

TAR Puglia, Sezione Seconda, Sentenza n. 675 del 28 maggio 2024

Appalti di servizi – Criteri ambientali minimi – Onere di immediata impugnazione – Ricorso tardivo dopo aggiudicazione

Pubblicato il 28/05/2024

N. 00675/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00561/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 561 del 2024, proposto da (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...) s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- dell'aggiudicazione della procedura aperta, indetta dal Comune di (...) con bando pubblicato il 26 giugno 2023, per l'affidamento del servizio di gestione integrata multimediale delle attività relative al funzionamento del Consiglio Comunale per quattro anni, disposta in favore della controinteressata (...) s.r.l. con determina n. 4652 del 22 marzo 2024, comunicata ai sensi dell'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016 il successivo 28 aprile;
- della D.D. 4936-2024 del Comune di (...) di rettifica di errore materiale della determina di aggiudicazione;
- dei verbali della procedura di affidamento, esiti della demo del 3 novembre 2023 inclusi;

ove occorra

- del bando di gara, del disciplinare di gara e del capitolato speciale di appalto;
- di ogni altro provvedimento o atto, anche sconosciuto, connesso e/o collegato direttamente e/o indirettamente alla procedura di affidamento oggetto della presente impugnazione;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di (...) e di (...) s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 maggio 2024 l'avv. (...) e uditi per le parti i difensori avv. (...), per la ricorrente, avv. (...), per il Comune e l'avv. (...), per la controinteressata;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1 Nel presente giudizio è controversa la legittimità dell'aggiudicazione della

procedura aperta, indetta dal Comune di (...) con bando pubblicato il 26 giugno 2023, per l'affidamento del servizio di gestione integrata multimediale delle attività relative al funzionamento del Consiglio Comunale per quattro anni, disposta in favore della controinteressata (...) s.r.l. con determina n. 4652 del 22 marzo 2024, comunicata ai sensi dell'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016 il successivo 28 aprile.

Le prestazioni dedotte in contratto sono le seguenti:

- a) fornitura in locazione operativa di un sistema di votazione elettronica e relativa assistenza tecnica, manutenzione, manovra e presidio del sistema, nonché amplificazione nell'aula consiliare; disinstallazione, asporto e smaltimento/diversa allocazione dell'attuale impianto;
- b) attività di resocontazione delle sedute del Consiglio Comunale e registrazione audio delle sedute;
- c) attività di video streaming delle sedute del Consiglio Comunale con relativa archiviazione storicizzata degli eventi;
- d) predisposizione di una piattaforma per lo svolgimento del Consiglio Comunale in forma telematica (modalità "remota"), mediante lo strumento della videoconferenza, comunque in modalità sincrona, con la possibilità, per tutti i componenti (Consiglieri Comunali, Sindaco, Assessori, Segretario Generale, Collegio dei Revisori dei Conti e i collaboratori dell'Ufficio di Presidenza del Consiglio Comunale), di intervenire in luoghi diversi dalla sede istituzionale del Comune, in modo simultaneo e in tempo reale, utilizzando programmi reperibili nel mercato, in via prioritaria liberi e senza oneri aggiuntivi per l'Amministrazione, con l'utilizzo di webcam e microfono, con strumenti messi a disposizione dall'appaltatore o direttamente dagli interessati (ad es. p.c., telefoni cellulari, tablet) idonei a garantire la tracciabilità dell'utenza, ovvero l'identità dei presenti collegati in videoconferenza da luoghi diversi e l'espressione del voto da remoto sia in modalità palese che segreta;
- e) predisposizione di una piattaforma per lo svolgimento del Consiglio Comunale

in modalità “mista/ibrida” (ovvero in modalità “presenza” e in modalità “remota”).

Alla gara, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (offerta tecnica massimo 70 punti ed economica 30), hanno partecipato 4 operatori economici.

All’esito della valutazione, la controinteressata si è classificata prima con il punteggio complessivo di 84,02 (punteggio tecnico 48,35 ed economico 25,01) e la ricorrente seconda, con punteggio complessivo di 73,36 (punteggio tecnico 64,4 ed economico 19,62).

Con il presente mezzo di tutela la ricorrente (...) insorge avverso l’aggiudicazione del 22 marzo 2024, deducendone l’illegittimità a mezzo di tre motivi di ricorso.

Conclude per l’annullamento dell’aggiudicazione e per il subentro nel contratto eventualmente stipulato nelle more.

Il Comune di (...) e la controinteressata, costituitisi in giudizio, hanno eccepito l’inammissibilità e l’infondatezza del gravame, invocandone la reiezione.

La causa viene ritenuta per la definizione immediata del merito alla camera di consiglio del 21 maggio 2024.

2.1.1 Con il primo motivo, la ricorrente deduce una serie di illegittimità collegate al requisito della “tasca votazione”, richiesto, a tutela della segretezza del voto, dall’art. 6, comma 6, del Capitolato speciale, ai sensi del quale “Ogni postazione abilitata al voto dovrà disporre di una base elettronica con display LCD grafico per la prenotazione/cancellazione della richiesta di intervento ed essere dotata di tastiera per l’espressione del voto, con alloggiamento dei tasti in posizione riservata (tasca votazione), oltre che di un microfono con LED sullo stesso posizionato (ad esempio: ad anello) che ne indichi l’accensione [...]”.

La (...) avrebbe offerto delle postazioni microfoniche prive di tasca di votazione fisica, ma dotate di una pellicola adesiva da apporre sul display che permette la lettura solo a chi è posto frontalmente allo stesso.

Assume la ricorrente che la tasca di votazione è un requisito minimo ed essenziale dell'offerta e che i due sistemi sono irrimediabilmente diversi: nel caso della "tasca votazione" è impossibile vedere la parte del display toccata dal votante, mentre con la mera pellicola, quand'anche non si potesse leggere il display, si potrebbe comunque vedere quale parte del display viene toccata dal votante; questa circostanza non è conforme a quanto indicato dalla *lex specialis*, giacché il risultato ottenuto, relativo all'alloggiamento dei tasti in posizione riservata, non è analogo nei due sistemi offerti.

Si tratterebbe di offerta difforme e dunque meritevole di esclusione, implicitamente la parte ricorrente escludendo l'applicabilità del principio di equivalenza.

2.1.2 Sotto un ulteriore aspetto, rileva parte ricorrente che, nell'offerta tecnica (...), in relazione alla specifica richiesta del capitolato speciale, afferma di prevedere la "tasca votazione"; si legge infatti: "nr. 51 Tasca di votazione o in alternativa, a pari condizioni economiche per la SA, nr. 51 Privacy screen. In base al conference system selezionato dalla SA, il Fornitore provvede alla fornitura di pannelli per realizzare un alloggiamento in posizione riservata dei tasti di voto, con copertura dello schermo in modo da permettere un'ottima visualizzazione di tutte le attività da svolgere al solo utente sedute di fronte allo schermo; a titolo migliorativo, a discrezione dell'Ente è possibile opzionare l'acquisto di Privacy Screen: le pellicole consentono di ottenere adeguata privacy e riservatezza, ad esempio durante le votazioni segrete".

(...) avrebbe offerto due soluzioni alternative in violazione della regola dell'unicità dell'offerta di cui all'art. 32, comma 4, del D.lgs. 50/2016: "Ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta".

2.1.3 Da ultimo, la ricorrente rileva che, come affermato dalla stessa (...) in sede di DEMO, la postazione microfonica offerta sarebbe comunque priva della possibilità di installare la tasca di votazione, con conseguente non veridicità della

dichiarazione resa in sede di gara e conseguente verificarsi della fattispecie espulsiva di cui all'art. 80, comma 5, lett. c -bis), del d.lgs. n. 50 del 2016.

(...), pur consapevole di non potere realmente offrire la “tasca votazione” così come prescritto dal Capitolato speciale, l'ha voluta comunque inserire nell'offerta tecnica, così da evitare che la Commissione potesse rilevare che l'assenza della “tasca votazione” risultasse essere un motivo di dichiarazione di offerta non conforme; contemporaneamente però, avrebbe artatamente offerto sia la “tasca votazione” (che come detto sapeva bene di non potere fornire) sia la pellicola sul display, come elemento alternativo; in modo che formalmente, all'interno dell'offerta tecnica, si leggesse la presenza sia della “tasca votazione” sia di una scelta alternativa (peraltro vietata come già visto), salvo poi, in fase di presentazione della DEMO, ammettere candidamente che non è in grado di fornire la “tasca votazione”, ma solo la pellicola sul display.

2.1.4 Il motivo, da esaminarsi congiuntamente, non è suscettibile di favorevole apprezzamento.

In primis, il Collegio rileva che (...) ha dichiarato in gara l'offerta di due accessori alternativi e non di due sistemi alternativi, ragion per cui risulta rispettato il principio dell'unicità dell'offerta: come rilevato dal RUP nella relazione istruttoria prot. n. 175618 del 16.05.2024, “Si è trattato... di un'unica offerta avente ad oggetto un unico sistema che, per il tramite della tasca di votazione o in alternativa della pellicola privacy screen, consente l'espletamento del voto in modalità segreta”.

Quanto all'asserita dichiarazione non veritiera e/o fuorviante contenuta nell'offerta tecnica di (...), rileva il Collegio che proprio la previsione, di cui all'art. 12 del Capitolato, dell'attribuzione del punteggio tecnico dopo la DEMO, esclude che la dichiarazione resa in sede di offerta tecnica possa essere stata tale da influenzare le decisioni sull'aggiudicazione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c – bis: DEMO e offerta tecnica vanno valutate congiuntamente e, in sede di DEMO, (...) ha

chiarito che l'accessorio fornito è quello del privacy screen.

Quanto all'asserita difformità del *privacy screen*, il Collegio ne ravvisa l'infondatezza, come già ritenuto in fattispecie del tutto sovrapponibile, in giudizio tra la stessa (...) e (...), dal TAR Toscana con sentenza n. 1072 del 2023, dalla quale il non vi sono ragioni per discostarsi: *«Anche qualora si ritenesse che il capitolato avesse inteso introdurre un requisito minimo, alla fattispecie in esame risulterebbe comunque applicabile il principio dell'equivalenza, di cui all'art. 68 co.7 del D.lgs. n. 50/2016 che, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza prevalente, "...permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, in quanto la possibilità di ammettere alla comparazione prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste, ai fini della selezione della migliore offerta, risponde, da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento e di libertà d'iniziativa economica e, dall'altro, al principio euro-unitario di concorrenza, che vedono quale corollario il favor participationis alle pubbliche gare, mediante un legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità. Il principio di equivalenza è, dunque, finalizzato ad evitare una irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici, precludendo l'ammissibilità di offerte aventi oggetto sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo della specifica prescritta (Cons. St. III[^], 30.08.2022, n. 7558).*

Come si è potuto anticipare l'art. 5 del disciplinare di gara ammette la presentazione di proposte tecniche migliorative sulle 5 caratteristiche dell'impianto, comunque finalizzate a garantire la segretezza del voto.

E la commissione, nel corso del verbale del 2 maggio 2023 e nell'espressione di un potere di discrezionalità tecnica, ha espressamente motivato le ragioni che consentivano di ritenere funzionale agli scopi prefissati e coerente con le specifiche tecniche quanto proposto dalla società controinteressata, affermando che "la tecnologia impiegata nel sistema proposto dalla (...) srl (tecnologia di cui, tra l'altro, il punto PT (1) richiede la valutazione) ha permesso di considerare lo stesso come equivalente, per quanto concerne la riservatezza, a quello a tasca e, in ultima analisi, di ritenere l'offerta sostanzialmente corrispondente a quanto richiesto nel Capitolato Speciale di

Appalto».

Ciò che è necessario garantire è la segretezza del voto, così come peraltro rilevato dalla Commissione di gara nel corso della riunione del 3 novembre 2023, nel corso della quale, rilevato che in sede di Demo non è stata presentata la “Tasca di Votazione”, la (...) rimanda alla possibilità di applicare una pellicola che garantisce la riservatezza, rappresentando che il sistema proposto prevede, infatti, la presenza di un *display* a colori *touchscreen* che permette una visualizzazione di tutte le attività da svolgere al solo utente seduto di fronte allo schermo, impedendo così ad eventuali osservatori di poter leggere il contenuto. La segretezza del voto è ulteriormente garantita dal fatto che, durante la votazione, il software consente il posizionamento dei pulsanti in maniera randomica (come rappresentato in occasione della Demo del 3 novembre 2023 in risposta a specifico quesito del Commissario dal minuto 41.29 del video).

2.2 Con il secondo motivo, la ricorrente si duole della circostanza che il bando di gara all'art. 2 prevede la durata del servizio per tre anni, mentre al successivo art. 3 afferma che “l'appalto avrà la durata di quattro anni, decorrenti dalla data di sottoscrizione del contratto”.

La censura è infondata essendo evidente che trattasi di un mero errore materiale, considerato che in tutti gli ulteriori atti di gara (Disciplinare di gara e il Capitolato speciale di appalto) è prevista una durata contrattuale di 4 anni.

2.3 Con il terzo e ultimo motivo, la ricorrente si duole della mancata indicazione negli atti di gara dei Criteri Minimi Ambientali (CAM).

La censura è irricevibile per tardività, come correttamente eccepito dal Comune, in quanto sussiste a carico degli operatori economici un onere di immediata impugnazione della legge di gara che non contenga riferimenti alle specifiche tecniche, alle clausole contrattuali e ai criteri premiali previsti dai decreti relativi ai CAM» (cfr. TAR Lazio, sez. II ter, 6 marzo 2024, nn. 4493, 4494 e 4495).

3. La particolarità della vicenda giustifica l'integrale compensazione delle spese di

lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo respinge e in parte lo dichiara tardivo, come da motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 21 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente

Alfredo Giuseppe Allegretta, Consigliere

Donatella Testini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Donatella Testini

IL PRESIDENTE

Orazio Ciliberti

IL SEGRETARIO