

Pubblicato il 11/10/2021

N. 06767/2021REG.PROV.COLL.

N. 08554/2020 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 8554 del 2020, proposto _____ in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa _____ con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Alarms System s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianfranco Meazza, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Comune di Sanluri, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (Sezione seconda) n. 526/2020.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Sanluri;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Alarms System s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 23 settembre 2021 il Cons. Anna Bottiglieri e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

██████████ si aggiudicava la procedura aperta "POR FESR 2014-2020 obiettivo telematico 2, azione 2.2.2. Intervento rete per la sicurezza del cittadino e del territorio reti di sicurezza fase 2 importo complessivo euro 122.000", indetta dal Comune di Sanluri con determinazioni nn. 1907/2019 e 26/2020, avente a oggetto la fornitura di un sistema di videosorveglianza cittadina e di lettura delle targhe veicolari da installare in vari punti del territorio comunale.

Alarm System s.r.l., seconda classificata, impugnava il provvedimento di aggiudicazione (determina n. 482 del 2 aprile 2020) e tutti gli atti presupposti innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna. Sosteneva che l'offerta dell'aggiudicataria, carente dei prescritti requisiti tecnici minimi, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara o comunque conseguire un punteggio inferiore a quello assegnatole. Domandava l'annullamento degli atti gravati, la declaratoria dell'inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato nelle more e il suo subentro nello stesso, nonché la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno, in via specifica o per equivalente.

Con sentenza n. 526/2020 la Sezione seconda dell'adito Tribunale, nella resistenza del Comune di Sanluri e ██████████ ritenendo fondata la censura inerente la dovutezza dell'esclusione di quest'ultima, accoglieva il ricorso e stabiliva, per l'effetto, il posizionamento di Alarm System al primo posto della graduatoria della procedura e l'aggiudicazione della gara in suo favore. Condannava le parti resistenti alle spese del giudizio.

██████████ appellato la predetta sentenza, deducendo con un unico motivo: *error in iudicando*; manifesta erroneità della sentenza per intrinseca illogicità della motivazione; violazione e falsa applicazione dell'art. 68 del d.lgs n. 163 del 2006; erronea lettura della documentazione tecnica proposta; violazione del principio di *par condicio* nonché della discrezionalità amministrativa. Ha concluso per la riforma della sentenza impugnata e la reiezione del ricorso di primo grado, previa eventuale istruttoria sugli aspetti tecnici della vicenda nella forma della consulenza tecnica d'ufficio o della verifica.

Il Comune di Sanluri si è costituito in giudizio. Ha rappresentato di essere in procinto di eseguire spontaneamente la sentenza impugnata mediante la sottoscrizione del contratto di affidamento dell'appalto con Alarm System, al fine di evitare la perdita del finanziamento dell'intervento, gravante in maggior parte sui fondi POR FESR 2014-2020, per mancato rispetto del suo termine di realizzazione, come previsto dall'apposita convenzione stipulata con la Regione Sardegna. Per tale ragione, ha concluso per la reiezione dell'appello.

Anche Alarm System si è costituita in giudizio, domandando la reiezione dell'appello, di cui ha sostenuto l'infondatezza.

Nel prosieguo, le parti hanno depositato memorie e documenti. In tale ambito, il Comune di Sanluri ha depositato il contratto di affidamento stipulato con Alarm System nonché documentazione attestante la regolare ultimazione dei lavori e l'approvazione della relativa contabilità, mentre ██████████

██████████ nel ribadire le proprie conclusioni, ha instato per la declaratoria dell'inefficacia del contratto, formulando riserva di domanda di risarcimento del danno.

La causa è stata indi trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 23 settembre 2021

DIRITTO

1. L'appello è maturo per la decisione ed è infondato.

Non vi è pertanto luogo per disporre le misure istruttorie richieste dall'appellante.

2. La sentenza impugnata, in accoglimento della censura proposta dall'odierna appellata Alarm System s.r.l. secondo cui l'offerta ██████████ odierna appellante, già aggiudicataria della gara bandita dal Comune di Sanluri per l'acquisizione della fornitura di un sistema di videosorveglianza cittadina e di lettura delle targhe dei veicoli da installare in vari punti del territorio comunale, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per carenza dei prescritti requisiti tecnici minimi, ha annullato l'aggiudicazione e accertato il diritto della seconda classificata Alarm System a ottenere l'affidamento.

3. Nel giungere a tali conclusioni il primo giudice:

- ha rilevato che la legge di gara (capitolato speciale, artt. 3.1 e 3.1.3; capitolato tecnico, art. 7) ha previsto che le telecamere di sorveglianza da offrire (*hardware*) dovessero essere munite al proprio interno, a pena di esclusione, della "Libreria OCR on board con 27 Nazioni UE, varie nazioni Extra UE, caratteri arabi, codici Kemler", consistente in un *software* descritto come "Libreria di Optical Chatacter Recognition (OCR) completa di 27 Nazioni UE, vari paesi extra UE, caratteri arabi e targhe speciali per il mercato italiano quali: rimorchi, Codici Kemler e targhe speciali (Polizia, Esercito, Ambulanze, Protezione civile)". Ha esposto trattarsi di mezzi caratterizzati dall'aver "on board" la capacità di individuare i mezzi fotografati e di mantenerne i dati;

- ha osservato come le difese del Comune di Sanluri confermassero quanto lamentato da Alarm System, ovvero che ██████████ si era aggiudicata la gara pur avendo offerto un prodotto (marca Hikvision modello "IDS-TCM203-A") privo al suo interno del predetto *software*, e quindi carente di un requisito tecnico minimo. Ciò in quanto l'Amministrazione ha riferito che la commissione giudicatrice, anche tenuto conto di altre caratteristiche migliorative riscontrate nell'offerta di ██████████ ha valutato l'equivalenza di detto prodotto, reputandolo idoneo ad assolvere alla specifica funzione sottesa al requisito mancante, stante la sua capacità di eseguire comunque la richiesta analisi, ancorchè non "on board", bensì mediante un *software* esterno ("traffic scanner"), deputato a inviare i dati di cui sopra alla centrale operativa;

- ha respinto la ██████████ secondo cui la rilevata difformità sarebbe dipesa da un mero errore materiale, consistente nell'allegazione all'offerta della scheda tecnica della telecamera corrispondente al modello contraddistinto dal numero seriale con finale "A", anziché di quella propria del diverso modello contraddistinto dal numero seriale con finale "AR", inclusivo del requisito richiesto, da cui l'affermazione che il contratto, in concreto, sarebbe stato eseguito con quest'ultimo. Tanto in forza della regola tipica delle procedure di gara pubbliche, che impone l'integrale coincidenza tra prodotto offerto e prodotto da fornire, ed esclude conseguentemente la possibilità di apportarvi successive modifiche;

- ha richiamato la relazione tecnica prodotta in giudizio da Alarm System, nella parte in cui espone che il prodotto richiesto dalla legge di gara e quello offerto ██████████ non possono essere

ritenuti “equivalenti”, atteso che “*la presenza della lettura on-board della telecamera permette alle forze dell’ordine di poter disporre dei filmati e dell’analisi targhe e codici kemler <in tempo reale> anche laddove per motivi tecnici vi fosse un’interruzione del segnale tra la telecamera stessa e la centrale di controllo [...] caratteristica [...] esplicitamente richiesta dall’Amministrazione*” e assente nel sistema offerto [REDACTED]

- ha quindi ritenuto che [REDACTED] avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, per avere offerto un prodotto privo di tutte le caratteristiche minime richieste, osservando, a conferma, che lo stesso marchio cui questo è riconducibile dispone del diverso e già citato modello superiore e più costoso (con finale AR”), che possiede la caratteristica richiesta dalla legge di gara.

4. [REDACTED] la sentenza impugnata sarebbe viziata sotto un duplice profilo.

Essa, in primo luogo, contrasterebbe con il principio di equivalenza, come declinato dall’art. 68 del Codice dei contratti pubblici e dalla giurisprudenza amministrativa, che permea l’intera disciplina dell’evidenza pubblica, anche in vista del *favor participationis*, e costituisce espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica dell’amministrazione appaltatrice, essendo diretto ad assicurare che la valutazione della congruità tecnica non si risolva in una mera verifica formalistica, ma nella conformità sostanziale dell’offerta alle specifiche tecniche disposte dalla *lex specialis*: l’applicazione di detto principio porterebbe ad affermare che il prodotto offerto dalla società è ingegnerizzato per fornire all’Ente il richiesto risultato finale, come a suo tempo correttamente valutato dalla commissione valutatrice.

Inoltre, il primo giudice non si sarebbe neanche avveduto che la stazione appaltante ha a suo tempo verificato sul sito della Hikvision che il prodotto offerto da [REDACTED] era munito del requisito “*OCR on board*”.

5. Dette censure non sono fondate.

6. Conviene immediatamente chiarire che dal fascicolo di causa non emerge che la stazione appaltante abbia accertato la completezza del prodotto offerto dall’appellante quanto al requisito di cui trattasi.

Anzi, le difese svolte in primo grado dal Comune di Sanluri, richiamate alle pagine 7/8 della sentenza appellata in rapporto alla memoria conclusiva dell’Amministrazione datata 25 agosto 2020 e depositata il 28 agosto successivo, danno espressamente atto che il prodotto proposto da [REDACTED] esegue l’analisi richiesta dal disciplinare non “*on board*”, bensì tramite il software integrato “*traffic scanner*”.

Né rileva l’ulteriore affermazione contenuta nella stessa memoria comunale, cui si riferisce l’appellante nella censura in esame, secondo cui “*Da una verifica sul sito ufficiale della Hikvision [...] è risultato che il prodotto offerto [REDACTED] è effettivamente munito del requisito richiesto dalla lex specialis*” in quanto nella relativa scheda compare la dicitura “*OCR on board*”: questa non possiede in alcun modo la valenza accertativa che [REDACTED] tenta di conferirle.

Si tratta infatti di una asserzione che non chiarisce provenienza, termini e modalità della richiamata “verifica”, né allega atti che ne attestino la rilevanza giuridica sotto il profilo della prova. In quanto tale, si rivela una mera linea difensionale, che il primo giudice bene poteva superare, sia in quanto incoerente, all’evidenza, con la principale difesa formulata dall’Amministrazione, incentrata sull’applicazione del principio di equivalenza, sia perché fondata sulla mera ipotesi, rappresentata

nell'immediato seguito, che il produttore, nel redigere il testo della scheda tecnica del prodotto offerto da [REDACTED] abbia "commesso un errore e/o una svista".

In ogni caso, a fugare ogni dubbio sul punto soccorre proprio l'appello [REDACTED] laddove afferma che se è vero nella vicenda in esame si configura "una situazione di non perfetta corrispondenza alle specifiche tecniche, è altrettanto vero che l'ordinamento ammette la possibilità di soluzioni equivalenti", ciò che è contraddittorio con il qui evocato esito di una "verifica" comunale di cui non vi è alcuna traccia documentale e tale da renderla comunque superabile anche laddove effettivamente svolta.

7. Chiarito, come sopra, che il primo giudice non è incorso nell'errore "vistoso e clamoroso" denunciato dall'appellante, va osservato che, come noto, il principio di equivalenza di cui all'art. 68 del Codice dei contratti pubblici presuppone la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto, ancorché difforme dalle specifiche tecniche indicate dalla stazione appaltante (tra tante, Cons. Stato, III, 7 luglio 2021, n. 5169; 22 novembre 2017, n. 5426). A sua volta, la giurisprudenza, nell'affermare la regola della possibilità per l'amministrazione appaltante di ammettere prodotti equivalenti in ossequio al principio del *favor participationis* (Cons. Stato, IV, 26 agosto 2016, n. 3701; III, 3 dicembre 2015, n. 5494), dovendosi tale equivalenza interpretare come conformità sostanziale con le specifiche tecniche, nella misura in cui vengano nella sostanza soddisfatte (Cons. Stato, V, 25 marzo 2020, n. 2093), osserva che la relativa scelta (che può essere anche implicita, Cons. Stato, III, 29 marzo 2018, n. 2013) costituisce espressione del legittimo esercizio di discrezionalità tecnica, che, in quanto tale, è sindacabile in giudizio laddove manifestamente irragionevole, illogico o erroneo (Cons. Stato, V, 2093/2020 cit.; III, 31 ottobre 2019, n. 7450; III 13 dicembre 2018 n. 7039; 2 settembre 2013, n. 4364).

Esclusa, pertanto, l'intangibilità della relativa valutazione, occorre stabilire, sulla base delle censure svolte da Karel Technologie, se nella fattispecie il primo giudice, esorbitando dai limiti del suo scrutinio, abbia male applicato il principio di equivalenza.

La risposta deve essere negativa.

La sentenza appellata, a una piana lettura, ha indicato, in rapporto a quanto emergente dalla relazione tecnica prodotta dalla ricorrente di primo grado, sotto quale puntuale profilo la valutazione di equivalenza effettuata dalla commissione valutatrice della gara *de qua* non potesse essere validata, dovendosi segnatamente escludere la sostanziale identità funzionale dell'utilizzo dell'analisi tramite *software* integrato "traffic scanner" rispetto a quello "on board" in ragione della maggior certezza della continuità nella trasmissione dei dati alla centrale operativa, assicurata dal secondo e non dal primo: la conseguente riespansione della valenza cogente dei requisiti previsti dalla *lex specialis* ha pertanto trovato causa non, come afferma sostanzialmente Karel Technologie, nella pedissequa e acritica applicazione da parte del primo giudice delle prescrizioni dei capitoli tecnico e speciali, bensì nella verifica in concreto dell'implausibilità del giudizio di equivalenza.

Si tratta di una conclusione che va confermata anche in questa sede, atteso che le censure che [REDACTED] rivolge alla predetta verifica si sostanziano nell'affermazione della perfetta equivalenza tra le prestazioni del prodotto offerto in gara e quelle richieste dalla *lex specialis*, con particolare riferimento alla assoluta identità delle operazioni effettuabili mediante i due diversi sistemi in parola, ma non affrontano né confutano in alcun modo il profilo critico considerato nella sentenza di primo grado.

Non rileva a tal fine neanche la "dichiarazione rilasciata a [REDACTED] dalla Casa Madre della Hikvision in data 12.10.2020" (ovvero dopo il giudizio di primo grado) versata in atti

dall'appellante: infatti, anche al di là di ogni questione preliminare al riguardo spiegata da Alarm System, tale scritto, seppur risultante su carta intestata, è privo di firma, e, dopo lo svolgimento di argomentazioni giuridiche estranee al novero delle attestazioni tecniche cui apparentemente esso si ascrive, sostiene, prima, che il prodotto offerto [REDACTED] *“gode di una tecnologia denominata OCR residente direttamente a bordo della telecamera”*, cosa che va esclusa alla luce del capo che precede, per poi concludere, contraddittoriamente, che le *“la soluzione per adempiere alle richieste facenti parte del capitolato speciale [...] viene totalmente assolta dal software proposto [...] TRAFFIC SCANNER”*.

8. Alle rassegnate conclusioni consegue la reiezione dell'appello.

Nondimeno si ravvisano giusti motivi, in considerazione della peculiarità delle questioni trattate, per disporre la compensazione tra le parti delle spese di entrambi i gradi del giudizio.

P.Q.M.

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

Compensa tra le parti le spese di entrambi i gradi del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 23 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO