

Publicato il 25/08/2021

N. 06035/2021REG.PROV.COLL.
N. 02077/2021 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 2077 del 2021, proposto da Sensus Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mariangela Di Giandomenico, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via del Plebiscito n. 112;

contro

Information Development & Automation S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Boifava, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Acqua Novara. Vco S.p.A., non costituita in giudizio;

per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte

(Sezione Seconda) n. 00123/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Information Development & Automation S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 giugno 2021 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Di Giandomenico e Boifava, in collegamento da remoto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte ha accolto i due motivi del ricorso principale e dichiarato improcedibili per carenza di interesse i motivi aggiunti proposti dalla Information Development & Automation s.r.l. (d'ora innanzi I.D.&A.), seconda classificata, contro Acqua Novara.VCO s.p.a. (d'ora innanzi Acqua Novara) e nei confronti di Sensus Italia s.r.l. (d'ora innanzi Sensus), per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione a quest'ultima della gara indetta da Acqua Novara per la fornitura di 60.000 contatori per utenza "smart meter" di tipo digitale statico per acqua fredda, nonché per la messa in servizio e aggiornamento : a) *“dei sistemi di ricevitori radio per la raccolta dei dati in modalità walk by/drive by o tramite rete fissa con relativo software per lettura/inizializzazione/diagnostica dei contatori su smartphone e tablet”*; b) *“del software per la gestione dei dati, ossia il trattamento, l'archiviazione e l'esportazione dei dati derivanti dalla telelettura, secondo le specifiche esigenze del Committente”*.

1.1. La sentenza ha invece respinto il primo motivo del ricorso incidentale, che Sensus aveva proposto per la mancata esclusione dalla gara della ricorrente principale; ha poi dichiarato improcedibile il secondo motivo del ricorso incidentale per sopravvenuta carenza di interesse perché, afferendo al punteggio qualitativo, l'eventuale accoglimento non avrebbe apportato alcuna utilità a Sensus, dovendo l'offerta di quest'ultima essere esclusa dalla gara per l'accoglimento del secondo motivo del ricorso principale.

1.2. Annullato quindi il provvedimento di aggiudicazione in favore di Sensus e annullati gli atti impugnati nella parte in cui non avevano escluso dalla procedura l'offerta tecnica della stessa società, le spese processuali sono state poste a carico di Acqua Novara e della controinteressata e liquidate in favore della ricorrente principale.

2. Avverso la sentenza la società Sensus ha avanzato appello con quattro motivi, concernenti, i primi due, l'accoglimento dei due motivi del ricorso principale ed, i restanti due, il rigetto del ricorso incidentale.

2.1. Acqua Novara non si è costituita in appello.

2.2. I.D.&A. ha resistito all'appello ed ha proposto appello incidentale avverso la dichiarazione di improcedibilità dei motivi aggiunti.

2.3. Con ordinanza cautelare n. 1863 del 9 aprile 2021 è stata sospesa l'esecutività della sentenza appellata.

2.4. All'udienza del 24 giugno 2021, la causa è stata discussa e assegnata a sentenza, previo deposito di memorie e repliche delle due parti.

3. Col primo motivo (*Error in iudicando, difetto di motivazione, illogicità e travisamento dei fatti – inammissibilità e infondatezza del I motivo di ricorso di ID&A*) l'appellante censura l'accoglimento del primo motivo del ricorso introduttivo.

3.1. Con questo, I.D.&A. aveva dedotto che la commissione di gara avrebbe male applicato il criterio di attribuzione del punteggio A.2.2 relativo alla durata del sistema/servizio di acquisizione e gestione dei dati incluso nella proposta del concorrente, in ragione del quale era consentito apprezzare la *“maggior durata, rispetto al periodo minimo previsto, del sistema/servizio di acquisizione e gestione dei dati incluso nella proposta del Concorrente e con oneri completamente a Suo carico”*.

La ricorrente aveva indicato una durata aggiuntiva di 156 mesi conseguendo punti 5 mentre Sensus aveva ricevuto 15 punti pur avendo offerto lo stesso incremento di durata di 156 mesi, perché la commissione aveva considerato che la maggior durata da parte di Sensus era stata commisurata al numero di contatori – illimitati, convenzionalmente parametrato al numero massimo di

180.000 attualmente a disposizione della stazione appaltante, mentre nell'offerta della ricorrente l'incremento di durata era riferito al solo numero minimo di contatori oggetto di fornitura (60.000).

3.2. Accogliendo le ragioni di censura della ricorrente, il primo giudice ha reputato che – dalla lettura della legge di gara (in particolare l'art. 5.2 del capitolato sull'oggetto dell'appalto e l'art. 6 del disciplinare, tabella contenente gli *“elementi di valutazione dell'offerta tecnica”*, circa i sistemi/servizi con caratteristiche migliorative proponibili dal concorrente, tra i quali quello di cui al punto A.2.2.) – emergevano due profili meritevoli di rilievo: *“per un verso, il punteggio previsto per il sotto-criterio A.2.2. è correlato esclusivamente ed espressamente al dato temporale; per altro verso, la maggior durata ivi indicata si apprezza “rispetto al periodo minimo previsto” di 60 mesi, senza menzione del numero di contatori cui detta estensione temporale dovrebbe essere correlata”*.

Pertanto, ad avviso del T.a.r., non vi sarebbe *“alcun riferimento letterale nella descrizione degli elementi di qualità dell'offerta tecnica che consenta di sposare l'interpretazione propugnata da parte resistente e dalla controinteressata. Né indicazioni che conducano a tale conclusione si rinvergono nel Disciplinare e nel Capitolato, dai quali, al contrario, sembra trarsi conferma che la miglioria apprezzabile ai sensi del sottocriterio A.2.2. sia legata esclusivamente al dato temporale”*. Le disposizioni del disciplinare (art. 5.2 e pagina 2) sono state quindi lette nel senso che *“<<l'elemento migliorativo della “maggior durata” della prestazione secondaria “sistema/servizio di acquisizione e gestione dei dati” deve essere rapportata alla prestazione primaria rappresentata dalla “fornitura di cui all'oggetto”, cioè quella di 60.000 contatori indicati dalla stazione appaltante>>*.

3.2.1. Conferma di siffatta interpretazione è stata, poi, rinvenuta nella Relazione tecnica presentata dalla stessa Sensus (tabella a pag.30) dove l'elemento migliorativo è stato indicato in 156 mesi a fronte della quantità minima di 60, senza alcun riferimento al numero dei contatori, e questi dati risulterebbero *“riprodotti anche nella tabella alla pag. 23”*.

Essendo questa l'interpretazione data alla legge di gara in corso di procedura anche dall'aggiudicataria, sarebbe evidente, ad avviso del primo giudice, che, per condividere la diversa interpretazione fornita dalla commissione di gara, e quindi da Sensus soltanto in sede giudiziale, la stazione appaltante avrebbe dovuto altrimenti formulare il sotto-criterio A.2.2.; diversamente opinando, si sarebbe avuto non solo un contrasto col dato letterale, ma anche con i principi di *par condicio*, ragionevolezza e *clari loqui* dell'amministrazione nella formulazione delle regole che governano la procedura di gara e consentono, solo se rispondenti a tali principi, il pieno e regolare dispiegarsi del confronto competitivo tra i concorrenti (come di recente ribadito dalla giurisprudenza: Cons. Stato, VI, 15 giugno 2020, n. 3808).

3.3. L'appellante obietta che il motivo di ricorso, oltre ad essere inammissibile perché attinente al merito delle valutazioni della commissione di gara, era infondato e la sentenza, che lo ha accolto, ha finito per incorrere in una ricostruzione errata della normativa di gara e dell'offerta di Sensus.

In primo luogo, non sarebbe corretto che il sub-criterio A.2.2. risulti correlato soltanto al "dato temporale" come ritenuto dal T.a.r. e che la maggior durata sia apprezzabile soltanto rispetto al periodo minimo previsto di 60 mesi: il criterio è infatti riferito alla prestazione secondaria dell'appalto e, tenuto conto degli artt. 1 del disciplinare e 5.2. del capitolato speciale d'appalto, il numero di contatori da gestire risulterebbe essere variabile e oggetto di miglioria, sicché la valutazione del criterio avrebbe dovuto riguardare entrambi i fattori (come comprovato dalla tabella contenente le valutazioni della commissione che, alla seconda colonna indicante il "*Minimo da capitolato*", riporta la dicitura "*60 mesi/60.000 contatori*").

3.3.1. Inoltre, sarebbe errata la considerazione secondo cui l'art. 5.2 del capitolato prevede già come requisito tecnico di minima della prestazione secondaria la capacità dei sistemi di acquisire e gestire i dati provenienti da 180.000 contatori, poiché tale previsione nulla avrebbe a che vedere con l'art. 6 del disciplinare sui criteri migliorativi dell'offerta tecnica, come dimostrato

proprio dall'offerta tecnica di I.D.& A. Sebbene questa abbia dichiarato che il proprio sistema garantisce la potenzialità di gestione dei dati di 180.000 contatori, quanto al criterio A.2.2. ha poi offerto il sistema di gestione dei dati di 60.000 contatori e non di 180.000 per il periodo di maggior durata.

3.3.2. Parimenti errato sarebbe il presupposto del ragionamento del T.a.r. secondo cui le migliorie offerte in gara sarebbero correlate all'oggetto dell'affidamento, che corrisponde alla fornitura di 60.000 contatori (in quanto le prestazioni secondarie - qual è la messa in funzione e aggiornamento del sistema/servizio di acquisizione e gestione dei dati - si aggancerebbero solo al contenuto della prestazione principale), poiché, ad avviso dell'appellante, una diversa interpretazione si desumerebbe tenendo conto del già citato art. 1 del disciplinare, come confermato dall'art. 5.2 del capitolato; il senso logico di tali disposizioni sarebbe che, per la prestazione secondaria, vale il limite minimo della gestione dei dati di 60.000 contatori per 60 mesi, ma il criterio A.2.2 premia le offerte migliorative in termini di "fattore tempo" ma anche e necessariamente in rapporto al numero dei contatori.

3.3.3. Ancora, assolutamente fuorviante sarebbe l'interpretazione che si legge in sentenza dell'offerta di Sensus, poiché la tabella di pag. 23 della Relazione tecnica riporta chiaramente che il "*numero di contatori gestibili e arruolabili a sistema*" è di 180.000 e la miglioria offerta è per un numero di contatori "*illimitato*", sicché la tabella di pag. 30 va letta - come ha fatto la commissione di gara - unitamente a quella di pag. 23.

3.3.4. Infine, sarebbe errata la conclusione raggiunta in sentenza secondo cui la *lex specialis*, interpretata come preteso dalla stazione appaltante, sarebbe in violazione dei principi che governano la formulazione delle regole di gara, poiché, ad avviso dell'appellante, l'unica lettura possibile sarebbe invece quella sopra esposta, cioè che la miglioria sulla durata considera il rapporto tra "fattore tempo" e "fattore numero di contatori" (come dimostrerebbe anche l'offerta della stessa I.D.& A. nella quale sono indicati entrambi).

3.4. Il motivo è fondato, relativamente al merito delle questioni che ne sono oggetto, sicché si può prescindere dal considerare la censura di inammissibilità per insindacabilità delle valutazioni espresse dalla commissione di gara.

Le ragioni di accoglimento vanno riassunte nei seguenti decisivi argomenti.

A) Quanto all'interpretazione della disciplina di gara.

Ai fini dell'attribuzione del punteggio per le caratteristiche qualitative dell'offerta, l'art. 6 del disciplinare, nella tabella contenente gli *“elementi di valutazione dell'offerta tecnica”*, prevede che, ferme restando le caratteristiche tecniche minime previste nel capitolato, il concorrente può proporre in gara sistemi/servizi con caratteristiche migliorative; tra gli aspetti qualificanti esplicitati allo scopo vi è il sub-criterio in contestazione, A.2.2. (*“Durata del sistema/servizio di acquisizione e gestione dei dati incluso nella proposta del concorrente, quindi “Maggior durata, rispetto al periodo minimo previsto, del sistema/servizio di acquisizione e gestione dei dati incluso nella proposta del Concorrente e con oneri completamente a Suo carico”*). E' desumibile dal contenuto del sub-criterio di valutazione e non è nemmeno contestato tra le parti che esso è riferito alla prestazione secondaria di *“messa in servizio e aggiornamento”* dei *“sistemi/servizi di acquisizione e di gestione dati”*.

Dato ciò, va posto in evidenza che, facendo seguito al bando di gara (laddove, nel descrivere l'oggetto dell'appalto, rinvia, per la prestazione secondaria, alle *“specifiche esigenze del Committente”*), l'art. 1 del disciplinare stabilisce che la detta prestazione secondaria è rivolta alla acquisizione e gestione dei dati di un numero di contatori *“non inferiore a quelli complessivamente forniti”* (cioè *non inferiore a 60.000*) e per un periodo *“non inferiore a 60 (sessanta) mesi dalla data di arruolamento del primo contatore”*.

Il testo della detta disposizione - nemmeno menzionata né considerata in sentenza - confuta il presupposto del ragionamento del T.a.r. , e della ricorrente in primo grado, fornendo invece adeguato supporto letterale all'interpretazione data dalla stazione appaltante: la prestazione secondaria non è definita dalla *lex specialis* in termini assolutamente coincidenti con quelli

della prestazione primaria della fornitura di 60.000 contatori; è vero infatti che l'offerta avrebbe dovuto assicurare la effettiva gestione dei dati dei contatori forniti in numero di 60.000 (*“non inferiore a quelli complessivamente forniti”*), per almeno 60 mesi, ma la proposta migliorativa avrebbe potuto riguardare la prestazione secondaria di gestione dei dati di contatori eccedenti la fornitura, sia in termini di numero di contatori gestiti (superiore quindi a quello dei contatori forniti) sia in termini di durata della gestione (superiore al termine minimo di sessanta mesi).

Tale letterale interpretazione del bando e del disciplinare di gara non trova smentita negli argomenti spesi in sentenza, e ribaditi ed ampliati nelle difese in appello di I.D.&A; e segnatamente:

- la pag. 2 del disciplinare -dove, sempre al detto art. 1, precisa che *“oggetto del presente appalto è l'esecuzione di tutte le attività relative alla fornitura di cui all'oggetto così come meglio descritto nell'Allegato Capitolato Speciale di Appalto”*- va interpretata coerentemente col testo dello stesso art. 1, che la precede e che descrive come sopra il contenuto della prestazione secondaria; la frase di pag. 2 del disciplinare serve quindi soltanto a collegare le prestazioni, principale e secondaria, all'*“oggetto così come meglio descritto nell'Allegato Capitolato Speciale di Appalto”*, ivi richiamato; l'art. 2 del capitolato speciale, per quanto qui rileva, a sua volta, descrive *“l'oggetto dell'appalto”* -compresa la prestazione secondaria- in termini del tutto coincidenti con quelli dell'art. 1 del disciplinare, che fa riferimento ad un numero di contatori *“non inferiore”* a quello dei contatori forniti;

- inoltre l'art. 5.2. del capitolato speciale, nel fissare i *“requisiti minimi delle forniture e delle prestazioni”*, precisa, in riferimento alla prestazione secondaria (sistemi/servizi di acquisizione e di gestione dei dati), che, oltre alla fornitura di 60.000 contatori, l'offerta del concorrente avrebbe dovuto *“comprendere gli strumenti/ apparati/ sistemi hardware e/ o software necessari per l'acquisizione a distanza e la gestione dei dati (misure, stati, allarmi) prodotti dall'intero parco misuratori in gara”* per un periodo non inferiore a 60 mesi dalla data di arruolamento del primo

contatore; ma richiede anche – tra le *“caratteristiche minime del sistema di gestione dati”* – alla lettera b (non considerata dal T.a.r.) la *“gestione di un numero di misuratori almeno pari a quelli previsti nella gara”*, con ciò evidentemente significando che il numero dei misuratori gestiti è rilevante per la stazione appaltante e che la gestione effettiva avrebbe dovuto riguardare, quale requisito minimo, i 60.000 misuratori forniti, ma avrebbe potuto riguardare, a titolo di miglioria, anche misuratori in eccedenza.

Ancora, lo stesso art. 5.2 dispone che *“il sistema deve essere in grado di acquisire e gestire anche i dati provenienti da misuratori di altri costruttori [...] per un numero pari ad almeno tutto il parco contatori aziendale di 180.000 (contottantamila) contatori”* e prosegue con la precisazione (pure questa trascurata dalla sentenza di primo grado) che *“Costituirà titolo preferenziale l’aver già implementato un sistema in grado di acquisire e gestire i dati di lettura dei misuratori di altri costruttori”*. Pertanto, se è vero che, come si legge in sentenza, *“il sistema offerto deve avere già in sé la capacità di acquisire e gestire i dati provenienti da 180.000 contatori, pari all’intero parco aziendale”* è altrettanto vero che, non essendo la gestione effettiva di questi ultimi affatto estranea all’oggetto del contratto, l’ampliamento offerto come miglioria consente di assicurare tale servizio e di estendere la durata complessiva della prestazione secondaria (sia per i contatori forniti che per quelli in eccedenza) per un periodo di tempo superiore a quello minimo di 60 mesi;

- infine, non è decisivo, in senso contrario, il confronto, su cui insiste l’appellata, tra il sub-criterio A.2.2 e quello A.3 (*Prestazioni aggiuntive di garanzia dei misuratori*), riguardante l’incremento del periodo minimo di garanzia; la garanzia non avrebbe potuto che riguardare i contatori direttamente forniti dal concorrente, laddove la prestazione secondaria di cui al precedente punto A.2.2., come detto, è riferibile anche a contatori ulteriori rispetto a quelli forniti.

B) Contenuto dell’offerta di Sensus.

E’ condivisibile il rilievo dell’appellante che la tabella inserita alla pagina 30 della relazione tecnica di Sensus non possa essere letta isolatamente, poiché

essa riporta i due dati numerici (minimo di 60 mesi; offerto di 156 mesi) che, come nota anche il T.a.r., sono egualmente riprodotti nella tabella di pagina 23 della relazione tecnica (sotto la voce “*Licenza software per acquisizione e gestione dati di lettura*”). Siffatta riproduzione comporta che - come non illogicamente né arbitrariamente ritenuto dalla Commissione di gara – le due tabelle vanno lette in combinazione tra loro.

Conseguentemente, l’offerta del “*numero di contatori gestibili e arruolabili a sistema*” di Sensus, come risulta dalla tabella pag. 23, è “*illimitata*” e si completa con la precisazione riportata in calce alla stessa tabella, dove si legge “*Come riportato in tabella Vi viene offerto un sistema in grado di gestire un numero illimitato di contatori. Il ricevitore SIRT in modalità WM-Bus OMS può ricevere dati da contatori d’ogni marca che utilizzano questo protocollo. Il titolo preferenziale che richiede l’aver già implementato un sistema in grado di acquisire e gestire i dati di lettura dei misuratori di altri costruttori viene dichiarato al punto A.4*”.

3.5. Pertanto, pur convenendosi con l’appellata sulla non decisività di altri argomenti spesi dall’appellante, quale, ad esempio, la previsione - del tutto ovvia - che l’incremento temporale della prestazione secondaria (sia per i 60.000 contatori oggetto di fornitura che, eventualmente, per quelli in eccesso) avrebbe dovuto essere con oneri a carico esclusivo dell’offerente, tuttavia si deve concludere nel senso che la commissione di gara, redigendo la tabella di valutazione che nel criterio in esame riporta come “*Minimo da capitolato*” entrambi i fattori (“*60 mesi/60.000 contatori*”), non ha errato nell’interpretare la *lex specialis* e, attribuendo all’offerta di Sensus il punteggio contestato (peraltro nei limiti di 10 punti su 15, laddove il divario di punteggio per l’offerta tecnica delle due concorrenti è superiore ad 11 punti), ha correttamente inteso l’offerta dell’appellante e bene esercitato la propria discrezionalità, applicando la formula matematica prevista dal disciplinare per l’attribuzione del punteggio per il criterio A.2.2 ai parametri dichiarati dagli offerenti.

3.6. In conclusione, la sentenza è errata e va riformata nella parte in cui ha accolto il primo motivo del ricorso di I.D.& A.

Il primo motivo di appello va quindi accolto.

4. Col secondo motivo (*Error in iudicando, difetto di motivazione, illogicità e travisamento dei fatti – contraddittorietà. Inammissibilità e infondatezza del II motivo di ricorso di primo grado di ID&A – insussistenza dei presupposti di fatto e di diritto per escludere l’offerta di Sensus*) l’appellante censura l’accoglimento del secondo motivo del ricorso introduttivo.

4.1. Con questo, I.D.&A. aveva dedotto l’illegittimità dell’aggiudicazione a Sensus in quanto i contatori con diametro nominale 50, offerti dall’aggiudicataria, non rispettavano i requisiti minimi previsti dalla *lex specialis* di gara con riferimento alla portata permanente Q3 di 25mc/h, avendo un parametro Q3 pari a 16 metri cubi/ora.

Secondo la ricorrente non avrebbe potuto trovare applicazione il principio di equivalenza di cui all’art. 68 del d.lgs. n. 50 del 2016.

4.2. Accogliendo le dette ragioni di censura, il primo giudice ha reputato che, in base alla previsione della tabella di cui all’art. 5 del Capitolato sui “*Requisiti minimi delle forniture e delle prestazioni*”, caratteristica minima che i contatori avrebbero dovuto avere era la portata permanente (Q3) pari a 25 metri cubi/ora.

Ritenendo trattarsi di specifica tecnica necessaria e obbligatoria, ne ha tratto la conclusione che “*se è vero che i misuratori offerti in gara possono essere migliorativi rispetto a quelli richiesti da Capitolato, essi devono in ogni caso possedere, a prescindere dal valore aggiunto fornito, le caratteristiche minime specificate dalla lex specialis. Ora, a fronte della previsione di una portata permanente di 25 metri cubi/ora per i contatori DN 50, quelli offerti da Sensus Italia sono caratterizzati da un parametro Q3 di 16 metri cubi/ora, oggettivamente differente, sotto il profilo della descrizione tecnica, da quanto indicato nel Capitolato*”.

4.2.1. Si afferma in sentenza che la conclusione non sarebbe smentita né dalla perizia tecnica depositata in atti dalla controinteressata (poiché questa non

attesta “che la portata nominale dei contatori dalla stessa offerti sia pari a 25 metri cubi/ora né che vi sia piena equivalenza tra il prodotto offerto da Sensus Italia e quello richiesto in gara”) né dal risultato della taratura del laboratorio di prova di Asti (poiché risulterebbe dalla perizia che le prove sono state svolte su un contatore con diverso diametro nominale - DN 40 – che presenta Q3 pari a 16 mc/h ed ha una portata aggiuntiva di 25 mc/h arrivando fino a tale valore).

4.2.2. Sono state inoltre reputate “non persuasive” le ulteriori affermazioni della stazione appaltante secondo cui i calibri e gli ingombri dei contatori sarebbero riportati nella *lex specialis* “a titolo indicativo” e che la rispondenza del prodotto offerto da Sensus alle caratteristiche minime idrauliche e metrologiche richieste sarebbe stata verificata prima della sottoscrizione del contratto.

4.3. L'appellante obietta che il motivo di ricorso, oltre ad essere inammissibile perché attinente al merito della valutazione sulle caratteristiche tecniche del prodotto (con conseguente vizio di motivazione della sentenza per non avere scrutinato la corrispondente eccezione sollevata in primo grado), era infondato e che la sentenza, che lo ha accolto, è errata.

4.3.1. In primo luogo, ad avviso di Sensus, la portata permanente Q3 25 mc/h non sarebbe affatto un requisito previsto a pena di esclusione dalla legge di gara, come sarebbe confermato dall'art. 8 del capitolato (ai sensi del quale “*Acqua Novara.VCO S.p.A. si riserva di far eseguire a proprie spese, presso un laboratorio europeo autorizzato (in accordo con la direttiva ISO 17025:2005), i collaudi atti a verificare che le caratteristiche metrologiche e idrauliche dei contatori siano conformi alle prescrizioni del presente Capitolato*”), di modo che la verifica dei requisiti minimi dei contatori sarebbe stata demandata alla fase esecutiva.

4.3.2. In ogni caso, secondo l'appellante, le censure avversarie sarebbero del tutto infondate perché Sensus ha offerto prodotti che rispettano le prescrizioni del capitolato essendo rispettati tutti i diametri e le lunghezze indicate dallo stesso ed avendo il prodotto offerto carattere migliorativo.

Piuttosto, la decisione assunta deriverebbe da un'errata comprensione delle caratteristiche di fondo del prodotto, che Sensus ha inteso spiegare anche per il tramite della perizia di parte prodotta in primo grado e che il T.a.r., a fronte delle fuorvianti argomentazioni avversarie, avrebbe frainteso. Infatti, un misuratore con Q3 minore, ossia con una portata permanente minore, sarebbe migliorativo in termini di sensibilità di misurazione dei consumi e la disciplina di gara, sulla base dei criteri dati, avrebbe richiesto ai concorrenti di fornire prodotti migliorativi sotto il profilo della capacità di misurazione delle basse portate così da poter avere una migliore capacità di quantificare i consumi dell'utenza.

Poiché la portata permanente altro non è che la capacità del contatore di misurare, con un flusso continuo 24 ore su 24, la quantità (al metro cubo "mc") di acqua che transita nella tubazione idrica ogni ora ("h") e questo transito corrisponde al consumo degli utenti finali, più il misuratore è preciso nel registrare la quantità di acqua in transito e più Acqua Novara otterrà un servizio migliore; ammettendo un'offerta migliorativa sulle caratteristiche del contatore, come consentirebbe la disciplina di gara, non si potrebbe non ammettere un prodotto che ha una capacità di misurazione dei consumi più accurata e precisa sulle basse portate. Solo in questo modo, d'altronde, secondo l'appellante, verrebbe migliorata la portata di avviamento (Q1), ossia la misura iniziale del flusso d'acqua che la stazione appaltante valorizza con apposito punteggio (criterio A.1.1.2), dato che la minore portata di avviamento di un contatore sarebbe strettamente collegata alla minore portata permanente Q3. Inoltre, Sensus ha offerto l'intera gamma dei diametri e delle lunghezze previste dalla *lex specialis*, rispettando la disciplina di gara, con ulteriori aspetti migliorativi (descritti in ricorso), dovuti all'offerta, da parte di Sensus ("*distributrice unica dei prodotti costruiti dal gruppo leader nel settore metering e smart metering, con un'esperienza di oltre centoquarant'anni nel settore*", che avrebbe perciò correttamente inteso le prescrizioni di gara), di un modello di contatore tecnologicamente evoluto e all'avanguardia nel mercato e di tipo

elettromagnetico (a differenza di quello di I.D.& A., che è di tipo ultrasonico, più economico e meno performante), migliore nella precisione della misurazione, e con le caratteristiche richieste dalla disciplina di gara.

4.3.3. Svolte ulteriori considerazioni in merito alla portata migliorativa della soluzione offerta, l'appellante aggiunge che su questo aspetto non vi era uno specifico punteggio e quindi non vi sarebbe stata alcuna alterazione della *par condicio* per effetto dell'ammissione del prodotto in gara, poiché Sensus non l'ha vinta per la migliona sull'elemento di Q3.

4.3.4. Sostiene di aver soddisfatto tutta la gamma di diametri e lunghezze dei contatori, nel rispetto dell'art. 5 del capitolato speciale, mentre i calibri (cioè la taglia del contatore, collegata all'elemento tecnico della portata), essendo riportati a "titolo indicativo", sarebbero potuti variare, sempre che fossero in grado tecnicamente di soddisfare l'esigenza della stazione appaltante.

4.3.5. In merito a quest'ultima, l'appellante argomenta, infine, che sia la relazione del perito di parte sia i risultati del laboratorio di taratura di Asti darebbero evidenza che il prodotto offerto è idoneo a misurare con la stessa precisione anche la portata di 25 metri cubi che è quella cui si fa riferimento, pur essendo sovradimensionata rispetto agli usi consentiti.

Di qui l'equivalenza sostanziale del prodotto e l'erroneità delle affermazioni di segno contrario contenute in sentenza.

4.4. Il motivo è fondato.

Non è in discussione che i contatori offerti da Sensus con DN 50 (in numero di circa 600 sui 60.000 oggetto di fornitura) abbiano un valore Q3 (mc/h), cioè di portata permanente, pari a 16 metri cubi/ora anziché pari a 25 metri cubi/ora, come richiesto quale requisito minimo della fornitura dall'art. 5.1 del capitolato.

Ciò incontestato in punto di fatto, va evidenziato che - fermi restando i controlli in fase esecutiva ai sensi dell'art. 8 del capitolato - l'art. 9 del disciplinare prevede l'esclusione del concorrente che non rispetti, tra gli altri, i requisiti dell'art. 5 del capitolato speciale, già nella fase di gara.

4.4.1. Allora la questione fondamentale posta dall'appello attiene ai criteri valutativi dell'equivalenza sostanziale delle specifiche tecniche delle forniture ai sensi dell'art. 68, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Infatti, le “*caratteristiche previste per lavori, servizi e forniture*” sono definite dalla stazione appaltante mediante l'individuazione di “specifiche tecniche” inserite nei documenti di gara (art. 68, comma 1), nel rispetto del canone pro-concorrenziale che garantisca in ogni caso il “*pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione*” senza comportare “*direttamente o indirettamente ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza*” (art. 68, comma 4) o generare artificiali o discriminatorie limitazioni nell'accesso al mercato “*allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici*” (art. 30, comma 2 d. lgs. cit.).

A tal fine, l'art. 68, comma 5, prefigura le alternative modalità di formulazione, nel corpo della *lex specialis*, delle caratteristiche tecniche delle prestazioni, prevedendo che la stazione appaltante – “*fatte salve le regole tecniche nazionali obbligatorie*” – possa procedere: a) alla indicazione (in termini “*sufficientemente precisi*”, tali cioè da consentire una idonea determinazione dell'oggetto dell'appalto) di “*prestazioni o di requisiti funzionali*” (lett. a); b) al richiamo *per relationem* di *standard* normativi di riferimento preordinati alla codificazione di “specifiche tecniche” (nell'ordine di preferenza indicato nella lett. b); c) alla diversa combinazione dell'una e dell'altro (lett. c e d).

In ogni caso, ad evitare esiti illegittimamente discriminatori, resta fermo:

a) che – quando la stazione appaltante si sia avvalsa della facoltà di “definire” direttamente le specifiche tecniche in termini “*di prestazioni o di requisiti funzionali*” – l'operatore economico è sempre ammesso a provare, con ogni mezzo, la concreta rispondenza della propria offerta alle prescrizioni capitolari in virtù della allegata conformità a standard di riferimento (normative di recepimento di norme europee, omologazioni tecniche europee, specifiche tecniche comuni, norme internazionali, sistemi tecnici di riferimento adottati da un organismo europeo di normalizzazione) se

contemplino le prestazioni o i requisiti funzionali prescritti (art. 68, comma 8);

b) che – quando la stazione appaltante abbia optato per il richiamo a specifiche tecniche codificate – l'operatore economico è sempre ammesso a provare, con qualsiasi mezzo appropriato, l'«equivalenza» delle soluzioni proposte ai “*requisiti definiti dalle specifiche tecniche*” (art. 68, comma 7).

Quest'ultima disposizione va applicata al caso di specie, dovendosi ribadire che “*il principio di equivalenza permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, in quanto la possibilità di ammettere alla comparazione prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste, ai fini della selezione della migliore offerta, risponde, da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento e di libertà d'iniziativa economica e, dall'altro, al principio euro-unitario di concorrenza, che vedono quale corollario il favor participationis alle pubbliche gare, mediante un legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità*” (cfr., da ultimo, Cons. Stato, III, 20 ottobre 2020, n. 6345).

Dato ciò, il principio di equivalenza trova applicazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti, in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica; l'art. 68, comma 7, del d.lgs. 50/2016 non onera i concorrenti di un'apposita formale dichiarazione circa l'equivalenza funzionale del prodotto offerto, potendo la relativa prova essere fornita con qualsiasi mezzo appropriato; la commissione di gara può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla *lex specialis* (cfr. Cons. Stato, III, 29 marzo 2018, n. 2013, tra le altre).

4.4.2. Alla stregua della richiamata disposizione e della sua interpretazione giurisprudenziale, va condiviso l'assunto fondamentale dell'appellante secondo cui il prodotto offerto è migliorativo delle prestazioni richieste dalla stazione appaltante e pertanto non avrebbe potuto essere escluso.

Occorre premettere che la qualificazione di prodotto *migliore* non è da intendersi riferita alla circostanza esso possa garantire prestazioni o requisiti funzionali *ulteriori* rispetto a quelli definiti dalle specifiche tecniche, ma piuttosto che esso è idoneo ad ottemperare ai requisiti richiesti dalla stazione appaltante *in maniera migliore*, perciò, a maggior ragione, *equivalente* a come farebbe il prodotto-tipo.

In sintesi, non si tratta di un prodotto migliore, perché *diverso*, come sembra aver ritenuto il T.a.r., ma piuttosto di un prodotto migliore, perché in grado di rispondere *meglio* alle esigenze che la stazione appaltante ha inteso garantire mediante l'imposizione dei requisiti definiti dalle specifiche tecniche.

In tale prospettiva, rileva sia che il contatore proposto da Sensus è, in assoluto, più preciso nella misurazione di quello richiesto da Acqua Novara, sia che avuto riguardo al tenore della *lex specialis* e tenuto conto delle caratteristiche delle tubazioni e del calibro, è idoneo (anche) alle misurazioni richieste dalla stazione appaltante, vale a dire in grado di misurare con accuratezza e precisione anche nel caso in cui la portata dell'acqua sia superiore a quella di 16 mc/h e, specificamente, raggiunga quella di 25 mc/h.

4.4.3. Siffatta conclusione è già supportata dal dato tecnico che, in linea di principio, un contatore con un parametro Q3 maggiore non soddisfa il criterio di minima di un contatore con un parametro Q3 minore, essendo per definizione il primo meno preciso del secondo, in quanto non in grado di misurare (con precisione) le basse portate, mentre è vero il contrario, come presupposto e dimostrato dalla perizia di parte.

Le considerazioni tecniche ivi esposte dimostrano l'equivalenza del prodotto offerto ai sensi dell'art. 68, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016, all'opposto di quanto ritenuto dal T.a.r., avendo il primo giudice interpretato la disposizione in termini eccessivamente restrittivi e frainteso l'assunto da cui ha preso le mosse il ragionamento del perito di parte.

La relazione tecnica ha chiarito che le tubazioni delle predette dimensioni (DN 50, ossia con diametro di 50 mm) servono esclusivamente utenze

residenziali e commerciali, al più di industria leggera, per le quali risulta preferibile una maggiore precisione nella lettura delle basse portate d'acqua, proprio in ragione del relativo utilizzo. Si tratta di elemento, in sé incontestato, che rileva nel presente contenzioso perché serve a precisare quali siano le reali esigenze della stazione appaltante nella richiesta del prodotto oggetto di fornitura.

La maggiore capacità di lettura e la precisione della misurazione sulle basse portate – attestata dalla relazione tecnica e riconosciuta anche dal T.a.r. – risulta poi, sulla scorta della taratura effettuata presso il laboratorio di Asti e confermata dal perito di parte, tale da non subire variazioni anche ben oltre la “*Q4 fino addirittura a 25 mc/ora*”. Ciò significa che il misuratore offerto da Sensus ha una capacità di misurazione costante e presenta la stessa precisione anche su portate maggiori (fino ai 25 mc/ora) ed è così attestato che la strumentazione ha la stessa funzionalità di quella richiesta in sede di gara.

In definitiva, Sensus ha quindi dimostrato che il proprio misuratore – anche in conseguenza del fatto che è elettromagnetico e non ha componenti meccanici all'interno – ha un comportamento lineare rispetto a tutte le portate di acqua ed è comunque idoneo a misurare anche le portate a 25 mc/ora con la stessa precisione di misurazione e senza degrado metrologico.

Giova precisare che i misuratori oggetto di taratura presso il laboratorio di Asti risultano essere proprio quelli offerti in gara da Sensus (sicché ha errato il primo giudice nel ritenere che si trattasse di misuratori diversi), vale a dire contatori in tesi adatti alla tubazione con DN 50, sicché - se la controparte avesse inteso contestare anche tale (asserito) profilo di difformità dalle specifiche tecniche - avrebbe dovuto farne oggetto del motivo di ricorso (che invece si è limitato a contestare la portata Q3).

Sensus ha dichiarato in gara di offrire un contatore iPERL elettromagnetico certificato R800 (pag. 4 dell'offerta Sensus) il quale ha una ampiezza di misura tale da poter arrivare, con la medesima precisione, anche a misurare le portate di 25 mc/ora, come dimostrato in giudizio.

Essendo il prodotto offerto rispondente alle esigenze di misurazione della stazione appaltante, ed avendo ciò evidentemente ritenuto la commissione di gara, che ha ammesso l'offerta di Sensus, valorizzando la *conformità funzionale* del prodotto a quello richiesto, in disparte gli eventuali profili migliorativi, nessun'altra prova avrebbe dovuto fornire Sensus in ossequio a quanto previsto dall'art. 68, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016.

Per di più, nessun vantaggio anti-concorrenziale Sensus ha conseguito offrendo il prodotto in contestazione, né in termini di maggior punteggio né in termini di risparmio dei costi, mentre le deduzioni difensive della parte appellata in punto "*maggiore ampiezza del campo di misura (R)*" (sub-criterio valutativo "*A.1.1.1*") così come di "*minore portata di avviamento (l/h)*" (sub-criterio valutativo "*A.1.1.2*"), oltre a non essere tecnicamente riscontrate, sono inammissibili, non avendo I.D.&A. contestato i punteggi attribuiti alla controinteressata per i detti sub-criteri.

4.5. Non avrebbe quindi potuto essere accolta l'impugnativa volta all'esclusione dell'offerta aggiudicataria, dal momento che, all'esito del giudizio, è chiaramente emerso che la stazione appaltante ha fatto un uso non irragionevole, né vessatorio, e quindi non illegittimo, del proprio potere discrezionale, nel ritenere che Sensus abbia offerto un prodotto equivalente, in quanto avente caratteristiche che lo rendono utilizzabile secondo le esigenze sottese alle prescrizioni tecniche di capitolato (cfr. Cons. Stato, III, 5 febbraio 2018, n. 747).

La sentenza è errata e va riformata nella parte in cui ha accolto il secondo motivo del ricorso di I.D.& A. Il secondo motivo di appello va accolto.

5. Va conseguentemente esaminato l'appello incidentale, col quale, censurando la dichiarazione di improcedibilità dei motivi aggiunti per sopravvenuta carenza di interesse, gli stessi vengono riproposti per l'eventualità – effettivamente verificatasi – dell'accoglimento dell'impugnazione principale.

Si tratta di motivo formalmente unico (rubricato come “*Violazione e falsa applicazione degli artt. 56, 59, 94 e 95 del d. lgs. 50/2016; violazione e falsa applicazione della lex specialis; violazione dei principi informanti le procedure ad evidenza pubblica sub specie autovincolo procedimentale e parità di trattamento nonché di segretezza dell’offerta in ragione: - della presentazione di un’offerta condizionata/parziale, - della commistione tra offerta tecnica e offerta economica; eccesso di potere per sviamento, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, illogicità, ingiustizia manifesta e motivazione*”), ma sostanzialmente articolato in tre profili di censura.

5.1. Col primo profilo si deduce che, a fronte del criterio valutativo A.2 (*Requisiti e prestazioni degli strumenti/apparati/ sistemi hardware e/o software di acquisizione e gestione di dati, allarmi e segnali prodotti dai contatori “smart meter”*), sub-criterio A.2.1.3 (*Disponibilità e prestazioni di una rete fissa di trasmissioni*), l’offerta di Sensus avrebbe previsto una soluzione per la quale la rete fissa offerta non sarebbe stata compresa nel prezzo offerto in gara perché sarebbe “*un quid pluris realizzabile solo con un pagamento a parte, peraltro con le variabili del caso (standard o optional)*”, con l’aggravante che anche l’*«installazione e configurazione di rete»* sarebbe esclusa dall’offerta. Di conseguenza l’offerta di Sensus sarebbe condizionata ad un evento futuro e incerto, in termini di *an* e di *quantum*, tale da dover comportare l’esclusione dalla procedura di gara, come da giurisprudenza richiamata in atti e da previsione dell’art. 6 del disciplinare; quest’ultimo peraltro sarebbe illegittimo dove prevede la mera penalizzazione del punteggio in caso di offerta condizionata e/o parziale, così come sarebbero illegittimi gli artt. 7 e 9 nelle parti in cui prevedono la sanzione espulsiva solo con riferimento alla presentazione di un’offerta economica, anziché tecnica, condizionata.

5.2. Col secondo profilo si deduce che sarebbe comunque illegittima la valutazione effettuata con riferimento al detto criterio di valutazione A.2.1.3, perché non sarebbe stata applicata la penalizzazione prevista dall’art. 6 del disciplinare di gara non assegnando all’offerta della controinteressata un punteggio nullo, ma ben quattro punti.

5.3. Col terzo profilo si deduce, in subordine ai primi due, che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per violazione del principio di segretezza delle offerte e del divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica, perché l'indicazione nella relazione tecnica di valori economici avrebbe comportato le dette violazioni, come da giurisprudenza indicata in atti (da ultimo Cons. Stato, V, 19 ottobre 2020, n. 6038).

6. I motivi riproposti sono infondati, sicché si può prescindere dall'eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa di Sensus per avere I.D.&A. cumulato in un unico mezzo censure asseritamente in contrasto tra loro.

6.1. Quanto alla deduzione che nell'offerta economica di Sensus non sarebbero compresi i costi della rete fissa, va precisato che nella fornitura dell'aggiudicataria, e nel relativo prezzo, sono compresi “*concentratori e ripetitori*” (in numero, rispettivamente, di 10, c.d. *gateway*, e di 100), senza pagamento di canoni per la prestazione secondaria (che quindi è inclusa nel prezzo) riferita ad un massimo di 10.000 utenze. In effetti, non sono invece indicati, quindi non sono compresi nell'offerta economica, i costi di implementazione e i costi di installazione della rete fissa.

Tuttavia la mancata inclusione di tali costi non inficia l'offerta, al punto da comportare addirittura l'esclusione della concorrente, sia perché la disponibilità di una rete fissa di ricevitori radio per raccogliere i dati dei contatori è elemento solo migliorativo dell'offerta, sia perché la mancanza dei detti costi non la rende condizionata o irrealizzabile né incerta riguardo ai costi del servizio secondario offerto.

6.2. Dato ciò, è anzi da ritenere che la mancata inclusione dei costi di implementazione e di installazione non avrebbe dovuto comportare nemmeno l'applicazione della penalizzazione dell'art. 6 e quindi l'attribuzione di un punteggio pari a zero per il sub-criterio A.2.1.3.

Peraltro, anche in tale eventualità, essendo il divario di punteggio tra le due concorrenti superiore a quattro punti (tanti quanti ne sono stati assegnati a

Sensus per la miglioria qui contestata), i rilievi di cui al secondo profilo dei motivi aggiunti di I.D.&A. sono inammissibili per carenza di interesse.

6.3. Infondato in punto di fatto è infine il terzo motivo, poiché la relazione tecnica di Sensus reca l'indicazione di costi, ma si tratta appunto dei costi di implementazione (cioè dei costi che dovrebbe sostenere la stazione appaltante per implementare/sviluppare ulteriormente la rete fissa rispetto a quella offerta in gara dai concorrenti), che, come detto, non erano compresi nell'offerta economica (ma sono stati indicati nel dettaglio nell'offerta tecnica perché il capitolato richiedeva di “*dettagliare le caratteristiche della rete*”, indicando pure i “*costi di massima di implementazione*”, corrispondenti ai costi di ogni singolo ripetitore e concentratore e al costo dell'assistenza annuale per il supporto alla gestione del sistema di raccolta dati). Poiché non vi è alcuna coincidenza, come detto, tra i costi di implementazione della rete fissa e l'offerta economica di Sensus (anche per la parte di questa che riguarda il prezzo dell'offerta sulla rete fissa), è esclusa in radice la stessa possibilità di violazione del divieto di commistione tra offerta tecnica e offerta economica.

7. In conclusione, vanno accolti i primi due motivi di appello ed, in riforma della sentenza di primo grado, vanno respinti i corrispondenti motivi del ricorso introduttivo di I.D.& A.; vanno respinti i motivi aggiunti avanzati da quest'ultima in primo grado e riproposti in appello; va pertanto riformata la sentenza di primo grado nella parte in cui ha annullato l'aggiudicazione in favore di Sensus ed ha ritenuto l'illegittimità degli atti di gara per la sua mancata esclusione; va quindi affermata la legittimità dell'aggiudicazione della gara a Sensus.

7.1. Conseguentemente vanno dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse il terzo e il quarto motivo dell'appello principale volti a censurare la decisione di rigetto del ricorso incidentale di Sensus. La conferma dell'aggiudicazione a quest'ultima della procedura di gara, ne ha fatto venire meno l'interesse a contestare la mancata esclusione e il punteggio dell'offerta della I.D.&A.

7.2. Le spese processuali dei due gradi vanno compensate per giusti motivi, attese le incertezze in ordine alla corretta interpretazione della disciplina di gara e la complessità delle questioni tecniche poste dal ricorso.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, secondo quanto specificato in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado respinge il ricorso e i motivi aggiunti presentati da I.D.&A.

Compensa le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2021, tenuta ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, convertito dalla legge n. 176 del 2020, da ultimo modificato dall'art. 6, comma 1, lett. e), del d.l. n. 44 del 2021, convertito dalla legge n. 76 del 2021, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO