

Publicato il 15/06/2021

N. 00612/2021 REG.PROV.COLL.  
N. 00280/2021 REG.RIC.



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 280 del 2021, proposto dal Consorzio Stabile Three For Tech Group Scarl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Ceceri e Antonio Nardone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Gruppo Torinese Trasporti - GTT Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocata Francesca Dealessi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

a) del provvedimento adottato dal Gruppo Torinese Trasporti s.p.a. (d'ora in avanti GTT) recante la esclusione della ricorrente dalla gara per la manutenzione annuale hardware e software HPE (Hewlett Packard Enterprise) per il periodo 1° gennaio 2021 – 31 dicembre 2021 (cig 86673088D2);

b) in parte qua, del bando o avviso, del disciplinare di gara e del capitolato di gara, nella parte (o nelle parti) in cui pretendono che il servizio possa essere

reso solo da soggetti accreditati presso la Hewlett Packard Enterprise (HPE) come Platinum partner, o laddove pretendono un certo tipo di servizio (HPE Datacenter Care Service) senza ammettere servizi equivalenti, e comunque nelle parti lesive specificate infra.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Gruppo Torinese Trasporti - GTT Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 giugno 2021 il dott. Marcello Faviere e uditi per le parti i difensori mediante collegamento da remoto, ai sensi degli artt. 25, comma 1, del d.l. n. 137/2020 e 4, comma 1, del d.l. n. 28/2020, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. La Gruppo Torinese Trasporti S.p.A. (GTT) ha indetto (con determinazione dell'amministratore Delegato n. 69 del 25.02.2021) una procedura selettiva telematica di tipo aperto avente ad oggetto la manutenzione annuale di hardware e software *Hewlett Packard Enterprise* (HPE), per un importo a base d'asta di euro 155.000,00 e con criterio di aggiudicazione al minor prezzo.

La stazione appaltante è un ente aggiudicatore che opera nel settore dei trasporti e l'appalto in questione, definito come connesso a tale attività, rientra nei settori speciali di cui al D.Lgs. n. 50/2016.

La procedura è stata pubblicata sul portale della stazione appaltante il 11.03.2021 ed il termine finale di presentazione delle offerte era il 30.03.2021 (cfr. doc. 5 di parte resistente).

Alla gara hanno partecipato TIM SpA (risultata poi miglior offerente), Var Group SpA ed il Consorzio odierno ricorrente.

Quest'ultimo ha partecipato alla gara offrendo un prodotto equivalente (il servizio *T4T service datacenter*) che si presenta come sostitutivo “*della dichiarazione di accredito presso la società HPE come Platinum partner*” (come risulta dal verbale di gara del 30.03.2021, cfr. doc n. 15 di parte resistente).

In ragione di ciò l'offerta del Consorzio è stata esclusa per le seguenti ragioni, come risulta dal verbale del 8.04.2021 (cfr doc 16 di parte resistente) “*nel disciplinare di gara non è stata ammessa la fornitura di prodotti equivalenti ed è stato espressamente indicato come requisito di partecipazione l'accreditamento presso la società HPE come “Platinum Partner”; si precisa che solo il proprietario della licenza del prodotto può scaricare e utilizzare materiali di supporto HPE, nessuna terza parte, inclusi i provider di supporto non autorizzati, possono accedere né utilizzare i materiali di supporto per l'aggiornamento dei prodotti HPE*”. Il verbale prosegue con la constatazione del mancato possesso del requisito dell'accreditamento come Platinum Partner presso HPE.

L'esclusione è stata comunicata dal RUP con PEC del 8.04.2021.

Avverso tale provvedimento nonché la *lex specialis* di gara (disciplinare e capitolato) è insorto il Consorzio mediante ricorso notificato il 12.04.2021, ritualmente depositato avanti questo Tribunale, con il quale lamenta in tre distinti motivi violazione di legge ed eccesso di potere, instando altresì per il rilascio di misure cautelari (cui il ricorrente ha rinunciato con dichiarazione depositata il 27.04.2021).

Per resistere al gravame si è costituito GTT S.p.A. (il 20.04.2021) che ha depositato memoria e documenti (il 26.04.2021). Hanno fatto seguito il deposito di memorie e documenti di entrambe le parti (il 21.05.2021), dalle quali si evince che l'amministrazione non ha proceduto all'aggiudicazione né alla stipula del contratto, di memoria di replica del 28.05.2021 della resistente.

All'udienza pubblica del 8.06.2021, sentiti i difensori delle parti, con le modalità di cui all'art. 25 del d.l. n. 137/2020, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è fondato.

3. Con il primo ed il terzo motivo, che si trattano congiuntamente per ragioni di connessione, si lamenta violazione del principio di equivalenza ex art. 68 del D. Lgs. n. 50/2016, del principio di *favor participationis*, del principio di proporzionalità, del principio di tassatività delle cause di esclusione, violazione dell'obbligo di *clare loqui* ed eccesso di potere per illogicità.

In particolare il ricorrente evidenzia che sia il disciplinare (all'art. 1) che il Capitolato (all'art. 3) precisano che il servizio richiesto dev'essere “*del tipo*” *HPE Datacenter Care Services*, con ciò aprendo alla possibilità di forniture equivalenti, lamentando che l'amministrazione lo avrebbe interpretato come se fosse ammissibile “solo” il prodotto *HPE Datacenter Care Services*. Con ciò la stazione appaltante avrebbe violato la stessa legge di gara o quantomeno il principio del *favor participationis*, poiché in presenza di clausole ambigue avrebbe dovuto ammettere il più ampio confronto concorrenziale.

In ogni caso la *lex specialis* sarebbe illegittima per aver violato il principio del *clare loqui*, il principio di equivalenza di cui all'art. 68 del D.Lgs. n. 50/2016 e preteso il requisito dell'accreditamento presso HPE come *Platinum Partner* che si presenterebbe illogico e sproporzionato rispetto al fine, oltre che privo di valida ragione. L'amministrazione avrebbe errato procedendo con l'esclusione senza neanche valutare l'equivalenza del servizio offerto.

Con il terzo motivo, inoltre, si lamenta ulteriore violazione del principio di equivalenza e del principio di *favor participationis*, delle regole della concorrenza, della normativa di gara e dell'obbligo del *clare loqui*, nonché eccesso di potere per arbitrarietà e irragionevolezza. Il ricorrente sostiene che escludere l'equivalenza dei servizi significhi optare per un affidamento diretto a HPE o restringere la platea dei potenziali concorrenti soltanto ai rivenditori autorizzati alla commercializzazione del servizio *Datacenter Care Services*. Entrambe le opzioni si presenterebbero in contrasto con il principio del *favor participationis* nonché con il principio di equivalenza, inteso come immanente all'intera disciplina dell'evidenza pubblica, con ciò generando un effetto *lock-in* sul lato produttore.

La stazione appaltante, nelle proprie memorie sostiene che non vi sia ambiguità negli atti e che l'equivalenza, nel caso di specie, sia stata esplicitamente esclusa. Sostiene inoltre che la *lex specialis*, mediante la previsione dei citati requisiti, ha inteso garantire non solo le capacità tecniche dei concorrenti (desumibili dalle relazioni già attive con la casa madre), ma anche la possibilità di accesso ai materiali di supporto HPE e di intervento sul sistema informatico senza la necessità di reimpostazioni, migrazione dati, formazione di personale o interruzioni dell'attività della piattaforma.

Tali scelte gestionali sono giustificate dall'esigenza, anche economica, di mantenere una piattaforma essenziale per la gestione del servizio pubblico che costituisce il *core business* dell'impresa pubblica. Peraltro la gara sarebbe stata aperta a tutti i soggetti accreditati ampliando alla concorrenza quello che, in passato, era un servizio gestito come affidamento in esclusiva alla casa madre (come emerge dalla determina a contrattare, cfr. doc. 3 di parte resistente). Peraltro i concorrenti potevano partecipare alla gara in forma associata ed i requisiti sarebbero stati richiesti solo in capo alla capogruppo.

GTT S.p.A. inoltre evidenzia come anche laddove dovesse ammettersi l'operatività del principio di equivalenza, l'offerta presentata dal ricorrente non avrebbe passato tale vaglio illustrandone le ragioni tecnico gestionali.

Il Collegio ritiene che le doglianze contenute nel primo e nel terzo motivo siano condivisibili.

Occorre preliminarmente delimitare oggetto ed ampiezza dello scrutinio che, nel caso di specie, questo giudice è chiamato ad effettuare.

Il provvedimento di esclusione, come sopra riportato, motiva soltanto sull'assenza del requisito dell'accreditamento (come *Platinum Partner*) e l'inammissibilità di soluzioni equivalenti al servizio *HPE Datacenter Care Services*. Non contiene alcun riferimento ad un giudizio negativo di equivalenza effettuato dalla stazione appaltante. Quanto contenuto nella memoria di quest'ultima in ordine al giudizio negativo di equivalenza si presenta pertanto come una motivazione postuma non ammissibile al vaglio di questo giudice.

La giurisprudenza più consolidata, infatti, esclude tale possibilità poiché senza una motivazione anteriore al giudizio, verrebbero frustrati gli apporti (oppositivi o collaborativi) del partecipante al procedimento, essendo la motivazione della decisione strettamente legata alle risultanze dell'istruttoria. In altri termini non si può consentire all'amministrazione di modificare unilateralmente l'oggetto del giudizio rappresentato dall'atto originariamente adottato poiché verrebbero frustrate le basi del diritto di difesa, in quanto si imporrebbe al privato di attivare la tutela giurisdizionale praticamente al buio, potendo questi conoscere le ragioni alla base della decisione soltanto nel corso del processo. Anche recentemente la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha avuto modo di ribadire che *“il dibattito sulla motivazione postuma si è riproposto quando il legislatore, al fine di alleggerire il peso dei vincoli formali e procedurali di una pubblica amministrazione che si sarebbe voluta informata ad una logica di “risultato” più che alla legalità “formale” dei singoli atti, ha introdotto la regola della non applicabilità della misura caducatoria in presenza di difformità dallo schema legale che non abbiano influenzato la composizione degli interessi prefigurata nel dispositivo della decisione (si tratta, come noto, dell'art. 21-octies, comma 2, primo periodo, della legge 7 agosto 1990, n. 241, inserito dall'articolo 14, comma 1, della legge 11 febbraio 2005, n. 15). Le pronunce che avevano inizialmente ritenuto di fare applicazione della predetta clausola di non annullabilità, considerando il difetto di motivazione come vizio di carattere meramente formale reso irrilevante dall'accertamento che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, sono rimaste sporadiche e isolate. L'indirizzo maggioritario della giurisprudenza amministrativa si è infatti ben presto orientato nel senso che «il difetto di motivazione nel provvedimento non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma [...] e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti» (ex plurimis, Consiglio di Stato, sezione terza, 7 aprile 2014, n. 1629; sezione sesta, 22 settembre 2014, n. 4770; sezione*

*terza*, 30 aprile 2014, n. 2247; sezione quinta, 27 marzo 2013, n. 1808)” (Cons. Stato, 27.04.2021, sent. n. 3385).

Alle medesime conclusioni si giunge con riferimento all’ulteriore argomentazione con cui GTT S.p.A. evidenzia solo in giudizio, senza peraltro argomentare sul punto, che la ricorrente sarebbe carente altresì dei requisiti di capacità tecnica di cui alla lettera F) del disciplinare (servizi di manutenzione HW e SW nell’ultimo triennio non inferiori a euro 155.000).

Ciò premesso quello di cui si discute è se la stazione appaltante avrebbe potuto nella *lex specialis* di gara pretendere il requisito dell’accreditamento come *Platinum Partner* ed escludere la presentazione di offerte con servizi equivalenti.

Dalla ricostruzione delle parti, peraltro, i due aspetti si presentano connessi tra di loro poiché il possesso del requisito indicato consentirebbe la fornitura completa del servizio *HPE Datacenter Care Services* potendo contare sulla utilizzabilità dei prodotti di supporto; la mancanza di tale requisito costringerebbe i concorrenti a fornire soluzioni alternative.

La stazione appaltante per giustificare la propria scelta fa anche riferimento al fatto che “*solo il proprietario della licenza del prodotto può scaricare e utilizzare materiali di supporto HPE, nessuna terza parte, inclusi i provider di supporto non autorizzati, possono accedere né utilizzare i materiali di supporto per l’aggiornamento dei prodotti HPE*”. Tale conclusione è esplicitamente tratta dalle informazioni desunte dal sito web di HPE (in un passaggio dedicato all’accesso ai materiali per i prodotti *Hewlett-Packard Enterprise* di supporto, cfr. doc. 2 di parte resistente).

Dalla determinazione a contrattare è desumibile: l’intenzione di mettere in competizione partner HPE (al fine di evitare situazioni di *lock-in* e ottenere migliori condizioni economiche) per servizi di manutenzione reattiva, proattiva ed evolutiva.

Tale indicazione si è poi tradotta nel disciplinare (e nel capitolato):

- nella richiesta di un servizio “*del tipo “HPE Datacenter Care Services”*”. *Il Datacenter Care prevede: Call Handling evoluto per tutti gli apparati coperti dal contratto;*

*Monitoring dell'infrastruttura tramite IRS, apertura automatica delle chiamate HW; Team HPE assegnato, Account Support Manager onsite (HPE), TAM da remoto su apertura; chiamata, tecnico HW assegnato, eventuali figure specialistiche se necessarie, ingaggiate dall'ASM. Tutto le figure indicate sono regolari dipendenti Hewlett Packard Enterprise; Analisi/Installazione patch/firmware sugli apparati definiti nel perimetro; Analisi di performance e Capacity Planning sull'infrastruttura coperta da contratto” (cfr. doc. 2 e 3 di parte ricorrente e 6 e 7 di parte resistente).*

- nella previsione, tra le condizioni di partecipazione, dell'accreditamento come *Platinum Partner* HPE.

**Ciò premesso appare evidente che la stazione appaltante abbia sottovalutato, in sede procedimentale, la portata generale del principio della equivalenza esplicitato all'art. 68 del D.Lgs. n. 50/2016.**

In primo luogo, se da un lato risulta palese l'intento di restringere la competizione ai soli partner HPE, dall'altro appare contrastante con tale intenzione la previsione della indicazione dell'oggetto del contratto mediante l'utilizzo della locuzione “*del tipo*” che ragionevolmente lascia adito ad interpretazioni estensive tali da includervi servizi simili ed equivalenti. Ciò è ulteriormente rafforzato se si considera che tale requisito, avente natura tecnico-professionale (annoverabile tra quelli disciplinati dall'art. 83, comma 1 lett. c) del D. Lgs. n. 50/2016) oltre che essere posseduto dalla sola capogruppo (in caso di partecipazione collettiva) poteva costituire oggetto di avvalimento, ai sensi dell'art. 89 del medesimo decreto, come peraltro accaduto per la TIM S.p.A. (cfr. verbale sub doc. n. 15 di parte resistente).

In secondo luogo è pur vero che l'appalto in esame è stato bandito, in conformità all'art. 36 comma 8 (che così recita: “*Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 115 a 121, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, comunque, deve essere conforme ai principi dettati dal trattato UE a tutela della concorrenza*”) e quindi trova la propria disciplina di riferimento nel Regolamento per acquisti sotto soglia



comunitaria di forniture, servizi e lavori della stazione appaltante (cfr. doc. n. 4 di parte resistente) e nei principi comunitari a tutela della concorrenza.

È altrettanto vero, però, che il principio dell'equivalenza risulta immanente all'ordinamento degli appalti pubblici ed è esplicitamente esteso anche ai settori speciali sopra soglia (cfr. l'art. 122 del D.Lgs. n. 50/2016 che, tra le norme applicabili a detti acquisti, annovera anche l'art. 68 che seppure estensibile "*per quanto compatibil[e] con le norme di cui alla presente Sezione*" non trova contraddizione con gli articoli successivi). Orbene non vi sono ragioni per escludere l'applicazione di tale principio alle gare sotto soglia nei settori speciali, in quanto diretta emanazione del più generale principio di tutela della concorrenza.

La giurisprudenza ha avuto modo di evidenziare che "*Negli appalti pubblici, la norma dell'art. 68 del D.Lgs. n. 50/2016, in attuazione del principio comunitario della massima concorrenza, è finalizzata a che la ponderata e fruttuosa scelta del miglior contraente non debba comportare ostacoli non giustificati da reali esigenze tecniche. Il precetto di equivalenza delle specifiche tecniche impone che i concorrenti possano sempre dimostrare che la loro proposta ottemperi in maniera equivalente allo standard prestazionale richiesto*" (Cons. Stato Sez. III, 17/08/2020, n. 5063). "*In tema di gare pubbliche, l'art. 68 del D.Lgs. n. 50/2016 consente ai partecipanti (comma 8), di provare con qualsiasi mezzo appropriato l'equivalenza del prodotto offerto e la giurisprudenza amministrativa ammette che la stazione appaltante possa ravvisare l'equivalenza alla luce della documentazione tecnica versata in gara, anche in mancanza di una specifica indicazione dell'operatore, posto che il principio di equivalenza è immanente al settore dei contratti pubblici ed è preordinato a favorire la massima partecipazione alle gare e quindi a tutelare il principio di libera concorrenza*" (T.A.R. Lombardia Milano Sez. IV, 19/05/2020, n. 848).

Una soluzione contraria porterebbe alla paradossale quanto illegittima conclusione per la quale basterebbe frazionare artificialmente (ad esempio in quote annuali) un appalto relativo ad un servizio duraturo e permanente, per

eludere l'applicazione di regole e principi posti a diretto presidio della tutela della concorrenza e della massima partecipazione.

La stazione appaltante, nelle proprie memorie (e riprendendo quanto già illustrato nella determina a contrattare), evidenzia come la scelta di evitare l'ammissione di soluzioni equivalenti nonché di pretendere l'accreditamento quale *Platinum Partner* dipenda sia da ragioni di sicurezza per l'approvvigionamento dei materiali di supporto che di prontezza ed affidabilità nell'intervento (in particolare per quanto riguarda l'utilizzo di *firmware* e *patch* il cui utilizzo sarebbe, stando alle informazioni reperite sul sito web di HPE interdetto ai non licenziatari ed a *providers* terzi).

Il rifiuto di valutare soluzioni alternative per gli aspetti legati ai livelli di servizio, ai generali profili di sicurezza prestazionali e alle competenze messe a disposizione appare in palese contrasto con quanto rappresentato dal principio dell'equivalenza e del *favor participationis* e non sono state fornite valide ragioni a suo supporto. Tutte le esigenze gestionali ed economiche esposte dall'amministrazione, infatti, non giustificano la preclusione *ab origine* alla presentazione e alla valutazione di possibili soluzioni alternative. “*Nell'ambito delle gare pubbliche è riconosciuto in capo all'amministrazione un margine apprezzabile di discrezionalità nel richiedere requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica anche se più severi rispetto a quelli normativamente previsti, con il rispetto della proporzionalità e ragionevolezza e nel limite della contenenza e non estraneità rispetto all'oggetto della gara, in quanto tali compatibili con i principi della massima partecipazione, concorrenza, trasparenza e libera circolazione delle prestazioni e servizi, purché i requisiti richiesti siano attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto e la loro applicazione più rigorosa si correli a circostanze debitamente giustificate*” (T.A.R. Toscana Firenze Sez. III, 12/04/2019, n. 544). “*L'elaborazione delle Specifiche Tecniche è caratterizzata da un'elevata soglia di discrezionalità censurabile solo sotto il profilo della manifesta illogicità della scelta e della violazione dei limiti normativi di cui all'art. 68, comma 4, D.Lgs. n. 50 del 2016, costituiti dal rispetto della parità di accesso agli offerenti e dal divieto di creazione*

*di ostacoli ingiustificati alla concorrenza*” (T.A.R. Lazio Roma Sez. I bis, 29/01/2019, n. 1151).

In tali ambiti, infatti, l'amministrazione ha fornito solo argomentazioni attinenti il livello di interoperabilità, la sicura formazione, i minori costi indotti e la maggiore affidabilità che, per definizione, la presenza di relazioni preesistenti con la casa madre sicuramente offrono per la gestione di un sistema integrato come quello messo a gara. Come già evidenziato, però, tali elementi non possono giustificare una esclusione “a priori” della possibilità di valutare soluzioni alternative ma possono costituire validi criteri per argomentare, a valle, la preferenza o meno per una offerta che presenti caratteristiche asseritamente equivalenti a quelle indicate nelle specifiche nominative di gara.

Tali conclusioni valgono altresì per le esigenze di sicurezza ed operatività degli aggiornamenti relative all'accesso ai materiali che, a differenza delle altre, sono sorrette anche da profili di tutela del diritto d'autore (e questo vale sia per il supporto HW che SW come dedotto anche se non provato dalla stazione appaltante).

Come evidenziato le argomentazioni utilizzate dalla GTT S.p.A. derivano dalla constatazione di quanto reperito sul sito di HPE e, ad avviso del Collegio, provano troppo.

Le informazioni reperite dalla stazione appaltante fanno parte delle politiche commerciali e contrattuali della casa produttrice e, come tali, soggette a mutamenti caso per caso ed a discrezione della stessa (peraltro tale evenienza è riportata anche nelle istruzioni prodotte in giudizio, cfr. doc. 2 di parte resistente). In altri termini non vi è garanzia assoluta (proprio in ragione del fatto che tali dinamiche sono rimesse alla discrezione di un soggetto privato ed a esigenze di mercato) che anche un operatore terzo non possa trovare, a mezzo di accordi commerciali, la possibilità di poter intervenire sui prodotti soggetti a contratto di licenza anche senza la partnership codificata contrattualmente dalla casa madre.

Ciò ovviamente non significa che l'amministrazione non possa esprimere esigenze di sicurezza e standard qualitativi elevati per le prestazioni manutentive da acquisire sul mercato, ma solo che tale ampia discrezionalità non possa escludere, *in nuce*, l'onere di valutare le varie opzioni presenti sul mercato in chiave funzionale e che, anche solo potenzialmente, potrebbero rispondere in maniera soddisfacente, ai medesimi bisogni.

Non è un caso che la possibilità di porre a base di gara specifiche tecniche strutturate mediante il ricorso alla menzione di una provenienza determinata o ad un marchio sia ritenuta dall'ordinamento dei contratti pubblici eccezionale e legittima solo laddove risulti impossibile, o estremamente difficoltoso, ricorrere ad altre tecniche descrittive (funzionali o mediante il richiamo a specifiche comuni).

Non a caso il ricorso a locuzioni quali quelle utilizzate da parte resistente (“*del tipo HPE Datacenter Care Services*”) deve prioritariamente essere interpretato come ricorso a specifiche descrittive e nominative (mediante l'uso del nome commerciale di uno specifico prodotto) da utilizzare solo come mezzo per giungere ad una descrizione indiretta delle caratteristiche tecniche e funzionali ricercate e che non consente l'esclusione di offerte di servizi o prodotti equivalenti.

Il diritto comunitario e nazionale in materia di appalti, infatti, non riconosce alle stazioni appaltanti la facoltà di soddisfare i propri bisogni a scapito della tutela della concorrenza. Porre requisiti di accesso o definire specifiche tecniche, inibendo la possibilità stessa di valutare soluzioni alternative, può costituire una barriera all'ingresso sul mercato da parte di nuovi o diversi operatori in grado di offrire soluzioni funzionalmente soddisfacenti. Contrariamente a quanto annunciato nella determina a contrattare della stazione appaltante, tale meccanismo può in astratto generare un effetto di *lock-in*, incoraggiando l'utilizzo di rendite di posizione che generano perdite di efficienza nel processo di acquisto nel medio periodo per l'amministrazione committente (sono questi i concetti di fondo alla base della Comunicazione

della Commissione UE, COM(2013)455 del 25.06.2013, *Contro il lock-in: costruire sistemi TIC aperti facendo un uso migliore degli standard*).

Del resto, la giurisprudenza, in relazione al principio di equivalenza, ha condivisibilmente e costantemente affermato che "il d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (codice dei contratti) all'art. 68 si occupa delle "specifiche tecniche" e stabilisce al comma 1 che "le specifiche tecniche definite al punto 1 dell'allegato VII figurano nei documenti di contratto, quali il bando di gara, il capitolato d'oneri o i documenti complementari". Lo stesso articolo poi al comma 4 prevede espressamente che: "Quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche di cui al comma 3 lettera a), le stazioni appaltanti non possono respingere un'offerta per il motivo che i prodotti e i servizi offerti non sono conformi alle specifiche alle quali hanno fatto riferimento, se nella prova offerta l'offerente prova in modo ritenuto soddisfacente dalle stazioni appaltanti, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni da lui proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche". Ora è indubbio che con le disposizioni sopra indicate il legislatore, allorché le offerte tecniche devono recare per la loro idoneità degli elementi corrispondenti a specifiche tecniche, ha inteso introdurre, ai fini della valutazione del prodotto offerto dal soggetto concorrente, il criterio dell'equivalenza, nel senso cioè che non vi deve essere una conformità formale, ma sostanziale con le specifiche tecniche nella misura in cui dette specifiche vengono in pratica comunque soddisfatte. In altri termini occorre verificare se negli elementi che connotano l'offerta tecnica si ravvisa una conformità di tipo funzionale alle specifiche tecniche, senza che quindi si faccia luogo ad un criterio di inderogabile corrispondenza a dette specifiche. La giurisprudenza, chiamata a pronunciarsi sulla interpretazione della norma di cui al citato art. 68 non ha avuto esitazioni ad affermare la regola della possibilità per l'Amministrazione di ammettere prodotti equivalenti (Cons. Stato Sez. III 3/12/2015 n. 5494). Sempre al riguardo, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che il principio di equivalenza permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica e, specificatamente, la norma di cui all'art. 68 del d.lgs n. 163/2006 e che la possibilità di ammettere a seguito di valutazione della stazione appaltante prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del favor participationis (ampliamento della platea dei concorrenti) e costituisce

*altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione (Cons Stato Sez. III 2/9/2013 n. 4364; idem 13/9/2013 n. 4541). Parimenti in relazione alla specifica disposizione di cui al comma 4 del citato articolo del codice dei contratti, in giurisprudenza è stata affermata l'applicazione del criterio di sostanziale ottemperanza alle specifiche tecniche dei prodotti considerati equivalenti, senza che ciò possa comportare la esclusione dalla gara (Cons Stato Sez. VI 13/6/2008 n. 2959; Cons. Stato Sez. III 30/4/2014 n. 2273)” (Cons. St., sez. IV, 26/8/2016, n. 3701 richiamata in Cons. Stato, Sez. III, 20/11/2018, n. 6561).*

In esecuzione di tali principi e con riferimento alla specifica scelta di effettuare una gara limitata ai partner di una casa produttrice di prodotti informatici in giurisprudenza è stato condivisibilmente affermato che *“l’assunto dell’appellante va disatteso anche ove dovesse ritenersi che la committente avesse inteso preferire l’erogazione diretta del servizio dal produttore (che non avrebbe potuto essere altri che Cisco) all’utente finale. Nemmeno in tale eventualità si sarebbe potuto escludere che il servizio di manutenzione e supporto fosse fornito con modalità equivalenti a quelle del servizio Smart Net, a meno di optare per un affidamento diretto a Cisco o di restringere la platea dei potenziali concorrenti soltanto ai rivenditori autorizzati alla commercializzazione del servizio Smart Net di Cisco: ciò, sarebbe stato contrario al principio del favor participationis nonché al principio di equivalenza, inteso come immanente all’intera disciplina dell’evidenza pubblica, secondo costante e condivisibile affermazione giurisprudenziale laddove l’equivalenza va interpretata -secondo quanto appresso si dirà- come conformità sostanziale con le specifiche tecniche, nella misura in cui vengano nella sostanza soddisfatte”* (Cons. Stato, sez. V, 25/03/2020, n. 2093).

Orbene in conclusione la previsione contenuta nella *lex specialis* di limitare la partecipazione alla gara ai soli soggetti accreditati presso un produttore (nel caso di specie Partner Platinum HPE) è illegittima poiché non risponde a principi di logicità e ragionevolezza (con particolare riferimento alle finalità manutentive, ai livelli di servizio e, più in generale, alle esigenze manifestate dalla stazione appaltante nei documenti di gara).

Di conseguenza l'esclusione del ricorrente dalla gara per il solo fatto che la *lex specialis* non ammette fornitura di prodotti equivalenti e per il mancato possesso del requisito di partenariato come sopra descritto è illegittima. L'amministrazione avrebbe dovuto interpretare la *lex specialis* nel senso di consentire, proprio in ragione dell'immanenza del principio dell'equivalenza di cui all'art. 68 del D.Lgs. n. 50/2016, la partecipazione e procedere in sede procedimentale ad una valutazione sulla equivalenza o meno della fornitura offerta agli standard di capitolato.

*“Nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica, al fine di garantire la massima partecipazione alla gara d'appalto, non possono essere esclusi i prodotti che, anche se difformi dalle specifiche tecniche indicate dalla stazione appaltante, risultino prestazionalmente equivalenti a quelli richiesti essendo, comunque, idonei a garantire l'esecuzione della prestazione indicata nella legge di gara”* (T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, 18/02/2021, n. 236). *“Il principio di equivalenza trova applicazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica e "l'effetto di "escludere" un'offerta, che la norma consente di neutralizzare facendo valere l'equivalenza funzionale del prodotto offerto a quello richiesto, è testualmente riferibile sia all'offerta nel suo complesso sia al punteggio ad essa spettante per taluni aspetti e la ratio della valutazione di equivalenza è la medesima quali che siano gli effetti che conseguono alla difformità. L'art. 68, comma 7, del D.Lgs. n. 50/2016 non onera i concorrenti di un'apposita formale dichiarazione circa l'equivalenza funzionale del prodotto offerto, potendo la relativa prova essere fornita con qualsiasi mezzo appropriato; la commissione di gara può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla lex specialis”* (Cons. Stato Sez. III, 25/11/2020, n. 7404).

Per tali ordini di ragioni il primo ed il terzo motivo di ricorso sono fondati.

4. In considerazione degli esiti dello scrutinio di cui ai primi due motivi il Collegio ritiene di poter assorbire il secondo motivo.

5. Il ricorso nel suo complesso è fondato e pertanto dev'essere accolto. Per l'effetto il provvedimento di esclusione impugnato è annullato, così come la *lex specialis* (disciplinare e capitolato) limitatamente ai profili oggetto di impugnazione.

6. In considerazione dei fatti di causa e delle questioni giuridiche affrontate sussistono i presupposti per compensare le spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati come da motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2021 tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto previsto dall'art. 25, comma 2, del d.l. n. 137/2020, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente

Marcello Faviere, Referendario, Estensore

Valentina Caccamo, Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Marcello Faviere**

**IL PRESIDENTE**  
**Carlo Testori**

**IL SEGRETARIO**