

Pubblicato il 30/09/2019

N. 01251/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00555/2019 REG.RIC.



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 Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 555 del 2019, proposto da Upgrade s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessio Centanaro e Simone Carrea, con domicilio digitale come da P.E.C. iscritta al registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE);

contro

Istituto di istruzione superiore I.T.N. Rotundi e I.T.I. Fermi di Manfredonia, Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, Ufficio Scolastico Regionale per Puglia, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Bari alla via Melo n. 97;

nei confronti

Siad s.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

di tutti gli atti, provvedimenti, documenti e verbali, per quanto di interesse ed *in parte qua*, anche se non conosciuti, relativi alla “Procedura negoziata, ai sensi dell’art. 36 del D.Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., mediante Richiesta di Offerta (RdO) sul Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA), per l’affidamento delle forniture, installazione di attrezzature nuove di fabbrica e servizio di addestramento all’uso delle attrezzature, previste dal progetto PON FESR «Navigare in laboratorio» identificato con codice 10.8.1.B2-FESRPON-PU-2018-126, per un importo a base d’asta pari a € 58.736,88 (cinquantottomilasettecentotrentasei) Iva esclusa (di cui euro 58.315,57 + IVA per la fornitura di attrezzature e euro 421,31 + IVA per servizio di addestramento all’uso delle attrezzature fornite), con l’aggiudicazione mediante criterio del minor prezzo ai sensi dell’articolo 95, comma 4, del D.Lgs. 50/2016 – RdO n. 2247774 – CIG 7809418799 – CUP F37D18000950007”, ivi espressamente inclusi, a titolo meramente riepilogativo e non esaustivo: (1) determina di “aggiudicazione definitiva” della procedura, di cui al provvedimento FGIS01700N reg. prot. n. 0002376 del 5 aprile 2019 – C/09/01-U, con cui la procedura in questione è stata aggiudicata all’odierna controinteressata Siad S.r.l.; (2) provvedimento di nomina della Commissione giudicatrice per la valutazione delle offerte pervenute nell’ambito della predetta procedura di cui al provvedimento FGIS01700N reg. prot. n. 0002152 del 27 marzo 2019 – C/09/01-U; (3) i due verbali di gara redatti rispettivamente in data 28 marzo 2019 e 30 marzo 2019, recanti i seguenti riferimenti FGIS01700N reg. prot. n. 0002182 del 28 marzo 2019 – C/09/01-U e FGIS01700N reg. prot. n. 0002246 del 30 marzo 2019 – C/09/01-U; (4) determina di aggiudicazione provvisoria della procedura di cui sopra; (5) determina a contrarre con cui è stata indetta la procedura, di cui al provvedimento FGIS01700N reg. prot. n. 0001804 del 12 marzo 2019 – C/09/01-U; (6) disciplinare di gara della procedura di cui sopra, FGIS01700N reg. prot. n.

0001807 del 12 marzo 2019 – C/09/01-U; (7) capitolato tecnico della procedura, FGIS01700N reg. prot. n. 0001806 del 12 marzo 2019 – C/09/01-U; (8) tutti gli atti, provvedimenti, documenti e verbali presupposti, connessi e/o consequenziali, ivi richiamati ed anche se non conosciuti;

ove necessario per l'annullamento e/o la dichiarazione di inefficacia, previa sospensione, del contratto di affidamento della procedura di cui sopra, ove *medio tempore* stipulato;

nonché per la dichiarazione di subentro di Upgrade S.r.l. nel medesimo contratto, ove *medio tempore* stipulato;

per l'accertamento e la condanna al risarcimento dei danni patiti e patienti da Upgrade s.r.l. in conseguenza dei provvedimenti impugnati e comunque ad essi connessi, da quantificarsi, eventualmente in via equitativa, anche in corso di causa; in via subordinata, ove necessario, per l'annullamento e conseguente rinnovo della procedura di gara *in parte qua* con adozione di ogni consequenziale provvedimento di legge;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 settembre 2019 il dott. Lorenzo Ieva e uditi per le parti i difensori avv. Roberto Gubello, su delega dell'avv. Simone Carrea, e avv. dello Stato Giuseppe Zuccaro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso depositato in data 21 maggio 2019 la società ricorrente impugnava gli atti relativi alla procedura negoziata per l'affidamento della fornitura, installazione e servizio di addestramento all'uso delle attrezzature, previste dal progetto PON FESR «*Navigare in laboratorio*», per un importo a base d'asta pari a € 58.736,88, con l'aggiudicazione mediante criterio del minor prezzo.

La fornitura ha per scopo l'allestimento di un laboratorio orientato sia alla didattica che alla formazione professionale avanzata, basato su un sistema di simulazione ricreante un ponte di navigazione part-task con un sistema scenico per la riproduzione dell'ambiente con una visuale di circa 100 gradi di visione ed un sistema di riproduzione suoni ambientali 2.1.

In particolare, la Upgrade s.r.l. (seconda graduata) lamentava i vizi di violazione di legge, di bando, di disciplinare e delle specifiche tecniche e comunque l'eccesso di potere nelle valutazioni effettuate dal seggio di gara.

Con ordinanza cautelare del 6 giugno 2019 n. 193, la Sezione disponeva la sospensione degli atti impugnati, rilevando la mancata corrispondenza dei simulatori offerti dall'aggiudicataria controinteressata Siad s.r.l. alle caratteristiche tecniche richieste dal bando e disciplinare di gara, ritenuto peraltro prevalente l'interesse pubblico dell'Istituzione formatrice all'acquisizione di materiale didattico proficuo per lo svolgimento delle attività di insegnamento teorico e pratico in questione.

Resisteva l'Amministrazione, deducendo la non rilevanza delle difformità riscontrate.

Non si costituiva la controinteressata Siad s.r.l.

Le parti depositavano documenti e si scambiavano memorie e repliche.

All'udienza pubblica di discussione del giorno 17 settembre 2019, il ricorso veniva trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato nei sensi e nei limiti di seguito esposti e va accolto in parte.

1.- Con il *primo motivo* e il *secondo motivo* di impugnazione sono stati dedotti vizi procedurali.

1.1.- Segnatamente, la ricorrente ha contestato l'illegittimità del provvedimento di nomina della Commissione giudicatrice e la violazione e/o falsa applicazione

dell'art. 77 del d.lgs. n. 50 del 2016, con particolare riferimento ai plurimi ruoli ricoperti dall'ing. -OMISSIS-di Presidente della anzidetta commissione, di R.U.P., di direttore dell'esecuzione.

La doglianza non ha pregio (potendosi, conseguentemente, prescindere dalla disamina della relativa eccezione di tardività formulata da parte resistente a pag. 3 della memoria dell'8.8.2019), in quanto va considerato, *in primis*, che viene in evidenza una procedura di tipo negoziato, che si caratterizza per la semplificazione della stessa, compresa la possibilità di cumulare più ruoli nell'appalto, e, *in secundis*, che la gara è stata bandita da un Istituto di istruzione secondaria superiore, nel quale non esistono sempre figure qualificate intermedie rispetto al dirigente scolastico, né altre professionalità, che possano essere proficuamente utilizzate per lo svolgimento dei compiti in questione.

Difatti, la precedente pronuncia del T.A.R. Puglia, sez. I, 27 marzo 2018 n. 459 su un caso analogo ha evidenziato che l'originaria previsione dell'art. 77, comma 4, del d.lgs n. 50/2016 è stata modificata dall'art. 46, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 56/2017, prevedendosi che *“la nomina del RUP a membro della commissione di gara è valutata con riferimento alla singola procedura”*, come pure richiamato dal parere Cons. St. del 2 agosto 2016 n. 1767, reso sulle Linee guida ANAC n. 3 del 26 ottobre 2016, favorevole ad un approccio interpretativo della norma che escluda forme di automatica incompatibilità.

Pertanto, il Collegio ritiene di respingere la censura in esame, non ravvisando ragioni per discostarsi dalla giurisprudenza consolidata sotto il vigore del previgente art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006, che richiedeva la concreta dimostrazione dell'incompatibilità sotto il profilo dell'interferenza sulle rispettive funzioni assegnate al R.U.P. e alla Commissione, e non essendo stato fornito, nel caso di specie, il benché minimo principio di prova circa gli elementi concreti da cui scaturirebbe una eventuale situazione di incompatibilità, con riferimento al

funzionario di cui si controverte, tra i compiti del R.U.P. e quelli di presidente della Commissione di gara (*cf.*, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565).

Va, altresì, rilevato che il T.A.R. Lazio, Latina, con sentenza del 23.2.2018, n. 101, pronunciata nei confronti di un Istituto tecnico industriale ha affermato che la circostanza che la stazione appaltante sia un Istituto di istruzione, nel cui organico deve supporre non esista personale amministrativo che abbia una particolare specializzazione in materia di gare, deve indurre a ritenere legittima la partecipazione alla Commissione di gara del dirigente scolastico che ha anche assunto la veste di R.U.P.

Quanto poi al ruolo di direttore dell'esecuzione, pure assunta nel caso in esame dal dirigente scolastico, si deve sottolineare come il Consiglio di Stato con sentenza del 4.2.2019, n. 819 abbia affermato che la novella di cui all'art. 46 d.lgs. n. 56/2017 ha fissato un temperamento al rigido principio di incompatibilità dei commissari di gara di cui all'originario testo dell'art.77 d.lgs. n. 50/2016, accogliendo consolidati orientamenti giurisprudenziali, la cui *ratio* non può essere limitata alla sola figura del R.U.P., ma va riferita a qualunque attore del ciclo di vita dell'appalto, e imponendo una verifica in concreto in ordine alle ragioni giustificative della preclusione.

In tale ottica, anche a voler accedere ad una lettura restrittiva della disposizione di cui al comma 4 dell'art. 77 citato, che faccia riferimento anche alla figura del direttore esecutivo e non solo a quella del R.U.P, si potrebbe al massimo affermare la preclusione al conferimento dell'incarico di direttore esecutivo in capo a chi abbia fatto parte della Commissione di gara, ma certamente non la preclusione ad assumere le funzioni di commissario da parte di chi svolgerà solo in una fase successiva le funzioni di direttore esecutivo.

Secondo la citata decisione del Consiglio di Stato n. 819/2019 “Non emerge infatti alcuna ragione sistematica per riferire la ragione di incompatibilità a un incarico

anteriore nel tempo in ragione delle preclusioni che - quand'anche sussistenti - deriveranno solo dall'assunzione di un incarico posteriore”.

Infine, e con riferimento alla dedotta incompatibilità per aver il dirigente scolastico provveduto a elaborare gli atti di gara, si deve osservare che il capitolato tecnico è stato redatto in conformità al progetto presentato dall'Istituto, di cui alla delibera n. 8 del Collegio dei docenti del 30.1.2018 relativo all'Avviso pubblico AOODGFID/37944 del 12.12.2017, nell'ambito PON 2014 - 2020.

Pertanto, non è corretto affermare che il dirigente scolastico ha approntato il disciplinare di gara, essendosi invece limitato ad adottare la determina di indizione della procedura di acquisto tramite richiesta di offerta.

D'altronde, trattandosi di acquisto di beni le cui caratteristiche e tipologia sono state predeterminate in relazione alle esigenze dell'Istituto, il ruolo di Presidente della Commissione, svolto dal dirigente scolastico non è idoneo a compromettere l'obiettività delle valutazioni in ordine alle offerte presentate.

1.2.- Inoltre, è stata dedotta la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 32 e 33 del d.lgs. n. 50/2016, nella misura in cui viene omessa la verifica della proposta di aggiudicazione, a norma del citato art. 33 del d.lgs. n. 50/2016.

L'argomentazione è priva di pregio, in quanto l'atto di approvazione, in funzione di controllo, da parte di un organo superiore, secondo l'ordinamento della stazione appaltante, quale condizione per l'aggiudicazione della procedura, è un elemento eventuale, rimesso dall'ordinamento amministrativo-contabile a favore della stessa. Pertanto, laddove mancante per previsione normativa, o comunque omessa in concreto, l'operatore offerente non ha alcuna ragione o interesse pratico per dolersene.

Ergo, tali profili di illegittimità della procedura non sussistono.

2.- Con il *terzo motivo* e il *quarto motivo* sono stati invece dedotti vizi sostanziali.

2.1.- In particolare, è stata censurata l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, per violazione e/o falsa applicazione del disciplinare e del capitolato tecnico, la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016, la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016 e quindi il difetto di istruttoria, il travisamento dei fatti, la difformità dell'offerta presentata dalla controinteressata Siad s.r.l., rispetto ai requisiti prescritti dalla *lex specialis*. Inoltre, sono stati rilevati l'eccesso di potere, il difetto di motivazione, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 241/1990, e la disparità di trattamento.

I vizi dedotti possono essere ben compendati nella evidenziazione di una sostanziale difformità della fornitura offerta dall'aggiudicataria Siad s.r.l. rispetto a quanto richiesto dalla *lex specialis* di gara, difformità sulla quale la società istante ha incentrato il fulcro del proprio ricorso.

Detti vizi assumono una particolare rilevanza, atteso che sono dedotti con riguardo ad una procedura di gara negoziata, alla quale hanno invero partecipato sole due imprese, che hanno presentato due proposte di fornitura dalle caratteristiche diverse, per un esborso economico da parte della P.A. sostanzialmente sovrapponibile.

La difformità peraltro è pacifica tra tutte le parti, avendo la Siad s.r.l., nel procedimento di appalto, tentato di giustificare tali difformità con infondate argomentazioni ed invocando talora un non meglio precisato principio di equivalenza o facilità di integrazione *ex post* della fornitura.

Peraltro, anche la difesa erariale, ha sviluppato la propria tesi, dando in sostanza per assodate le difformità, che però rientrerebbero in un alquanto libero apprezzamento tecnico-discrezionale della P.A., invero però non meglio precisato.

Non essendo quindi controversa la difformità dell'offerta dell'aggiudicataria Siad s.r.l., rispetto a quanto previsto dal bando, dalle specifiche tecniche e dal

disciplinare, val la pena osservare come si tratti, senza dubbio, di difformità macroscopiche.

Per limitarsi soltanto ad alcuni esempi lampanti, a pag. 11 dell'offerta tecnica, Siad s.r.l. ha chiarito che *“la postazione può gestire fino a 16 navi proprie. La richiesta di gestione di 32 navi presta difficoltà tecniche di gestione e richiede una seconda postazione istruttore”*.

Invero, però, a pag. 8 del capitolato tecnico, è precisato che l'applicazione istruttore deve poter disporre della funzionalità di gestire fino a 32 navi proprie.

A pag. 61 e ss. gg. del documento predisposto da 5KS s.r.l. (società produttrice delle apparecchiature offerte dalla controinteressata), allegato all'offerta tecnica di Siad s.r.l., si trova addirittura un'intera sezione dedicata ai profili di non conformità delle apparecchiature offerte da Siad s.r.l., rispetto ai requisiti previsti dalla *lex specialis*.

2.2.- Pertanto, a fronte dell'art. 10 del disciplinare, secondo cui *“Saranno escluse le offerte che, sebbene presentate regolarmente a sistema entro i termini previsti, si presentino: - difformi rispetto alle caratteristiche tecniche richieste nel capitolato; [...] - prive anche di una sola documentazione tra quelle richieste al punto precedente”*, risulta molto chiara la *voluntas* dell'Amministrazione di non ammettere alcuna difformità rispetto a quanto richiesto con le specifiche tecniche.

La giurisprudenza (cfr. Cons. St., sez. III, 21 ottobre 2015 n. 4804 e 1° luglio 2015 n. 3275; sez. V, 17 febbraio 2016 n. 633 e 23 settembre 2015 n. 4460), peraltro, ha già avuto modo di chiarire che il principio della *par condicio* tra i partecipanti ad una procedura di gara non ammette alcuna postuma modificazione (*rectius*: parziale disapplicazione) dei requisiti tecnici prescritti per la partecipazione, in quanto ciò altera le condizioni alla luce delle quali le singole offerte sono state formulate.

E' quindi sufficiente, nella fattispecie concreta, che sia stato appurato il riscontro della difformità dell'offerta proposta dall'aggiudicataria, rispetto alle specifiche tecniche richieste dalla *lex specialis*, per disporre l'annullamento degli atti impugnati.

Infatti, va rammentato che le specifiche tecniche richieste, in quanto tali, assumono il valore di elementi essenziali dell'offerta, ai fini del soddisfacimento delle esigenze dell'Amministrazione (cfr. Cons. St., sez. III, 26 gennaio 2018 n. 565).

Pertanto, i motivi di ricorso concernenti l'addotta difformità dell'offerta dell'aggiudicataria rispetto alle caratteristiche di bando e disciplina di gara vanno accolti.

3.- Non v'è luogo a disporre alcun subentro nel contratto, in quanto è stato sospeso in via cautelare il provvedimento di aggiudicazione.

Inoltre, non v'è luogo alla condanna della stazione appaltante ad alcun risarcimento per equivalente pecuniario (peraltro, solo enunciato e non specificamente dedotto e dimostrato), in ragione della tutela tempestiva di annullamento del provvedimento lesivo data dalla presente sentenza, con condanna alle spese e rifusione del contributo unificato.

4.- In conclusione, il ricorso è fondato nei sensi e nei limiti in precedenza esposti e vanno annullati i provvedimenti e gli atti di gara come in epigrafe impugnati.

Le spese di lite seguono la soccombenza.

Il contributo unificato va quindi rifuso, a favore della ricorrente Upgrade s.r.l., in applicazione dell'art. 13, comma 6-*bis*.1, del d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna l'Amministrazione al pagamento in favore della società ricorrente delle spese di lite che si liquidano in € 2.500,00, oltre accessori di legge. C.U. rifuso.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 17 settembre 2019 con
l'intervento dei magistrati:

Francesco Cocomile, Presidente FF

Donatella Testini, Primo Referendario

Lorenzo Ieva, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Lorenzo Ieva

IL PRESIDENTE
Francesco Cocomile

IL SEGRETARIO