

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 609 del 2008, proposto da XXX s.r.l., in persona dell'amministratore delegato e legale rappresentante, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avvocati M.L.D.M., R.M. e R.U., con domicilio eletto presso lo studio legale dell'avv. R.U. in Cagliari, via T. n. x;

contro

ZZZ s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. S.S., con domicilio eletto presso il suo studio in C., via S. n. x;

nei confronti di

KKK S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dal prof. avv. N.A. e dall'avv. D.P., con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. D.P. in C., via S. n. x;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

con il ricorso introduttivo:

del bando di gara, del capitolato d'oneri e degli allegati, così come risultanti dalle successive rettifiche, relativi alla "Procedura aperta per l'affidamento del Progetto SILUS - Sistema Informativo dei Laboratori Unici della Sardegna" pubblicati on line il 27 maggio 2008 e, per quanto occorra, dei verbali afferenti la gara ed ogni altro provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale;

nonché per la declaratoria

di nullità o di inefficacia del contratto, eventualmente stipulato per effetto dell'aggiudicazione, per illiceità della causa o, comunque, per contrarietà alle norme imperative o, comunque, per sopravvenuto difetto di legittimazione a contrarre;

nonché per la condanna

al risarcimento dei danni patiti dalla ricorrente in relazione agli atti impugnati, nella misura che ci si riserva di quantificare in corso di causa, occorrendo mediante espletamento di idonea CTU od in via equitativa, e per l'effetto, per la declaratoria dei criteri in base ai quali le amministrazioni convenute dovranno formulare una proposta di pagamento;

con l'atto di motivi aggiunti,

depositato in data 25 settembre 2008:

della lettera di invito, del capitolato d'oneri e degli allegati relativi alla procedura "[SILUS] - Progetto Sistema Informativo dei Laboratori Unici della Sardegna -(Intervento 1 - Sistema informativo dei Laboratori Unici della Sardegna). Indizione di una procedura negoziata per l'acquisizione della fornitura di un sistema informativo dei laboratori unici della Sardegna. - (Art. 57 comma 2 lettera a) del D.lgs. n.163/2006)" e, per quanto occorra, dei verbali afferenti la gara, di ogni altro provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale, nonché, in subordine, del provvedimento di esclusione dalla procedura;

con l'atto di motivi aggiunti,

depositato il 12 novembre 2008:

del provvedimento n. 126/2008, del 2 ottobre 2008, recante aggiudicazione definitiva della procedura negoziata già impugnata con i motivi aggiunti, e contestuale determinazione a contrarre;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della ZZZ S.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di KKK S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27/05/2009 il dott. Giorgio Manca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. - Con il ricorso introduttivo, consegnato all'ufficiale giudiziario per la notifica il 24 luglio 2008 e depositato il successivo 25 luglio 2008, la società XXX s.r.l. impugnava gli atti componenti la lex specialis di gara concernente la procedura aperta per l'affidamento del "Progetto SILUS - Sistema informativo dei Laboratori Unici della Sardegna", lamentandone la illegittimità nella parte in cui richiedevano, a pena di esclusione, il possesso di requisiti manifestamente sproporzionati ed idonei a precludere irragionevolmente la partecipazione alla gara della stessa società ricorrente, nonché la violazione dell'art. 71, comma 2, del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

2. - Alla camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare, sul presupposto della apparente fondatezza della dedotta violazione dell'art. 71 cit., posto che le informazioni complementari richieste erano state comunicate solo cinque giorni prima del termine di presentazione delle offerte, con ordinanza n. 320/2008 del 6 agosto 2008, la Sezione accoglieva la suindicata domanda cautelare al solo fine della riapertura dei termini di presentazione delle offerte (che fissava al 26 agosto 2008).

3. - La procedura di gara riprendeva il 27 agosto 2008, con l'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa presentata dalle due concorrenti (KKK S.p.A. e il costituendo raggruppamento tra XXX s.r.l. e O. s.r.l.). Al termine delle operazioni, le due offerte venivano escluse per la mancata o erronea presentazione della documentazione amministrativa richiesta dal capitolato d'oneri a pena di esclusione. Pertanto la commissione dichiarava la procedura deserta.

4. - Successivamente, la stazione appaltante, con determinazione dell'Amministratore Unico n. 97 del 3 settembre 2008, dichiarava chiusa la procedura aperta e dava avvio ad una procedura negoziata ai sensi dell'art. 57, comma 2, lettera a), del d.lgs. n. 163/2006, indetta con la lettera di invito prot. n. 4363 del 3 settembre 2008. Nel termine di scadenza fissato, pervenivano le offerte delle due concorrenti, KKK S.p.A. e il costituendo raggruppamento tra XXX s.r.l. e O. s.r.l.. Nella seduta del 18 settembre 2008, l'offerta del r.t.i. XXX veniva esclusa in sede di esame della documentazione amministrativa necessaria per l'ammissione alla procedura, in quanto "la cauzione provvisoria richiesta dall'art. 10 del capitolato d'oneri, nonché dall'art. 75 del D.lgs. n. 163/06, è stata prestata con polizza intestata alla sola Metafora Informatica" s.r.l. e non ad ogni componente del RTI costituendo ... " (cfr. pag. 15 del verbale della seduta). Con determinazione dell'Amministratore Unico di ZZZ, n. 113 del 19 settembre 2008, veniva disposta l'aggiudicazione provvisoria a favore della KKK S.p.A.

5. - Con atto di motivi aggiunti, consegnato all'ufficiale giudiziario per la notifica il 24 settembre 2008 e depositato il successivo 25 settembre, la ricorrente XXX estende l'impugnazione agli atti citati al punto precedente, deducendo le seguenti censure:

- Violazione artt. 3 e 97 Costituzione. Violazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione dei principi di concorrenza, par condicio, rotazione nelle procedure negoziate. Eccesso di potere per illogicità manifesta, ingiustizia manifesta, travisamento dei fatti.
- Violazione ed errata applicazione degli artt. 37 e 75 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione ed errata applicazione degli artt. 1936 e ss. del codice civile in materia di fideiussione. Violazione e falsa applicazione degli art. 1292 e ss. del codice civile in materia di obbligazioni solidali. Irragionevolezza e ingiustizia manifesta.

6. - Con atto di motivi aggiunti, consegnato all'ufficiale giudiziario per la notifica il 12 novembre 2008 e depositato nello stesso giorno, la ricorrente XXX estende l'impugnazione alla determinazione n. 126 del 2 ottobre 2008, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva alla KKK S.p.A., con contestuale approvazione dello schema di contratto da stipulare. L'ulteriore domanda aggiuntiva è sorretta dai seguenti motivi:

- Violazione della lex specialis. Violazione dei principi di trasparenza e buon andamento della pubblica amministrazione, della par condicio.
- Violazione degli artt. 11, comma 10, e 79, comma 5, del d.lgs. n. 163/2006. Violazione dei principi di trasparenza e buon andamento della pubblica

amministrazione.

7. - Con ordinanza di questa Sezione, n. 397 del 15 ottobre 2008, è stata rigettata l'istanza cautelare proposta con l'atto di motivi aggiunti depositato il 25 settembre 2008.

8. - Si è costituita in giudizio la resistente ZZZ s.r.l., chiedendo, in primo luogo, che il ricorso introduttivo sia dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, non avendo la ricorrente tempestivamente impugnato l'atto di esclusione dalla procedura di gara aperta, conclusasi con la seduta del 27 agosto 2008. Quanto ai motivi aggiunti, ne eccepisce l'inammissibilità sotto due profili: il mancato rilascio di un mandato speciale ad hoc al difensore; la inesistenza della notifica, effettuata al domicilio eletto presso il difensore di ZZZ, e non alla sede legale effettiva della società ricorrente. Nel merito, conclude per l'infondatezza del ricorso e dei motivi aggiunti.

9. - Per resistere al ricorso si è costituita anche la società KKK s.p.a., che eccepisce preliminarmente la parziale inammissibilità dei primi motivi aggiunti, posto che l'offerta della ricorrente è stata legittimamente esclusa dalla procedura negoziata; nonché l'inammissibilità dei secondi motivi aggiunti, per la carenza di interesse della XXX, anche sotto il profilo dell'interesse strumentale. Infine, eccepisce il difetto di giurisdizione in ordine alla censura relativa alla data di sottoscrizione del contratto di appalto. Nel merito, conclude per l'infondatezza del ricorso e dei motivi aggiunti.

10. - All'udienza pubblica del 27 maggio 2009 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - Preliminarmente, occorre dichiarare la improcedibilità del ricorso introduttivo, per la sopravvenuta carenza di interesse, per due ordini di ragioni:

- la mancata impugnazione, da parte della società XXX, dell'atto di esclusione dalla procedura aperta;

- la mancata impugnazione della determinazione dell'Amministratore Unico, n. 97 del 3 settembre 2008, che ha dichiarata chiusa la procedura aperta e ha dato avvio alla procedura negoziata, indetta con la lettera di invito prot. n. 4363 del 3 settembre 2008.

2. - Passando all'esame dei motivi aggiunti depositati il 25 settembre 2008, si può prescindere dalle eccezioni di inammissibilità sollevate dalla difesa di parte resistente, considerata l'infondatezza delle censure formulate.

3. - Iniziando, in ordine logico, dalle censure volte a contestare la legittimità dell'esclusione dalla procedura negoziata dell'offerta presentata dal costituendo raggruppamento tra XXX e O., deve osservarsi che, secondo consolidati orientamenti giurisprudenziali (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 ottobre 2005, n. 8), in presenza di una A.T.I. non ancora costituita, i soggetti garantiti sono tutte le imprese associate, sulle quali in particolare grava l'obbligo di conferire, alla capogruppo, dopo l'intervenuta aggiudicazione, il mandato collettivo speciale con rappresentanza che consentirà alla mandataria di stipulare il contratto con la stazione appaltante, rilevando, in altri termini, la circostanza che dall'adempimento, o meno, di tale obbligo da parte delle imprese della costituenda A.T.I., dipenda la stipula del contratto. Tale circostanza giustifica l'estensione alle stesse della copertura del relativo rischio (di recente, in senso adesivo alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria, T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 19 aprile 2007, n. 1876). Si osservi, in questa prospettiva, che la legge (art. 75, comma 6, del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), enuncia un criterio di responsabilità: la mancata sottoscrizione del contratto deve essersi verificata per fatto dell'affidatario; poiché, nel caso di aggiudicazione a favore di A.T.I. costituenda, affidatarie sono tutte le imprese componenti il raggruppamento, ne deriva che la garanzia provvisoria deve operare con riguardo ai comportamenti lesivi posti in essere da ciascuna di esse, e non solo a quelli della (futura) capogruppo.

3. - Con il primo dei motivi aggiunti depositati il 25 settembre 2008, le ricorrenti deducono sotto vari profili la violazione del principio di concorrenza e del principio di tutela della par condicio tra i partecipanti alla procedura di affidamento.

3.1. - Il principio di concorrenza illumina oggi l'intera materia degli appalti pubblici, nell'ambito della quale tendenzialmente perde rilievo anche il tradizionale interesse pubblico di carattere economico-finanziario, vale a dire l'interesse ad individuare l'offerta migliore per la pubblica amministrazione sotto il profilo della convenienza economica. La più ampia concorrenzialità nella fase della scelta del contraente può avere come effetto la riduzione dei costi del contratto da affidare ma questo non è un risultato che necessariamente consegue all'affermazione di quel principio; il quale pertanto, nella contrapposizione con l'interesse patrimoniale, finisce col prevalere. L'art. 2 del codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) ha positivamente previsto che l'affidamento dei contratti pubblici debba avvenire nel rispetto del principio della libera concorrenza. Nell'ambito degli appalti pubblici, il principio trova applicazione in primo luogo nella fase della determinazione del contenuto del contratto oggetto di gara, con particolare riguardo alla descrizione delle prestazioni richieste. Quando essa sia effettuata in termini eccessivamente restrittivi e discriminatori, il che sovente si verifica mediante la indicazione di specifiche tecniche che riducono fortemente l'ambito dei soggetti che possono concorrere alla gara, si configurano pratiche che certamente violano il principio in discorso. In secondo luogo, il principio viene in gioco nella elaborazione dei requisiti soggettivi di partecipazione alle gare, per quanto concerne i profili tecnici, economici o organizzativi predisposti dalla stazione appaltante per selezionare i concorrenti ai fini della loro ammissione; ovvero, nella fase di aggiudicazione, quando si tratti di stabilire i criteri di valutazione dell'offerta sotto il profilo tecnico-qualitativo. In entrambi i casi le scelte delle stazioni appaltanti possono tradursi nel riconoscimento e nella perpetuazione di posizioni dominanti nel mercato di riferimento.

3.2. - Le considerazioni appena svolte non consentono, tuttavia, di prescindere dal presupposto che nella indicazione delle esigenze, cui far fronte con il contratto oggetto della gara, l'amministrazione è titolare di ampi margini di discrezionalità. Si tratta di potere discrezionale in senso proprio, di cui l'amministrazione fa uso nel momento in cui individua, e fissa nel regolamento contrattuale oggetto della procedura di affidamento, le prestazioni corrispondenti ai bisogni e agli interessi curati dall'amministrazione stessa. Ed è appena il caso di sottolineare come, nell'esercizio di tale potere, l'amministrazione debba necessariamente muovere da una situazione data, sul piano di fatto.

Nel caso di specie, dalla documentazione di gara acquisita al giudizio emerge con sufficiente chiarezza che il sistema informativo oggetto dell'appalto si proponeva di realizzare il sistema unico dei laboratori anche attraverso il completamento e l'integrazione (laddove possibile) dell'esistente, evitando conseguentemente la perdita patrimoniale derivante dalla integrale sostituzione dei sistemi di informatizzazione in uso (almeno in una parte dei laboratori regionali).

La scelta appare del tutto ragionevole. D'altronde, pretendere che - in nome della tutela della concorrenza - si prescinda dalla regola fondamentale secondo cui l'oggetto del contratto si modula sulla scorta delle concrete esigenze dell'amministrazione, oltre che manifestamente irragionevole, sarebbe anche contrario al principio costituzionale di buon andamento (argomentando anche dall'art. 1, comma 1, della legge n. 241/1990, che richiama il principio dell'economicità dell'azione amministrativa).

3.3. - Anche l'art. 68 del codice dei contratti pubblici, sulle specifiche tecniche, ha come termine di raffronto l'oggetto del contratto, la cui definizione non può evidentemente prescindere dalle esigenze concrete dell'amministrazione appaltante. Ciò che rileva, e che costituisce la ratio dello specifico intervento normativo nel settore, è che la predisposizione di specifiche tecniche nei bandi e nei capitolati, seppur idonea a delimitare tecnicamente il mercato ed a ridurre il numero degli operatori economici potenzialmente coinvolti nella procedura di affidamento della commessa pubblica, avvenga in modo obiettivo, chiaramente definito e divulgato in modo aperto. Le disposizioni in materia di specifiche tecniche intendono evitare, in sostanza, che le Amministrazioni aggiudicatrici predispongano regole di gara gratuitamente discriminatorie e del tutto avulse da obiettive - e per questo legittimamente

condivisibili - esigenze collegate al tipo di appalto da affidarsi e, soprattutto, al concreto lavoro, servizio o fornitura da realizzare.

3.4. - La ricorrente sostiene, altresì, che la controinteressata KKK sarebbe stata avvantaggiata dalla circostanza che in 18 laboratori su 42 è già installato il software (LIS) oggetto dell'appalto, per cui la stazione appaltante sarebbe stata in grado di conoscere, prima dello svolgimento della gara, le capacità e i requisiti soggettivi della società, nonché le caratteristiche tecniche e il prezzo del prodotto richiesto. I vantaggi per la KKK si tradurrebbero, sotto il profilo dell'offerta economica, nella possibilità di non computare alcuni costi (come il prezzo per le licenze del software già installato); sotto il profilo della valutazione della qualità dell'offerta tecnica, nella assegnazione di almeno 20 punti (sui 70 complessivamente riservati alla qualità tecnica) al "concorrente che nel proprio progetto sia in grado di lasciare inalterato ... lo stato di fatto" (pag. 14 dei primi motivi aggiunti).

Anche i rilievi esposti non sono tuttavia condivisibili.

In primo luogo, non lo sono, in linea generale, per le ragioni svolte sopra ai punti 3.2. e 3.3.

In secondo luogo, perchè le norme della legge di gara sulla valutazione della "qualità complessiva" delle offerte (cfr. art. 12 del capitolato d'onere), senza precludere la possibilità di predisporre un progetto tecnico diverso, si limitano a premiare le offerte che riducano l'impatto sull'esistente delle soluzioni proposte.

4. - Dalla accertata infondatezza dei motivi aggiunti sopra esaminati, deriva la inammissibilità dei motivi aggiunti del 12 novembre 2008, per la carenza di interesse a ricorrere della XXX, anche sotto il profilo dell'interesse strumentale, poichè - come esattamente rilevato dalla difesa della KKK - con essi sono dedotte illegittimità che se anche fossero accolte non comporterebbero la integrale rinnovazione della procedura negoziata ma solo la riadozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva. Con la conseguenza che nessuna utilità giuridica si produrrebbe a favore di XXX, ormai legittimamente esclusa dalla procedura.

5. - Ulteriore conseguenza è la infondatezza delle domande di risarcimento dei danni, anche in forma specifica, per l'accertata assenza di profili di illegittimità - nei limiti dei motivi dedotti - dell'azione amministrativa nella concreta vicenda esaminata.

6. - In definitiva, il ricorso introduttivo deve essere dichiarato improcedibile, nei termini e nei limiti che si sono visti; i primi motivi aggiunti sono infondati e devono essere rigettati, i secondi inammissibili.

7. - Considerata la complessità e la parziale novità delle questioni trattate, si ravvisano giusti motivi per disporre la integrale compensazione tra le parti delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo per la Sardegna, Sezione Prima, pronunciando definitivamente sul ricorso e i motivi aggiunti di cui in epigrafe, così dispone:

- dichiara improcedibile il ricorso, nei limiti di cui in motivazione;
- rigetta i motivi aggiunti depositati il 25 settembre 2008;
- dichiara inammissibili i motivi aggiunti depositati il 12 novembre 2008;
- rigetta le domande di risarcimento del danno.

Compensa tra le parti le spese di lite.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 27/05/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere Giorgio Manca, Primo Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/09/2009