



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

sul ricorso numero di registro generale 469 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Sielte S.p.A., e I.T.E. Soc. Coop. A R.L. rappresentate e difese dagli avv. Giuseppe Consoli, Vanessa Zecchin, Francesco Consoli Xibilia, con domicilio eletto presso la seconda, in Trieste, via Rismondo 12/1

contro

Insiel S.p.A. - Informatica Per il Sistema degli Enti Locali, rappresentata e difesa dall'avv. Marcello Maria Fracanzani, con domicilio eletto presso la Segreteria Generale T.A.R. in Trieste, p.zza Unita' D'Italia 7;

nei confronti di

Alpitel S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Fabrizio Cugia Di Sant'Orsola, Chiara Reali, con domicilio eletto presso l'avv. Fabrizia Balestra in Trieste, piazza Oberdan 4; Fastweb Italia S.p.A.;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- della comunicazione del RUP, non ancora compiutamente nota, di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 79 D.Lg. 163/06 al RTI controinteressato tra ALPITEL spa e FASTWEB spa, della gara per la progettazione ed esecuzione di una infrastruttura di telecomunicazioni in fibra ottica da realizzarsi in vari Comuni;
- della determinazione di aggiudicazione definitiva di detta gara al RTI controinteressato, dd. 30 settembre;
- dei verbali, non conosciuti, relativi alla valutazione delle offerte dei partecipanti ammessi alla gara;
- del punteggio attribuito al RTI controinteressato e dei non noti criteri e modi di valutazione applicati ed adottati;
- del mancato rispetto delle modalità e criteri di valutazione delle offerte dei partecipanti alla gara, con particolare riguardo a quella della ricorrente;
- della nota INSIEL dd. 16.8.2011 prot. 2011/3901/DOM/RP/rs1, che prima dell'aggiudicazione ha tentato di giustificare l'operato della Commissione di Valutazione di Gara e del relativo diniego di autotutela richiesta dalla ricorrente in seno all'informativa e comunicazione a norma dell'art. 243 bis D.Lg. 163/2006;
- della mancata comunicazione prevista dall'art. 79, cui l'INSIEL non ha provveduto;
- dell'eventuale e non noto e non comunicato contratto tra l'INSIEL spa ed il RTI controinteressato;

- dei non noti atti, detti o richiamati nei provvedimenti impugnati;
- e per la dichiarazione di inefficacia del contratto nonché per la tutela del RTI ricorrente in forma specifica con subentro nell'aggiudicazione, contratto e lavori e, in subordine, per equivalente, con risarcimento dei danni, subiti e subendi dai ricorrenti.

Quanto ai motivi aggiunti depositati in data 17.11.2011:

- della mancata esclusione del RTI controinteressato ALPITEL spa - FASTWEB ITALIA S.p.A. e conseguente illegittima aggiudicazione nei confronti di quest'ultimo e per la dichiarazione di inefficacia del contratto nonché per la tutela del R.T.I. ricorrente in forma specifica con subentro nell'aggiudicazione, contratto e lavori e, in subordine per equivalente, con risarcimento dei danni, subiti e subendi dai ricorrenti e per le perdite di *chances*

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Insiel S.p.A. - Informatica Per il Sistema degli Enti Locali e di Alpitel S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2012 il dott. Rita De Piero e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Col ricorso introduttivo, l'istante SIELTE s.p.a., in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con ITE soc.coop a r.l.,

impugna l'aggiudicazione definitiva - di cui alla deliberazione di INSIEL s.p.a. del 30.9.11 - alla controinteressata costituenda ATI ALPITEL s.p.a. + FASTWEB ITALIA s.p.a., della gara per la progettazione ed esecuzione di una infrastruttura di telecomunicazioni in fibra ottica da realizzarsi in una serie di Comuni del Friuli, ed atti connessi; nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto e, in subordine, per il risarcimento del danno per equivalente.

1.1. - Espone in fatto, di aver partecipato, con altri tre concorrenti, ad una gara a procedura ristretta indetta da INSIEL s.p.a. per l'affidamento del contratto di progettazione, esecuzione dei lavori, fornitura ed installazione, nonché manutenzione, di un'infrastruttura di telecomunicazioni, risultando seconda (pur avendo ottenuto il miglior punteggio tecnico), dopo la controinteressata.

1.2. - Questi i motivi di ricorso:

1) violazione dell'art. 3 della L. 2451/90, dell'art. 86 del D.Lg. 163/06, del disciplinare di gara, dei principi di trasparenza, imparzialità e *par condicio*. Errore nei presupposti di fatto e di diritto; difetto di istruttoria e di motivazione; illogicità. In subordine: illegittimità del Bando, della Lettera di Invito e del Capitolato. Illegittimità derivata.

2) Violazione dei criteri di valutazione. Difetto di motivazione, difetto di istruttoria, illogicità e contraddittorietà; errore sui presupposti di fatto e di diritto; sviamento, violazione dei principi di trasparenza, giusto procedimento e *par condicio*. Violazione delle regole di concorrenza. In subordine: illegittimità del Bando, della Lettera di

Invito e del Capitolato. Illegittimità derivata.

3) Violazione delle regole di gara e dei criteri di valutazione; incongruenza dl prezzo offerto dalla controinteressata. Difetto di motivazione, difetto di istruttoria, illogicità e contraddittorietà; errore sui presupposti di fatto e di diritto; sviamento, violazione dei principi di trasparenza, giusto procedimento e *par condicio*. Violazione delle regole di concorrenza. In subordine: illegittimità del Bando, della Lettera di Invito e del Capitolato. Illegittimità derivata.

2. - Con motivi aggiunti, notificati il 10.11.11, proposti a seguito dell'esame della documentazione di gara dimessa dalla controinteressata, acquisita, tramite accesso, in data 24.10.11, l'istante impugna la già contestata aggiudicazione per un'ulteriore motivo, lamentando l'illegittima ammissione alla gara dell'aggiudicataria che, secondo la sua prospettazione, avrebbe dovuto essere esclusa, per violazione delle prescrizioni della *lex specialis*.

In particolare, eccepisce: violazione della Lettera di Invito e delle regole di gara. Violazione del principio di giusto procedimento, difetto di istruttoria, irragionevolezza, illogicità, errore, omesso esame. Illegittimità derivata.

3. - INSIEL s.p.a., costituita, puntualmente controdeduce alle censure prospettate sia col ricorso introduttivo che coi motivi aggiunti, concludendo per la loro reiezione.

3.1. - Quanto ai motivi aggiunti, in memoria ne eccepisce l'irricevibilità "in ragione del tempo di perfezionamento della notifica per l'odierna controinteressata". Eccepisce ancora, *in limine*,

l'inammissibilità del ricorso introduttivo per carenza di interesse in quanto mirante alla "mera riedizione del potere amministrativo" e "sfornito della prova circa la concreta possibilità in capo alla costituenda ATI di subentrare nell'aggiudicazione della gara, nel contratto e nell'esecuzione dei lavori".

4. - Anche la controinteressata ATI, presente in giudizio, contesta le ragioni della ricorrente e chiede che l'impugnazione sia respinta, invocando, in ogni caso, l'applicazione dell'art. 46, comma 2, del D.Lg. 163/06, come modificato dall'art. 4, comma 2, lettera d) n. 2), del D.L. n. 70/11, sulla tassatività delle cause di esclusione.

5. Vanno, dapprima, deliberate le eccezioni sollevate dalla Stazione Appaltante e dalla controinteressata, che vanno respinte perché infondate.

5.1. - Con la prima, INSIEL eccepisce (per vero alquanto genericamente) la tardività dei motivi aggiunti, notificati in data 10.11.11.

L'eccezione non merita accoglimento. Infatti (premesso che la tardività deve essere adeguatamente provata da chi la eccepisce, laddove, nella specie, essa è meramente affermata. Cfr. *ex plurimis*: TAR Lombardia - Milano n. 1036/11), va sottolineato che, nel ricorso introduttivo, notificato il 27.10.11, l'istante si era riservata la proposizione di motivi aggiunti all'esito dell'accesso alla documentazione della controinteressata richiesta in data 6.10.11 (cioè soli due giorni dopo la notifica dell'aggiudicazione) ed ottenuta in data 24.10.11. Poiché i tempi e le circostanze dichiarate dalla ricorrente

quanto all'intervenuta conoscenza della documentazione *de qua* non sono stati contestati da parte della S.A. e della controinteressata, essi vanno ritenuti conformi al vero. Ne consegue che i motivi aggiunti, notificati il 10.11.11, sono tempestivi.

5.2. - Né il ricorso introduttivo è inammissibile per le ragioni indicate da INSIEL, dato che mira, *in primis*, all'esclusione della controinteressata per aver offerto, a suo dire, materiali non conformi a quanto richiesto dalla *lex specialis*; ad ottenere una migliore valutazione della propria offerta e, solo in via subordinata, alla rinnovazione della procedura. Afferma INSIEL che la ricorrente non ha fornito prova che, esclusa la controinteressata, si sarebbe aggiudicata l'appalto. In realtà, è pacifico in causa che la ricorrente è seconda classificata e che un eventuale miglioramento del punteggio attribuito (ovvero la diminuzione di quello dell'aggiudicataria) avrebbe potuto portare ad una sua diversa collocazione nella graduatoria. E ciò è sufficiente a radicare il suo interesse.

Deve ritenersi del pari sussistente l'interesse ad escludere l'aggiudicataria dalla gara, anche quando il vantaggio che da ciò l'istante trarrebbe non sia immediato, nel senso che alla stessa non potrebbe - in via direttamente consequenziale - essere aggiudicata la gara. Infatti, essendo - nel presente caso - la valutazione delle offerte tecniche avvenuta col sistema del "confronto a coppie", all'eventuale esclusione della controinteressata non conseguirebbe l'aggiudicazione della gara alla seconda classificata, ma, se del caso, la rinnovazione del confronto stesso. (TAR Lazio, n. 9310/11 "deve invero, alla luce dei

principi generali, ritenersi la sussistenza dell'interesse all'impugnazione in capo all'impresa partecipante alla gara anche nelle ipotesi nelle quali all'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione non consegua in termini di certezza l'effetto dell'automatico affidamento dell'appalto alla stessa, ma tale affidamento si configuri, in ragione dell'attività rinnovatoria dell'Amministrazione consequenziale al giudicato demolitorio dell'aggiudicazione, in termini di eventualità”).

5.3 - Anche la pretesa della controinteressata di leggere la prescrizione della Lettera di Invito alla stregua del modificato art. 46, comma 2, del D.Lg. 163/06, sulla tassatività delle cause di esclusione, è infondata, essendo l'invito *ad offerendum* stato pubblicato in data 1.4.00, quindi prima della modifica normativa di cui si invoca l'applicazione.

6. - Nel merito, il ricorso (come il Collegio aveva già anticipato nella motivazione di accoglimento dell'istanza cautelare) è fondato e va conseguentemente accolto.

In particolare, è fondato il motivo aggiunto con cui si lamenta la mancata esclusione dell'aggiudicataria per violazione di una regola posta dalla *lex specialis* a pena di esclusione. Stabilisce invero la Lettera di Invito, al punto 2.1.5. contenente le “Informazioni Complementari”, che “in tutti i casi la documentazione progettuale definitiva di cui all'art. 5.1 del Capitolato Speciale d'appalto: Norme Generali, da presentarsi nella Busta “B- Offerta Tecnica” ed il computo metrico estimativo da presentarsi nella busta “C - Offerta Economica e di Estensione della Durata Minima dei Servizi di manutenzione” dovranno essere sottoscritti e timbrati a pena di

esclusione (nel testo, in grassetto e sottolineato) anche dal/dai professionista/i che avrà/avranno redatto detta documentazione”.

E' pacificamente ammesso anche dalle controparti che il computo metrico estimativo dimesso dalla controinteressata non è stato sottoscritto dal progettista. Sia la S.A. che la controinteressata, affermano trattarsi di una semplice irregolarità (“violazione di carattere meramente formale”) sanabile, dato che non è controversa la completezza del computo metrico medesimo né la provenienza di tale documento dal progettista stesso.

ALPITEL, peraltro, non ha proposto, sul punto, ricorso incidentale avverso la prescrizione della Lettera di Invito, della cui esistenza e obbligatorietà, quindi, il Collegio deve limitarsi a prendere atto.

La giurisprudenza (anche di questo Tribunale: si vada, ad esempio, la decisione n. 92/12) è assolutamente pacifica nel ritenere che la S.A. è vincolata alle regole della *lex specialis* che essa stessa si è data, specie quando siano prescritte espressamente a pena di esclusione, pena la violazione della *par condicio*. (da ultimo, e per tutti: C.S. n. 1149/12 e n. 2259/12)

In definitiva, avendo la controinteressata violato una regola della *lex specialis* espressamente sanzionata con l'esclusione, doveva, per l'appunto, essere esclusa.

Il ricorso va, quindi, accolto.

7. - In corretta esecuzione della sentenza, INSIEL spa - fermo restando il giudizio reso sull'offerta economica, provvederà a riformulare la graduatoria dell'offerta tecnica (e conseguentemente di

quella definitiva) escludendo dalla valutazione la costituenda ATI tra ALPITEL s.p.a. e FASTWEB Italia s.p.a (sulla regola, cfr. TAR Campania, Napoli n. 16210/10, ove si precisa che, essendo il confronto coppie “una valutazione relativa, nella quale ogni elemento dell’offerta viene posto a confronto con quello degli altri concorrenti, in caso di annullamento dell’ammissione alla gara, non possono essere considerati né i punteggi del concorrente escluso né i punteggi conseguiti dagli altri concorrenti nel confronto a coppia con il primo, con conseguente necessità di procedere ad una rimodulazione della graduatoria”, con l’ulteriore conseguenza che, “in seguito all’annullamento dell’ammissione alla gara dell’impresa partecipante”, è necessario procedere “alla rinnovazione della procedura a partire dal segmento procedimentale inciso dalla pronuncia, costituito dalla predetta fase di ammissione, con conseguente ripetizione della valutazione delle offerte tra le altre società partecipanti”. Si veda anche, sul principio: C.S. n. 6038/08 e n. 458/07; TAR Toscana n. 2185/00 e TAR Emilia Romagna - Bologna, n.15/09, nonché il parere dell’Autorità di Vigilanza n. 48 del 21.3.11).

7.1. - Nulla vi è da disporre in ordine al contratto, non essendo lo stesso, medio tempore, stato sottoscritto.

8. - Spese competenza di causa possono essere totalmente compensate, tra le parti tutte, sussistendo le ragioni di legge. Contributo unificato rifiuto.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli - Venezia Giulia,

definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie, e, per l'effetto, annulla l'impugnata aggiudicazione e ordina la rinnovazione della valutazione delle offerte tecniche, nei termini di cui in motivazione.

Compensa le spese e competenze del giudizio tra le parti. Contributo unificato rifiuto..

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere

Rita De Piero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/04/2012

IL SEGRETARIO

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