



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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1521 del 2010, proposto dalla società Omniconnect s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Alberto Benedetti e Lucilla Matassini, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R. in Firenze, via Ricasoli n. 40;

contro

Unione dei Comuni Valdera, costituita in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Iaria, con domicilio eletto presso lo Studio legale Lessona in Firenze, via dei Rondinelli n. 2;

nei confronti di

- Ab Telematica s.r.l., costituita in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv. Riccardo Di Falco, con domicilio eletto presso lo stesso in Firenze, via Masaccio n. 183;
- Cima Telematica s.r.l. e Td Goup s.p.a., non costituite in giudizio;

per l'annullamento

- della determinazione n. 156 del 6.07.2010, pervenuta in data successiva all'08.07.2010 a firma del Direttore Generale dell'Unione dei Comuni Valdera ad oggetto: “*Aggiudicazione definitiva della gara per una infrastruttura di rete a banda larga in tecnologia hiperlan/2 sul territorio dei Comuni dell'Unione Valdera*”, nella parte in cui dispone l'affidamento alla @B Telematica s.r.l. dell'appalto per la fornitura sopraindicata;

- dei verbali delle sedute della commissione giudicatrice svoltesi in data 13.05.2010, 17.05.2010 e 18.05.2010;

ed anche

- della determinazione n. 222 del 10.09.2010 a firma del Direttore Generale dell'Unione dei Comuni Valdera ad oggetto: “*Conferma aggiudicazione definitiva della gara per una infrastruttura di rete a banda larga in tecnologia hiperlan/2 sul territorio dei Comuni dell'Unione Valdera*”, con la quale si è concluso il procedimento di annullamento della gara sopraindicata e confermata l'aggiudicazione della fornitura alla @B Telematica s.r.l.;

nonché, per quanto occorrer possa

- della determinazione n. 175 del 19.07.2010 a firma del Direttore Generale dell'Unione dei Comuni Valdera ricevuta in data 20.07.2010 ad oggetto: “*Annullamento in sede di autotutela della gara per una infrastruttura di rete a banda larga in tecnologia hiperlan/2 sul territorio dei Comuni dell'Unione Valdera*”, con la quale si è disposto l'annullamento della procedura selettiva;

- della determinazione n. 205 del 26.08.2010 a firma del Direttore Generale dell'Unione dei Comuni Valdera ricevuta in data 30.08.2010

ad oggetto: “*Annullamento in sede di autotutela della determinazione nr. 175 del 19.07.2010 e contestuale avvio di un nuovo procedimento per l'annullamento della gara per una infrastruttura di rete a banda larga in tecnologia hiperlan/2 sul territorio dei comuni dell'Unione Valdera*”, con la quale si è disposto l'annullamento della precedente determinazione di annullamento della procedura selettiva;

- delle note a firma del Direttore Generale dell'Unione Valdera rispettivamente dei giorni 08.07.2010, 20.07.2010 prot. n. 12233, 27.08.2010 nr. 15442, 10.09.2010;

e per l'accertamento

dell'illegittimità della mancata esclusione della @b Telematica dalla procedura de qua;

nonché per la declaratoria

di inefficacia del contratto ove *medio tempore* stipulato e l'accertamento del diritto all'aggiudicazione a proprio favore;

e per la condanna

al risarcimento in forma specifica ai sensi dell'art. 124 c.p.a.;

ovvero, in subordine, per la condanna

dell'Amministrazione intimata al risarcimento per equivalente del danno patrimoniale subito e derivante dall'adozione ed esecuzione dei provvedimenti impugnati nella misura pari: a) ai costi ed alle spese sostenute per la redazione degli elaborati da quantificarsi in corso di causa; b) al mancato guadagno derivante dall'aggiudicazione dell'appalto e dunque almeno corrispondente all'utile convenzionalmente stabilito in materia di appalti pubblici.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Unione dei Comuni Valdera e di Ab Telematica s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2011 il dott. Carlo Testori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1) L'Unione dei Comuni Valdera ha indetto una procedura negoziata per la fornitura e messa in opera di una infrastruttura di rete a banda larga in tecnologia Hiperlan/2 sul territorio dei Comuni della predetta Unione (importo a base d'asta: € 100.000,00 IVA esclusa; criterio di aggiudicazione: all'offerta economicamente più vantaggiosa).

Alla gara hanno partecipato quattro concorrenti; nella graduatoria finale è risultata prima classificata la società AB Telematica s.r.l. con punti di 73,04 (di cui 27,00 per l'offerta tecnica e 46,04 per l'offerta economica) che ha preceduto la società Omniconnect s.r.l. con punti 68,00 (13,00 + 55,00).

Il Direttore generale dell'Unione Valdera, con determinazione n. 156 del 6/7/2010, ha disposto l'aggiudicazione definitiva della gara ad AB Telematica s.r.l.; peraltro, a seguito delle osservazioni presentate da altri concorrenti circa la non conformità dell'offerta della prima

classificata alle specifiche tecniche richieste dal capitolato speciale d'appalto, con determinazione n. 175 del 19/7/2010 ha deciso di annullare in sede di autotutela non solo l'aggiudicazione precedentemente disposta (escludendo l'offerta di AB Telematica), ma anche l'intera gara, procedendo all'indizione di una nuova procedura.

Contro quest'ultima determinazione AB Telematica s.r.l. ha proposto davanti a questo TAR il ricorso rubricato al n. 1375/2010. Con provvedimento n. 205 del 26/8/2010 il D.G. dell'Unione Valdera, rilevando la fondatezza della censura relativa alla mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, ha disposto l'annullamento in autotutela della propria determinazione n. 175/2010 (nonché della successiva determinazione n. 194 del 3/8/2010 con cui è stata indetta una nuova procedura negoziata) e l'avvio di un nuovo procedimento per l'annullamento degli atti della gara di cui si discute, di cui ha dato comunicazione alle imprese interessate, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241/1990.

Con determinazione n. 222 del 10/9/2010 il D.G. dell'Unione Valdera, ritenendo condivisibili le controdeduzioni formulate dalla ditta risultata aggiudicataria, ha infine concluso il procedimento confermando l'aggiudicazione già disposta in favore di AB Telematica s.r.l.

2) La società Omniconnect s.r.l. ha impugnato sia la determinazione n. 156 del 6/7/2010, sia la determinazione n. 222 del 10/9/2010 con il ricorso in epigrafe, formulando censure di violazione di legge ed

eccesso di potere sotto diversi profili.

Si sono costituiti in giudizio sia l'Unione dei Comuni Valdera, sia la controinteressata AB Telematica s.r.l., che hanno chiesto la reiezione del gravame perché infondato.

3) Nella camera di consiglio del 19 ottobre 2010 questo Tribunale, con ordinanza n. 924, ha respinto la domanda incidentale di sospensione dei provvedimenti impugnati.

4) Tutte le parti costituite hanno depositato memorie in vista dell'udienza del 25 maggio 2011, in cui la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1) Le censure formulate dalla società ricorrente, quali risultano articolate nel ricorso e sviluppate nelle successive memorie, possono essere così sintetizzate:

a) la determinazione n. 222 del 10/9/2010 è illogica, nonché contraddittoria e perplessa rispetto agli atti precedentemente adottati sulla scorta della ravvisata non conformità dell'offerta dell'aggiudicataria alle specifiche tecniche richieste dal capitolato speciale d'appalto;

b) AB Telematica s.r.l. ha fatto ricorso all'avvalimento per dimostrare il possesso della "*certificazione ufficiale rilasciata dalla casa produttrice per l'installazione e la manutenzione degli apparati offerti in fase di presentazione del progetto*", richiesta dall'art. 13 del capitolato come requisito minimo di partecipazione; l'istituto dell'avvalimento non poteva però trovare applicazione nel caso in esame, trattandosi di un requisito strettamente soggettivo, che ha riguardato non tanto l'organizzazione

e i mezzi di cui la controinteressata era carente, bensì la sola certificazione.

2) Il Direttore generale dell'Unione Valdera ha disposto, con la determinazione n. 175 del 19/7/2010, l'annullamento in autotutela dell'originario provvedimento di aggiudicazione ritenendo fondate le osservazioni presentate da alcuni concorrenti circa la non conformità dell'offerta della prima classificata alle specifiche tecniche richieste dal capitolato speciale d'appalto. In particolare:

- la questione riguardava i gruppi di continuità che, a norma del punto 5.4 del capitolato dovevano garantire, a pena di esclusione una "*autonomia a pieno carico di almeno 8 minuti*" (nella determinazione citata, in realtà, si faceva riferimento anche al profilo dei tempi di intervento, a cui peraltro né gli atti successivi, né il ricorso fanno alcun cenno: per cui deve ritenersi che tale profilo sia superato e comunque ininfluenza ai fini della presente decisione);

- AB Telematica s.r.l. ha offerto due gruppi di continuità, risultati difformi da quanto riportato nelle schede tecniche dei prodotti e neppure corrispondenti alle caratteristiche minime richieste; ciò comportava l'esclusione della predetta società dalla gara, con le ulteriori conseguenze sulla procedura specificate nel citato provvedimento dirigenziale.

La determinazione n. 175 del 19/7/2010 è stata poi a sua volta annullata in autotutela dal medesimo D.G. (con provvedimento n. 205 del 26/8/2010) per mancata comunicazione di avvio del procedimento; il contraddittorio conseguentemente attivato con le

ditte coinvolte ha consentito all'aggiudicataria di far valere le sue ragioni e ciò ha portato alla conclusiva conferma dell'aggiudicazione, disposta con l'impugnata determinazione n. 222 del 10/9/2010, da cui emerge:

- che l'offerta di AB Telematica s.r.l. comprendeva, oltre ai gruppi di continuità dichiarati, delle batterie aggiuntive costituenti (secondo quanto prospettato dalla predetta società e condiviso dalla stazione appaltante) *"un dispositivo complementare che non incide sulla sostanza dell'offerta, in quanto equiparabile sostanzialmente, al di là delle dimensioni, ai dispositivi quali cavetterie e simili"*;

- che ciò ha consentito alla concorrente di dichiarare *"la funzionalità richiesta dell'apparato principale"*, conformemente a quanto richiesto dalla disciplina di gara *"ovviamente da confermare in termini di funzionalità in sede di collaudo"*;

- che in relazione a quanto sopra, pur permanendo *"dubbi circa la validità tecnico-amministrativa... del capitolato predisposto dal servizio"*, si è proceduto alla conferma dell'aggiudicazione ritenendo prevalente l'interesse dell'Amministrazione a *"dare esecuzione alla fornitura"* avente *"carattere strategico ed urgente per lo sviluppo dei servizi erogati dall'Unione ai comuni aderenti"* e per *"evitare un ulteriore contenzioso con la ditta affidataria dall'esito comunque incerto"*.

3) Quanto precede consente di formulare alcune prime conclusioni:

- non è fondata la censura di contraddittorietà della determinazione n. 222 del 10/9/2010 rispetto ai provvedimenti precedentemente assunti, tenuto conto che l'atto conclusivo del procedimento

consegue allo svolgimento di una fase partecipativa, in contraddittorio con l'aggiudicataria, che precedentemente era mancata (e aveva viziato la determinazione n. 175 del 19/7/2010);

- che anche le censure di illogicità e di perplessità appaiono superabili tenuto conto: che l'aggiudicataria aveva fornito precisazioni circa i contenuti della sua offerta tecnica suscettibili di risolvere positivamente i dubbi precedentemente emersi; che la pur non impeccabile formulazione della disciplina di gara non precludeva alla stazione appaltante di verificare, in sede di esecuzione della fornitura, la piena rispondenza del prodotto offerto a quanto dichiarato e richiesto; che i diversi interessi in gioco sono stati comparativamente valutati dalla stazione appaltante in termini non manifestamente irragionevoli.

4) Resta da definire la questione sostanziale: se l'offerta di AB Telematica s.r.l., per come formulata, doveva o meno essere esclusa dalla gara per non conformità alle specifiche tecniche richieste. In proposito si osserva innanzitutto che il punto 5.4 del capitolato richiedeva la fornitura di gruppi di continuità che dovevano soddisfare tra le altre, a pena di esclusione, le seguenti caratteristiche:

- una "*autonomia a pieno carico di almeno 8 minuti*";
- un "*minimo 700VA*".

Nella sua offerta tecnica la società odierna controinteressata ha indicato al punto 8.1, per quanto riguarda i gruppi di continuità, due differenti opzioni (in relazione ai diversi siti) riguardanti:

- un modello (EQP-ON3000RT) "*da 3000VA (2100Watt) con 12*

minuti di autonomia all'80% del carico (2400VA)";

- un modello (EQP-ON1000RT) "da 1000VA (700Watt) con 15 minuti di autonomia alla potenza di 700VA (70% della potenza massima) di riferimento del bando".

Rispetto a requisiti minimi richiesti relativi a 700VA con autonomia a pieno carico di almeno 8 minuti i due modelli offerti risultano conformi, posto che uno garantisce 12 minuti di autonomia a 2400VA e l'altro 15 minuti di autonomia a 700VA. Ciò è quanto ha dichiarato nella sua offerta AB Telematica s.r.l., che ha poi precisato, in sede di chiarimenti, che il raggiungimento dell'autonomia dichiarata è garantito dall'impiego di batterie aggiuntive.

La società ricorrente sostiene che tali apparecchiature non costituiscono un mero dispositivo complementare, ma rappresentano una componente essenziale del prodotto offerto dalla controinteressata, senza la quale lo stesso non è in grado di soddisfare i requisiti minimi richiesti; e poiché tale elemento non risultava dall'offerta, quest'ultima andava esclusa dalla gara.

Il Collegio è di diverso avviso e condivide le valutazioni in proposito espresse dalla stazione appaltante, tenuto conto: che quanto l'aggiudicataria ha dichiarato (e si è impegnata a fornire) in sede di offerta era conforme alle prescrizioni del capitolato; che le batterie aggiuntive si configurano, rispetto ai gruppi di continuità offerti, come elementi accessori la cui natura non muta in relazione alle dimensioni; che appare dimostrata l'idoneità dei prodotti offerti, corredati dalle batterie aggiuntive, a soddisfare le specifiche tecniche

di cui si controverte.

5) Le censure sintetizzate al punto 1.a) risultano dunque tutte infondate.

6) Per quanto riguarda le censure sintetizzate punto 1.b) - riguardanti l'avvalimento utilizzato dalla società controinteressata per dimostrare il possesso della "*certificazione ufficiale rilasciata dalla casa produttrice per l'installazione e la manutenzione degli apparati offerti in fase di presentazione del progetto*" - si deve innanzitutto respingere l'eccezione formulata nella memoria di replica da AB Telematica s.r.l. secondo cui solo negli scritti successivi (e non già nel ricorso) la ricorrente avrebbe censurato la natura esclusivamente "cartacea" e non invece sostanziale del predetto avvalimento; in realtà tale censura era già presente, seppure sinteticamente enunciata, nell'atto introduttivo del giudizio, per essere poi ampiamente sviluppata nella memoria depositata il 9/5/2011.

Per valutare i diversi profili su cui si sofferma il motivo di ricorso formulato da Omniconnect s.r.l. risulta utile e puntuale il richiamo alla recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 18 aprile 2011 n. 2344 in cui si legge, a proposito dell'utilizzabilità dell'avvalimento in relazione ad un requisito riguardante il possesso di una certificazione di qualità:

"...sul piano letterale, l'articolo 49 del codice dei contratti pubblici, nel disciplinare l'istituto dell'avvalimento, non contiene alcuno specifico divieto in ordine ai requisiti soggettivi che possono essere comprovati mediante tale strumento, che assume una portata generale.

D'altra parte, è fuori discussione che, nell'ottica dell'ordinamento comunitario, l'avvalimento miri ad incentivare la concorrenza, nell'interesse delle imprese, agevolando l'ingresso nel mercato di nuovi soggetti: pertanto, deve essere evitata ogni lettura aprioristicamente restrittiva dell'ambito di operatività della nuova disciplina".

Il Collegio condivide le considerazioni citate e tanto basta per superare la censura secondo cui il possesso della certificazione richiesta nel caso in esame non avrebbe potuto essere dimostrato tramite avvalimento.

La medesima decisione del Consiglio di Stato affronta poi il tema della difficoltà pratica di dimostrare, in concreto, l'effettiva disponibilità di un requisito soggettivo qual è la certificazione di qualità ; in proposito afferma: "...è onere della concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a "prestare" il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti) ".

Analoghe considerazioni valgono per la certificazione di cui si discute nel presente giudizio; la società ricorrente sostiene che l'avvalimento pattuito tra la controinteressata e la società Eurogroup s.p.a. ha riguardato esclusivamente l'uso della certificazione, cioè del titolo richiesto e non anche delle risorse presupposte; il contratto depositato in giudizio induce però a diverse conclusioni.

In esso si legge:

- che l'impresa ausiliaria si impegna non solo a consentire ad AB Telematica s.r.l. l'utilizzo della certificazione richiesta, ma anche a fornire alla stazione appaltante una dichiarazione "*di mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente la concorrente*";
- che in relazione alla responsabilità solidale gravante sull'ausiliaria a quest'ultima sono attribuiti poteri di verifica e controllo dell'avanzamento dei lavori, della regolarità dell'esecuzione e di tutti gli atti tecnici, nonché di accesso ai luoghi in cui si svolgono i lavori, con autorizzazione ad interloquire con la direzione lavori e con il RUP.

Ad avviso del Collegio la prima dichiarazione vale ad assicurare ad AB Telematica s.r.l. il supporto non solo cartaceo, ma tecnico eventualmente necessario per l'installazione e la manutenzione degli apparati offerti; mentre i poteri riconosciuti dal contratto all'impresa ausiliaria si configurano quale corrispettivo dell'impegno assunto, finalizzato ad assicurare, in concreto, la corretta esecuzione dei lavori da parte della concorrente aggiudicataria, e sono lo strumento per verificare preventivamente il raggiungimento dell'obiettivo, evitando così di dover rispondere di eventuali inadempimenti.

Ciò porta concludere che il rapporto di avvalimento instaurato tra le due società non aveva un oggetto limitato al "titolo" di cui AB Telematica s.r.l. era carente, ma presentava un contenuto sostanziale, idoneo a dimostrare il possesso del requisito richiesto (e di ciò

fornisce conferma la fattura depositata dalla predetta società come documento n. 8).

Anche le censure di cui al precedente punto 1.b) non sono dunque suscettibili di accoglimento.

7) In conclusione, il ricorso va respinto perché infondato.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese del giudizio in favore sia dell'Amministrazione resistente, sia della società controinteressata nella misura di € 2.500,00 (duemilacinquecento/00) oltre a CPA e IVA per ciascuna delle predette controparti.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere, Estensore

Riccardo Giani, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/06/2011

IL SEGRETARIO

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