

Pubblicato il 09/01/2023

N. 00113/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00934/2022 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 la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 934 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Fastweb S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Fabio Altamura, Giancarlo Sorrentino, Mario Di Carlo, Giuseppe Antonio Lo Monaco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Mario Di Carlo in Milano, via Monte Napoleone, 20;

contro

Azienda Regionale per L'Innovazione e Gli Acquisti - Aria S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Claudia Sala, Stefano Marras, Maurizio Tommasi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Claudia Sala in Milano, via Fabio Filzi 22;

nei confronti

Engineering D.Hub S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Elia Barbieri, Stefano Vinti, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Project Informatica S.r.l., Sbi S.r.l., Gpi S.p.A., Italware S.r.l., non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

1) Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della Determinazione di aggiudicazione n. 296 del 13.4.2022 avente ad oggetto “gara europea monolotto, a procedura aperta ai sensi del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. per l'affidamento del servizio di gestione delle postazioni lavoro e servizi connessi e opzionali per la regione Lombardia e gli enti del sistema regionale di cui all'art. 1 della legge regionale n. 30/2006 e s.m.i. che utilizzano l'infrastruttura di rete di regione Lombardia e Arexpo, Giunta regionale e Consiglio regionale. Aggiudicazione della procedura” in favore del RTI costituendo fra la Engineering D.HUB S.p.A. (mandataria), la Project Informatica S.r.l. (mandante) e la SBI S.r.l. (mandante);
 - della comunicazione di aggiudicazione Prot. n. IA.2022.0020079 del 13.04.2022;
 - della proposta di aggiudicazione del RUP al Direttore Generale Prot. n. IA.2022.0020012 del 13.04.2022;
 - dei verbali tutti della commissione ed in particolare dei verbali n. 5 del 17.2.2022 e n. 6 del 21.02.2022 e di valutazione tecnica del 18.03.2022;
 - per quanto occorrer possa del bando, del disciplinare, del capitolato tecnico e di tutti gli atti e documenti di gara;
 - di ogni altro atto presupposto e connesso;
- nonché:
- per la collocazione della ricorrente al primo posto della graduatoria e conseguente aggiudicazione della gara in suo favore, anche sotto forma di risarcimento in forma specifica.
 - per la caducazione e declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicataria, con dichiarazione di disponibilità al subentro

per la negata ipotesi in cui il contratto venisse appunto stipulato nelle more del gravame.

2) Per quanto riguarda il ricorso per motivi aggiunti depositato da Fastweb S.p.A. in data 11 luglio 2022:

- della nota del RUP del 21.06.2022 di “nulla osta” alla stipula della Convenzione con il RTI ENG e dei connessi documenti di richiesta di chiarimenti al RTI aggiudicatario e relativa risposta;

- del verbale di seduta riservata della commissione n. 13 del 26.05.2022 e della relativa richiesta del RUP;

nonché di tutti gli atti e i provvedimenti già impugnati con il ricorso principale;

3) Per quanto riguarda il ricorso incidentale depositato da Engineering D.Hub S.p.A. il 14 giugno 2022:

- il disciplinare di gara in particolare gli artt. 2, 22 e 27, ove interpretati sia come configuranti e disciplinanti quali requisiti minimi essenziali a pena di esclusione tutte le “caratteristiche tecniche minime” elencate al paragrafo 5, 5.1, 5.2 e 5.3 del capitolato tecnico, sia come configuranti e disciplinanti in termini non rimodulabili, pena l’esclusione, le previsioni del cronoprogramma riportato al paragrafo 7.3 del capitolato tecnico; nonché l’art. 16.6 (ivi compreso espressamente il quarto capoverso, pag. 46), ove interpretato nel senso che marchi e modelli dei prodotti offerti relativi alle componenti tecniche siano configurati come elementi essenziali a pena di esclusione;

- il capitolato tecnico, in particolare i paragrafi 1 (ivi compreso espressamente il secondo capoverso), 5, 5.1, 5.2 e 5.3, ove interpretati come configuranti e disciplinanti quali requisiti minimi essenziali a pena di esclusione le “caratteristiche tecniche minime” elencate al paragrafo 5.1, 5.2 e 5.3; nonché il paragrafo 7.3 nell’interpretazione proposta dalla ricorrente principale, che configura un’intangibilità assoluta del cronoprogramma ivi previsto;

- i chiarimenti n. 23 pt. 11), n. 25 pt. 15), n. 28 pt. 1), n. 30 (erroneamente numerato in risposta con n. 31) pt. 2, n. 49 pt. 4, n. 70 pt. 6) resi dalla

Stazione appaltante in risposta ai quesiti formulati sulla lex specialis, nonché il documento denominato “Dettaglio prezzi”, ove interpretati nel senso proposto dalla ricorrente principale e comunque, con particolare riguardo al n. 25 e tutti quelli in cui esso è richiamato, in termini modificativi rispetto alle previsioni del capitolato tecnico;

- la lex specialis rettificata, nella parte in cui, ove l'interpretazione fornita dal ricorrente con riguardo al chiarimento n. 25 pt. 15) fosse ritenuta corretta, non ha recepito la modifica da questo apportata rispetto alle previsioni del capitolato tecnico;

- il Progetto di gara rettificato, Prot. IA.2021.0046001, del 9 settembre 2021, ove interpretato nel senso di qualificare e/o comunque ritenere tutti i requisiti e le “caratteristiche tecniche minime” descritti nel capitolato come minimi essenziali;

- i Verbali di gara e, in particolare, i n.ri 3, e 4, nella parte in cui la Commissione non ha escluso, ma ammesso e valutato l'offerta tecnica economica presentata dal RTI Fastweb attribuendole 54,05 punti, nonché il successivo verbale n. 9 e la graduatoria finale, nella parte in cui alla suddetta offerta del RTI Fastweb è stato attribuito il punteggio economico e quello finale, con relativa collocazione in seconda posizione;

- il Documento “123 Val Tecn 18032022.pdf”, firmato digitalmente, nella parte in cui contiene i giudizi espressi e i sub-punteggi attribuiti all'offerta tecnica del RTI Fastweb;

- la determinazione n. 296 del 13.04.2022 di aggiudicazione della procedura, nella parte in cui ha approvato l'operato della Commissione con riguardo all'ammissione e valutazione dell'offerta presentata dal RTI Fastweb, nonché la nota prot. n. IA.2022.0020012 del 13.4.2022 ivi richiamata, con cui il RUP ha proposto l'aggiudicazione, nella parte in cui, con riguardo alla posizione in graduatoria rivestita dal RTI Fastweb, ha verificato positivamente che la procedura è stata svolta in ottemperanza alle disposizioni vigenti in materia e alle previsioni stabilite nella documentazione di gara, nonché la nota prot.

Protocollo IA.2022.0020079 del 13.04.2022, di comunicazione dell'aggiudicazione ex art. 76, comma 5, lett. a), del D. Lgs. n. 50/2016, nella parte relativa alla comunicazione della seconda posizione in graduatoria;
- ove occorra, qualsiasi ulteriore provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Engineering D.Hub S.p.A. e di Azienda Regionale per L'Innovazione e Gli Acquisti - Aria S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2022 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1) Sul piano fattuale va evidenziato che:

- con bando pubblicato sulla G.U.U.E. del 21/09/2021 e sulla G.U.R.I. del 27/09/2021, Aria S.p.A. ha indetto una procedura aperta, avente ad oggetto l'“affidamento del servizio gestione delle postazioni lavoro e servizi connessi e opzionali per la Regione Lombardia e gli Enti del Sistema Regionale, come meglio descritto negli atti di gara, in favore degli Enti di cui all'art. 1 della Legge Regionale n. 30/2006 e s.m.i. che utilizzano l'infrastruttura di rete di Regione Lombardia e AREXPO, Giunta Regionale e Consiglio Regionale”;
- la base d'asta al netto delle imposte e dei contributi di legge è stata fissata in 40.927.393,00 euro; la durata del contratto è stata stabilita in 36 mesi con possibilità di rinnovo, per ulteriori 36 mesi; il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- la disciplina di gara prevede la stipulazione con l'affidatario di una “Convenzione quadro”, mediante la quale “verranno regolamentati i Contratti di fornitura attuativi della medesima Convenzione, stipulati dai singoli Enti mediante l'emissione degli Ordinativi di Fornitura”;

- si precisa, inoltre, che ogni Ente aderente alla Convenzione potrà emettere il proprio Ordinativo di Fornitura richiedendo all’Affidatario, sulla base delle proprie esigenze, i prodotti (PDL) e i servizi indicati nella Convenzione Quadro;
- all’esito delle operazioni di gara, il Rti Engineering D.Hub si è collocato al primo posto della graduatoria con il punteggio complessivo di 75,10 punti, di cui 30,00 per l’offerta economica e 45,10 per quella tecnica; al secondo posto si è collocato il costituendo Rti Fastweb con un punteggio complessivo di 71,67 punti, di cui 17,62 per l’offerta economica e 54,05 per quella tecnica; la terza concorrente, NPO Sistemi srl, non ha raggiunto la soglia minima di punteggio tecnico;
- in ragione di una sollecitazione della Commissione giudicatrice, conseguente alla presentazione del ricorso in esame, il Rup ha richiesto ulteriori precisazioni tecniche all’aggiudicataria e, con nota del 21 giugno 2021, ha ritenuto insussistenti profili ostativi alla stipulazione del contratto;
- la documentazione in atti evidenzia che il contratto tra l’amministrazione e l’aggiudicataria è stato stipulato;
- con ordinanza n. 644/2022, depositata il 13 giugno 2022, il Tribunale, all’esito della camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare, ha fissato la data dell’udienza pubblica ai sensi dell’art. 55, comma 10, cpa;
- con ordinanza n. 907/2022, depositata in data 1 agosto 2022, il Tribunale ha respinto sia l’ulteriore domanda cautelare presentata con il ricorso per motivi aggiunti, sia la domanda cautelare proposta dalla ricorrente incidentale.

2) Preliminarmente, non può essere accolta l’istanza di rinvio formulata dalla ricorrente, in ragione dell’avvenuta proposizione di un’istanza ex art. 116 cpa, in quanto la documentazione su cui si basano le censure formulate sia dal ricorrente principale, sia da quello incidentale risulta già acquisita in giudizio.

Del resto, la ricorrente ha già impugnato con il ricorso per motivi aggiunti la nota del Rup del 21 giugno 2022 e la convenzione è stata stipulata, mentre

non risulta evidenziata una specifica esigenza di proporre ulteriori motivi aggiunti.

3) Con il ricorso principale e il successivo ricorso per motivi aggiunti, Fastweb deduce più censure con le quali contesta la mancata esclusione dell'aggiudicataria, perché, in violazione della *lex specialis*, i prodotti offerti dal Rti Engineering non rispetterebbero i requisiti tecnici previsti a pena di esclusione.

La ricorrente contesta in modo puntuale le caratteristiche offerte per determinati prodotti, centrando le deduzioni su: a) mancanza della firma grafometrica per il prodotto relativo alla PdL.LAP.LIGHT PLUS v1, indicato nelle sue caratteristiche minime all'ID 11 del Capitolato; b) inadeguatezza della proposta per le piattaforme tablet standard, in quanto non in grado di supportare i sistemi operativi richiesti; c) peso eccessivo dei prodotti PdL.LAP.LIGHT, PdL.LAP.LIGHTv1 e PdL.LAP.LIGHT PLUSv1; d) indeterminatezza dell'offerta aggiudicataria per mancata indicazione di marchio e modello di taluni prodotti offerti, informazioni queste ritenute parimenti essenziali; e) offerta di un Data Center (DC) di Disaster Recovery (DR) delocalizzato a Vicenza che non sarebbe coerente con i requisiti previsti dal capitolato e introdurrebbe una variante non ammessa ex art. 1 del capitolato e art. 27 del disciplinare; f) illegittima modificazione del cronoprogramma in violazione dell'art. 7.3 del capitolato.

Le censure non possono essere condivise.

3.1) La ricorrente pone a base delle censure proposte una specifica interpretazione della *lex specialis* in ordine ai requisiti tecnici richiesti a pena di esclusione.

Si sostiene che dal coordinamento tra gli artt. 2, 22 e 27 del disciplinare con gli artt. 1 e 5 del capitolato risulta che tutte le caratteristiche tecniche minime, indicate nei vari paragrafi dell'art. 5 del capitolato, sono richieste a pena di esclusione.

Le dedotte carenze tecniche dell'offerta aggiudicataria atterrebbero proprio alla mancanza di caratteristiche minime indefettibili, sicché l'offerta stessa avrebbe dovuto essere esclusa.

La tesi non può essere condivisa.

L'art. 68 del d.l.vo 2016 n. 50 tratta delle specifiche tecniche, precisando al comma 5 – in coerenza con la previsione dell'art. 42, comma 3, della direttiva UE 2014/24 - che esse sono formulate secondo una delle modalità seguenti:

a) in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, comprese le caratteristiche ambientali, a condizione che i parametri siano sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicare l'appalto; b) mediante riferimento a specifiche tecniche e, in ordine di preferenza, alle norme che recepiscono norme europee, alle valutazioni tecniche europee, alle specifiche tecniche comuni, alle norme internazionali, ad altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione o in mancanza, alle norme, omologazioni tecniche o specifiche tecniche, nazionali, in materia di progettazione, calcolo e realizzazione delle opere e uso delle forniture. Ciascun riferimento contiene l'espressione «o equivalente»; c) in termini di prestazioni o di requisiti funzionali di cui alla lettera a), con riferimento alle specifiche citate nella lettera b) quale mezzo per presumere la conformità con tali prestazioni o requisiti funzionali; d) mediante riferimento alle specifiche tecniche di cui alla lettera b) per talune caratteristiche e alle prestazioni o ai requisiti funzionali di cui alla lettera a) per le altre caratteristiche.

E' pacifico che le caratteristiche essenziali e indefettibili (ossia i requisiti minimi) delle prestazioni o del bene previste dalla lex specialis costituiscono una condizione di partecipazione alla procedura selettiva (cfr. ex multis, Consiglio di Stato, sez. V, 25/07/2019, n. 5260).

La giurisprudenza precisa che le difformità dell'offerta tecnica, che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto ai

requisiti minimi previsti dalla Stazione appaltante per il contratto da affidare, legittimano l'esclusione dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto (cfr. ex multis Consiglio di Stato, Sez. III, 26/02/2019, n. 1333; Consiglio di Stato, Sez. III, 26 aprile 2017, n. 1926).

Né rileva la circostanza che la *lex specialis* non commini espressamente la sanzione espulsiva per l'offerta che presenti caratteristiche difformi da quelle richieste, risolvendosi tale difformità in un *aliud pro alio*, che comporta, di per sé, l'esclusione dalla gara, anche in mancanza di un'apposita comminatoria in tal senso (tra le altre Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 2018, n. 7191).

Nondimeno, va osservato che non ogni caratteristica tecnica prevista dalla disciplina di gara integra un requisito minimo dell'offerta.

L'effetto espulsivo è predicabile solo se i requisiti tecnici descritti nella legge di gara consentono di ricostruire con esattezza il prodotto richiesto dall'Amministrazione e di fissare in maniera analitica ed inequivoca determinate caratteristiche tecniche come obbligatorie.

Pertanto l'esclusione dell'offerta per difformità dai requisiti minimi, anche in assenza di espressa comminatoria di esclusione, vale solo se la disciplina di gara prevede qualità del prodotto che con assoluta certezza si qualificano come caratteristiche minime, sia perché espressamente definite come tali nella disciplina di gara, sia perché la descrizione che se ne fa nella *lex specialis* è tale da farle emergere come qualità essenziali della prestazione richiesta (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. III, 14/05/2020, n. 3084; T.A.R. Lombardia, sez. II, 13/12/2021, n. 2799; T.A.R. Trentino-Alto Adige, Bolzano, sez. I, 03/05/2022, n. 127).

Laddove questa certezza non vi sia e sussista al contrario un margine di ambiguità circa l'effettiva portata delle clausole del bando, riprende vigore il principio residuale che impone di preferire l'interpretazione della *lex specialis* maggiormente rispettosa del principio del *favor participationis* e dell'interesse

al più ampio confronto concorrenziale, oltre che della tassatività - intesa anche nel senso di tipicità ed inequivocabilità - delle cause di esclusione (cfr. in questo senso, Consiglio di Stato, sez. V, n. 1669/2020; Consiglio di Stato, sez. III, nn. 1577/2019 e 565/2018).

Nel caso di specie la *lex specialis* non consente di ritenere che tutti i profili tecnici delineati dall'art. 5 del capitolato siano specifiche tecniche essenziali e indefettibili, richieste a pena di esclusione.

La disciplina di gara, complessivamente intesa, non è univoca nel precisare il valore essenziale delle caratteristiche tecniche contestate e ciò rende necessaria un'interpretazione ispirata al favor participationis, anche in considerazione della natura dei prodotti da fornire, della struttura della gara e della durata del rapporto contrattuale.

L'art. 2 del disciplinare non definisce quali siano le specifiche tecniche essenziali, ma evidenzia che i servizi, compresi quelli connessi e opzionali, dovranno “rispettare i requisiti minimi, considerati quali elementi essenziali dell'offerta, richiesti a pena di esclusione dalla gara, stabiliti nel Capitolato Tecnico completo di allegati”.

Insomma, la norma rinvia al contenuto del capitolato per individuare gli elementi richiesti a pena di esclusione.

Anche l'art. 22 del disciplinare non definisce i requisiti essenziali, limitandosi a stabilire che, qualora “non siano comprovati i requisiti tecnici minimi previsti ove la verifica abbia avuto esito negativo, la Commissione procederà alla dichiarazione di non ammissibilità del concorrente”, anche se per “uno solo dei requisiti tecnici minimi previsti la verifica abbia avuto esito negativo”.

La norma tratta delle conseguenze derivanti dall'accertata carenza dei requisiti essenziali, ma non li determina.

Il successivo art. 27 prevede l'esclusione delle offerte che “non possiedano i requisiti minimi stabiliti nel Capitolato Tecnico, nella tabella allegata al presente disciplinare di gara, e/o nello Schema di Convenzione ovvero offerte con livelli di servizio che presentino modalità difformi, in senso peggiorativo,

rispetto ai livelli di servizio attesi e stabiliti nel Capitolato Tecnico e/o nello Schema di Convenzione”.

La disposizione, lungi dall'individuare i requisiti essenziali, si limita a disporre l'esclusione del concorrente la cui offerta sia priva di essi e richiama vari atti, come il capitolato e lo schema di convenzione, cui rimanda per la definizione di tali requisiti.

Il capitolato tratta dei requisiti tecnici minimi e all'art. 1 specifica che “Il presente Capitolato contiene specifiche riguardanti i requisiti minimi a cui il Concorrente dovrà conformarsi nel redigere la propria offerta, pena l'esclusione dalla procedura”, aggiungendo che “il Concorrente è libero di offrire condizioni di servizio migliorative rispetto ai requisiti minimi di seguito riportati. Saranno invece esclusi dalla procedura i concorrenti che offrano la proposizione di servizi e forniture che, pur offrendo condizioni migliorative in alcune parti, non ne raggiungono i requisiti minimi in altre”.

La stessa disposizione delinea la struttura del capitolato, precisando che all'art. 5 “vengono descritti i requisiti minimi che devono rispettare le apparecchiature hardware oggetto della fornitura”.

La prima parte dell'art. 5 del capitolato reca una sorta di premessa, che pone le norme seguenti:

- a) tutte le apparecchiature HW offerte “devono rispettare le caratteristiche tecniche minime di cui ai successivi paragrafi specifici e, a pena di esclusione, i requisiti di conformità di cui al successivo paragrafo 5.6”;
- b) le postazioni di lavoro e loro opzioni devono “rispettare le caratteristiche tecniche minime di cui ai successivi paragrafi 5.1 e 5.2. I tablet e i dispositivi mobili devono rispettare le caratteristiche tecniche minime di cui al successivo paragrafo 5.3. Le stampanti e i dispositivi di scansione devono rispettare le caratteristiche tecniche minime di cui al successivo paragrafo 5.4”;
- c) “le caratteristiche tecniche di riferimento indicate in questo documento si riferiscono al materiale presentato in sede di offerta, ma sono soggette ad evoluzione continua secondo quanto indicato nel capitolo 6.3;

Seguono delle tabelle – dal punto 5.1 al 5.5 – che descrivono le caratteristiche dei diversi dispositivi, dalle postazioni di lavoro standard (Pdl), a quelle destinate a profili lavorativi stanziali, mobili e con elevata mobilità, secondo i diversi codici PdL.LAP; dalle postazioni di lavoro dedicate ai profili lavorativi con esigenze di calcolo, differenziati a seconda che si tratti di profili stanziali o in mobilità, alle “opzioni scrivania”; dai vari “replicatori di porte”, portatili o da scrivania, alle tastiere, ai mouse, alle webcam, ai lettori di codice a barre, ai diversi tipi monitor, agli alimentatori, ai trasformatori e così via in relazione ai differenti prodotti.

Occorre portare l'attenzione su due disposizioni dell'art. 5, la prima stabilisce che le apparecchiature “devono rispettare le caratteristiche tecniche minime di cui ai successivi paragrafi specifici” e “i requisiti di conformità di cui al successivo paragrafo 5.6”, ma solo in relazione a quest'ultimi prescrive che sono necessari a pena di esclusione.

La seconda considera che “le caratteristiche tecniche di riferimento” indicate in questo documento si riferiscono al materiale presentato in sede di offerta, ma precisa che esse “sono soggette ad evoluzione continua secondo quanto indicato nel capitolo 6.3”.

Il successivo art. 6 è destinato alla descrizione dei servizi oggetto del contratto ed anche in tale caso la norma è articolata in tabelle, che definiscono le caratteristiche proprie dei diversi servizi da espletare.

Il punto 6.3 precisa che “le dotazioni tecnologiche parte di questa fornitura sono notoriamente soggette ad una continua e costante evoluzione, principalmente nelle prestazioni e secondariamente nelle funzionalità offerte e modalità di interazione uomo/macchina”, sicché si prevede l'impostazione di “un piano di rinfresco sia del parco macchine installato, sia del catalogo di riferimento proposto dal Fornitore”.

Il coordinamento tra le norme citate non consente di ritenere che le caratteristiche tecniche dei prodotti da fornire integrino delle specifiche tecniche essenziali la cui carenza conduca all'esclusione.

Le norme del disciplinare richiamano i requisiti tecnici minimi, ma non li definiscono, rimettendo tale individuazione al capitolato.

L'art. 5 del capitolato distingue nettamente, sul piano letterale, tra caratteristiche tecniche minime, la cui carenza non è prevista a pena di esclusione e requisiti di conformità, la cui mancanza conduce espressamente all'esclusione.

Il capitolato, sin dal piano letterale, fa una distinzione tra le caratteristiche dei prodotti e i requisiti di conformità, attribuendo solo ai secondi il carattere dell'essenzialità da cui deriva, in caso di mancanza, l'esclusione dalla gara.

Certo, la complessiva disciplina non è perspicua sul punto, in quanto le citate norme del disciplinare potrebbero indurre a ritenere che qualsiasi requisito tecnico indicato dal capitolato sia essenziale e previsto a pena di esclusione.

Questa interpretazione non è condivisibile, perché non considera il complessivo contenuto della *lex specialis* e conduce a risultati irragionevoli, non coerenti con l'oggetto complessivo della gara.

L'appalto è diretto all'affidamento del servizio di gestione delle postazioni lavoro e servizi connessi e opzionali, ossia servizi informatici ed infrastrutturali di Regione Lombardia e in tale contesto prevede anche la fornitura di dispositivi informatici.

E' fatto notorio che si tratti di apparecchiature connotate da una continua evoluzione tecnologica e da un rapidissimo processo di obsolescenza, sicché ritenere che ogni caratteristica tecnica indicata dal capitolato integri un requisito essenziale a pena di esclusione non è coerente con la natura dei prodotti da fornire.

Proprio l'art. 6.3 del capitolato pone l'accento su questo profilo e, a causa della "continua e costante evoluzione" dei prodotti da fornire – sia nelle prestazioni, sia nelle funzionalità offerte, sia nelle modalità di interazione uomo/macchina – impone "un piano di rinfresco", che concerne non solo il parco macchine installato, ma anche il catalogo di riferimento proposto dal Fornitore.

Del resto, già l'art. 5 del capitolato precisa che gli aspetti tecnici delineati sono “caratteristiche di riferimento” e si riferiscono al materiale presentato in sede di offerta, precisando che “sono soggette ad evoluzione continua”.

L'art. 5.3 del capitolato esplicita quanto osservato in relazione ai tablet e ai device mobili – apparecchi oggetto di specifica contestazione da parte della ricorrente – e considera che “data l'estrema variabilità e continua e costante evoluzione di questo mercato, è del tutto sconsigliabile per l'Ente richiedere in questa gara caratteristiche tecniche specifiche per tali piattaforme, che si rivelerebbero obsolete già all'atto della pubblicazione di questo capitolato tecnico. Per tale motivo, anche in questo caso, è richiesta al Concorrente una proposta di dotazione di dispositivi tablet che risponda a dei requisiti di massima legati al profilo di esigenze, più che alle caratteristiche hardware. In considerazione anche dell'estrema differenza che sussiste tra questo mercato e quello in cui si situano le piattaforme standard, è altresì resa generica l'indicazione relativa al sistema operativo supportato”.

Insomma, i profili tecnici sono requisiti di massima, privi di valore essenziale. Sul punto si precisa che “non è possibile indicare una stima relativa alle future necessità dell'Amministrazione”, sicché si invita il concorrente “ad effettuare la propria proposta in base alle proprie stime”.

Si tratta di previsioni che escludono il carattere indefettibile degli elementi tecnici indicati, espressamente qualificati come requisiti di massima.

Non solo, l'esecuzione del contratto è basata su successivi ordini di fornitura, destinati a susseguirsi per tutta la durata del contratto, per un periodo massimo di 6 anni, sicché non è ragionevole ipotizzare che le caratteristiche tecniche dei prodotti da fornire restino immutate nel corso degli anni; tanto che lo stesso capitolato prevede un piano di aggiornamento del catalogo.

In questa situazione, anche al di là del dato letterale, non sarebbe funzionale all'interesse dell'amministrazione ad ottenere prodotti aggiornati ipotizzare che le caratteristiche tecniche indicate dal capitolato siano indefettibili e a pena di esclusione.

Un altro elemento interpretativo risulta rilevante.

L'art. 19 del disciplinare stabilisce i criteri di valutazione, centrandoli su requisiti qualitativi migliorativi e, al punto 19.2, stabilisce il “metodo di attribuzione del coefficiente per il calcolo del punteggio dell'offerta tecnica”, assegnando il coefficiente 0.00 – cui corrisponde il giudizio di sufficiente/minimo - quando l'aspetto qualitativo è “rispondente ai requisiti da Capitolato Tecnico senza elementi migliorativi”.

Pertanto i requisiti tecnici indicati dal capitolato entrano nella valutazione dell'offerta tecnica, poiché comportano, se presenti senza migliorie, l'assegnazione del coefficiente pari a 0.

L'interpretazione rigorosa proposta dalla ricorrente conduce a ritenere che lo stesso elemento, inquadrato come profilo tecnico indefettibile, sia anche oggetto di valutazione.

Così intesa, la legge di gara sarebbe palesemente illogica, perché, da un lato, imporrebbe inderogabilmente la presenza di una determinata caratteristica tecnica minima, dall'altro e al contempo, la valorizzerebbe ai fini del punteggio tecnico (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, n. 6206/2019; Consiglio di Stato sez. III, n. 3084/2020).

Insomma, la *lex specialis* non individua qualità del prodotto che con assoluta certezza siano qualificabili come caratteristiche minime essenziali, sia perché non sono espressamente definite come tali, sia perché la descrizione che se ne fa nel capitolato non ne esprime l'essenzialità (cfr. giur cit.).

La legge di gara presenta margini di ambiguità, pertanto, come già evidenziato e in coerenza con il costante orientamento giurisprudenziale, deve riprendere vigore il principio residuale che impone di preferire l'interpretazione più rispettosa del principio del favor participationis, dell'interesse al più ampio confronto concorrenziale, nonché del canone della tassatività delle cause di esclusione, intesa anche come tipicità ed inequivocabilità di esse (cfr. Consiglio di Stato n. 3084/2020).

Pertanto, l'interpretazione che la ricorrente pone a fondamento delle censure tese a contestare l'insussistenza delle caratteristiche minime di determinati prodotti offerti dall'aggiudicataria, non trova fondamento nel contenuto letterale della disciplina di gara, non riflette le esigenze funzionali della stazione appaltante e non è coerente con l'oggetto complessivo dell'appalto.

L'art. 5 del capitolato si limita ad indicare delle caratteristiche prestazionali degli apparecchi da fornire, senza individuarle come specifiche tecniche indefettibili, sicché è destituita di fondamento la tesi secondo la quale l'assenza di qualsivoglia elemento tecnico indicato dal capitolato determinerebbe la necessaria esclusione dalla procedura.

Tutti i profili tecnici contestati dalla ricorrente non sono individuabili come elementi essenziali in base alla *lex specialis*, né la ricorrente ha dimostrato che essi siano indefettibili sul piano funzionale.

Pertanto, sono prive di fondamento le censure con le quali deduce che la carenza degli aspetti tecnici contestati doveva condurre all'esclusione dell'aggiudicataria dalla procedura.

3.3) Le risultanze documentali non valgono a supportare neppure in fatto le deduzioni della ricorrente in ordine alle carenze lamentate.

Invero:

- va premesso che eventuali chiarimenti difformi dalla *lex specialis* – cui fa cenno la ricorrente - non assumono rilevanza, in quanto essi non possono valere a integrare o a modificare le regole ivi cristallizzate (cfr. ex multis T.A.R. Lazio, sez. IV, 03/02/2022, n. 1288), fermo restando che, nonostante i chiarimenti, la stazione appaltante ha rettificato e ripubblicato la documentazione di gara, ma senza modificare il capitolato;
- quanto alla compatibilità con la firma grafometrica, la documentazione in atti evidenzia che il prodotto PdL.LAP.LIGHT PLUS offerto dall'aggiudicataria, nel modello HP EliteBookx360 830 G8 offerto, è compatibile con applicativi di firma elettronica grafometrica;

- quanto ai prodotti PdL.LAP.LIGHT, PdL.LAP.LIGHT v1 e PdL.LAP.LIGHT PLUS v1, la documentazione relativa evidenzia che essi presentano un peso inferiore a 1,5 kg, indicato dalla lex specialis come peso massimo;
- quanto ai tablet e ai device, i prodotti offerti dall'aggiudicataria risultano coerenti con le caratteristiche tecniche quanto ai sistemi operativi che supportano, fermo restando che il già richiamato art. 5.3 del capitolato precisa, da un lato, che “i tablet non fanno parte della dotazione minima e potranno essere ottenuti unicamente su richiesta del referente tecnico”, dall'altro, che “in considerazione anche dell'estrema differenza che sussiste tra questo mercato e quello in cui si situano le piattaforme standard, è altresì resa generica l'indicazione relativa al sistema operativo supportato”;
- neppure merita condivisione la contestazione relativa alla mancata precisazione di marchio e modelli in ordine a particolari prodotti, atteso che, in primo luogo, si tratta di accessori che non fanno parte delle “Postazioni di lavoro standard”, di cui al par. 5.1. del Capitolato, ma rientrano nelle “Opzioni scrivania” ex par. 5.2 e nei “Dispositivi accessori” ex par. 5.5., ossia prodotti “di consumo”, che non presentano specifiche connotazioni tecnologiche;
- si tratta in particolare di a) replicatore di porte portatile – codice PdL.Lap.Replicator.light (Opzioni scrivania, ID4, pag. 45 del Capitolato), cioè hub portatile; b) replicatore di porte da scrivania – codice PdL.Lap.Replicator (Opzioni scrivania, ID5, pag. 46 del Capitolato), cioè hub portatile; c) mouse – codice PdL.Mouse (Opzioni scrivania, ID 7, pag. 47 del Capitolato); d) alzatina per Laptop – codice PdL.Lap.Alzata (Opzioni scrivania, ID 6, pag. 48 del Capitolato); e) memory key USB 32G (Dispositivi accessori, ID1, pag. 69 del Capitolato); f) memory key USB 64G (Dispositivi accessori, ID2, pag. 69 del Capitolato); g) hard disk esterno portatile ((Dispositivi accessori, ID2, pag. 69 del Capitolato);

- va precisato che, contrariamente a quanto asserito dalla ricorrente, le memory key, c.d. chiavette, presentano il marchio Hamlet, mentre l'hard disk il marchio Western Digital;
- per ciò che riguarda gli altri apparecchi suindicati, va osservato che si tratta di elementi accessori e marginali della fornitura, rispetto ai quali la lex specialis non richiedeva particolari specificazioni;
- del resto, l'art. 16.5 del disciplinare lascia all'operatore la scelta di indicare gli elementi necessari a rendere completa e valutabile l'offerta tecnica, prevedendo l'allegazione di "copia delle schede tecniche e/o prospetti illustrativi dei prodotti, delle attrezzature e dei servizi offerti, ritenuti necessari dall'Operatore Economico e completi di tutte le informazioni necessarie per consentire la valutazione, secondo i parametri e i pesi previsti per l'attribuzione del punteggio tecnico, dalla quale risultino i parametri relativi alle caratteristiche degli stessi e la conformità alla normativa vigente in materia".

Va, pertanto, ribadita l'infondatezza della censura in esame.

3.4) Fermo restando quanto già precisato in ordine all'interpretazione della lex specialis, va osservato che la ricorrente, anche nelle ultime memorie, insiste sulla violazione della disciplina di gara, lamentando che l'offerta tecnica aggiudicataria non sarebbe ad esse aderente per ciò che attiene al Data Center (DC) di Disaster Recovery (DR) e al rispetto del Cronoprogramma, sicché avrebbe dovuto essere esclusa.

Quanto al Data Center, la ricorrente sostiene che la soluzione proposta dall'aggiudicataria di offrire un Data Center (DC) di Disaster Recovery (DR) delocalizzato, nella specie a Vicenza, non rispetti i requisiti di capitolato e introduca una variante non ammessa

La tesi non può essere condivisa.

L'art. 4.1 del capitolato è dedicato alle infrastrutture di rete e al punto 4.1.2 prevede che regione Lombardia metta a disposizione del fornitore due CED

che sono collocati rispettivamente: a) CED B1.290 presso Palazzo Lombardia (Primario); b) CED-A presso Palazzo Pirelli (Secondario o di DR).

Per essi vengono richiesti: “implementazione dell’infrastruttura IT/TLC dei due Data Center di fleet management, comprendente progettazione di delivery dell’architettura IT/TLC, fornitura, installazione, configurazione di tutte le componenti hw e sw costituenti l’architettura progettata, servizio di manutenzione di tutte le componenti hw e sw costituenti l’architettura progettata. Il Fornitore dovrà altresì indicare la modalità di erogazione della fornitura”.

E ancora, “l’erogazione dei servizi di base nei datacenter come ad esempio: alimentazione, refrigerazione, sicurezza, controllo accessi” sono a carico di Regione Lombardia, con la precisazione “viene anche garantita tramite infrastrutture del Fornitore della rete fonia/dati, l’interconnessione tra i due datacenter sopra riportati”.

La stessa disposizione legittima il Fornitore ad “adottare, come datacenter di DR, una soluzione di propria scelta diverso da quello di Palazzo Pirelli, con l’obbligo in tal caso del Fornitore di impegnarsi a seguire tutte le prescrizioni di sicurezza informatica che RL adotta direttamente o tramite i propri fornitori di servizi di connettività/fonia. In particolare, il Fornitore deve rispettare almeno i seguenti requisiti: - hardening dei sistemi, gestione utenze di amministrazione dei sistemi, implementazione di una interconnessione sicura con la WAN di RL, implementazione regole e configurazioni di sicurezza, gestione antivirus e antispam, servizio di patching, servizio di security monitoring, adempimento policy di vulnerability assessment e penetration Test; b) a sottoporre a validazione di RL e dei suoi fornitori di sicurezza fonia/dati il progetto di low-level design LLD comprendente l’interconnessione alla rete di RL; c) a sostenere, a proprio carico, tutti i costi progettazione, realizzazione e mantenimento della interconnessione tra il Datacenter di DR (nella soluzione proposta dal Fornitore) ed il Datacenter Primario (Palazzo Lombardia) e la rete geografica di RL/Enti; d) a garantire

che, indipendentemente dalla soluzione proposta, i dati rimangano all'interno dell'UE e che i tempi di accesso, latenza e banda passante siano analoghi a quelli che RL garantisce presso il datacenter di Palazzo Pirelli. In particolare, in caso di datacenter di DR in cloud, il Fornitore è responsabile della sicurezza dei servizi in cloud, quindi andranno specificate le modalità di: - analisi dei rischi, impact assessment e mitigazione dei rischi; - cessazione del servizio, restituzione ed eliminazione dei dati”.

La norma consente al Fornitore di adottare una soluzione tecnica di delocalizzazione del DR, che l'aggiudicataria ha collocato a Vicenza; nel contempo richiede che il Fornitore si impegni a sostenere tutti i costi progettazione, realizzazione e mantenimento della interconnessione tra il Datacenter di DR (nella soluzione proposta dal Fornitore) ed il Datacenter Primario (Palazzo Lombardia) e la rete geografica di RL/Enti.

Va precisato che, contrariamente a quanto adombrato dalla ricorrente, la disposizione non impone l'elaborazione e la presentazione del progetto sin dalla presentazione dell'offerta.

Ciò che è richiesto è l'impegno ad eseguire anche l'attività di progettazione, che sarà validata da Regione Lombardia e di assicurare l'interconnessione prevista.

La ricorrente sostiene che la norma esaminata imponga la realizzazione di una duplice interconnessione, nel senso che il sito di Disaster Recovery dovrebbe essere distintamente collegato sia al sito primario, sia alla rete di Regione Lombardia.

L'impostazione muove da una ricostruzione della struttura delle interconnessioni che non trova corrispondenza nelle disposizioni citate.

L'offerta aggiudicataria prevede in primo luogo che “Il sito di backup e disaster recovery (DR) sarà interconnesso alla rete RL con un link 100Gbps, tra il DC primario in Palazzo Lombardia e il DC RTI di Vicenza. L'architettura per l'esposizione dei servizi su Internet sarà concordata con l'Ente.”

Inoltre, si specifica che “Il RTI realizzerà il Backup e ripristino dei dati sulle PdL utilizzando un’architettura di servizio avanzata sul DC RTI remoto di Vicenza (integrato con le funzionalità di DR), interconnesso alla rete privata RL attraverso un collegamento MPLS a 100 Gbps”.

La lettura dell’offerta evidenzia che è stata prevista sia l’interconnessione tra il DC primario e il DC di Vicenza, sia l’interconnessione con la rete privata di Regione Lombardia.

La soluzione proposta è coerente con la previsione dell’art. 6.1.4.1.2 del capitolato, rubricato “Logistica ed alloggiamento dei server di competenza del servizio di backend”, ove si prevede che “per tutte le apparecchiature (server e storage) necessarie al funzionamento del servizio di backend, l’Ente fornirà disponibilità” anche degli “apparati di rete per l’interconnessione con la rete di RL”.

La soluzione proposta dall’aggiudicataria prevede che il Data Center di Vicenza, utilizzato come sito di DR, sia interconnesso con il sito primario di RL B1.290 presso Palazzo Lombardia, dove sono presenti gli apparati di rete per l’interconnessione con la rete di RL.

Ne deriva che l’offerta, come condivisibilmente evidenziato dalla Commissione giudicatrice, soddisfa le previsioni di interconnessione poste dalla lex specialis.

Né vale il riferimento all’immagine riportata nell’offerta dell’aggiudicataria, che secondo la ricorrente sarebbe dimostrativa della previsione di una sola connessione, trattandosi di una descrizione grafica priva di valore progettuale, non richiesta dalla disciplina di gara e rivolta solo ad un’indicazione di massima.

Piuttosto è la contestazione che si fonda su una soluzione tecnica particolare, che non trova riscontro nella disciplina di gara.

Va, pertanto, ribadita l’infondatezza della censura in esame.

Neppure le censure relative all’alterazione del cronoprogramma possono essere condivise.

La ricorrente sostiene che l'offerta del RTI Engineering avrebbe violato l'art. 7.3 del capitolato apportando modifiche al cronoprogramma.

L'art. 7.3 disciplina le "fasi della fornitura", stabilendo che "la Fornitura si suddivide temporalmente in 4 fasi, ciascuna delle quali ha uno specifico obiettivo inerente l'evoluzione dei servizi. La suddivisione qui adottata è volta a consentire un graduale subentro del Fornitore e a supportare l'Ente nelle fasi di transizione a fine del contratto. La seguente tabella indica la cronologia delle fasi della fornitura e gli eventi che attestano l'avvio e la chiusura delle macro fasi. Tale cronoprogramma non è modificabile dal Fornitore, che potrà invece decidere a proprio piacimento la pianificazione interna dei lavori".

La documentazione in atti evidenzia che l'aggiudicataria ha rimodulato il cronoprogramma, ma senza alterare l'articolazione delle fasi prevista dall'art. 7.3.

Engineering ha modificato due tempistiche, quella che riguarda il subentro, ridotta da 4 a 3 mesi e quella che concerne l'avvio della fornitura, ridotta da 4 a 3 mesi.

In primo luogo, va osservato che è smentita per tabulas l'affermazione della ricorrente secondo la quale l'aggiudicataria avrebbe aumentato da 4 a 6 mesi la fase di avvio della procedura; tale interpretazione si basa esclusivamente su un errore nella predisposizione del grafico contenuto nell'offerta in relazione al profilo in esame, errore riconosciuto dall'aggiudicataria e chiaramente evincibile nella sua mera materialità dal contenuto dell'offerta in ordine al cronoprogramma.

Neppure è sostenibile l'illegittimità della modificazione apportata, in quanto l'art. 7.3 deve essere letto in correlazione con l'art. 1 del capitolato, ove si prevede che il concorrente "è libero di offrire condizioni di servizio migliorative rispetto ai requisiti minimi di seguito riportati".

La rimodulazione proposta integra proprio un profilo migliorativo dell'offerta, perché è tesa a ridurre la tempistica complessiva del subentro.

Inoltre, l'art. 7.3 concerne le fasi della fornitura, che viene suddivisa temporalmente in 4 parti, ognuna delle quali connotata da uno specifico obiettivo in ordine all'evoluzione dei servizi; è proprio questa suddivisione in fasi che non può essere alterata dal concorrente, in base alla previsione per cui il cronoprogramma non è modificabile dal Fornitore.

Per contro le tempistiche relative a ciascuna fase possono essere migliorate e ciò è confermato dallo stesso art. 7.3 nella parte in cui stabilisce che il Fornitore “potrà invece decidere a proprio piacimento la pianificazione interna dei lavori”.

Pianificare i lavori significa anche disciplinarli sul piano temporale, pertanto, all'interno di ciascuna delle 4 fasi, il Fornitore può individuare i tempi delle diverse attività da compiere, introducendo anche profili migliorativi.

Né è ipotizzabile che la modificazione del cronoprogramma si presti ad alterare la concorrenza tra gli operatori, atteso che si tratta di un profilo non compreso tra i criteri di attribuzione dei punteggi.

Deve, quindi, essere ribadita l'infondatezza della censura in esame.

4) In definitiva il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti sono infondati e devono essere respinti.

Viceversa, deve essere dichiarata l'improcedibilità del ricorso incidentale, la cui decisione, una volta respinto il ricorso principale, non è supportata da un concreto ed attuale interesse.

Va precisato che con l'impugnazione incidentale la controinteressata ha censurato la *lex specialis*, senza introdurre contestazioni avverso l'ammissione della ricorrente, sicché tale impugnazione non ha portata escludente.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando:

- 1) respinge il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti;
- 2) dichiara improcedibile il ricorso incidentale;

3) condanna Fastweb S.p.A. al pagamento delle spese di lite, liquidandole in:
a) euro 8.000,00 (ottomila) a favore di Engineering D.Hub S.p.A., oltre accessori di legge e oltre al recupero del contributo unificato relativo al ricorso incidentale; b) euro 3.000,00 (tremila) a favore dell'Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Milano nelle camere di consiglio dei giorni 1 dicembre 2022, 14 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Fabrizio Fornataro, Consigliere, Estensore

Valentina Santina Mameli, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabrizio Fornataro

IL PRESIDENTE
Antonio Vinciguerra

IL SEGRETARIO