

**Consiglio di stato, sezione quinta, sentenza n. 2146 del 27 marzo 2020**

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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 4801 del 2018, proposto da

..... - .....s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati ....., con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. .... in Roma, .....

***contro***

.....s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati ....., con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. .... in Roma, via .....

***nei confronti***

..... s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato ....., con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. .... in Roma, via .....; ....., non costituito in giudizio;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 5038 del 2018, proposto da

....., in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati

....., con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. .... in Roma, via  
.....;

***contro***

.....s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli  
avvocati ....., con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. .... in Roma, via  
.....;

***nei confronti***

..... - ..... e .....s.p.a., non costituito in giudizio;  
..... s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa  
dall'avvocato ....., con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. .... in Roma,  
via .....

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (Sezione  
Prima) n. 645/2018, resa tra le parti;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di .....s.p.a. e di ..... s.r.l. e di  
.....s.p.a. e di ..... s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 gennaio 2020 il Cons. Federico Di  
Matteo e uditi per le parti gli avvocati .....

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. Con bando pubblicato il 4 marzo 2017 ..... s.p.a., società *in house* del  
Comune di ..... affidataria della cura e della manutenzione dell'illuminazione  
pubblica nel territorio comunale, indiceva una procedura di gara aperta per la

stipulazione di un accordo – quadro, della durata di 48 mesi, ed ulteriori 24 mesi in opzione, per la fornitura di apparecchi di illuminazione con sorgente a Led, per un importo massimo spendibile a base di gara di € 7.842.700,00.

La gara era suddivisa in due lotti di forniture: il primo, per la fornitura di apparecchi illuminanti a LED funzionali (stradali e giardini) e il secondo per la fornitura di apparecchi illuminanti a LED con fissaggio a parete per aree vincolate; il presente giudizio ha ad oggetto il lotto 1.

1.1. La documentazione di gara era composta, tra gli altri, di un “*Allegato 2: Capitolato Tecnico Prestazionale (CTP)*” con le specifiche tecniche minime richieste, sia quelle comuni a tutti gli apparecchi, sia quelle specifiche in funzione della destinazione di installazione.

Per la definizione dei requisiti specifici in funzione della destinazione di installazione, il CTP rimandava a 19 “*Schede prestazioni illuminotecniche*”; ciascuna scheda prevedeva una situazione tipica di strada o area e, così: - le schede dalla 1 alla 14 erano riferite ad apparecchi ad illuminazione per aree stradali a testa palo o a montaggio laterale; - le schede 15 e 16 erano riferite ad apparecchi di illuminazione per aree verdi a “testa palo portato”; - le schede dalla 17 alla 19 erano riferite ad apparecchi di illuminazione a proiezione per grandi aree, a palo portato, a mensola o a muro.

Ciascuna scheda riportava: - la geometria della strada e dell’impianto (larghezza, interdistanza, altezza, ed altro); - la categoria illuminotecnica di progetto (UNI 13201-2) con i relativi valori richiesti dalla norma; - note e vincoli particolari come immodificabilità della palificazione e massimo tilt; - la potenza elettrica di riferimento prelevata (valore massimo misurato secondo CEI EN 62722-1).

1.2. Ai concorrenti era richiesto di produrre una “*Relazione descrittiva dell’offerta*”, parte integrante dell’offerta tecnica, con la specificazione delle caratteristiche dei prodotti che sarebbero state oggetto di valutazione per l’assegnazione del punteggio tecnico, nonché una “*Relazione illuminotecnica*” per la quale era richiesto fosse “*dotata delle*

*opportune verifiche comprovanti la rispondenza dei prodotti offerti almeno alle prestazioni minime indicate nelle Schede di prestazione illuminotecnica...”.*

1.3. Per il lotto 1 presentavano offerta tre operatori economici: ..... s.p.a., definitivamente esclusa dalla procedura con il provvedimento 16 maggio 2017, .....s.p.a. ed ..... s.r.l.; all’esito delle operazioni di gara, con determinazione dirigenziale 28 agosto 2017, n. 58, l’appalto era aggiudicato ad ..... s.r.l.

2. .... s.p.a. impugnava al Tribunale amministrativo regionale per la Toscana il provvedimento di aggiudicazione ad ..... s.r.l.; con unico motivo la ricorrente sosteneva che l’offerta della controinteressata sarebbe dovuta essere esclusa, o quantomeno penalizzata nell’attribuzione dei punteggi, perché non rispettosa delle specifiche tecniche relative ai criteri ambientali (C.A.M.) di cui al d.m. 23 dicembre 2013, espressamente recepiti dal C.T.P. - capitolato tecnico prestazionale e, comunque, cogenti ai sensi dell’art. 34, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; più esattamente i prodotti offerti dall’aggiudicataria sarebbero stati difformi rispetto al parametro della “classe di intensità luminosa” superiore o uguale a G3 (in una scala da 1 a 6) prescritto dal richiamato decreto ministeriale, per essere almeno il 64% della sua fornitura di classificazione G2 o inferiore.

Con successivi motivi aggiunti erano impugnati i verbali di gara relativi alla verifica di anomalia effettuata dalla stazione appaltante a carico dell’aggiudicataria.

2.1. Si costituivano in giudizio il Comune di Firenze, ..... s.p.a. e ..... s.p.a.; quest’ultima proponeva ricorso incidentale, diretto a far valere la difformità dell’offerta presentata dalla ricorrente principale alle prescrizioni contenute nella *lex specialis*.

Al ricorso incidentale seguiva un secondo ricorso per motivi aggiunti della ricorrente principale diretto a contestare l’illegittimità della condotta della stazione appaltante,

che, ove avesse riscontrato le carenze rilevante dalla ricorrente incidentale, avrebbe dovuto assegnarle un termine per la regolarizzazione.

2.2. Il giudizio di primo grado era concluso dalla sentenza sez. I, 14 maggio 2018, n. 645, di accoglimento del ricorso principale e del ricorso incidentale, con conseguente annullamento di tutti gli atti impugnati.

2.2.1. Il giudice di primo grado riteneva fondato il ricorso principale in base al seguente ragionamento:

- l'art. 34, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 impone alle stazioni appaltanti di contribuire alla sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione *“attraverso l’inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri minimi ambientali adottati con decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare”*, obbligo previsto anche per le gara aventi ad oggetto la fornitura *“...di lampade a scarica ad alta intensità, di alimentatori elettronici e di moduli a LED per illuminazione pubblica, acquisto di apparecchi di illuminazione per illuminazione pubblica e affidamento del servizio di progettazione di impianti di illuminazione pubblica”*.

- l'art. 2 del Capitolato prestazionale, in ossequio alla norma primaria, tra le fonti normative e tecniche alle quali gli apparecchi oggetto di fornitura dovevano conformarsi, richiamava il d.m. 23 dicembre 2013 sui *“Criteri ambientali minimi per l’acquisto di lampade a scarica ad alta intensità e moduli led per illuminazione pubblica e per l’affidamento del servizio di progettazione di impianti di illuminazione pubblica – aggiornamento 2013”*, il cui allegato 1, fra le specifiche tecniche relative alle sorgenti luminose per apparecchi di illuminazione, richiedeva il possesso di una *“classe di intensità luminosa”* con valore corrispondente almeno a G\*3;

- gli atti di gara imponevano, dunque, che gli apparecchi oggetto di fornitura fossero di *“classe di intensità luminosa”* non inferiore a G3, pacificamente non posseduta dagli apparecchi forniti dall’aggiudicataria ..... s.r.l..

2.2.2. Ulteriori considerazioni erano spese per spiegare la ragione per la quale le specifiche tecniche in punto di “classe di intensità luminosa” contenute nel d.m. 23 dicembre 2013, non erano superate, ma solamente integrate, dalle specifiche contenute nella norma tecnica UNI EN 13201-2 , pur essa richiamata negli atti di gara ed alla quale le parti resistenti sostenevano si fosse conformata l’aggiudicataria; in sostanza, secondo il giudice di primo grado, la classificazione G\* degli apparecchi per intensità luminosa costituiva modalità di verifica della prevenzione dell’abbagliamento debilitante da utilizzare in alternativa al valore fTI, richiamato invece nella norma tecnica UNI EN 13201-2, con funzione quantomeno complementare, donde la seguente conclusione sulla “*autonoma e persistente utilità della classificazione G\*3 già richiesta dal d.m. 23 dicembre 2013, la quale non può dirsi supplita dal valore fTI (al contrario è quest’ultimo a dover essere supplito dalla classificazione G\*3, ricorrendone le condizioni)*”.

Infine, il mancato richiamo alla classe G\*3 nelle schede delle prestazioni illuminotecniche allegato al capitolato non poteva essere espressivo della volontà di ..... di escluderne l’applicazione, militando, in senso opposto, il cogente ed incondizionato rinvio dello stesso capitolato al d.m. 23 dicembre 2013 nella sua integralità.

2.2.3. Il ricorso incidentale era, invece, ritenuto fondato per l’esistenza di carenze documentali non attinenti ad elementi formali della domanda di partecipazione, e, per questo non integrabili mediante soccorso istruttorio e, precisamente:

a) per aver ..... s.p.a. prodotto *report* fotometrici redatti in conformità alla norma tecnica UNI EN 13032-4:2015, senza tuttavia comprovare il possesso del “*certificato di accreditamento del laboratorio utilizzato per le misure da parte ente terzo ovvero della sorveglianza da parte di ente terzo*” come richiesto dall’art. 43, punti 8 e 9, del disciplinare di gara, attestando la certificazione di accompagnamento ai *report* il possesso della diversa categoria di accreditamento UNI 11356:2010;

b) per aver prodotto una dichiarazione proveniente dal proprio laboratorio ed attestante la conformità degli apparecchi a LED offerti ai requisiti prescritti dal capitolato prestazionale ai punti 8.19 (“Indice di posizionamento cromatico iniziale”) e 8.20 (“Mantenimento dell’indice di posizionamento cromatico nel tempo”), non conforme alla prescrizione dell’art. 43, punto 5, del disciplinare per il quale detta produzione doveva provenire da un “organismo riconosciuto”, necessariamente terzo rispetto al concorrente;

c) per l’assenza dell’attestazione di conformità dei proiettori “QUID” proposti da ....., alla norma EN 60598-2-5, come richiesto dal punto 11.3.3. del capitolato prestazionale, laddove le schede del prodotto attestavano la conformità alla norma generale 60598-1;

d) per essere l’apparecchio “Twilight” dotato di uno schermo di chiusura in policarbonato, anziché in vetro, come prescritto dal punto 7.7 del Capitolato prestazionale, o in plastica PMMA, come chiarito dalla stazione appaltante in risposta ai quesiti formulati dai concorrenti; l’asserita rispondenza al requisito di resistenza agli urti e a quello dell’ingiallimento, ovvero, in sostanza, l’equivalenza del prodotto, avrebbe dovuto essere dimostrata dall’operatore all’atto della presentazione dell’offerta tecnica ai sensi dell’art. 68, comma 7, d.lgs. n. 50 e non, invece, posta a carico della stazione appaltante come suo onere.

3. Propone appello ..... s.p.a.; nel giudizio (Rg. n. 4801/2018) si è costituita ..... con appello incidentale e ..... s.p.a. con appello incidentale.

Propone autonomo atto di appello il Comune di Firenze; nel giudizio (Rg. n. 5038/2018) si è costituita ..... s.p.a. e ..... s.r.l.

3.1. All’esito dell’udienza pubblica del 13 dicembre 2018 fissata per la decisione della controversia, è stata adottata l’ordinanza istruttoria 8 marzo 2019, n. 1608 con la quale, riuniti gli appelli, è stato individuato nel Preside della Facoltà di Architettura

dell'Università La Sapienza di Roma “con facoltà di delega a professori esperti nella materia dell'elettrotecnica” il verificatore chiamato a rispondere ai seguenti quesiti:

*“Esaminati gli atti di causa e compiuto ogni accertamento ritenuto utile ai fini della valutazione peritale, precisare:*

- a) quale caratteristica degli apparecchi luminosi è valutata mediante il parametro  $G^*$ ;*
- b) quale livello del parametro  $G^*$  ( $G^{*1}$ ,  $G^{*2}$ ,  $G^{*3}$  e così via) è individuato quale livello minimo ottimale dalla normativa tecnica vigente al momento dell'indizione della procedura di gara e ad oggi;*
- c) se la medesima caratteristica degli apparecchi luminosi valutata mediante il parametro  $G^*$  può essere stimata facendo ricorso ad altri parametri quali, ad esempio, il parametro FTI e, in ogni caso, quale caratteristica è valutata mediante tale ultimo parametro;*
- d) se le Schede di prestazione illuminotecnica predisposte dalla stazione appaltante (e, comunque, gli atti di gara da questa elaborati) definiscono un determinato livello del parametro  $G^*$  come requisito essenziale degli apparecchi luminosi e, in ogni caso, quale livello del parametro  $G^*$  può ritenersi idoneo a soddisfare i livelli di illuminamento e luminanza minimi, nonché, in generale, le caratteristiche essenziali richieste della stazione appaltante nelle predette schede per gli apparecchi luminosi da fornire;*
- e) se le Schede di prestazione illuminotecnica predisposte dalla stazione appaltante (e, comunque, gli atti di gara da questa elaborati) definiscono un determinato livello del parametro FTI come requisito essenziale degli apparecchi luminosi e, in ogni caso, quale livello del parametro FTI può ritenersi idoneo a soddisfare i livelli di illuminamento e luminanza minimi, nonché, in generale, le caratteristiche essenziali richieste della stazione appaltante nelle predette schede per gli apparecchi luminosi da fornire;*
- g) se dalla Relazione illuminotecnica e dalla Relazione descrittiva dell'offerta prodotte da ..... s.r.l. possa ricavarsi che i prodotti offerti garantiscono standard prestazionali equivalenti a quelli che sarebbero raggiunti ove gli stessi risultassero conformi al parametro  $G^{*3}$  ovvero, più in generale, se il livello  $G^{*3}$  può essere raggiunto mediante accorgimenti o aggiustamenti tecnici da effettuare in fase di installazione dell'apparecchio luminoso.”*



Successivamente, con ordinanza 22 maggio 2019, n. 3315, a seguito della nota del 13 marzo 2019 con la quale la Preside della Facoltà di Architettura precisava che le competenze richieste per la verifica erano proprie della Facoltà di Ingegneria (Ingegneria elettrica ed elettronica), era individuato come verificatore il Preside della Facoltà di Ingegneria con identica facoltà di delega.

3.2. Depositata la relazione del verificatore il 16 settembre 2019, ..... s.p.a., ..... s.r.l. e ..... s.p.a. hanno depositato memorie ex art. 73, comma 1, Cod. proc. amm., cui sono seguite rituali repliche.

All'udienza pubblica del 30 gennaio 2020, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. E' confermata la riunione dei giudizi già disposta con l'ordinanza di questa Sezione 8 marzo 2019, n. 1608 ai sensi dell'art. 96, comma 1, Cod. proc. amm., trattandosi di appelli proposti avverso la medesima sentenza.

2. Nel rispetto dell'ordine logico di esame delle questioni (come si ricava dall'art. 76, comma 4, Cod. proc. amm., che rinvia all'art. 276, comma 2, Cod. proc. civ.) occorre principiare dall'appello incidentale di ..... s.p.a. proposto avverso i capi della sentenza di primo grado di accoglimento del ricorso incidentale di ..... s.r.l. e conseguente annullamento dell'ammissione della sua offerta.

2.1. Il giudice di primo grado ha, invero, seguito un diverso ordine, quello cronologico di introduzione delle questioni nel giudizio – esaminando dapprima, il ricorso principale e, di seguito, quello incidentale – per aver ritenuto che il ricorrente principale non avesse introdotto questioni relative alla legittima partecipazione della ricorrente principale alla procedura di gara (sotto il profilo della tempestività della domanda o del possesso dei requisiti soggettivi ed oggettivi di partecipazione), quanto piuttosto questioni relative alla rispondenza dell'offerta alle prescrizioni della legge di gara, e nondimeno, che fosse necessario esaminare entrambi i ricorsi per il loro rapporto di “simmetria escludente”.

2.2. La ricostruzione del giudice di primo grado va solo precisata – anche in risposta alle critiche che le sono rivolte da entrambi gli appellanti secondo cui l’esame del ricorso incidentale avrebbe dovuto precedere quello del ricorso principale e il suo accoglimento comportare la declaratoria di inammissibilità del ricorso principale – in questi termini: come colto dal giudice di primo grado, avendo messo in discussione la conformità dell’offerta di ..... s.p.a. al disciplinare di gara, la ricorrente incidentale ha proposto un ricorso c.d. escludente, poiché il suo accoglimento comportava la necessaria esclusione dell’operatore dalla procedura; esso, dunque, introduceva una questione pregiudiziale di rito attinente alla legittimazione a ricorrere – del concorrente del quale sia dovuta l’esclusione dalla procedura di gara (cfr. Adunanza plenaria, 11 maggio 2018, n. 6) – e, per questo da esaminare con priorità, e, tuttavia, l’esame del ricorso principale, anche in seguito all’accoglimento del ricorso incidentale, è dovuto per le ragioni in più occasioni esposte in più occasioni dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea e, da ultimo, nella sentenza sez. X, 5 settembre 2019, nella causa C-333/18 *Lombardi s.r.l.* ove è chiaramente detto che: “...*il ricorso incidentale dell’aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente escluso qualora la regolarità dell’offerta di ciascuno degli operatori venga contestata nell’ambito del medesimo procedimento, dato che, in una situazione del genere, ciascuno dei concorrenti può far valere un legittimo interesse equivalente all’esclusione dell’offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell’impossibilità dell’amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un’offerta regolare*”.

3. I motivi dell’appello incidentale proposto da ..... s.p.a. sono di seguito esposti.

3.1. Con il primo motivo di appello la sentenza è censurata per “*Error in iudicando ed error in procedendo (Violazione di legge – violazione del comb. disp. artt. 112, c.p.c. e 39 c.p.a., per ultrapetizione – violazione e falsa applicazione dell’art. 43, punti 8 e 9, del Disciplinare – violazione e falsa applicazione dell’art. 83 d.lgs. n. 50/2016 – violazione e falsa applicazione art.*

97 Cost. *Violazione e falsa applicazione dei principi di par condicio, del favor participationis e di necessario soccorso istruttorio. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento di atti e di fatti, abbaglio dei sensi, erroneità dei presupposti, difetto di motivazione, sviamento, contraddittorietà e manifesta ingiustizia*"); lamenta l'appellante incidentale che il giudice di primo grado abbia ritenuto di escludere la sua offerta per aver depositato, unitamente al report fotometrico, copia della certificazione comprovante l'accreditamento del laboratorio che aveva effettuato le misure per la norma UNI 11356:2010, anziché per la norma UNI EN 11356:2010, in violazione di espressa prescrizione del disciplinare di gara, senza considerare che ciò era avvenuto per mera svista e senza attivare il soccorso istruttorio c.d. processuale che avrebbe agevolmente consentito di accertare l'avvenuto deposito, con rituale produzione documentale, del certificato di accreditamento richiesto dal disciplinare di gara posseduto da epoca anteriore all'indizione della gara.

3.2. Con il secondo motivo di appello la sentenza è contestata per "*Error in iudicando ed error in procedendo (violazione di legge – violazione e falsa applicazione dell'art. 43, punto 5, del Disciplinare – violazione e falsa applicazione dell'art.83, D.lgs. n. 50/2016 – violazione e falsa applicazione art. 97 Cost. Violazione e falsa applicazione dei principi di par condicio, del favor participationis e di necessario soccorso istruttorio. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento di atti e di fatti, abbaglio dei sensi, erroneità dei presupposti, difetto di motivazione, sviamento, contraddittorietà e manifesta ingiustizia)*"; si duole ..... che il giudice di primo grado abbia ritenuto la dichiarazione attestante la conformità degli apparecchi offerti ai requisiti prescritti dal capitolato prestazionale non provenienti da un "organismo riconosciuto" e "terzo rispetto al ricorrente", perché la relazione di prova era stata predisposta sulla base di report forniti dai costruttori dei led, soggetti terzi rispetto al concorrente, che, a loro volta, avevano eseguito le prove in laboratori accreditati e certificati dall'organizzazione internazionale ILAC e che, comunque, il disciplinare di gara (art. 43, punto 5) richiedeva esclusivamente che la dichiarazione

di conformità (come pure la documentazione tecnica o la relazione di prova) provenisse da un “organismo riconosciuto”, non era, invece, richiesto che tale organismo fosse anche “terzo rispetto al concorrente”, requisito arbitrariamente aggiunto dal Tribunale che aveva fatto propria un’interpretazione restrittiva dei documenti di gara preclusa dal principio generale del *favor participationis* come pure dalla lettura sistematica degli atti di gara, nei quali, ogniqualvolta era stata reputata necessaria l’indipendenza dell’organismo dichiarante, lo si era espressamente richiesto.

Infine, anche in tal caso, l’appellante invoca il soccorso istruttorio trattandosi di mera regolarizzazione documentale e non di integrazione di un elemento essenziale dell’offerta tecnica.

3.3. Con il terzo motivo la sentenza è ritenuta viziata per “*Error in iudicando ed error in procedendo (violazione di legge – violazione e falsa applicazione dell’art. 11.3.3, del Capitolato tecnico – violazione e falsa applicazione dell’art. 83, D.lgs. n. 50/2016 – violazione e falsa applicazione art. 68, D. Lgs. n. 50/2016 – violazione e falsa applicazione art. 97 Cost. Violazione e falsa applicazione dei principi di par condicio e del favor participationis, nonché di necessario soccorso istruttorio e di equivalenza delle specifiche tecniche. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento di atti e di fatti, abbaglio dei sensi, erroneità dei presupposti, difetto di motivazione, sviamento, contraddittorietà e manifesta ingiustizia)*”: il giudice di primo grado ha ritenuto dovuta l’esclusione della sua offerta per mancanza di attestazione di conformità dei proiettori “QUID” alla norma EN 60598-2-5, pur in assenza di una chiara prescrizione in tal senso contenuta nel disciplinare di gara, considerato che era ivi richiesto solamente che l’apparecchio illuminante fosse costruito ai sensi della norma CEI EN 60598-2-5 e non, invece, che i concorrenti dovessero presentare specifica dichiarazione che tale requisito attestasse. Anche in questo caso, l’appellante ritiene comunque possibile emendare la mancanza mediante soccorso istruttorio, specie in considerazione dell’ambiguità che caratterizzava il disposto

normativo e, tanto più, che dalla documentazione in atti era possibile verificare la piena conformità dei prodotti della serie QUID anche ai requisiti richiesti dalla predetta norma tecnica.

3.4. Con il successivo motivo di appello si domanda la riforma della sentenza per “*Error in iudicando ed error in procedendo (violazione di legge – violazione del comb. disp. artt. 112, c.p.c. e 39, c.p.a., per ultrapetizione – violazione del comb. disp. tra l’art. 64, c.p.a. e l’art. 2697, c.c. – violazione e falsa applicazione del punto 7.7., del Capitolato tecnico – violazione e falsa applicazione art. 68, comma 7, D. Lgs. n. 50/2016 – violazione e falsa applicazione art. 97 Cost. Violazione e falsa applicazione dei principi di par condicio e del favor participationis, nonché di equivalenza delle specifiche tecniche. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento di atti e di fatti, abbaglio dei sensi, erroneità dei presupposti, difetto di motivazione, sviamento, contraddittorietà e manifesta ingiustizia. Eccesso di potere giurisdizionale, sconfinamento nel merito)*”: il giudice di primo grado avrebbe errato nel ritenere necessaria una dichiarazione di equivalenza del prodotto affinché l’apparecchio “Twilight” potesse essere ritenuto rispettoso delle specifiche tecniche richieste sebbene montante uno schermo di chiusura in policarbonato, anziché in vetro come prescritto dal punto 7.7 del capitolato prestazionale o, in plastica, PMMA, come chiarito dalla stazione appaltante in risposta ai quesiti formulati dai concorrenti.

Secondo l’appellante incidentale, infatti, le disposizioni del nuovo codice dei contratti pubblici (in particolare, art. 68, comma 7, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), hanno eliminato ogni onere o adempimento formale limitativo della piena applicazione del principio di equivalenza, ivi compreso la necessità di produrre un’espressa dichiarazione di equivalenza, rimettendo alla stazione appaltante di accertare, con ogni mezzo a disposizione, l’equivalenza sostanziale tra il prodotto offerto e quello richiesto dal bando di gara; nel caso di specie, poi, la commissione giudicatrice aveva attivato *ex officio* il potere di verifica e riconosciuto l’equivalenza del prodotto offerto dal concorrente alle specifiche tecniche per cui sarebbe stato onere del ricorrente

incidentale fornire prova dell'idoneità a dimostrare l'equivalenza della scheda tecnica allegata al prodotto. Infine, l'appellante contesta l'eccesso di potere giurisdizionale: il giudice di primo grado, escludendo l'equivalenza del prodotto, avrebbe finito per sostituirsi surrettiziamente alla valutazione compiuta dalla commissione di gara, sebbene non ricorresse alcuna ipotesi di manifesta irrazionalità o erroneità.

4. I motivi di appello sono fondati e vanno accolti.

I primi tre motivi vanno esaminati congiuntamente per aver ad oggetto la medesima questione della possibilità di far ricorso al soccorso istruttorio per supplire a carenze documentali attinenti l'offerta tecnica.

4.1. Il giudice di primo grado ha ritenuto che l'offerta di ..... s.p.a. dovesse essere esclusa per la mancata produzione dei seguenti documenti:

a) la certificazione (di accompagnamento ai report) sul possesso da parte del laboratorio utilizzato per le misure della categoria di accreditamento UNI 11356:2010 prevista dall'art. 43 punti 8 ("copia conforme all'originale del certificato delle misurazioni fotometriche dell'apparecchio, effettuate dal laboratorio terzo accreditato o interno sorvegliato da ente terzo indipendente, redatte in conformità alla norme EN 13032 e s.m.i") e 9 ("Certificato di accreditamento del laboratorio utilizzato per le misure da parte di ente terzo ovvero della sorveglianza da parte di ente terzo");

b) la relazione di prova (report) proveniente da un organismo riconosciuto e terzo, come richiesto dall'art. 43, punto 5 del disciplinare ("Dichiarazione, documentazione tecnica o relazione di prova di organismo riconosciuto attestante la conformità dei requisiti 8.10 e 8.20 de CTP, misurati secondo le prescrizioni della norma IEC 62717");

c) l'attestazione della conformità dell'apparecchio QUID alla norma tecnica EN 60598-2-5.

L'omessa presentazione della predetta documentazione è ammessa dalla stessa appellante; la quale, tuttavia, invoca, per la certificazione sub a), il soccorso istruttorio c.d. processuale, avendo ritualmente depositato in atti detta la certificazione mancante, e per i documenti sub b) e c), il soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante, per essere la disciplina di gara incerta nelle sue prescrizioni.

4.2. La richiesta dell'appellante può essere accolta.

4.2.1. Il soccorso istruttorio è previsto dall'art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in questi termini: *“Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in ogni caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento unico di gara europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere.”*

Sul soccorso istruttorio relativo ad elementi dell'offerta si è pronunciata la Corte di Giustizia dell'Unione europea (nella sentenza sez. VIII, 10 maggio 2017, nella causa C-131/16 *Archus*) enunciando le seguenti regole: a) consentire all'amministrazione di chiedere ad un candidato la cui offerta essa ritiene imprecisa o non conforme alle specifiche tecniche del capitolato d'oneri, chiarimenti, violerebbe il principio della par condicio (poiché sembrerebbe che, ove il privato rispondesse positivamente, l'amministrazione abbia con questi negoziato l'offerta in via riservata); b) non è in contrasto con il principio della par condicio tra i concorrenti la richiesta di correzione o completamento dell'offerta su singoli punti, qualora l'offerta necessiti in modo evidente di un chiarimento o qualora si tratti di correggere errori materiali manifesti, fatto salvo il rispetto di alcuni requisiti; c) una richiesta di chiarimenti non può ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti dell'appalto, se non nel caso in cui essi

siano indispensabili per chiarimento dell'offerta o rettifica di un errore manifesto dell'offerta e sempre che non comportino modifiche tali da costituire, in realtà, una nuova offerta.

Va aggiunto l'ulteriore principio enunciato dalla Corte di Giustizia (nella sentenza sez. VI, 2 giugno 2016, nella causa C-27/15 *Pippo Pizzò*), secondo cui (par. 51): “...il principio di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice”.

4.2.2. Le carenze documentali nelle quali il giudice di primo grado ha accertato essere incorsa l'appellante incidentale non costituiscono imprecisioni dell'offerta o difformità di essa rispetto alle prescrizioni del capitolato prestazionale, quanto, piuttosto, inesattezze documentali frutto di meri errori ovvero di imprecisioni imputabili alla formulazione degli atti di gara.

Alla luce delle regole precedentemente enunciate ne va ammesso il recupero mediante soccorso istruttorio; la sentenza di primo grado, che ciò ha escluso per aver ritenuto trattarsi di mancanze, incompletezze o irregolarità essenziali dell'offerta tecnica, merita, dunque, di essere riformata.

4.2.3. Alla mancata allegazione della certificazione comprovante l'accreditamento del laboratorio utilizzato per i report fotometrici per la norma UNI EN 13032-4:2015, richiesta dal disciplinare può, dunque, farsi rimedio attivando il soccorso istruttorio c.d. processuale (ricorrendone le condizioni indicate dalla giurisprudenza:



cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2019, n. 2242); la documentazione richiesta dal disciplinare di gara risulta effettivamente in possesso dell'appellante incidentale e correttamente depositata agli atti del giudizio di primo grado (documento 12 a) allegato alla memoria depositata il 6 novembre 2017). La questione dell'esistenza della firma digitale – in ogni caso superata dall'ultimo deposito dell'appellante incidentale – non rileva, in questa sede, ove è in discussione solamente l'esistenza della documentazione richiesta dal disciplinare di gara.

Per le mancate allegazioni documentali sub b) e sub c) va ammesso il soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante – ove dovesse rendersi necessario riprendere l'offerta della ..... – in quanto, come da questa sostenuto nei motivi di appello incidentale, l' art. 43, punto 5) richiedeva esclusivamente che la dichiarazione di conformità (come pure la documentazione tecnica o la relazione di prova) provenisse da un “organismo riconosciuto”, senza specificare che tale organismo fosse anche “terzo rispetto al concorrente”.

Qualora, dunque, la stazione appaltante ritenga necessario che la dichiarazione di conformità degli apparecchi offerti sia fornita da un organismo non solo riconosciuto, ma anche terzo rispetto al concorrente, è tenuto, alla luce delle indicazioni provenienti dal diritto euro – unitario, a dar un termine al concorrente per regolarizzare la documentazione.

Anche in relazione alla conformità dell'apparecchio QUID alla norma tecnica EN 60598-2-5 valgono le medesime considerazioni; l'attestazione non era richiesta dal capitolato prestazione, né tanto meno a pena di esclusione, qualora la stazione appaltante la ritenga necessaria, è tenuta a dar termine al concorrente per la sua produzione.

4.3. Il quarto motivo di appello è fondato: qualora la stazione appaltante abbia accertato, come nella presente vicenda, sia pur implicitamente, non avendo richiesto chiarimenti né disposto l'esclusione dell'operatore, l'equivalenza del prodotto

offerto ai sensi dell'art. 67, comma 7, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, spetta al ricorrente dimostrarne l'errore, non potendo limitarsi ad affermare che sia mancata la prova dell'equivalenza da parte dell'offerente, poiché tale aspetto è assorbito dalla decisione della stazione appaltante.

5. In conclusione i motivi dell'appello incidentale di ..... s.p.a., diretti a far valere l'infondatezza del ricorso incidentale, vanno accolti con conseguente riforma della sentenza di primo grado nella parte in cui ha disposto l'esclusione della ricorrente principale per aver ritenuto fondati i motivi del ricorso incidentale di ..... s.r.l.. E' assorbito il sesto motivo ripropositivo delle medesime questioni.

6. Va ora esaminato l'unico motivo appello proposto da ..... s.p.a., articolato in diverse censure.

6.1. Con la prima censura (punto III.I) si sostiene *“l'irrilevanza del parametro G ai fini dell'ammissione delle offerte e l'errore nel giudicare sul punto”*: il giudice non avrebbe considerato che le disposizioni di cui al d.m. 23 dicembre 2013, richiamate dalla Tabella n. 1 rubricata *“Leggi e normative”* - insieme ad altre 43 fonti tra le quali la legge della Regione Toscana 21 marzo 2000, n. 37 e la norma tecnica UNI EN 13201-2 – relativamente al parametro G\* di valutazione della *“classe di intensità luminosa”* degli apparecchi, integravano il Capitolato tecnico prestazionale e non il disciplinare di gara; detto parametro, pertanto, rilevava in fase di esecuzione, per verificare la conformità della fornitura ai contratti specifici applicativi dell'accordo – quadro, non in fase di gara, per la selezione delle offerte.

6.2. La seconda censura (punto III.II) è: *“La motivazione della sentenza è errata e contraddittoria. Il Giudice sovrappone i concetti di: sorgente luminosa, apparecchio e impianto. Di conseguenza confonde le prescrizioni riferite a ciascuno e conclude erroneamente ritenendo che la classificazione G3 degli apparecchi offerti fosse imprescindibile”*: sostiene l'appellante che la classificazione G\* sarebbe valida per gli impianti, intesi come prodotto finale costituito da una sorgente – corpo che genera l'emissione luminosa – e da un

apparecchio – manufatto nel quale è installata la sorgente – e non per i singoli apparecchi, con la conseguenza che il rispetto della classificazione G\*3 potrebbe accertarsi solo a seguito di installazione dell'impianto (potendo, nell'esempio proposto, un apparecchio G1, se installato in un certo modo, ottenere la classificazione G3), tanto è vero che il Capitolato tecnico forniva indicazioni esatte sui tipici di geometria progettati e, quindi, sulle modalità di installazione.

6.3. Con la terza censura (III.III) l'appellante sostiene: *“La sentenza reca una ricostruzione parziale e inesatta delle norme tecniche, dalle quali fa discendere, quindi senza adeguati presupposti, l'accoglimento del ricorso principale”*: il giudice avrebbe errato a considerare la categoria G\* utile a misurare l'intensità del flusso luminoso, poiché, invece, essa esprimerebbe il rapporto tra valore di intensità e valore di flusso globale, come pure ad assumere la classificazione G3 come idonea ad azzerare le emissioni di luce verso l'alto poiché, invece, sarebbe la normativa regionale ad imporre il c.d. *cut off*, con azzeramento delle emissioni verso l'alto (come dimostra, peraltro, l'esistenza dei parametri G4, G5, G6); infine, a ritenere il parametro G\* utile ai fini della tutela degli utenti della strada, trattandosi di parametro relativo al contenimento della “luce molesta”, e, neppure valido quale riferimento assoluto, poiché come chiarito dalla norma tecnica UNI EN 13201-2, di cui si contesta una disamina incompleta, contraddittoria e fuorviante, la “luce molesta” è verificabile attraverso fonometrie, alle quali si applicano le metodologie del Technical Report della Commissione Internazionale (CIE).

6.4. Con la quarta censura (III.IV) l'appellante sostiene: *“L'equivalenza della soluzione tecnica adottata da ..... Il Giudice amministrativo non può legittimamente pronunciare su contenuti tecnico – discrezionali del progetto, così violando la riserva della funzione amministrativa. La non contraddittorietà e la legittimità dei provvedimenti e della difesa di ..... L'errore nel giudicare l'operato della Stazione Appaltante (o più precisamente della Commissione): l'offerta di AEC non poteva essere esclusa”*: il giudice, decidendo l'esclusione di ..... s.r.l.

per aver fornito prodotti con classificazione inferiore a G3, avrebbe sostituito la propria valutazione di merito al giudizio tecnico – discrezionale della stazione appaltante maturato in fase di predisposizione degli atti di gara, quando si era ritenuto opportuno utilizzare i Criteri ambientali minimi di cui al decreto 23 dicembre 2013, ma non imporre la classificazione G3, considerando ad essa equivalente anche una classificazione inferiore se combinata con altre e diverse specifiche tecniche; la scelta tecnico – discrezionale, non manifestamente irragionevole, sarebbe stata, invece, rispettata dalla commissione giudicatrice per aver ritenuto ammissibile l’offerta dell’aggiudicataria, alla luce della corrispondenza tra i contenuti della “Relazione descrittiva dell’offerta” e le “Schede di prestazione illuminotecnica”.

In sostanza, la commissione giudicatrice, intendendo perfettamente i documenti a base di gara, avrebbe ritenuto il parametro G\*, di valutazione della “classe di intensità luminosa”, di per sé poco significativo e potenzialmente alternativo ad altri indicatori, come, ad esempio, il parametro fTI, e che, dunque, in presenza di prodotti offerti con caratteristiche esposte nella “Relazione illuminotecnica” conformi ai parametri indicate nelle Schede di raffronto, l’offerta dovesse essere senz’altro ammessa.

6.5. Con altra censura (erroneamente indicata come III.IV, e, in realtà, seguendo l’ordine dell’appellante III.V) si afferma: *“L’offerta di AEC è conforme al DM 23 dicembre 2013, tutela i medesimi interessi con una soluzione equivalente (proprio quella progettata dalla stazione appaltante). L’errore nel giudicare senza tenere conto del principio di equivalenza”*: anche ammesso che il parametro G fosse da ritenere rilevante e non soddisfatto dai prodotti offerti dall’aggiudicatario, sarebbe, comunque, violato il criterio dell’equivalenza – previsto, in attuazione del principio del *favor participationis* di cui all’art. 68 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – per essere la soluzione tecnico – progettuale dell’aggiudicataria funzionalmente equivalente, nel suo complesso, ad altre nelle

quali sia rispettata la classificazione minima G3, come emerso, non solo dai contenuti della “Relazione descrittiva dell’offerta”, ma anche dai report delle verifiche successive all’aggiudicazione: mediante la combinazione di ottiche ed accessori l’offerta dell’aggiudicataria consentirebbe di ottenere una classificazione dell’impianto conforme alle norme vigenti al momento dell’esecuzione, così come prescritto dal Capitolato tecnico prestazionale.

E’ ulteriormente affermata: *“La conformità di tutti i prodotti AEC rispetto alla normativa vigente al momento dell’esecuzione. L’errore nel giudicare senza tenere conto delle previsioni di cui al DM 27 settembre 2017, vigenti al momento dell’esecuzione”*: ricorda l’appellante che, alla pubblicazione del bando, era vigente il d.m. 23 dicembre 2013, ma, all’atto della stipula del contratto, il 21 novembre 2017, era vigente il d.m. 27 settembre 2017 che ha sostituito la classificazione minima G3 per la “classe di intensità luminosa” con quella inferiore G2 (modica spiegabile per il fatto che la nuova tecnologia LED consente di emissioni più aperte, ma controllate verso l’alto e verso il basso, con un miglioramento complessivo delle performance ambientali) ed è questo il parametro al quale occorrerebbe fare riferimento in fase di esecuzione considerato che il Capitolato tecnico prestanziale imponeva l’applicazione delle normative ivi richiamate *“nella versione più recente in vigore, comprensive di successivi aggiornamenti e varianti (...) vigente all’esecuzione”*; non sarebbe possibile, pertanto, disporre l’esclusione di un’offerta conforme al parametro richiesto al momento in cui i singoli ordinativi rispetto all’accordo – quadro andranno ad essere eseguiti.

6.6. L’ultima censura (erroneamente indicata III.V. ed invece III.VI) è diretta a sostenere *“La prevalenza delle norme regionali più restrittive e la conseguente non applicabilità dei CAM di cui al DM 2013. Il Giudice di primo grado opera una valutazione tecnica ed omette di considerare le più stringenti norme regionali che determinano la disapplicazione dei CAM di cui ai Decreti ministeriali?”*: il giudice non avrebbe considerato il parametro G recessivo rispetto alle prescrizioni della legge regionale Toscana n. 39 del 2005, che impone

l'azzerramento della dispersione verso l'alto nelle zone tutelate ed alla quale si è adeguata la stazione appaltante al punto 7.7 del Capitolato tecnico prestanziale.

7. L'appello di ..... s.r.l. è articolato in quattro motivi che sostanzialmente contengono le medesime censure svolte da ..... s.p.a..

In particolare, nel primo motivo (*“Erroneità e contraddittorietà della motivazione riguardo un elemento decisivo; erronea ed omessa valutazione degli elementi probatori, erronea applicazione dei principi sottesi alla fattispecie”*), si contesta al giudice di primo grado di non aver tenuto conto che la stazione appaltante, pur facendo applicazione dei Criteri ambientali minimi in tema di fornitura di apparecchi luminosi, non aveva utilizzato il parametro G\*, ma altri parametri, previsti dalle normative tecniche di settore (e, segnatamente, dalla norma tecnica UNI EN 13201-2) più adeguati in relazione alla fornitura richiesta.

Tanto sarebbe possibile evincere dalle *“schede delle prestazioni illuminotecniche in configurazione stradale tipica”* riportate nel Capitolato tecnico di gara ove il parametro decisivo per la misura dell'abbagliamento debilitante era individuato nel parametro fTI, tant'è che la stazione appaltante forniva tutti i tipologici di calcolo, comprensivi della classificazione del manto stradale, ai fini dell'apprezzamento dell'abbagliamento, necessari per l'applicazione di detto parametro; la limitazione dell'abbagliamento debilitante potrebbe essere accertata facendo applicazione del parametro G\* solo in presenza di particolari condizioni, le c.d. zone di conflitto.

Nel secondo motivo (*“Erroneità e contraddittorietà della motivazione, difetto di istruttoria, erronea ed omessa valutazione degli elementi probatori, erronea applicazione dei principi sottesi alla fattispecie”*) è contestata la sentenza per non aver individuato nel parametro fTI il parametro prevalente per il calcolo dei fenomeni di abbagliamento, come ricavabile dalla norma EN 13201-2:2016 per la quale, in assenza di zone di conflitto e in presenza di tipologici di calcolo, il parametro G\*3 è privo di utilità.

Con il terzo motivo (*“Erroneità e contraddittorietà della motivazione riguardo alla normativa regionale, erronea ed omessa valutazione degli elementi probatori, erronea applicazione dei principi sottesi alla fattispecie”*) l'appellante evidenzia l'insussistenza delle condizioni per l'applicazione della classificazione G\* poiché la normativa regionale (l.reg.Toscana 21 marzo 2000, n. 37) prescriveva nell'allegato C, art. 11, comma 1, che i nuovi impianti dovessero adottare sistemi di illuminazione con un flusso luminoso nell'emisfero non superiore al 3% e a tale parametro risultavano conformi i prodotti offerti con indice ULOR (Upward Light Output Ratio – indice percentuale di flusso luminoso emesso verso l'alto) pari a 0,0000%.

8. L'appello di ..... s.p.a. e quello di ..... s.r.l. sono fondati e vanno accolti.

8.1. Si discute nel presente giudizio della conformità o meno dei prodotti offerti dall'aggiudicataria, ..... s.r.l., alle specifiche tecniche elaborate dalla stazione appaltante e riportate nei documenti di gara, e, segnatamente, della loro rispondenza al parametro di misurazione dell' "intensità luminosa" G\*, articolato nelle classi G1 a G6.

In particolare, è contestato alla commissione giudicatrice di non aver disposto l'esclusione dell'offerta di ..... s.r.l. sebbene avesse offerto apparecchi luminosi di classe G2, e, dunque, inferiori alla classe minima G3 richiesta dai Criteri ambientali minimi in vigore al momento dell'indizione della procedura di gara (contenuti nel d.m. 23 dicembre 2013).

Così definito l'oggetto del giudizio, per rispondere ai motivi di appello è apparso necessario: a) verificare se nell'ambito delle prescrizioni costituenti le specifiche tecniche dei prodotti, come elaborate dalla stazione appaltante, fosse stato imposto agli operatori economici il rispetto del parametro G\* nonché nella classe minima G3, ovvero se fosse stato imposto loro, per la medesima caratteristica tecnica dei prodotti, il rispetto di altro parametro e, in particolare (alla luce delle allegazioni delle

parti), il parametro fTI; b) se i prodotti offerti dall'aggiudicataria rispondessero o meno alle specifiche tecniche elaborate dalla stazione appaltante, per come in precedenza ricostruite, se, cioè, fossero conformi alla classe minima richiesta per il parametro G\* ovvero a quella richiesta per il parametro fTI, ovvero anche se potessero essere considerate equivalenti.

8.2. Per dar risposta alle predette questioni è stato necessario avvalersi di un verificatore, il quale

ha chiarito:

- nella risposta al quesito sub a, che il parametro G\* identifica la *“categoria di intensità luminosa” di un apparecchio di illuminazione caratterizzata dal rispetto di determinati limiti di intensità luminosa (fascio di luce emesso) rispetto ad angoli crescenti (70°, 80°, 90° rispetto alla verticale)”,* precisando ulteriormente che tale categoria *“è utile, e utilizzata nella pratica, per la selezione degli apparecchi in riferimento alla limitazione dell'abbagliamento quando non è possibile calcolare quantitativamente l'effettivo abbagliamento generato dalle sorgenti tenendo conto della loro reale installazione” poiché “Quando è possibile calcolare l'effettivo abbagliamento tenendo conto della reale installazione degli apparecchi e delle caratteristiche della strada, il parametro G\* risulta inutile e superato dal calcolo illuminotecnico dell'abbagliamento”.*

- nella risposta al quesito sub b), invece, che *“la normativa tecnica vigente al momento della indizione della gara e vigente al momento della esecuzione della fornitura non individuava livelli minimi per la classe di intensità luminosa G\*, rifacendosi ad altri parametri per il soddisfacimento dei requisiti per l'abbagliamento”* e che sono le disposizioni normative sui Criteri ambientali minimi ad individuare un livello minimo per la classe di intensità luminosa G\* almeno pari a G3, (d.m. 23 dicembre 2013) e, successivamente, almeno pari a G2 (d.m. 27 settembre 2017);

- nella risposta al quesito sub c), che *“la limitazione dell'abbagliamento debilitante è svolto mediante il calcolo del parametro fTP”;*



- nella risposta al quesito sub d) che le “schede delle prestazioni illuminotecniche in configurazione stradale tipica” predisposte dalla stazione appaltante definiscono i livelli prestazionali richiesti con riferimento alla norma UNI 13201-2 e non indicano un determinato livello del parametro  $G^*$  come requisito essenziale degli apparecchi luminosi” ulteriormente aggiungendo che: “Il livello del parametro  $G^*$  idoneo a soddisfare la limitazione dell’abbagliamento secondo la norma UNI 13201-2 quando non è possibile utilizzare l’incremento di soglia fTI, dipende dalla situazione specifica di installazione come indicato nell’appendice informativa A della norma stessa. Tale categoria sarebbe  $G^*1$  per strade urbane secondarie e zone associate o zone di conflitto, e  $G^*4$  per situazioni particolari quali dossi e ponti. Le sezioni stradali indicate nelle schede di prestazione illuminotecnica non rappresentano zone di conflitto, pertanto non definiscono un valore minimo di  $G^*$  richiesto ai sensi della norma UNI 13201-2.”.

Il definitiva, il verificatore ha spiegato come, dall’esame delle schede tecniche (denominate, esattamente, “Schede di prestazione illuminotecnica”), risultasse che la caratteristica prestazionale della limitazione dell’abbagliamento era garantita imponendo il rispetto della norma tecnica UNI – 13201-2, e, così, attraverso il (calcolo del) parametro fTI in quanto ritenuto criterio più adeguato a tale verifica, mentre il parametro  $G^*$  era considerato residuale, utilizzabile solamente nei casi in cui, per le particolari caratteristiche della zona di installazione dell’apparecchio luminoso, c.d. zone di conflitto, il primo non potesse essere utilizzato.

8.3. E’, dunque, errato il ragionamento del giudice di primo grado secondo il quale era imposto agli operatori di offrire apparecchi luminosi conformi al parametro  $G^*$ e appartenenti ad una classe non inferiore a G3, poiché il d.m. 23 dicembre 2013, ove detto parametro era richiamato come Criterio minimo ambientale, costituiva solo una tra le varie “leggi e normative” indicate nella tabella di cui all’art. 2 del Capitolato tecnico prestazionale ed, invece, il disciplinare di gara imponeva agli operatori concorrenti di presentare una Relazione illuminotecnica che desse prova della

conformità dei prodotti offerti alle prestazioni indicate nelle Schede di prestazione, con ciò individuando in queste il termine di raffronto ultimo dei prodotti offerti alle richieste della stazione appaltante.

Era, dunque, indispensabile accertare in che modo le diverse prescrizioni contenute nelle fonti regolanti il particolare settore degli apparecchi di illuminazione fossero state sviluppate dalla stazione appaltante nell'elaborazione delle specifiche tecniche prestazionali come riportate nelle schede tecniche inserite nel Capitolato.

La verifica, effettuata nel presente grado d'appello, ha consentito di accertare, come anticipato, che la stazione appaltante aveva ritenuto di dar prevalenza alle prescrizioni contenute nella norma tecnica UNI- 13201-2 e, così, al parametro, fTI, nella valutazione della caratteristica tecnica della limitazione dell'abbagliamento debilitante, e ritenere solo residuale il parametro G\*.

8.4. ....s.p.a., nella memoria depositata in vista dell'udienza pubblica, oppone, da un lato, che, per questo, le schede delle prestazioni illuminotecniche si ponevano in contrasto con il d.m. 23 dicembre 2013 non essendo consentito alla stazione appaltante adottare atti e documenti di gara derogatori delle prescrizioni contenute nella normativa regolamentare che fissa i Criteri ambientali minimi, e, dall'altro, che, in ogni caso, il rispetto del parametro fTI, non era richiesto in tutte le schede di prestazione illuminotecnica poste a base di gara, ma solo in quelle da 1 a 14, relative alle "categorie M, traffico motorizzato" e non, invece, in quelle da 15 a 22, relative alle categorie C e P, zone di conflitto e traffico pedoni/ciclisti".

Le critiche non sono condivisibili.

Le schede tecniche non contrastano con il d.m. 23 dicembre 2013, vigente all'epoca di indizione della procedura di gara, poiché è stato convincentemente dimostrato dal verificatore che l'obiettivo prestazionale cui è riferito il parametro G\* richiamato dal decreto ministeriale era meglio raggiunto imponendo un livello massimo di altro

parametro, fTI, rispetto al quale il parametro G\* si presenta come residuale in quanto applicabile alle sole situazioni in cui il primo non risulti utile.

Quanto alla seconda critica, il verificatore, nella risposta al quesito sub e), ha precisato che le schede da 1 a 14 riportavano in modo esplicito il valore massimo del parametro fTI, mentre le schede da 15 a 19, relative alle categorie P e C, non riportavano in modo esplicito il valore massimo del parametro fTI, ma, comunque, richiamando la normativa UNI 13201-2 per i requisiti illuminotecnici da soddisfare, facevano indirettamente riferimento al parametro fTI considerato nell'appendice C della predetta norma tecnica.

8.5. La commissione giudicatrice, pertanto, ha correttamente valutato la corrispondenza delle caratteristiche prestazionali dei prodotti offerti da ..... s.r.l. alle specifiche tecniche contenute nelle schede delle prestazioni illuminotecniche.

Prova decisiva, in tal senso, se ne ha nella risposta fornita dal verificatore al quesito sub g): *“i prodotti offerti garantiscono gli standard prestazionali richiesti dal Capitolato, in funzione della installazione prevista per gli impianti tipo”* e, sebbene per alcuni impianti tipo il livello G\*3 non è raggiunto, *“ciò non inficia il livello prestazionale minimo richiesto per l'impianto secondo la normativa UNI 13201-2”*, anche, perché *“per le situazioni in cui la classe di intensità luminosa G\*3 non è raggiunta, è possibile ridurre l'intensità luminosa al di sopra di specifici angoli, al fine di ottenere la classe desiderata, mediante schermi accessori, da installare sugli apparecchi già predisposti dalla fabbrica”*.

Come sostenuto da ..... nella sua quarta censura, rivalutare i prodotti offerti da ..... s.r.l. alla luce del (mancato) rispetto del parametro G\* significherebbe sostituire alle caratteristiche tecniche pretese della stazione appaltante nelle prescrizioni tecniche del capitolato prestazionale, altre caratteristiche tecniche, non solo invadendo la sfera di discrezionalità tecnica riservata alla stazione appaltante,

ma alterando completamente la procedura di gara mediante la modificazione delle regole che ne presiedevano lo svolgimento.

8.6. In conclusione, la terza e quarta censura contenuta nell'unico motivo di appello di ..... s.p.a. e il primo e secondo motivo dell'appello di ..... s.r.l. vanno accolti, assorbiti tutti gli altri, e la sentenza di primo grado riformata anche nella parte in cui ha ritenuto di accogliere il ricorso principale che, invece, va respinto.

Allo stesso modo va respinto il settimo motivo dell'appello incidentale di ..... s.p.a. che, per il caso di accoglimento dell'appello principale, richiedeva dichiararsi l'illegittimità della lex specialis nella parte in cui non richiama espressamente il parametro G\* come specifica tecnica condizionante l'ammissibilità dell'offerta.

Si è infatti, spiegato che il parametro G\* risulta, in effetti, richiamato, mediante il riferimento al d.m. 23 dicembre 2013, ma nei limiti ed alle condizioni in precedenza esposte, che valgono ad escludere ogni profilo di illegittimità degli atti di gara.

8.7. L'appello del Comune di Firenze – articolato in due motivi diretti a contestare, rispettivamente, l'ammissibilità del ricorso principale di ..... s.p.a. per mancata tempestiva impugnazione del bando di gara nel termine decorrente dalla sua pubblicazione e il difetto di istruttoria della sentenza in punto di accertamento tecnico dell'idoneità degli apparecchi offerti – resta assorbito dall'accoglimento degli appelli proposti dalla altre parti.

9. Resta da esaminare il quinto motivo dell'appello incidentale di ..... s.p.a. con il quale la sentenza di primo grado è censurata per “*Error in iudicando ed error in procedendo (violazione di legge – violazione e falsa applicazione dell’art. 97, D.lgs. n. 50/2016 – violazione e falsa applicazione art. 97 Cost. Violazione e falsa applicazione dei principi di par condicio trasparenza, imparzialità, pubblicità e buon andamento della P.A.. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento di atti e di fatti, abbaglio dei sensi, erroneità dei presupposti, difetto di motivazione, sviamento, contraddittorietà e manifesta ingiustizia)*”: il giudice di primo grado avrebbe errato a respingere il (secondo) motivo di ricorso diretto ad ottenere

l'esclusione dell'aggiudicataria per aver fornito giustificativi incompleti nel termine perentorio fissato dalla stazione appaltante all'avvio della verifica dell'anomalia dell'offerta, rendendo così necessaria un'ulteriore richiesta della stazione appaltante, in elusione dei termini dalla stessa stabiliti.

9.1. Precisa l'appellante incidentale che con nota 5 luglio 2017 prot. n. 279.17GC/GM/ap la stazione appaltante aveva richiesto ad ..... s.r.l. di fornire giustificazioni relative ai prezzi dei prodotti offerti nel termine di 15 giorni e che questa aveva fornito dette giustificazioni il 20 luglio; la stessa amministrazione, tuttavia, le reputava incomplete, lacunose e insufficienti a fugare i sospetti di anomalia, tanto è vero che reiterava la sua richiesta di giustificazioni con nota 26 luglio 2017 prot. n. 307.17GC/GM/ap.

La tesi dell'appellante incidentale è, dunque, che la produzione di giustificazioni, che la stessa stazione appaltante reputi incomplete, sia pur fornite nel termine perentorio fissato nella richiesta di avvio della verifica di anomalia, va equiparata alla mancata produzione di giustificazioni, poiché, diversamente opinando, si consentirebbe all'operatore economico la facile elusione del termine che l'art. 97 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 impone sia rispettato nella risposta alla stazione appaltante.

10. Il motivo è infondato; la sentenza di primo grado merita conferma sul punto, sia pure con talune precisazioni.

10.1. Il giudice di primo grado ha respinto il motivo di ricorso per aver ritenuto il termine previsto dall'art. 97, comma 5, d.lgs. n. 50 cit., di quindici giorni dalla richiesta inoltrata dalla stazione appaltante, per la presentazione delle giustificazioni nell'ambito della verifica di anomalia dell'offerta, un termine non perentorio, con conseguente possibilità per la stazione appaltante, in difetto di espressa previsione contraria contenuta nella legge di gara, di proroga del termine ovvero di reiterare la richiesta di giustificazioni o, ancora, di richiedere chiarimenti ed ulteriori approfondimenti, poiché a ciò non osta il principio della par condicio garantito dalla

immodificabilità delle offerte, con l'ulteriore precisazione che spetta alla stazione appaltante, nella sua discrezionalità, individuare il più corretto e opportuno temperamento delle esigenze di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa e di speditezza della procedura.

10.2. In realtà, per la vicenda *de qua*, è del tutto irrilevante stabilire se il termine di cui all'art. 97, comma 5, d.lgs. n. 50 sia perentorio o meno, poiché esso è stato rispettato dall'aggiudicatario che, come allegato dalla stessa appellante, ha provveduto a fornire le giustificazioni richieste dalla stazione appaltante; quel che, invece, occorre accertare è se sia possibile per la stazione appaltante, che non abbia potuto maturare un sicuro convincimento (in un senso o nell'altro) dalle prime giustificazioni fornite dall'operatore sottoposto a verifica, richiedere ulteriori spiegazioni o chiarimenti.

Detto altrimenti, si tratta di stabilire se il procedimento di verifica dell'anomalia debba necessariamente risolversi nell'unica fase menzionata nella disposizione, costituita dalla richiesta della stazione appaltante e dalla presentazione delle giustificazioni del concorrente, in ciò differenziandosi dal procedimento "trifasico" (giustificativi, chiarimenti, contraddittorio) di cui al previgente art. 86, comma 5, del D.Lgs. n. 163 del 2006.

10.3. La questione è stata di affrontata recente da questa Sezione, nella sentenza 28 gennaio 2019, n.690, che è giunta ad affermare il principio per il quale è consentito alla stazione appaltante richiedere ulteriori chiarimenti o spiegazioni supplementari dopo le prime giustificazioni fornite dall'appellante se essa non abbia maturato il convincimento dell'anomalia dell'offerta.

Le argomentazioni della citata pronuncia, cui si rimanda, sono pienamente condivise dal Collegio che, dunque, intende fare applicazione.

La nota del 26 luglio 2017 dimostra chiaramente come la stazione appaltante avesse ritenuto, nel complesso, validi i primi giustificativi forniti da ..... s.r.l. e solo

si sia preoccupata di acquisire ulteriori chiarimenti su taluni specifici profili (al punto 1, un dettaglio aggiuntivo dei costi per spese generali, e al punto 2, una spiegazione sui “dati di guasto”), muovendosi, dunque, nei limiti pienamente consentiti dalle disposizioni codicistiche per come interpretate dalla giurisprudenza.

11. In conclusione, l'appello incidentale va interamente respinto.

12. Deve essere infine dato riscontro alla nota del 13 settembre 2019, con del prof. Luigi Martirano, Associato di Impianti elettrici presso il Dipartimento di ingegneria aeronautica, elettrica ed energetica dell'Università La Sapienza di Roma, incaricato della verifica cui in precedenza è stato fatto riferimento, per delega del Preside della Facoltà di Ingegneria civile e industriale con nota 11 giugno 2019 prot. 2057/2019.

Con detta nota viene richiesta la liquidazione degli oneri di verifica, calcolati ai sensi dell'art. 11 del d.m. 30 maggio 2002, n. 182 (che prevede che per la perizia o la consulenza tecnica spetta un onorario a percentuale calcolato a scaglioni) mediante quantificazione in € 5.569.500,30 del valore della fornitura oggetto di verifica e, utilizzando per ogni scaglione l'aliquota massima, per una somma complessivamente indicata in € 9.851,73 raddoppiata ai sensi dell'art. 52, comma 1, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 114.

L'art. 66, comma 4, Cod. proc. amm. stabilisce che per la liquidazione del compenso al verificatore si applicano le tariffe stabilite dalle disposizioni in materia di spese di giustizia, ovvero, se inferiori, quelle eventualmente stabilite per i servizi resi dall'organismo verificatore.

In proposito, va rilevato che attualmente la liquidazione del compenso in favore degli ausiliari del giudice amministrativo avviene mediante l'utilizzo del sistema dei parametri introdotto dal d.m. 20 luglio 2012, n. 140 e non più in base al sistema tariffario di cui al d.m. 30 maggio 2002, n. 182 a seguito dell'abrogazione del sistema delle tariffe professionali e tutte le disposizioni che ad esse rinviavano, fornendo la

base normativa per l'emanazione di detto d.m. 140 del 2012 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2015, n. 2015).

Tuttavia, secondo condivisa giurisprudenza, il sistema dei parametri non è vincolante per il giudice ed assume solo un valore orientativo, essendo imperniato su criteri soggettivi, oggettivi e funzionali (in ultimo, Cons. Stato, sez. III, 29 novembre 2019, n. 8205).

Nel caso che occupa, tenuto conto della non vincolatività di detto sistema e della complessità della prestazione svolta dall'ausiliario del giudice, deve ritenersi che la somma di Euro 9.851,73, quantificata a titolo di onorario dal verificatore sia congrua.

Il compenso del verificatore è posto a carico di .....s.p.a., che provvederà ad effettuare il relativo pagamento secondo le modalità indicate che le saranno indicate dal verificatore stesso.

13. La complessità della controversia, che ha richiesto per la sua decisione l'espletamento di una verifica, giustifica la compensazione tra tutte le parti in causa delle spese del doppio grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti, accoglie l'appello di ..... s.p.a. e di ..... s.r.l. e l'appello incidentale di .....s.p.a., per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana n. 645/2018, respinge il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado di .....s.p.a. e respinge il ricorso incidentale di ..... s.r.l.; assorbito l'appello del Comune di Firenze.

Liquida al verificatore la somma di € 9.851,73, che pone a carico di .....s.p.a..

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del doppio grado del giudizio.

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



Così deciso in Roma nella camera di consiglio

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

**IL SEGRETARIO**