



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 Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 219 del 2011, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

S.T. S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Elena Feresin, con domicilio eletto
presso la Segreteria Generale T.A.R. in Trieste, p.zza Unita' D'Italia 7;

contro

Comune di Aviano, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Mazzoleni, con
domicilio eletto presso l'avv. Bruno Belleli, in Trieste, via Ginnastica 24;

nei confronti di

Telegamma S.a.s.;

per l'annullamento

quanto ai ricorso principale, dei seguenti provvedimenti:

1. del provvedimento, prot. n. 8835, del 14 aprile 2011 di esclusione dalla gara e di
differimento dell'esercizio del diritto d'accesso agli atti di gara fino al
provvedimento di aggiudicazione definitiva (doc. 1);

2. del provvedimento di aggiudicazione provvisoria del 30 marzo 2011 comunicato verbalmente in data medesima e di quello formale eventualmente adottato dal Comune di Aviano;

3. del provvedimento di non luogo a procedere, prot. n. 9726, del 27 aprile 2011 (doc. 2);

4. di tutti gli atti compiuti dalla stazione appaltante, nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali viziati.

Quanto ai motivi aggiunti, depositati in data 25 maggio 2011:

1. provvedimento di aggiudicazione definitiva assunto con Determinazione n.375 del 04 maggio 2011, pervenuto alla ricorrente il 13 maggio 2011 e dell'allegato verbale di gara del 30 marzo 2011 (tra l'altro già impugnato con il ricorso principale seppur nella sua forma di pronunciamento meramente verbale nel corso della seduta di gara di medesima data);

2. nota di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, prot. ri. 10741 del 05 maggio 2011 pervenuta alla ricorrente il 12 maggio 2011.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Aviano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2011 il dott. Rita De Piero e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. - Torna all'esame del Collegio la vicenda dell'appalto bandito dal Comune di Aviano per "la fornitura e posa in opera dell'impianto di videosorveglianza territoriale comunale destinato alla vigilanza, al controllo, ed alla prevenzione per

siti localizzati sul suolo pubblico del territorio comunale”, da cui la ricorrente era stata, una prima volta, esclusa per asserita violazione delle norme sul subappalto.

In esito al ricorso n. 8/11, proposto dall'attuale ricorrente, il Tribunale (con sentenza n. 98/11), aveva annullato l'esclusione della stessa dalla gara e l'aggiudicazione alla controinteressata Telegamma s.a.s., rimettendo l'affare all'Amministrazione per le ulteriori determinazioni.

La Stazione Appaltante, quindi, rinnovava in parte la procedura, provvedendo all'apertura della busta contenente l'offerta tecnica della ricorrente, per poi escluderla nuovamente per incompletezza della documentazione, avendo l'istante ommesso di presentare le Schede Tecniche relative alle voci di analisi B) ed E) del punto 19 della lettera di invito, richieste a pena di esclusione.

1.1. - Contro quest'atto la ricorrente deduce i seguenti motivi:

- 1) travisamento di fatto e violazione dell'art. 45 del D.Lg. 163/06;
- 2) illegittimità della procedura per ommesso rinnovo della stessa a partire dalla fase della presentazione delle offerte;
- 3) illegittimità del differimento del diritto di accesso agli atti di gara di cui all'art. 13 del D.Lg. 163/06;
- 4) violazione dell'art. 79, comma 5, lett. b) del D.Lg. 163/06.

2. - Con motivi aggiunti, la deducente ha impugnato anche l'aggiudicazione definitiva alla controinteressata Telegamma s.a.s. per:

- 1) illegittimità derivata;
- 2) illegittimità derivata da quella del verbale 30.3.11, per carenza di motivazione del provvedimento di esclusione e violazione dell'art. 78, comma 1, lett. c) del D.Lg. 163/06;
- 3) illegittimità derivata da quella del verbale 30.3.11, per carenza di motivazione del provvedimento di esclusione e violazione dell'art. 78, comma 1, lett. c) del D.Lg. 163/06, sotto altro profilo;

4) sviamento.

3. - Il Comune, costituito sia nel ricorso principale che nei motivi aggiunti, puntualmente controdeduce nel merito del ricorso concludendo per la sua reiezione.

In limine, eccepisce l' "inammissibilità per difetto di interesse" del secondo motivo di ricorso, in quanto già con la nota del 28.2.11 il Comune aveva informato la ricorrente che, in esito alla sentenza del TAR, il procedimento sarebbe ripreso con la sua riammissione e valutazione dell'offerta. Inoltre, alla seduta pubblica in cui è stata aperta l'offerta tecnica, era presente il procuratore speciale della ricorrente, signor Roberto Menis, che, sul punto, non ha sollevato obiezione alcuna.

4. Il ricorso ed i motivi aggiunti sono in parte irricevibili in parte infondati, nei termini che verranno appresso esposti.

4.1. - Giova partire dal secondo motivo del ricorso introduttivo, con il quale la ricorrente lamenta l'erroneità dell'agire della S.A., che, in corretta esecuzione della sentenza di questo Tribunale n. 98/11, avrebbe dovuto non semplicemente riammettere la ricorrente alla gara e valutare la sua offerta; ma, dato che l'offerta della controinteressata era già stata aperta e presa in considerazione, doveva rinnovare la procedura dalla stessa presentazione delle offerte. Il Comune avrebbe cioè dovuto chiedere a entrambe le Ditte di presentare nuove offerte, per poi valutarle congiuntamente.

Il motivo non è inammissibile, come eccepisce la S.A., bensì irricevibile per tardività.

E infatti, con nota del 28.2.11 (ricevuta il 28.2.11, doc. n. 4 di parte resistente) il Comune aveva espressamente comunicato a S.T. s.r.l. che "in ottemperanza" alla citata sentenza "è stata convocata la Commissione di gara in data 4.3.11 alle ore 9 in seduta segreta per la valutazione delle offerte tecniche, e alle ore 10.30 in seduta

pubblica per l'apertura delle offerte economiche"; seduta poi rinviata al giorno 30.3.11, per impedimento del Presidente.

Con questo atto, il Comune ha espressamente manifestato la volontà di non procedere alla richiesta di nuove offerte, ma di limitarsi a valutare quella della ricorrente, a suo tempo esclusa dalla Commissione e riammessa alla gara ope judicis. Il provvedimento, per il suo chiaro contenuto (che escludeva la possibilità di rinnovare la gara dalla fase di presentazione delle offerte), era dotato di immediata lesività per la sfera giuridica soggettiva della ricorrente e andava quindi tempestivamente opposto, il che non è avvenuto essendo il ricorso stato notificato solo il 29.4.11, ben oltre il termine di cui all'art. 120, comma 5, del D.Lg. 104/10.

Né si può ritenere che - similmente alle clausole dei bandi di gara non immediatamente escludenti - l'interessato potesse riservarsi l'impugnazione di questa determinazione all'esito negativo della valutazione dell'offerta, poiché, da un lato, la decisione dell'Amministrazione era, lato sensu, immediatamente "escludente" della possibilità di addivenire ad una nuova presentazione delle offerte, in quanto limitava la rinnovazione della gara alla sola valutazione dell'offerta della ricorrente; dall'altro, perché il non aver contestato (neppure con la formula di stile della riserva di impugnazione) la scelta del Comune, finisce per costituire comportamento acquiescente.

Il secondo motivo di ricorso, in definitiva, risulta tardivo.

4.2. - Col primo motivo, l'istante lamenta l'illegittimità della nuova esclusione perché, a suo dire, il non aver allegato alcune delle schede richieste (in particolare, per quanto riguarda le voci di analisi B) ed E) di cui al punto 19 della lettera di invito) - ancorchè la circostanza di fatto sia pacifica - non consentirebbe comunque di escluderla, dal momento che aveva inserito "i principali dati tecnici del prodotto offerto" nella Relazione Tecnica prodotta tra gli atti di gara.

Il motivo non è fondato.

Come sottolinea il Comune, il punto 19 della lettera d'invito stabiliva che la Relazione Tecnica “dovrà contenere obbligatoriamente le schede tecniche degli articoli commerciali offerti dal concorrente”, ribadendo, ad abundantiam, che “la mancanza della Relazione o l'assenza - parziale e/o totale - anche di una delle informazioni richieste comporterà l'esclusione”.

Ciò è già sufficiente a destituire il motivo di fondamento, poiché la stessa ricorrente ammette la mancanza delle schede di cui ai punti B) (“apparati video server”) ed E) (“workstation”).

A dire dell'istante, tuttavia, non mancherebbe nessuna delle “informazioni richieste”, poiché i “principali dati tecnici” erano comunque stati inseriti nella Relazione Tecnica. Ha buon gioco il Comune nel rilevare come la richiesta delle Schede Tecniche, fornite dal produttore, risponda ad un interesse particolarmente rilevante per la P:A. (si veda, in proposito, la memoria tecnica dimessa dal Comune sub doc. 12), che intendeva valutare quanto offerto alla stregua dei documenti provenienti dal produttore medesimo, e non sulla scorta della semplice descrizione - per di più neppure completa - delle loro funzionalità, fatta dal concorrente. A tacer del fatto che l'istante - del “Video Server” e della “Workstation” - non ha indicato neppure “la marca, il modello e la relativa versione”, né (come precisa il Comune) ha esposto le (comunque incomplete) “informazioni” con dichiarazione sostitutiva ex D.P.R. 445/00, con ciò non consentendo alla S.A. di valutare con cognizione di causa se, e in quale misura, i prodotti offerti rispondevano alle caratteristiche richieste dal bando.

4.3. - Il terzo motivo concerne il - pretesamente illegittimo - differimento dell'accesso ai documenti di gara.

Il motivo è inammissibile in quanto del tutto eccentrico rispetto agli atti di cui si chiede l'annullamento, non potendo in alcun modo ridondare in vizio dell'atto di esclusione dalla gara.

4.4. - Neppure il quarto motivo, con cui l'istante si duole della tardiva comunicazione dell'esclusione, può essere accolto, trattandosi non di vizio dell'atto, ma di mera irregolarità procedurale idonea ad incidere, al più, sui termini di impugnazione del relativo provvedimento.

5. - Infondati sono anche i motivi aggiunti proposti contro l'aggiudicazione definitiva a Telegamma s.a.s..

5.1. - Col primo, si lamenta illegittimità derivata da quella dell'atto di esclusione, all'evidenza insussistente, alla stregua di quanto sopra esposto. Ciò consente di prescindere dalla ribadita eccezione di inammissibilità del motivo per carenza di interesse, sollevata al Comune.

5.2. - Col secondo motivo, viene eccepita la carenza di motivazione, in quanto il verbale di esclusione riporterebbe solo che "l'offerta di ST s.r.l. risulta indeterminata dal punto di vista tecnico e quindi non valutabile".

Il motivo è infondato in fatto, prima ancora che in diritto: invero il verbale precisa che la Commissione ha rilevato, come sopra riferito, la mancanza delle Schede Tecniche (la cui presenza era obbligatoria), indicando quali informazioni le stesse dovevano fornire e le ragioni per cui la loro mancanza non consente la valutazione tecnica delle due apparecchiature, "delle quali il servente video professionale costituisce il cuore del sistema di videosorveglianza". Aggiunge poi che "sul mercato vi sono almeno una decina di prodotti con caratteristiche tecniche funzionali e di prezzo molto diverse tra di loro in grado di rispondere a quanto richiesto dal bando", per concludere che "il prodotto privo della Scheda Tecnica è indeterminato"; e poiché l'indeterminatezza, a tenore dell'art. 21 della Lettera di Invito, costituisce causa di esclusione, la ricorrente viene esclusa.

La motivazione, quindi, sussiste, ed è congrua e sufficiente.

5.3. - Il terzo motivo, che si duole dell'insufficienza della motivazione quanto alla scelta della procedura negoziata, è tardivo e inammissibile; infatti doveva essere

rivolto nei confronti della Lettera di Invito del 23.11.10 (mai opposta, essendo, per pacifica giurisprudenza, inidoneo allo scopo l'utilizzo della formula di stile - peraltro contenuta nel solo ricorso introduttivo - che estende la richiesta di annullamento a "tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali"), e non del provvedimento di esclusione.

5.4. - L'ultimo (confuso) motivo lamenta sviamento e violazione del canone di trasparenza, per aver la S.A. ritardato la consegna del verbale di gara e di aggiudicazione definitiva, al fine, secondo la prospettazione della ricorrente, di renderne difficoltosa la difesa.

Anche questo motivo è palesemente infondato, oltre che non pertinente, dato che i lamentati ritardi (ammesso che sussistano) non incidono sulla legittimità dell'esclusione e dell'aggiudicazione definitiva alla controinteressata.

Alla stregua di quanto esposto, il ricorso ed i motivi aggiunti vanno in parte dichiarati irricevibili in parte respinti, nei termini di cui in motivazione.

6. - Sussistono tuttavia giuste ragioni per disporre la totale compensazione, tra le parti, delle spese e competenze di causa.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli - Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso, e relativi motivi aggiunti, in parte li dichiara irricevibili in parte li rigetta, nei termini di cui in motivazione.

Compensa le spese e competenze del giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere

Rita De Piero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/06/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)