

Pubblicato il 28/05/2019

N. 06715/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00040/2019 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 il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 40 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

ZTE ITALIA S.R.L., rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Tronci, Angela Gemma, con domicilio eletto presso lo studio Marco Tronci in Roma, via Sabotino, 22;

contro

TERNA RETE ITALIA S.P.A., rappresentata e difesa dall'avvocato Alberico Marracino, con domicilio eletto presso il suo Studio in Roma, Corso Trieste n. 16;

nei confronti

SIRTI S.P.A., rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Comandè, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Pompeo Magno, 23/A;

per l'annullamento,

previa sospensione cautelare,

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento d'aggiudicazione di Terna Rete Italia S.p.A. in favore di Sirti S.p.A., adottato in data 20/11/2018 e della relativa comunicazione di pari data, *ex art. 76, co. 5, del D.Lgs. n. 50/2016*, al secondo classificato, il ricorrente Rti composto da ZTE Italia S.r.l. e da Telecom Italia S.p.A. Direzione e coordinamento Vivendi SA, rispettivamente mandataria e mandante;
- di tutti i verbali delle sedute della Commissione giudicatrice con particolare, ma non esclusivo, riguardo a quelli recanti la valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica di Sirti S.p.A. e del Rti ZTE-TIM S.p.A., nonché quelli del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta di Sirti S.p.A.;
- della legge speciale di gara, e segnatamente della Richiesta d'Offerta e della Specifica Tecnica;
- di tutti chiarimenti, e segnatamente del n. 139 della “*II Tranche di chiarimenti?*”, ove interpretato in senso difforme al ricorso;
- di ogni atto altro presupposto, connesso e consequenziale, quand'anche non conosciuto
nonché
per la declaratoria d'inefficacia del contratto eventualmente *medio tempore* stipulato,
e per la condanna
- in via principale, della Terna Rete Italia S.p.A. alla reintegrazione in forma specifica, in favore del Rti ricorrente, per il tramite dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione e/o di subentro nel contratto;
- in via subordinata della Terna Rete Italia S.p.A. alla tutela per equivalente in relazione ai danni subiti e subendi, nella misura da determinarsi in corso di causa;

Per quanto riguarda il ricorso incidentale, depositato da SIRTI S.P.A. il 16\1\2019:

per l'annullamento

in via principale:

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva emesso da Terna Rete Italia S.p.A. il 20 novembre 2018 (doc. 1) con riferimento alla procedura per l'affidamento di un Accordo quadro per la *“fornitura in opera di apparati DWDM per il rinnovo tecnologico della Rete Ottica di Accesso del Gruppo Terna”*, nella parte in cui, anziché escluderlo dalla procedura, viene illegittimamente riconosciuto il R.T.I. ZTE Italia s.r.l. - TIM S.p.A. quale secondo classificato con il punteggio complessivo di 88,65;

- di tutti i verbali di gara della procedura ad evidenza procedura per l'affidamento di un Accordo quadro per la *“fornitura in opera di apparati DWDM per il rinnovo tecnologico della Rete Ottica di Accesso del Gruppo Terna”*, ed in particolare, dei verbali di Commissione n. 3 (doc. 2) e n. 4 (doc. 3) nella parte in cui non è stata disposta la esclusione dell'offerta presentata dal R.T.I. ZTE Italia s.r.l. - TIM S.p.A.;

in subordine:

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva emesso da Terna Rete Italia S.p.A. il 20 novembre 2018 con riferimento alla procedura per l'affidamento di un Accordo quadro per la *“fornitura in opera di apparati DWDM per il rinnovo tecnologico della Rete Ottica di Accesso del Gruppo Terna”*, nella parte in cui viene illegittimamente riconosciuto al R.T.I. ZTE Italia s.r.l. - TIM S.p.A., quale secondo classificato, il punteggio complessivo di 88,65 punti, anziché quello inferiore discendente dall'accoglimento del presente ricorso incidentale;

- di tutti i verbali di gara della procedura ad evidenza procedura per l'affidamento di un Accordo quadro per la *“fornitura in opera di apparati DWDM per il rinnovo tecnologico della Rete Ottica di Accesso del Gruppo Terna”*, ed in particolare, dei verbali di Commissione n. 3 e n. 4 nella parte in cui viene illegittimamente riconosciuto al R.T.I. ZTE Italia s.r.l. - TIM S.p.A. il punteggio premiante di 10,50 per la caratteristica migliorativa ID6 di cui al paragrafo 7 della Richiesta di Offerta, anziché un punteggio pari a zero, nonché, ancora, del verbale di Commissione n. 3 e del Verbale di Commissione n. 4 nella parte in cui si è conseguentemente attribuito al R.T.I.

ZTE Italia s.r.l. - TIM S.p.A. il punteggio tecnico di 54,25 punti, poi riparametrati in 58,65 punti, ed il punteggio complessivo di 88,86 punti, anziché quello inferiore discendente dall'accoglimento del presente ricorso incidentale;

- di ogni altro atto e/o provvedimento, precedente o successivo, comunque connesso, presupposto e/o consequenziale;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da ZTE Italia s.r.l. il 27\3\2019, altresì, per l'annullamento:

- dell'eventuale provvedimento d'approvazione dell'aggiudicazione e di autorizzazione alla stipula del contratto, avvenuta in data 25/02/2019, e della relativa comunicazione ex art. 76, co. 5, del D.Lgs. n. 50/2016 del 04/03/2019, notificata in pari data al secondo classificato, i.e. l'odierno ricorrente Rti composto da ZTE Italia S.r.l. e da Telecom Italia S.p.A. Direzione e coordinamento Vivendi SA, rispettivamente mandataria e mandante;

nonché

per la declaratoria d'inefficacia del contratto stipulato il 25/02/2019 tra Terna Rete Italia S.p.A. e Sirti S.p.A.,

e per la condanna

- in via principale, della Terna Rete Italia S.p.A. alla reintegrazione in forma specifica, in favore del Rti ricorrente, per il tramite dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione e di subentro nel contratto;

- in via subordinata della Terna Rete Italia S.p.A. alla tutela per equivalente in relazione ai danni subiti e subendi, nella misura da determinarsi in corso di causa;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Terna Rete Italia s.p.a. e di Sirti s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 6, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 aprile 2019 il dott. Antonino Masaracchia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto che, con il ricorso in decisione, la ZTE Italia s.r.l. ha domandato l'annullamento, previa sospensione cautelare, degli atti con i quali Terna Rete Italia s.p.a. ha disposto, in favore di Sirti s.p.a., l'aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento di un accordo quadro avente ad oggetto la “*Fornitura in opera di apparati DWDM per il rinnovo tecnologico della Rete Ottica di Accesso del Gruppo Terna*”;

che la gara, indetta con bando pubblicato in sede europea il 1° agosto 2016, prevedeva quale criterio di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con base d'asta fissata in euro 23.000.000,00 (oltre ad euro 3.000.000,00 opzionali), e durata della commessa pari a 48 mesi, ed ha visto classificarsi al secondo posto l'impresa ricorrente, in raggruppamento temporaneo con TIM s.p.a., con punteggio totale di 88,65 (58,65 per l'offerta tecnica e 30,00 per quella economica), mentre l'aggiudicataria ha ottenuto punti totali 98,98 (70,00 per l'offerta tecnica e 28,98, dopo rilancio, per quella economica);

che tali punteggi, dalla commissione attribuiti anche a seguito della valutazione dei requisiti migliorativi di offerta (previsti dal documento di gara “*Richiesta d'offerta*”), sono oggetto di contestazione da parte dell'impresa ricorrente, sotto diversi profili, nell'ambito del primo motivo di gravame, così riassumibile:

- quanto all'offerta tecnica presentata dalla ricorrente, e con riguardo al requisito migliorativo n. 7 (“*Splitting dell'infrastruttura D*”) – per il quale, come si legge nel verbale di gara n. 3, del 4 settembre 2018 (doc. n. 7), alla ricorrente è stato attribuito il punteggio di zero (su un massimo previsto di punti 10,5) – tale offerta avrebbe invece previsto “l'effettiva separazione in due infrastrutture ottimizzate”, come richiesto dalla *lex specialis*, irrilevante essendo la circostanza che una delle infrastrutture (la D2) così ottenute, secondo la commissione, non avrebbe una topologia ad anello; in proposito,

si sostiene che, per un verso, non sarebbe corretto quanto sostenuto dalla commissione, e cioè che la specifica tecnica, laddove ha utilizzato il termine “*infrastruttura*”, avrebbe inteso riferirsi solo ad una “*topologia ad anello*”, e che, per altro verso, l’infrastruttura D2 offerta dalla ricorrente “rientra comunque nella topologia attecnicamente definita ‘ad anello o *ring*’ negli atti di gara, in considerazione del sistema di reti complessivamente inteso”;

- quanto all’offerta tecnica presentata dall’aggiudicataria Sirti s.p.a., e sempre con riguardo al requisito migliorativo n. 7 (per il quale le è stato attribuito il punteggio massimo, pari a 10,5), la commissione avrebbe invece dovuto attribuire un punteggio pari a zero, essendo stata proposta una soluzione progettuale “senza [...] alcuna divisione (split) delle infrastrutture”;

- in ogni caso, la proposta della controinteressata, sempre con riguardo al medesimo requisito migliorativo, sarebbe “tecnicamente irrealizzabile”, sia a causa della mancata eliminazione, nella relativa rappresentazione grafica, di alcuni “siti di amplificazione”, sia a causa della mancata indicazione del “sito di Larino che, essendo un nodo ‘*mini hub*’, non poteva essere eliminato dall’infrastruttura”;

che, con il secondo motivo di gravame, la ricorrente ha sostenuto l’illegittimità dell’offerta presentata dalla controinteressata per “incompletezza insanabile”, derivante sia dall’indicazione “del valore economico pari ad euro 0 (zero)” alla voce “*Espansione nodo di tipo Amplificazione*”, sia da un profilo di “contraddittorietà intrinseca” (laddove la controinteressata, in sede di giustificazioni sull’anomalia dell’offerta, ha dichiarato che “... *il nodo di Amplificazione è un nodo con non più di due direzioni*”, con ciò riconoscendo, secondo la ricorrente, che non sarebbe garantita alcuna “espansione”), sia infine per effetto del (conseguente) mancato soddisfacimento neanche del requisito migliorativo n. 6 (per il quale, pure, la controinteressata ha ottenuto il punteggio massimo) in quanto non sarebbe assicurata, in offerta, la richiesta “*Capacità disponibile superiore del 100% rispetto a quella minima richiesta dei collegamenti tra Nodi Hub e Centri Dati*”;

che, infine, con il terzo motivo, la ricorrente ha contestato il punteggio attribuito all'aggiudicataria anche con riferimento al requisito migliorativo n. 4 (concernente la “*completa intercambiabilità delle componenti fornite (alimentatori, controller e schede) su tutti gli apparati WDM/OTN ad eccezione dei nodi di tipo Edge*”), per il quale la commissione ha attribuito un punteggio di 7,00, in quanto l'offerta avrebbe riferito il requisito dell'intercambiabilità solo alle “*schede*” ed alle “*parti comuni*”, e non anche, quindi, come richiesto, all'alimentatore ed al *controller*,

che si è costituita in giudizio la controinteressata Sirti s.p.a., chiedendo, con memoria depositata il 14 gennaio 2019, il rigetto del gravame (prendendo posizione, anche nel merito tecnico, sui vari motivi di impugnazione, non senza peraltro eccepirne l'inammissibilità in quanto censure “che impingono con la discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione, la quale esula dal perimetro della giurisdizione del Giudice amministrativo”) e proponendo, altresì, con atto depositato il 16 gennaio 2019, ricorso incidentale volto a dimostrare sia l'illegittimità della mancata esclusione dalla gara della ricorrente principale (per mancato rispetto, da parte della sua offerta tecnica, del parametro dell'uniformità tecnologica delle soluzioni proposte, previsto al par. n. 5.3 della *Specificata Tecnica*), sia, in subordine, l'illegittimità del punteggio comunque riconosciuto a quell'offerta per quanto concerne la caratteristica migliorativa n. 6 (la cui soluzione, pur premiata dalla commissione con il massimo punteggio previsto, non sarebbe “tecnicamente credibile” ma corrisponderebbe, al più, ad un progetto di “futura espansione della rete”);

che si è costituita in giudizio anche Terna Rete Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, argomentando, con memoria depositata il 28 gennaio 2019, l'infondatezza nel merito del ricorso principale e di quello incidentale (sottolineando, in proposito, che le varie censure non svelerebbero “macroscopici elementi di illogicità ovvero di irragionevolezza” nelle valutazioni tecniche compiute dalla commissione giudicatrice), e non mancando di rilevare l'inammissibilità del terzo motivo del ricorso principale

per “carenza di interesse” (la relativa censura non essendo, da sola, in grado di ribaltare a favore della ricorrente i punteggi assegnati);

che, con memoria depositata il 28 gennaio 2019, la ricorrente principale ha replicato alle censure di cui al ricorso incidentale, insistendo per l'accoglimento del proprio gravame;

che, con ordinanza n. 754 del 2019, questo TAR ha respinto la domanda cautelare, non ritenendone sussistenti i presupposti di legge, “in ragione della natura delle censure sollevate, che richiedono l'approfondimento proprio del giudizio di merito, della portata effettuale dell'atto gravato e del necessario bilanciamento degli interessi in gioco”;

che, in vista della pubblica discussione, tutte le parti hanno svolto difese, anche nella forma delle reciproche repliche, insistendo per l'accoglimento delle già formulate conclusioni;

che la ricorrente, in particolare, con motivi aggiunti depositati il 27 marzo 2019, ha altresì domandato l'annullamento “dell'eventuale provvedimento d'approvazione dell'aggiudicazione e di autorizzazione alla stipula del contratto, avvenuta in data 25/02/2019, e della relativa comunicazione ex art. 76, co. 5, del D.Lgs. n. 50/2016 del 04/03/2019, notificata in pari data”, deducendo motivi di illegittimità derivata;

che alla pubblica udienza del 30 aprile 2019, dopo discussione orale, la causa è stata trattenuta in decisione;

Considerato che la presente causa deve essere decisa con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 120, comma 6, cod. proc. amm. (così come modificato dal decreto-legge n. 90 del 2014, convertito in legge n. 114 del 2014);

che il ricorso principale ed i motivi aggiunti sono in parte non fondati ed in parte inammissibili;

che non è, anzitutto, fondato il primo motivo, nella parte in cui si è dedotta l'illegittimità del punteggio attribuito all'offerta della ricorrente principale per la caratteristica migliorativa n. 7 (“*Splitting dell'infrastruttura D*”) muovendo da

un'interpretazione della specifica tecnica di gara (la quale, secondo la ricorrente, in nessuna sua parte avrebbe previsto che le due sottoporzioni dell'infrastruttura D dovessero avere una "topologia ad anello", come invece poi sostenuto dalla commissione in sede di giudizio) la quale non può trovare adesione;

che, sul punto, appare determinante quanto si precisava al par. n. 2.1 della *Specifica Tecnica* dove si legge che, mediante la commessa *de qua*, "TERNA vuole trasformare gli anelli esistenti in anelli ottici" per mezzo di una "configurazione" la quale "è già parzialmente presente nella rete attuale" e "dovrà essere generalizzata sull'intero perimetro di rete di TERNA", con ciò, quindi, chiarendo che il progetto tecnico offerto avrebbe dovuto generalizzare, su tutto il perimetro della rete ottica, la configurazione ad anello, superando l'attuale configurazione solo parzialmente ad anello – senza che, a conclusioni difformi, si possa giungere in base ai contenuti del bando o della richiesta di offerta;

che, del resto, proprio con riferimento alla caratteristica migliorativa *de qua*, la *Specifica Tecnica*, al par. n. 6.1.7, aggiungeva che "Sarà considerata migliorativa una proposta che preveda la suddivisione dell'infrastruttura D (cfr. paragrafo 1.2.1), in due infrastrutture prevedendo almeno due nodi HUB per ciascuna nuova infrastruttura realizzata dalla suddivisione", laddove il richiamo al par. 1.2.1 serviva solo, all'evidenza, ad identificare con precisione quale fosse l'infrastruttura da suddividere (e non, come apoditticamente ritenuto dalla ricorrente principale, a richiamare ed a fare proprie, anche per la nuova configurazione della rete, la struttura parzialmente ad anello che caratterizza la "rete attuale" descritta al par. 1.2.1), e laddove la nozione di "nodo HUB", per come definita dalla stessa *Specifica Tecnica*, offriva un'ulteriore conferma della natura esclusivamente ad anello delle sottoporzioni da realizzare (cfr. par. n. 2.1, secondo cui il nodo di tipologia HUB "raccolge tutte le lambda provenienti dai nodi dell'anello e permette la cross-connessione verso gli altri nodi dell'anello stesso, verso la dorsale e verso l'anello o gli

anelli adiacenti”, con ciò chiarendo che si presuppone una struttura esclusivamente ad anello);

che non è fondato neanche il secondo motivo del ricorso principale, nella parte in cui si è sostenuta l’“incompletezza insanabile” dell’offerta della controinteressata; sul punto deve rilevarsi quanto segue:

- nell’offerta rilanciata della controinteressata (cfr. doc. n. 17 della ricorrente principale) la casella relativa alla voce “*Espansione nodo di tipo Amplificazione*” è stata riempita con un trattino, ad evidente indicazione – secondo il Collegio – di un’offerta economica pari a zero euro (cfr., nello stesso senso, di recente, TAR Sicilia, Catania, sez. II, sent. n. 264 del 2018; Cons. Giust. Amm. Sicilia, sent. n. 426 del 2018);

- l’indicazione di un valore pari a zero per una singola voce dell’offerta, a fronte di un apprezzamento globale di essa da parte della commissione giudicatrice, non può essere considerato, di per sé solo, quale indice di inattendibilità dell’offerta medesima, in mancanza di un confronto complessivo con le altre voci (cfr., in tal senso, TAR Friuli– Venezia Giulia, sent. n. 5 del 2019), e dovendosi ricordare – secondo l’orientamento giurisprudenziale dominante – che, se pure generalmente un’offerta economica pari a zero equivale a mancata offerta economica, nel caso di un’offerta economica composta da più voci che, nel suo complesso, non sia pari a zero è necessario ponderare, per comprendere se ci si trovi di fronte ad un’offerta affidabile e seria, l’offerta nel suo complesso (così, di recente, Cons. Stato, sez. V, sent. n. 2053 del 2018);

- nel caso di specie, la ricorrente principale, pur deducendo la “scarsa serietà” dell’offerta della controparte, non si è data carico di verificare la congruità di essa dal punto di vista globale (nonostante, peraltro, che tale offerta, in sede di procedimento amministrativo, avesse comunque superato il vaglio del controllo di non anomalia), limitandosi a considerare unicamente la singola voce oggetto di doglianza;

che, quanto alle altre censure di cui ai motivi del ricorso principale – le quali concernono la reale configurazione tecnica dell’offerta della ricorrente (con topologia ad anello, sia pure di “più vaste dimensioni”, anziché parzialmente ad anello) o di quella della controinteressata (se idonea, o meno, a realizzare lo *split* dell’infrastruttura D, o se, più in radice, complessivamente “irrealizzabile” dal punto di vista tecnico ovvero affetta da una “contraddittorietà intrinseca” in relazione anche al soddisfacimento, o meno, del requisito migliorativo n. 6; o se, infine, in grado di soddisfare, o meno, il requisito migliorativo n. 4, avuto riguardo alla nozione tecnica di “parti comuni”, di alimentatore e di *controller*) – esse vanno dichiarate inammissibili in quanto impingono nel merito della valutazione tecnico-discrezionale della commissione di gara, senza far emergere profili di manifesta illogicità od incongruenza delle valutazioni compiute dall’amministrazione;

che, sul punto, deve ribadirsi la giurisprudenza amministrativa, che il Collegio condivide, secondo cui, nell’ambito di una procedura di gara ad evidenza pubblica, la valutazione delle offerte e, del pari, l’attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice costituisce espressione dell’ampia discrezionalità riconosciuta a tale organo, con la conseguenza che le censure sul merito di tale valutazione sono sottratte al sindacato di legittimità, ad eccezione dell’ipotesi in cui si ravvisi manifesta irragionevolezza, arbitrarietà, illogicità, irrazionalità o travisamento dei fatti (cfr., di recente, Cons. Stato, sez. III, sent. n. 1574 del 2019; TAR Campania, Napoli, sez. I, sent. n. 916 del 2019; TAR Lazio, Roma, sez. I-*quater*, sent. n. 2487 del 2019) – profili che, nella specie, come già detto, non sono affatto ravvisabili;

che, peraltro, le deduzioni di ordine tecnico avanzate dalla ricorrente principale, a sostegno di tali censure, sono meramente allegare e descritte nel ricorso, senza essere assistite da alcun principio di prova, neanche nella forma di una relazione tecnica di parte tale da poter loro fornire adeguati riscontri tecnico-scientifici, onde si apprezza un’ulteriore loro profilo di inammissibilità per genericità della relativa formulazione;

che la rilevata infondatezza ed inammissibilità del ricorso principale esime il Collegio dalla disamina del ricorso incidentale, rispetto al quale la ricorrente incidentale perde interesse, con conseguente declaratoria di sua improcedibilità;

che le spese di lite seguono la soccombenza e vanno liquidate in euro 3.000,00 (tremila/00) in favore di ciascuna delle parti resistenti, per un totale di euro 6.000,00 (seimila/00);

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, Sezione terza-ter, definitivamente pronunciando,

a) respinge in parte il ricorso principale ed i motivi aggiunti, ed in parte li dichiara inammissibili, secondo quanto precisato in motivazione;

b) dichiara improcedibile il ricorso incidentale;

c) condanna la ricorrente principale alla refusione delle spese di lite, liquidate in euro 3.000,00 (tremila/00) in favore di ciascuna delle parti resistenti, per un totale di euro 6.000,00 (seimila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giampiero Lo Presti, Presidente

Maria Grazia Vivarelli, Consigliere

Antonino Masaracchia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Antonino Masaracchia

IL PRESIDENTE
Giampiero Lo Presti

IL SEGRETARIO

