

N. 01338/2013 REG.PROV.COLL.

N. 01580/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1580 del 2012, proposto da:  
Comitel Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Piero Costantini, Antonio Tita, con domicilio eletto presso Oliver Cristante in Venezia, S. Croce, 466/G;

contro

Comune di Isola della Scala, rappresentato e difeso dagli avv. Franco Zambelli, Gian Paolo Sardos Albertini, Nicoletta Scaglia, con domicilio eletto presso Franco Zambelli in Venezia-Mestre, via Cavallotti, 22;

nei confronti di

Roteco Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Elisa Toffano, Marco Bertazzolo, Margherita Bonifacio, con domicilio eletto presso Margherita Bonifacio in Venezia, S. Croce 312/A - Fondamenta Rizzi;

per l'annullamento

della determinazione n. 324 del 25.9.2012, con la quale sono stati approvati i verbali di gara e quindi disposta in via definitiva, l'aggiudicazione in favore della controinteressata della gara indetta dal Comune resistente per l'affidamento in appalto della realizzazione di progetto, fornitura e posa in opera di un sistema di videosorveglianza per il controllo del territorio nei comuni di Isola della Scala e Nogara; nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Isola della Scala e di Roteco Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2013 la dott.ssa Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con ricorso ritualmente notificato, la società Comitel s.r.l. ha impugnato la determinazione n. 324 del 25 settembre 2012 (comunicata con nota prot. n. 8870 del 26.09.2012) con la quale sono stati approvati i verbali di gara e disposta, in via definitiva, l'aggiudicazione in favore della Reteco s.r.l. della gara indetta dal Comune di Isola della Scala per l'affidamento, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto relativo alla "realizzazione di progetto, fornitura e posa in opera di un sistema di videosorveglianza per il controllo del territorio nei comuni di Isola della Scala e Nogara".

1.1. Con il medesimo gravame è stato altresì impugnato il bando di gara, nella parte in cui ha previsto l'apertura in seduta pubblica delle sole buste contenenti le offerte economiche e non anche di quelle contenenti le offerte tecniche.

2. La ricorrente, classificatasi seconda in graduatoria con punti 247,42 (di cui 161,89 per la parte tecnica e 85,63 per la parte economica) dietro la società Reteco con 250,81 punti (di cui 173,21 per la parte tecnica e 77,60 per la parte economica), ha affidato l'impugnazione ai seguenti motivi di ricorso:

I) in via principale, violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis* e dell'art. 3 del d.lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria e illogicità in quanto il giudizio tecnico compiuto dalla commissione risulterebbe inficiato da una serie di incongruenza, illogicità e contraddittorietà la cui rimozione condurrebbe all'aggiudicazione in proprio favore;

II) in via subordinata al mancato accoglimento del primo motivo, violazione degli artt. 2 e 84 del d.lgs. n. 163 del 2006 e degli artt. 117, 119, comma 6, e 120 comma 2, del D.P.R. n. 207 del 2010, violazione dei principi di trasparenza e di pubblicità ed eccesso di potere per l'illegittima apertura in seduta riservata delle buste contenenti le offerte tecniche.

3. Si è costituito in giudizio il Comune di Isola della Scala eccependo, in via preliminare, la tardività del gravame e chiedendo, in ogni caso, il rigetto nel merito del ricorso.

3.1. Secondo la resistente, infatti, la disciplina sul "giusto procedimento amministrativo", ispirato a principi di economicità e speditezza e la peculiare funzione del bando di gara - quale *lex specialis* che circonda (con clausole prescrittive di adempimenti anche formali, a pena di esclusione) il principio di strumentalità delle forme ... - imporrebbero una scrupolosa disamina del medesimo bando da parte delle imprese partecipanti, le quali, essendo tenute al rispetto delle relative prescrizioni, non potrebbero non ritenersi in grado di procedere ad una immediata contestazione di ogni eventuale vizio rilevato nella disciplina in questione. Pertanto, la clausola del bando ritenuta

illegittima (che prevedeva l'apertura in seduta pubblica delle sole buste contenenti le offerte economiche e non anche di quelle contenenti le offerte tecniche) avrebbe dovuto essere impugnata entro gli ordinari termini decadenziali senza necessità di attendere i relativi atti applicativi.

3.2. Peraltro, anche non aderendo a tale indirizzo, il ricorso risulterebbe comunque tardivo posto che l'interesse protetto dalle prescrizioni sulla pubblicità della gara è quello volto alla trasparenza della procedura di evidenza pubblica, cosicché la sua effettiva lesione promanerebbe non già dall'aggiudicazione ad un altro soggetto, bensì dall'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche in seduta riservata con conseguente computo del termine di impugnazione a partire da tale giorno.

4. Si è costituito in giudizio anche la controinteressata Reteco s.r.l., eccependo la tardività del ricorso e comunque l'infondatezza nel merito, evidenziando che la mancata indicazione della lesione che Comitel avrebbe ritratto in conseguenza dello svolgimento non pubblico della seduta in questione renderebbe in ogni caso inammissibile il secondo motivo di censura.

5. Con ordinanza n. 701 del 2012, adottata a seguito della camera di consiglio del 28 novembre 2012, veniva accolta la domanda cautelare, ravvisando apprezzabili profili di *fumus boni iuris* con «particolare riguardo alla censura inerente la mancata apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti l'offerta tecnica».

6. In vista della discussione del merito, le parti hanno depositato memorie conclusive e di replica ex art. 73 del c.p.a. e, all'udienza pubblica del 24 ottobre la causa veniva trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Il ricorso si articola in due censure rispettivamente dirette ad ottenere, in via principale, l'aggiudicazione della gara e, in via subordinata al mancato accoglimento del primo motivo, l'integrale rinnovazione della procedura concorsuale.

2. Il Collegio ritiene, nel rispetto del principio della domanda, di dover esaminare le questioni sollevate in base all'ordine di graduazione indicato dalla ricorrente.

3. Il primo motivo di ricorso concerne plurimi profili di asserita incongruità dell'attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche effettuata dalla Commissione giudicatrice.

3.1. Prima di passare all'esame delle specifiche doglianze, deve osservarsi che il giudice amministrativo non può procedere ad una propria autonoma valutazione in sostituzione di quella compiuta dall'Amministrazione, in quanto la discrezionalità tecnica è sindacabile solo in presenza di valutazioni incoerenti o irragionevoli che comportano un vizio della funzione; sono pertanto apprezzabili solo quelle palesi aberrazioni in presenza delle quali il vizio della funzione non risulta più intrinseco alla stessa valutazione di merito (che evidentemente comporta un grado più o meno alto di opinabilità), ma trasmoda nell'eccesso di potere.

3.2. Così definiti i limiti di sindacabilità da parte del giudice amministrativo delle scelte discrezionali operate dall'organo tecnico, le valutazioni effettuate nel caso di specie dalla Commissione giudicatrice non risultano affette né da macroscopici errori e/o illogicità manifeste né da oggettive disparità di trattamento tali da alterare l'esito della gara in favore della ricorrente.

3.3. In particolare, quanto:

- a) al preteso minor consumo elettrico dell'offerta di Comitel, la Commissione ha motivatamente attribuito il punteggio tenendo conto del solo consumo dell'apparato di ripresa pari a 6W e attribuendo un punteggio (di 1,7 punti) proporzionalmente inferiore rispetto all'offerta aggiudicataria, con consumo inferiore e pari a 5W (cfr. verbale di gara n. 5 del 13.08.2012);
- b) all'asserita mancanza di specificazione del numero di "pixel" relativi all'altezza minima delle telecamere per il riconoscimento offerte da Reteco, deve rilevarsi che è data per pacifica l'attestazione via e-mail da parte del produttore sul punto (comprovante la specificazione di 10 pixel), non rilevando in senso contrario le attribuzioni di punteggio nei confronti delle offerte prodotte da altre ditte (rispetto alle quali non risulta dimostrato che abbiano offerto lo stesso modello di telecamera);
- c) alla pretesa mancanza del c.d. sistema "syntax free", risulta che la Commissione ha motivatamente fondato il proprio convincimento sulla base del chiarimento, documentato in atti – (cfr. nota pervenuta in data 11 settembre del 2012, doc. 11 della resistente) –, del rappresentante legale della ditta Tattile, secondo cui «l'apparecchiatura Vega III ... ha in dotazione l'algoritmo "Syntax free"», potendo utilizzare anche altri algoritmi finalizzati al raggiungimento di alte percentuali di riconoscimento di targhe;
- d) alla pretesa erronea attribuzione del punteggio a Reteco in ordine all'illuminatore integrato adattivo, essa risulta motivata con un'offerta quantitativamente e qualitativamente superiore alle altre;
- e) all'assegnazione del punteggio massimo a Reteco in relazione al sistema di videoregistrazione centralizzato, la Commissione ha motivato la scelta in senso non arbitrario né macroscopicamente illogico con la necessità di dover "privilegiare ... la prestazione del software offerto" anziché "il numero di licenze" (cfr. verbale di gara n. 5, cit.);
- f) alla dedotta ingiustizia del punteggio assegnato a Reteco in ordine alle eventuali funzionalità di analisi video aggiuntive valutate, non essendo chiara la loro comprensione o meno nel progetto, è sufficiente osservare che il progetto offerto da Reteco, alla voce "Strumenti per l'analisi video forniti per i seguenti aspetti" di pagina 8, ne fa espressa previsione (cfr. doc. 12 del comune resistente);
- g) alla dedotta ingiustizia del punteggio assegnato a Reteco in ordine alla infrastruttura per la trasmissione dei dati (tipologia delle antenne utilizzate) – tenuto conto che l'estensione della banda massima permessa dal modulo radio degli apparati radio terminali (CPE) di quest'ultima sarebbe pari a 1/3 di quella offerta da Comitel –, il giudizio della Commissione risulta tutt'altro che arbitrario in quanto fondato sulla valutazione tecnica delle "reali" caratteristiche dell'apparato anziché sulle sue astratte potenzialità;
- h) alla dedotta ingiustizia del punteggio assegnato a Reteco in ordine alla infrastruttura per la trasmissione dei dati (banda massima garantita dai moduli radio degli apparati multi punti – base station) – il giudizio risulta motivato dalla diversa impostazione progettuale dell'architettura di rete, risultando pertanto, del pari, non manifestamente arbitraria né illogica;
- i) alla dedotta ingiustizia del punteggio assegnato a Reteco in ordine alla infrastruttura per la trasmissione dei dati (tipologia delle antenne polarizzate), è sufficiente osservare che la ricorrente non ha dimostrato né che il "guadagno di 20dB" riconosciuto agli apparati di Reteco dalla Commissione di gara non corrisponda a quello effettivamente offerto né la pretesa inferiorità qualitativa delle antenne relative contenute nella medesima offerta.

4. Alla luce delle considerazioni che precedono, deve pertanto escludersi la fondatezza della censura svolta in via principale, dovendosi, quindi, passare all'esame del secondo motivo di ricorso, diretto all'annullamento dell'intera procedura di gara per l'omessa apertura in seduta pubblica delle buste contenenti l'offerta tecnica.

4.1. In via preliminare deve essere esaminata, l'eccezione di tardività del gravame sul punto (notificato il 26 ottobre 2012), per omessa impugnazione immediata della clausola del bando reputata illegittima.

4.2. L'eccezione di tardività del ricorso non merita accoglimento sotto nessuno dei profili sollevati.

Il Collegio rileva, al riguardo, che la clausola del bando in concreto impugnata con l'aggiudicazione non ha natura "escludente" in quanto, di per sé, non è idonea a impedire una corretta e consapevole elaborazione della propria proposta economica e, conseguentemente, non può considerarsi immediatamente e direttamente lesiva della situazione soggettiva dell'interessato.

Pertanto il Collegio, pur non ignorando le ragioni poste a fondamento dell'indirizzo giurisprudenziale "evolutive" rispetto all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2003 – fatto proprio dall'ordinanza di rimessione (all'Adunanza medesima) della VI Sezione del Consiglio di Stato n. 634 del 2013 –, ritiene nondimeno che, al caso di specie, debba farsi applicazione del principio di diritto secondo il quale i bandi, i disciplinari, i capitolati speciali di gara, e le relative lettere di invito vanno di regola impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, in quanto solo in tale secondo momento diventa attuale, e concreto l'interesse ad agire del singolo concorrente.

4.2. Peraltro, proprio tenuto conto della natura formale del vizio, la mancata allegazione da parte della ricorrente di alcun "concreto ingiusto svantaggio" in dipendenza della violazione del principio di trasparenza procedurale derivante dall'apertura in seduta riservata delle offerte tecniche non può determinare l'inammissibilità della doglianza, giacché l'invocata pubblicità anche della seduta prevista per l'apertura delle offerte tecniche risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ma anche «dell'interesse pubblico alla trasparenza e all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili *ex post*, una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato» (cfr. punto 5 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 13 del 2011).

4.3. Orbene, passando all'esame del merito della censura, deve rilevarsi, in fatto, che non appare contestabile che la seduta del 20 luglio 2012, nella quale si è dato corso all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche e all'assegnazione dei relativi punteggi, non ha avuto natura pubblica. Tanto si desume dal verbale della seduta medesima, nell'ambito del quale non viene dato atto della presenza di alcun rappresentante delle imprese concorrenti, diversamente da quanto riportato in quello relativo alla seduta dell'8 agosto 2012, nel corso della quale la Commissione ha proceduto all'apertura dei plichi contenenti le offerte economiche e a formare la graduatoria della gara. Né emergono altri elementi testuali idonei a comprovarne la pubblicità.

4.4. Deve pertanto ritenersi che, nella fattispecie oggetto di scrutinio, la Commissione di gara ha proceduto in seduta pubblica alla sola apertura delle "offerte-plico n. 5 riguardante l'offerta economica" (cfr. verbale n. 4 del 3 agosto 2012).

4.5. Sul punto, il bando, adottato il 21 maggio 2012 e specificamente impugnato in parte qua, prevedeva: "Le sedute della Commissione relative all'apertura dei plichi n.1 [*ndr*: contenente la documentazione amministrativa] e n. 5 [*ndr*: contenente l'offerta economica] saranno pubbliche

mentre quelle relative alla valutazione del PROGETTO ESECUTIVO comprendente i plichi n. 2, n. 3, n. 4 saranno segrete” (cfr. lettera “f” sub punto “10” del bando).

5. Tanto premesso, l’Amministrazione, sottraendo alla seduta pubblica l’operazione di apertura delle buste recanti l’offerta tecnica, ha agito in violazione di una regola imposta dalla disciplina legale dell’affidamento dei contratti pubblici.

5.1. Ed invero, richiamando sul punto quanto affermato dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 13 del 2011, deve osservarsi che anche con specifico riferimento all’apertura della busta dell’offerta tecnica debbano valere i principi comunitari e di diritto interno in materia di trasparenza e di pubblicità nelle gare per i pubblici appalti in quanto la “verifica della integrità dei plichi” non esaurisce la sua funzione nella constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni, ma è destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara.

Tale operazione, quindi, come per la documentazione amministrativa e per l’offerta economica, costituisce passaggio essenziale e determinante dell’esito della procedura concorsuale, richiedendo pertanto di essere presidiata dalle medesime garanzie, a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento.

5.2. Peraltro lo stesso art. 120, comma 2, del DPR n. 2017 del 2010 (così come modificato dall’art. 12, comma 1, D.L. 7 maggio 2012, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 luglio 2012, n. 94), applicabile *ratione temporis* al caso di specie, prevede espressamente che: «La commissione, anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012, apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti. In una o più sedute riservate, la commissione valuta le offerte tecniche e procede alla assegnazione dei relativi punteggi applicando i criteri e le formule indicati nel bando o nella lettera di invito secondo quanto previsto nell’allegato G. Successivamente, in seduta pubblica, la commissione dà lettura dei punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, procede alla apertura delle buste contenenti le offerte economiche e, data lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse, procede secondo quanto previsto dall’articolo 121».

6. Pertanto, la censura svolta in via subordinata con il secondo motivo di ricorso è fondata con conseguente accoglimento del gravame *in parte qua* e annullamento dell’intera procedura concorsuale, oltre che della clausola del bando impugnata.

7. Peraltro, tenuto conto di tutte le circostanze della controversia, ricorrono giusti motivi per compensare le spese di giudizio, ad eccezione del contributo unificato che dovrà essere rifiuto dalla parte resistente alla parte ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Spese compensate, ad eccezione del contributo unificato che va posto a carico della parte resistente.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Silvia Coppari, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/12/2013

IL SEGRETARIO

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