

Pubblicato il 09/03/2021

N. 02864/2021 REG.PROV.COLL.

N. 05798/2020 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5798 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da *DeltaBloc International GmbH*, in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Paolo Francica e Roberta Valentini, domiciliata *ex art. 25 c.p.a.* presso la Segreteria del T.a.r. Lazio in Roma, via Flaminia, 189;

contro

Anas s.p.a., in persona del responsabile della direzione legale *p.t.*, rappresentata e difesa dalle avv. Maria Stefania Masini e Marina Persichetti, domiciliata *ex art. 25 c.p.a.* presso la Segreteria del T.a.r. Lazio in Roma, via Flaminia, 189;

per l'annullamento

(*ric.*)

- del bando di gara, DG 100-20 spedito alla GUUE il 15.6.2020 e pubblicato il 18.6.2020, avente a oggetto l'affidamento di un accordo quadro quadriennale per la produzione, fornitura e posa della barriera Anas s.p.a. NDBA per le configurazioni di spartitraffico e bordo ponte, suddiviso in 16 lotti ciascuno identificato da specifico CIG; del disciplinare di gara; del capitolato speciale con gli elaborati tecnici; dello schema del contratto di accordo quadro; dello schema del contratto applicativo dei lavori; di tutti gli allegati agli atti di gara e nello specifico dal n. 1 al n. 5, dal n. 8 al n. 13 nonché dalla lett. A alla lett. M;
 - in quanto occorrente, della delibera a contrarre dell'11.6.2020 (cit. al punto VI.3.e del bando);
- (*mm.aa.*)
- della nota prot. n. 385850.29-07-2020 recante "chiarimenti e preavviso di proroga";
 - della nuova versione dello schema accordo quadro pubblicato da Anas s.p.a. in seguito alla pubblicazione del nuovo bando di gara, DG 100/20, prot. n. Anas 385860.29-07-2020;
 - del nuovo Allegato N, recante le specifiche tecniche della barriera NDBA;
 - dell'avviso di proroga e rettifica dei termini.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte intimata;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a.;

Relatore nell'udienza mediante collegamento da remoto del 24 febbraio 2021 il cons. M.A. di Nezza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato quanto segue in fatto e in diritto.

FATTO

Con ricorso notificato il 20.7.2020 (dep. il 21.7) la società *DeltaBloc International*, nel premettere di essere il "principale sviluppatore mondiale di sistemi e di ritenuta per veicoli e di moderni sistemi di protezione dal rumore" e "leader nel settore della produzione di sicurezza in ambito stradale", ha chiesto l'annullamento degli atti con cui Anas ha indetto la procedura in epigrafe, diretta alla sottoscrizione di un accordo quadro quadriennale, non rinnovabile, per la produzione, fornitura e posa in opera di una specifica barriera di protezione (c.d. NDBA, *National Dynamic Barrier Anas*) per le configurazioni di spartitraffico e bordo ponte, suddiviso in n. 16 lotti, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto prezzo/qualità, prospettando:

1) *violazione e falsa applicazione degli artt. 26 e ss. del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, dell'art. 18 dir. 2014/24/UE, degli artt. 30, 45, co. 1, 83, co. 7, 86, co. 5, e 90, co. 8, d.lgs. 50/2016; violazione dei principi comunitari e nazionali di non discriminazione e di massima partecipazione: la lex specialis non avrebbe previsto la possibilità per gli operatori economici stabiliti in Paesi membri dell'Unione Europea di dimostrare il possesso delle certificazioni SOA richieste (OS 13 class. IV, OG 3, class. V, e OS 12-A, class. IV) attraverso "altri mezzi di prova equivalenti", con violazione dell'art. 45, co. 1, d.lgs. 50/2016 (anche l'art. 84, co. 1, d.lgs. n. 50/2016, sulle attestazioni SOA, farebbe salvo l'art. 90, co. 8, recante divieto di imporre "iscrizione in elenchi ufficiali" o certificazioni agli operatori economici degli altri Stati membri, con la precisazione che "Le stazioni appaltanti riconoscono i certificati equivalenti di organismi stabiliti in altri Stati membri. Esse accettano altresì altri mezzi di prova equivalenti")*;

2) *violazione e falsa applicazione degli artt. 30, co. 1, e 83, co. 2, d.lgs. 50/2016, degli artt. 60 e ss. d.p.r. 207/2010; violazione dei principi di non discriminazione, trasparenza, adeguatezza e proporzionalità; eccesso di potere per irragionevolezza e travisamento dei presupposti:*

- la scelta di Anas di richiedere la qualificazione in categoria OS 13 per la produzione di strutture prefabbricate secondo gli standard generali e gli standard procedurali per calcestruzzo nell'ambito di un appalto finalizzato a fornire barriere stradali di sicurezza sarebbe illogica, venendo invece in rilievo le particolari "specializzazione e professionalità" connesse alle lavorazioni delle barriere stradali di sicurezza, ricadenti in categoria OS 12; tanto più che un'azienda certificata per la categoria OS 13 sarebbe in grado di produrre strutture prefabbricate secondo gli standard generali applicabili, ma non secondo quelli specifici di prodotto UNI EN 1317-5 (applicabili alla specie);

- risulterebbero altresì violati gli artt. 30 (sulla garanzia della qualità delle prestazioni) e 83, co. 2 (criterio della proporzione tra requisiti e capacità richieste e oggetto dell'appalto), d.lgs. n. 50/2016, atteso che la preferenza per i produttori di strutture prefabbricate (e non per gli operatori qualificati OS 12-A) non garantirebbe la qualità delle prestazioni;

3) *violazione e falsa applicazione degli artt. 30, co. 1, e 68 d.lgs. 50/2016; violazione dei principi di non discriminazione, trasparenza, adeguatezza e proporzionalità, dei principi comunitari di massima partecipazione e concorrenza; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza:* Anas avrebbe posto in gara solo il proprio prodotto (barriera NDBA), determinando in tal modo una riduzione della possibilità, da parte degli operatori economici come la ricorrente, di partecipare con prodotti "equivalenti";

4) *violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 68 d.lgs. 50/2016; violazione dei principi di non discriminazione, trasparenza, adeguatezza e proporzionalità:* la completa assenza, nella *lex specialis*, di specifiche tecniche del prodotto messo a gara avrebbe impedito alla ricorrente di presentare un proprio modello di barriera equivalente;

5) *violazione degli artt. 41 Cost. e 3 l. 241/1990; violazione della lex specialis e dell'art. 51 d.lgs. 50/2016; eccesso di potere, difetto di motivazione, mancata indicazione delle ragioni sottese alla partecipazione a un unico lotto di gara; violazione del principio europeo di ampia partecipazione alla gara pubblica:* sarebbe del tutto illogica e contrastante con l'art. 51 d.lgs. n. 50/2016, oltre che lesiva del *favor participationis*, la restrizione dell'offerta a un solo lotto sui sedici messi a gara;

6) *violazione dell'art. 3 l. n. 241/1990 e della lex specialis; violazione e falsa applicazione del paragrafo 3 del disciplinare di gara; eccesso di potere; difetto di motivazione; illogica previsione della modifica dell'oggetto di gara:* la stazione appaltante si sarebbe riservata la possibilità di modificare, senza alcuna motivazione, i lavori posti a base del singolo lotto (par. 3 del disciplinare di gara), potendo non richiedere parte dei lavori ritenuti scorponabili;

7) *violazione dell'art. 3 l. 241/1990 e della lex specialis; violazione e falsa applicazione degli artt. 90 e 92 d.p.r. 207/2010; eccesso di potere. difetto di motivazione. illogica previsione della modifica dell'oggetto di gara:* negli atti di gara Anas non avrebbe effettuato alcuna distinzione dei lavori e del relativo valore, imponendo così la presentazione di tutte le certificazioni necessarie.

Anas si è costituita in resistenza.

Con ricorso per motivi aggiunti notificato il 4.9.2020 (dep. il 7.9) la società istante, nel dare atto dell'intervenuta pubblicazione in data 29.7.2020 sia di un "avviso di rettifica e proroga termini" del bando sia (sul sito della stazione appaltante) di una nuova versione dei chiarimenti, del disciplinare, dello schema di contratto e di un nuovo allegato recante le specifiche tecniche della barriera NDBA (All. N) e nel premettere che in tal modo sarebbero stati recepiti così il primo (attraverso la previsione della possibilità di dimostrare in termini di equivalenza i requisiti comprovati dall'attestazione SOA) come il quarto mezzo (mediante l'aggiunta dell'All. N), ha rappresentato come i nuovi atti continuassero a impedire la prestazione di prodotti alternativi "equivalenti" – e come pertanto non fossero superate le doglianze relative all'irragionevole richiesta della qualificazione SOA nella categoria OS 13 (motivo n. 2), alla previsione della possibilità, per ogni concorrente, di presentare offerta in un unico lotto (n. 5) e alla riserva di Anas di modificare immotivatamente i lavori posti a base del singolo lotto (motivi nn. 6 e 7) – prospettando ulteriormente:

8) *violazione e falsa applicazione degli artt. 30, co. 1, e 68 d.lgs. n. 50/2016; violazione dei principi di non discriminazione, trasparenza, adeguatezza e proporzionalità; violazione dei principi comunitari di massima partecipazione e concorrenza; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e travisamento dei presupposti:* le deduzioni del terzo motivo, concernente l'illegittimità della scelta di Anas di porre a gara solo il proprio prodotto, sarebbero avvalorate dalle specifiche tecniche finalmente rese note con la pubblicazione dell'All. N, evincendosi dalle stesse (almeno) l'equivalenza prestazionale dei prodotti della ricorrente (come attestato da un'analisi condotta alla stregua della norma europea EN 1317);

9) *violazione e falsa applicazione dell'art. 60, co. 3, e dell'art. 79, commi 1, 3 e 4, d.lgs. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 8, co. 3, d.l. 76/2020; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza:* la pubblicazione in data 29.7.2020 dei nuovi documenti di gara andrebbe valutata quale adozione di un nuovo bando, a fronte del quale sarebbe stato tuttavia concesso un termine troppo breve per la presentazione delle offerte (7.8.2020), in violazione delle inerenti previsioni del d.lgs. n. 50/2016 (artt. 60, co. 3, e 79, co. 1) e anche del regime derogatorio di cui all'art. 8, co. 3, d.l. n. 76/2020; verrebbero comunque in rilievo "modifiche significative ai documenti di gara", a fronte delle quali sarebbe stata necessaria la concessione di un termine più ampio (art. 79, co. 3, d.lgs. n. 50/2016).

All'odierna udienza, in vista della quale le parti hanno depositato documenti e memorie, il giudizio è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. La società DeltaBloc impugna gli atti della gara indetta da Anas per l'aggiudicazione di un accordo quadro avente a oggetto la produzione, fornitura e posa in opera di una specifica barriera di protezione (c.d. barriera NDBA) ideata e progettata dalla stazione appaltante.

2. Come riconosciuto dalla stessa ricorrente (v. mm.aa.), la pubblicazione, dopo l'emanazione del bando, di ulteriori atti di gara – quali l'“avviso di rettifica e proroga termini”, una nuova versione dei chiarimenti, del disciplinare e dello schema di contratto e l'Allegato N sulle specifiche tecniche della barriera NDBA – consente di rilevare la sopravvenuta carenza d'interesse sul motivo n. 1, con cui essa lamentava l'impossibilità di attestare i propri requisiti con modalità equivalenti alla SOA (è il caso di precisare, peraltro, che l'ampliamento della partecipazione alle imprese europee non discende dalla nota di chiarimenti del 22.7.2020, ma direttamente dalla disciplina di riferimento, potendosi ritenere che il par. 7.3 dell'originario disciplinare di gara fosse stato oggetto di eterointegrazione a opera dell'art. 90, co. 8, d.lgs. n. 50/2016, recante obbligo per le stazioni appaltanti di riconoscere ed accettare, senza possibilità di deroga, i certificati equivalenti di organismi stabiliti in altri Stati membri), e la cessazione della materia del contendere sul motivo n. 4, prospettante l'omessa pubblicazione delle specifiche tecniche della barriera.

3. Vanno invece disattese, per quanto si passa a dire (e in disparte la disamina dell'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata sul rilievo della mancata presentazione dell'offerta da parte di DeltaBloc), le restanti doglianze, relative alle determinazioni con cui la stazione appaltante avrebbe richiesto anche la qualificazione in categoria OS 13 anziché solo quella in OS 12-A (motivo n. 2), non avrebbe ammesso prodotti equivalenti ex art. 68 d.lgs. n. 50/2016 (motivi nn. 3 e 8), avrebbe limitato la presentazione dell'offerta a un solo lotto (motivo n. 5), si sarebbe riservata la possibilità di modificare i lavori a base del singolo lotto, richiedendo comunque la certificazione per tutti i tipi di lavoro (nn. 6 e 7), e avrebbe concesso un termine troppo breve per la presentazione dell'offerta (n. 9).

4. Con il secondo mezzo (n. 2 ric.) la ricorrente contesta la scelta di Anas di richiedere il possesso anche della categoria OS 13, “strutture prefabbricate in cemento armato”, anziché della sola OS 12-A, “barriere stradali di sicurezza”.

La doglianza è inammissibile.

Come giustamente rilevato da Anas, DeltaBloc è un'impresa stabilita in altro Stato UE e dunque non possiede una qualificazione SOA. Essa non trarrebbe, dunque, alcuna utilità dall'accoglimento del motivo in esame, potendo dimostrare la sua adeguata qualificazione (in caso di partecipazione alla gara) mediante “altri mezzi di prova equivalenti all'attestazione di qualificazione in corso di validità rilasciata da una S.O.A.” (così la nota di chiarimenti del 29.7.2020, lett. 1, all. 5-4 res. dep. 31.7.2020, sugli operatori economici stabiliti in Paesi membri dell'Unione Europea e sulla possibilità di comprova dei requisiti di capacità tecnica e professionale previsti dalla *lex specialis*).

Dispone in tal senso il par. 7.3 del disciplinare di gara del 29.7.2020 (all. 6-5 res.), secondo cui “[a]i sensi di quanto previsto dagli artt. 45 e 49 del D. Lgs. 50/2016, i requisiti di capacità tecnica e professionale possono essere dimostrati mediante dichiarazione sostitutiva, o altra modalità conforme alle normative vigenti nei rispettivi paesi, idonea a dimostrare in termini di equivalenza il possesso del requisito prescritto dal presente paragrafo. Per i concorrenti aventi sede legale in uno dei Paesi dell'Unione europea e i concorrenti aventi sede legale in paesi non appartenenti all'Unione europea che hanno sottoscritto accordi internazionali di cui all'art. 49 del D. Lgs. 50/2016, le dichiarazioni sostitutive, se conformi alle normative vigenti nei rispettivi paesi, si redigono ai sensi degli articoli 46 e 47 del D.P.R. 445/2000. Il requisito, come sopra dimostrato, dovrà essere comprovato secondo le disposizioni di cui all'art. 86 e all'allegato XVII, parte II, del Codice”.

Per contrastare l'eccezione della stazione appaltante la ricorrente ha asserito che nella sua ottica (di “principale sviluppatore mondiale di sistemi e di ritenuta per veicoli e di moderni sistemi di protezione dal rumore” e “leader nel settore della produzione di sicurezza in ambito stradale”) sarebbe “diverso dover dimostrare il possesso dei requisiti equivalenti alla categoria OS12 A, rispetto a dimostrare il possesso dei requisiti equivalenti alla categoria OS13” (mem. 8.2.2021).

Questa argomentazione è però generica, perché l'interessata avrebbe dovuto dedurre di non possedere comunque, nonostante le modifiche intervenute, (o di non essere in grado di dimostrare il possesso di) requisiti equivalenti a quelli richiesti dalla *lex specialis*; ciò che costituisce allegazione imprescindibile ai fini dell'ammissibilità della doglianza (altrimenti non emergendo la portata “escludente” dei requisiti di capacità indicati dalla *lex specialis*).

5. Il terzo e l'ottavo motivo attengono all'applicazione del c.d. principio di equivalenza.

La ricorrente contesta, in particolare, la scelta di Anas di porre a gara solo il proprio prodotto (barriera NDBA), che, oltre a non arrecare vantaggi alla sicurezza stradale, comporterebbe al contempo una “chiusura del mercato” delle barriere di sicurezza in calcestruzzo (stante il divieto agli operatori economici di partecipare alla gara con prodotti propri, idonei a garantire prestazioni in termini di sicurezza uguali e forse anche migliori rispetto a quello Anas, oltre che prezzi più contenuti).

Nel ricorso introduttivo DeltaBloc ha illustrato le ragioni dell'equivalenza (se non superiorità) dei propri prodotti basandosi però sulle “specifiche tecniche che è stato possibile reperire in rete”; ha inoltre dedotto come la clausola di equivalenza di cui all'art. 68 d.lgs. 50/2016, pur richiamata nel disciplinare, non operasse tuttavia per la barriera NDBA (avendo il par. 16 stabilito l'equivalenza per le sole “caratteristiche minime” stabilite nel “capitolato speciale – norme tecniche”, di cui all'Allegato D). Essa ha pertanto prospettato la violazione dell'art. 68, co. 6, d.lgs. cit. nonché l'illogicità della scelta, a suo dire lesiva dello stesso interesse della stazione appaltante ad aggiudicare il contratto all'esito di un confronto pienamente concorrenziale.

Nell'atto per motivi aggiunti DeltaBloc ha puntualizzato i suoi rilievi critici muovendo dalle specifiche tecniche riportate nell'All. N, che a suo dire confermerebbero (almeno) l'equivalenza prestazionale con i propri prodotti.

Ciò risulterebbe da un'analisi condotta alla stregua della norma europea EN 1317 (si tratterebbe in particolare della parte II^a delle norme UNI EN 1317-5: 2008 + A1, recante definizione delle classi di prestazione, dei criteri di accettazione della prova d'urto e dei metodi di prova per le barriere di sicurezza; la parte V^a definirebbe i requisiti del prodotto e la valutazione della conformità per i *restraint systems* dei veicoli; ancora, rileverebbe l'allegato ZA delle norme in questione, sui "requisiti prestazionali", con fissazione di parametri valutati in *crash test* e risultati validati da un "organismo notificato NANDO" e pubblicati in un certificato CE).

Segnatamente, dagli all.ti B ed N si evincerebbe che i prodotti DeltaBloc sarebbero almeno equivalenti (con riguardo al "livello di contenimento" e alla "severità dell'urto") se non migliori (quanto alle caratteristiche della "larghezza operativa normalizzata", della "deflessione dinamica normalizzata" e dell'"intrusione del veicolo") dei 3 tipi di NDBA oggetto della gara (spartitraffico *Asphalt*, per installazione su strato di asfalto, *Bridge*, per installazione su impalcato di ponte, e *Concrete*, per installazione su fondazione in calcestruzzo).

Sarebbe invece ininfluente la caratteristica, enfatizzata da Anas, per cui la barriera NDBA potrebbe "resistere a due urti consecutivi (cagionati da un mezzo pesante di 38 tonnellate) che dovessero eventualmente verificarsi in un medesimo punto", trattandosi di parametro non contemplato dalle norme armonizzate EN 1317-5, così da non poter essere preso in considerazione per il confronto dei prodotti certificati; tanto più che il test sul secondo impatto sembrerebbe esser stato effettuato solo su un tipo di barriera (*Asphalt*) e non sugli altri due e che la caratteristica in questione non sarebbe espressiva di una maggior sicurezza del prodotto, stante l'inverosimiglianza dell'ipotesi di partenza (ossia l'urto di due veicoli, nell'ambito del medesimo incidente, uno dopo l'altro sul medesimo elemento di sicurezza).

Il motivo è infondato.

Ai sensi dell'art. 68 d.lgs. n. 50/2016:

- co. 1: "Le specifiche tecniche indicate al punto 1 dell'allegato XIII sono inserite nei documenti di gara e definiscono le caratteristiche previste per lavori, servizi o forniture. Tali caratteristiche possono inoltre riferirsi allo specifico processo o metodo di produzione o prestazione dei lavori, delle forniture o dei servizi richiesti, o a uno specifico processo per un'altra fase del loro ciclo di vita anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale, purché siano collegati all'oggetto dell'appalto e proporzionati al suo valore e ai suoi obiettivi";

- co. 4: "Le specifiche tecniche consentono pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non devono comportare direttamente o indirettamente ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza";

- co. 5: "Fatte salve le regole tecniche nazionali obbligatorie, le specifiche tecniche sono formulate secondo una delle modalità seguenti:

a) in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, comprese le caratteristiche ambientali, a condizione che i parametri siano sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicare l'appalto;

b) mediante riferimento a specifiche tecniche e, in ordine di preferenza, alle norme che recepiscono norme europee, alle valutazioni tecniche europee, alle specifiche tecniche comuni, alle norme internazionali, ad altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione o in mancanza, alle norme, omologazioni tecniche o specifiche tecniche, nazionali, in materia di progettazione, calcolo e realizzazione delle opere e uso delle forniture. Ciascun riferimento contiene l'espressione «o equivalente»;

c) in termini di prestazioni o di requisiti funzionali di cui alla lettera a), con riferimento alle specifiche citate nella lettera b) quale mezzo per presumere la conformità con tali prestazioni o requisiti funzionali;

d) mediante riferimento alle specifiche tecniche di cui alla lettera b) per talune caratteristiche e alle prestazioni o ai requisiti funzionali di cui alla lettera a) per le altre caratteristiche";

- co. 6: "Salvo che siano giustificate dall'oggetto dell'appalto, le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un operatore economico specifico, né far riferimento a un marchio, a un brevetto o a un tipo, a un'origine o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale menzione o riferimento sono tuttavia consentiti, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto dell'appalto non sia possibile applicando il comma 5. In tal caso la menzione o il riferimento sono accompagnati dall'espressione «o equivalente»";

- commi 7 e 8: le amministrazioni aggiudicatrici "non possono dichiarare inammissibile o escludere un'offerta":

-- nel caso di indicazione delle specifiche tecniche *ex co. 5, lett. b)*, per la ragione che "i lavori, le forniture o i servizi offerti non sono conformi alle specifiche tecniche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente dimostra, con qualsiasi mezzo appropriato [...], che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche" (co. 7);

-- nel caso di indicazione delle specifiche tecniche "in termini di prestazioni o di requisiti funzionali" *ex co. 5, lett. a)*, se i lavori, le forniture o i servizi offerti siano "conformi a una norma che recepisce una norma europea, a una omologazione tecnica europea, a una specifica tecnica comune, a una norma internazionale o a un sistema tecnico di riferimento adottato da un organismo europeo di normalizzazione se tali specifiche contemplano le prestazioni o i requisiti funzionali da esse prescritti. Nella propria offerta, l'offerente è tenuto a dimostrare con qualunque mezzo appropriato [...] che i lavori, le forniture o i servizi conformi alla norma ottemperino alle prestazioni e ai requisiti funzionali dell'amministrazione aggiudicatrice" (co. 8).

La tesi di fondo della ricorrente è che, in ossequio alle previsioni appena riportate, essa potrebbe partecipare alla gara con un proprio prodotto rispondente alle richieste della stazione appaltante, venendosi altrimenti a determinare un'ingiustificata restrizione della concorrenza nel mercato (a monte) dell'ideazione e produzione delle barriere stradali (la ricorrente opera una distinzione tra mercato a valle, "nel quale, dato un modello specifico di barriera, si confrontano i meri realizzatori di esso", e a monte, "in cui si confrontano i diversi modelli di barriera per la sicurezza stradale ed i loro produttori"; mem. 12.2.2021 ric.).

Senonché, nell'ambito di una controversia sovrapponibile a quella oggi in esame (Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180, avente a oggetto un accordo quadro per la produzione, fornitura e consegna di barriere stradali anche in quel caso progettate da Anas) si è affermato che le stazioni appaltanti hanno "la 'libertà' di predisporre un progetto, proprio, relativo ad un oggetto sì presente sul mercato, ma avente caratteristiche uniche, e diverso da tutti quelli presenti sul mercato", venendo l'opposta opinione a introdurre "nel sistema una limitazione alla libertà negoziale sulla sola base della natura pubblicistica del soggetto che ha progettato l'oggetto, e che intende fruirne".

Anche in quell'occasione l'oggetto della gara "non riposava nella fornitura di particolari barriere aventi determinate caratteristiche prestazionali, ma nella produzione di quelle ben specifiche barriere, progettate da Anas, che secondo il giudizio della stazione appaltante, all'evidenza, erano le uniche idonee e che, senza dubbio, non erano e non sono, allo stato, presenti sul mercato".

Ed è stato riconosciuto, in particolare, come l'art. 68, co. 3, lett. a), d.lgs. n. 163/2006 (oggi trasfuso nell'art. 68 co. 5, lett. b, d.lgs. n. 50/2016), che impone alla stazione appaltante, in caso di definizione dell'oggetto dell'appalto mediante "specifiche tecniche", di inserire nel bando la clausola "o equivalente", in quel caso non potesse operare, dal momento che "nella gara mancava alcun riferimento alle specifiche tecniche, ma venivano unicamente indicate le misure geometriche delle barriere da realizzare: e chiunque, rispettando dette misure, poteva partecipare alla gara, utilizzando le prove di *crash test* già effettuate dalla Stazione appaltante; inoltre, non venivano menzionati marchi, fabbricazioni e/o provenienze specifiche, brevetti, produzioni determinate, che avrebbero reso necessario l'inserimento della clausola". In altri termini, non potendosi dubitare che se Anas "lo avesse ritenuto conveniente (e/o avesse avuto a disposizione la struttura produttiva) essa stessa avrebbe potuto fabbricare in proprio quell'oggetto, e così dotarsene", non poteva al contempo ritenersi che le fosse precluso affidare a terzi la fabbricazione "proprio di quell'oggetto specifico da essa progettato"; con la conclusione che la stessa stazione appaltante non fosse tenuta a inserire la clausola di equivalenza (la quale, se prevista, trattandosi di un oggetto "non esistente" sul mercato, avrebbe potuto determinare l'accettazione della fornitura di una "res diversa da quella che essa aveva progettato").

Analoghe considerazioni possono essere ribadite nella fattispecie all'odierno esame.

Nel commentare l'indirizzo di cui si è appena dato conto, DeltaBloc sostiene come esso si fondi "sulle caratteristiche uniche ed innovative di un prodotto non presente sul mercato" e finisce così per appuntare le sue critiche sul fatto che la barriera NDBA non costituirebbe "un prodotto unico né particolare per le proprie prestazioni", non risultando nemmeno oggetto di tutela brevettuale (almeno al momento della gara; v. ric. per mm.aa.).

Si tratta di un'impostazione non condivisibile.

A differenza di quanto dedotto dalla ricorrente, Anas ha fornito elementi idonei a dimostrare che la barriera NDBA si presenta come un prodotto con "caratteristiche uniche, e diverso da tutti quelli presenti sul mercato" (Cons. Stato n. 4180/2016), superando così il "test di innovatività" richiesto dalla giurisprudenza innanzi ricordata per esonerare il committente pubblico dall'applicazione del canone di equivalenza (v. mem. 5.2.2021).

A tale riguardo, la resistente ha precisato come tali "barriere intelligenti" siano più evolute dei sistemi oggi in uso (guardrail e New Jersey) grazie a una bassa larghezza operativa e a una "risposta dinamica eccellente": segnatamente, "la barriera NDBA è in calcestruzzo e viene realizzata con un unico cassero che consente di ottenere tutte le possibili configurazioni su strada, ossia spartitraffico, bordo laterale e bordo ponte, nonché uniformare tutte le predisposizioni per i sistemi di ancoraggio e di vincolo (il che le consente di adattarsi in maniera dinamica alla strada, in funzione degli spazi disponibili, dei livelli e del tipo di traffico)" ed è "dotata di sensori tecnologici in grado di segnalare in tempo reale alle Sale Operative di Controllo ANAS l'eventuale danneggiamento della barriera a seguito di incidente nonché di localizzare immediatamente l'incidente stesso" (è prevista, inoltre, "l'adozione di particolari luci a led integrate con i sensori che, al momento dell'urto, si attiveranno illuminandosi di colore rosso e segnalando il potenziale pericolo agli utenti che sopraggiungono").

Oltre ad aver superato positivamente tutti i *crash test* previsti dalla Normativa UNI-EN 1317 (precisamente, il TB11 e il TB81: "il primo prevede l'urto di un'autovettura di massa 900 kg lanciata ad una velocità di 100 km/h con un angolo di impatto di 20 gradi; il secondo prevede l'urto di un'autoarticolato di 38 tonnellate lanciato a 65 km/h con lo stesso angolo di impatto") e ad avere ottenuto la necessaria certificazione CE, il prodotto in questione "ha superato anche una prova unica nel suo genere, consistita nel rilanciare un altro mezzo pesante di 38 tonnellate sullo stesso punto della barriera incidentata: anche questa prova è stata brillantemente superata, ottenendo ancora un W2, ossia una larghezza operativa molto contenuta, dimostrando che questa barriera unica al mondo è in grado di resistere egregiamente anche a due eventi" contemporanei o immediatamente successivi.

Ancora, la barriera è "rapida da installare, perché è appoggiata direttamente allo strato di usura della pavimentazione e non necessita quindi di strutture di fondazione apposite; ha costi di installazione e manutenzione ordinaria contenuti e, non meno importante, presenta una linea di demarcazione che la rende maggiormente visibile in condizioni di scarsa visibilità", essendo tali sue caratteristiche dovute anche all'innovativo "metodo di collegamento dei vari elementi modulari" (posto che i "normali dispositivi di ritenuta, come ad esempio i moderni New Jersey, sfruttano un

tradizionale vincolo a cerniera, che causa la rotazione relativa tra i vari elementi e di conseguenza una deflessione maggiore”).

Ora, in disparte ogni altra questione (tra cui, a es., quella dell’avvenuta brevettazione o della portata della normativa tecnica armonizzata quale parametro di raffronto tra prodotti omologhi per inferirne l’equivalenza), sta di fatto che DeltaBloc, pur vantando per le proprie barriere prestazioni equivalenti se non migliori in rapporto alla disciplina tecnica di riferimento, non deduce, però, che esse posseggano anche la caratteristica di resistere a due urti consecutivi (contemporanei o immediatamente successivi) cagionati da un mezzo pesante di 38 tonnellate, essendosi piuttosto limitata ad affermare la non plausibilità di tale evenienza e l’irrilevanza del test (v. anche mem. 12.2.2021, in cui la ricorrente, nel ricordare la mancata contestazione da parte di Anas della riferibilità del test sul secondo impatto alla sola barriera *Asphalt* e non anche alle altre, assume che tale elemento non inciderebbe “affatto nel garantire una maggiore sicurezza stradale o, al limite, inciderebbe in maniera del tutto marginale”, con la conseguenza che il “limitatissimo – se non del tutto assente – vantaggio in termini di sicurezza che tale caratteristica, eventualmente, potrebbe assicurare, non giustifica certo la totale esclusione di ogni forma di confronto concorrenziale sul modello NDBA”).

Ma la valutazione dell’incidenza della caratteristica in questione in relazione all’obiettivo della sicurezza della circolazione stradale non può che essere rimessa al prudente apprezzamento dell’autorità di settore, così che le obiezioni di DeltaBloc su questo specifico punto altro non esprimono se non una soggettiva visione degli standard di sicurezza che i gestori delle infrastrutture stradali possono legittimamente richiedere (in questa ottica, nemmeno rileva il fatto che, *in thesi*, uno solo dei tre prodotti ne sarebbe in possesso, posto che l’accordo quadro prevede la fabbricazione di tutti e tre i tipi di barriera).

Si può dunque escludere che la gara abbia determinato una chiusura del mercato (a monte) dei “produttori/sviluppatori di barriere” (“operatori economici che progettano le barriere in calcestruzzo”), con conseguente infondatezza delle doglianze in esame.

6. Con il quinto mezzo DeltaBloc censura il punto II.2.14 del bando di gara, nella parte in cui prevede che “Al fine di garantire il più ampio accesso alla procedura di gara, i concorrenti, ai sensi dell’art. 51, comma 2, del D.Lgs. 50/2016, potranno partecipare presentando l’offerta per un solo lotto, qualificandosi unicamente per il lotto prescelto”.

Tale clausola contrasterebbe con l’art. 51 d.lgs. n. 50/2016, secondo cui “[l]e stazioni appaltanti possono, anche ove esista la possibilità di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente, a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara [...]” (co. 3), e con le “ragioni di tutela della libertà d’iniziativa economica e di concorrenza” in quanto la limitazione della partecipazione a un solo lotto limiterebbe drasticamente le *chances* di aggiudicazione dei concorrenti, con contestuale pretermissione dell’esigenza, parimenti insita nel sistema dell’evidenza pubblica, di assicurare il miglior impiego delle risorse.

La doglianza è infondata.

Lo stesso art. 51 d.lgs. n. 50/2016 espressamente sancisce, al co. 2, che “[l]e stazioni appaltanti indicano, altresì, nel bando di gara o nella lettera di invito, se le offerte possono essere presentate *per un solo lotto*, per alcuni lotti o per tutti” (enf. agg.), a chiara riprova dell’esistenza della facoltà esercitata da Anas nell’odierna fattispecie (la disposizione riproduce l’art. 46, par. 2, dir. 2014/24/UE).

Si tratta di una previsione che intende favorire il confronto concorrenziale, risultando il “vincolo di partecipazione” (così denominato dalla resistente) preordinato a garantire il più ampio accesso alla procedura di gara (in particolare, secondo Anas le imprese di grandi dimensioni in tal modo orienterebbero la propria offerta su un unico lotto, mentre la definizione di lotti di importo eterogeneo assicurerebbe “una più razionale distribuzione dei lotti tra i diversi attori economici”, con l’ulteriore effetto per la stazione appaltante di affidarsi a “una pluralità di operatori economici che possono essere attivati parallelamente, velocizzando le attività di manutenzione ed evitando anche il rischio di un’eccessiva concentrazione”; mem. 31.7.2020 res.).

Di qui, l’infondatezza del mezzo.

7. Col motivo n. 6 DeltaBloc contesta il par. 3 del disciplinare, nelle parti in cui stabilisce che, non essendo “possibile prevedere in questa fase, le categorie in cui si articoleranno i singoli interventi, è richiesto il possesso di tutti i requisiti ivi indicati da parte di ciascun concorrente [...]” e che la stazione appaltante “si riserva la facoltà di: 1) non prevedere lavorazioni di una o più categorie indicate quali scorporabili, nei singoli contratti applicativi; 2) prevedere, in misura inferiore le lavorazioni di cui alle categorie indicate quali scorporabili”.

In forza di tali clausole, la concorrente non avrebbe alcuna garanzia circa l’effettivo lavoro da svolgere e dunque circa la reale entità del contratto, risultando indispensabili le sole lavorazioni relative alla categoria OS 13 (non anche quelle OS 12-A). In sintesi, la stazione appaltante potrebbe immotivatamente modificare l’oggetto della procedura, mentre l’offerente sarebbe tenuto a presentare “un prodotto comprensivo di ogni voce indicata da ANAS nei propri atti di gara” (nelle repliche finali la ricorrente ha insistito sull’“eventuale modifica qualitativa dell’oggetto del contratto”, che non darebbe garanzie sull’effettivo lavoro da svolgere; cfr. mem. 8.2.2021).

Il motivo è infondato.

La gara in esame è diretta, infatti, alla conclusione di un accordo quadro, la cui peculiarità risiede, com’è noto, nel fatto che con esso non si garantisce l’affidamento delle prestazioni, ma si fissa una soglia massima delle prestazioni promesse quale limite delle obbligazioni del contraente privato. Correttamente Anas riconduce l’accordo quadro al contratto normativo, “dal quale non scaturiscono effetti reali o obbligatori, ma la cui efficacia consiste nel ‘vincolare’ la successiva manifestazione di volontà contrattuale delle stesse parti” (in altri termini, con tale contratto si stabilisce come

verranno stipulati i c.d. contratti applicativi riguardanti un determinato bene della vita, mentre spetta a una delle parti la determinazione di *an, quando e quantum*). Esso integra, pertanto, il “titolo per una serie successiva di affidamenti diretti, esaurendo a monte, e per una determinata base di valore, la fase competitiva per l’aggiudicazione futura di tali contratti attuativi”: in base al contratto normativo sono posti in essere “contratti applicativi non autonomi, il cui oggetto è solamente determinabile, in applicazione del contenuto prefissato nell’accordo medesimo”, dal quale “discendono non già obblighi esecutivi e neppure un obbligo a contrarre (*pactum de contrahendo*), bensì l’unico obbligo, nel caso in cui l’amministrazione si determini a contrarre, di applicare al futuro contratto (o alla serie di futuri contratti) le condizioni contrattuali predefinite nell’accordo quadro (*pactum de modo contrahendi*)” (così C. conti, sez. reg. contr. Campania, Del/Par n. 77/2018, richiamata dalla resistente unitamente alla delib. Anac AG 8/2011 del 22.6.2011).

Ne segue l’infondatezza del mezzo.

8. Col settimo motivo la ricorrente contesta la richiesta di certificazione per tutte le lavorazioni previste negli atti di gara in assenza di una distinzione tra i vari lavori e il relativo valore (punto II.2.6 del bando). Ciò contravverrebbe alle previsioni sulla scorponabilità dei lavori stessi (artt. 90 e 92 d.P.R. n. 207/2010 e art. 12 l. n. 80/2014), ai sensi delle quali l’attestazione SOA sarebbe necessaria solo per importi superiori a 150 mila euro (per importi inferiori, l’operatore economico potrebbe partecipare in forza dell’art. 90 d.P.R. n. 207/2010).

La doglianza è inammissibile, potendosi rinviare alla trattazione del motivo n. 2: la ricorrente aveva l’onere di dimostrare la qualificazione richiesta dalla *lex specialis* attraverso mezzi diversi dalla SOA e non ha dedotto di non essere in possesso dei necessari requisiti.

9. Con l’ultima censura (n. 9 mm.aa.) DeltaBloc assume che il rinvio del termine di presentazione delle offerte al 7.8.2020, ossia di soli 9 giorni dal 29.7.2020, data in cui sarebbero stati integrati gli atti di gara con la pubblicazione (tra l’altro) dell’allegato N (recante, come si è visto, le specifiche tecniche della barriera NDBA), sarebbe in contrasto con gli artt. 60, co. 3, e 79, co. 1, d.lgs. n. 50/2016 e con l’art. 8 d.l. n. 76/2020, ai sensi dei quali per la ricezione delle offerte occorrerebbe fissare un termine minimo di 15 giorni dalla data di trasmissione del bando di gara: ciò in quanto tali integrazioni consisterebbero in effetti in un nuovo bando.

Ma anche a voler ritenere queste ultime mere modifiche degli atti originari, il termine concesso sarebbe comunque inadeguato, avuto riguardo alla significatività dei cambiamenti apportati e al disposto dell’art. 79, commi 3 e 4, d.lgs. n. 50/2016.

DeltaBloc ha dedotto, infine, che la complessità dei dati del nuovo allegato N (recante i disegni tecnici della barriera NDBA, a suo dire necessari per valutare il prodotto da realizzare, e le informazioni sulle relative performance con la classificazione ai sensi della normativa E-1317, anch’esse necessarie ai fini del confronto con i propri modelli) avrebbe richiesto un differimento di almeno 15 giorni (mem. 13.2.2021 ric.).

Il motivo è infondato.

L’art. 79 (Fissazione di termini) d.lgs. n. 50/2016 prevede, per quanto oggi rileva:

- co. 3: “Le stazioni appaltanti prorogano i termini per la ricezione delle offerte in modo che gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie alla preparazione delle offerte nei casi seguenti:

a) se, per qualunque motivo, le informazioni supplementari significative ai fini della preparazione di offerte adeguate, seppur richieste in tempo utile dall’operatore economico, non sono fornite al più tardi sei giorni prima del termine stabilito per la ricezione delle offerte. In caso di procedura accelerata ai sensi degli articoli 60, comma 3, e 61, comma 6, il termine è di quattro giorni;

b) se sono effettuate modifiche significative ai documenti di gara”;

- co. 4: “La durata della proroga di cui al comma 3 è proporzionale all’importanza delle informazioni o delle modifiche”.

La resistente, dopo aver puntualmente dato atto delle modifiche del 29.7.2020, ha chiarito come l’allegato N non fosse l’unico documento tecnico della disciplina di gara, essendo disponibile sin dall’iniziale pubblicazione del bando tutta la documentazione necessaria per consentire ai concorrenti di realizzare la barriera (“norme tecniche” del capitolato speciale e inerenti “specifiche tecniche”).

In questa ottica, la pubblicazione differita di detto allegato N (specifiche tecniche della barriera NDBA-1) è stata accompagnata da una proroga del termine di presentazione delle offerte la cui estensione temporale non presenta profili di incongruità, dovendosi tener conto dell’oggetto della gara, consistente in un prodotto progettato da Anas e che pertanto non richiede “ulteriori oneri, tempi di studio e test per mettere a punto prodotti equivalenti” (mem. 5.2.2021 res.).

10. In considerazione di quanto sin qui osservato, il ricorso e il ricorso per motivi aggiunti vanno dichiarati in parte improcedibili, in parte inammissibili e in parte vanno respinti in quanto infondati.

Le spese possono essere compensate in ragione della novità delle questioni.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso e sul ricorso per motivi aggiunti in epigrafe, in parte li dichiara improcedibili, in parte inammissibili e in parte li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio mediante collegamento da remoto del 24 febbraio 2021 con l’intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente
Mario Alberto di Nezza, Consigliere, Estensore
Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Mario Alberto di Nezza

IL PRESIDENTE

Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO