

Tar Aosta, sezione Unica, sentenza n. 51 del 29 luglio 2021

Offerta tecnica – Carenza– Punteggio pari a zero – Esclusione solo con carenza di elementi essenziali che generano incertezza sul contenuto dell'offerta

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 della Valle D'Aosta

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 21 del 2021, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio in Aosta, via

contro

..... Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Aosta, via; Regione Autonoma della Valle d'Aosta, non costituita in giudizio;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determina n. -OMISSIS- del -OMISSIS- – di cui è stata data notizia alla parte ricorrente ai sensi dell'art. 76 del decreto legislativo 18/4/2016, n. 50 con nota protocollo n. -OMISSIS- del -OMISSIS- – a mezzo della quale il Direttore Generale di S.p.A., Centrale Unica di Committenza Regionale, ha aggiudicato i

“servizi di informazione giornalistica a mezzo di agenzia di stampa in favore della Giunta regionale della Valle d'Aosta per il periodo -OMISSIS- al -OMISSIS-. CIG -OMISSIS-” in favore dell'operatore economico -OMISSIS- con sede in -OMISSIS- ;

- dei verbali di gara e, nello specifico, dei verbali del Seggio di gara del -OMISSIS-, n. -OMISSIS-, del -OMISSIS-, n. -OMISSIS- e del -OMISSIS-, n. -OMISSIS- nonché dei verbali della Commissione Giudicatrice del -OMISSIS-, n. -OMISSIS- relativo alla valutazione delle offerte tecniche e del -OMISSIS- n. -OMISSIS- relativo alla valutazione delle offerte economiche;

- all'occorrenza, della nota del Responsabile Unico del Procedimento del -OMISSIS-, prot. n. -OMISSIS- relativa alla valutazione dell'anomalia dell'offerta;

- della determina del Direttore Generale di S.p.A. n. -OMISSIS- del -OMISSIS- relativo a “nomina Commissione Giudicatrice - procedura aperta per l'affidamento dei servizi di informazione giornalistica a mezzo di agenzia di stampa in favore della Giunta Regionale della Valle d'Aosta dal -OMISSIS- al -OMISSIS- - CIG -OMISSIS-” nella parte in cui designa quale “membro esperto” della Commissione medesima la sig.ra -OMISSIS- – Vice Capo Ufficio stampa, Presidenza della Regione;

- all'occorrenza, del bando e del disciplinare di gara;

- nonché di ogni ulteriore eventuale atto e/o provvedimento presupposto e/o connesso e/o conseguente, ancorché non conosciuto e/o lesivo per il Ricorrente, ivi inclusa la determina della Centrale Unica di Committenza Regionale n. -OMISSIS- del -OMISSIS- di approvazione della documentazione di gara.

Con domanda di declaratoria:

- di inefficacia del contratto di appalto, ove nel frattempo stipulato;

- del diritto di -OMISSIS- al risarcimento del danno in forma specifica mediante aggiudicazione e subentro nel contratto d'appalto eventualmente già stipulato,

ovvero, in subordine, mediante la riedizione della procedura di gara e/o della valutazione delle offerte, con espressa riserva di domanda risarcitoria per equivalente ai sensi dell'art. 30, comma 5, D.Lgs. 2/7/2010 n. 104;

nonché domanda di annullamento ai sensi dell'art. 116, comma 2, del D. Lgs 2/7/2010, n. 104

del diniego parziale di accesso all'offerta tecnica di -OMISSIS- ed alle sue giustificazioni ai sensi dell'art. 97, comma 5, del D. Lgs. n. 50/2016 opposto dalla Centrale Unica di Committenza Regionale con nota del -OMISSIS-, prot. n. -OMISSIS-.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Spa e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica - svoltasi da remoto con le modalità di cui al D.P.C.S. del 28.12.2020 - del giorno 13 luglio 2021 il dott. Carlo Buonauro e uditi da remoto per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente impugnava l'aggiudicazione, i verbali di gara, la determina relativa alla nomina della Commissione Giudicatrice, il bando di gara, il disciplinare, come in epigrafe meglio descritti, ed ogni ulteriore atto presupposto connesso della procedura di gara per l'affidamento dei servizi di informazione giornalistica a mezzo di agenzia di stampa in favore della Giunta Regionale della Valle d'Aosta dal -OMISSIS- al -OMISSIS- - CIG -OMISSIS- indetta da Spa che era stata vinta dalla odierna controinteressata.

Dopo aver avuto accesso parziale agli atti di gara, la ricorrente articolava in tre rubriche le censure ai provvedimenti ed agli atti gravati.

Le censure sub I. e II. mirano all'accertamento della pretesa doverosità della esclusione del controinteressato dalla procedura di gara di cui è giudizio e, per l'effetto, la aggiudicazione in suo favore del relativo appalto, mentre le censure rubricate sub III vengono sollevate in via subordinata e sono finalizzate alla riedizione della gara ovvero alla (ri) valutazione delle offerte dei concorrenti.

In particolare, la prima di esse denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 15 e 17.5 del Disciplinare di gara con conseguente causa di inammissibilità ex art.59 comma 4, lett. a) e art.56, comma 6 codice appalti dal momento che la stazione appaltante non considera rilevante ai fini dell'esclusione dalla gara anche il numero di lanci di agenzia di stampa del Notiziario generale, sotto criterio di valutazione dell'offerta tecnica previsto dal paragrafo 2.1.1. del disciplinare di gara. Al riguardo, secondo la ricorrente la circostanza che la società controinteressata non abbia fornito le specifiche necessarie a consentire una adeguata valutazione del sotto criterio 2.1., nonostante le plurime richieste del Responsabile della procedura di gara, avrebbe reso incompleta ed indeterminata la sua offerta tecnica in quanto elemento essenziale afferente alla "esperienza del concorrente".

La seconda rubrica di censure contesta la violazione e falsa applicazione dell'art.80, comma 5, lett. c-bis e lett. f-bis del D. L.vo 50/2016 in quanto la omessa prova del numero di lanci, oltre a determinare la incompletezza della OT, comprometterebbe anche la affidabilità professionale dell'OE assurgendo a causa di esclusione.

Con la terza censura la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art.77 comma 4 D. L.vo 50/2016 per essere stata nominata quale componente della commissione giudicatrice incaricata dell'esame delle offerte, la dott.ssa -OMISSIS-

che non poteva far parte della commissione avendo svolto compiti di gestione “attiva” nel precedente affidamento di cui la ricorrente è contraente uscente.

Inoltre, la ricorrente insta per l’annullamento del diniego parziale opposto all’accesso integrale all’OT, alla documentazione fornita a fondamento della congruità della propria offerta e ai documenti ed atti relativi al sub-procedimento di anomalia della offerta ritenendolo illegittimo per difetto di motivazione, per aver sottratto all’accesso informazioni e dati quantitativi che non rientrano nei “segreti tecnici o commerciali” e per aver oscurato anche le modalità esecutive della commessa.

Si costituivano in giudizio la parte controinteressata e s.p.a. che concludevano per il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. -OMISSIS- del -OMISSIS-, la sezione rigettava l’istanza di tutela cautelare, ivi rilevandosi “che, per un verso, la richiamata incertezza in ordine all’indicazione del numero dei lanci appare porsi esclusivamente quale criterio di valutazione richiesto ai fini della attribuzione del correlato punteggio, non incidendo, in termini di assoluta incertezza sul contenuto dell’offerta, né sull’impianto minimo della stessa, né, in ragione anche del suo profilo meramente quantitativo-numericò, sul requisito esperienziale e di affidabilità professionale; per altro verso, la censura ex art.77, comma 4, D. Lgs n. 50/2016 appare mal calibrata in quanto riferita, per il passato, a distinti rapporti contrattuali, e, per il futuro, a circostanze meramente ipotetiche e allo stato prive di riscontro”.

All’udienza pubblica del 13 luglio 2021 - svoltasi da remoto con le modalità di cui al D.P.C.S. del 28.12.2020 – la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso, sia in relazione alle domande impugnatorie che con riguardo a quella esibitoria, è infondato e va respinto per le ragioni che seguono.

In via preliminare e con riguardo all’istanza ostensiva ex art. 116 c.p.a., s’osserva in senso contrario, ed in adesione ai rilievi ostativi formulati dalle controparti, che nel

caso di specie difetta, per un verso, il necessario nesso di stretta strumentalità tra la documentazione ivi richiesta e l'impianto argomentativo del gravame, risolvendosi la stessa in una pretesa esplorativa e genericamente volta ad estendere il quadro conoscitivo della documentazione di riferimento; per altro verso e di conseguenza, non emerge quel livello di indispensabilità in forza del quale, nel contesto delle procedure di affidamento di contratti pubblici e dell'ivi operato bilanciamento tra trasparenza e riservatezza (art. 53 D. Lgs. 50/2106), può essere riconosciuta prevalenza all'esigenza informativa del concorrente diverso da quello aggiudicatario rispetto alla contrapposta necessità di protezione della posizione di quest'ultimo.

Orbene e quanto al caso di specie, relativamente al diniego parziale di accesso opposto all'istanza di parte ricorrente, formulata per accedere all'offerta tecnica della controinteressata, secondo la più recente giurisprudenza in forza della previsione di cui all'art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990, richiamata de residuo dal citato art. 53 del c.c.p., "deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per la cura o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti concernenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile ...". Nel caso di specie, da un lato, le parti di documenti oscurate riguardano segreti commerciali dell'aggiudicataria (come le caratteristiche di originalità dei servizi offerti, la tipologia, il numero e la componente giornalistica dei lanci, i relativi costi, le caratteristiche organizzative degli staff, ecc.) che ne definiscono le peculiarità nell'ambito in cui opera; dall'altro lato, la ricorrente non dimostra la indispensabilità di detta acquisizione, a fortiori a fronte delle censure che essa stessa ha sollevato, le quali sono compiute e documentate rispetto alla documentazione di cui lamenta il mancato accesso.

Quanto al capo ricorsuale contenente le domande caducatorie degli atti in epigrafe indicati, parimenti s'osserva come le stesse non risultino sorrette da fondate censure, come già emerso nella pregressa sede di delibazione dell'istanza cautelare.

Per quanto riguarda il primo motivo di impugnazione, la ricorrente lamenta l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante in relazione alla errata interpretazione da essa fornita con riferimento al sotto criterio di valutazione tecnica 2.1. previsto dal disciplinare di gara al paragrafo 12.1.1..

Quest'ultimo, prevede l'attribuzione di un punteggio massimo di 5 punti in base al “numero di lanci di agenzia di stampa relativi al Notiziario generale, calcolato come valore medio giornaliero di lanci nel periodo -OMISSIS- – -OMISSIS- (90 gg.)”.

Ad avviso della ricorrente, tale requisito costituisce elemento essenziale ai fini della validità della OT, la cui omissione rende perciò doverosa l'esclusione, non potendosi ritenere misura sufficiente l'azzeramento del punteggio relativo, così come ha fatto la SA.

La stazione appaltante eccepisce la infondatezza della tesi della ricorrente, la quale si traduce in una lettura, interpretazione o rielaborazione erronea, singolare e personale della legge di gara che non trova nessuna corrispondenza nel contenuto letterale della stessa.

Invero, i requisiti che il concorrente deve possedere per poter partecipare dalla gara, pena la esclusione, sono quelli elencati dall'art. 15.3 del Disciplinare di gara. In particolare, si prevede, quali capacità tecniche e professionali, che il concorrente in forma singola o plurisoggettiva deve attestare, mediante l'inserimento a sistema di una dichiarazione in formato PDF e firmata digitalmente dal referente aziendale munito di potere di rappresentanza, di avere almeno 30 (trenta) giornalisti a tempo indeterminato, esclusivo e a tempo pieno inquadrati ai sensi dell'articolo 1 del Contratto Nazionale di Lavoro Giornalistico; avere o impegnarsi ad avere entro l'avvio del servizio una sede in Valle d'Aosta, con almeno 2 giornalisti a tempo

esclusivo e a tempo pieno; aver prestato con analoghe modalità, nell'ultimo triennio, almeno due servizi di informazione giornalistica con caratteristiche simili a quello oggetto di affidamento, in favore di Regioni e Consigli regionali.

Ai sensi del successivo art. 17.5 del Disciplinare di gara, la OT dovrà essere strutturata in modo da seguire l'ordine dei criteri e sotto criteri indicati all'art.12.1.1. del Disciplinare di gara”.

Deve constatarsi come quest'ultima norma si limiti a disporre le modalità con cui andrà strutturata ed articolata la OT; diversamente da quanto sostenuto da controparte, non impone come requisito essenziale e di validità che essa debba necessariamente contenere, a pena di esclusione, in ordine al sottocriterio 2.1. il numero di lanci di agenzia del Notiziario generale. Quest'ultimo è unicamente un criterio di valutazione richiesto ai fini della attribuzione del punteggio da 0 a 5 sulla base della formula indicata a pag. 7 del Disciplinare, ma non è un requisito di validità della OT. I requisiti generali e tecnico-professionali tali da determinare l'esclusione sono esclusivamente quelli che figurano all'art 15 del Disciplinare.

Nel caso di specie, la controinteressata oltre ad essere dotata dei requisiti generali e tecnico-professionali che corroborano la “esperienza del concorrente”, ha pacificamente strutturato la OT nel pieno rispetto delle previsioni di cui all'art.17.5 del Disciplinare di gara.

In vista della natura di mero criterio di valutazione e non di validità della OT, ne discende la piena conformità della OT della controinteressata alle previsioni della lex specialis e la legittimità della scelta della SA di attribuire per quello specifico criterio un punteggio pari allo zero, anziché procedere alla esclusione della stessa dalla gara.

Sul punto è utile ribadire il principio di diritto consacrato da ultimo in una recente pronuncia del Consiglio di Stato a mente della quale “Il principio di tassatività delle cause di esclusione esige che le offerte tecniche debbano essere escluse solo quando

siano a tal punto carenti degli elementi essenziali da ingenerare una situazione di incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta, ovvero in presenza di specifiche clausole della legge di gara che tipizzino una siffatta situazione di incertezza assoluta” (Consiglio di Stato n.2851 del 2020).

In definitiva, non avere assolto alla dimostrazione quantitativa del requisito esperienziale non significa difettare di un requisito di ammissione, partecipazione ovvero di un elemento essenziale a pena di invalidità dell'offerta: ha solo (e ineccepibilmente) comportato per -OMISSIS- il conseguimento di zero punti.

Anche il secondo motivo di impugnazione è infondato.

Infatti, proprio la circostanza che non si tratti di un requisito di validità, ma di un mero criterio di valutazione, esclude che il controinteressato abbia reso un'informazione fuorviante, abbia omesso informazioni dovute per il corretto svolgimento della gara o abbia reso dichiarazioni false tant'è che non esiste alcun accertamento della SA sul punto che sostenga la tesi della ricorrente e men che meno che accerti che la condotta della controinteressata incida sulla sua integrità ed affidabilità, unici elementi che rilevarebbero ai fini di una eventuale esclusione (cfr. Ad. Pl. n. 16 del 2020).

D'altra parte, la “esperienza del concorrente” è un requisito di partecipazione tecnico-professionale ex art.15.3. lettera b) Disciplinare ampiamente dimostrata dalla controinteressata.

Infine, risulta infondata anche la censura ex art. 77, comma 4, del D. Lgs. n. 50/2016. La ricorrente lamenta, infatti, soltanto che la Dott.ssa -OMISSIS- avrebbe avuto un ruolo nel contratto precedente ed ipotizza (senza nessuna certezza) un possibile incarico nel contratto della gara di cui è giudizio e ciò rende inconsistente la censura. Come già rilevato in sede cautelare, infatti, tale censura appare mal calibrata in quanto riferita, per il passato, a distinti rapporti contrattuali, e, per il futuro, a circostanze meramente ipotetiche e allo stato prive di riscontro. La giurisprudenza

ha, invero, chiarito che la preclusione “si riferisce ad una specifica attività svolta con riguardo al contratto da stipularsi in esito alla gara in parola” e che la stessa “non può che valere che per i soggetti che abbiano avuto incarichi con riferimento al medesimo contratto”, mirando infatti a garantire “l'imparzialità dei commissari di gara che avessero svolto incarichi relativi al medesimo appalto, quali compiti di progettazione, di verifica della progettazione, di predisposizione della legge di gara e simili e non incarichi amministrativi o tecnici genericamente riferiti ad altri appalti” (cfr. Cons. Stato, V, 4 novembre 2014, n. 5441; Id., VI, 29 dicembre 2010, n. 9577; Id., V, 22 giugno 2012, n. 3682).

Nel caso di specie, la dott.ssa in questione, nominata parte della Commissione, aveva svolto compiti di gestione attiva nel precedente affidamento di cui la ricorrente è contraente uscente, in particolare ricopriva il ruolo di ruolo di vice-capo Ufficio stampa della Presidenza della Regione.

La norma (che è di stretta interpretazione, come tutte quelle che prevedono cause di incompatibilità: cfr. Cons. Stato, V, 5 novembre 2019, n. 7557; Id., 14 gennaio 2019, n. 283; Id, III, 17 giugno 2019, n. 4035) si riferisca al solo “contratto del cui affidamento si tratta”: dovendosi, con ogni evidenza, escludere un problema di “conflitto” per commissari che gestiscano o abbiano, a vario titolo, gestito, distinte ed autonome procedure evidenziali (cfr. Cons. Stato sent. n. 144/2021).

Ciò considerato, non vi è alcuna incompatibilità tra le funzioni ricoperte dalla dott.ssa de qua, in quanto relative ad un contratto pregresso, ed il suo ruolo di commissario. A ciò si aggiunge che non vi è alcuna certezza che la stessa possa in futuro assumere un ruolo di responsabilità e direzione anche in relazione al nuovo affidamento.

In definitiva e nel suo complesso il ricorso, per le ragioni di cui sopra, va respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo che segue.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta (Sezione Unica) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore di Spa e della controinteressata -OMISSIS-, che si liquidano per ciascuno in € 2.000,00 (duemila/00) oltre accessori di legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare delle parti del giudizio.

Così deciso nella camera di consiglio - svoltasi da remoto con le modalità di cui al D.P.C.S. del 28.12.2020 - del giorno 13 luglio 2021 con l'intervento dei magistrati

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO