

N. 00072/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00693/2020 REG.RIC.



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 la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 693 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da Targa Telematics S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Garofalo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Treviso, via Castelmanardo n. 55;

contro

Hera S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Lolli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, via Vaccaro 6;

nei confronti

Texa S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Diego Signor, con domicilio digitale come da PEC da

Registri di Giustizia;
Uniflotte S.r.l. non costituito in giudizio;

per l'ottemperanza

della sentenza del T.A.R. per l'Emilia-Romagna, sede di Bologna, n. 463/2020, pronunciata in data 24 giugno 2020, pubblicata in data 7 luglio 2020 e notificata in data 9 luglio 2020, e, conseguentemente, per la dichiarazione di nullità e inefficacia:

- del “provvedimento di esclusione”, trasmesso il 13 ottobre 2020, con cui Hera s.p.a. ha comunicato a Targa Telematics s.p.a. l'esclusione “dal procedimento in oggetto per mancato rispetto delle specifiche tecniche”
- della comunicazione del Responsabile Acquisti Mercato di Hera s.p.a. del 28 settembre 2020, con cui vengono trasmessi a Targa Telematics il verbale della Commissione di gara e la relazione tecnica del Gruppo Tecnico di Lavoro e si domanda a Targa Telematics s.p.a. di inviare delle controdeduzioni entro 5 giorni lavorativi;
- del “verbale n. 3” del procedimento online SRM n. 1912000531, relativo alla seduta della commissione di gara del 28 settembre 2020;
- della “relazione su verifiche black box Targa Telematics”, datata 9 settembre 2020, del Gruppo Tecnico di Lavoro di Hera s.p.a.;
- della comunicazione di primo classificato in graduatoria e di avvio delle attività relative ai test di cui all'art. 43 del Capitolato Speciale di Fornitura, a firma del Presidente della Commissione di gara, trasmessa il 25 agosto 2020;
- del “verbale n. 1” del procedimento online SRM n. 1912000531, relativo alle sedute della Commissione di gara del 5 febbraio 2020, dell'11 febbraio 2020 e del 12 febbraio 2020;

- del bando relativo alla “procedura aperta per la fornitura di black box da installarsi su automezzi di proprietà delle società appartenenti al Gruppo Hera”;
- del “disciplinare di gara per procedura telematica aperta” relativo alla “procedura aperta per la fornitura di black box da installarsi su automezzi di proprietà delle società appartenenti al Gruppo Hera, con assistenza e trasmissione dati su piattaforma fleet management della committente”;
- del “capitolato speciale per la fornitura di black box da installarsi su automezzi di proprietà delle società appartenenti al Gruppo Hera, con assistenza e trasmissione dati su piattaforma fleet management della committente”;
- degli allegati al bando di gara e della “ulteriore documentazione di gara”;
- del/dei provvedimento/i con cui Hera s.p.a. ha nominato la Commissione di gara, di data ed estremi sconosciuti;
- del/dei provvedimento/i con cui il Presidente della Commissione di gara ha nominato il Gruppo Tecnico, di data non intellegibile;
- del/dei provvedimento/i con cui Hera s.p.a. ha accertato l'assenza di annotazioni nel casellario informatico dell'A.N.A.C. riferite a Texa s.p.a., di data ed estremi sconosciuti;
- del/dei provvedimento/i con cui Hera s.p.a. ha giudicato congrua l'offerta economica di Texa s.p.a. e comunque di ogni provvedimento relativo alla fase di verifica dell'anomalia dell'offerta di Texa s.p.a., di data ed estremi sconosciuti;
- dei verbali delle attività di cui all'art. 43 del Capitolato Speciale di Fornitura di data ed estremi sconosciuti;

- del “verbale n. 2” del procedimento online SRM n. 1912000531, di data ed estremi sconosciuti;
- dei verbali delle attività del Gruppo Tecnico di Lavoro, di data ed estremi sconosciuti;
- del provvedimento di aggiudicazione, di data ed estremi sconosciuti;
nonché per la dichiarazione di inefficacia

del contratto che dovesse essere stato stipulato tra Hera s.p.a. e Texa s.p.a. e, in ogni caso, per la condanna di Hera s.p.a. al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica con aggiudicazione della gara a Targa Telematics s.p.a. e conseguente stipulazione del contratto, ovvero, in via subordinata, al risarcimento del danno per equivalente, per l'importo che sarà determinato in corso di causa e che, comunque, è allo stato quantificato in una misura non inferiore a 165.900 euro (oltre I.V.A.), ovvero comunque in una somma maggiore o minore che risulterà in corso di causa, oltre a interessi e rivalutazione monetaria dal di del dovuto a quello del saldo.

Quanto ai primi motivi aggiunti:

per l'ottemperanza

della sentenza del T.A.R. per l'Emilia-Romagna, sede di Bologna, n. 463/2020, pronunciata in data 24 giugno 2020, pubblicata in data 7 luglio 2020 e notificata in data 9 luglio 2020 (doc. 1),

e, conseguentemente, per la dichiarazione di nullità e inefficacia

1) del “provvedimento di esclusione”, trasmesso il 13 ottobre 2020, con cui Hera s.p.a. ha comunicato a Targa Telematics s.p.a. l'esclusione “dal procedimento in oggetto per mancato rispetto delle specifiche tecniche” ; 2) della comunicazione del Responsabile Acquisti Mercato di Hera s.p.a. del 28 settembre 2020, con cui vengono trasmessi a Targa Telematics il verbale della

Commissione di gara e la relazione tecnica del Gruppo Tecnico di Lavoro e si domanda a Targa Telematics s.p.a. di inviare delle controdeduzioni entro 5 giorni lavorativi ; 3) del “verbale n. 3” del procedimento online SRM n. 1912000531, relativo alla seduta della commissione di gara del 28 settembre 2020 ; 4) della “relazione su verifiche black box Targa Telematics”, datata 9 settembre 2020, del Gruppo Tecnico di Lavoro di Hera s.p.a. ; 5) della comunicazione di primo classificato in graduatoria e di avvio delle attività relative ai test di cui all'art. 43 del Capitolato Speciale di Fornitura, a firma del Presidente della Commissione di gara, trasmessa il 25 agosto 2020 ; 6) del “verbale n. 1” del procedimento online SRM n. 1912000531, relativo alle sedute della Commissione di gara del 5 febbraio 2020, dell'11 febbraio 2020 e del 12 febbraio 2020 ; 7) del bando relativo alla “procedura aperta per la fornitura di black box da installarsi su automezzi di proprietà delle società appartenenti al Gruppo Hera”, procedimento SRM n. 1912000531, C.I.G. n. 809073099A; 8) del “disciplinare di gara per procedura telematica aperta” relativo alla “procedura aperta per la fornitura di black box da installarsi su automezzi di proprietà delle società appartenenti al Gruppo Hera, con assistenza e trasmissione dati su piattaforma fleet management della committente” ; 9) del “capitolato speciale per la fornitura di black box da installarsi su automezzi di proprietà delle società appartenenti al Gruppo Hera, con assistenza e trasmissione dati su piattaforma fleet management della committente” ; 10) degli allegati al bando di gara (doc. 11) e della “ulteriore documentazione di gara”; 11) del provvedimento con cui il Presidente della Commissione di gara ha nominato il Gruppo Tecnico, di data non intellegibile ; 12) del provvedimento con cui Hera s.p.a. ha nominato la Commissione di gara, di data non intellegibile; 13) del “verbale n.

2” del procedimento online SRM n. 1912000531, relativo alla seduta della Commissione di gara del 25 agosto 2020 ; 14) del “verbale n. 4” del procedimento online SRM n. 1912000531, relativo alla seduta della Commissione di gara del 13 ottobre 2020 ; 15) del “Test pre-aggiudicazione” sui campioni di Texa s.p.a., datato 14 maggio 2020, prot. n. 473 ; 16) dell'esito della “prima fase test aggiudicazione preliminare” sui campioni di Texa s.p.a., privo di data ; 17) del provvedimento di aggiudicazione di Texa s.p.a., firmato il 15 ottobre 2020 ; 18) del/dei provvedimento/i con cui Hera s.p.a. ha accertato l'assenza di annotazioni nel casellario informatico dell'A.N.A.C. riferite a Texa s.p.a., di data ed estremi sconosciuti; 19) del/dei provvedimento/i con cui Hera s.p.a. ha giudicato congrua l'offerta economica di Texa s.p.a. e comunque di ogni provvedimento relativo alla fase di verifica dell'anomalia dell'offerta di Texa s.p.a., di data ed estremi sconosciuti; 20) di ogni altro atto presupposto, conseguente o collegato ai predetti, ancorché di estremi e contenuti non conosciuti dalla ricorrente; nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto che dovesse essere stato stipulato tra Hera s.p.a. e Texa s.p.a.; ovvero, in subordine e previa conversione dell'azione, per l'annullamento degli stessi atti e dei provvedimenti poc'anzi indicati ai punti da 1 a 20; nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto che dovesse essere stato stipulato tra Hera s.p.a. e Texa s.p.a. e, in ogni caso, per la condanna di Hera s.p.a. al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica con aggiudicazione della gara a Targa Telematics s.p.a. e conseguente stipulazione del contratto, ovvero, in via subordinata, al

risarcimento del danno per equivalente, per l'importo che sarà determinato in corso di causa e che, comunque, è allo stato quantificato in una misura non inferiore a 165.900 euro (oltre I.V.A.), ovvero comunque in una somma maggiore o minore che risulterà in corso di causa, oltre a interessi e rivalutazione monetaria dal di del dovuto a quello del saldo;

nonché per l'annullamento,

ex art. 116, comma 2, c.p.a.,

21 e 22) dei dinieghi opposti da Hera s.p.a. con note di date 2 novembre 2020 (doc. 19) e 9 novembre 2020 (doc. 20) alle istanze di accesso agli atti formulate da Targa Telematics s.p.a. il 2 novembre 2020 (doc. 21) e il 5 novembre 2020 (doc. 22) per prendere visione dei “report estratti dal programma Microsoft Teams riportanti orario e durata delle sedute private della Commissione di gara svoltesi nei giorni 25 agosto 2020, 28 settembre 2020 e 13 ottobre 2020”, e del file PDF menzionato a p. 5 della “relazione su verifiche black box Targa Telematics”, denominato “Fasi_Test_Targa_Telematics.pdf”, citato come allegato alla medesima relazione, nella parte in cui i due dinieghi hanno negato l'accesso ai documenti testé citati,

e per l'accertamento

del diritto della ricorrente ad accedere alla documentazione richiesta, con il conseguente ordine da parte di codesto Tribunale a Hera s.p.a. di consentire l'accesso ai “report estratti dal programma Microsoft Teams riportanti orario e durata delle sedute private della Commissione di gara svoltesi nei giorni 25 agosto 2020, 28 settembre 2020 e 13 ottobre 2020” nonché al file denominato “Fasi_Test_Targa_Telematics.pdf”, citato come allegato alla “relazione su verifiche black box Targa Telematics”.

Quanto ai secondi motivi aggiunti:

per le domande di accertamento, condanna e annullamento già proposte con il ricorso introduttivo ed i primi e secondi motivi aggiunti unitamente alla domanda demolitoria:

18) del verbale di inizio presenza relativo alla seduta della Commissione di gara del 25 agosto 2020 ; 19) del verbale di fine presenza relativo alla seduta della Commissione di gara del 25 agosto 2020 ; 20) del verbale di inizio presenza relativo alla seduta della Commissione di gara del 28 settembre 2020 ; 21) del verbale di fine presenza relativo alla seduta della Commissione di gara del 28 settembre 2020 ; 22) del verbale di inizio presenza relativo alla seduta della Commissione di gara del 13 ottobre 2020; 23) del verbale di fine presenza relativo alla seduta della Commissione di gara del 13 ottobre 2020 ; 24) del/dei provvedimento/i con cui Hera s.p.a. ha accertato l'assenza di annotazioni nel casellario informatico dell'A.N.A.C. riferite a Texa s.p.a., di data ed estremi sconosciuti; 25) del/dei provvedimento/i con cui Hera s.p.a. ha giudicato congrua l'offerta economica di Texa s.p.a. e comunque di ogni provvedimento relativo alla fase di verifica dell'anomalia dell'offerta di Texa s.p.a., di data ed estremi sconosciuti; 26) di ogni altro atto presupposto, conseguente o collegato ai predetti, ancorché di estremi e contenuti non conosciuti dalla ricorrente;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Hera S.p.a. e di Texa S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2021 il dott. Paolo Amovilli e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020 n. 137;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Espone Targa Telematics s.p.a., odierna ricorrente, di aver partecipato alla procedura aperta indetta da Hera s.p.a. per l'acquisto di *black box* da installarsi su automezzi di proprietà delle società appartenenti al gruppo Hera per un importo a base di gara di 1.659.000,00 euro.

Quale criterio di aggiudicazione la stazione appaltante ha individuato il massimo ribasso, con una serie di specifiche tecniche dettagliate per l'ammissione dei prodotti e servizi desiderati.

Con sentenza n. 463 del 2020 l'adito Tribunale Amministrativo ha annullato il bando di gara, nella parte in cui richiedeva il possesso della certificazione ISO/IEC 27001:2013, certificazione non in possesso della ricorrente Targa e disponeva il subentro della medesima impresa nell'appalto, in quanto offerente al prezzo più basso, ritenendo la richiesta del requisito troppo restrittiva della concorrenza.

La stazione appaltante non ha presentato appello avverso la suindicata sentenza e ne ha dato esecuzione, procedendo a norma del non annullato art. 43 del capitolato speciale alla verifica tecnica sui prodotti offerti dalla ricorrente.

Indi il Gruppo tecnico di lavoro ha svolto i prescritti accertamenti nei confronti dei prodotti offerti da Targa Telematics anche a fronte del manuale consegnato in fase di esecuzione test mentre successivamente la

Commissione ha espresso orientamento di esclusione ritenendo i prodotti forniti diversi da quelli richiesti e non equivalenti funzionalmente con particolare riferimento alla radicale diversità tra connessione *Bluetooth* richiesta nel capitolato speciale e collegamento tramite cavi.

All'esito di contraddittorio la Commissione in seduta collegiale ha disposto l'esclusione dalla gara della ricorrente disponendo altresì l'aggiudicazione a Texa, nei cui confronti veniva effettuato con esito positivo anche la fase di verifica sempre ai sensi del citato art. 43 del capitolato.

2. - Con il ricorso introduttivo Targa Telematics ha chiesto l'ottemperanza della sentenza n. 463/2020 divenuta definitiva, lamentando la nullità della predetta esclusione in quanto in aperta violazione della statuizione giudiziale di subentro nell'aggiudicazione.

In subordine ha domandato, previa conversione del rito, l'annullamento dell'esclusione gravata, deducendo i seguenti motivi così riassumibili:

I) Violazione di legge: violazione dell'art. 3, L. n. 241/1990; violazione della *lex specialis* di gara, in particolare degli artt. 34, 35, 36 e 43 del capitolato speciale; eccesso di potere per travisamento dei fatti; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e illogicità, contraddittorietà, erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria; eccesso di potere per insufficienza, incongruità, contraddittorietà e illogicità della motivazione: i test compiuti dal Gruppo Tecnico divergerebbero sensibilmente da quanto previsto dall'art. 43 del capitolato, avendo la ricorrente superato i n. 4 obiettivi previsti.

II) Violazione di legge: violazione dell'art. 3, L. n. 241/1990; violazione della *lex specialis* di gara, in particolare degli artt. 34, 35, 36 e 43 del capitolato speciale; eccesso di potere per travisamento dei fatti e manifesto errore di fatto; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e illogicità,

contraddittorietà, erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria; eccesso di potere per insufficienza, incongruità, contraddittorietà e illogicità della motivazione: non sarebbe vero quanto affermato dal Gruppo Tecnico in ordine alla presentazione da parte della ricorrente di n. 3 soli dispositivi in luogo dei n. 5 previsti; non sarebbe l'adozione di una SIM tradizionale o di una SIM con chip a creare problemi di falsi contatti ma la qualità del dispositivo nel suo complesso. La connettività *Bluetooth* richiesta da Hera sarebbe meno sicura di quella via cavo offerta; tutte le altre difformità rilevate non sarebbero gravi e comunque non sanabili.

III) Violazione di legge: violazione dell'art. 3, L. n. 241/1990; eccesso di potere per travisamento dei fatti; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e illogicità, contraddittorietà, erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria; eccesso di potere per insufficienza, incongruità, contraddittorietà e illogicità della motivazione: sarebbe del tutto illegittima la negazione da parte della Commissione di una equivalenza funzionale tra i prodotti offerti e quanto richiesto in sede di gara.

IV) Violazione di legge: violazione dell'art. 3, L. n. 241/1990; eccesso di potere per travisamento dei fatti; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e illogicità, contraddittorietà, erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria; eccesso di potere per insufficienza, incongruità, contraddittorietà e illogicità della motivazione: il verbale del Gruppo Tecnico non sarebbe intellegibile.

V) Violazione di legge: violazione dell'art. 95, co. 4, lett. b), D.Lgs. n. 50/2016; violazione della *lex specialis* di gara; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e illogicità, erroneità dei presupposti e difetto di istruttoria: il Gruppo Tecnico sarebbe fuoriuscito dal compito assegnatogli dalla legge di

gara a svolgere un giudizio di mera conformità della fornitura della *lex specialis*, dal momento che in presenza di criterio di aggiudicazione del massimo ribasso il riscontro della documentazione tecnica dovrebbe essere strettamente vincolato.

VI) Violazione di legge: violazione degli artt. 41 e 97 Cost; violazione dell'art. 1, L. n. 241/1990; violazione dell'art. 30, D.lgs. n. 50/2016; violazione dei principi generali di economicità, efficacia, efficienza, buon andamento dell'azione amministrativa, ragionevolezza, imparzialità, pubblicità e trasparenza, libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità; violazione del principio di equivalenza: la ricorrente sarebbe stata conscia di offrire un prodotto non identico confidando nel principio di equivalenza.

VII) Incompetenza relativa del Presidente della Commissione di gara ad adottare il provvedimento di esclusione trasmesso il 13 ottobre 2020; violazione di legge: violazione del par. 7 del disciplinare di gara; violazione dell'art. 77, D.Lgs. n. 50/2016; violazione del principio del collegio perfetto; violazione dell'art. 3, L. n. 241/1990; eccesso di potere per difetto di istruttoria: in via subordinata l'impugnato atto di esclusione sarebbe viziato da incompetenza in quanto adottato dal solo Presidente della Commissione.

VIII) Violazione di legge: violazione dell'art. 95, co. 4, lett. b), D.Lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e illogicità, erroneità dei presupposti e difetto di istruttoria: in via ulteriormente subordinata sarebbe viziata l'intera gara nella parte in cui è stato scelto il criterio di aggiudicazione del massimo ribasso, non avendo la fornitura per cui è causa ad oggetto caratteristiche standardizzate bensì altamente specialistiche.

IX) Violazione di legge: violazione dell'art. 95, co. 4, lett. b), e art. 95, co. 5, D.Lgs. n. 50/2016; violazione dell'art. 3, L. n. 241/1990; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e illogicità, erroneità dei presupposti e difetto di istruttoria e di motivazione: la stazione appaltante non avrebbe motivato la scelta del criterio di aggiudicazione.

X) Violazione di legge: violazione dell'art. 95, D.Lgs. n. 50/2016; violazione dell'art. 3, L. n. 241/1990; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e illogicità, erroneità dei presupposti e difetto di istruttoria e di motivazione: la *lex specialis* sarebbe illegittima anche nella parte in cui ha disciplinato i tests cui deve sottoporsi il primo in graduatoria.

3. - Con il primo atto di motivi aggiunti la ricorrente ha dedotto nei confronti del provvedimento espulsivo già gravato con il ricorso introduttivo nuove articolate doglianze di violazione e falsa applicazione di legge ed eccesso di potere sotto vario profilo in seguito all'accesso alla documentazione di gara richiesta.

In necessaria sintesi ha lamentato la violazione del principio valevole in "*subiecta materia*" di tassatività della cause di esclusione riguardando le irregolarità riscontrate nella fase di verifica di cui all'art. 43 del capitolato requisiti di esecuzione e non già di partecipazione; inoltre ha lamentato vari profili di illegittimità delle sedute effettuate da remoto dalla Commissione, tra l'altro per l'assenza sia dell'orario di inizio che di quello di fine della seduta. Ha ribadito quanto già dedotto con il ricorso introduttivo circa l'indebito esercizio da parte della Commissione di poteri di valutazione dei prodotti offerti di tipo discrezionale del tutto incompatibili con una gara per l'aggiudicazione di fornitura con il massimo ribasso. Inoltre, ha introdotto articolati motivi anche avverso l'aggiudicazione effettuata in favore della

controinteressata Texa la cui offerta non sarebbe conforme e non avrebbe pertanto dovuto superare i test di cui al citato art. 43 del capitolato.

Infine ha formulato ai sensi dell'art. 116 c.p.a. istanza di accesso a tutti gli atti del procedimento di gara non ancora ostesi dalla stazione appaltante.

Si è costituita in giudizio Hera s.p.a. eccependo l'infondatezza di tutti i motivi "ex adverso" dedotti sia con il ricorso introduttivo che con i motivi aggiunti, poiché in sintesi: - quanto alla domanda di ottemperanza la sentenza n. 463/2020 di accoglimento del ricorso di Targa Telamatics proposto avverso l'esclusione non avrebbe comportato alcuna deroga all'obbligo del primo classificato di sottoporsi ai test; quanto alla subordinata domanda di annullamento, sarebbe dirimente la presentazione da parte della ricorrente di prodotti non conformi a quanto richiesto in sede di capitolato nè funzionalmente equivalenti, essendo la connessione senza fili di tipo *Bluetooth* ben diversa da quella tramite cavi offerta; - diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente l'attività effettuata dal Gruppo Tecnico e dalla Commissione ai sensi dell'art. 43 del capitolato sarebbe risultata assolutamente vincolata. Ha infine eccepito l'inammissibilità per tardività del motivo inerente la violazione dell'art. 95 d.lgs. 50/2016.

Si è costituita anche la controinteressata Texa s.p.a. parimenti evidenziando l'infondatezza sia della domanda di ottemperanza della sentenza n. 463/2020 che di quella di annullamento dell'impugnata esclusione. In necessaria sintesi ha rilevato: - l'offerta presentata dalla ricorrente non solo sarebbe difforme rispetto a quanto espressamente richiesto dalla stazione appaltante, ma anche non rispondente alle esigenze perseguite dall'Ente con la previsione di determinate specifiche tecniche; - il principio di equivalenza "ex adverso" invocato non sarebbe nel caso di specie comunque applicabile anche

perché nella propria offerta l'offerente non avrebbe (come imposto dall'art. 68 c. 7 d.lgs. 50/2016) dimostrato che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche, non potendosi pretendere che di una tale verifica sia onerata la Commissione di gara; - la tardività delle doglianze rivolte nei confronti della *lex specialis* già ben note alla ricorrente al momento della partecipazione alla gara, ma, in ogni caso nel momento della proposizione del primo ricorso, occasionato dalla richiesta di annullamento del provvedimento di esclusione.

Alla camera di consiglio del 18 novembre 2020 parte ricorrente ha rinunciato alla domanda incidentale cautelare e l'Amministrazione resistente si è impegnata a non procedere alla stipulazione del contratto nelle more della decisione nel merito, come da verbale d'udienza.

5. - Con secondo atto di motivi aggiunti Targa Telematics, a seguito dell'ulteriore accesso alla documentazione di gara, ha ribadito le lagnanze già veicolate con il ricorso introduttivo ed i primi motivi aggiunti anche in riferimento a quelle vizianti l'intera gara oltre ad introdurre nuovi motivi di violazione e falsa applicazione di legge ed eccesso di potere sotto vario profilo, così riassumibili: - i verbali della Commissione sarebbero firmati digitalmente in orario antecedente a quello delle attività di cui i medesimi documenti danno atto; - il tempo dedicato dalla Commissione per esaminare i risultati dei test compiuti sia sui campioni di Targa che su quelli di Texa sarebbero del tutto insufficienti; - la *lex specialis* nella parte in cui stabilisce le specifiche tecniche richieste sarebbe illegittima anche perché parametrata esclusivamente sul prodotto di Texa, con un vero e proprio "bando fotografia". Ha inoltre insistito nell'accoglimento dell'istanza ostensiva non avendo ancora Hera esibito i "report estratti dal programma *Microsoft*

Teams riportanti orario e durata delle sedute private della Commissione di gara svoltesi nei giorni 25 agosto 2020, 28 settembre 2020 e 13 ottobre 2020” nonché il file denominato “Fasi_Test_Targa_Telematics.pdf”, allegato alla “relazione su verifiche black box Targa Telematics”.

Con memoria la difesa di Hera ha eccepito l’inammissibilità di tutti i motivi di cui al ricorso introduttivo, primi e secondi motivi aggiunti tesi a censurare la *lex specialis* in quanto tardivamente proposti, dal momento che potevano e dovevano essere proposti nel primo giudizio definito dal T.A.R. con sentenza n. 463/2020. Ha poi lamentato la violazione da parte della ricorrente sia nel ricorso introduttivo che nei primi e secondi motivi aggiunti dei limiti dimensionali stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167/2016; ha infine eccepito l’irrilevanza ai fini del presente giudizio della richiesta istruttoria pervicacemente proposta dalla difesa della ricorrente, in considerazione della natura fidefacente dei verbali di gara.

La ricorrente ha depositato perizia del prof. Fabrizio Lamberti, professore ordinario presso il Dipartimento di Automatica e Informatica del Politecnico di Torino, tesa tra l’altro a dimostrare l’equivalenza funzionale dei prodotti offerti rispetto alle prescrizioni del capitolato; ha quantificato il danno per equivalente subito per effetto dell’illegittima esclusione, nella misura dell’utile presunto dall’esecuzione della commessa, pari a non meno di 454.200 euro, oltre a interessi e rivalutazione.

La difesa di Hera, di contro, ha insistito sull’eccezione di inammissibilità per tardività di tutti i motivi diretti alla caducazione della *lex specialis*.

La difesa della controinteressata ha replicato alle argomentazioni della ricorrente, ammettendo la presenza di alcune criticità nei prodotti offerti durante la fase dei test poi ampiamente superate, ribadendo inoltre

l'inammissibilità per carenza di interesse dei motivi volti a contestare la scelta del criterio di aggiudicazione del massimo ribasso.

Con nota depositata il 12 gennaio 2021 la difesa della ricorrente ha rinunciato ai motivi di gravame con i quali è stata dedotta l'illegittimità della legge di gara in quanto meramente riproductiva delle specifiche offerte dalla controinteressata.

All'udienza pubblica del 13 gennaio 2021, uditi i difensori da remoto come da verbale d'udienza, la causa è stata trattenuta in decisione ai sensi dell'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020 n. 137.

DIRITTO

1.-E' materia del contendere la legittimità dell'esclusione dell'odierna ricorrente dalla procedura aperta indetta da Hera s.p.a. per l'acquisto di dispositivi *black box* da installarsi su automezzi di proprietà della stazione appaltante, per un importo a base di gara di 1.659.000,00 euro e criterio di aggiudicazione del prezzo più basso.

L'esclusione è stata disposta a causa del mancato superamento della verifica tecnica sui prodotti offerti effettuata a norma dell'art. 43 del capitolato speciale la quale ha rivelato la non conformità alle specifiche tecniche richieste ed escluso l'equivalenza funzionale.

2. - Con il ricorso introduttivo, il primo ed il secondo atto di motivi aggiunti Targa Telematics ha chiesto ai sensi dell'art. 114 c.p.a. l'accertamento della nullità della predetta esclusione in asserita violazione del giudicato di cui alla sentenza n. 463/2020 pronunciata dall'adito Tribunale Amministrativo con cui è stata annullata l'originaria esclusione dalla gara di che trattasi, allora disposta per carenza della richiesta certificazione ISO/IEC 27001:2013.

A detta della ricorrente discenderebbe dal predetto giudicato l'aggiudicazione automatica della gara, senza possibilità di alcuna esclusione, fermo restando la possibilità per la stazione appaltante, a tutto concedere, di contestare in sede di esecuzione la difformità dei prodotti offerti.

2.1. - In subordine la ricorrente ha chiesto, previa conversione del rito, l'annullamento dell'esclusione deducendo articolate doglianze in parte relative a vizi propri della verifica compiuta dal Gruppo Tecnico e dalla Commissione ai sensi dell'art. 43 del capitolato sia quanto al "*modus procedendi*" che all'esito della stessa, in parte dirette all'annullamento della *lex specialis*.

In sintesi ha sostenuto la piena equivalenza dei prodotti offerti rispetto alle specifiche richieste e contestato anche l'esito positivo di detta verifica quanto ai prodotti offerti dalla controinteressata Texa.

3. - In "*limine litis*" prende atto il Collegio della rinuncia di parte ricorrente all'esame di alcuni motivi così come del sostanziale soddisfacimento da parte dell'Amministrazione intimata delle richieste di accesso formulate, si da far venir meno la necessità di disporre misure istruttorie.

4. - Preliminarmente giova rilevare che con sentenza 463/2020 l'adito Tribunale Amministrativo ha accolto il ricorso di Targa Telematics e per l'effetto disposto l'annullamento del bando nella parte in cui veniva richiesto il possesso della certificazione ISO/IEC 27001:2013 nonché della consequenziale esclusione disposta dall'Amministrazione resistente, "con diritto della ricorrente al subentro nell'aggiudicazione disposta nei confronti di Texa s.p.a., peraltro allo stato non ancora intervenuta, e comunque alla spettanza dell'aggiudicazione stessa".

Ad avviso della ricorrente dalla suindicata sentenza, passata in giudicato, deriverebbe l'effetto dell'automatica aggiudicazione nel presupposto - invero

inespresso - dell'appartenenza della fase dei tests sui prodotti offerti di cui all'art. 43 del capitolato alla fase esecutiva del rapporto.

4.1. - L'assunto della ricorrente è del tutto errato.

Ai sensi dell'art. 43 del capitolato speciale la stazione appaltante ha previsto "test da eseguirsi su campioni da effettuarsi prima dell'aggiudicazione" per verificare la rispondenza dei prodotti a quanto prescritto nel capitolato speciale.

La sentenza in questione, disponendo il subentro nell'aggiudicazione, non poteva ovviamente disporre - nè lo ha fatto - l'aggiudicazione alla ricorrente vittoriosa in deroga alla prescritta fase di superamento dei test previsti dal capitolato, risultando detta aggiudicazione giocoforza condizionata all'avverarsi di tale evento.

4.2. - Ne consegue, all'evidenza, la manifesta infondatezza ex art. 114 c.p.a. della domanda di accertamento della nullità dell'esclusione.

5. - Passando alla subordinata domanda di annullamento e segnatamente ai motivi - indicati da parte ricorrente come prioritari - diretti all'annullamento dell'esclusione, questione dirimente va senz'altro individuata nell'offerta da parte della ricorrente di prodotti non conformi alle specifiche richieste nel capitolato né funzionalmente equivalenti, circostanza che priva la ricorrente dello stesso interesse a coltivare parte delle doglianze proposte.

L'art. 35 del capitolato speciale "Caratteristiche tecnico funzionali dei dispositivi hardware" ha stabilito testualmente che "Hardware è composto da oggetti ordinabili anche separatamente in modo da poter adattare la fornitura al veicolo che può svolgere differenti compiti all'interno del Gruppo Hera rendendo necessario potersi focalizzarsi solo su alcuni obiettivi del progetto. Il kit è generalmente così composto, dettagli di seguito: 1. dispositivo Black

Box principale 2. Dispositivo OBDbluetooth - Apparato di diagnosi automotive 3. Dispositivo Privacy SOS 4. Dispositivo per apertura/chiusura delle porte e autorizzazione ad avviare il veicolo con dispositivo blocco motore 5. Dispositivo di rilevazione chiavi a bordo del mezzo.

Tali dispositivi a norma del capitolato (vedi pag. 34) debbono disporre della tecnologia Bluetooth al fine di eliminare la presenza di cavi e fili che possono intralciare le operazioni di manutenzione meccanica del veicolo, con la precisazione che la trasmissione dei dati dall'apparato di diagnosi alla black box dovrà avvenire solamente utilizzando tecnologia Bluetooth in modo da ridurre il tempo di allestimento del veicolo e la realizzazione di ulteriori cablaggi (pag. 35).

La ricorrente, al contrario, ha offerto una connessione con le periferiche via cavo ovvero "*icto oculi*" diversa. Di tale difformità d'altronde è pienamente edotta anche parte ricorrente, la quale ha indicato (vedi pag. 27 dei secondi motivi aggiunti) di aver confidato sul principio di equivalenza.

5.1. - Osserva il Collegio - senza necessità di disporre misure istruttorie - come vengano in questione caratteristiche tecnico funzionali completamente differenti, per giunta non illogicamente giustificate dalla stazione appaltante in relazione se non altro all'esigenza stessa di ridurre interventi di sostituzione dei cavi.

5.2. - Ritiene la difesa di parte ricorrente, mediante i propri atti difensivi, che la connessione via cavo sarebbe funzionalmente equivalente e anzi più moderna e meglio funzionante.

5.3. - Trattasi di assunto del tutto privo di pregio.

Come evidenziato dalla stessa difesa di Texa, l'articolo 68, comma 7, d.lgs. 50/2016 prevede che la stazione appaltante non possa escludere un'offerta

perché non conforme alle specifiche tecniche a cui ha fatto riferimento “se nella propria offerta l’offerente dimostra ... che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche”: è conseguentemente doverosa l’esclusione di concorrente qualora la sua offerta non sia conforme alle specifiche tecniche indicate negli atti di gara e nella stessa non venga dimostrata l’equivalenza fra quanto proposto e quanto specificatamente richiesto dalla stazione appaltante. Anche secondo la giurisprudenza l’operatore che intenda offrire una fornitura caratterizzata da specifiche tecniche differenti rispetto a quanto previsto dalla *lex specialis* di gara avvalendosi della clausola di equivalenza è gravato dell’onere di dimostrare l’equivalenza fra i prodotti, segnalando nella propria offerta la corrispondenza della propria proposta a quanto offerto dalla P.A., non potendo pretendere che di una tale verifica sia onerata la Commissione di gara (*ex pluribus*, Consiglio di Stato, sez. III, 1 ottobre 2019, n. 6560; id. sez. III, 5 settembre 2017, n. 4207; id. 13 maggio 2011, n. 2905; T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 29 gennaio 2020, n.413).

In altre parole l’equivalenza tra i servizi o tra i prodotti oggetto dell’appalto - che trova applicazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara (*ex multis* T.A.R. Calabria Catanzaro sez. II, 30 ottobre 2019, n.1801; T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 20 luglio 2020, n.1386; T.A.R. Piemonte sez. II, 28 novembre 2018, n.1302) - deve essere provata in sede di gara dall’operatore che intende avvalersi dell’equivalenza, non potendo essa essere verificata d’ufficio dalla stazione appaltante né tantomeno dimostrata in via postuma in sede giudiziale.

5.4. - Tale rilievo è del tutto dirimente, non avendo la ricorrente in sede di gara adempiuto a tale onere.

Per mera completezza, poi, è un dato di comune esperienza come una connessione con tecnologia Bluetooth eviti la necessità di installazione di volta in volta dei cavi e consente lo spostamento del dispositivo da un mezzo all'altro, sì che l'offerta della ricorrente si sostanzia in definitiva in una forma di "*aliud pro alio*" comportante, di per sé, l'esclusione dalla gara, anche in mancanza di apposita comminatoria, e, nel contempo, non rimediabile tramite regolarizzazione postuma, consentita soltanto quando i vizi rilevati nell'offerta siano puramente formali o chiaramente imputabili a errore materiale (Consiglio di Stato sez. III, 3 agosto 2018, n. 4809).

Diversamente poi da quanto pervicacemente argomentato dalla ricorrente, l'esclusione comminata dalla Commissione risultava del tutto vincolata, non potendo essa procedere all'aggiudicazione della gara in presenza di prodotti con caratteristiche e specifiche tecniche difformi da quelle espressamente richieste. E' altrettanto poi evidente come le verifiche previste dall'art. 43 del capitolato riguardavano oltre l'identità del prodotto a trasmettere i dati anche la stessa conformità alla *lex specialis*.

Ciò determina oltre l'infondatezza di tutti i motivi di cui al ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti inerenti vizi propri dell'esclusione anche la carenza di interesse in ordine all'esame degli ulteriori profili di difformità rispetto al kit riscontrati dal Gruppo Tecnico e dalla Commissione.

6. - Parimenti privi di pregio sono tutti gli ulteriori motivi di gravame tesi alla caducazione dell'esclusione ed al conseguimento diretto dell'aggiudicazione.

6.1. - Come evidenziato negli atti di causa il provvedimento di esclusione non è stato adottato dal solo Presidente ma dalla Commissione nella sua interezza, come del resto appare consapevole la stessa ricorrente nelle memorie depositate successivamente al ricorso introduttivo.

6.2. - In riferimento al tempo asseritamente troppo breve impiegato dalla Commissione nella seduta del 13 ottobre, anche a voler ammettere che ciò sia sintomatico di eccesso di potere (in senso negativo T.A.R. Molise 4 marzo 2019, n. 77) può senz'altro condividersi l'assunto della non complessità delle verifiche richieste anche alla luce delle esaminate evidenti divergenze rispetto alle specifiche richieste.

6.3. - Trattandosi di verbali redatti durante la vigenza dell'ora legale, consegue l'uso dell'orario CEST corrispondente all'UTC 2 ossia all'UTC incrementato di 2 ore, con conseguente infondatezza delle lagnanze dedotte con il secondo atto di motivi aggiunti inerente gli orari della seduta.

7. - La legittimità dell'impugnata esclusione dalla gara comporta, infine, l'inammissibilità dei motivi di cui al primo e secondo atto di motivi aggiunti diretti a contestare l'aggiudicazione in favore di Texa s.p.a. per carenza di legittimazione ed interesse (*ex multis* Consiglio di Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4; T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 3 agosto 2018, n.772; T.A.R. Veneto sez. I, 5 aprile 2019, n.419).

8. - Vanno a questo punto esaminate le eccezioni in rito di inammissibilità sollevate da Hera s.p.a. e dalla controinteressata nei confronti delle doglianze dedotte sia nel ricorso introduttivo che nei primi e secondi motivi aggiunti dirette alla caducazione della *lex specialis*, proposte dalla parte ricorrente in via ulteriormente subordinata.

Segnatamente, come visto, l'impresa ricorrente lamenta l'illegittimità della scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, non trattandosi a suo dire di fornitura standardizzata, oltre che l'illegittimità della *lex specialis* nella parte in cui ha disciplinato i tests cui deve sottoporsi il primo in

graduatoria, asseritamente confliggenti con il suddetto criterio di aggiudicazione.

A detta della ricorrente il proprio interesse a ricorrere, di tipo strumentale, dovrebbe essere verificato in buona sostanza solamente in relazione al nuovo provvedimento di aggiudicazione e non già in relazione al provvedimento di esclusione impugnato con il primo ricorso Rg n. 326/2020 deciso con la sentenza 463/2020.

8.1. - Ritiene il Collegio che le doglianze in questione avrebbero potuto *rectius* dovuto essere senz'altro proposte, eventualmente anche in via subordinata, in occasione dell'impugnazione della prima esclusione dalla gara, disposta con provvedimento trasmesso il 12 febbraio 2020, dal momento che diversamente opinando la ricorrente beneficerebbe di un'elusione dei termini decadenziali di legge per l'impugnazione dei provvedimenti di aggiudicazione, coltivando nei termini censure non dedotte ma ben deducibili a tempo debito nella sede propria.

Tal principio, d'altronde, è agevolmente ricavabile in senso alla giurisprudenza laddove si precisa che contestare la nuova aggiudicazione facendo valere vizi di illegittimità degli atti della procedura che ha già proposto o che comunque avrebbe potuto proporre in altro giudizio non avrebbe altro significato che quello di rimetterla in termini, in palese contrasto con i principi di certezza degli atti giuridici (Consiglio di Stato sez. V, 10 dicembre 2020, n. 7907; cfr. T.A.R. Sicilia Catania sez. I, 28 aprile 2016, n. 1176).

Diversamente opinando si legittimerebbe la proposizione di ricorsi a catena con una sequenza che non avrebbe mai fine, in contraddizione con tutte le disposizioni in materia di appalti che hanno invece la precisa *ratio* di

consentire una certa e rapida definizione di ogni questione giuridica relativa all'aggiudicazione.

8.2. - Per altro, non può non rilevarsi quale ulteriore profilo di inammissibilità la stessa carenza di interesse della ricorrente a coltivare la doglianza volta a contestare la scelta del criterio di aggiudicazione, avendo essa presentato proprio il prezzo più basso, non potendo essa dimostrare la possibilità di conseguimento dell'appalto ove il criterio di aggiudicazione fosse stato individuato nell'offerta economicamente più vantaggiosa. Infatti, l'acclarata non conformità del prodotto offerto in sede di gara da parte di Targa Telematics impedisce qualsiasi possibilità di ottenimento dell'utilità finale, il che fa venir meno lo stesso interesse strumentale azionato, il quale deve comunque presentare - secondo una tesi non pacifica ma diffusa - un collegamento con il bene della vita finale (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 2 marzo 2018, n.2399; cfr. T.A.R. Veneto sez. I, 15 febbraio 2019, n. 207; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 12 gennaio 2017, n. 494; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 23 aprile 2015, n. 1011; Consiglio di Stato, sez. III, 5 febbraio 2014 n. 571; id. sez. III, 1 settembre 2014 n. 4449; Consiglio di Stato, sez. III, 22 giugno 2018, n. 3861; T.A.R., Piemonte, sez. I, 25 gennaio 2018; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 15 gennaio 2020, n. 22; Corte Costituzionale sent. 13 dicembre 2019, n. 271) ponendo gli artt. 24, 103 e 113 Cost.- in linea con le acquisizioni della giurisprudenza del Consiglio di Stato - al centro della giurisdizione amministrativa l'interesse sostanziale al bene della vita (vedi Corte Costituzionale sent. 13 dicembre 2019, n. 271).

9. Alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso ed i motivi aggiunti vanno in parte respinti ed in parte dichiarati inammissibili.

Le spese di lite seguono la soccombenza, secondo dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna Bologna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto ed integrato dai motivi aggiunti, lo dichiara in parte infondato ed in parte inammissibile, come da motivazione.

Condanna la ricorrente alla refusione delle spese di lite in favore di Hera s.p.a. e di Texa s.p.a., in misura di 5.000,00 (cinquemila/00) euro ciascuna, oltre accessori di legge.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2021 tenutasi da remoto mediante videconferenza con l'intervento dei magistrati:

Andrea Migliozi, Presidente

Umberto Giovannini, Consigliere

Paolo Amovilli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Paolo Amovilli

IL PRESIDENTE

Andrea Migliozi

IL SEGRETARIO