



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Seconda Ter)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 12656 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da:  
Atet S.p.A., Aus.Tech S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dagli avvocati Laura Gentili, Luca Pardo, con domicilio eletto presso lo studio Luca Pardo in Roma, piazza Adriana, 15;

***contro***

Ministero dell'Economia e delle Finanze, Guardia di Finanza - Comando Generale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti***

Cellxion Italy S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Valli, Marco Costantino Macchia, con domicilio eletto presso lo studio Andrea Valli in Roma, via del Governo Vecchio 20;

***per l'annullamento***

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del verbale di esclusione del 5 ottobre 2018 del Ministero dell'Economia e delle Finanze – Comando Generale della Guardia di Finanza -, dalla gara per la fornitura di n. 8 sistemi IMSI/IMEI catcher per il monitoraggio della rete cellulare in standard 2G/3G/LTE-4G (CIG 7509946B7B), comunicato in pari data e del successivo provvedimento di esclusione pubblicato su sito il 30 ottobre 2018;

- del provvedimento di aggiudicazione della gara alla società Cellxion Italy s.r.l. del 30 ottobre 2018;

- di tutti gli atti ad esso connessi, presupposti e/o conseguenti con particolare riguardo, ove occorrer possa, a:

a) punto 2.2. del Capitolato Tecnico “Componenti hardware del sistema” punto 2.2.12. e punto 2.2.17 relativi al modulo amplificatore;

b) l'allegato al Capitolato “scheda requisiti minimi” punti n. 11 e 16.

nonché per il risarcimento del danno

in forma specifica mediante subentro nel contratto, previa ove occorra declaratoria di inefficacia del contratto nelle more sottoscritto, o, in subordine, per equivalente.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da ATET S.P.A. il 30/11/2018 :

- del provvedimento prot. 0327793/2018 del 6 novembre 2018 del Comando generale della Guardia di Finanza recante comunicazione ai sensi dell'art. 76, comma 5, del d. lgs n. 50/2016 dell'avvenuta aggiudicazione e della determina n. 327196/18 di pari data che dispone l'aggiudicazione in favore della Cellxion Italy s.r.l. della gara a procedura aperta in ambito UE per la fornitura di n. 8 sistemi IMSI/IMEI catcher per il monitoraggio della rete cellulare in standard 2G/3G/LTE-4G, nonché del giudizio di ammissibilità dell'offerta della Cellxion Italy s.r.l. alla procedura di gara come riportato nei verbali del 31 luglio 2018, del 5 ottobre 2018 e del 23 ottobre 2018;

- e di ogni altro atto connesso e conseguente ivi compresi gli atti già impugnati con il ricorso principale e segnatamente:

i. del verbale di esclusione del 5 ottobre 2018 del Ministero dell'Economia e delle Finanze – Comando Generale della Guardia di Finanza -, dalla gara per la fornitura di n. 8 sistemi IMSI/IMEI catcher per il monitoraggio della rete cellulare in standard 2G/3G/LTE-4G (CIG 7509946B7B), comunicato in pari data (doc. 2) e del successivo provvedimento di esclusione pubblicato su sito il 30 ottobre 2018 (doc. 3);

ii. del provvedimento di aggiudicazione della gara alla società Cellxion Italy s.r.l. del 30 ottobre 2018 (doc. 4);

nonché per quanto occorrer possa:

a) punto 2.2. del Capitolato Tecnico (doc. 5) “Componenti hardware del sistema” punto 2.2.12. e punto 2.2.17 relativi al modulo amplificatore;

b) l'allegato al Capitolato “scheda requisiti minimi” punti n. 11 e 16.

nonché per il risarcimento del danno

in forma specifica mediante subentro nel contratto, previa ove occorra declaratoria di inefficacia del contratto nelle more sottoscritto, o, in subordine, per equivalente.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell'Economia e delle Finanze e di Cellxion Italy S.r.l. e di Guardia di Finanza - Comando Generale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 febbraio 2019 la dott.ssa Maria Laura Maddalena e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. . Con il ricorso in epigrafe, parte ricorrente ha impugnato:

- il verbale di esclusione del 5 ottobre 2018 del Ministero dell'Economia e delle Finanze – Comando Generale della Guardia di Finanza dalla gara per la fornitura di n. 8 sistemi IMSI/IMEI catcher per il monitoraggio della rete cellulare in standard 2G/3G/LTE-4G (CIG 7509946B7B), comunicato in pari data e del successivo provvedimento di esclusione pubblicato su sito il 30 ottobre 2018;
- il provvedimento di aggiudicazione della gara alla società controinteressata del 30 ottobre 2018;
- tutti gli atti ad esso connessi, presupposti e/o conseguenti, con particolare riguardo a:
  - a) punto 2.2. del Capitolato Tecnico “Componenti hardware del sistema” punto 2.2.12 e punto 2.2.17 relativi al modulo amplificatore;
  - b) l'allegato al Capitolato “scheda requisiti minimi” punti n. 11 e 16.

Il ricorrente ha, inoltre, richiesto il risarcimento del danno in forma specifica mediante subentro nel contratto previa, ove occorra, declaratoria di inefficacia del contratto nelle more sottoscritto o, in subordine, per equivalente.

Esponde parte ricorrente in punto di fatto:

- che l'ATI costituenda tra ATET S.p.a. mandataria e AUS.TECH s.r.l. mandante, partecipava alla procedura aperta indetta, con bando di gara 2018/S 106-242796 del 06.06.2018, dalla Direzione Approvvigionamenti del Comando generale della Guardia di Finanza per l'acquisizione di n. 8 sistemi IMSI/IMEI catcher per il monitoraggio della rete cellulare in standard 2G/3G/LTE-4G, con aggiudicazione in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- che, con verbale di gara n. 1140 DI REP del 5 ottobre 2018, l'ATI ricorrente veniva esclusa dalla procedura, in quanto l'offerta tecnica non risultava conforme al requisito minimo n. 16 del Capitolato Tecnico: in particolare, il sistema offerto necessitava per il suo funzionamento di 2 moduli amplificatori e le dimensioni

complessive di esso superavano le dimensioni massime consentite dalla legge di gara;

- che, con il predetto verbale, venivano ammesse alle prove sul campo le ditte CELLXION ITALY S.r.l. e TAG COMPANY S.r.l., e che, a seguito dell'esclusione di quest'ultima, con verbale n. 1150 DI REP del 30.10.2018 si procedeva all'aggiudicazione dell'unica impresa rimasta in gara, ossia la CELLXION ITALY S.r.l., i cui sistemi erano già in uso presso la Guardia di Finanza.

La ricorrente ha impugnato sia il provvedimento di esclusione a suo danno che il provvedimento successivo di aggiudicazione in favore della controinteressata.

Deduce, quindi, le seguenti doglianze:

*1) violazione delle previsioni di gara (paragrafi 2.2.12, e.2.17 e scheda requisiti minimi punti 11 e 16 del Capitolato Tecnico); violazione del principio del favor participationis; violazione del principio di equivalenza di cui all'art. 68 d. lgs. n. 50/2016 e di cui al paragrafo 16 del Disciplinare di gara; eccesso di potere nelle forma del travisamento dei fatti ed erroneità dei presupposti; difetto di motivazione; illogicità ed irragionevolezza; sviamento.*

La ricorrente ha prospettato l'illegittimità del provvedimento di esclusione comminato a suo danno e, in via indiretta, del provvedimento con cui è stata disposta l'aggiudicazione della gara in favore della controinteressata, in quanto la stazione appaltante, nell'escludere la ricorrente dalla procedura, avrebbe erroneamente applicato la legge di gara.

L'ATI ha presentato una relazione tecnica con cui ha offerto due moduli amplificatori, più piccoli, maneggevoli, ciascuno con un peso inferiore di oltre la metà rispetto al massimo consentito e, dunque, tale da non superare il peso limite indicato per il singolo modulo dalla legge di gara. Nonostante la diversità nelle dimensioni, la ricorrente ha sostenuto che i moduli offerti sarebbero conformi a tutti i requisiti tecnici fissati dalla stazione appaltante, con riferimento alla capacità

funzionale ed alla potenza di picco, e sarebbero addirittura migliorativi del sistema, quanto a peso e maneggevolezza.

Tuttavia, la stazione appaltante ha proceduto all'esclusione dalla gara dell'ATI sull'assunto che: ciascun operatore dovesse fornire necessariamente un solo amplificatore di quelle specifiche dimensioni, che le dimensioni riportate nel Capitolato con riferimento a ciascun modulo amplificatore andassero riferite all'intero sistema di amplificazione, ma non ha tenuto conto del fatto che, anche sommando entrambi i moduli amplificatori presentati dalla ricorrente, il peso complessivo del sistema fosse inferiore a quello massimo previsto dal Capitolato.

Ad avviso della ricorrente, invece, le previsioni di gara sarebbero suscettibili di una differente interpretazione rispetto a quella fornita dai Commissari di gara, consentendo la fornitura di più kit di moduli, ciascuno dei quali doveva avere le caratteristiche richieste dal Capitolato.

In presenza di contraddizioni tra le previsioni di gara e i chiarimenti resi della stazione appaltante, questa avrebbe dovuto procedere ad un'interpretazione più favorevole tra quelle leggibili conformemente al principio ermeneutico del *favor participationis*.

La formulazione della clausola del Capitolato relativa al numero ed alle dimensioni del modulo amplificatore da fornire presenterebbe aspetti di equivocità nella parte in cui descrive le misure e le caratteristiche del modulo amplificatore che non sono coerenti con il resto delle funzionalità richieste dalla legge di gara.

Con la stessa doglianza parte ricorrente ha dedotto anche la violazione del principio di equivalenza sancito dall'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016. In particolare, la stazione appaltante avrebbe inserito nella legge di gara delle previsioni eccessivamente rigide ed escludenti con riferimento alle dimensioni del modulo amplificatore, le quali avrebbe annullato il confronto competitivo consentendo la prosecuzione nella procedura ad una sola impresa. La ricorrente ha sostenuto che

il riferimento a tecniche specifiche dovrebbe sempre contenere l'espressione "o equivalente" e, nel caso di specie, il prodotto offerto sarebbe equivalente in tutto e per tutto a quello previsto in gara nonché migliorativo rispetto a quest'ultimo, in quanto più leggero e maneggevole.

In via subordinata, l'ATI ha chiesto l'annullamento delle previsioni di gara di cui all'art. 2 del Capitolato Tecnico, punti 2.2.12, 2.2.17 e l'allegato requisiti minimi, punti 11 e 16 per violazione del principio di equivalenza, violazione dell'art. 68 d. lgs. n. 50/2016, violazione del principio del *favor participationis*, difetto di motivazione e sviamento di potere.

Le dimensioni specifiche del modulo indicate nel Capitolato non risponderebbero ad una logica funzionale in quanto, dovendo installare l'amplificatore all'interno del portabagagli dell'autoveicolo e potendo, in assenza di specifiche prescrizioni, montarli sia in orizzontale che in verticale, nulla impedirebbe di avere un amplificatore con lunghezza o altezza leggermente differenti. Pertanto, tali disposizioni sono illegittime in quanto impedirebbero a prodotti del tutto equivalenti di partecipare alla selezione, con conseguente riduzione della platea dei candidati ad un unico concorrente.

Si è costituito in giudizio il Ministero dell'Economia e delle Finanze – Comando generale della Guardia di Finanza, che ha depositato una memoria con cui ha eccepito l'infondatezza del ricorso e dell'istanza cautelare, chiedendone pertanto la reiezione.

Secondo la prospettazione della amministrazione resistente, le censure sarebbero infondate in quanto la ricorrente avrebbe violato le disposizioni del Capitolato circa i requisiti dimensionali dei moduli oggetto di gara.

Sul punto l'ATI ha sostenuto che i sistemi oggetto di gara potrebbero funzionare anche con più di un modulo (nel caso di specie due moduli) e che il peso complessivo sarebbe addirittura inferiore al peso massimo consentito dal

Capitolato per il singolo modulo. L'amministrazione ha però ribattuto che per far funzionare l'intero sistema è richiesto solo un modulo amplificatore e che la possibilità di offrire un numero superiore di moduli sarebbe connessa all'opportunità per la stazione appaltante di poter installare i moduli su più autovetture.

Dunque, il sistema prospettato dalla ricorrente nella relazione tecnica non sarebbe adeguato, e la sua esclusione dalla gara sarebbe legittima, in quanto, per poter funzionare, il predetto sistema necessita dell'utilizzo di due moduli, non essendo il singolo modulo idoneo a supportare la capacità operativa del sistema stesso.

Sottolinea poi la difesa dell'amministrazione che la stessa ricorrente ammette che il modulo RF presentato ha una configurazione caratterizzata da "due dimensioni su tre più ampie" rispetto a quelle previste nel capitolato tecnico.

Tale circostanza determina che, a prescindere da qualsivoglia ulteriore considerazione, il prodotto offerto non è assolutamente conforme con i requisiti richiesti dagli atti di gara andando addirittura a raddoppiare le dimensioni degli stessi e portandole a misure non compatibili con le esigenze della stazione appaltante che deve installare i moduli in questione nel bagagliaio di veicoli dell'Amministrazione. Pertanto, anche in considerazione della presenza di ulteriore strumentazione a bordo degli automezzi, i moduli oggetto di gara dovranno necessariamente avere le dimensioni richieste, onde consentire il loro preciso inserimento nello spazio a disposizione all'interno del bagagliaio.

L'amministrazione ha inoltre eccepito che il ricorso sarebbe tardivo poiché la ricorrente avrebbe dovuto impugnare immediatamente le previsioni del capitolato 2.2.12. e 2.2.17 nonché della scheda requisiti minimi punti 11 e 16, in quanto clausole immediatamente escludenti indicate nel bando di gara.

Quanto al secondo motivo di ricorso, l'amministrazione ha asserito che non sarebbe stato violato il principio dell'equivalenza, data la non conformità delle



dimensioni del modulo offerto agli atti di gara. Inoltre, dall'esame dei predetti atti emerge che l'ATI si sarebbe limitata ad elencare una serie di caratteristiche tecniche senza fare alcuna valutazione effettiva sulla equivalenza tra quanto offerto e quanto richiesto dagli atti di gara. Con riguardo alla violazione dell'art.68, l'amministrazione ha inoltre invocato il principio secondo il quale *"...la prova di equivalenza dei prodotti offerti non può essere data in giudizio, ma deve avvenire in corso di gara"* e che *"occorre verificare se negli elementi che connotano l'offerta tecnica si ravvisa una conformità di tipo funzionale alle specifiche tecniche..."* (Cons. Stato Sez. III 14.6.2017 n. 2930).

2. All'udienza del 28 novembre 2018, parte ricorrente ha rinunciato all'istanza cautelare, essendo in corso notifica il ricorso per motivi aggiunti.

In data 30.11.2018 l'ATI ricorrente ha notificato e depositato il ricorso per motivi aggiunti con cui, oltre a riproporre i vizi dell'esclusione dell'ATI inficianti in via derivata l'aggiudicazione, già proposti nel ricorso principale, ha dedotto vizi propri dell'offerta presentata dalla controinteressata, sostenendo che essa avrebbe dovuto essere esclusa, con conseguente illegittimità della sua aggiudicazione.

In particolare, è stato impugnato il provvedimento prot. 0327793/2018 del 6 novembre 2018 del Comando generale della Guardia di Finanza recante comunicazione ai sensi dell'art. 76, comma 5, del d. lgs n. 50/2016 dell'avvenuta aggiudicazione e della determina n. 327196/18 di pari data, che dispone l'aggiudicazione in favore della controinteressata della gara a procedura aperta in ambito UE per la fornitura di n. 8 sistemi IMSI/IMEI catcher per il monitoraggio della rete cellulare in standard 2G/3G/LTE-4G, nonché il giudizio di ammissibilità dell'offerta della controinteressata alla procedura di gara come riportato nei verbali del 31 luglio 2018, del 5 ottobre 2018 e del 23 ottobre 2018.

Parte ricorrente ha chiesto, pertanto, l'annullamento dei provvedimenti impugnati con il ricorso principale e, in subordine, con i motivi aggiunti previa, ove occorra, annullamento e/o disapplicazione della legge di gara, giustificando il suo interesse

all'annullamento dell'aggiudicazione della controinteressata ai fini della ripetizione della procedura da parte della stazione appaltante.

Espone la parte ricorrente che:

a seguito dell'accesso agli atti le ricorrenti hanno potuto visionare i documenti prodotti in gara dalla controinteressata, con particolare riferimento alla documentazione amministrativa e soccorso istruttorio, alla scheda dei requisiti tecnici minimi e offerta economica. Non è stato, invece, consentito l'accesso alla relazione tecnica della controinteressata, poiché essa conterrebbe "segreti tecnico commerciali" che ne impedirebbero l'ostensione a terzi.

La ricorrente ha preliminarmente precisato che i motivi di impugnazione che vengono fatti valere avverso il provvedimento di aggiudicazione sono formulati in via subordinata rispetto all'accoglimento dei motivi di doglianza fatti valere avverso l'esclusione dalla gara, in quanto l'interesse primario della ricorrente resta quello a veder annullata la propria esclusione e a poter partecipare alla fase di valutazione delle offerte. Ove tale interesse non dovesse trovare soddisfazione, permane tuttavia l'interesse a veder annullata l'intera procedura, previo annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore dell'unica offerta rimasta in gara: quella della controinteressata.

L'offerta tecnica della controinteressata sarebbe sotto più profili non conforme ai requisiti minimi stabiliti dal Capitolato Tecnico.

La ricorrente deduce, pertanto, in sede di motivi aggiunti, le seguenti ulteriori doglienze:

*- Violazione delle previsioni di gara (paragrafi 2.2.5, 2.2.7, 2.2.8, 2.3.1, 3.1.3, 3.1.11 del Capitolato tecnico e scheda requisiti minimi punti 4, 6, 7, 21, 30 e 39 del Capitolato Tecnico); violazione del principio di parità di trattamento; eccesso di potere nelle forma del travisamento dei fatti ed erroneità dei presupposti; difetto di motivazione; illogicità ed irragionevolezza; sviamento.*

La ricorrente ha prospettato la presenza di anomalie nell'offerta tecnica presentata dalla controinteressata in quanto, al momento della presentazione della domanda, i sistemi offerti non rispetterebbero le caratteristiche minime descritte nel Capitolato, quali disporre di interfacce ethernet, WI-FI (2.4 e 5 GHz) e Bluetooth per la gestione dello stesso da parte dell'operatore attraverso notebook e/o smartphone", consentire la sostituzione a caldo della batteria, garantire la possibilità di effettuare una chiamata e/o inviare un sms presentandosi con un numero arbitrario impostato dall'operatore. Secondo l'ATI la Commissione di gara avrebbe dovuto escludere la controinteressata dalla procedura per mancanza dei requisiti al momento della presentazione della domanda o, quantomeno, avrebbe dovuto consentire l'integrazione postuma dell'offerta a tutte le ditte partecipanti e non solo alla ditta aggiudicataria.

*- Violazione dell'art. 15.3.1 "dichiarazioni integrative" del Disciplinare di gara; eccesso di potere nelle forme della carenza istruttoria; vizio di motivazione; sviamento.*

Con tale seconda doglianza, la ricorrente ha prospettato che la ditta aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa anche per irregolarità della documentazione amministrativa presentata a seguito della richiesta di soccorso istruttorio. Nel caso che ci occupa tale documentazione integrativa non sarebbe stata sottoscritta dal rappresentante legale ma dal procuratore, che non ha poteri di firma con riferimento alla documentazione da presentare nelle gare con valore superiore ad un milione di euro (nel caso di specie la gara ha un valore di € 5.316.134,43).

Con ordinanza n. 7628 del 14.12.2018 il Tar ha accolto la richiesta cautelare di cui al ricorso per motivi aggiunti, sospendendo per l'effetto l'efficacia del provvedimento di aggiudicazione della gara in favore della controinteressata.

Si è costituita in giudizio anche la società aggiudicataria che ha depositato una memoria con cui ha eccepito l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso principale e del ricorso per motivi aggiunti, chiedendone pertanto il rigetto.

In vista dell'udienza di merito, le parti hanno depositato memorie e repliche, ulteriormente argomentando le proprie ragioni.

## DIRITTO

3. Secondo l'ordine delle questioni come definito da parte ricorrente negli atti di impugnazione, occorre in primo luogo esaminare il ricorso originario.

3.1. Per quanto attiene l'eccezione di tardività del ricorso, prospettata dalla amministrazione resistente, secondo la quale la ricorrente avrebbe dovuto impugnare immediatamente le previsioni del capitolato 2.2.12. e 2.2.17 nonché della scheda requisiti minimi punti 11 e 16, in quanto clausole immediatamente escludenti indicate nel bando di gara, il Collegio ritiene che si possa prescindere dall'esaminarla in quanto il ricorso è comunque infondato nel merito e deve pertanto essere respinto.

3.2. Con il primo motivo, la ricorrente sostiene che la stazione appaltante ha proceduto illegittimamente all'esclusione dalla gara dell'ATI sull'assunto che ciascun operatore dovesse fornire necessariamente un solo amplificatore di quelle specifiche dimensioni e che le dimensioni riportate nel Capitolato con riferimento a ciascun modulo amplificatore andassero riferite all'intero sistema di amplificazione, ma non ha tenuto conto del fatto che, anche sommando entrambi i moduli amplificatori presentati dalla ricorrente, il peso complessivo del sistema fosse inferiore a quello massimo previsto dal Capitolato.

La censura è infondata.

Se infatti è vero che il peso complessivo dei due amplificatori (43,2 Kg) era inferiore a quello indicato nel capitolato (45 kg) risulta tuttavia violato l'altro parametro, indicato nel capitolato, concernente le dimensioni dei due amplificatori.

Secondo il punto 2.2.17 del Capitolato): *“gli ingombri massimi del sistema non dovranno superare i limiti riportati nella seguente tabella:  $x$  50 cm  $y$  20 cm  $z$  42 cm per un volume complessivo pari a 42.000 cm<sup>3</sup> ed un peso massimo di 45 kg”.*

Le dimensioni complessive dei due moduli amplificatori offerti dalla ricorrente invece erano superiori a quelle indicate dal capitolato, essendo complessivamente pari a 65.596 cm<sup>3</sup> (2 moduli da 23x31x46cm ciascuno). Esso pertanto eccede di oltre il 50% il volume massimo previsto dal capitolato.

Tale circostanza consente di ritenere non rilevante il profilo, pure evidenziato in ricorso, che il modello offerto dalla ricorrente era privo di maniglie mentre le dimensioni dettate dal capitolato erano indicate “escluse le maniglie”. L’ingombro delle maniglie infatti è evidentemente ininfluenza a fronte di un volume pari a circa il 150% di quello consentito.

Si tratta di un volume incompatibile con le esigenze dell’amministrazione, anche in considerazione della presenza di ulteriore strumentazione a bordo degli automezzi, i moduli oggetto di gara dovranno necessariamente avere le dimensioni richieste, onde consentire il loro preciso inserimento nello spazio a disposizione all’interno del bagagliaio.

3.2. Lamenta inoltre parte ricorrente che il capitolato dovesse essere interpretato nel senso che sarebbe consentita la fornitura di più kit di moduli, ciascuno dei quali doveva avere le caratteristiche richieste dal Capitolato.

Anche questo profilo fa disatteso. Se infatti è vero che il bando non precludeva in modo categorico la presentazione di più di un modulo di amplificazione, considerato che il punto 2.2.12 del capitolato prevede “*almeno un modulo amplificatore di potenza RF per l’impiego su autoveicolo di potenza inferiore a 20 W*”, ciò non significa però che i limiti di ingombro massimi dettati dal punto 2.2.17 potessero essere derogati, in considerazione anche delle necessità sopra evidenziate di consentire l’inserimento degli apparati nel bagagliaio delle vetture in dotazione alla Guardia di finanza. Sotto questo profilo non si ravvisa alcuna equivocità delle clausole del capitolato.

3.3. Con la stessa doglianza parte ricorrente ha dedotto anche la violazione del principio di equivalenza sancito dall'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016 in quanto la stazione appaltante avrebbe inserito nella legge di gara delle previsioni eccessivamente rigide ed escludenti con riferimento alle dimensioni del modulo amplificatore, le quali avrebbe annullato il confronto competitivo consentendo la prosecuzione nella procedura ad una sola impresa.

Anche sotto questo profilo la censura non può essere accolta.

L'equivalenza tra le caratteristiche dimensionali dei sistemi offerti e quelli indicati dal Capitolato non si rinviene trattandosi di un ingombro pari ad oltre il 150% di quello massimo previsto, incompatibile con le esigenze della amministrazione in quanto, anche in considerazione della presenza di ulteriore strumentazione a bordo degli automezzi, i moduli oggetto di gara dovranno essere inseriti nello spazio a disposizione all'interno del bagagliaio. Tali difformità dimensionali non consentono di valorizzare gli altri aspetti sottolineati in ricorso, circa la maggiore maneggevolezza e leggerezza degli apparati offerti in gara.

3.4. In via subordinata, l'ATI ricorrente ha chiesto anche l'annullamento delle previsioni di gara di cui all'art. 2 del Capitolato Tecnico, punti 2.2.12, 2.2.17 e l'allegato requisiti minimi, punti 11 e 16 per violazione del principio di equivalenza, violazione dell'art. 68 d. lgs. n. 50/2016, violazione del principio del *favor participationis*, difetto di motivazione e sviamento di potere.

Secondo parte ricorrente, le dimensioni specifiche del modulo indicate nel Capitolato non risponderebbero ad una logica funzionale in quanto, dovendo installare l'amplificatore all'interno del portabagagli dell'autoveicolo e potendo, in assenza di specifiche prescrizioni, montarli sia in orizzontale che in verticale, nulla impedirebbe di avere un amplificatore con lunghezza o altezza leggermente differenti. Pertanto, tali disposizioni sarebbero illegittime in quanto impedirebbero

a prodotti del tutto equivalenti di partecipare alla selezione, con conseguente riduzione della platea dei candidati ad un unico concorrente.

Anche questo motivo deve essere respinto, alla luce delle considerazioni sopra svolte circa l'essenzialità del requisito dimensionale e la discrezionalità tecnica che caratterizza la scelta della amministrazione in ordine alla determinazione dei limiti massimi di ingombro. Va inoltre rilevato che l'asserita equivalenza dei moduli amplificatori offerti sotto il profilo della compatibilità con le dimensioni del bagagliaio delle auto in dotazione della Guardia di finanza e l'inserimento in esso delle altre strumentazioni non è stata comprovata da parte ricorrente ma meramente allegata.

Né, come si è già detto, la questione della mancata considerazione dell'ingombro delle maniglie da parte del capitolato (pari a circa 5-6 cm) appare rilevante posto che il volume degli apparati offerti è pari quasi al 150% del volume consentito dal Capitolato.

In conclusione, il ricorso è infondato e deve essere respinto.

4. Va pertanto esaminato il ricorso per motivi aggiunti.

4.1. Preliminarmente deve essere esaminata l'eccezione di carenza della legittimazione e dell'interesse dell'ATI ricorrente, contestata dalla controinteressata, in relazione alla intervenuta esclusione di essa, esclusione che, rigettando per le ragioni di cui sopra il ricorso principale, il Collegio ha ritenuto legittima.

Sostiene in sostanza la difesa dell'amministrazione resistente, richiamando a tal proposito la sentenza della CGUE sez. VIII, 21 dicembre 2016, C-355/15, che una volta acclarata la legittima esclusione di parte ricorrente dalla gara, essa perderebbe la legittimazione a far valere motivi di doglianza avverso la mancata esclusione dell'aggiudicataria, non potendosi ravvisare in capo ad essa una posizione differenziata, al fine della caducazione dell'intera gara.

Analoga questione è stata recentemente affrontata da questa Sezione nella sentenza n. 1476 del 2019, nella quale si è affermato che: *“benché legittimamente escluso dalla gara (..) in relazione all’inaccogliabilità del ricorso principale, il ricorrente sia, comunque, titolare dell’interesse allo scrutinio della censura il cui accoglimento potrebbe portare alla ripetizione della gara.”*

In quella occasione questa Sezione ha affermato: *“La valorizzazione dell’interesse strumentale alla ripetizione della gara del -OMISSIS- risulta, per altro, coerente con le recenti acquisizioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di rapporto tra ricorso principale ed incidentale e non risulta smentita dal precedente, CGUE sez. VIII, 21 dicembre 2016, C-355/15 caso Bietergemeinschaft”.*

Il Collegio è consapevole che la giurisprudenza sembra orientata in contrario avviso.

Si rinviene infatti in diverse pronunce la massima tratteggiata secondo cui: *“Anche se nelle gare pubbliche di appalto è di regola sufficiente l’interesse strumentale del partecipante ad ottenere la riedizione della gara stessa, un tale interesse non sussiste in capo al soggetto legittimamente escluso dato che, per effetto dell’esclusione, egli rimane privo non solo del titolo legittimante a partecipare alla gara ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedurali; di conseguenza, il consolidamento dell’esclusione dalla procedura di gara rende inammissibile per difetto di legittimazione l’impugnativa dell’aggiudicazione e, più in generale, di tutti i successivi atti della procedura.”* (T.A.R. Roma, (Lazio) sez. III, 24/07/2018, n.8370. v. inoltre ex multis Consiglio di Stato 1461 del 2018; Tar Lazio – Roma, Sez. I bis, 15 maggio 2017, n. 5775).

Ad avviso del Collegio, tuttavia, la questione non può essere affrontata senza tener conto dell’evoluzione giurisprudenziale formatasi sulla base dei noti pronunciamenti della Corte di giustizia UE in materia di rapporti tra ricorso incidentale escludente e ricorso principale. Si tratta infatti di questione speculare, ma sostanzialmente identica, a quella oggi in esame.



In quel caso, il ricorrente incidentale contesta la mancata esclusione del concorrente che ha proposto il ricorso principale, e si pone dunque il problema, in caso di accoglimento del ricorso incidentale, della persistenza o meno dell'interesse del ricorrente principale, che avrebbe dovuto essere escluso, ad ottenere una pronuncia di accertamento della illegittimità della mancata esclusione della aggiudicataria e la conseguente caducazione dell'intera gara, al fine di una sua eventuale riedizione.

Nel caso in esame, invece, è la stessa reiezione del ricorso originario avverso l'impugnata esclusione a mettere in dubbio il permanere della legittimazione in capo al ricorrente principale (originariamente escluso) che voglia far valere, con i motivi aggiunti, la mancata esclusione dell'aggiudicataria, sempre al fine di ottenere la conseguente caducazione dell'intera gara.

Sul tema, come è noto, la Corte di giustizia UE, Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12, nella sentenza *Fastweb*, ha affermato che *"qualora per mezzo di un ricorso incidentale l'aggiudicatario di una procedura di assegnazione di un appalto deduca che l'offerta del ricorrente principale sarebbe stata da escludere dalla gara a causa del mancato rispetto delle specifiche tecniche prescritte dalla stazione appaltante, sì da rendere inammissibile l'impugnazione (a sua volta incentrata sulla non conformità dell'offerta dell'aggiudicatario alle medesime specifiche tecniche) proposta dallo stesso, il diritto dei partecipanti a una gara a una tutela giurisdizionale effettiva delle rispettive ragioni esige che entrambe le domande siano esaminate nel merito da parte del giudice investito della controversia"*;

L'Adunanza plenaria (sentenza n. 9 del 25 febbraio 2014) ha dunque riconosciuto l'obbligo dell'esame (anche) del ricorso principale, pur successivamente alla riconosciuta fondatezza del ricorso incidentale escludente, ma ciò unicamente a condizione che:

- a) si versi all'interno del medesimo procedimento;
- b) gli operatori rimasti in gara siano soltanto solo due;

c) il vizio che affligge le offerte sia identico per entrambe (c.d. "simmetria invalidante").

Con la sentenza della Grande Sezione 5 aprile 2016 in causa C-689/13 (Puligienica), la Corte di giustizia UE ha affermato che i principi enunciati con la sentenza Fastweb del 2013 risultano applicabili anche nel caso di una gara con più di due concorrenti (*"il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, così come il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, sono privi di rilevanza ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale che risulta dalla sentenza Fastweb" - punto 29 della motivazione -*) e che l'interesse del ricorrente principale destinatario del ricorso incidentale escludente non deve essere ricollegato all'iniziativa giurisdizionale, bensì all'operato della stessa amministrazione, che potrebbe agire in autotutela, annullando l'intera procedura (*"non è escluso che una delle irregolarità che giustificano l'esclusione tanto dell'offerta dell'aggiudicatario quanto di quella dell'offerente che contesta il provvedimento di aggiudicazione dell'amministrazione aggiudicatrice vizi parimenti le altre offerte presentate nell'ambito della gara d'appalto, circostanza che potrebbe comportare la necessità per tale amministrazione di avviare una nuova procedura" - punto 28 della motivazione -*).

Successivamente, con la sentenza della Sezione VIII, resa il 10 maggio 2017 nella causa C-131/16 (Archus) è stato affermato dalla Corte di giustizia UE che la direttiva 92/13 deve essere interpretata nel senso che, nel caso in cui una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico abbia dato luogo alla presentazione di due offerte e all'adozione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di due determinazioni che contemporaneamente rigettano l'offerta di uno degli offerenti ed aggiudicano l'appalto all'altro, l'offerente escluso, che ha presentato un ricorso avverso le due determinazioni, deve poter chiedere l'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario, in modo che la nozione di "un determinato appalto", ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della Direttiva 92/13

possa ricomprendere l'eventuale avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

In senso contrario, invece, nella sentenza del 21 dicembre 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C 355/15 punti da 13 a 16, 31 e 36) la Corte ha affermato che *"ad un offerente la cui offerta era stata esclusa dall'amministrazione aggiudicatrice da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico poteva essere negato l'accesso a un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico in quanto la decisione di esclusione di tale offerente era stata confermata da una decisione che ha acquisito autorità di cosa giudicata prima che il giudice investito del ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto statuisse, in modo tale che detto offerente doveva essere considerato definitivamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico in questione"*.

Fin qui il quadro della giurisprudenza eurounitaria.

In ambito nazionale, va menzionata anche la sentenza della Corte di Cassazione civile sez. un., 29/12/2017, n.31226, resa in una fattispecie totalmente sovrapponibile a quella in esame ( in quella pronuncia, infatti, la Corte ha esaminato la questione se: *"in relazione a ricorso al giudice amministrativo con cui il concorrente escluso da una gara di appalto contesti sia la propria esclusione che l'ammissione dell'altro concorrente dichiarato aggiudicatario, la declaratoria di improcedibilità dei motivi di ricorso riguardanti l'ammissione dell'aggiudicatario, quale conseguenza del rigetto dei motivi riguardanti l'esclusione del ricorrente, integri gli estremi del diniego di giurisdizione da parte del Consiglio di Stato, sul presupposto che tale declaratoria viola una norma di diritto dell'Unione europea come interpretata dalla Corte di giustizia."*

La Corte di Cassazione ha quindi così ricostruito il quadro della giurisprudenza della Corte di giustizia sopra richiamata: *"In altri termini, la Corte ha affermato che contrasta con il diritto dell'Unione una norma nazionale che, con riferimento a ricorsi simmetricamente escludenti (secondo la definizione risultante dalla già richiamata sentenza*

dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 2014) relativi a una procedura di appalto pubblico con due soli concorrenti, consenta al giudice di non esaminare nel merito le censure rivolte da un concorrente avverso l'ammissione del (e la conseguente aggiudicazione al) secondo concorrente quale effetto dell'accoglimento del ricorso di quest'ultimo avverso l'ammissione del primo.

L'unica condizione è che le contestazioni incrociate siano mosse nell'ambito di un unico processo e che l'esclusione del concorrente non sia già divenuta definitiva, anche a seguito di rigetto della relativa impugnazione con decisione passata in giudicato, prima della proposizione del ricorso (Corte di giustizia, 21/12/2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebiudebetreuung und Caverion Osterreich*; 11/05/2017, *Archus*).”

La Corte di Cassazione ha quindi affermato che, in tale quadro, appare non rilevante la questione che si tratti di due ricorsi incrociati o di un unico ricorso, corredato da motivi aggiunti, in quanto il punto nodale della questione riguarda “il carattere simmetrico delle ragioni di esclusione dalla gara”, come accade anche nel caso in esame.

In secondo luogo, la Corte di Cassazione ha rilevato che proprio nella sentenza 11 maggio 2017, C131/16, *Archus*, si trae il principio che “la mera eventualità del rinnovo della gara (è idonea) a radicare l'interesse del ricorrente a contestare l'aggiudicazione.”

Alla luce di tali argomentazioni, è stata pertanto ritenuta viziata da difetto di giurisdizione la sentenza del Consiglio di Stato che, in applicazione della sopra citata giurisprudenza, aveva ritenuto improcedibili i motivi aggiunti, riproposti in appello, con cui veniva contestata l'ammissione alla gara del raggruppamento avversario, una volta acclarata la legittimità dell'esclusione dalla gara della società ricorrente.

Il caso oggetto del presente giudizio appare esattamente sovrapponibile a quello esaminato dalla Corte di Cassazione.

Si tratta infatti di una concorrente esclusa da una gara di appalto per carenza dei requisiti minimi nella propria offerta, che censura anche, nel ricorso per motivi aggiunti, la mancata esclusione dell'aggiudicataria, sempre per mancato rispetto dei requisiti minimi indicati nel capitolato.

Ritiene dunque il Collegio che, conformemente a quanto affermato dalla Corte di cassazione, nonostante non si ravvisino nel caso in esame due ricorsi incrociati, si verta comunque in un caso di *"carattere simmetrico delle ragioni di esclusione dalla gara"*, trattandosi di una fattispecie speculare ma sostanzialmente identica a quella relativa al ricorso incidentale escludente. Pertanto, devono essere ritenuti sussistenti, nel caso di specie, tanto l'interesse che la legittimazione ad agire in relazione all'interesse strumentale alla ripetizione della gara.

Peraltro, nemmeno sussistono, ad avviso del collegio, dubbi interpretativi che possano indurre ad una rimessione alla Corte di giustizia UE di una questione interpretativa.

A tal proposito, si ricorda che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza n. 6 del 11/05/2018 sopra citata, ha sul tema affermato: *"Il rilievo attribuito al concetto di "interesse strumentale alla ripetizione della procedura" dalle statuizioni della Corte di Giustizia ha consentito l'affermazione di alcuni punti fermi:*

*a) nessuno dubita che, nel caso in cui siano rimasti in gara unicamente due concorrenti e gli stessi propongano ricorsi reciprocamente escludenti, si imponga la disamina di ambedue i mezzi di impugnazione dai medesimi proposti, quali che siano i motivi di censura ivi contenuti; (...)*

*c) in tali casi, si è raggiunta una piena concordanza di opinioni circa l'obbligatorietà dell'esame del ricorso principale, in quanto dall'accoglimento di quest'ultimo discenderebbe con certezza la caducazione integrale della gara e verrebbe così tutelato il subordinato interesse strumentale alla riedizione della procedura."*

Viceversa, la Plenaria ha rilevato che: *"Sussiste incertezza, viceversa, nell'evenienza in cui, essendo rimasti in gara una pluralità di contendenti:*

a) i ricorsi reciprocamente escludenti non riguardino la posizione di talune delle ditte rimaste in gara di guisa che, anche laddove entrambi i ricorsi (principale ed incidentale) siano scrutinati, e dichiarati fondati, rimarrebbero purtuttavia alcune offerte non "attinte" dai vizi riscontrati;

b) al contempo, il ricorso principale non prospetti censure avverso la *lex specialis* tese ad invalidare l'intera gara e determinanti -ove accolte- la certa ripetizione della procedura." Ed in relazione di tale ultima ipotesi, l'Adunanza plenaria ha nuovamente rimesso la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.

Ora, nel caso in esame, tutti i concorrenti tranne l'aggiudicataria, erano stati esclusi. Dunque, c'è un solo soggetto rimasto in gara (l'aggiudicatario) non vi sono altri soggetti classificatisi al secondo posto in graduatoria. Solo la parte ricorrente ha però impugnato la propria esclusione e il provvedimento di aggiudicazione, facendo valere l'illegittimità della mancata esclusione dell'aggiudicataria.

La situazione in esame, dunque, appare sostanzialmente assimilabile a quella descritta dalla Plenaria come il caso in cui sono rimasti in gara solo due contendenti, con riferimento alla quale la stessa plenaria ha affermato che non sussiste alcuna incertezza circa l'azionabilità dell'interesse strumentale alla ripetizione della gara.

Né può ritenersi ostativa a tale conclusione la citata sentenza della Corte di giustizia nella sentenza del 21 dicembre 2016, *Bietergemeinschaft* (C 355/15 punti da 13 a 16, 31 e 36), sopra richiamata.

Come esattamente rilevato da questa Sezione nella sentenza 1476/2019, "La sentenza in esame, infatti, ha stabilito che "l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che a un offerente escluso da una procedura di

*aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa” e, quindi, impedisce la tutela del concorrente solo quando questo sia stato escluso “con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva”, requisito che nella fattispecie non ricorre (nella vicenda esaminata dalla Corte di Giustizia le esclusioni in contestazione erano oggetto di due procedimenti distinti e successivi nel tempo).”*

Nel caso in esame, invece, l'esclusione della ricorrente è ancora *sub iudice*, essendo oggetto di questo medesimo contenzioso.

Negli stessi termini, anche la Corte di Cassazione nella sentenza sopra ripetutamente citata, la quale ha chiarito e ricondotto a sistema l'apparente contraddizione tra la sentenza CGUE del 21 dicembre 2016, *Bietergemeinschaft*, nella causa C-355/15 e gli altri pronunciamenti della stessa Corte, affermando che: *“L'unica condizione è che le contestazioni incrociate siano mosse nell'ambito di un unico processo e che l'esclusione del concorrente non sia già divenuta definitiva, anche a seguito di rigetto della relativa impugnazione con decisione passata in giudicato, prima della proposizione del ricorso (Corte di giustizia, 21/12/2016, Bietergemeinschaft Technische Gebiudebetreuung und Caverion Osterreich; 11/05/2017, Archus).”*

In sostanza, dunque, secondo la Corte di giustizia UE, solo se l'esclusione della ricorrente è divenuta definitiva per non essere stata impugnata o perché essa ha costituito oggetto di diversa decisione di rigetto, con pronuncia passata in giudicato, viene meno la legittimazione della impresa legittimamente esclusa a far valere l'interesse alla mera ripetizione della gara.

Solo in questo caso, infatti, è possibile riconoscere una piena equiparazione tra la definitiva esclusione e la mancata partecipazione.

Tale ipotesi, però, non si ravvisa nel caso di specie in cui oggetto del giudizio è proprio la questione del “*carattere simmetrico delle ragioni di esclusione dalla gara*”.

In conclusione, alla luce di tutto quanto sopra detto, l’eccezione di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti deve essere disattesa.

4.2. Nel merito, il ricorso per motivi aggiunti è fondato e pertanto esso va accolto.

Con il primo motivo, parte ricorrente deduce la violazione delle previsioni di gara (paragrafi 2.2.5, 2.2.7, 2.2.8, 2.3.1, 3.1.3, 3.1.11 del Capitolato tecnico e. scheda requisiti minimi punti 4, 6, 7, 21, 30 e 39 del Capitolato Tecnico); violazione del principio di parità di trattamento; eccesso di potere nelle forma del travisamento dei fatti ed erroneità dei presupposti; difetto di motivazione; illogicità ed irragionevolezza; sviamento, in quanto, al momento della presentazione della domanda, i sistemi offerti non rispettavano le caratteristiche minime descritte nel Capitolato, avendole conseguite solo successivamente.

Pertanto, la Commissione di gara avrebbe dovuto escludere la controinteressata dalla procedura per mancanza dei requisiti al momento della presentazione della domanda o, quantomeno, avrebbe dovuto consentire l’integrazione postuma dell’offerta a tutte le ditte partecipanti e non solo alla ditta aggiudicataria.

La doglianza è fondata.

Il punto 2.2.5 del Capitolato di gara prevedeva che il sistema offerto disponesse di interfacce

ethernet, WI-FI (2.4 e 5 GHz) e Bluetooth per la gestione dello stesso da parte dell’operatore attraverso notebook e/o smartphone”.

La controinteressata ha dichiarato nella sua offerta che “*Attualmente il sistema utilizza il WI-FI 2.4 GHz per la connettività con il client (notebook e/o smartphone Android). L’azienda sta sviluppando e aggiungendo i drivers per le altre tipologie di connessione richieste*”.

Si tratta di una dichiarazione confessoria della assenza dei requisiti richiesti dal capitolato al momento della presentazione dell’offerta.



Nella memoria di replica, la controinteressata ha spiegato che il prodotto dalla stessa offerto possedeva tutte le interfacce richieste dal bando e utilizzava il WI-FI 2.4 GHz per la connettività con il client, mentre per l'utilizzo delle altre funzionalità richieste era sufficiente applicare una *dongle* USB (ovvero una chiavetta USB comprensiva di tecnologia wireless e bluetooth) o un *hardware* standard sulla porta LAN RJ45. In sostanza, l'apparato disponeva delle interfacce, a prescindere dall'implementazione dei drivers, che sarebbe avvenuta successivamente.

Tale replica non appare convincente.

La funzione della clausola del capitolato in esame appare chiaramente quella di consentire al client di "dialogare" con l'apparato da remoto, attraverso notebook e/o smartphone.

E' chiaro pertanto che gli strumenti di connettività richiesti (WI-FI (2.4 e 5 GHz) e Bluetooth) dovessero tutti essere in grado di funzionare, già al momento della presentazione dell'offerta, senza la necessità di attendere la successiva installazione dei drivers.

La possibilità che mediante la chiavetta USB menzionata dalla difesa della controinteressata potessero essere attivate le connessioni mancanti non appare dunque idonea a soddisfare le richieste dei requisiti minimi dell'apparato previste al punto 2.2.5 del capitolato, trattandosi di una componente esterna all'apparato.

Va poi rilevato che di tale chiavetta USB si è fatta per la prima volta menzione nella memoria di replica della controinteressata ma essa non risulta nella scheda tecnica dei requisiti minimi prodotta tra i documenti di gara. Tale profilo, pertanto, non può essere preso in considerazione.

Sempre con il primo motivo, parte ricorrente sostiene che non fosse rispettato dalla controinteressata un altro requisito minimo concernente la disponibilità di un applicativo dedicato per l'impiego del sistema, in lingua italiana.

Sul punto, nella scheda requisiti minimi prodotta dalla controinteressata si legge che l'applicativo è solo in lingua inglese. *“Nel caso fosse necessario, l’Azienda potrà valutare la traduzione in lingua italiana”*.

In effetti, in sede di “prove sul campo” la controinteressata disponeva dell’interfaccia applicativa in lingua italiana.

Ritiene tuttavia il Collegio che la disponibilità dei requisiti minimi di ammissibilità dell’offerta tecnica dovessero essere dimostrati dalle imprese concorrenti sin dal momento della presentazione dell’offerta e non potessero essere integrati in una fase successiva quale è quella delle “prove sul campo”, effettuate in data 23.10.2018, le quali, peraltro, hanno tutt’altra finalità. Esse servono infatti a “misurare e confrontare le prestazioni dichiarate nelle offerte ed attribuire il punteggio tecnico all’uopo dedicato”. Non è possibile pertanto consentire alle imprese concorrenti di usufruire del tempo ulteriore tra la data di presentazione delle offerte e le prove sul campo per modificare o integrare le funzionalità dell’apparato oggetto dell’offerta al fine di soddisfare i requisiti minimi di ammissibilità. In tal modo infatti viene ad essere violata sia la legge di gara che la par condicio tra le parti concorrenti.

Sempre nel primo motivo, parte ricorrente contesta il rispetto da parte della controinteressata del punto 2.2.8 del Capitolato, il quale stabiliva che il sistema dovesse prevedere *“almeno un set di batterie al litio per l’impiego dell’apparato nello zaino, munito di caricabatteria rete AC e da automobile, nonché set cavi che garantiscano il funzionamento dell’apparato per almeno 1,5h a media potenza. Il sistema deve consentire la sostituzione a caldo della batteria”*.

La controinteressata nella scheda requisiti minimi ha dichiarato che *“il sistema non consente la sostituzione a caldo della batteria”*. La Commissione ha quindi reputato che per il requisito la controinteressata fosse *“conforme in parte”* e qualcuno della

commissione ha apposto un punto interrogativo su questo punto della scheda tecnica.

Nella verifica sul campo, effettuata il 23 ottobre 2018, la controinteressata è stata chiamata a provare la sussistenza di detto requisito e a pag. 2 del verbale si legge che la Commissione ha rilevato *“la possibilità di sostituire le batterie a caldo scollegando una singola batteria per volta.”*

Nella memoria di replica, la controinteressata ha precisato che non è assolutamente necessario lo spegnimento del sistema per la sostituzione, una alla volta, delle batterie.

Questo profilo di doglianza, alla luce degli accertamenti effettuati dalla Commissione e tenuto conto del fatto che in questo caso non risultano effettuate modifiche tecniche nelle more tra la presentazione delle offerte e la prova sul campo, deve ritenersi infondato.

La circostanza che la sostituzione delle batterie debba avvenire una per volta infatti non inficia il rispetto del requisito minimo che riguardava la sostituzione a caldo, cioè senza spegnimento, della batteria. Può pertanto ritenersi superato quanto erroneamente attestato nella scheda tecnica dei requisiti minimi.

Fondato è invece il profilo di censura concernente la violazione del punto 2.3.1. del Capitolato tecnico, che, al terzo capoverso, prevede che nell'ambito dell'assistenza *“deve essere garantita anche la sostituzione dei kit batterie da auto e spalleggiabili, per ogni sistema offerto, qualora i parametri degli stessi siano degradati più del 50% rispetto alle prestazioni offerte in sede di gara [...] senza vincoli di utilizzo con cicli programmati di carica/scarica”*.

La controinteressata nella scheda tecnica ha dichiarato che *“per la sostituzione delle batterie l'Azienda richiede una analisi tecnica in grado di stabilire che i parametri delle batterie offerte siano degradati più del 50% rispetto alle prestazioni offerta in sede di gara e il registro della manutenzione e dei cicli programmati di carico/scarico delle stesse”*.

Sostiene parte ricorrente che la società controinteressata avrebbe imposto l'adozione di un registro dove inserire i dati relativi al carico e scarico delle batterie, rendendone di fatto molto più oneroso l'utilizzo.

Sul punto, nella memoria di replica, la controinteressata sostiene di aver solo evidenziato l'opportunità di registrare i suindicati dati/parametri era menzionata solo al fine di una corretta manutenzione ed un adeguato ciclo di carico/scarico anche se non utilizzato.

Ritiene il Collegio che il profilo di doglianza sia fondato.

La clausola del Capitolato in esame sembra infatti proprio finalizzata ad evitare che sia necessario utilizzare cicli programmati di carico e scarico delle batterie. L'offerta della Cellxion, invece, secondo quanto si legge nella scheda dei requisiti minimi, espressamente richiede come condizione per la sostituzione delle batterie (e non come mero consiglio, come sostenuto nella memoria di replica) il registro della manutenzione e dei cicli programmati di carico/scarico delle stesse.

Il punto 2.3.1. del Capitolato non risulta dunque rispettato.

La ricorrente sostiene ancora che nei primi tre punti del paragrafo 2.2. "*Componenti del Sistema*" il Capitolato prevede che il Sistema deve avere 8 radio ricetrasmittenti, due per la cattura dei terminali in standard GSM (2.2.1.); tre per quelli in standard UMTS (2.2.2.) e tre per quelli in standard "G/3G/LTE-4G (2.2.3). Dette caratteristiche erano tradotte nel punto 3 della scheda requisiti minimi.

Il successivo punto 3.1.3. stabilisce che: "*il numero minimo di stazioni radio base contemporaneamente simulabili deve essere non inferiore a 8. Ogni singola stazione radio base simulata deve poter essere configurata via software dall'operatore per operare su una determinata tecnologia di accesso radio (2G, 3G, LTE-4G) e su una determinata banda di frequenza [...]*".

Tali requisiti sono indicati nel punto 30 della scheda tecnica.

Da un punto di vista operativo ciò vuol dire che l'operatore deve poter disporre di almeno 64 licenze in grado di funzionare su tutti gli standard richiesti.

Dall'esame dell'offerta economica della controinteressata (doc. 4 prodotto il 27 novembre) ai punti 11, 12 e 13, sembrerebbe invece che solo 24 licenze sono effettivamente operative in standard GSM, UMTS e LTE, mentre le altre 24 solo su GSM e UMTS e altre 16 solo su GSM. In pratica ciò vuol dire che alcune radio potranno funzionare solo in GSM, altre solo in UMTS e GSM e solo tre radio in LTE, UMTS e GSM. Quindi, in realtà, solo queste ultime radio lavorano a pieno regime invece delle otto richieste dalla tabelle dei requisiti minimi.

L'amministrazione nelle sue difese ha replicato che la doglianza di parte ricorrente sarebbe basata su una non corretta lettura della legge di gara. Infatti, sia nel Capitolato Tecnico (punto 2.2 in cit.all.6) che nella scheda "Requisiti Minimi" (punto 3 in cit.all.9), la Stazione Appaltante richiede una configurazione con almeno:

- due unità ricetrasmittenti GSM;
- tre unità ricetrasmittenti UMTS;
- tre unità ricetrasmittenti SDR 2G/3G/4G-LTE, con la conseguenza che il sistema proposto dalla società aggiudicataria sarebbe pienamente conforme a quanto richiesto.

La controinteressata, nella memoria di replica, ha sostenuto che sistema da essa offerto è conforme al capitolato e può essere customizzato (personalizzato) e configurato con una combinazione fino a nove SDR per l'emulazione dei protocolli GSM(2G), UMTS (3G) e LTE-FTX (2G/3G/4G).

Ritiene il Collegio che alla luce delle spiegazioni rese dalle parti, la doglianza debba essere respinta.

Infatti, il Capitolato al punto 2.2.richiedeva che ogni sistema dovesse essere composto, dal punto di vista hardware di 8 radio ricetrasmittenti, due per GSM, tre per UMTS e tre SDR 2G/3G/4G-LTE. (SDR significa *short range devices*, per le quali sono previste apposite licenze.) Sotto questo profilo, dunque, il numero e la

tipologia di licenze offerte dalla controinteressata, come indicate nell'offerta tecnica, appare conforme alle previsioni del Capitolato.

Diverso è invece il profilo relativo al funzionamento del sistema e ai software, di cui si occupa il paragrafo 3.1 del Capitolato.

Esso in effetti al punto 3.1.3 prevede che il sistema debba essere in grado di simulare contemporaneamente almeno 8 stazioni radio base e che ogni singola stazione radio base simulata deve poter essere configurata via software dall'operatore per operare su una determinata tecnologia di accesso radio (2G, 3G, LTE-4G) e su una determinata banda di frequenza. Prevede inoltre il punto 3.1.4 del Capitolato: *“Ciascuna stazione radio base simulata deve poter essere configurata automaticamente dal sistema o manualmente dall'operatore per trasmettere, in funzione della tecnologia di accesso alla rete (2G, 3G o LTE-4G), nelle specifiche bande di frequenza.”* Ciò significa che il sistema deve garantire che ciascuna delle stazioni radio base simulate debba poter funzionare in una qualsiasi delle tecnologie di accesso alla rete e in una qualsiasi radio frequenza.

Tale idoneità in effetti sussiste posto che ogni apparato deve essere composto da otto ricetrasmittenti, tre delle quali idonee a coprire tutte le tecnologie di accesso radio e le bande di frequenza.

E' tuttavia in effetti ipotizzabile, come sostiene parte ricorrente, che il numero delle licenze effettivamente detenute (secondo quanto richiesto nel capitolato) possa in concreto limitare le potenzialità del funzionamento del sistema, non consentendo a tutte le radio di lavorare contemporaneamente in LTE, UMTS e GSM. Si tratta tuttavia di un profilo che è addebitabile al Capitolato, che tuttavia sul punto non è stato impugnato.

Infine, parte ricorrente lamenta la violazione del punto 3.1.11 del Capitolato, il quale prevedeva che *“il sistema deve garantire la possibilità di effettuare una chiamata e/o inviare un sms presentandosi con un numero arbitrario impostato dall'operatore?”*.

Di nuovo la controinteressata afferma che *“il sistema è in grado di effettuare una call presentando un numero desiderato impostato dall'operatore solamente in tecnologia 2G, la funzione di invio sms è al momento disabilitata e verrà riabilitata in futuri upgrade software”*. E conclude che rispetto al requisito il sistema è *“conforme in parte”*.

La Commissione ha poi effettuato una verifica sul campo alcuni mesi dopo, dove ha constatato *“l'abilitazione della funzionalità di invio di sms”*.

Sul punto, l'amministrazione nelle sue difese ha rilevato che il requisito minimo richiesto dal Capitolato riguarda unicamente: *“... la possibilità di effettuare una chiamata e/o inviare un sms...”*, ammettendo la presenza di entrambe le funzioni oppure di una sola di esse.

Alla luce di tale dirimente circostanza, il profilo di doglianza deve essere respinto.

4.2. Con il secondo motivo, parte ricorrente lamenta la violazione dell'art. 15.3.1 *“dichiarazioni integrative”* del Disciplinare di gara; eccesso di potere nelle forme della carenza istruttoria; vizio di motivazione; sviamento, sostenendo che la ditta aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa anche per irregolarità della documentazione amministrativa presentata a seguito della richiesta di soccorso istruttorio. Nel caso che ci occupa tale documentazione integrativa non sarebbe stata sottoscritta dal rappresentante legale ma dal procuratore, che non ha poteri di firma con riferimento alla documentazione da presentare nelle gare con valore superiore ad un milione di euro (nel caso di specie la gara ha un valore di € 5.316.134,43).

Tale seconda doglianza, in quanto afferente la documentazione amministrativa, è inammissibile per tardività, come eccepito dalla controinteressata. Era infatti ampiamente decorso, alla data di proposizione del ricorso per motivi aggiunti, il termine di trenta giorni dalla pubblicazione del provvedimento del 30 ottobre 2018, avente ad oggetto l'ammissione della controinteressata (e l'esclusione del RTI ricorrente), ai sensi di quanto previsto dall'art. 120, commi 2 bis, del CPA.

In conclusione, il ricorso per motivi aggiunti deve essere accolto in relazione ai profili di doglianza di cui al primo motivo, sopra menzionati.

Per l'effetto, il provvedimento di aggiudicazione e il presupposto atto di ammissione alla gara della controinteressata, devono essere annullati.

5. Va infine respinta anche la domanda di risarcimento in forma specifica mediante subentro nel contratto, previa ove occorra declaratoria di inefficacia del contratto nelle more sottoscritto, o, in subordine, per equivalente.

Detta domanda, infatti, per come è stata formulata, presuppone l'accertamento della spettanza del bene della vita consistente nella aggiudicazione della gara in capo alla ricorrente.

Invece, nel caso in esame, non risulta assolutamente accertato che la ricorrente avesse diritto alla aggiudicazione.

Ciò che consegue all'accoglimento del ricorso per motivi aggiunti è unicamente la caducazione dell'intera gara, con la possibilità per l'amministrazione di bandirne un'altra mantenendo o modificando eventualmente le previsioni del bando e del capitolato. L'interesse della ricorrente che è stato ritenuto meritevole di tutela, dunque, è un mero interesse strumentale alla (eventuale) ripetizione della gara. Tale interesse non è suscettibile di risarcimento alla stregua della domanda di risarcimento di parte ricorrente, per come essa è stata in questo giudizio formulata, in quanto essa presuppone – come si è detto – la spettanza in capo alla ricorrente della aggiudicazione.

6. In conclusione, il ricorso originario deve essere respinto, mentre va accolto il ricorso per motivi aggiunti.

La reciproca soccombenza giustifica la totale compensazione delle spese del presente giudizio tra tutte le parti.

P.Q.M.



Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, , integrato da motivi aggiunti, così provvede:

- Respinge il ricorso originario;
- Accoglie il ricorso per motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla la determina n. 327196/18 che dispone l'aggiudicazione in favore della Cellxion Italy s.r.l. della gara, nonché il giudizio di ammissibilità dell'offerta della Cellxion Italy s.r.l. alla procedura di gara, come riportato nei verbali del 31 luglio 2018, del 5 ottobre 2018 e del 23 ottobre 2018.
- Respinge la domanda di risarcimento del danno.
- Compensa le spese.

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

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 19 febbraio 2019 e 19 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Fabio Mattei, Consigliere

Maria Laura Maddalena, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Maria Laura Maddalena**

**IL PRESIDENTE**  
**Pietro Morabito**

IL SEGRETARIO