

Tar Lombardia, sezione I di Brescia, sentenza n. 572 del 24 luglio 2020

Commissione aggiudicatrice – Limiti del Rup come componente della commissione – Incompatibilità se ha predisposto gli atti di gara

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 Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 125 del 2020, proposto da S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio del terzo, in Brescia, via, n. ...;

contro

....., in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio, in Brescia, via

nei confronti

..... S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa adozione di opportune misure cautelari,

- della determina 13 gennaio 2020, n. 4, a firma del Comandante del Corpo di Polizia Locale dell'....., con cui è stata disposta l'aggiudicazione in favore della

..... S.r.l. della procedura di gara per l'affidamento della "Fornitura in locazione di un misuratore di velocità in postazione fissa per la rilevazione delle infrazioni art. 142 del c.d.s., comprensivo di installazione e manutenzione per n. 36 mesi dal 01/03/2020" e, contestualmente, la ricorrente è stata esclusa dalla gara medesima, comunicata in data 16 gennaio 2020, e della predetta comunicazione;

- della mancata esclusione della S.r.l. dalla gara de qua;
- della graduatoria definitiva e degli esiti finali della procedura;
- degli atti, comunque denominati, di approvazione della graduatoria e della proposta di aggiudicazione in favore della controinteressata s.r.l.;
- della nota 6 febbraio 2020, prot. 1538, a firma del Presidente della commissione di gara, di risposta all'istanza di accesso agli atti;
- del report della procedura in oggetto n. 118737225, espletata sulla piattaforma Arca / Sintel;
- della risposta alla richiesta di chiarimenti 16 dicembre 2019, del RUP dell'....., trasmessa tramite piattaforma Arca / Sintel;
- della determina 20 dicembre 2019, n. 248, a firma del Comandante del Corpo di Polizia Locale dell'....., con cui è stata nominata la Commissione di gara per la procedura de qua;
- per quanto possa occorrere, del decreto 10 dicembre 2019, n. 8, del Presidente dell'....., non noto;
- del verbale della Commissione giudicatrice 9 gennaio 2020, nelle parti di interesse della ricorrente;
- degli eventuali ulteriori verbali delle sedute di gara, riservate e pubbliche, nelle parti di interesse della ricorrente;
- delle determine, o degli atti comunque denominati, di approvazione dei verbali di gara, nei limiti dell'interesse della ricorrente;

- di ogni altro atto presupposto, preparatorio, connesso e consequenziale, anche non cognito, e di ogni ulteriore atto successivamente adottato, nei limiti dell'interesse della ricorrente, ivi inclusi gli atti relativi alla verifica del possesso dei requisiti in capo alla ditta aggiudicataria,

in via subordinata,

- della Lettera di invito e del Capitolato d'appalto e, in generale, di qualsiasi atto della lex specialis, inclusa la determina 2 dicembre 2019, n. 237, di approvazione degli atti della procedura, nella denegata ipotesi in cui possano esse-re interpretati nel senso di legittimare l'esclusione della S.r.l. e l'aggiudicazione in favore della S.r.l.;

- di ogni altro atto presupposto, preparatorio, connesso e consequenziale, anche non cognito.

per la condanna

della Stazione appaltante al risarcimento in forma specifica mediante l'adozione del provvedimento di aggiudicazione in favore della ricorrente, nonché, in subordine, per la condanna della Stazione appaltante al risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi della ricorrente medesima a causa della mancata aggiudicazione, con espressa riserva di quantificarli in corso di causa,

nonché per la dichiarazione

dell'inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato medio tempore dall'..... con la s.r.l., in relazione al quale la ricorrente formula espressamente domanda di subentro, e per la condanna, anche in detta eventualità, della Stazione appaltante alla tutela in forma specifica, mediante l'adozione del provvedimento di aggiudicazione e dei consequenziali atti, incluso il subentro nel contratto, in favore della s.r.l., nonché, in subordine, per la condanna della Stazione appaltante al risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi, con espressa riserva di quantificarli in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'..... e di S.r.l.;

Visti tutti gli atti e i documenti della causa;

Relatore la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi nella camera di consiglio decisoria del giorno 1 luglio 2020, sostitutiva, ai sensi dell'articolo 84, commi 5 e 6, D.L. n. 18/2020, della pubblica udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. L'..... indicava la procedura negoziata, ex articolo 36, comma 2, lettera b), D.Lgs. n. 50/2016 per l'affidamento della fornitura in locazione per 36 mesi di un misuratore di velocità in postazione fissa per la rilevazione delle violazioni dell'articolo 142 del cd. Codice della strada (D.Lgs. n. 285/1992).

Alla procedura da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa partecipavano due soli concorrenti: la società S.r.l., che si era già aggiudicata il precedente appalto triennale, e la società S.r.l.

L'offerta della società S.r.l. veniva esclusa dalla gara perché ritenuta non conforme alla legge di gara, segnatamente in relazione alla circostanza che il sistema offerto non riportava sull'immagine del veicolo che transitava a velocità superiore al consentito la lettura OCR della targa e la nazionalità della targa medesima.

L'appalto era aggiudicato alla società S.r.l.

2. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio la società S.r.l. chiedeva l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia, della propria esclusione dalla gara e dell'aggiudicazione dell'appalto a favore della società S.r.l.

3. Si costituivano in giudizio sia l'....., sia la società S.r.l., opponendosi entrambe al ricorso avversario e concludendo per la reiezione dello stesso.

4. Accolta dal Tribunale la domanda cautelare, le parti argomentavano ulteriormente le rispettive tesi in successivi scritti difensivi.

5. Alla camera di consiglio decisoria del 1° luglio 2020, sostitutiva, ai sensi dell'articolo 84, commi 5 e 6, D.L. n. 18/2020, della pubblica udienza, la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. E' stato sottoposto all'esame di questo Tribunale l'affidamento alla società S.r.l., all'esito di procedura negoziata ex articolo 36, comma 2, lettera b), D.Lgs. n. 50/2016, della fornitura in locazione per 36 mesi all'..... di un misuratore di velocità in postazione fissa per la rilevazione degli illeciti amministrativi di cui all'articolo 142 D.Lgs. n. 285/1992 (i.e., superamento dei limiti di velocità).

2.1. La società S.r.l., che ha partecipato alla gara e ne è stata esclusa per aver offerto uno strumento non conforme alle specifiche tecniche fissate dalla legge di gara, contesta la propria esclusione e l'aggiudicazione della fornitura a favore della controinteressata per i motivi di illegittimità di seguito sintetizzati.

2.2. Con il primo motivo di ricorso parte ricorrente ha dedotto i vizi di "Violazione dell'art. 97, Cost.; degli artt. 1 e 3, L 241/1990; violazione e falsa applicazione degli artt. 59, 63, 83, c. 8, DLGS 50/2016; degli artt. 94 e 95, DLGS 50/2016; dell'art. 76, DLGS 50/2016; dell'art. 30, DLGS 50/2016 e dei principi generali in materia di pubbliche gare; dei principi del buon andamento e dell'imparzialità, della massima partecipazione, di concorrenza, di parità di trattamento, di non discriminazione, di ragionevolezza, di proporzionalità, di trasparenza, del legittimo affidamento, di economicità e di efficacia dell'azione amministrativa.- Violazione e falsa applicazione della Lettera d'invito e del Capitolato Speciale d'appalto.- Eccesso di potere per carenza e contraddittorietà della motivazione; per difetto, erroneità e

insufficienza dell'istruttoria; per difetto e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, irragionevolezza e illogicità; ingiustizia manifesta”.

Sostiene la deducente che erroneamente la commissione di gara ha ritenuto che il proprio sistema non fornisse un'immagine del veicolo da sanzionare recante impressa la lettura OCR della targa e la nazionalità della targa. Tale funzione, invero, sarebbe garantita una volta che il dato registrato dal sistema venga confermato dall'operatore presso la centrale operativa. Tant'è che lo strumento offerto è regolarmente omologato dal Ministero.

2.3. Con il secondo motivo di ricorso parte ricorrente ha dedotto i vizi di “Violazione e falsa applicazione dell'art. 77, DLGS 50/2016; della lex specialis di gara; dei principi del buon andamento e dell'imparzialità; del principio di trasparenza; dei principi generali in materia di pubbliche gare; del principio della par condicio, sotto ulteriore profilo.- Violazione dei principi di trasparenza e di pubblicità.- Eccesso di potere per carenza e contraddittorietà della motivazione; per difetto, erroneità e insufficienza dell'istruttoria; per erroneità dei presupposti; per irragionevolezza e illogicità, sotto altro profilo”.

Secondo la deducente della Commissione giudicatrice non poteva far parte il RUP, tanto più se si tiene conto che questi aveva predisposto e firmato gli atti di gara (l'avviso di manifestazione d'interesse e i relativi allegati, la lettera d'invito e il capitolato tecnico, i chiarimenti, l'atto di aggiudicazione).

2.4. Con il terzo motivo di ricorso parte ricorrente ha dedotto i vizi di “Violazione e falsa applicazione dell'art. 97, Cost.; degli artt. 1 e 3, L 241/1990; violazione e falsa applicazione degli artt. 94 e 95, DLGS 50/2016; degli artt. 80, c. 5, lett. c), c-bis) e f-bis), 83 e 86, DLGS 50/2016; dell'art. 75, DPR 445/2000; della Lettera d'invito e del Capitolato Speciale d'appalto; dei principi generali in materia di pubbliche gare; del principio della par condicio; dei principi del buon andamento e di imparzialità, della massima partecipazione e di concorrenza, di non discriminazione, di

ragionevolezza, di proporzionalità, del legittimo affidamento, sotto ulteriore profilo.- Eccesso di potere per carenza e contraddittorietà della motivazione; per difetto, erroneità e insufficienza dell'istruttoria; per difetto ed erroneità dei presupposti di fatto e di diritto, irragionevolezza e illogicità; ingiustizia manifesta, sotto altro profilo”.

Ritiene la deducente che a non essere conforme alla legge di gara sia semmai lo strumento offerto dalla controinteressata, perché il numero di targa del veicolo oggetto di controllo e la relativa nazionalità non sarebbero riportati sulle immagini dell'infrazione, bensì sarebbero messi a disposizione sull'interfaccia server, con la conseguenza che è l'offerta di S.r.l. a dover essere esclusa dalla gara.

3.1. Il primo e il terzo motivo di ricorso possono essere trattati congiuntamente in quanto sostanzialmente speculari.

3.2.1. Con riguardo allo strumento offerto dalla società S.r.l. la stazione appaltante conferma quanto affermato dalla ricorrente in ordine alle relative caratteristiche, e cioè che esso invia l'immagine del veicolo a un computer installato presso l'ufficio di Polizia locale, dove un operatore convalida manualmente la corrispondenza fra il dato elaborato dal software e quanto risulta a video, e a quel punto targa e nazionalità del veicolo vengono impressi sulla fotografia. Sennonché, a detta dell'Unione, tali modalità operative non sarebbero conformi alle proprie esigenze, perché le imporrebbero di utilizzare un'unità di personale in più, rispetto a un sistema di misurazione della velocità che elabora il dato in automatico.

Vero è, tuttavia, che siffatta esigenza, ovverosia che il sistema funzioni con l'impiego di una sola pattuglia posizionata a valle dello strumento di rilevazione dell'infrazione non ha trovato ingresso nella legge di gara con una specifica previsione.

A mente del Capitolato tecnico, infatti, il sistema deve garantire che sull'immagine del veicolo compaiano i seguenti dati minimi: «1) il luogo ove è avvenuta la rilevazione; Comune, strada, direzione di marcia e chilometrica ove è avventa la

rilevazione; 2) Ora dell'Infrazione; 3) la data della rilevazione; 4) lettura OCR della targa; 5) Velocità rilevata; 6) Limite di Velocità imposto; 7) La nazionalità della targa rilevata dalla telecamera di OCR». E, sempre a mente del Capitolato tecnico, «I dati e le immagini rilevate dovranno convogliare in un software fornito dall'azienda che ne decifri le immagini e ne consenta la visione, convalida e l'esportazione verso il software di verbalizzazione» (v. doc. 10 fascicolo dell'Unione).

3.2.2. Ora, le cause di esclusione dalla gara in quanto limitative della concorrenza sono di stretta interpretazione (cfr., T.A.R. Campania – Napoli, Sez. IV, sentenza n. 5684/2019), e la *lex specialis* deve essere interpretata nel senso di ampliare, anziché restringere la partecipazione al confronto competitivo (cfr., della Sezione, sentenza n. 22/2019).

Dunque, deve ritenersi conforme alla disciplina di gara lo strumento offerto da S.r.l., perché comunque fornisce un'immagine del veicolo contenente tutti in dati richiesti, compresa la lettura OCR della targa e la nazionalità del veicolo.

La validazione manuale del dato può al più incidere sulla valutazione del pregio tecnico dello strumento offerto. Ed, infatti, fra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica fissati nella lettera di invito vi sono le «Modalità di funzionamento del sistema proposto (apparecchiature hardware e software)» e le «Modalità di funzionamento del sistema di trasmissione telematica dei dati dal punto di rilevazione al centro di controllo».

3.2.3. In conclusione il primo motivo di ricorso è fondato.

3.3. Per le stesse ragioni esposte ai punti che precedono è, di contro, infondato il terzo motivo di impugnazione.

La documentazione in atti (v. relazione tecnica depositata dalla controinteressata) conferma la conformità dello strumento offerto da alla legge di gara, nella interpretazione proconcorrenziale da ritenersi preferibile.

3.4.1. Va, infine, delibato anche il secondo motivo di ricorso, in quanto suscettibile di incidere sulle modalità di riedizione del potere, andando a contestare la partecipazione del RUP alla Commissione giudicatrice.

3.4.2. A norma dell'articolo 77, comma 4, D.Lgs. n. 50/2016, «La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura». Dunque, in linea di principio non vi è incompatibilità tra il ruolo di RUP e quello di membro della commissione, dovendosi avere riguardo piuttosto al ruolo che in concreto il RUP ha svolto nella predisposizione degli atti di gara (cfr., C.d.S., Sez. V, sentenza n. 8248/2019).

La difesa dell'..... sostiene che, ancorché il RUP abbia nel caso in esame firmato gli atti contenenti la disciplina di gara (l'avviso di manifestazione d'interesse e i relativi allegati, la lettera d'invito e il capitolato tecnico), nondimeno egli non ha partecipato alla sua formazione. Rappresenta, invero, che le funzioni di RUP sono state svolte dal Comandante della Polizia locale dell'Unione, che, essendo stato da poco nominato, si è limitato ad adottare atti di contenuto analogo a quelli che avevano disciplinato la gara precedente ed erano stati predisposti dal suo predecessore.

3.4.3. Si tratta di una tesi che non convince per una pluralità di ragioni, e precisamente:

- perché la scelta di riproporre la medesima disciplina di gara non era affatto una scelta vincolata, ma l'esito del pieno esercizio della discrezionalità spettante all'Amministrazione, sicché, ancorché vi sia coincidenza con la *lex specialis* della procedura avente il medesimo oggetto, la scelta operata è interamente ascrivibile al nuovo Comandante della Polizia locale;
- perché la precedente gara si è svolta sotto la vigenza del D.Lgs. n. 163/2006 e quella qui in esame sotto la vigenza del D.Lgs. n. 50/2016, sicché, a tutto voler concedere, comunque le due situazioni non sono perfettamente sovrapponibili;

- perché nel caso qui in esame, secondo quanto emerge documentalmente (v. doc. 5 fascicolo di S.r.l.), il RUP non si è limitato ad approvare la legge di gara, ma ha anche reso i chiarimenti sulla stessa.

Ricorre pertanto nel caso in esame la diversa ipotesi di incompatibilità prevista dalla prima parte del precitato comma 4 dell'articolo 77 del D.Lgs. n. 50/2016, a mente del quale «I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta». La norma «garantisce la trasparenza della gara e mira essenzialmente a evitare commistioni tra la fase di predisposizione degli atti di gara e la fase di valutazione delle offerte (in questo senso si vedano ad es. Consiglio di Stato, sez. IV, 4 febbraio 2019, n. 819, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2536); in pratica l'incompatibilità è posta a presidio dell'imparzialità di giudizio del commissario che viene posto al riparo da possibili condizionamenti che possono derivare dalla sua precedente partecipazione alla formazione degli atti di gara (in primo luogo il bando, il disciplinare e l'eventuale capitolato)» (così, T.A.R. Valle d'Aosta, sentenza n. 13/2019).

Il RUP, pertanto, nel caso di specie non poteva far parte della Commissione di gara.

4.1. In conclusione, il primo e il secondo motivo di impugnazione sono fondati e pertanto il ricorso viene accolto. Per l'effetto gli atti impugnati sono annullati.

4.2. Non si fa luogo alla declaratoria di inefficacia del contratto, che – a quanto consta – non è stato stipulato, avendo il Tribunale sospeso cautelamente l'aggiudicazione.

4.3. Non si fa nemmeno luogo all'aggiudicazione dell'appalto alla società S.r.l., posto che la sua riammissione in gara non implica automaticamente che la relativa offerta sia la migliore.

4.4. Non si fa nemmeno luogo al risarcimento del danno per equivalente monetario, ben potendo ancora la ricorrente conseguire il bene della vita, all'esito della rinnovazione della procedura di evidenza pubblica.

4.5. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate a favore della ricorrente nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia Sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna l'..... e la società S.r.l., in solido tra loro, a rifondere alla società S.r.l. le spese di giudizio, che liquida in complessivi Euro 5.000,00, oltre ad accessori di legge.

Al verificarsi dei presupposti di cui all'articolo 13, comma 6 bis.1, D.P.R. n. 115/2020, l'..... rimborserà alla società S.r.l. il contributo unificato effettivamente versato.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 1 luglio 2020 con l'intervento dei magistrati

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO