

E' legittimo che l'aggiudicazione provvisoria sia sottoposta alla verifica della documentazione tecnica? In caso di discordanze, può la Stazione appaltante sia annullare l'aggiudicazione che richiedere l'escussione della cauzione provvisoria?

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Resta sempre effettuabile tale verifica (e in caso negativo l'escussione della cauzione provvisoria per mancata sottoscrizione del contratto)

in quanto non può, nel corso di un procedimento di scelta attraverso una gara pubblica, mai preclusa, sino alla aggiudicazione definitiva ad un determinato soggetto partecipante (e salva sempre la possibilità dell'annullamento anche della stessa definitiva aggiudicazione in sede di autotutela) la possibilità di escludere dall'affidamento dell'appalto, anche dopo l'aggiudicazione provvisoria, una ditta che abbia presentato l'offerta per un progetto che sia poi risultato diverso da quello per il quale era stata indetta la gara, per difformità nelle specifiche che facciano ritenere, nelle ipotesi in cui trattasi di apparecchiature o sistemi di elevate e specifiche particolarità in relazione ai particolari impieghi delle stesse ed al soddisfacimento delle altrettanto particolari esigenze per le quali la Amministrazione ha inteso dotarsi degli stessi complessi apparati, progettato ed esibito dal concorrente un sistema non identificabile con quello richiesto: il sistema della scelta del contraente, da effettuarsi sulla base della offerta dallo stesso proposta, trova la ragione della sua disciplina mediante la osservanza di norme di diritto pubblico (prima della stipulazione del relativo contratto) nella salvaguardia dell'interesse pubblico alla realizzazione di un'opera che sia perfettamente corrispondente a quella posta in gara sicché la salvaguardia di tale primario pubblico interesse viene a trovare luogo di tutela in ogni fase del procedimento di scelta

Il Tar Lazio, Roma, con la sentenza numero 11057 del 9 novembre 2007 ci insegna che:

<restava sempre effettuabile tale verifica, nel caso di specie in cui non trattavasi di riesaminare il progetto già valutato dalla Commissione ai fini della effettuazione di una nuova valutazione per la verifica della legittimità di un punteggio già attribuito in sede di aggiudicazione provvisoria, bensì di individuare, senza alcun apprezzamento di discrezionale merito valutativo, la corrispondenza del sistema offerto con

quello da offrirsi sulla base del prototipo ideale messo a concorso.

Quanto all'affidamento di tale verifica implicante un raffronto di mera corrispondenza, non può ritenersi escludibile il ricorso da parte della Commissione, non dotata di strumenti sufficienti ad effettuarlo, ad un tecnico verificatore alla stessa esterno, non costituendo preclusione, come asserisce la ricorrente, la appartenenza dello stesso ad un ufficio interno alla stessa stazione appaltante ove l'esito del quale riscontro, di natura meramente confrontativa delle specifiche, non ha costituito effetti diretti della esclusione del progetto della ricorrente essendo stato sottoposto al vaglio della Commissione cui spettava tale preliminare verifica non potendo certo essere aggiudicata la gara ad un sistema diverso da quello posto a bando.>

Ma non solo

< Le restanti censure sul preteso difetto di effettivo esame da parte dello stesso verificatore desumibile anche, secondo la deducente, dal tempo estremamente breve entro il quale la stessa verifica sarebbe stata compiuta, non sono di per sé sole sufficienti, a fronte dei rilievi che lo stesso verificatore ha analiticamente puntualizzato nella sua Relazione, anch'essa esaminata dalla Commissione.

Quanto ai pretesi errori in cui sarebbe incorso il verificatore nella effettuazione dello stesso esame sulle specifiche, gli stessi costituiscono oggetto di una congerie di minuziosissime confutazioni da parte della deducente, in ordine alle quali è sufficiente rilevare la esistenza di alcune difformità di evidente e manifesta rilevanza, non smentite dalla stessa ricorrente in tale loro valore di contrasto con quanto preteso dal Capitolato, che consentono al Collegio di evitare ulteriori verificazioni attraverso il Consulente tecnico di ufficio la cui nomina, come noto, può essere disposta, soltanto per dirimere le controversie su determinati e specifici punti di non emergente rilevazione se non attraverso una perizia tecnica, e non già per formulare generici giudizi di idoneità o meno di un prodotto, senza la specificazione dei profili che il giudice ritenga abbisognevoli di chiarimento tecnico, mentre tale incarico periziale non si rende necessario nel caso in cui già in sede giudiziale emergano manifesti elementi atti ad escludere la stessa idoneità.>

Pertanto

< Il ricorso dunque, per le ragioni sopraindicate va respinto.>

riportiamo qui di seguito la sentenza numero 11057 del 9 novembre 2007 emessa dal Tar Lazio, Roma

REPUBBLICA ITALIANA N. 5322/05 Reg.Ric.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N.

Reg.Sent.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO N.

Reg.Sez.

SEZIONE II ter

Anno 2007

composto dai Sigg.ri Magistrati:

Cons. Michele PERRELLI - PRESIDENTE

Cons. Paolo RESTAINO

- RELATORE

Cons. Antonio AMICUZZI - Correlatore

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 5322/2005 proposto dalla Soc. ALFA p.a. in persona dell'Amministratore unico e legale rappresentante pro tempore sig. Paolo A. , rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni Del Re e Piergiuseppe Venturella con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma alla Via Virginio Orsini n. 21;

c o n t r o

la soc. ACEA p.a. rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Puca;

e nei confronti

della BETA s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore;

della * Assicurazioni, in persona del Legale Rappresentante pro-tempore

per l'annullamento

della determinazione della Acea s.p.a., comunicata via fax in data 23.03.2005, con cui veniva comunicato alla ricorrente l'invalidità dell'offerta così come presentata nella procedura di appalto indetta dall'Acea mediante pubblicazione in G.U.C.E. del 30.12.2004 n. S254;

del verbale di "Apertura Offerte" redatto il 2.3.2005 nella parte relativa alla dichiarazione di "gara deserta";

del verbale di "Apertura Offerte" redatto il 17.02.2005 nella parte in cui si dispone che l'offerta della ALFA s.p.a., aggiudicataria provvisoria, venga subordinata alla verifica della documentazione tecnica da parte di Processi e Tecnologie dell'Informazione;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'ACEA;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Udito alla pubblica udienza del 20 novembre 2006, il Relatore Cons. RESTAINO, e uditi altresì, gli avvocati come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

Vengono impugnati dalla ricorrente soc. ALFA p.a. la determinazione della A.C.E.A. S.p.A., inviata a mezzo di lettera raccomandata, via fax in data 23.03.2005, concernente l'offerta dalla stessa ditta presentata nella procedura di appalto indetta dall'A.C.E.A. S.p.A. mediante pubblicazione in G.U.C.E. del 30.12.2004 n. S254, nonché il verbale di "Apertura Offerte" redatto il 02.03.2005, nella parte relativa alla dichiarazione di "gara deserta", ed il verbale di "Apertura Offerte" redatto il 17.02.2005, nella parte in cui si dispone che l'offerta della ALFA S.p.A., aggiudicataria provvisoria, venga subordinata alla verifica della documentazione.

Premette la istante che con avviso di gara, pubblicato il 30.12.2004, sulla G.U.C.E. - S254 del 30.12.2004 - l'A.C.E.A. S.p.A. bandiva una gara di appalto con procedura aperta - settore speciale - per la fornitura di apparecchiatura informatica avente ad oggetto "Hardware Sottosistema di Storage ibrido NAS (Network Attached Storage) Gateway e SAN (Storage Area Network)".

Rappresenta che nella seduta pubblica del 17 febbraio 2005, la commissione di gara procedeva

all'apertura dei plichi contenenti le offerte ed alla loro valutazione, e che in esito alle operazioni di gara era redatta una graduatoria che vedeva, al primo posto, la ALFA S.p.A.,aggiudicataria provvisoria, ed al secondo posto la BETA S.p.A..

Tale aggiudicazione provvisoria venne successivamente subordinata alla verifica della documentazione tecnica prodotta dalla Società prima classificata, da parte dell'U.O. interna di A.C.E.A. S.p.A. denominata "Processi e tecnologie dell'Informazione".

Riferisce che nella successiva seduta pubblica del 2 marzo 2005, veniva data lettura della relazione interna, elaborata in data 17.02.2005 dalla U.O."Processi e Tecnologie dell'informazione", sull'offerta tecnica formulata dalla ALFA S.p.A., che concludeva che "...la soluzione proposta da ALFA è da considerarsi come non corrispondente al capitolato tecnico prodotto da A.C.E.A...." e che successivamente, con lettera raccomandata, via fax, in data 23.03.2005, l'A.C.E.A. S.p.A. comunicava alla ALFA S.p.A. l'invalidità della offerta proposta dalla aggiudicataria provvisoria e l'avvio delle procedure per l'escussione della fideiussione costituita dalla Società, a titolo di deposito cauzionale.

Vengono dedotti i seguenti motivi di gravame:

VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLE NORME DI GARA ED IN PARTICOLARE DEL BANDO RELATIVO ALLA GARA PER L'AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO DI FORNITURE DI SOFTWARE, N. 1841/NS/2004, PUBBLICATO IN G.U.C.E. DEL 30.12.2004 N. S254 E RELATIVI ALLEGATI; ECCESSO DI POTERE SOTTO IL PROFILO DELLA VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL COLLEGIO PERFETTO, DELLA TERZIETA' DELLA COMMISSIONE DI GARA E, DEL GIUSTO PROCEDIMENTO, DI DUPLICAZIONE DEL GIUDIZIO, CONTRADDITTORIETA' ED ILLOGICITA' MANIFESTA, CARENZA DI POTERE, SVIAMENTO, TRAVISAMENTO DEI FATTI E PERPLESSITA'.

Ritiene la ricorrente che il bando si limitava a prevedere che l'aggiudicazione dovesse avvenire secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e che la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e dunque l'esame degli elementi tecnici ed economici dell'offerta, dovesse essere condotta da una commissione tecnico/economica.

Per tale ragione, nel silenzio del bando, per il seguito della procedura che restava perciò disciplinato dalle norme generali in materia di gare ed appalti banditi da A.C.E.A. S.p.A., riprodotti per estratto all'allegato n. 3 del bando di gara, che espressamente richiamano la disciplina di cui al d. lgs. 158/95, dopo l'esito della valutazione tecnico economica dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la commissione avrebbe dovuto procedere all'aggiudicazione provvisoria, subordinatamente soltanto alla verifica dei requisiti di partecipazione.

Per tale ragione alla ricorrente ALFA che aveva ottenuto 148 punti è stata assegnata l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto, che restava subordinata solo ed esclusivamente alla verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti dal bando.

La decisione della Commissione di gara, che ha stabilito di sottoporre la documentazione tecnica prodotta dalla ALFA S.p.A., aggiudicataria provvisoria, ad una ulteriore verifica, da parte di un ufficio interno dell'aggiudicatrice, deve ritenersi illegittima in quanto disposta:

in violazione della disciplina di gara poiché non può essere riconosciuto alla commissione il potere di modificare il procedimento di gara già stabilito dalla legge di gara, disponendo che l'aggiudicazione provvisoria fosse sottoposta alla verifica della documentazione tecnica;

in violazione della disciplina di gara, sotto altro profilo, poiché il bando stabilisce che i requisiti tecnici dell'offerta dovevano essere valutati da una commissione tecnico/economica, vale a dire da un organo collegiale, terzo rispetto all'amministrazione aggiudicatrice, quale invece non può configurarsi un ufficio interno della stessa amministrazione aggiudicatrice, privo dei caratteri della indipendenza e della terzietà, rispetto all'Ente in quanto legato da un rapporto organico di subordinazione;

in totale carenza di potere non avendo la Commissione attribuzioni innovative delle regole procedurali della gara che non consentivano di essere modificate con la introduzione di ulteriore passaggio e nuova valutazione rispetto a quelle già previste;

in violazione dei principi dell'unicità del giudizio, traducendosi la verifica dei requisiti tecnici dell'offerta in una duplicazione del giudizio tecnico, già svolto dalla commissione, che aveva esaminato l'offerta tecnica presentata dalla ALFA e l'aveva ritenuta compatibile con quanto richiesto dal bando, tanto da attribuire il relativo punteggio;

con operazione procedimentale derivante da una determinazione affetta da nullità quale è quella con cui

la Commissione di gara ha delegato a Processi e Tecnologie dell'Informazione la verifica della documentazione tecnica relativa all'offerta di ALFA.

ILLEGITTIMITA' DERIVATA, VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLE NORME DI GARA ED IN PARTICOLARE DEL BANDO DI GARA PER L'AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO DI FORNITURE DI SOFTWARE N. 1841/NS/2004, PUBBLICATO IN G.U.C.E. DEL 30.12.2004 N. S254 E RELATIVI ALLEGATI; ECCESSO DI POTERE SOTTO IL PROFILO DELLA VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL COLLEGIO PERFETTO, DELLA TERZIETA' DELLA COMMISSIONE DI GARA E DEL GIUSTO PROCEDIMENTO E DI DUPLICAZIONE DEL GIUDIZIO, ILLOGICITA' MANIFESTA E CONTRADDITTORIETA', CARENZA DI POTERE, SVIAMENTO, TRAVISAMENTO DEI FATTI E PERPLESSITA', ILLEGITTIMITA' IN VIA PRINCIPALE PER VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLE PRESCRIZIONI IMPOSTE DALLA COMMISSIONE DI CUI AL VERBALE DELLA SEDUTA PUBBLICA DEL 17.2.2005, CARENZA DI POTERE, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, TRAVISAMENTO DEI FATTI.

Con riferimento alla seduta pubblica del 2 marzo 2005, in cui il Presidente della Commissione ha dato lettura "...relazione elaborata da Processi e Tecnologie dell'Informazione, nella parte in cui conclude "La soluzione proposta da ALFA è quindi da considerarsi come non corrispondente al capitolato tecnico prodotto da ACEA. Pertanto la gara è dichiarata deserta" e conseguentemente ha dichiarato deserta la gara; la esclusione della offerta della ricorrente disposta dalla commissione sulla base del suddetto giudizio espresso dall'U.O. Processi e Tecnologia dell'Informazione, è illegittima per:

a) vizi in via derivata dalla illegittimità del verbale 17.2.2005, nella parte in cui si stabilisce che l'offerta aggiudicataria provvisoria, sarebbe stata subordinata alla verifica della documentazione tecnica da parte della U.O. Processi e Tecnologie dell'Informazione, per le ragioni di cui ai rilievi già sopraindicati;

b) per vizi propri in quanto la relazione della U.O. Processi e Tecnologie dell'Informazione,

si pone in violazione delle prescrizioni impartite dalla commissione di gara. Ciò perché secondo il verbale della commissione del 17.2.2005, la U.O. Processi e Tecnologie dell'Informazione avrebbe dovuto solo verificare se la documentazione tecnica presentata da ALFA era quella prescritta dal bando senza alcuna valutazione del contenuto, che si risolve in un nuovo giudizio tecnico rispetto a quello condotto dalla commissione tecnico/economica;

c) per difetto di istruttoria, stante il brevissimo intervallo temporale (presumibilmente otto ore) tra la determinazione della Commissione e la relazione redatta dall'incaricato;

d) per infondatezza, nel merito , dei rilievi formulati nella Relazione.

Vengono in particolare, confutati i seguenti appunti rilevati nella offerta del ricorrente:

“La ALFA non ha citato nei documenti alcun link Internet sul sito www.spec.org .Ho effettuato personalmente una verifica e l'attrezzatura offerta da ALFA non compare in tale sito come era invece chiaramente richiesto. Questo rende ovviamente impossibile verificare a priori i dati prestazionali che sono stati dichiarati da ALFA...”;

“L'espandibilità dichiarata dal fornitore è di 36 Terabyte in modalità FC (Fibre Channel) e 56 Terabyte in modalità SATA (Serial ATA): ACEA ha chiesto per questa voce un valore di almeno 40 TB usando meccaniche miste (cioè con qualsiasi mix di dischi SATA o Fibre Channel, non deciso o definibile a priori).

E' probabile che la ALFA abbia erroneamente ritenuto sufficiente che uno dei due dati superasse il minimo richiesto....";

"La esplicita compatibilità con NDMP v4 non è dimostrata chiaramente dai documenti tecnici. In una delle brochure è dichiarato che l'IPSTOR "...non ha bisogno di usare l'NDMP..." (il documento è in inglese, ma questa è l'esatta traduzione). Sulla parte in italiano è invece scritto che tale caratteristica è fornita "...tramite SW Falconstor..."; non è però stata data

alcuna indicazione sul nome di questo software ne è possibile avere certezza sulla sua effettiva presenza nell'ambito dell'offerta ALFA..";

"La soluzione proposta è certamente compatibile con almeno un antivirus (Trend Micro, come riportato sui documenti e sul sito), ma per quanto riguarda il secondo, esso è riportato essere symantec (così la ALFA ha dichiarato nel documento in italiano) anche se non esiste alcun annuncio o dichiarazione in merito nella documentazione in inglese (che cita però più volte Trend Micro), né sul sito della Falconstor (www.falconstor.com). Se esiste un accordo in merito tra Falconstor e Symantec, non n'è stata data alcuna evidenza, al contrario di quello con Trend Micro...";

"Sui cinque complessivi, quattro dei documenti contenuti nella busta dell'offerta tecnica sono scritti in lingua inglese. Il mio parere è che sarebbe stato più logico e corretto fornirli in Italiano, vista l'ovvia difficoltà di interpretazione e comprensione che ne deriva. L'offerta è stata richiesta peraltro esplicitamente in lingua italiana...";

"Una delle condizioni necessarie per la validità dell'offerta è l'esistenza della certificazione per Oracle 9i in modalità RAC (Real Application Cluster) "block access" per quanto proposto. In italiano è dichiarato da ALFA: "Supporto con Oracle 9i, viene allegata certificazione richiesta". Oltre al fatto che la certificazione per "Oracle 9i" e quella per "Oracle 9i in modalità RAC" NON coincidono (quella per RAC è molto più restrittiva e difficile da ottenere), non ho trovato traccia di tale certificazione allegata. Nessuna citazione del nome "Oracle 9i RAC" compare in alcuno degli altri documenti che accompagnavano quello in italiano contenente tale dichiarazione...".

e) viene ricondotto il già denunciato difetto di istruttoria all'esito del giudizio negativo secondo cui l'offerta tecnica non corrisponde al capitolato tecnico. Tale giudizio sarebbe privo di riscontro e basato su travisati presupposti fattuali poiché l'offerta della ALFA è perfettamente conforme al capitolato tecnico;

f) difetto dei presupposti sotto ulteriore profilo poiché la estromissione della ditta aggiudicataria provvisoria era consentita solo ed esclusivamente nel caso in cui, all'esito di apposita verifica, l'aggiudicataria provvisoria fosse risultata priva dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria prescritti dal bando e dei requisiti di moralità ed onorabilità.

III) ILLEGITTIMITA' DERIVATA, VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLE NORME DI GARA ED IN PARTICOLARE DEL BANDO PER L'AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO DI FORNITURE DI SOFTWARE N.1841/NS/2004, PUBBLICATO IN G.U.C.E. DEL 30.12.2004 N. S254 E RELATIVI ALLEGATI; ECCESSO DI POTERE SOTTO IL PROFILO DELLA VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL COLLEGIO PERFETTO, DELLA TERZIETA' DELLA COMMISSIONE DI GARA E DEL GIUSTO PROCEDIMENTO E DI DUPLICAZIONE DEL GIUDIZIO, CARENZA DI POTERE, SVIAMENTO, TRAVISAMENTO DEI FATTI E PERPLESSITA', PER VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL BANDO DI GARA, ECCESSO DI POTRE SOTTO IL PROFILO DELLA VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, TRAVISAMENTO DEI FATTI.

La determinazione della A.C.E.A. S.p.A. del 23.3.2005 relativa alla escussione della ".....la fideiussione costituita a titolo di deposito cauzionale provvisorio onde ristorare i danni subiti...."è illegittima in via derivata per i vizi che gravano gli atti ed i provvedimenti presupposti, ed anche intrinsecamente illegittima poiché la legge della gara stabiliva che la Stazione appaltante avrebbe proceduto alla escussione della polizza fidejussoria nel caso in cui fossero risultate non corrispondenti al vero le dichiarazioni relative alla capacità tecnica, a quella finanziaria ed ai requisiti di reputazione ed onorabilità e non per l'eventuale non corrispondenza della documentazione tecnica al capitolato tecnico.

Ritiene la ricorrente che il potere di incamerare la polizza, riposa solo ed esclusivamente sul presupposto che difettino in capo alla aggiudicataria provvisoria, i requisiti di ammissione alla gara, vale a dire, la capacità tecnica e quella finanziaria nonché i requisiti di onorabilità e moralità.

Viene inoltre denunciata anche la acritica recezione delle conclusioni del redattore della Relazione senza

contraddittorio con la ditta aggiudicataria provvisoria che avrebbe potuto integrare la documentazione mancante e tanto anche in relazione alla automatica applicazione della sanzione di escussione della cauzione provvisoria in ordine alla quale la ricorrente evidenzia che il giudizio di non adeguatezza della documentazione prodotta per la prova dei requisiti non equivale, ai fini sanzionatori, alla mancata comprovazione delle dichiarazioni a suo tempo rese dall'impresa concorrente.

DIRITTO

Per la infondatezza del ricorso si prescinde dall'esame delle eccezioni di tardività della impugnativa prospettate dalla resistente ACEA.

Il rilievo posto a fondamento delle censure del ricorrente contenute negli appositi motivi di gravame si incentra sulla ritenuta illegittimità dell'operato della Commissione.

Avendo il Presidente della stessa, in relazione alle specifiche del prototipo illustrate dalla ricorrente società che alla stessa gara aveva partecipato, prospettato dubbi in ordine alla loro corrispondenza con le caratteristiche per le quali era stata indetta la gara, ed avendo per tale ragione disposto una verifica al riguardo incaricando all'uopo un dipendente dell'U.O. Processi e tecnologie della Informazione, rileva la ricorrente:

a) la incompetenza della Commissione, nella sua veste di organo chiamato ad effettuare valutazioni sulle apparecchiature per le quali era stata presentata la offerta tra cui era da prescegliersi quella costituente quella economicamente più vantaggiosa, a disporre, dopo che tali valutazioni erano state già effettuate con l'attribuzione del relativo punteggio, ulteriori verifiche sulle stesse apparecchiature;

b) la inattendibilità degli esiti delle stesse verifiche sia perché affidate ad un ufficio interno alla stazione appaltante sia perché viziate da rilevazioni e riferimenti travisati in quanto non corrispondenti alle reali caratteristiche delle stesse apparecchiature;

c) il difetto di un effettivo esame delle stesse apparecchiature rinvenibile dal breve termine in cui lo stesso esame sarebbe stato effettuato dall'esperto incaricato di compierlo.

Tutti i rilievi sopra indicati devono ritenersi, ad avviso del Collegio, infondati.

Non può infatti, nel corso di un procedimento di scelta attraverso una gara pubblica, mai preclusa, sino alla aggiudicazione definitiva ad un determinato soggetto partecipante (e salva sempre la possibilità dell'annullamento anche della stessa definitiva aggiudicazione in sede di autotutela) la possibilità di escludere dall'affidamento dell'appalto, anche dopo l'aggiudicazione provvisoria, una ditta che abbia presentato l'offerta per un progetto che sia poi risultato diverso da quello per il quale era stata indetta la gara, per difformità nelle specifiche che facciano ritenere, nelle ipotesi in cui trattasi di apparecchiature o sistemi di elevate e specifiche particolarità in relazione ai particolari impieghi delle stesse ed al soddisfacimento delle altrettanto particolari esigenze per le quali la Amministrazione ha inteso dotarsi degli stessi complessi apparati, progettato ed esibito dal concorrente un sistema non identificabile con quello richiesto. Il sistema della scelta del contraente, da effettuarsi sulla base della offerta dallo stesso proposta, trova la ragione della sua disciplina mediante la osservanza di norme di diritto pubblico (prima della stipulazione del relativo contratto) nella salvaguardia dell'interesse pubblico alla realizzazione di un'opera che sia perfettamente corrispondente a quella posta in gara sicché la salvaguardia di tale primario pubblico interesse viene a trovare luogo di tutela in ogni fase del procedimento di scelta

anteriore alla stipula del contratto.

Per tale ragione restava sempre effettuabile tale verifica, nel caso di specie in cui non trattavasi di riesaminare il progetto già valutato dalla Commissione ai fini della effettuazione di una nuova valutazione per la verifica della legittimità di un punteggio già attribuito in sede di aggiudicazione provvisoria, bensì di individuare, senza alcun apprezzamento di discrezionale merito valutativo, la corrispondenza del sistema offerto con quello da offrirsi sulla base del prototipo ideale messo a concorso.

Quanto all'affidamento di tale verifica implicante un raffronto di mera corrispondenza, non può ritenersi escludibile il ricorso da parte della Commissione, non dotata di strumenti sufficienti ad effettuarlo, ad un tecnico verificatore alla stessa esterno, non costituendo preclusione, come asserisce la ricorrente, la appartenenza dello stesso ad un ufficio interno alla stessa stazione appaltante ove l'esito del quale riscontro, di natura meramente confrontativa delle specifiche, non ha costituito effetti diretti della esclusione del progetto della ricorrente essendo stato sottoposto al vaglio della Commissione cui spettava tale preliminare verifica non potendo certo essere aggiudicata la gara ad un sistema diverso da quello posto a bando.

Le restanti censure sul preteso difetto di effettivo esame da parte dello stesso verificatore desumibile anche, secondo la deducente, dal tempo estremamente breve entro il quale la stessa verifica sarebbe stata compiuta, non sono di per sé sole sufficienti, a fronte dei rilievi che lo stesso verificatore ha analiticamente puntualizzato nella sua Relazione, anch'essa esaminata dalla Commissione.

Quanto ai pretesi errori in cui sarebbe incorso il verificatore nella effettuazione dello stesso esame sulle specifiche, gli stessi costituiscono oggetto di una congerie di minuziosissime confutazioni da parte della deducente, in ordine alle quali è sufficiente rilevare la esistenza di alcune difformità di evidente e manifesta rilevanza, non smentite dalla stessa ricorrente in tale loro valore di contrasto con quanto preteso dal Capitolato, che consentono al Collegio di evitare ulteriori verificazioni attraverso il Consulente tecnico di ufficio la cui nomina, come noto, può essere disposta, soltanto per dirimere le controversie su determinati e specifici punti di non emergente rilevazione se non attraverso una perizia tecnica, e non già per formulare generici giudizi di idoneità o meno di un prodotto, senza la specificazione dei profili che il giudice ritenga abbinati a chiarimento tecnico, mentre tale incarico periziale non si rende

necessario nel caso in cui già in sede giudiziale emergano manifesti elementi atti ad escludere la stessa idoneità.

Tra gli appunti formulati dal verificatore alla documentazione tecnica sottoposta al suo esame (scheda tecnica) è dato rinvenire la rilevazione di evidenti carenze riferibili a condizioni necessarie per ritenere la offerta corrispondente alle caratteristiche minime richieste e quindi valida.

Una delle condizioni necessarie, ai predetti fini, era costituita dalla compatibilità accertata, per il “block access”, del supporto con Oracle 9i2x in RAC.

Invece secondo quanto dichiarato da ALFA per tale caratteristica tecnica della stessa offerta viene presentato un supporto con “Oracle 9i” con allegata certificazione tecnica richiesta.

Pur a non considerare la rilevazione, di ordine prettamente tecnico, del verificatore che il sistema “Oracle 9i” non coincide con quello per “Oracle 9i in modalità RAC” preteso dal bando essendo tale ultima maggiormente restrittiva e di difficile realizzazione, sta di fatto, e anche tale carenza trovasi rilevata in sede della stessa verifica, che non soltanto nessuna citazione del nome “Oracle 9i RAC” compare in alcuno dei documenti componenti la offerta tecnica, ma persino la certificazione per “Oracle 9i” non è stata rinvenuta allegata sicchè non può ritenersi in alcun modo soddisfatto, sotto il profilo documentativo, il requisito minimo che per tale caratteristica, come previsto dal bando, esigeva una accertata compatibilità con Oracle 9i2 in RAC (Real Application Cluster).

Parimenti per altre caratteristiche minime quale la espandibilità che ACEA richiedeva per un valore di almeno 40 TB usando meccaniche miste (cioè con qualsiasi mix di dischi SATA o Fibre Channel) la espansibilità dichiarata dal concorrente risulta di 36 TB in modalità Fibre Channel (F.B) cioè inferiori ai 40 TB richiesti mentre valori superiori ai 40 TB vengono dichiarati solo per le modalità SATA (Serial ATA). Tali incorrispondenze tra le specifiche minime richieste in relazione ad apparecchiature da adibire ad usi ed impieghi particolari e quelle risultanti dalle voci che la ricorrente ha dichiarato di voler offrire non consentono di ritenere arbitrariamente assunto e manifestamente viziato l’esito della verifica che, come già riferito, è stata effettuata su base documentale avendo inviato la ditta ricorrente, in apposita busta, anche la documentazione tecnica.

Il ricorso dunque, per le ragioni sopraindicate va respinto.

Si ravvisano elementi giustificativi della compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione II ter, rigetta il ricorso indicato in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 20 novembre 2006 con la partecipazione dei Magistrati elencati in epigrafe.

Cons. Michele PERRELLI
PRESIDENTE

Cons. Paolo

RESTAINO

Estensore

<https://www.diritto.it/e-legittimo-che-l-aggiudicazione-provvisoria-sia-sottoposta-alla-verifica-della-documentazione-tecnica-in-caso-di-discordanze-puo-la-stazione-appaltante-sia-annullare-l-aggiudicazione-che-richieder/>