

**APPALTI: Gara - Bando e lettera di invito - Prescrizioni in essi contenute - Rispetto e/o osservanza - Obbligo della stazione appaltante - Sussiste.**

**Cons. Stato, Sez. V, 31 gennaio 2023, n. 1100**

*“[...] l’amministrazione che indice una procedura selettiva è vincolata al rispetto delle previsioni della lex specialis della procedura medesima, le cui prescrizioni risultano intangibili e non possono essere modificate o disapplicate, salvo naturalmente l’eventuale esercizio del potere di autotutela. La stazione appaltante non conserva perciò alcun margine di discrezionalità nella concreta attuazione delle prescrizioni di gara, né può disapplicarle, neppure nel caso in cui alcune di tali regole eventualmente risultino inopportunamente o incongruamente formulate, salva la possibilità di procedere all’annullamento ex officio delle stesse [...]”.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lazio, di Laziocrea S.p.A. e di Cae S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2022 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Caccioppoli in proprio e per Rotelli, Caprio in sostituzione di Fusco, Tardella, Zoppellari;

Visto l’art. 36, comma 2, cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha respinto il ricorso proposto dalle società Leonardo s.p.a. (mandataria), Siap+Micros s.p.a. e Installazioni Impianti s.p.a. (mandanti) contro la Regione Lazio e LazioCrea s.p.a. e nei confronti della CAE s.p.a. per l’annullamento dell’aggiudicazione a quest’ultima della procedura ristretta indetta da LazioCrea, stazione appaltante per conto della Regione Lazio, per l’affidamento della fornitura di beni e servizi volti all’evoluzione, manutenzione ordinaria e straordinaria dell’attuale sistema di monitoraggio idrometeorologico della Regione Lazio.

1.1. Parte ricorrente, classificatasi seconda in graduatoria, aveva rappresentato diverse irregolarità dell’offerta dell’aggiudicataria sotto il profilo della pretesa non conformità dei dispositivi offerti alle prescrizioni richieste dalla *lex specialis* a pena di esclusione, denunciando vizi della valutazione effettuata dalla Commissione giudicatrice su aspetti tecnici dell’offerta.

1.2. Il tribunale, dato atto della costituzione e delle eccezioni preliminari della stazione appaltante, della Regione Lazio e della controinteressata CAE s.p.a., ha richiamato il principio di equivalenza di matrice comunitaria e la giurisprudenza sulla difformità dell'offerta rispetto alle caratteristiche tecniche previste nel capitolato di gara per i beni da fornire; ha affermato che la disciplina di gara richiamava *“esplicitamente anche il principio di equivalenza quale parametro della valutazione dell'aderenza dell'offerta ai requisiti richiesti”* e conteneva una clausola a tutela in caso di non rispondenza degli apparati ai requisiti e alle funzionalità offerte (art. 4.5 Fornitura e campionatura) essendosi riservata la stazione appaltante la facoltà di richiedere la sostituzione di apparati ritenuti dalla medesima non idonei alla perfetta esecuzione dell'appalto; ha valorizzato i *“chiarimenti”* resi da LazioCrea in data 4 novembre 2019, con la formale rettifica del par. 3.3.3.1 del Capitolato (di cui aveva dato atto anche la sentenza dello stesso T.a.r. del Lazio n. 678/2020 pronunciata a seguito del ricorso proposto da CAE avverso il bando).

1.3. Il tribunale è quindi passato ad esaminare le *“specifiche contestazioni”* della ricorrente, contenute nei sette motivi di ricorso, concernenti alcune delle caratteristiche tecniche della radio Motorola DP4601 offerta dalla controinteressata, in sintesi quanto alla gamma delle frequenze (primo motivo), all'inidoneità del funzionamento fra -30 e +60 gradi centigradi (secondo motivo), all'uso difforme dello strumento portatile rispetto a quello fisso (terzo motivo), alla carenza di micro-altoparlante (quarto motivo), nonché concernenti la mancata previsione dell'utilizzo nei terminali in ponte radio digitale di Switch LAN a 24 porte (quinto motivo), l'offerta di parabole e terminali in ponte radio non idonei a garantire una capacità di 100Mb/s (sesto motivo), l'adozione del protocollo CoAP, ritenuto non diffuso a livello internazionale, quindi determinante una situazione di *lock in*, vietata dal disciplinare (settimo motivo).

1.3.1. Giudicate infondate tutte le censure, il tribunale ha escluso profili di illogicità e di irragionevolezza nell'operato discrezionale della stazione appaltante ed ha altresì escluso – *“attesa la valenza generale del principio di equivalenza, richiamato espressamente e indifferentemente dalla disciplina di gara in relazione a tutte le caratteristiche, pur considerate ‘minime’ della fornitura”* – che vi fosse un qualsiasi elemento per ritenere un vero e proprio *aliud pro alio* idoneo a giustificare, di per sé, l'esclusione dalla selezione della società aggiudicataria.

1.4. Respinto il ricorso, le spese processuali sono state poste a carico della ricorrente e liquidate in favore della Regione Lazio, di LazioCrea e della controinteressata.

2. Le società Leonardo s.p.a., Siap+Micros s.p.a. e Installazioni Impianti s.p.a., in proprio e, rispettivamente, quali mandataria e mandanti del costituendo r.t.i., hanno proposto appello con otto motivi e riproposizione di domanda risarcitoria.

La Regione Lazio, la stazione appaltante LazioCrea e la società controinteressata CAE si sono costituite per resistere all'appello.

2.1. Con ordinanza cautelare n. 3637 del 2 luglio 2021 è stata respinta l'istanza di sospensione dell'esecuzione della sentenza appellata, rilevato che *“le questioni sottese agli articolati motivi di appello, per numero e complessità, meritano adeguata considerazione nella sede propria nel merito e che l'istanza cautelare non possa essere accolta per l'assorbente difetto di periculum in mora, in quanto [...] il contratto è stato stipulato ormai dall'ottobre 2020 e l'appalto è in fase di esecuzione, risultando perciò prevalente, nella comparazione degli opposti interessi, assicurare quello della Stazione appaltante alla continuità del rapporto contrattuale in corso di svolgimento”*.

2.2. Fissata l'udienza di merito dopo un rinvio d'ufficio, con ordinanza collegiale n.5088 del 21 giugno 2022 è stata disposta una verifica, affidando l'incarico, in qualità di verificatore, al Dirigente generale della Direzione generale per i servizi di comunicazione elettronica, di radiodiffusione e postali del Ministero dello Sviluppo Economico (MISE), con autorizzazione ad accedere al fascicolo di causa, nonché a delegare l'incarico ad altro funzionario della direzione o di una sua divisione.

2.3. Dopo il deposito della relazione di verifica e di ulteriori memorie e repliche delle parti, all'udienza del 15 dicembre 2022 la causa è stata discussa e assegnata a sentenza.

3. Va premesso che le prestazioni oggetto di appalto previste da disciplinare e capitolato tecnico e d'oneri sono le seguenti:

1. realizzazione e manutenzione di una rete radio DMR in banda UHF, integrata con l'attuale rete radiomobile asservita ai servizi di Protezione Civile e di Emergenza Sanitario 118 della Regione Lazio, specifica per il sistema di monitoraggio idrometeorologico;
2. fornitura e/o realizzazione *ad hoc* di un sistema informativo a supporto del personale CFR;
3. assistenza e manutenzione per 24 mesi, dalla data di collaudo con esito positivo, del sistema informatico e di tutte le apparecchiature;
4. assistenza e manutenzione delle diverse componenti (*software*/o *hardware*) del sistema di monitoraggio.

Inoltre, rileva ai fini della decisione che il disciplinare, al paragrafo 3 (*Oggetto del contratto e importo*), precisa che *“le condizioni, le modalità, i termini, le specifiche tecniche ed i livelli di attività contenuti nel Capitolato devono considerarsi a tutti gli effetti quali requisiti minimi di esecuzione e relative obbligazioni essenziali, che devono essere rispettati dai concorrenti in sede di partecipazione alla gara, pena l'esclusione dalla medesima, nonché in sede di esecuzione dell'appalto, pena l'applicazione delle relative penali e/o la risoluzione del Contratto medesimo”*.

Il paragrafo 12 (*Contenuto della busta B – Offerta tecnica*) del disciplinare prevede poi che l’offerta “...deve assicurare il rigoroso rispetto, a pena di esclusione, delle condizioni minime evidenziate nel Capitolato Tecnico, attraverso l’uso dei termini chiave “DEVE” – “OBBLIGATORIO”, fermo restando che altre eventuali non conformità rispetto a quanto previsto nel Capitolato Tecnico potranno comportare anche un giudizio di inidoneità complessiva dell’offerta” ed, ancora, che “L’offerta tecnica deve infatti rispettare le caratteristiche minime stabilite nel Capitolato, pena l’esclusione dalla procedura di gara, nel rispetto del principio di equivalenza di cui all’art. 68 del Codice”.

A tali previsioni del disciplinare di gara corrispondono le seguenti del capitolato tecnico:

– paragrafo 1.3 (*Termini chiave*): “Nel presente capitolato sono utilizzati i termini chiave “DEVE”, “OBBLIGATORIO”, “NON DEVE”, “VIETATO”, “DOVREBBE”, “CONSIGLIATO”, “NON DOVREBBE”, “SCONSIGLIATO”, “PUÒ”, “OPZIONALE”, con i quali si intende quanto specificato nella seguente Tabella:

*DEVE – OBBLIGATORIO* Definiscono elementi, requisiti, specifiche, condizioni, assolutamente necessari e inderogabili, che devono essere obbligatoriamente implementati/soddisfatti, fermo restando quanto specificato nel Disciplinare di gara in tema di esclusione dalla procedura di gara e nel seguito del presente documento in tema di verifiche e di penali e/o di risoluzione-recesso.“;

– paragrafo 3.3 (*Descrizione di beni e servizi*), ultimo periodo: “Si ribadisce inoltre che tutte le specifiche richieste nel seguito del presente capitolato tecnico con l’utilizzo del termine “DEVE – DEVONO” sono da ritenersi minime, quindi saranno escluse dalla gara le offerte che non dimostrino di rispettare tali caratteristiche minime.“.

In particolare, poi, il paragrafo 3.3.3. (*Caratteristiche delle apparecchiature*) detta requisiti minimi puntuali da rispettare nella formulazione delle offerte di fornitura delle apparecchiature, alcuni dei quali sono stati oggetto delle censure di parte ricorrente, qui appellante.

Va precisato che la rettifica del 4 novembre 2019 richiamata nella sentenza gravata ha riguardato il paragrafo 3.3.3.1, capoverso IX del capitolato, sul requisito di interfaccia locale delle stazioni ripetitrici, non oggetto di censura.

Il RTI Leonardo ha infatti contestato l’aggiudicazione della gara in favore di CAE con sette motivi di ricorso, riferiti rispettivamente a sette dei più numerosi requisiti tecnici richiesti dal capitolato tecnico a pena di esclusione, mediante l’impiego dell’espressione verbale “DEVE” o dell’aggettivo “OBBLIGATORIO”.

4. I primi sette motivi di appello ripropongono le corrispondenti censure del primo grado, criticandone il rigetto. L’ottavo denuncia la violazione e/o erronea applicazione dei presupposti di

legittimità dell'esercizio della discrezionalità tecnica della stazione appaltante e la violazione e/o erronea applicazione del c.d. principio di equivalenza di cui all'art. 68 del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché la violazione dei principi di libera concorrenza e *par condicio* tra i partecipanti alle gare.

Logicamente preliminare è l'esame dell'ottavo motivo e delle censure di violazione dell'art. 68 del d.lgs. n.50 del 2016, contenute anche nel primo motivo.

4.1. Parte appellante critica, nella prima parte del primo motivo:

– l'affermazione della sentenza basata sul richiamo contenuto nella disciplina di gara al principio di equivalenza, indicato dal primo giudice come “*parametro della valutazione dell'aderenza dell'offerta ai requisiti richiesti*”. L'appellante osserva come il riferimento dell'art. 12 del disciplinare di gara all'art. 68 del *Codice dei contratti pubblici* non potrebbe, di per sé solo, svilire il chiaro contenuto prescrittivo delle plurime norme di gara che hanno imposto, a pena di esclusione, determinate caratteristiche tecniche del prodotto di cui si discute; quindi lo stesso appellante evidenzia la contraddittorietà della sentenza nella parte in cui fa applicazione del principio di equivalenza “sebbene” le censure della ricorrente riguardassero “*la non conformità del dispositivo offerto ai requisiti minimi previsti dalla lex specialis*” (come è detto in motivazione);

– il richiamo, da parte del primo giudice, del paragrafo 4.5 del Capitolato, che, secondo l'appellante sarebbe clausola avente come unico obiettivo quello di consentire alla stazione appaltante di pretendere l'esecuzione del servizio secondo i requisiti fissati dalla *lex specialis*;

– la non pertinenza dei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante in data 4 novembre 2019, in quanto riguardanti requisiti tecnici non in contestazione, e la conseguente erroneità dell'affermazione del primo giudice secondo cui questi avrebbero determinato un ragionevole affidamento in capo al concorrente relativamente all'interpretazione del disciplinare di gara.

4.1.1. Quindi, con l'ottavo motivo, parte appellante critica le considerazioni conclusive della sentenza.

Queste hanno escluso profili di illogicità ed irragionevolezza nelle scelte della stazione appaltante affermando che le valutazioni tecniche della commissione giudicatrice sarebbero insindacabili, tenendo conto del già detto principio di equivalenza e del fatto che il “rigido automatismo” dell'esclusione in caso di offerta di *aliud pro alio* “*opera solo nel caso in cui le specifiche tecniche previste nella legge di gara consentano di ricostruire con esattezza il prodotto richiesto dall'Amministrazione e quindi di individuare in maniera analitica ed inequivoca determinate caratteristiche tecniche come indefettibili*”, mentre, secondo il tribunale, questa certezza non vi sarebbe stata nel caso di specie.

Per contro, l'appellante osserva, in primo luogo, che sarebbe stata erroneamente richiamata la discrezionalità tecnica della stazione appaltante in presenza di prescrizioni puntuali della legge di gara; in secondo luogo, che altrettanto erroneamente sarebbe stato richiamato il principio di equivalenza, per le ragioni già illustrate col primo motivo.

4.2. Le censure sono fondate.

4.2.1. Il principio di equivalenza non può essere invocato per ammettere offerte che, sul piano oggettivo e funzionale, non rispettino le caratteristiche tecniche obbligatorie previste nel capitolato di appalto (cfr. Cons. Stato, III, 28 settembre 2018, n. 5568), poiché il richiamo al principio di equivalenza in un siffatto caso avrebbe *“l'effetto di distorcere l'oggetto del contratto, al punto da consentire ai partecipanti di offrire un bene radicalmente diverso rispetto a quello descritto nella lex specialis, così finendo per rendere sostanzialmente indeterminato l'oggetto dell'appalto 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, V, 25 luglio 2019, n. 5258, ribadita da Cons. Stato, III, 9 febbraio 2021, n. 1225 e, di recente, da Cons. Stato, V, 20 giugno 2022, n. 5034).

Né in senso diverso si può argomentare, nell'appalto *de quo*, perché la legge di gara richiama il principio di equivalenza.

Per come fatto palese dal testo dell'art. 12 del disciplinare di gara, riprodotto anche nella sentenza appellata (*L'offerta tecnica deve ... rispettare le caratteristiche minime stabilite nel Capitolato, pena l'esclusione dalla procedura di gara, nel rispetto del principio di equivalenza di cui all'art. 68 del Codice*), il principio di equivalenza è stato inteso dalla stazione appaltante e recepito dalla *lex specialis* così come previsto dall'art. 68 del d.lgs. n. 50 del 2016 di diretta derivazione comunitaria.

Nel caso di specie rilevano i commi 7 e 8 in riferimento rispettivamente alle specifiche tecniche di cui al comma 5, lett. b) e lett. a): la prima fattispecie si configura quando la stazione appaltante ha formulato le specifiche tecniche mediante riferimento a specifiche norme (in ordine di preferenza, alle norme che recepiscono norme europee, alle valutazioni tecniche europee, alle specifiche tecniche comuni, alle norme internazionali, ad altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione); la seconda quando le specifiche tecniche sono state formulate in termini di prestazioni o requisiti funzionali precisi (ai sensi del comma 5, lett. a) e i lavori, i servizi o le forniture offerti dal concorrente sono conformi a specifiche norme (o agli altri parametri di riferimento indicati al comma 8). In tali situazioni è consentito al concorrente di dimostrare rispettivamente che le soluzioni dallo stesso proposte ottemperano in maniera

equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche ovvero che le norme di riferimento contemplano le prestazioni o i requisiti funzionali prescritti dalle specifiche tecniche.

In sintesi, l'equivalenza presuppone una comparazione *tra requisiti* prestazionali o funzionali quali definiti da *standard* tecnico-normativi -espressi in termini di certificazione, omologazione, attestazione o altrimenti- che possono essere posseduti anche da beni e servizi privi di tali certificazioni od omologazioni e viceversa (cfr., tra le tante, Cons. Stato, III, 9 febbraio 2021, n. 1225 cit.).

Nel caso di specie, ad esempio, considerando il punto del capitolato speciale in contestazione (punto 3.3.3.3.2, comma 1), il principio di equivalenza, ex art. 68, comma 7, potrebbe essere riferito alla previsione, contenuta nella prima parte, della necessaria conformità delle apparecchiature offerte allo "*standard europeo ETSI DMR*", ma non alla richiesta, immediatamente successiva, quali "requisiti tecnici", di precise caratteristiche delle stesse apparecchiature, che definiscono la tipologia di bene (apparati radio) che la stazione appaltante intende acquisire.

La stazione appaltante, infatti, nell'esercizio della discrezionalità che caratterizza la predisposizione della legge di gara, non si è limitata a richiedere apparecchiature in grado di fornire determinate prestazioni, ma ha indicato caratteristiche strutturali e funzionali intrinseche che avrebbero dovuto obbligatoriamente essere possedute, per quanto qui rileva, dai terminali ricetrasmittenti previsti presso tutte le stazioni periferiche di rilevamento.

Rispetto a requisiti tecnici puntualmente individuati dal capitolato speciale mediante rinvio ad unità di misura comuni (*gamma di frequenza, modo di funzionamento semiduplex, tipo di modulazione, canalizzazione, temperatura di funzionamento, potenza Tx nominale, sensibilità Rx, assorbimento in Rx*) non è invocabile il principio di equivalenza, poiché se il prodotto offerto non possiede una o più delle caratteristiche richieste non è conforme all'oggetto del contratto, senza che rilevi che sia "equivalente" al prodotto che possiede la caratteristica richiesta quanto alla sua funzionalità, cioè all'idoneità ad effettuare la prestazione contrattuale.

In tale caso infatti, anche se la mancanza del requisito richiesto potrebbe non produrre alcun danno in capo alla stazione appaltante (che quindi avrebbe richiesto un requisito eccessivo o superfluo), viene compromessa la *par condicio* dei concorrenti, in danno di coloro che hanno rispettato tutte le caratteristiche di minima della *lex specialis*, affrontandone i costi.

Le censure del r.t.i. ricorrente attengono appunto ad alcune di tali caratteristiche tecniche richieste come obbligatorie dalla legge di gara e denunciate come del tutto mancanti negli apparati radio DMR offerti da CAE.

Vanno pertanto accolte le critiche mosse dall'appellante riguardo all'applicazione fatta in sentenza dell'art. 68 del d.lgs. n. 50 del 2016 e della clausola del disciplinare di gara che lo richiama.

4.2.2. Va inoltre esclusa, nella fase della gara, qualsivoglia rilevanza della clausola di cui al punto 4.5 del capitolato (*Fornitura e campionatura*), riguardante la corrispondenza tra la campionatura presentata in gara e “*quella che sarà effettivamente adoperata dall'appaltatore in sede di appalto*”. La clausola attiene all'inidoneità delle apparecchiature riscontrata nella *fase esecutiva* dell'affidamento, la quale all'evidenza presuppone che le apparecchiature indicate e descritte nell'offerta tecnica fossero ammissibili e corrispondenti ai requisiti prescritti, perciò valutate nella *fase ad evidenza pubblica di selezione del contraente*.

4.2.3. Parimenti ininfluenti ai fini della decisione è la rettifica di cui ai chiarimenti del 4 novembre 2019.

Essa non avrebbe potuto indurre alcun legittimo affidamento in capo al concorrente sull'ammissibilità dell'offerta di apparecchi radio privi dei requisiti richiesti, sia perché, come detto, i chiarimenti si riferivano a requisiti delle stazioni ripetitrici non oggetto di contestazione nel presente giudizio, sia perché non hanno modificato gli articoli del disciplinare e del capitolato speciale (tra cui quelli sopra testualmente riportati, ma anche altri), che ripetutamente affermavano che i requisiti tecnici indicati come “obbligatorî” dalla *lex specialis* erano considerati essenziali e che la loro mancanza avrebbe comportato l'esclusione del concorrente.

4.3. Poiché tali prescrizioni della *lex specialis* non sono state eliminate in autotutela né sono state impugnate in via incidentale, si tratta di verificare se i requisiti tecnici contestati fossero o meno presenti negli apparati radio DMR di CAE oggetto dei primi quattro motivi e nei dispositivi oggetto dei restanti tre.

Nell'effettuazione di tale verifica non rilevano i limiti del sindacato giurisdizionale sulla c.d. discrezionalità tecnica della stazione appaltante perché va fatta applicazione di prescrizioni della legge di gara, che, riguardando requisiti della fornitura puntualmente descritti, hanno portata *autovincolante* per la stessa stazione appaltante, alla stregua del principio, che si intende ribadire, secondo cui l'amministrazione che indice una procedura selettiva è vincolata al rispetto delle previsioni della *lex specialis* della procedura medesima, le cui prescrizioni risultano intangibili e non possono essere modificate o disapplicate, salvo naturalmente l'eventuale esercizio del potere di autotutela.

La stazione appaltante non conserva perciò alcun margine di discrezionalità nella concreta attuazione delle prescrizioni di gara, né può disapplicarle, neppure nel caso in cui alcune di tali regole eventualmente risultino inopportune o incongruamente formulate, salva la possibilità

di procedere all'annullamento *ex officio* delle stesse (*ex multis*, Cons. Stato, VI, 21 gennaio 2015, n. 215; V, 22 marzo 2016, n. 1173; sez. III, 13 gennaio 2016, n. 74, richiamate da Cons. Stato, V 8 maggio 2019 n. 2991)

4.3.1. Conseguentemente infondata è l'eccezione di inammissibilità del ricorso, riproposta dalle parti appellate, per asserita insindacabilità del giudizio della commissione giudicatrice, non essendo in contestazione scelte dell'amministrazione fondate sull'esercizio di discrezionalità tecnica.

5. I primi quattro motivi di appello (riproduttivi dei corrispondenti motivi di ricorso) riguardano le caratteristiche tecniche degli "apparati radio DMR" (punto sub 3.3.3.3.2 del capitolato) offerti da CAE, tenuto conto anche di quanto previsto per le "stazioni periferiche di rilevamento" (punti sub 3.3.3.3 e sub 3.3.3.3.1).

La ricorrente ha contestato che:

1) l'apparato radio DMR offerto quale terminale ricetrasmittente ai sensi del punto 3.3.3.3.2 del capitolato, consistente in una ricetrasmittente "Motorola DP4601e", non copre l'intera gamma delle frequenze radio richieste 400-470 MHz (primo motivo);

2) il detto apparato radio non funziona a temperatura ricompresa tra -30 C e +60 C, di cui allo stesso punto 3.3.3.3.2 del capitolato (secondo motivo);

3) l'offerta di CAE ha previsto l'utilizzo di apparati portatili (cioè il detto apparato radio Motorola) anche quando la *lex specialis* richiede l'utilizzo di apparati fissi (come dalle previsioni dei punti 3.3.3.3.2 e 3.3.3.3.1), gli uni e gli altri da utilizzarsi, sempre secondo gli stessi punti del capitolato, rispettivamente, in conformità "allo standard europeo ETSI DMR" e in conformità "alle normative europee" (terzo motivo);

4) il detto apparato radio Motorola non rispetta la previsione del punto 3.3.3.3.2 del capitolato secondo cui "*Il terminale radio DEVE disporre di connessione per la gestione di comunicazioni voce tramite microaltoparlante esterno di servizio con PTT, per assicurare la sicurezza del personale operante in sito*" (quarto motivo).

5.1. L'esito della verifica è stato il seguente:

1) sul quesito riguardante "*i criteri di attribuzione da parte del MISE delle frequenze ad uso gratuito da assegnare alle reti di monitoraggio idrometeorologico regionali*": il verificatore ha riferito che l'assegnazione delle frequenze è fissata dal Piano Nazionale di Ripartizione delle Radiofrequenze (P.N.R.F.) di cui al d.m. 31 agosto 2022 e che le frequenze utilizzabili per il servizio fisso di tipo duplex (trasmissione bidirezionale) "*vanno da 436,2125MHz a 439,9875MHz e da 446,2125 MHz a 449,9875 MHz*";

2) sul quesito riguardante la compatibilità del sistema di alimentazione dell'apparato radio Motorola *“con il funzionamento della ricetrasmittente a temperature di esercizio inferiori a -10 gradi”* e sulla possibilità di attivare la ricetrasmittente *“nelle condizioni di esercizio previste dall'appalto”*: il verificatore ha precisato che la temperatura di esercizio è compresa tra i -30 e i +60, considerando però il solo *“apparato radio”*, esclusa la batteria (accumulatore) normalmente in dotazione all'apparato, che ha un funzionamento fino a una temperatura minima di -10; quanto alla possibilità di alimentazione diversa dalla batteria, ha concluso invece che *“da quanto stabilito dalla documentazione tecnica Motorola per il modello DP4601, non è previsto l'uso di una sorgente esterna, in corrente continua con 12 Volt di tensione per il funzionamento del dispositivo ricetrasmittente”* e quindi non vi sono soluzioni tecniche *“tali da garantire un corretto funzionamento dell'apparato con una sorte di alimentazione diretta con 12 Volt o 24 Volt in corrente continua (c.c.) e in assenza di pacco batteria”*;

3) sul quesito *“se la natura portatile dell'apparato offerto sia compatibile con quanto richiesto a proposito delle stazioni periferiche dal capitolato speciale di appalto e con la concessione dell'utilizzo delle frequenze da parte del MISE”*: sul primo punto, il verificatore ha chiarito che l'apparato è stato progettato come *“portatile”* e che nella sezione del capitolato in contestazione (3.3.3.3.2) non viene indicata chiaramente la tipologia di terminale radio da usare presso le stazioni periferiche di rilevamento (fisso, mobile o portatile); sul secondo punto ha affermato che si tratta di stazione portatile funzionante all'interno di un collegamento di tipo *“Mobile”*, mentre il collegamento per il quale dovrebbe essere impiegato è da ascrivere alla *“tipologia di collegamento FISSO”*, prevedendo *“un posizionamento fisso del terminale periferico utilizzato per la trasmissione dei dati meteo-pluviometrici da punto di raccolta degli stessi verso altre stazioni fisse (ripetitori)”*;

– sul quesito *“se sulla ricetrasmittente offerta sia installato o vi sia la possibilità di installare un micro-altoparlante esterno alle condizioni richieste dal capitolato speciale di appalto”*: il verificatore ha chiarito che nella dotazione di accessori per gli apparati Motorola del tipo di quello offerto sono previsti anche micro-altoparlanti, ma ha precisato che *“dall'analisi dei documenti disponibili non si è in grado di stabilire se questo tipo di accessori siano stati oggetto della fornitura”* e che nel dettaglio dell'offerta di CAE, al punto 4.13.6 Motorola DP4601, nella parte relativa agli *“accessori forniti”* non risulta presente alcun accessorio che si possa riferire alla tipologia summenzionata (rif. Pag. 490 Offerta COG/191219-1463).

5.2. Si ritiene che le risultanze della verifica abbiano confermato la non conformità dell'apparato portatile offerto da CAE quanto meno a due delle caratteristiche tecniche contestate.

Di tali risultanze va tenuto conto ai fini della decisione, disattendendo la richiesta di LazioCrea di rinnovo delle operazioni al fine di *“partecipare alla verifica in contraddittorio”* avanzata in data 10 novembre 2022 e ribadita nella memoria depositata ex art. 73 c.p.a.

L’ordinanza che ha disposto la verifica non prevedeva l’obbligo per il verificatore di attivare il contraddittorio e, pur essendo questo compatibile con le operazioni di verifica anche quando non ordinato dal collegio, sarebbe stato onere di LazioCrea (e delle altre parti appellate) attivarsi tempestivamente per fare conoscere all’organismo di verifica la nomina di propri tecnici di parte e le deduzioni tecniche dei medesimi. Malgrado con l’ordinanza n. 5088/2022, pubblicata il 21 giugno 2022, fosse stato assegnato il termine di novanta giorni per il deposito dell’elaborato di verifica, LazioCrea si è limitata a depositare la nomina del consulente di parte in data 23.9.2022, quando ormai era prossimo il deposito della relazione di verifica nel termine assegnato, ed ha chiesto di attivare il contraddittorio addirittura più di un mese dopo il deposito del 30 settembre 2022, così come successivamente a tale data aveva prodotto in giudizio, in data 21 ottobre 2021, una relazione tecnica di parte.

Peraltro, il contenuto di tale relazione, così come quello degli scritti conclusivi della stazione appaltante e della controinteressata, risulta confutato dall’esito della verifica per quanto è sufficiente ai fini della decisione.

5.2.1. Infatti, accertato che la ricetrasmittente offerta non copre l’intera gamma delle frequenze radio richieste, non è rilevante che la gamma 400-403 Mhz (che non è coperta dall’apparato di CAE), non sia attualmente coinvolta nel servizio oggetto di affidamento, secondo il PNRF vigente.

L’indicazione della necessaria copertura di detta gamma di frequenze è infatti chiaramente contenuta nel citato paragrafo del capitolato tecnico. Questo non è stato impugnato con ricorso incidentale, non appare frutto di errore materiale e risulta anche rispondere ad un’esigenza che la stazione appaltante ha manifestato –non rileva, in mancanza di impugnazione incidentale, se coerentemente o meno- al punto 3.3.2.1.1. del capitolato, dove, dopo il richiamo dei canali radio in gamma UHF in uso, si legge quanto segue: *“Si evidenzia che il MISE, in un prossimo futuro, potrebbe variare le predette frequenze pur rimanendo in gamma UHF. In quest’ultimo caso, al fine di garantire la conformità normativa, l’Appaltatore DEVE garantire il corretto utilizzo dei nuovi canali radio, senza oneri aggiuntivi rispetto al corrispettivo di cui oltre”*.

La circostanza che la gamma di frequenze offerta da CAE si sia dimostrata *“perfettamente in grado di assicurare l’obiettivo finale della Stazione appaltante”*, come la società scrive nell’ultima memoria, non è rilevante ai fini del principio di equivalenza, per quanto detto sopra. Per ragioni analoghe non rileva che il MISE abbia rilasciato in data 17 novembre 2022 l’autorizzazione all’uso

previsto dalla gara *de qua* delle frequenze definitive su un *range* ricompreso tra 437,1250 MHz e 447,8500 MHz, che appare ben distante dalla banda 400,0000 MHz – 403,0000 MHz, poiché quest'ultima è stata comunque inderogabilmente richiesta dalla legge di gara ed alla medesima avrebbero perciò potuto partecipare soltanto operatori economici in grado di offrire ricetrasmittenti adeguate e di sopportarne i costi.

5.2.2. La relazione di verifica ha confermato inoltre il mancato funzionamento della ricetrasmittente offerta da CAE a temperature inferiori a -10 gradi. Il dato è esplicitato chiaramente nella risposta fornita al secondo quesito, come sopra sintetizzata.

Le ulteriori argomentazioni del verificatore (pagg. 2-3 dell'elaborato in atti) consentono di confutare le argomentazioni tecniche di LazioCrea e le difese di CAE.

Quanto alle prime, è sufficiente osservare che il tecnico di parte – riprendendo argomenti difensivi svolti dalla stazione appaltante già nel primo grado e poi per tutto il corso del giudizio – ha argomentato riguardo al sistema di alimentazione delle *stazioni*, che, ai sensi del punto 3.3.3.3.3 (*Sistemi di alimentazione*), deve essere costituito, per ogni stazione, da un impianto fotovoltaico “*di potenza adeguata*” e di “*accumulatori (batterie per i sistemi solari) con una capacità massima di 110Ah*”, oltre che delle altre componenti ivi indicate “*per garantire con continuità l'alimentazione e la funzionalità della stazione e delle dotazioni accessorie*”.

Tuttavia non è in contestazione il sistema di alimentazione di cui al detto punto 3.3.3.3.3. bensì il requisito tecnico del funzionamento della ricetrasmittente a temperatura inferiore a -10 e, di conseguenza, del sistema di alimentazione della *ricetrasmittente*.

Negli scritti conclusivi di CAE si affronta espressamente tale questione e, anche in risposta alla verifica, ma sostanzialmente riprendendo un argomento che è contenuto nella sentenza di primo grado, si riconosce che la batteria agli “ioni di Litio” in dotazione all'apparato Motorola DP4601 limita l'operatività dell'apparato in sé ad una temperatura minima di -10°, ma si sostiene che il sistema di alimentazione della stazione (di cui al detto punto 3.3.3.3.2 del capitolato) sarebbe utile a colmare questo limite.

In particolare, a detta della controinteressata, poiché detto impianto fotovoltaico fornisce energia a tutti i componenti della stazione periferica, questo significherebbe che gli “apparati radio DMR”, al pari di tutte le ulteriori componentistiche delle quali è dotata la stazione periferica di rilevamento, che ciascun concorrente avrebbe dovuto offrire, non sarebbero alimentati con autonomo pacco batteria, bensì mediante energia proveniente dall'impianto fotovoltaico *standalone* del quale la stazione in questione deve essere dotata.

L'assunto della CAE, in primo luogo, non trova rispondenza nel testo del capitolato che impone, al punto 3.3.3.3.2, che la ricetrasmittente possa funzionare alle dette temperature, col proprio sistema di alimentazione, a prescindere dal sistema di alimentazione della stazione.

In secondo luogo, dal punto di vista tecnico, l'assunto secondo cui l'utilizzo del sistema di alimentazione previsto per la stazione periferica di rilevamento servirebbe anche a fare funzionare l'apparato radio senza utilizzare la batteria sino ad una temperatura di -30 gradi, fatto proprio dalla sentenza appellata (quindi chiaramente presente nel dibattito processuale cui ha avuto accesso il verificatore) è smentito dall'esito della verifica.

Il verificatore ha accertato che non è previsto *“l'uso di una sorgente esterna, in corrente continua con 12 Volt di tensione per il funzionamento del dispositivo ricetrasmittente”* e, pur essendogli nota l'offerta dell'impianto fotovoltaico, ha escluso che di aver rinvenuto *“soluzioni tecniche prospettate e prodotte dalla Società Motorola, tali da garantire un corretto funzionamento dell'apparato con una sorgente di alimentazione diretta con 12 Volt o 24 Volt in corrente continua (c.c.) e in assenza del pacco batteria”*.

Risulta dall'elaborato che il verificatore ha tenuto conto anche del dispositivo denominato *“MOTOTRBO Battery Eliminator”* identificato con il *“Part Number: PMNN4428A”*, descritto come *“Radio Battery Eliminator for Servicing (DP4000/DP2000Series MOTOTRBO Portables)”*, cui è fatto riferimento negli scritti di CAE per l'alimentazione della ricetrasmittente da fonte esterna. Tuttavia il verificatore ha precisato che si tratta *“di un dispositivo sostitutivo della batteria per le operazioni di manutenzione/riparazione (Servicing) e quindi non progettato e utilizzabile per uso continuativo”*.

Contrariamente alla contestazione della CAE, secondo cui vi sarebbe stato un difetto di istruttoria in sede di verifica, va apprezzato l'esame del verificatore basato sulla documentazione tecnica pubblicata dalla Motorola a fronte delle risultanze della dichiarazione di terzo prodotta da CAE (doc. 8), tardivamente acquisita soltanto in data 22 novembre 2022 e priva di significativa efficacia probatoria.

5.3. Detto quanto sopra su due delle contestazioni mosse dalla ricorrente, odierna appellante, residuano altre due questioni concernenti sempre i requisiti richiesti per la ricetrasmittente. Su tali due questioni la verifica non si è mostrata decisiva, per le seguenti ragioni:

– ha confermato che il dispositivo offerto è notificato come *“stazione portatile”* e che è progettato per uso portatile e per un collegamento *“mobile”*; però non ha sopito il contrasto tra le parti circa la compatibilità dell'utilizzo di una *“stazione portatile”* con la tipologia di collegamento *“fisso”* quale prevista dalla legge di gara;

– ha accertato che la ricetrasmittente offerta da CAE potrebbe montare un micro-altoparlante e che non risulta che la controinteressata lo abbia offerto; però la legge di gara presenta profili di ambiguità sulla richiesta dell’altoparlante a pena di esclusione, dato che non è chiaro se la fornitura offerta dovesse comprendere l’accessorio ovvero se fosse sufficiente anche soltanto un apparato idoneo all’installazione dell’accessorio.

5.3.1. Si può prescindere dall’approfondimento di tali ultime due questioni interpretative, con assorbimento dei motivi corrispondenti, considerando che già la mancanza dei due requisiti tecnici oggetto dei primi due motivi rende applicabile il punto 3.3.3.3.2 del capitolato tecnico in merito alle specifiche tecniche ed alle funzionalità richieste per gli apparati radio DMR (“*Presso tutte le stazioni periferiche di rilevamento è prevista la fornitura di terminali ricetrasmittenti, utilizzati come sistema di trasmissione dati principale, che DEVONO operare in conformità allo standard europeo ETSI DMR e DEVONO essere rispondenti ai seguenti requisiti tecnici: [...]*”, con uso delle lettere maiuscole nel testo prodotto in atti). Il tenore della previsione comporta, ai sensi dei corrispondenti paragrafi 3 e 12 del disciplinare di gara, che la mancanza anche di uno soltanto dei requisiti tecnici della fornitura offerta indicati come obbligatori è causa di esclusione dell’operatore economico offerente.

6. Analoga conclusione di assorbimento s’impone per i restanti tre motivi di gravame, che riguardano le caratteristiche tecniche di altre apparecchiature offerte da CAE e delle soluzioni tecnologiche del sistema di trasmissione. In particolare:

- 1) relativamente ai terminali di ponti radio GHz di cui al punto 3.3.3.2 del capitolato, è contestata la mancanza di “*Switch LAN managed 24 porte per montaggio a rack 19*” (quinto motivo);
- 2) relativamente ai detti terminali di ponti radio, nonché alla soluzione tecnologica del sistema di trasmissione, è contestata la mancanza della capacità di 100Mbps richiesta dalla *lex specialis*, in particolare dal capitolato tecnico ai punti 3.3.2.1 e 3.3.3.2 (sesto motivo);
- 3) relativamente alla richiesta di soluzione tecnologica del sistema di trasmissione basata su “standard aperti”, è contestato che il “protocollo CoAP” offerto da CAE favorisca una situazione di *lock in*, non essendo un protocollo diffuso, in quanto non sarebbe utilizzato né in Italia né all’estero da parte di operatori diversi da CAE.

6.1. L’esito della verifica è stato favorevole alla stazione appaltante e alla controinteressata quanto all’ultimo motivo, incerto quanto ai motivi quinto e sesto, dato che l’offerta di CAE è risultata generica sulla possibilità di montare uno “*switch LAN a 24 porte per montaggio a rack 19*” (avendo indicato la fornitura di “N.1 Switch LAN”, senza specificare la tipologia), così come è

risultata priva della documentazione tecnica necessaria per verificare la capacità delle tratte in ponte radio GHz progettate (rispetto alla richiesta di 100 Mbps).

6.2. In mancanza di elementi certi che pure la controinteressata avrebbe dovuto fornire in seno alla propria offerta, onde consentire il controllo della rispondenza di questa a specifiche tecniche ed a funzionalità indicate come essenziali da parte della stazione appaltante, risponde ad un principio di economia processuale prescindere da ulteriori approfondimenti istruttori, che sarebbero necessari per decidere sui motivi quinto e sesto.

7. Vanno infatti accolte le censure di cui ai motivi di appello primo, secondo e ottavo, con assorbimento dei motivi restanti.

L'accoglimento dei detti motivi comporta l'annullamento dell'aggiudicazione, in ossequio alla giurisprudenza secondo cui la carenza dei requisiti di idoneità della prestazione offerta indicati nella legge di gara configura il venir meno di un elemento essenziale alla formazione dell'accordo contrattuale, che costituisce causa di esclusione pur in difetto di un'espressa previsione, comportando in tale caso la verifica della sussistenza in concreto di un *aliud pro alio* (Cons. Stato, V, 25 luglio 2019, n. 5260, tra le altre).

A maggior ragione tale conclusione s'impone, quando, come accaduto nel caso di specie, non solo le specifiche tecniche consentono di individuare con esattezza i requisiti tecnici richiesti, ma è la stessa legge di gara che qualifica questi ultimi come obbligatori e indefettibili, comminando la sanzione espulsiva per l'offerta che presenti caratteristiche difformi da quelle pretese.

8. Sebbene parte ricorrente qui appellante abbia insistito per la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato già in data 8 ottobre 2020, si ritiene che lo stato di esecuzione sia tale da impedire il subentro del r.t.i. vittorioso in giudizio, ai sensi dell'art. 122 c.p.a.

Invero, non può non tenersi conto delle attività svolte e completate a decorrere dalla stipulazione, e precisamente: il completamento del progetto esecutivo, approvato il 5 aprile 2022; il compimento del collaudo con esito positivo di cui al verbale di collaudo per la verifica del funzionamento dell'installazione pilota in data 14 luglio 2022; l'avvio della fase di manutenzione evolutiva e il contestuale rilascio, in data 17 novembre 2022, dell'autorizzazione da parte del MISE all'uso delle frequenze definitive; lo stato di avanzamento dei lavori di installazione quale si evince dal verbale di ricognizione del 22 novembre 2022, da cui risulta un aggiornamento di 225 stazioni periferiche su 230, con impegno al completamento delle restanti cinque entro la settimana, e l'installazione di 28 punti di diffusione, rispetto ai 35 previsti nel progetto esecutivo.

Considerati detto stato avanzato di esecuzione e la tipologia di forniture e lavori effettuati nonché di servizi richiesti, si reputa prevalente l'interesse pubblico alla continuità operativa del sistema di

monitoraggio oggetto dell'affidamento, che non appare garantita con certezza dal cambio di appaltatore.

8.1. Resta da deliberare la domanda di risarcimento per equivalente, basata sull'accertamento dell'illegittimità dell'aggiudicazione.

Ritiene il Collegio che, decisa tale ultima questione con la presente sentenza, questa va pronunciata come non definitiva ai sensi dell'art. 36, comma 2, c.p.a. e vada fissata un'udienza per l'ulteriore trattazione della domanda risarcitoria, anche al fine di chiarire il contenuto dell'offerta economica del r.t.i. Leonardo (non univocamente indicato negli scritti e documenti processuali).

9. In conclusione, pronunciando con sentenza non definitiva, l'appello va accolto e, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso proposto in primo grado dal RTI Leonardo e va dichiarata l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore di CAE.

9.1. Va nondimeno respinta la domanda di dichiarazione di inefficacia e di subentro nel contratto, in ragione dello stato di esecuzione di questo come sopra illustrato.

9.2. Va fissata l'udienza di cui al dispositivo per l'ulteriore trattazione della domanda di risarcimento per equivalente, con riserva di regolare le spese processuali con la sentenza definitiva.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso proposto dal r.t.i. Leonardo e dichiara l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore di CAE. Respinge la domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto e di subentro nel medesimo avanzata dal r.t.i. Leonardo.

Fissa per la trattazione della domanda di risarcimento per equivalente l'udienza del 25 maggio 2023.

Riserva alla sentenza definitiva la decisione sulle spese processuali.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

IL SEGRETARIO