

Publicato il 10/01/2023

N. 00324/2023REG.PROV.COLL.  
N. 00117/2022 REG.RIC.  
N. 00464/2022 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 117 del 2022, proposto da Telecom Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Saverio Cantella, Francesco Cardarelli, Filippo Lattanzi, Francesco Saverio Marini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Filippo Lattanzi in Roma, via G. P. Da Palestrina n.47;

*contro*

Wind Tre S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Aristide Police, Filippo Degni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Aristide Police in Roma, viale Liegi, 32;

*nei confronti*

Ministero dell'Interno, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

sul ricorso numero di registro generale 464 del 2022, proposto da Ministero dell'Interno, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*contro*

Wind Tre S.p.A., rappresentata e difeso dagli avvocati Aristide Police, Filippo Degni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Aristide Police in Roma, viale Liegi, 32;

*nei confronti*

Telecom Italia S.P.A., non costituita in giudizio;

*per la riforma*

quanto al ricorso n. 117 del 2022:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (sezione Prima) n. 13085/2021, resa tra le parti, per l'annullamento, previa adozione della misura cautelare della riammissione con riserva, del decreto del Ministero dell'Interno – Dipartimento della Pubblica Sicurezza – Direzione Centrale dei Servizi tecnico-logistici e della gestione patrimoniale, prot. n. 086018 del 3 novembre 2021, comunicato alla ricorrente in data 3 novembre 2021, con il quale il costituendo R.T.I. formato da Wind Tre S.p.A. (mandataria) e Fastweb S.p.A. (mandante) è stato escluso dalla procedura di gara per la “*realizzazione di un servizio LTE Public Safety sul territorio di 11 (undici) province, articolantesi nella fruizione di un servizio di comunicazione MCPPT e fonia, di un servizio di videosorveglianza in mobilità e di un servizio di accesso a banche dati, con una durata pari a 36 (trentasei) mesi, realizzata in modalità ASP*”, in conseguenza delle presunte “violazioni della previsione di cui al Paragrafo 7 del disciplinare di gara ... configurandosi specifiche, manifeste irregolarità dell'offerta tecnica e la ... non conformità della medesima ai requisiti ... indicati nel bando di gara ... e, nello specifico, ai Paragrafi 6.4 e 3.4 del capitolato tecnico, rispettivamente per errata quantificazione del novero degli accessori ... offerti

(nr. 917) rispetto alle stime attese (nr. 1009) e per la mancata previsione di interoperabilità con entrambi i «sistemi» già in uso alle Forze di Polizia»; di ogni altro presupposto, con specifico riferimento ai verbali delle valutazioni tecniche della Commissione giudicatrice e, ove occorrer possa, del par. 3.4 del Capitolato tecnico di gara, successivo e comunque connesso; e per la dichiarazione di inefficacia dell'eventuale contratto medio tempore stipulato a seguito dell'aggiudicazione definitiva della procedura di gara.

quanto al ricorso n. 464 del 2022:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (sezione Prima), n. 13085/2021, resa tra le parti, per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (sezione Prima) n. 13085/2021, resa tra le parti

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Wind Tre S.p.A. e di Ministero dell'Interno e di Wind Tre S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 settembre 2022 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati Cantella, Lattanzi, Giunta in dichiarata delega di Marini, Police, Degni e l'avvocato dello Stato Canzoneri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con ricorso, rubricato al n. R.G. 117 del 2022, Telecom Italia s.p.a. ha interposto appello avverso la sentenza del Tar per il Lazio, sezione prima ter, n. 2021/13085, con cui si è annullato il decreto del Ministero dell'Interno – Dipartimento della Pubblica Sicurezza – Direzione Centrale dei Servizi tecnico-logistici e della gestione patrimoniale, prot. n. 086018 del 3 novembre 2021, con il quale il costituendo R.T.I. formato da Wind Tre S.p.A. (mandataria) e Fastweb S.p.A. (mandante) è stato escluso dalla procedura di

gara per la “*realizzazione di un servizio LTE Public Safety sul territorio di 11 (undici) province, articolantesi nella fruizione di un servizio di comunicazione MCPPT e fonìa, di un servizio di videosorveglianza in mobilità e di un servizio di accesso a banche dati, con una durata pari a 36 (trentasei) mesi, realizzata in modalità ASP*”.

1.1. L'esclusione era stata disposta sulla base delle ritenute violazioni della previsione di cui al Paragrafo 7 del disciplinare di gara “... *configurandosi specifiche, manifeste irregolarità dell'offerta tecnica e la ... non conformità della medesima ai requisiti ... indicati nel bando di gara ... e, nello specifico, ai Paragrafi 6.4 e 3.4 del capitolato tecnico, rispettivamente per errata quantificazione del numero degli accessori ... offerti (nr. 917) rispetto alle stime attese (nr. 1009) e per la mancata previsione di interoperabilità con entrambi i «sistemi» già in uso alle Forze di Polizia*”. Segnatamente, in relazione al secondo profilo, il RTI ricorrente aveva garantito l'interfacciamento con il (solo) sistema operativo TETRA nella provincia di Roma.

1.2. La Commissione, a seguito della disposta esclusione, aveva proceduto, in data 16/11/2021 all'apertura, sulla piattaforma Consip “*acquistiinretepa.it*”, della busta contenente l'offerta economica della Società “Telecom Italia S.p.A.”, unica concorrente rimasta in gara, essendo intervenuta l'esclusione, nelle more, anche di Vodafone, assegnando un punteggio economico pari a 30 e proponendo l'aggiudicazione della gara in favore della cennata Società per un importo pari ad Euro 49.935.360,49, IVA esclusa.

In prime cure il RTI escluso censurava il gravato provvedimento deducendo:

1) Falsa applicazione degli artt. 59, co. 3, lett. a) e 94, co. 1, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016 e del par. 6.4 del Capitolato per avere disposto l'esclusione del concorrente dalla gara senza aver prima verificato l'esatta consistenza dell'offerta. – Eccesso di potere per travisamento delle circostanze di fatto in conseguenza dell'erronea valutazione dell'offerta del RTI, desumibile dall'offerta nel suo complesso. – Eccesso di potere per manifesta ingiustizia essendo stato il Concorrente escluso pur in presenza di un mero errore materiale, suscettibile di agevole correzione;

2) Falsa applicazione dell'artt. 59, co. 3, lett. a), e 94, co. 1, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016 e del par. 6.4 del Capitolato ed eccesso di potere per travisamento delle circostanze di fatto in conseguenza dell'erronea valutazione dell'offerta tecnica del RTI, essendo desumibile l'impegno del Concorrente ad eseguire tutte le attività richieste. – Falsa applicazione del par. 6.4 del Capitolato ed eccesso di poter per irragionevolezza e contraddittorietà consentendo la *lex specialis* di impegnarsi a effettuare l'interfacciamento anche in una sola provincia e non coesistendo le tecnologie VHF/UHF e TETRA sul medesimo ambito territoriale. – Falsa applicazione del par. 6.4 del Capitolato per avere disposto l'esclusione del Concorrente nonostante il territorio della Provincia di Roma sia l'unico nel quale sono presenti tutte le centrali operative di tutte le Forze di polizia. – In via gradata. Violazione degli artt. 60, 66, 68 e 72 del d.lgs. n. 50/2016 e del principio di massima partecipazione alle gare in ragione della indeterminatezza delle prestazioni richieste nel par. 3.4 del Capitolato e dell'asimmetria informativa esistente.

2. Il Tar, con la sentenza oggetto del presente appello, ha accolto il ricorso, ritenendo superabili entrambe le erronee indicazioni dell'offerta tecnica, nonostante le asserite difformità rispetto alle previsioni della *lex specialis* (cfr. in particolare i §§ 6.4 e 3.4 del capitolato e § 7 del disciplinare) applicando, in relazione ai suddetti profili, la previsione della *lex specialis* di cui al paragrafo 13 del disciplinare, il quale dopo aver affermato che *“Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, e in particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DGUE, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9 del Codice”*, ha poi precisato che *“L'irregolarità essenziale è sanabile laddove non si accompagni ad una carenza sostanziale del requisito alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata. La successiva correzione o integrazione documentale è ammessa laddove consenta di attestare l'esistenza di circostanze preesistenti, vale a dire requisiti previsti per la partecipazione e documenti/elementi a corredo dell'offerta...”*.

In relazione al primo motivo di esclusione, che si basa sul rilievo che il RTI aveva indicato nella sua offerta una quantità di caricabatterie ad alloggiamento multiplo per i terminali palmari c.d. “rugged” pari a n. 917, inferiore a quella minima prevista dalla disciplina di gara, pari a 1.009, secondo il Tar non vi sarebbe ragione alcuna di far recedere il principio di *favor participationis* a vantaggio di quello di *par condicio* che, nel concreto, non subirebbe alcuna lesione. Ciò in quanto la mancata indicazione del numero sufficiente di caricabatterie si sarebbe tradotta in un mero errore di calcolo in quanto il paragrafo 6.4 del capitolato tecnico di gara non prevede un ammontare ben individuato di beni, ma una formula per determinare il quantitativo minimo di caricabatterie multipli, la cui concreta entità varia in funzione degli alloggiamenti e di un coefficiente (1.1) da applicare al rapporto tra apparecchi e numero di alloggiamenti del caricabatterie multiplo. Nell’offerta tecnica del RTI era stato indicato un numero di terminali pari a 5.500, mentre gli alloggiamenti dei caricabatterie multipli sono stati indicati nel numero di sei: il rapporto tra le due entità quindi è pari a 917. Tale valore, indicato nell’offerta tecnica della ricorrente, tuttavia, avrebbe dovuto essere moltiplicato per il coefficiente di 1,1 per giungere al risultato di 1.009. Il valore di 917, quindi, era frutto di un evidente errore di calcolo determinato dalla mancata moltiplicazione del risultato della frazione per il valore 1.1, in un contesto in cui non vi sarebbe alcun margine di opinabilità o di valutazione discrezionale. Peraltro, secondo quanto dedotto dalla ricorrente, nell’offerta economica (non aperta essendo stata la stessa esclusa dopo l’apertura e valutazione dell’offerta tecnica) era stato indicato l’esatto numero di 1009. Pertanto ad avviso del giudice di *prime cure*, la commissione di gara avrebbe dovuto esperire il soccorso procedimentale, chiedendo chiarimenti alla luce del numero di caricabatterie indicato nell’offerta economica.

Il Tar ha ritenuto di potere superare anche il secondo motivo di esclusione, fondato sul rilievo che il costituendo RTI, relativamente all’interfacciamento con le reti esistenti di cui al Paragrafo 3.4 del capitolato di gara, in luogo

dell'integrazione prevista con i “*due sistemi radiomobili*” già in uso alle Forze di Polizia (VHF/UHF e TETRA), aveva proposto servizi di interoperabilità esclusivamente con il “sistema TETRA”.

Ciò sulla base del rilievo che il § 3.4. del capitolato “*Interfacciamento con le reti esistenti*” dispone che “*In almeno una delle undici province oggetto del contratto, inoltre, deve essere realizzato l'interfacciamento della componente MCPTT con i sistemi radiomobili già in uso alle Forze di polizia (VHF/UHF e TETRA). Tutti gli oneri relativi allo sviluppo e all'implementazione dell'interfacciamento sono a carico della società aggiudicataria, senza oneri aggiuntivi per l'Amministrazione*”.

In seguito la stazione appaltante aveva precisato, nelle risposte ai quesiti formulati nel corso della procedura di gara, con particolare riferimento al “*chiarimento*” nr. 151 (prima tranche), che “*La provincia (o eventualmente le province) dove sarà implementato l'interfacciamento della componente MCPTT con i sistemi radiomobili già in uso alle Forze di polizia (VHF/UHF e TETRA) sarà individuata dall'Amministrazione di concerto con le altre Forze di polizia*”.

A dire del giudice di *prime cure* pertanto:

- i) troverebbe “*conferma ... la censura secondo cui la diversa interpretazione del § 3.4 del Capitolato prospettata dalla Commissione è inficiata da un'insanabile contraddizione, ove si consideri che, mentre il concorrente era tenuto a indicare “almeno una delle province” (per cui una provincia era sufficiente a soddisfare il requisito), allo stesso tempo si pretende che l'operatore realizzi l'Interfacciamento per entrambe le tecnologie, tenuto conto che - allo stato - in ogni ambito provinciale risulta operativo solo il sistema TETRA o il sistema VHF/UHF (in via alternativa)*”;
- ii) “*di fronte a tali previsioni non perfettamente allineate, appare comprensibile l'errore commesso dalla società ricorrente, vale a dire la formulazione, in relazione a tale specifico profilo, di una offerta non del tutto conforme alle intenzioni della stazione appaltante, che solo in seguito ha “chiarito” che l'interfacciamento sarebbe dovuto avvenire non in una singola provincia, ma in tutte le province che l'amministrazione si sarebbe riservata di indicare*”.

Secondo il *giudice di prime cure* pertanto la previsione del capitolato non sarebbe stata abbastanza chiara tanto che, in relazione alla stessa, erano intervenuti ben due chiarimenti e che nel quesito n. 151 si leggeva: “*Si chiede di confermare che la scelta della provincia su cui implementare l'interfacciamento è a discrezione del fornitore. Si chiede inoltre di confermare che un singolo interfacciamento (nella provincia scelta a discrezione del fornitore) è sufficiente per garantire la visibilità completa dei due sistemi?*”. Alla luce di tali evoluzioni della legge di gara doveva pertanto ritenersi giustificata, a dire del primo giudice, l'indicazione fornita dall'operatore economico ricorrente il quale, pur indicando una specifica provincia (quella di Roma), aveva comunque dichiarato di “*accettare senza condizioni o riserve alcuna... tutte le disposizioni?*” del Capitolato, sottoscrivendo l'allegato 5 della *lex specialis*. Pertanto l'offerta del RTI, redatta recependo tutte le previsioni contenute nella *lex specialis*, assistita dalla sottoscrizione del predetto allegato, confermerebbe, comunque, l'assunzione dell'impegno da parte dell'operatore economico; detta circostanza troverebbe conferma in quanto specificato nel § 1.1 dell'offerta tecnica (cfr. pag. 2 dell'allegato 7 della ricorrente) di “*accettare tutti i requisiti riportati nel Capitolato?*”, precisando come “*in caso di differenza e/o discrepanza... questi ultimi prevarranno?*” . In ogni caso, il Ministero non aveva previsto alcun punteggio in relazione a tale aspetto: il § 22.1 del Capitolato precisa infatti che “*l'offerta tecnica dovrà presentare almeno?*” una serie di descrizioni, tutte però relative a profili non attinenti all'interfacciamento, così come il disciplinare. Pertanto la discrasia rilevata tra l'offerta tecnica e le previsioni di gara (come ricostruite dalla stazione appaltante) poteva essere ricondotta all'ipotesi di “*irregolarità non essenziale?*” dell'offerta, che avrebbe dovuto indurre l'Amministrazione ad attivare il soccorso procedimentale.

3. Telecom Italia s.p.a., nell'impugnare la sentenza, ha evidenziato come nell'indicazione del numero di caricabatterie da parte del Rti Wind Tre era stata violata la prescrizione del capitolato § 6.4. in quanto la formula per la quantificazione del numero minimo di caricabatterie da offrirsi stabiliva che il numero totale di terminali doveva essere diviso per il numero totale di

alloggiamenti, da moltiplicarsi per il coefficiente 1,1 e che del pari era stato violato il § 3.4 del capitolato, descrittivo della componente relativa all'interfacciamento con le reti esistenti, il quale prescriveva che in almeno una delle undici province oggetto del contratto deve essere realizzato l'interfacciamento della componente MCPTT con i sistemi radiomobili già in uso alle Forze di Polizia (VHF/UHF e TETRA)", stabilendo altresì che *"tutti gli oneri relativi allo sviluppo ed all'implementazione dell'interfacciamento sono a carico della società aggiudicataria, senza oneri aggiuntivi per l'amministrazione"*. La portata vincolante di tale ultima previsione risultava anche ribadita e chiarita dalla stazione appaltante con le risposte ai quesiti della seconda tranche, nn. 80 e 151 (doc. 6B del Ministero), dove veniva precisato che:

- i) "la sede (ovvero le sedi) per l'interfacciamento sarà individuata in fase di esecuzione contrattuale congiuntamente a tutte le Forze di Polizia";
- ii) "la provincia (o eventualmente le province) dove sarà implementato l'interfacciamento della componente MCPTT con i sistemi radiomobili già in uso alle Forze di Polizia (VHF/UHF e TETRA) sarà individuata dall'Amministrazione di concerto con le altre Forze di Polizia.....";
- iii) "l'interfacciamento dovrà avvenire presso almeno uno degli uffici per ciascuna Forza di polizia, indicati nella tabella n.2 del paragrafo 8.1 ....".

3.1. Ha quindi articolato i seguenti motivi di appello:

Error in iudicando per violazione e falsa applicazione degli artt. 59, co. 3, lett. a), 83, co. 9, e 94, co. 1, lett. a) del d.lvo 50/2016, dell'art. 6 l. n. 241/1990, nonché degli artt. 7, 13, 15 e 17 del disciplinare di gara, degli articoli 6.4. e 3.4 del capitolato tecnico; Error in procedendo per violazione dell'art. 120 cpa e dell'art. 112 cpc; motivazione perplessa e contraddittoria.

4. Anche il Ministero degli Interni ha formulato analoghi rilievi, sia con appello incidentale autonomo nell'ambito del ricorso in appello R.G. n. 117 del 2022, che con distinto ricorso in appello rubricato al n. R.G. n. 464 del 2022, con formulazione dei seguenti motivi:

I) Error in iudicando per violazione e falsa applicazione degli artt. 59, co. 3, lett. A), 83, co. 9, e 94, co. 1, lett. A) del d.lvo 50/2016, dell'art. 6 l. n. 241/1990, nonchè degli artt. 7, 13, 15 e 17 del disciplinare di gara, degli articoli 6.4. e 3.4 del capitolato tecnico; error in procedendo per violazione dell'art. 120 cpa e dell'art. 112 cpc; motivazione perplessa e contraddittoria.

5. L'appellata Wind Tre, con memoria di costituzione prodotta nei termini di rito, oltre ad insistere nella reiezione degli appelli, ha in via subordinata, ex art. 101 comma 2 c.p.a., riproposto le censure assorbite dal Tar, formulate avverso le previsioni della *lex specialis* di gara e nello specifico avverso la previsione del paragrafo 3.4. del disciplinare di gara, ove ritenuta ostativa all'esperibilità del soccorso procedimentale.

6. L'istanza di sospensiva formulata con gli appelli è stata rigettata da questa Sezione, con ordinanza cautelare n. 964/2022, sulla base dei seguenti rilievi:

*“Ritenuto di dovere preliminarmente riunire i due ricorsi in appello in quanto aventi ad oggetto la medesima sentenza;*

*- Ritenuto, ad un primo sommario esame proprio delle istanze cautelari contenute nei ricorsi in appello, che nella comparazione degli opposti interessi debba prevalere quello alla massima partecipazione valorizzato nella sentenza appellata, avuto riguardo alla possibilità del ricorso al soccorso procedimentale in relazione ad entrambi i profili di esclusione ovvero:*

*- quanto al primo profilo venendo in rilievo un errore di calcolo nell'indicazione dei caricabatterie, facilmente evincibile applicando la formula matematica indicata nella *lex specialis* di gara, fermi restando gli elementi da prendersi a base del calcolo (numero dei terminali e numero degli alloggiamenti);*

*- quanto al secondo profilo, avuto riguardo alla circostanza che il RTI escluso aveva comunque dichiarato di “accettare senza condizioni o riserve alcuna... tutte le disposizioni” del Capitolato, sottoscrivendo l'allegato 5 della *lex specialis* per cui in presenza di un'accettazione incondizionata poteva essere indagata l'effettiva volontà del concorrente (cioè senza tralasciare di considerare che l'indicazione dell'impegno all'assolvimento della prescrizione del § 3.4 – da precisare da parte della stazione appaltante in sede esecutiva*

*come evincibile dai successivi chiarimenti – non compare fra i requisiti minimi da indicare nell’offerta tecnica ai sensi del § 22.1)”*.

7. Le parti, in vista dell’udienza di discussione del ricorso, hanno prodotto memorie di discussione ex art. 73 comma 1 c.p.a, insistendo nei rispettivi assunti. Il Ministero ha altresì prodotto documenti attinenti ai successivi sviluppi della procedura di gara.

7.1. In particolare Telecom, con la memoria di discussione, nell’insistere nell’accoglimento dell’appello, ha evidenziato che, nelle more della trattazione nel merito del presente giudizio, il Ministero, in esecuzione delle pronunce di primo grado, ha proceduto a riammettere sia Wind Tre che Vodafone, le quali si sono classificate, rispettivamente, al secondo e terzo posto della graduatoria provvisoria, precedute da essa Telecom, attualmente sottoposta al procedimento di verifica dell’anomalia.

7.2. Wind Tre con la memoria di replica ha dedotto come il successivo sviluppo della gara, a seguito della sua riammissione, avrebbe fornito la conferma della correttezza del capo della sentenza appellata, nel quale si evidenzia come “non vi è dubbio che l’integrazione o il chiarimento richiesto al concorrente ... non potrebbe arricchire l’originaria consistenza dell’offerta o modificarne il contenuto” (p. 8 della sentenza). E, in effetti, sia sotto il profilo formale, sia dal punto di vista sostanziale, il Concorrente non aveva mai introdotto elementi ulteriori rispetto a quanto allegato al momento del deposito dell’offerta, limitandosi solo a: (i) chiedere la verifica dell’errore materiale; (ii) chiarire la portata complessiva della sua proposta, fornendo una lettura coordinata (e non contraddittoria) del par. 1 e del par. 1.3.13 dell’offerta tecnica.

8. I ricorsi riuniti sono stati tratti in decisione all’esito dell’udienza pubblica del 29 settembre 2022.

## DIRITTO

9. In *limine litis* va chiarito come la circostanza che l’appellante Telecom, in origine unica ammessa alla procedura *de qua*, si sia classificata prima in

graduatoria all'esito del soccorso procedimentale diposto con la sentenza di prime cure non è in grado di determinare l'improcedibilità degli appelli per difetto di interesse, avuto riguardo al rilievo che, essendo state ammesse l'offerta di Vodafone Tre in esecuzione del *dictum* della pronuncia di *prime cure* - oltre che l'offerta di Vodafone, del pari originariamente esclusa, all'esito di distinto ricorso - si è dato luogo al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta di Telecom, al quale non si sarebbe proceduto ove la stessa fosse stata l'unica offerta ammessa.

Inoltre, occorre osservare come la commissione di gara, ferme restando le successive valutazioni di merito in ordine all'ammissibilità dell'offerta tecnica e all'attribuzione del correlativo punteggio, non abbia *motu proprio* proceduto a disporre il soccorso procedimentale, ma vi abbia provveduto su impulso del *dictum* del giudice di *prime cure*, che ha determinato *nell'an* il successivo giudizio valutativo, ferma restando l'autonomia espressa dalla commissione di gara in ordine al *quomodo*, quanto alla ritenuta ammissibilità dell'offerta alla luce dei chiarimenti forniti con il soccorso procedimentale ed in ordine alla sua valutazione in termini valoriali.

10. Ciò posto, i motivi di appello formulati da Telecom e dal Ministero dell'Interno, da analizzarsi congiuntamente avendo riguardo ai due distinti motivi di esclusione, non sono meritevoli di accoglimento, dovendo la sentenza appellata confermarsi, sia pure in parte con diversa motivazione.

11. Secondo Telecom Italia s.p.a. erroneamente il Tar avrebbe inteso la prima violazione, relativa all'inesatta indicazione del numero dei caricabatterie multipli come una mera irregolarità suscettibile di soccorso istruttorio, in quanto in base alla prescrizione invocata del paragrafo 13 del disciplinare non potevano essere suscettibili di soccorso istruttorio gli elementi dell'offerta tecnica ed economica, in quanto le difformità dell'offerta tecnica che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto ai requisiti minimi previsti dalla stazione appaltante per il contratto da affidare, legittimano l'esclusione dalla gara. Pertanto in alcun modo poteva essere

invocato il disposto del paragrafo 13 del disciplinare di gara che non poteva *expressis verbis* trovare applicazione in ipotesi di irregolarità afferenti l'offerta tecnica ed economica. Né sussistevano nella specie i presupposti per l'attivazione del cd soccorso procedimentale, il quale è finalizzato a superare eventuali ambiguità delle dichiarazioni di offerta, mediante la richiesta di chiarimenti volti a fare emergere elementi di dettaglio, pur sempre riconducibili con certezza ad una volontà negoziale già espressa.

In tesi di parte appellante pertanto, a differenza di quanto rilevato dal giudice di *prime cure*, ai fini dell'interpretazione del contenuto dell'offerta tecnica, la commissione giudicatrice non avrebbe potuto trarre alcun elemento dall'offerta economica; ciò senza mancare di evidenziare che l'offerta economica non era stata prodotta in giudizio. Inoltre l'indicazione nell'offerta complessiva di due diverse quantità di caricabatterie (per ben due volte 917 nella relazione tecnica e 1.009 nell'offerta economica) non avrebbe consentito al seggio di gara di ricostruire in maniera certa l'effettiva volontà negoziale dell'offerente, in assenza di altre indicazioni univoche idonee a risolvere l'antinomia a favore del valore corretto.

Né sarebbe corretto quanto ritenuto dal primo giudice che il numero dei caricabatterie era evincibile dalla mera applicazione della formula matematica indicata nel capitolato, in quanto i concorrenti erano liberi di definire sia il numero di terminali palmari *rugged* offerti (con il limite minimo di 5.500), che quello degli alloggiamenti dei caricabatterie multipli; l'unico vincolo imposto dalla legge di gara riguardava infatti il rapporto tra quantità di terminali e di caricabatterie, il quale avrebbe dovuto essere determinato sulla base della formula prevista dal § 6.4 del capitolato.

A dire di Telecom nulla escludeva che il Rti Wind Tre intendesse offrire effettivamente 917 caricabatterie multipli e che, invece, a divergere dall'effettiva volontà negoziale fosse l'indicazione di 5.500 terminali *rugged* e/o del numero di alloggiamenti nel singolo caricabatterie; in altri termini, sulla base del contenuto della relazione tecnica (l'unico esaminabile dal seggio

di gara e dal Tar), non era determinabile con certezza su quale delle variabili della formula matematica di cui al § 6.4 (numero di terminali, di alloggiamenti caricabatterie, o di caricabatterie) fosse caduto l'ipotetico errore materiale.

12. In relazione al secondo motivo di esclusione Telecom assume come, alla luce dei chiarimenti nn. 80 e 151 forniti dalla stazione appaltante, non oggetto di alcuna impugnativa da parte del Rti Wind Tre, non potesse residuare alcun dubbio in merito alla portata applicativa del § 3.4 del capitolato tecnico, in relazione alla possibilità per la P.A. di indicare, in fase di esecuzione, la provincia o le province dove avrebbe dovuto essere implementato l'interfacciamento. Da ciò il carattere condizionale dell'offerta del Rti, idonea a determinarne la sua esclusione, non avendo tra l'altro lo stesso impugnato né la prescrizione del capitolato, a suo dire oscura, né i chiarimenti.

In ogni caso l'eventuale indeterminatezza o contraddittorietà del capitolato tecnico, lamentata in via subordinata da Wind Tre nel secondo motivo di ricorso originario, avrebbe dovuto essere denunciata nel termine decadenziale decorrente dalla pubblicazione del capitolato o tutt'al più dalla pubblicazione dei chiarimenti; nella prospettazione avversaria, infatti, la supposta "lacunosità" della disciplina di gara (immediatamente percepibile) avrebbe impedito al rti Wind Tre di formulare una offerta consapevole e valida, operando come prescrizione abnorme e manifestamente irragionevole ossia "escludente", nei termini oramai riconosciuti dalla consolidata giurisprudenza amministrativa.

In ogni caso, in tesi di parte appellante, giammai le lacune presenti nell'offerta tecnica del RTI "Wind Tre S.p.A." e, quindi, il mancato rispetto delle previsioni di gara, potevano essere sanabili in forza della generica dichiarazione di accettare le prescrizioni della *lex specialias* di gara.

12.1. Inoltre, al contrario di quanto ritenuto dal giudice di *prime cure*, non avrebbe potuto disporsi il soccorso istruttorio sull'offerta tecnica, ovvero chiedere chiarimenti al Rti sulla reale portata dell'offerta tecnica alla luce di

quanto indicato nell'offerta economica, stante il principio di separazione tra offerta tecnica ed economica.

13. Analoghi motivi di appello sono stati formulati dal Ministero dell'Interno, il quale in particolare ha dedotto, quanto al secondo motivo di esclusione, che proprio nella Provincia di Roma sarebbero attualmente in uso reti con entrambe le predette tecnologie ("VHF/UHF e TETRA"), sicché l'offerta del RTI "Wind Tre S.p.A." era da ritenersi a maggior ragione incompleta, anche se fosse stata valutata con specifico riferimento alla Provincia di Roma.

13.1. Peraltro, ad avviso del Ministero appellante, l'asserzione del giudice di *prime cure* secondo cui l'operatore economico, se è in grado di realizzare la fornitura di apparati secondo la tecnologia più sviluppata (sistema TETRA), sarà in grado anche di realizzare un sistema di comunicazioni avvalendosi di un sistema analogico e meno avanzato come quello "VHF/UHF", non rivestirebbe alcuna valenza oggettiva.

14. Peraltro, prima di esaminare detti motivi, giova richiamare i principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa in tema di soccorso istruttorio e di soccorso procedimentale, onde comprendere anche la distinzione fra i due tipo di soccorso, i cui profili sembrano essere stati sovrapposti nella sentenza appellata, sebbene da un'attenta analisi della portata conformativa della sentenza medesima debba ritenersi che il giudice di *prime cure* abbia inteso disporre un mero soccorso procedimentale.

14.1. Invero, alla luce della giurisprudenza anche recente di questo Consiglio di Stato (III, 21/03/2022 n. 2003) la carenza dell'offerta economica e tecnica non può essere in alcun modo sanata attraverso il soccorso istruttorio, possibilità che in ordine a eventuali profili di carenza e inintelligibilità dell'offerta tecnica ed economica è strettamente presidiata e limitata dall'art. 83 comma 9 del D.Lgs. n. 50 del 2016, a tenore del quale il soccorso istruttorio è consentito per porre rimedio alle carenze e irregolarità delle dichiarazioni e dei documenti dei concorrenti "... con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica ...", come riconosciuto pacificamente da

un consolidato indirizzo giurisprudenziale, che afferma che il rimedio ha come finalità quella di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, e non anche di consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte (Cons. Stato, V, 22 ottobre 2018, n. 6005), e che esclude il soccorso istruttorio volto a sanare carenze strutturali dell'offerta tecnica, giacché esse "riflettono una carenza essenziale dell'offerta, tale da determinarne incertezza assoluta o indeterminatezza del suo contenuto e, come tali, non sono suscettive né di soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9 del D.Lgs. n. 50 del 2016 (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 13/02/2019, n. 1030) né di un intervento suppletivo del giudice" (Cons. Stato, III, 19 agosto 2020, n. 5140). Infatti, ai sensi della richiamata giurisprudenza, il soccorso istruttorio ha la finalità di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, e non anche di consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte in violazione dei principi di immodificabilità e segretezza dell'offerta, di imparzialità e di *par condicio* delle imprese concorrenti. Per l'effetto, vanno ritenute ammissibili solo quelle integrazioni documentali che non riguardino elementi essenziali dell'offerta.

14.2. Peraltro per la giurisprudenza (ex multis Consiglio di Stato sez. V, 04/10/2022, n.8481) sussiste la possibilità che la stazione appaltante corregga gli errori materiali inficianti l'offerta, a condizione che l'effettiva volontà negoziale dell'impresa partecipante alla gara sia individuabile in modo certo nell'offerta presentata, senza margini di opacità o ambiguità, così che si possa giungere a esiti univoci circa la portata dell'impegno ivi assunto.

Il rimedio – diverso dal “soccorso istruttorio” di cui all'art. 83 comma 9 d. lgs. 18 aprile 2016 n. 50, che non potrebbe riguardare né il profilo economico né quello tecnico dell'offerta (tra altre, Cons. Stato, III, 2 febbraio 2021, n. 1225;

V, 27 gennaio 2020, n. 680, che rammenta che, nei pareri nn. 855 del 21 marzo 2016 e 782 del 22 marzo 2017 relativi allo schema del Codice degli appalti pubblici e del “correttivo” di cui al d.lgs. 56/2017 resi dalla Commissione speciale, questo Consiglio di Stato ha espressamente sottolineato, in relazione all'art. 83, l'opportunità di conservare il “soccorso procedimentale” in caso di dubbi riguardanti “gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica”) – consiste nella possibilità di richiedere al concorrente di fornire chiarimenti volti a consentire l'interpretazione della sua offerta e a ricercare l'effettiva volontà dell'offerente, superando le eventuali ambiguità dell'offerta, ciò fermo il divieto di integrazione dell'offerta, senza attingere a fonti di conoscenza estranee alla stessa e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essa assunta (Cons. Stato, III, 13 dicembre 2018, n. 7039; 3 agosto 2018, n. 4809; V, 27 aprile 2015, n. 2082; 22 ottobre 2014, n. 5196; 27 marzo 2013, n. 1487).

Il Consiglio di Stato infatti nei pareri relativi allo schema del Codice degli appalti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016 e del “correttivo” di cui al d.lgs. n. 56/2017, resi dalla Commissione speciale (n. 855 del 21 marzo 2016; n. 782 del 22 marzo 2017) ha sottolineato, in relazione all'art. 83, l'opportunità di conservare un “soccorso procedimentale”, nettamente distinto dal “soccorso istruttorio”, in virtù del quale possano essere richiesti, in caso di dubbi riguardanti “*gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica*”, chiarimenti al concorrente, fermo il divieto di integrazione dell'offerta, laddove i chiarimenti valgono a chiarire la portata dell'offerta.

Si tratta, in particolare, di quei chiarimenti che, per la giurisprudenza, sono ammessi, in quanto finalizzati a consentire l'interpretazione delle offerte e ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con esse assunte (Cons. Stato, V, 27 aprile 2015, n. 2082; 22 ottobre 2014, n. 5196; 27 marzo 2013, n. 1487).

Detta interpretazione, relativa all'ammissibilità del soccorso procedimentale, volto a ricercare, alla luce dei chiarimenti richiesti, la volontà negoziale dalla stessa offerta e non ab externo o tramite la produzione di nuovi documenti, si pone del resto in linea con quanto previsto dalla Corte di Giustizia UE che, in tema di soccorso istruttorio in caso di carenze dell'offerta tecnica, ha ritenuto (nella sentenza della Sez. VIII, 10 maggio 2017, nella causa C-131/16 Archus), che una richiesta di chiarimenti non può ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti dell'appalto, se non nel caso in cui essi siano indispensabili per chiarimento dell'offerta o rettifica di un errore manifesto dell'offerta e sempre che non comportino modifiche tali da costituire, in realtà, una nuova offerta.

14.2.1. L'esperibilità del soccorso procedimentale, nei termini ammessi dalla giurisprudenza, deve pertanto ritenersi consentita, al di là di quanto previsto nella *lex specialis* di gara, in via di eterointegrazione della stessa, in presenza di un errore manifesto o di ambiguità dell'offerta tecnica laddove comunque l'effettiva volontà del partecipante sia desumibile da altri elementi della medesima offerta tecnica, consentendosi in tale modo di coniugare il principio della massima partecipazione con il principio della *par condicio*, che risulterebbe altrimenti vulnerato ove si consentisse al concorrente di integrare *ex post* un'offerta carente dei requisiti prescritti dalla *lex specialis* di gara, sia ove detti requisiti siano richiesti ai fini della stessa ammissibilità dell'offerta – dovendo l'offerta carente in tal caso essere esclusa – sia ove siano richiesti ai fini dell'attribuzione di un punteggio premiale – non potendosi al riguardo attribuire il correlativo punteggio.

14.2.2. Nell'ipotesi di specie il giudice di *prime cure* peraltro non ha violato tali principi, avendo disposto, al di là dell'improprio riferimento al paragrafo 13 del disciplinare di gara, un mero soccorso procedimentale.

15. I motivi di appello vanno pertanto rigettati, dovendosi confermare la sentenza di *prime cure* sia pure in parte con diversa motivazione.

16. Il Collegio infatti ritiene improprio il richiamo operato dal giudice di *prime cure* all'art. 13 del disciplinare di gara in quanto *expressis verbis* riferito al solo soccorso istruttorio *strictu sensu* inteso e non al diverso istituto del soccorso procedimentale, come *claris verbis* evincibile dal riferimento operato da tale disposto alla procedura di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9 del Codice e alla specificazione della non applicabilità dello stesso agli elementi afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica.

17. Né peraltro la circostanza, evidenziata dalle parti appellanti, che il paragrafo 13 non ammettesse il soccorso istruttorio e dunque la sanabilità degli elementi da indicare nell'offerta tecnica, può portare a ritenere che la disciplina di gara escludesse, in contrasto con quanto ritenuto dalla giurisprudenza, la possibilità di attivazione del diverso istituto del soccorso procedimentale, con la produzione pertanto non del documento non prodotto, ma di semplici chiarimenti volti ad evidenziare, quanto al primo profilo di esclusione, che il chiaro errore di calcolo, *claris verbis* evincibile dall'offerta tecnica, era riferibile al numero dei caricabatterie per erronea applicazione della formula di calcolo indicata nel capitolato di gara, e, quanto al secondo profilo, la reale volontà dell'offerente in merito all'ottemperanza a quanto previsto dalla previsione del paragrafo 3.4. del disciplinare di gara – prescrizione peraltro da assolversi nella fase esecutiva - come successivamente interpretata dall'amministrazione con i successivi chiarimenti.

18. Ed invero, in relazione al numero dei caricabatterie era facilmente evincibile non solo l'errore di calcolo, stante la discrepanza dei dati riportati, atti ad evidenziare la non rispondenza del calcolo effettuato al calcolo esatto, alla luce della prescrizione del paragrafo 6.4. del capitolato, ma anche che l'errore non poteva che riguardare l'indicazione del numero dei caricabatterie multipli, in quanto proprio la formula matematica indicata in tale prescrizione comprova che il numero dei caricabatterie doveva essere indicato non in via autonoma, ma in via derivata, avendo riguardo alla divisione fra il numero

degli apparecchi ed il numero degli alloggiamenti, moltiplicando il relativo risultato per il coefficiente di 1,1.

Pertanto, alla luce dei dati contenuti nell'offerta tecnica, fermi restando il numero degli apparecchi e degli alloggiamenti indicati, da porre a base del calcolo, era facilmente evincibile che l'errore di calcolo afferiva proprio alla mancata moltiplicazione dei risultati della relativa divisione per il coefficiente di 1,1.

18.1. Ciò posto l'errore era facilmente emendabile non avendo riguardo a quanto indicato nell'offerta economica, stante il principio di separazione fra offerta tecnica ed offerta economica, ma sulla base di semplici chiarimenti volti ad appurare se effettivamente, come facilmente evincibile dagli elementi dell'offerta tecnica da porre a base del calcolo, l'errore afferisse all'omessa moltiplicazione del risultato della divisione fra numero degli apparecchi e numero degli alloggiamenti per il coefficiente di 1,1; ciò fermo restando che, ove quanto dedotto in sede di chiarimenti, fosse risultato poi divergente da quanto indicato nell'offerta economica, avrebbe potuto disporsi l'esclusione del Rti Wind Tre, stante l'acclarata divergenza fra offerta tecnica e offerta economica. Nell'ipotesi di specie peraltro l'apertura dell'offerta economica ha confermato l'errore di calcolo presente nell'offerta tecnica, essendo stato indicato nell'offerta economica un numero di caricabatterie multipli pari a 1.009.

19. Quanto al secondo profilo, relativo alla ritenuta violazione della prescrizione del paragrafo 3.4. del disciplinare di gara, come successivamente interpretato dalla stazione appaltante in sede di chiarimenti, il soccorso procedimentale doveva essere disposto avuto riguardo alla incondizionata accettazione da parte del Rti Windtre di tutte le prescrizioni del capitolato di gara, evincibile non solo dalla espressa e generica sottoscrizione dell'allegato 5 della *lex specialis* ma anche dalla specificazione, contenuta nel paragrafo 1.1. dell'offerta tecnica secondo cui *“Il RTI dichiara di aver letto, di essere completamente aderente ed accettare tutti i requisiti riportati nel Capitolato, in caso di differenza e/o*

*discrepanza tra quanto trascritto in questo documento e i requisiti di gara, questi ultimi prevarranno in ogni caso”.*

19.1. Infatti l’offerta del RTI, redatta recependo tutte le previsioni contenute nella *lex specialis*, assistita dalla sottoscrizione dell’allegato 5 era in grado, comunque, di attestare l’assunzione dell’impegno da parte dell’operatore economico, alla luce in particolare di quanto specificato nel § 1.1 dell’offerta tecnica (cfr. pag. 2 dell’allegato 7 della ricorrente) di *“accettare tutti i requisiti riportati nel Capitolato”*, precisando come *“in caso di differenza e/o discrepanza... questi ultimi prevarranno”*, per cui stante le due distinte dichiarazioni, la prima contenuta nel paragrafo 1.1. dell’offerta tecnica, da leggersi unitamente alla sottoscrizione dell’allegato 5 del capitolato, e la seconda contenuta nel paragrafo 1.3.13, secondo cui *“Lo scrivente RTI realizzerà l’interfacciamento della componente MCPTT con i sistemi radiomobili TETRA già in uso alle Forze di polizia della Provincia di Roma, accollandosi tutti gli oneri relativi allo sviluppo e all’implementazione dell’interfacciamento, senza oneri aggiuntivi per l’Amministrazione”*, sussistevano i presupposti per l’attivazione del soccorso procedimentale affinché l’offerente chiarisse se l’indicazione contenuta nel paragrafo 1.3.13. dovesse intendersi come meramente esemplificativa e non escludesse l’impegno - da assolvere peraltro nella fase esecutiva, a seguito dell’espressa richiesta ed individuazione della stazione appaltante - a realizzare l’interfacciamento presso altre Province ed anche con la tecnologia VHF/UHF.

19.2. Ciò peraltro avuto riguardo non solo e non tanto alla valenza ambigua della previsione del capitolato di gara, quale sottolineata dal giudice di *prime cure* – la cui portata era stata successivamente evidenziata con i successivi chiarimenti – ma alla circostanza, del pari indicata nella sentenza gravata, che l’assunzione dell’obbligo di cui al paragrafo 3.4. del disciplinare di gara non atteneva a profili che andavano evidenziati nell’offerta tecnica ai sensi del paragrafo 22.1. del capitolato di gara, neanche in termini valoriali, non conseguendo peraltro alla stessa l’attribuzione di alcun punteggio; a tale

stregua doveva ritenersi sufficiente la mera assunzione dell'impegno previsto nel capitolato di gara, da intendersi presente nell'ipotesi di specie, avuto riguardo all'affermazione contenuta nel paragrafo 1.1. dell'offerta tecnica, senza che all'indicazione contenuta nel paragrafo 1.3.13 della medesima offerta tecnica potesse assegnarsi carattere condizionale, essendo *expressis verbis* previsto nel precedente paragrafo 1.1. che *“in caso di differenza e/o discrepanza tra quanto trascritto in questo documento e i requisiti di gara, questi ultimi prevarranno in ogni caso”*.

20. Alla stregua di tali rilievi gli appelli vanno rigettati, dovendosi confermare la sentenza appellata sia pure in parte con diversa motivazione.

21. Sussistono nondimeno eccezionali e gravi ragioni, stante la particolarità della fattispecie e la complessità delle questioni trattate, per compensare le spese di lite del presente grado fra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe, previamente riuniti, li rigetta, confermando la sentenza appellata sia pure in parte con diversa motivazione.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 settembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Diana Caminiti**

**IL PRESIDENTE**  
**Diego Sabatino**

## IL SEGRETARIO