



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 il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 786 del 2012, proposto da:
Telecom Italia Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Antonio Lirosi, Marco Martinelli, Chiara Cacciavillani, con domicilio presso l'intestato Tribunale ai sensi dell'art. 25, I comma del DLgs n. 104/2010;

contro

Regione Veneto, rappresentato e difeso per legge dagli avv. Tito Munari, Ezio Zanon, domiciliata in Venezia, Cannaregio, 23;

nei confronti di

Vodafone Omnitel N.V., rappresentato e difeso dagli avv. Oliver Cristante, Giorgia Romitelli, Ilaria Gobbato, con domicilio eletto presso Oliver Cristante in Venezia, S. Croce, 466/G;

per l'annullamento

del decreto n. 23 del 20/4/2012 del dirigente della direzione sistemi informativi della giunta regionale del veneto con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva

in favore di Vodafone della procedura aperta per l'acquisizione di servizi di telefonia mobile e nuove applicazioni tecnologiche per la giunta regionale;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Veneto e di Vodafone Omnitel N.V.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2012 il dott. Claudio Rovis e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

considerato

1.- che, vertendosi in materia di procedure di affidamento di servizi, il giudizio va definito con decisione succintamente motivata alla stregua del combinato disposto dagli artt. 120, X comma e 74 del codice di procedura amministrativa;

2.- che con il primo motivo di ricorso Telecom denuncia l'illegittimità della valutazione delle giustificazioni presentate da Vodafone per essere stata compiuta dal RUP, anziché dalla commissione giudicatrice;

che il motivo è infondato in quanto l'art. 121, X comma del DPR n. 207/2010 (applicabile anche agli appalti di servizi, stante il richiamo operato dall'art. 284 del DPR n. 207/2010 stesso) stabilisce che "nel caso di lavori da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa...il soggetto che presiede la gara chiude la seduta pubblica e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento, che procede alla verifica delle giustificazioni presentate dai concorrenti ai sensi dell'art. 87, comma 1 del codice avvalendosi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante ovvero della commissione di gara, ove costituita": in virtù di tale norma, dunque, è indubbio che la verifica dell'anomalia dell'offerta alla luce delle giustificazioni presentate dall'offerente è di competenza

del RUP, il quale, ove non sia dotato di adeguate competenze tecniche – ma non è il caso di specie, atteso che il responsabile della procedura concorsuale in esame, che peraltro è anche presidente della commissione aggiudicatrice, riveste, all'interno della Regione Veneto, la posizione funzionale di dirigente dell'unità complessa "tecnologie, reti e banda larga", ed è, quindi, soggetto professionale particolarmente qualificato per il compito svolto - o, comunque, ove lo ritenga opportuno, può avvalersi della specifica commissione prevista dall'art. 88, I comma bis del codice (cfr., da ultimo, CdS, Ap, 29.11.2012 n. 36). Né in tale contesto può assumere rilevanza, al fine di mutare l'ordine delle competenze previste dalla legge, il fatto che con decreto dirigenziale 7.12.2011 n. 93 la Regione abbia proceduto alla nomina della commissione "avente il compito di valutare anche l'eventuale anomalia delle offerte": precisato, invero, che un decreto dirigenziale non può certamente contravvenire alla legge, il predetto decreto non può avere altro significato che quello di indicare al RUP che, qualora lo avesse ritenuto opportuno, avrebbe potuto avvalersi delle competenze della commissione aggiudicatrice, in luogo degli altri soggetti previsti dall'art. 121 cit.. La stazione appaltante si sarebbe, cioè, limitata a precisare che, nel caso in cui il RUP avesse deciso di avvalersi di un "supporto", quest'ultimo avrebbe dovuto essere individuato nella commissione di gara, in quanto dotata delle necessarie competenze tecniche: precisazione, questa, sicuramente opportuna, atteso che, a seguito dell'apertura della fase di verifica delle offerte anormalmente basse, la commissione giudicatrice ha ormai esaurito il proprio compito, essendosi in tale momento già proceduto alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche, all'assegnazione dei relativi punteggi ed alla formazione della graduatoria provvisoria tra le offerte (cfr. CdS, Ap, 29.11.2012 n. 36 cit.);

3.- che con la seconda, articolata censura Telecom lamenta che non sarebbe stata espletata un'adeguata istruttoria in ordine alle giustificazioni rese da Vodafone;

che anche tale censura non coglie nel segno: premesso invero che, per consolidata giurisprudenza, "con riferimento al procedimento di verifica dell'anomalia...il sindacato del giudice amministrativo non può estendersi alla verifica della congruità dell'offerta presentata e delle sue singole voci, poiché, ove ciò fosse, il giudice invaderebbe una sfera propria della pubblica amministrazione, in esercizio di discrezionalità tecnica" (cfr., ex multis, CdS, IV, 27.6.2011 n. 3862), va osservato che il giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala ha natura globale, dovendosi valutare la serietà o meno dell'offerta nel suo complesso ed è insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o affette da errori di fatto (cfr. CdS, IV, 23.7.2012 n. 4206; III, 8.10.2012 n. 5238; e, da ultimo, Ap, 29.11.2012 n. 36 cit.). Ma Telecom – che nel contestare la congruità dell'offerta di Vodafone è entrata nel merito delle singole voci pretendendo, con ciò, che il giudicante lo seguisse invadendo una sfera riservata alla PA - non è stata in grado di dimostrare che la verifica svolta dal RUP è affetta, alla stregua dell'impianto motivazionale offerto dallo stesso, da illogicità e da errori di fatto tali da rendere "nel suo insieme" inaffidabile l'offerta di Vodafone. Il controllo di anomalia mira – lo si ribadisce - ad un giudizio complessivo sull'affidabilità dell'offerta economica (alla stregua del quale il margine di utile è irrilevante: cfr CdS, VI, 23.2.2012 n. 1019), con la conseguenza che occorre verificare se la mancata o non adeguata giustificazione di singoli aspetti sia idonea a inficiare in senso sostanziale la credibilità della proposta economica nella sua interezza. Il collegio ritiene che il giudizio positivo formulato dal RUP in ordine alle giustificazioni offerte dall'aggiudicataria – precisato, peraltro, che “in caso....di valutazione di congruità dell'offerta sospetta di anomalia non occorre che la relativa determinazione sia fondata su un'articolata motivazione ripetitiva delle medesime giustificazioni ritenute accettabili o espressiva di ulteriore apprezzamenti, essendo sufficiente una motivazione espressa <ob relationem> alle

giustificazioni rese dall'impresa" (cfr., da ultimo, CdS, V, 19.6.2012 n. 3563) - sia idoneo a superare il controllo di legittimità che compete al giudice amministrativo alla stregua delle cennate coordinate ermeneutiche. Ed invero, nel "verbale dei lavori per la verifica dell'anomalia" si legge che il RUP ha considerato: a) che Vodafone "risulta dotata di un'infrastruttura tecnologica e di un'organizzazione tali da far fronte in modi puntuale alle prescrizioni contenute nel capitolato tecnico, senza dover ricorrere a modifiche delle stesse, con conseguente contenimento dei costi"; b) che Vodafone non risulta gravata da alcun onere finanziario; c) che Vodafone è dotata di capillare diffusione sul territorio nazionale e regionale, senza quindi necessità di appoggiarsi ad alcun altro operatore; d) che Vodafone utilizza una piattaforma basata su un protocollo proprietario per la gestione di una moltitudine di servizi basati sulle principali tecnologie per lo scambio di informazioni; e) che Vodafone ha instaurato accordi con i principali fornitori a livello mondiale di terminali radiomobili, così da poter sfruttare le economie di scala ai fini della determinazione del prezzo degli stessi (cfr. doc. 6 cit.): elementi, tutti questi, che hanno congiuntamente indotto il RUP a pronunciarsi per la congruità dell'offerta di Vodafone;

4.- che, quanto all'asserita non remuneratività dell'offerta Vodafone – in disparte la considerazione che, come si è detto, Telecom non ha operato correttamente, in quanto il sub-procedimento di verifica dell'anomalia doveva essere sindacato nel suo complesso e non esaminando singolarmente le principali voci dell'offerta - va osservato che l'utile d'impresa costituisce mero elemento indiziario che può comportare – e ricorrendo i presupposti di cui all'art. 86, II comma del codice dei contratti, deve comportare - l'obbligo della verifica, ma non è presunzione assoluta di inaffidabilità. Per cui se, come nel caso di specie, è dimostrata la sostenibilità dell'offerta, la censura non può che essere respinta, perché, come ha correttamente evidenziato la difesa della Regione, “non si può aprioristicamente ipotizzare un

marginale minimo di utile al di sotto del quale un'offerta debba considerarsi, per ciò solo, incongrua", soprattutto nel presente momento storico-economico: "nessuna norma vieta alle imprese concorrenti di offrire - relativamente a determinate voci dell'offerta - finanche un prezzo pari a zero, il quale costituisce valida espressione di una proposta economica, conveniente per la stazione appaltante, cui resterà la possibilità di verificare la congruità complessiva dell'offerta in chiave di possibile anomalia". Né va sottaciuto, in merito alla (immotivata) affermazione della ricorrente secondo cui i costi industriali da essa sopportati sono "assimilabili a quelli sostenuti da Vodafone", che Vodafone, diversamente da Telecom, partecipa ad un Gruppo internazionale che, come precisato nelle giustificazioni (condivise dal RUP), gli consente una particolare forza economica, idonea a garantirle "costi industriali" particolarmente favorevoli, diversi da quelli a cui deve assoggettarsi Telecom. Aggiungasi, peraltro, che nell'appalto di cui è causa un ruolo preponderante è assunto dai costi relativi alla fornitura dei terminali mobili (che la stessa Telecom ha quantificato in una percentuale di quasi il 50% dei costi fissi), costi, questi, che lungi dall'essere comuni a tutti gli operatori di mercato, è il frutto di strategie e negoziazioni dell'impresa. Quanto, infine, all'assunto secondo il quale l'illegittimità dell'operato del RUP sarebbe comprovata anche dal fatto che quest'ultimo ha provveduto in soli venti minuti alla verifica delle giustificazioni, la sua infondatezza è conseguente all'osservazione che non è in relazione al fattore tempo che si valuta la legittimità dell'adempimento e la correttezza dell'attività valutativa, ma alla stregua dell'idoneità della motivazione (che, mentre deve essere rigorosa ed analitica nel caso di ritenuta anomalia dell'offerta, implicando l'esclusione dalla gara, non deve essere altrettanto puntuale ed analitica nel caso di offerta ritenuta congrua, essendo sufficiente in tal caso anche una motivazione sintetica ed espressa per relationem alle giustificazioni rese dall'impresa interessata: cfr., ex pluribus, CdS, V, 1.10.2010 n. 7266);

5.- che per le suesposte considerazioni il ricorso è dunque infondato e va respinto, le spese potendo essere compensate in ragione della particolarità delle questioni trattate;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge, spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere, Estensore

Silvia Coppari, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)