

Pubblicato il 22/11/2021

N. 07826/2021 REG.PROV.COLL.

N. 02615/2021 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2615 del 2021, proposto da Targa Telematics S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Garofalo, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Giosuè Borsi, n. 4;

contro

Hera S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Lolli e Aristide Police, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, viale Liegi, n. 32;

nei confronti

Uniflotte S.r.l., non costituita in giudizio;

Texa S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Diego Signor, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna, Sezione Prima, n. 00072/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Hera S.p.A. e di Texa S.p.A.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 ottobre 2021 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Bernardi, in sostituzione dell'Avv. Garofalo per delega depositata in atti, Police e Signor;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Targa Telematics (d'ora in avanti anche solo Targa) ha partecipato alla gara indetta da Hera S.p.A (d'ora in avanti anche solo Hera) per l'aggiudicazione della fornitura di "*black box, da installarsi su automezzi di proprietà delle società appartenenti al Gruppo Hera, con assistenza e trasmissione dati su piattaforma fleet management della Committente*", ma in fase di valutazione della documentazione amministrativa ne è stata esclusa perché due dei suoi fornitori erano privi della certificazione ISO/IEC 27001:2013.

Impugnata detta esclusione in uno con l'intera *lex specialis* nella parte in cui prescriveva il possesso di detto requisito indistintamente per tutti i soggetti da cui l'offerente decideva di approvvigionarsi, indipendentemente dall'oggetto della subfornitura, l'adito T.a.r. per l'Emilia Romagna con la sentenza n. 463/2020 annullava *in parte qua* il bando e l'esclusione, accertando il "*diritto della ricorrente al subentro nell'aggiudicazione disposta nei confronti di Texa s.p.a., peraltro allo stato non ancora intervenuta, e comunque alla spettanza dell'aggiudicazione stessa*".

2. In esecuzione di tale sentenza Hera comunicava il 25 agosto 2020 a Targa che essa era risultata prima nella graduatoria della gara *de qua* e che veniva pertanto "*ammessa ... alla fase di test, in conformità a quanto prescritto all'art. 43 del Capitolato Speciale di Fornitura «test da eseguirsi su campioni da effettuarsi prima dell'aggiudicazione»*".

Il 28 settembre 2020 Hera trasmetteva a Targa il verbale della seduta in pari data della commissione di gara che, "*preso atto degli accertamenti svolti dal GTL [Gruppo Tecnico di Lavoro]*" e "*che gli stessi si siano svolti correttamente*", aveva nondimeno evidenziato "*...gravi difformità non sanabili rispetto alle campionature fornite*", concludendo nel senso "*che non può ritenersi esistente neppure una equivalenza funzionale tra i prodotti offerti e quanto richiesto in sede di gara*".

Con successiva comunicazione del 13 ottobre 2020 Targa veniva informata della propria esclusione dalla gara per il "*...mancato rispetto delle specifiche tecniche*", essendo rimasta peraltro priva di riscontro la richiesta di osservazioni e controdeduzioni.

3. Targa, reputando illegittimi l'esclusione e gli allegati ivi richiamati, in quanto violativi ed elusivi della sentenza n. 463/2020, proponeva al TAR per l'Emilia Romagna ricorso per l'ottemperanza di tale sentenza ed in via graduata, domandava l'annullamento dei medesimi atti e della legge di gara nella lettura fatta dall'amministrazione appaltante. Avendo poi ottenuto a seguito di accesso ulteriore documentazione, Targa telematics proponeva due ricorsi per motivi aggiunti, con il primo dei quali ampliava le doglianze originariamente avanzate e impugnava, anche per vizi autonomi,

il provvedimento di aggiudicazione in favore della seconda graduata (Texa S.p.A, d'ora in avanti anche solo Texa), mentre con il secondo proponeva ulteriori motivi avverso gli atti già gravati.

4. L'adito Tribunale con la sentenza segnata in epigrafe in parte respingeva il ricorso e in parte lo dichiarava inammissibile.

5. Avverso la citata sentenza, asseritamente erronea ed ingiusta, Targa ha proposto appello chiedendone la riforma alla stregua di due serie di motivi, con la prima delle quali ha lamentato l'errato rigetto del ricorso per l'ottemperanza, mentre con la seconda si è doluto dell'inopinato ed ingiustificato rigetto dei motivi sollevati nei confronti della propria esclusione dalla gara e dell'altrettanto illegittima aggiudicazione a Texa, sostanzialmente riproponendo tutti i motivi di censura spiegati in primo grado, a suo avviso malamente apprezzati e respinti con motivazione lacunosa, approssimativa e affatto condivisibile. Sono state altresì riproposte le domande di subentro nella fornitura, di declaratoria di inefficacia del contratto e di risarcimento danni.

6. Si sono costituiti Hera e TEXA chiedendo il rigetto dell'avverso gravame.

7. Nell'imminenza dell'udienza di trattazione le parti hanno illustrato con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive e alla udienza pubblica del 7 ottobre 2021 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

8. L'appello, disorganicamente strutturato e di non sempre facile comprensione, è infondato e va respinto alla stregua delle osservazioni che seguono.

8.1. Con il primo motivo l'appellante contesta le conclusioni raggiunte dal primo giudice circa il rigetto del ricorso per l'ottemperanza, sottolineando che la sentenza del T.A.R. per l'Emilia Romagna n. 463/2020 le aveva riconosciuto il diritto "...al subentro nell'aggiudicazione disposta nei confronti di Texa s.p.a., peraltro allo stato non ancora intervenuta, e comunque alla spettanza dell'aggiudicazione stessa"; così che non poteva dubitarsi della fondatezza della domanda di ottemperanza e della nullità di tutti gli atti conseguenti posti in essere dalla stazione appaltante, posto che "*la fase dei test sui prodotti offerti*" non apparteneva "*alla fase esecutiva del rapporto*", in quanto l'art. 43 del capitolato, che tali test prevedeva, era collocata sistematicamente nella "parte seconda" del capitolato, intitolata "norme per l'esecuzione del contratto".

Il motivo è infondato.

8.1.1. La fase dei test sui prodotti offerti costituisce un segmento procedimentale volto a verificare la conformità dei dispositivi offerti a quanto previsto dagli artt. 34 e 35 del capitolato speciale d'appalto, così che, come correttamente osservato dal primo giudice, la sentenza ottemperanda, pur annullando la esclusione di Targa dalla gara e pur riconoscendo la spettanza alla stessa dell'aggiudicazione, non poteva anche comportare l'assorbimento ovvero il superamento implicito della predetta fase di verifica di conformità dei prodotti offerti a quelli previsti dalla legge di gara, ciò non costituendo in alcun modo un effetto (conformativo) di quel giudicato.

Infatti l'annullamento disposto dalla ottemperanda sentenza n. 463/2020 aveva riguardato il bando nella parte in cui richiedeva ai concorrenti il possesso della certificazione ISO/IEC 27001:2013, così esso implicava la riedizione del potere da parte della stazione appaltante a partire dal segmento del procedimento di cui è stata accertata l'illegittimità.

8.1.2. E' noto del resto che la sentenza del giudice amministrativo, quando ravvisa l'illegittimità di un provvedimento, non si limita al mero annullamento dell'atto ma, evidenziando le ragioni dell'illegittimità, contiene, ove il giudizio cognitorio non si sia limitato all'accertamento della mera sussistenza di vizi formali o procedurali, anche l'esplicitazione della corretta regola di condotta da seguire nell'agire amministrativo. Il suo effetto conformativo si estende all'obbligo di porre in essere una attività successiva conforme ai canoni di legittimità individuati dalla pronuncia da eseguire; ciò vale non solo per l'attività amministrativa vincolata, nel riesercizio della quale, ove la decisione da eseguire abbia accertato la spettanza del bene della vita, l'amministrazione è tenuta ad un determinato comportamento, ma anche per l'attività amministrativa discrezionale, la quale, anche se i margini di discrezionalità non sono esauriti, deve tenere necessariamente conto delle statuizioni conformative contenute nella pronuncia da eseguire, rivelandosi diversamente elusiva della stessa.

Nel caso in esame: a) la sentenza 463/2020 aveva accertato l'illegittimità dell'esclusione disposta nei confronti di Targa per mancato possesso di una certificazione; b) da quell'accoglimento non derivava a Targa un diritto soggettivo alla stipula del contratto, né la sua posizione soggettiva poteva essere definita di interesse legittimo a risultato garantito; c) per effetto dell'annullamento dell'esclusione l'amministrazione appaltante era tenuta al riesercizio del potere amministrativo nei limiti derivanti dall'accertata illegittimità dell'esclusione e quindi prendendo atto della posizione di Targa al primo posto della graduatoria della gara *de qua* (da aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo) e svolgendo poi tutte le ordinarie e necessarie attività previste dalla *lex specialis* per giungere all'aggiudicazione della gara stessa.

9. Con il secondo motivo l'appellante si duole dell'illegittimità della sentenza impugnata per aver inopinatamente respinto le censure relative al nuovo provvedimento di esclusione dalla gara.

Posto che i dispositivi oggetto della fornitura della gara dovevano "...disporre della tecnologia Bluetooth al fine di eliminare la presenza di cavi e fili che possono intralciare le operazioni di manutenzione meccanica del veicolo" e che Targa aveva "...offerto una connessione con le periferiche via cavo ovvero «*ictu oculi*» diversa" (così a p. 17), l'appellante sostiene che, diversamente da quanto ritenuto dal primo giudice, non sarebbero venute "*in questione caratteristiche tecnico funzionali completamente differenti ... non illogicamente giustificate dalla stazione appaltante in relazione se non altro all'esigenza stessa di ridurre interventi di sostituzione dei cavi*", non potendo condividersi che

sarebbe “*un dato di comune esperienza come una connessione con tecnologia Bluetooth eviti la necessità di installazione di volta in volta dei cavi e consente lo spostamento del dispositivo da un mezzo all'altro*”.

Tale assunto, secondo l'appellante, sarebbe erroneo, essendo basato su plurimi errori di fatto: a) innanzitutto, la tesi secondo cui la *black box* oggetto di fornitura non poteva (e non doveva) essere spostata da un mezzo all'altro, così giustificandosi la scelta della stazione appaltante di adottare la tecnologia Bluetooth, era stata addotta dal difensore di Hera in pubblica udienza, ma di essa non v'è traccia negli atti gara, il che di per sé solo integrava un vizio di ultrapetizione della sentenza impugnata; b) inoltre il convincimento che la tecnologia Bluetooth avrebbe azzerato l'utilizzo di cavi risultava smentito dalle considerazioni contenute nella perizia di un docente universitario che essa appellante aveva ritualmente prodotto (e che non sarebbero mai state adeguatamente contestate o smentite), secondo cui le previsioni del capitolato di gara, laddove specificavano che “*l'accesso in lettura alle centraline elettroniche del veicolo*” doveva “*avvenire utilizzando esclusivamente la presa OBD prevista dal Costruttore, senza modifica o alterazione del cablaggio originale, nel pieno rispetto delle condizioni di garanzia del veicolo*”, imponendo – a pena di esclusione – l'adozione del Bluetooth, erano in contraddizione tra loro, giacché per collegare, ad esempio, il dispositivo per apertura/chiusura delle porte e autorizzazione ad avviare il veicolo con dispositivo blocco motore nella modalità specificata dal Capitolato occorreva intervenire sul cablaggio del veicolo, ossia era necessario utilizzare dei cavi. Di conseguenza, secondo l'appellante, era erronea ed illogica, e perciò illegittima, la scelta dell'amministrazione appaltante di escludere tutti i concorrenti che avevano offerto soluzioni tecnologiche prive di bluetooth, tanto più che era notorio che la tecnologia bluetooth soffre di seri problemi di interferenza sia con dispositivi a bordo veicolo che con dispositivi esterni (hotspot WiFi ormai decisamente comuni in qualsivoglia contesto urbano).

Il motivo non merita favorevole considerazione.

9.1. Invero, sotto un primo rilevante profilo, non può sottacersi che, a prescindere da ogni considerazione sull'adeguatezza, completezza ed esaustività delle argomentazioni contenute nella perizia di parte prodotta a sostegno delle censure sollevate dall'appellante sulle contestate scelte operate dalla stazione appaltante circa la tecnologia da utilizzare, quelle argomentazioni, lungi dal dimostrare in maniera obiettiva ed inconfutabile l'illogicità, l'irragionevolezza e l'arbitrarietà della scelta dell'amministrazione appaltante, tendono piuttosto ad evidenziarne la loro non condivisibilità, il che tuttavia, a tutto voler concedere, ne evidenzia il carattere di opinabilità che di per sé non costituisce, com'è noto, illegittimità.

9.2. D'altra parte quelle argomentazioni, sotto altro concorrente e decisivo profilo, non sono idonee a superare un dato incontrovertibile e cioè che essa appellante ha fornito (e pretende di poter fornire) un prodotto con i fili in una gara che aveva ad oggetto la fornitura di un bluetooth.

Al riguardo deve sottolinearsi che i requisiti minimi dei beni previsti dalla *lex specialis* della gara costituiscono una condizione di partecipazione alla procedura selettiva, non essendo ammissibile che il contratto venga aggiudicato a un concorrente che non garantisca il minimo prestabilito che vale a individuare l'essenza stessa della res richiesta.

Un'offerta che presenti caratteristiche difformi da quelle pretese si risolve in un *aliud pro alio* che comporta di per sé l'esclusione dalla gara, anche in mancanza di un'apposita comminatoria in tal senso (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 25 luglio 2019, n. 5260). Tale automatismo opera (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 14 maggio 2020, n. 3084) nei casi in cui la disciplina di gara prevede qualità del prodotto che con assoluta certezza si qualificano come caratteristiche minime, vuoi perché espressamente definite come tali nella disciplina stessa, vuoi perché la descrizione che se ne fa nella disciplina di gara è tale da farle emergere come qualità essenziali della prestazione richiesta.

10. Con il terzo motivo l'appellante si duole delle conclusioni raggiunte dalla sentenza di prime cure che avrebbe immotivatamente negato pregio alla propria tesi secondo cui “*la connessione via cavo sarebbe funzionalmente equivalente e anzi più moderna e meglio funzionante*”, adducendo che, secondo l'art. 68, comma 7, D.Lgs. n. 50/2016, l'equivalenza andrebbe provata in sede di gara e non si potrebbe pretendere “*che di una tale verifica sia onerata la Commissione*” ed aggiungendo, solo per completezza che “*l'offerta della ricorrente si sostanzia in definitiva in una forma di «aliud pro alio» comportante, di per sé, l'esclusione dalla gara, anche in mancanza di apposita comminatoria, e, nel contempo, non rimediabile tramite regolarizzazione postuma, consentita soltanto quando i vizi rilevati nell'offerta siano puramente formali o chiaramente imputabili a errore materiale (Consiglio di Stato sez. III, 3 agosto 2018, n. 4809)*” (così alle pp. 18-19).

Secondo l'appellante in tal modo il giudice di prime cure avrebbe omesso di considerare che era stata la stessa stazione appaltante nel nuovo impugnato provvedimento di esclusione a motivare tale decisione sul fatto che il prodotto offerto da Targa non sarebbe stato equivalente a quello messo a bando, prima ancora cioè che essa appellante invocasse tale argomento, così che sarebbe stata del tutto irrilevante la questione della pretesa mancata prova da parte di essa appellante dell'equivalenza del prodotto offerto rispetto a quello descritto nel capitolato. In ragione di ciò, richiamando anche l'art. 112 c.p.c., l'appellante ha riproposto le doglianze sollevate in prime cure e asseritamente non esaminate (3) *Violazione di legge: violazione dell'art. 3, L. n. 241/1990; eccesso di potere per travisamento dei fatti; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e illogicità, contraddittorietà, erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria; eccesso di potere per insufficienza, incongruità, contraddittorietà e illogicità della motivazione*).

L'articolata censura è infondata.

10.1. Occorre ribadire che l'offerta dell'appellante integrava palesemente un *aliud pro alio*.

Come noto, l'*aliud pro alio* si configura sia quando la cosa consegnata appartenga ad un *genus* diverso rispetto a quello pattuito, sia quando essa manchi delle specifiche qualità necessarie per assolvere alla funzione economico sociale naturale ovvero a quella assunta dalle parti nel programma negoziale.

Nel caso in esame a fronte di una inequivoca richiesta di un prodotto con tecnologia bluetooth per esigenze proprie (non manifestamente arbitrarie, illogiche ed irrazionali della stazione appaltante), Targa ha invece offerto un prodotto con i cavi.

Non vi è dubbio, come già si è avuto modo di evidenziare, che la disciplina di gara prevedeva quella indicata caratteristica del prodotto con assoluta certezza come qualità essenziale della prestazione richiesta.

10.2. Al riguardo non può che ribadirsi che le pubbliche amministrazioni sono dotate di un'ampia discrezionalità nell'individuare i prodotti ed i servizi che decidono di acquisire con il ricorso alle procedure di evidenza pubblica e che una volta individuate, come nel caso di specie, le caratteristiche della fornitura, in relazione alla loro funzionalità, l'offerta carente deve essere esclusa senza ulteriori valutazioni (Consiglio di Stato, Sezione III, 11 luglio 2016, n. 3029). Né può condividersi la tesi dell'appellante circa la pretesa illogicità della scelta operata dall'amministrazione appellante di richiedere una *blackbox* che utilizzi per la connessione con componenti del sistema di rilevamento la tecnologia *bluetooth*: si è già avuto modo di evidenziare, proprio in relazione alle argomentazioni svolte sul punto dall'appellante che, indipendentemente da ogni considerazione sull'adeguatezza, completezza ed esaustività della relazione peritale prodotta dall'appellante e sulla stessa idoneità di quest'ultima ad essere considerata prova in senso pieno (in senso contrario Consiglio di Stato sez. IV, 12 novembre 2015, n. 5143, costituendo essa piuttosto una semplice allegazione difensiva), le conclusioni di quella perizia si risolvono nella mera apodittica affermazione della presunta superiorità dal punto di vista tecnico della propria offerta che dà luogo ad un altrettanto mero dissenso delle scelte dell'amministrazione appaltante, scelte che a tutto voler concedere possono essere considerate opinabili, ma non per questo illegittime.

11. Con il quarto motivo l'appellante deduce l'omesso esame (ovvero il suo implicito rigetto o assorbimento) del sesto motivo del ricorso di primo grado (espressamente riprodotto e riproposto), con cui era stata censurata la scelta della stazione appaltante di negare nel caso di specie concreta applicazione al principio di equivalenza (e di considerare pertanto il prodotto offerto equivalente a quello richiesto dalla legge di gara).

Anche tale questo motivo è infondato.

11.1. Fermo restando che ad avviso del Collegio neppure sussiste il denunciato vizio di omesso esame del motivo *ex adverso* prospettato dall'appellante, la censura sollevata è in ogni caso infondata.

Occorre invero ribadire che nell'art. 43 del capitolato speciale la stazione appaltante prevedeva "*test da eseguirsi su campioni da effettuarsi prima dell'aggiudicazione*", ciò implicando una verifica necessaria per assicurarsi della rispondenza dei prodotti offerti a quanto prescritto nel capitolato speciale.

La scelta delle specifiche tecniche dei prodotti offerti in termini di prestazioni e/o di requisiti funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico sotteso alla gara rientra nella discrezionalità della stazione appaltante, non sindacabile in sede di legittimità salva la sua manifesta arbitrarietà, illogicità, irrazionalità ed irragionevolezza, profili che non emergono nel caso di specie (e che neppure sono stati espressamente contestati dall'appellante).

Inoltre le caratteristiche essenziali e indefettibili delle prestazioni o del bene previste dalla *lex specialis* costituiscono una condizione di partecipazione alla procedura selettiva, perché non è ammissibile che il contratto venga aggiudicato ad un concorrente che non garantisca il minimo prestabilito, minimo che vale a individuare l'essenza stessa della *res* richiesta (Consiglio di Stato sez. V, 25 luglio 2019, n. 5260).

E' stato anche evidenziato che l'ampia latitudine che la giurisprudenza riconosce al canone di equivalenza non ne consente tuttavia l'estensione all'ipotesi, esulante dal campo applicativo delle stesse, di "diffonibilità del bene rispetto a quello descritto dalla *lex specialis*", configurante ipotesi di "*aliud pro alio non rimediabile*" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2019, n. 5258).

11.2. Ciò posto, deve ricordarsi che il principio di equivalenza, che costituisce il precipitato del più generale principio del *favor participationis* (ex multis, Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2021, n. 4353), è finalizzato ad evitare un'irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici, precludendo l'ammissibilità di offerte aventi oggetto sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo della specifica prescritta.

Sennonché, anche a prescindere dalla non irrilevante considerazione che l'equivalenza del prodotto offerto a quello indicato nella legge di gara, deve essere provata dall'interessato (e non può essere certa demandata alla stazione appaltante, cui spetta invece di valutare la effettiva sussistenza dell'equivalenza addotta dal concorrente), nel caso di specie la questione non riguardava la equivalenza delle specifiche tecniche, come suggestivamente prospettato dall'appellante quanto piuttosto la stessa mancata corrispondenza del prodotto offerto nel suo complesso a quello previsto dalla legge di gara.

Da che deriva, come già rilevato, l'infondatezza della censura, sotto tutti i profili evidenziati.

12. Con il quinto motivo l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza secondo cui l'impugnato provvedimento di esclusione avrebbe avuto natura "*vincolata, non potendo [Hera] procedere all'aggiudicazione della gara in presenza di prodotti con caratteristiche e specifiche tecniche difformi da quelle espressamente richieste*", in tal modo travisando il senso della censura sollevata con il primo motivo del primo atto di motivi aggiunti che in realtà era stato diretto a contestare la violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione, surrettiziamente introducendo come "norme per l'esecuzione del contratto" requisiti che il prodotto offerto da essa appellante non possedeva. In definitiva, secondo l'appellante, proprio in ragione della notoria ed inequivocabile distinzione tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione il provvedimento di esclusione emanato nei suoi confronti non avrebbe mai potuto avere carattere automatico e natura vincolata.

La pur suggestiva prospettazione non può essere accolta.

12.1. Non è affatto vero che l'amministrazione appaltante abbia introdotto sub specie delle norme di esecuzione del contratto requisiti di partecipazione che l'appellante non possedeva, violando il principio di tassatività delle cause di esclusione.

Il contestato provvedimento di esclusione è fondato infatti non già sull'accertamento della carenza di alcuni requisiti di partecipazione, quanto piuttosto del mancato esito positivo della verifica del prodotto indicato nell'offerta presentata (il che postula il positivo superamento della fase di ammissibilità dell'offerta stessa, solo in relazione alla quale si riferiscono i requisiti di partecipazione, tant'è che l'appellante è stata collocata al primo posto della graduatoria della gara) con il prodotto indicato nella legge di gara.

Ciò esclude in radice l'invocabilità del principio di tassatività delle cause di esclusione.

12.2. Allorquando il giudice di prime cure ha affermato che l'esclusione *de qua* era vincolata intendeva più che ragionevolmente ritenersi al fatto che, come già si è avuto modo di rilevare in precedenza, il prodotto offerto era completamente difforme da quello previsto dalla legge di gara e costituiva un *aliud pro alio*, così che sotto tale profilo la commissione di gara, una volta verificata la difformità, non poteva che disporre l'esclusione.

12.3. Ciò senza contare, sotto altro concorrente profilo, che l'esclusione contestata non è stata neppure automatica, essendo stata disposta solo dopo l'attivazione del contraddittorio procedimentale sul punto che non si è perfezionato non certo per fatto della stazione appaltante.

13. Con il sesto motivo l'appellante sostiene che, diversamente da quanto erroneamente ritenuto dal giudice, secondo cui sarebbe stato *“evidente come le verifiche previste dall'art. 43 del capitolato riguardavano oltre l'identità [recte, idoneità] del prodotto a trasmettere i dati anche la stessa conformità alla lex specialis”*, il tenore letterale della norma di gara avrebbe reso manifesto l'esatto opposto.

Secondo l'appellante infatti l'art. 43 del capitolato prevedeva che i test fossero divisi in due fasi: la prima *“ha una durata di 15 giorni solari durante i quali il solo concorrente risultato primo in graduatoria dovrà fornire e installare il kit completo su n. 15 mezzi”*; *“al termine dei 15 giorni dovrà essere possibile la lettura dei dati diagnostici di ogni mezzo attraverso una piattaforma cloud del fornitore e le varie funzionalità previste dai dispositivi dovranno essere gestite con una App mobile del fornitore”*; *“l'esito positivo di questa prima fase è condizione necessaria per passare alla seconda fase”*. La norma in esame testualmente stabilirebbe che *“viene valutato il pieno raggiungimento dei seguenti aspetti”*: - *“compatibilità del kit con i veicoli e completa installazione fisica su mezzo”*; - *“totalità delle funzionalità previste attraverso l'App e Piattaforma”*;

- *“ottenimento dati in tempo reale nel caso di una simulazione di un incidente con conseguente invio dati alla Committente e simulazione della gestione alert”*; - *“rispetto dei tempi di installazione richiesti”*.

Ad avviso dell'appellante, leggendo la relazione del Gruppo Tecnico si evincerebbe che i quattro obiettivi suddetti sarebbero stati tutti conseguiti da Targa (cfr. doc. 5, p. 3, ove, accanto ai quattro indicatori citati, si legge per quattro volte *“SUPERATO”*), così che le ulteriori attività compiute dai tecnici di Hera sarebbero state esorbitanti rispetto ai compiti loro affidati: una volta verificato che il prodotto di Targa soddisfaceva le richieste fissate nella prima fase di test, l'offerta di Targa avrebbe dovuto essere senz'altro ammessa alla fase quella successiva.

Anche detto motivo di gravame va respinto.

13.1. La prospettazione dell'appellante (che peraltro sotto un certo profilo paradossalmente si risolve nell'imputare alla stazione appaltante un'istruttoria troppo accurata) non tiene conto che la verifica di conformità del prodotto offerto rispetto a quello richiesto nella legge di gara costituiva in modo chiaro ed inequivocabile il presupposto dell'aggiudicazione, non potendo logicamente e ragionevolmente ammettersi la definitiva individuazione del servizio ad un soggetto la cui offerta, indicando la fornitura di un prodotto del tutto differente rispetto a quello richiesto, era di per sé inidonea a conseguire il fine (o l'interesse pubblico) per seguito dall'amministrazione appaltante.

13.2. D'altra non può sottacersi che il superamento della prima fase di test, invocato dall'appellante a sostegno delle proprie ragioni, non prova nulla di decisivo se non che i dispositivi offerti fossero funzionanti, ma non prova affatto che gli stessi fossero conformi a quelli richiesti dalle legge di gara.

Né tanto meno può ammettersi che il mero funzionamento dei dispositivi offerti, difformi da quelli richiesti dalla legge di gara, concretizzasse di per sé l'equivalenza degli stessi (questione in relazione alla quale si rinvia a quanto già osservato nei paragrafi precedenti).

14. Con il settimo motivo l'appellante sostiene che l'erroneità delle conclusioni raggiunte dal TAR avrebbe comportato l'assorbimento o l'implicito rigetto, almeno in parte, del primo motivo di ricorso (*1) Violazione di legge: violazione dell'art. 3, L. n. 241/1990; violazione della lex specialis di gara, in particolare degli artt. 34, 35, 36 e 43 del capitolato speciale; eccesso di potere per travisamento dei fatti; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e illogicità, contraddittorietà, erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria; eccesso di potere per insufficienza, incongruità, contraddittorietà e illogicità della motivazione.*), con il quale era stato lamentato che, stante la contraddittorietà e l'illegittimità dell'operato delle conclusioni del Gruppo Tecnico, ugualmente errata, contraddittoria ed illegittima era l'approvazione di quelle conclusioni da parte del Presidente della commissione di gara che aveva costituito il substrato del provvedimento di esclusione.

Il motivo è da respingere potendo al riguardo richiamarsi le osservazioni svolte nei paragrafi precedenti quanto alla difformità del prodotto offerto dall'appellante rispetto a quello indicato nella legge di gara e quanto alle conclusioni raggiunte dal gruppo tecnico di lavoro.

15. Con l'ottavo motivo di gravame l'appellante ha dedotto che, anche a voler condividere le conclusioni del T.A.R., secondo cui le verifiche di cui all'art. 43 riguardavano la conformità del prodotto alla legge di gara, dalla lettura dei verbali di lavoro del gruppo tecnico sarebbe emerso che quest'ultimo non era limitato a svolgere un giudizio di mera conformità della fornitura alla *lex specialis*.

Infatti il gruppo tecnico, di fronte a un prodotto nuovo e tecnologicamente avanzato (quale quello proposto da essa appellante) si era spinto a formulare giudizi di equivalenza per i quali non aveva le necessarie competenze, concludendo per la sua non conformità con quanto previsto nel capitolato: in tal modo però sarebbe stato travisato il compito della stazione appaltante in una procedura di aggiudicazione di una fornitura col criterio del prezzo più basso, in cui il riscontro della documentazione tecnica è attività strettamente vincolata e priva di esercizio di poteri discrezionali. L'appellante ha poi aggiunto che il giudice di prime cure aveva completamente omesso di esaminare detta censura. Il motivo di gravame non è meritevole di favorevole considerazione.

15.1. Diversamente da quanto prospettato dall'appellante il compito del gruppo tecnico di lavoro consisteva nella verifica di rispondenza dei prodotti offerti alle richieste della *lex specialis*.

Senza esorbitare da tale compito il gruppo di lavoro si è limitato a condurre un accertamento scrupoloso all'esito del quale ha riscontrato la più volte ricordata difformità del prodotto offerto dall'appellante rispetto a quanto richiesto dalla legge di gara.

L'accertamento svolto è servito in definitiva distinguere tra l'ipotesi di inesattezza dell'attribuzione traslativa dovuta a vizi o a mancanza di qualità e quella in cui la prestazione riguardi un bene radicalmente diverso da quello dovuto.

15.2. Nessun esercizio di poteri discrezionali è dato riscontrare nella verifica di conformità svolta in concreta dal gruppo di lavoro che per adempiere al compito assegnatogli non poteva che prendere le mosse dall'analisi della descrizione dell'oggetto del contratto (da stipulare all'esito della procedura ad evidenza pubblica) al fine di individuare ed identificare la *res* contrattualmente dovuta, operando una mera comparazione tra *res* dovuta e *res* offerta e giungendo poi in modo logico e coerente con le previsioni della legge di gara al contestato riscontro negativo.

Del resto al riguardo è appena il caso di aggiungere che sul piano dogmatico la consegna di *aliud pro alio* rappresenta una mancata realizzazione del programma negoziale costruito dalle parti nella singola e concreta operazione economica, poiché la consegna di un bene diverso da quello descritto e dovuto impedisce che si realizzi la funzione concreta del contratto.

16. Con il nono motivo l'appellante ha contestato le conclusioni cui è pervenuto il primo giudice circa “la carenza di interesse in ordine all'esame degli ulteriori profili di difformità rispetto al kit riscontrati dal Gruppo Tecnico e dalla Commissione” derivata dalla acclarata non conformità del prodotto offerto da essa appellante, rivendicando l'illegittimità della sua esclusione dalla gara sia per l'erroneità della mancata valutazione di equivalenza, sia per i vizi che avrebbero inficiato la fase delle verifiche tecniche, e di conseguenza l'interesse all'esame del secondo motivo di ricorso di primo grado non esaminato (2) *Violazione di legge: violazione dell'art. 3, L. n. 241/1990; violazione della lex specialis di gara, in particolare degli artt. 34, 35, 36 e 43 del capitolato speciale; eccesso di potere per travisamento dei fatti e manifesto errore di fatto; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e illogicità, contraddittorietà, erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria; eccesso di potere per insufficienza, incongruità, contraddittorietà e illogicità della motivazione*).

La doglianza è priva di qualsiasi fondamento sia perché le conclusioni cui è pervenuto il giudice di primo grado sulla scorta di quanto fin qui osservato non sono affatto erronee, sia perché con il motivo richiamato vengono partitamente illustrati i presunti vizi che inficerebbero il giudizio di non conformità elaborato dal gruppo tecnico (e fatto proprio dalla stazione appaltante con l'impugnato provvedimento di esclusione): sennonché il tutto si risolve ancora una volta in una inammissibile, soggettiva, apodittica affermazione di superiorità della propria offerta quanto meno sotto il profilo della equivalenza con il prodotto indicato nella *lex specialis* che a sua volta si compendia in un inammissibile (ed immotivato) dissenso dall'operato dell'amministrazione appaltante, profili in relazione ai quali può rinviarsi a quanto già osservato nei paragrafi precedenti.

17. Con il decimo motivo l'appellante lamenta l'erroneo rigetto del motivo sollevato in primo grado con cui era stata dedotta l'illegittimità della sua esclusione dalla gara e della successiva aggiudicazione a causa dell'estrema ristrettezza dei tempi occorsi, come risultanti dai verbali di gara, in relazione alla complessità delle verifiche richieste e delle divergenze rispetto alle specifiche richieste.

Secondo l'appellante il TAR avrebbe sbrigativamente escluso la fondatezza della censura senza il necessario approfondimento degli obiettivi e macroscopici dati temporali che avrebbe evidenziato al di là di ogni ragionevole dubbio l'assoluta approssimazione dell'operato dell'amministrazione appaltante.

Neppure tale doglianza può essere accolta.

Premesso che il T.A.R. ha affermato che “In riferimento al tempo asseritamente troppo breve impiegato dalla Commissione nella seduta del 13 ottobre, anche a voler ammettere che ciò sia sintomatico di eccesso di potere (in senso negativo T.A.R. Molise 4 marzo 2019, n. 77) può senz'altro condividersi l'assunto della non complessità delle verifiche richieste anche alla luce delle esaminate evidenti divergenze rispetto alle specifiche richieste”, va rammentato che la giurisprudenza è costante nell'affermare che nelle controversie in materia di appalti pubblici è da escludere che possa essere addotta a indice di illegittimità dell'operato del seggio di gara la pretesa inadeguatezza dei tempi impiegati per l'esame delle offerte, ricostruiti presuntivamente sulla base del numero di esse, del numero delle sedute della Commissione e della durata di esse evincibile dai relativi verbali (ex multis, Consiglio di Stato sez. IV, 28 marzo 2011, n. 1871).

18. Con l'undicesimo motivo l'appellante si duole dell'erroneo rigetto da parte del TAR delle "lagnanze dedotte con il secondo atto di motivi aggiunti inerente gli orari della seduta", con il quale era stata sostenuta l'illegittimità dei verbali di gara riportanti gli orari di inizio e di fine delle sedute, in quanto tutti firmati con firma digitale (munita di marca temporale) in un orario antecedente a quello delle attività di cui i medesimi documenti danno atto.

Secondo l'appellante il giudice avrebbe inopinatamente ignorato tale evidenza, la cui rilevanza emergeva in modo obiettivo e manifesto tanto più che le valutazioni della commissione di gara erano state superficiali e irragionevoli, i commissari sono incorsi in plurimi travisamenti e il tempo dedicato alle operazioni è stato insufficiente.

La censura deve essere respinta.

Anche a voler prescindere dalla ragionevolezza e non illogicità delle tesi difensive svolte sul punto da Hera e Texa, secondo cui, trattandosi di verbali redatti durante la vigenza dell'ora legale, l'orario in vigore era quello CEST, corrispondente all'orario UTC 2 (ossia all'orario UTC incrementato di 2 ore), tesi che non ha trovato da parte di Targa neppure in appello alcuna plausibile smentita o adeguata controdeduzione, non può sottacersi che nelle gare pubbliche i verbali di gara hanno fede privilegiata e la loro contestazione può avvenire solo tramite querela di falso (Consiglio di Stato sez. III, 27 settembre 2016, n. 3970), in mancanza della quale i presunti vizi restano nel campo delle mere congetture prive di ogni rilievo giuridico.

Né la censura in esame, per come prospettata dall'appellante e per come contestata dalle controparti, è idonea a sorreggere e rafforzare quella concernente la presunta esiguità dei tempi di svolgimento del procedimento di verifica di cui al paragrafo precedente.

19. Con il dodicesimo motivo l'appellante sostiene che l'avviso del giudice di primo grado, secondo cui *"la legittimità dell'impugnata esclusione"* avrebbe determinato *"l'inammissibilità dei motivi di cui al primo e secondo atto di motivi aggiunti diretti a contestare l'aggiudicazione in favore di Texa s.p.a. per carenza di legittimazione ed interesse"*, si porrebbe in contrasto con la più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, concretizzando un sostanziale diniego di tutela giurisdizionale (in violazione dell'art. 1, par. 1, comma 3, e 3 della Dir. CEE 21 dicembre 1989, n. 665, ss.mm.ii. e dell'art. 6 CEDU).

Ha ricordato al riguardo l'appellante che la Corte di Giustizia ha affermato in più occasioni che idonea a radicare l'interesse e il diritto alla tutela giurisdizionale è la mera probabilità di conseguire un vantaggio mediante la proposizione del ricorso, consistente in qualsiasi risultato, anche rappresentato dalla riedizione della procedura di gara (cfr. le sentenze 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi; 5 aprile 2016, C689/13, Puligienica; 4 luglio 2013, C-100/12, Fastweb, le quali – tutte pronunciate su rinvii pregiudiziali disposti da giudici amministrativi italiani – ripetutamente hanno escluso la possibilità che l'eccezione [e il ricorso incidentale] dell'aggiudicatario di una gara di appalto, al fine di ottenere l'esclusione dalla gara, o la conferma dell'esclusione, di un altro partecipante alla gara, siano esaminati prioritariamente con effetti paralizzanti del ricorso principale, privando conseguentemente il concorrente escluso dell'interesse al ricorso [principale] e della legittimazione a contestare l'esito della gara per qualsiasi ragione, qualunque sia il numero dei concorrenti, anche al fine di ottenere il travolgimento e la ripetizione della gara stessa). Ha pertanto riproposto l'undicesimo e il dodicesimo motivo di ricorso (*"11 violazione di legge: violazione dell'art. 3, L. n. 241/1990; violazione della lex specialis di gara, in particolare degli artt. 34, 35, 36 e 43 del capitolato speciale; eccesso di potere per travisamento dei fatti; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e illogicità, contraddittorietà, erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria; eccesso di potere per insufficienza, incongruità, contraddittorietà e illogicità della motivazione; 12) violazione di legge: violazione del principio di par condicio e di divieto di disparità di trattamento; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e illogicità, contraddittorietà, erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria"*), con cui erano state censurate le attività di verifica dei campioni offerti dall'aggiudicataria e la violazione della *par condicio* tra Targa e Texa, violazione emersa dalla lettura del verbale dei tests compiuti sul prodotto della seconda.

In via subordinata, nel caso di infondatezza del motivo, l'appellante ha chiesto la rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea della seguente questione pregiudiziale: *"se i principi dichiarati dalla Corte di giustizia con le sentenze 5 settembre 2019, Lombardi, C-333/18; 5 aprile 2016, Puligienica, C689/13; 4 luglio 2013, Fastweb, C100/12, in relazione agli articoli 1, par. 1 e 3, e 2, par. 1, della direttiva 89/665/CEE, modificata dalla direttiva 2007/66/CE, e se le disposizioni testé richiamate non ostino a una normativa nazionale (artt. 35 c.p.a. e 100 c.p.c., in combinato disposto con l'art. 39 c.p.a.) e ad una prassi giurisprudenziale per cui, contestate dall'impresa concorrente l'esclusione da una procedura di gara di appalto e l'aggiudicazione ad altra impresa, il Giudice esamini nel merito i soli motivi di ricorso con cui la ricorrente ha gravato la propria esclusione, dichiarando inammissibili le doglianze proposte avverso l'esito della gara, in quanto la società che sia stata esclusa da una gara di appalto non sarebbe legittimata a proporre censure miranti a contestare l'aggiudicazione all'impresa concorrente, anche mediante la caducazione della procedura di gara"*.

19.1. La Corte di Giustizia con la sentenza della sez. X, del 24 marzo 2021, n. 771, ha affermato che:

- a) l'obiettivo di una tutela giurisdizionale efficace e rapida, da ottenersi attraverso provvedimenti provvisori, non autorizza gli Stati membri a subordinare la possibilità di ricorso al fatto che la procedura di attribuzione di appalto pubblico di cui trattasi abbia formalmente raggiunto una fase determinata;
- b) più in particolare, una normativa nazionale che richieda, in ogni caso, che l'offerente attenda la decisione di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi prima di poter proporre un ricorso contro la decisione di ammissione di un altro offerente violerebbe le disposizioni di tale direttiva;

c) ne consegue, da un lato, che l'offerente escluso può presentare un ricorso contro la decisione dell'ente aggiudicatore che ammette l'offerta di uno dei suoi concorrenti, qualunque sia la fase della procedura di appalto pubblico in cui tale decisione viene adottata e, dall'altro, che, nell'ambito di un tale ricorso, è applicabile il principio giurisprudenziale che nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, gli offerenti, di cui si chiede l'esclusione, hanno un interesse legittimo equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri offerenti ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto. In applicazione di tali principi il motivo di gravame deve essere accolto non potendo negarsi l'interesse dell'appellante ad ottenere una pronuncia sulla contestata legittimità dell'aggiudicazione della gara a Texa, dal cui eventuale annullamento potrebbe derivare la riedizione della gara (e la possibilità di essa appellante di parteciparvi).

19.2. Ciò comporta l'esame dei riproposti motivi dedotti in primo grado: essi sono tuttavia infondati.

19.2.1. Quanto alla pretesa difformità della fornitura offerta da Texa rispetto a quella prevista dalla legge di gara, le criticità emerse durante la fase dei test oltre ad essere irrilevanti sono state poi ampiamente risolte, così che è da ritenersi corretto il giudizio di conformità operato dall'amministrazione appaltante.

In effetti rispetto alle uniche criticità significative emerse, inerenti la black box di Texa, le stesse erano da riferirsi ad una asserita incompatibilità con il mezzo ISUZU e con il mezzo Iveco Daily. Sul punto l'amministrazione appaltante ha chiarito, in modo ragionevole e non illogico, che: a) nel capitolato era stato riportato un campione indicativo di 15 mezzi per la prima fase di test; b) i mezzi Isuzu e Daily rappresentavano circa il 3% del totale come indicato nell'art 34 del Capitolato; c) su tali due mezzi, in considerazione del loro scarso impatto sulla fornitura complessiva, si è ammessa la risoluzione di tali mere criticità entro la data di stipula del contratto.

Non sussisteva pertanto alcuna difformità che potesse ostare all'aggiudicazione. Del resto, mutuando la terminologia impiegata nell'art. 1519 ter c.c. (ora art. 129 del codice del consumo), i beni offerti devono considerarsi conformi allorché: a) siano idonei all'uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo; b) siano conformi alla descrizione fatta dal venditore e possiedano le qualità del bene che il venditore ha presentato al consumatore come campione o modello; c) presentino le qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo; d) siano idonei all'uso particolare voluto dal consumatore, da questi portato alla conoscenza del venditore al momento della conclusione del contratto e dal venditore accettato.

E' appena il caso di ricordare che per espressa volontà del legislatore oggi la disciplina delle garanzie (e conseguentemente il problema della distinzione tra *aliud pro alio* e difetto di conformità) non si applica solo alla vendita, ma anche alla permuta, alla somministrazione, all'appalto, al contratto di opera e a tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre (art. 1519-bis, comma 1°, c.c. e, ora, art. 128 del codice del consumo).

19.2.2. Quanto alle contestazioni inerenti il mancato blocco motore in caso di mancato riconoscimento del guidatore, l'apertura delle porte, per cui la black box di Texa funzionerebbe in modo diverso a seconda del mezzo su cui è installata, i malfunzionamenti dell'app, il dispositivo SOS e privacy, il dato della velocità istantanea riportato nel foglio delle statistiche giornaliere, non sono rilevanti.

Si tratta di questioni di dettaglio che peraltro sono agevolmente risolvibili (e risolte) e che non possono certo porre in dubbio la conformità dei beni offerti rispetto al Capitolato.

19.3. Essendo stati esaminati i predetti motivi non c'è ragione di deliberare la richiesta di rimessione della questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

20. Con il tredicesimo e il quattordicesimo motivo l'appellante sostiene innanzitutto l'erroneità della sentenza impugnata per aver dichiarato irricevibili le doglianze dedotte col ricorso introduttivo nonché con il primo e secondo ricorso per motivi aggiunti e dirette alla caducazione della *lex specialis*, dal momento che le stesse avrebbero dovuto essere proposte in occasione dell'impugnazione della prima esclusione dalla gara (altrimenti dando luogo ad una inammissibile elusione dei termini decadenziali per l'impugnazione dell'aggiudicazione): secondo l'appellante, per un verso, la giurisprudenza richiamata dal primo giudice a conforto della propria convinzione sarebbe inconferente e, per altro verso, il precedente giudizio celebratosi tra le parti aveva avuto ad oggetto l'esclusione dalla gara per un presunto difetto di un requisito di partecipazione, così che in quel momento non aveva interesse a impugnare la *lex specialis* nella parte in cui aveva adottato il criterio del "prezzo più basso" o in quella dedicata ai tests, che ancora non si erano svolti. L'appellante ha riproposto l'ottavo, il nono ed il decimo motivo di ricorso (8) *violazione di legge: violazione dell'art. 95, co. 4, lett. b), D.Lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e illogicità, erroneità dei presupposti e difetto di istruttoria*; 9) *violazione di legge: violazione dell'art. 95, co. 4, lett. b), e art. 95, co. 5, D.Lgs. n. 50/2016; violazione dell'art. 3, L. n. 241/1990; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e illogicità, erroneità dei presupposti e difetto di istruttoria e di motivazione*; 10) *Violazione di legge: violazione dell'art. 95, D.Lgs. n. 50/2016; violazione dell'art. 3, L. n. 241/1990; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e illogicità, erroneità dei presupposti e difetto di istruttoria e di motivazione*).

I motivi di gravame sono nel loro complesso infondati.

20.1. In realtà, di là dalla ridondanza con cui esse sono prospettate, si tratta di argomentazioni già sviluppate con gli altri motivi di appello, stavolta indirizzate contro la legge di gara. Si sostiene in estrema sintesi che: a) la gara avrebbe dovuto essere aggiudicata secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; b) la stazione appaltante avrebbe proceduto a valutazioni discrezionali laddove il criterio del minor prezzo presuppone che non vi sia margine per valutazioni di questo tipo.

20.2. Ciò posto non vi è ragione per ritenere errata la sentenza impugnata, giacché a fronte di regole di gara chiarissime (quali quelle concernenti il criterio del prezzo più basso e la verifica mediante test su campioni da effettuarsi prima

dell'aggiudicazione), l'interesse alla contestazione della loro legittimità non poteva che riferirsi già al primo provvedimento di esclusione, proprio perché si trattava di censure non concernenti il provvedimento di esclusione in sé, ma la legge di gara che è rimasta identica anche a seguito della riedizione del potere dopo l'annullamento di quella (prima) aggiudicazione.

E' coerente e corretto il richiamo operato dal primo giudice al precedente di questa Sezione (10 dicembre 2020, n. 7907).

Insomma l'interesse ad impugnare gli atti di gara sussisteva ed era già attuale con l'adozione del primo provvedimento di esclusione in quanto preclusivo in via definitiva del bene della vita sperato, vale a dire l'affidamento del contratto d'appalto e, per questo, immediatamente lesivo e non è sorto invece nel momento in cui è stato accertato che il prodotto offerto era difforme da quello indicato nella legge di gara, costituendo un aliud pro alio. Del resto correttamente il T.a.r. ha affermato che *"l'acclarata non conformità del prodotto offerto in sede di gara da parte di Targa Telematics impedisce qualsiasi possibilità di ottenimento dell'utilità finale"*.

21. Con il quindicesimo motivo l'appellante lamenta infine la violazione dell'art. 112 c.p.c. a causa del mancato esame del quarto motivo ricorso introduttivo del giudizio, contenuto anche nei motivi aggiunti, rubricato *"4) Violazione di legge: violazione dell'art. 3, L. n. 241/1990; eccesso di potere per travisamento dei fatti; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e illogicità, contraddittorietà, erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria; eccesso di potere per insufficienza, incongruità, contraddittorietà e illogicità della motivazione"*.

Il motivo è infondato.

21.1. L'appellante afferma che il verbale del Gruppo Tecnico di Lavoro non costituisce idonea e legittima motivazione *per relationem* del provvedimento di esclusione a causa della sua inintelligibilità.

Sennonché tale censura è del tutto generica: infatti in virtù del principio dispositivo che permea il processo amministrativo, il ricorrente è onerato di individuare la *causa petendi* della censura sollevata in relazione al contenuto del provvedimento impugnato, ritenuto lesivo della propria posizione giuridica, altrimenti la censura è generica e come tale inammissibile ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p.a.

21.2. Peraltro il contenuto del verbale del gruppo di lavoro diversamente da quanto genericamente dedotto dall'appellante è pienamente comprensibile quanto al suo contenuto; né l'appellante spiega in che consista tale inintelligibilità e ed in che modo essa rifluirebbe sulla illegittimità della valutazione della stazione appaltante che, in via di estrema sintesi, ha rifiutato la fornitura di un bene palesemente differente rispetto a quello richiesto dalla *lex specialis*.

22. L'infondatezza alla stregua delle osservazioni svolte cui consegue la conferma della sentenza impugnata e la legittimità degli atti impugnati esclude la stessa ammissibilità delle domande risarcitorie proposte in prime cure e riproposte in sede di appello.

23. In conclusione l'appello va respinto.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna Targa Telematics S.p.A al pagamento delle spese del presente grado del giudizio, che liquida come di seguito:

a) € 5.000/00 (cinquemila) oltre accessori e spese di legge in favore di Hera S.p.A;

b) € 5.000/00 (cinquemila) oltre accessori e spese di legge in favore di Texa S.p.A.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO