si è già visto come Anas abbia messo a gara il prodotto da essa stessa progettato al fine di implementare, e non ignorare o modificare, gli standard europei di sicurezza delle barriere stradali.

9. Per tutto quanto precede l'appello va respinto.

Tuttavia, in considerazione della complessità e della (parziale) novità delle questioni trattate, le spese del grado possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese del grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 10 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

IL SEGRETARIO