

L'invocato orientamento seguito da questa Sezione con riferimento all'inammissibilità della riunione in a.t.i. di imprese prequalificatesi separatamente (Cons. Stato, VI, n. 1267/06) è stato successivamente riesaminato e superato (Cons. Stato, VI, n. 588/08).

Va esclusa un'Ati perché illegittimamente costituita in violazione del principio di concorrenza, trattandosi di un "cartello di imprese", costituito appositamente al fine di impedire la concorrenza nel settore del mercato dei servizi energetici, attraverso l'illegittimo raggruppamento di imprese che individualmente possedevano tutti i requisiti finanziari e tecnici per partecipare singolarmente alla gara.

Tale tesi sulla legittimità dell'esclusione non trova fondamento in alcun dato normativo e la *lex specialis* della gara, non contestata sul punto (con il ricorso incidentale è stata contestata l'ammissione dell'Ati, e non la disciplina di gara), non prevedeva alcun divieto di associarsi posto a carico di imprese di consistente fatturato. E', quindi, non pertinente il richiamo al parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 7 febbraio 2003, n. AS251(***), ove si sottolinea il rischio che il modello del raggruppamento possa evolvere a strumento di collaborazione restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, in quanto detto parere è finalizzato a suggerire alle stazioni appaltanti, "pur nel silenzio della legge", di "limitare la possibilità di associarsi in RTI da parte di due o più imprese, che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara". Con riguardo ai profili antitrust, segnalati dall'appellante, va rilevato che lo strumento del raggruppamento temporaneo di imprese, in astratto del tutto lecito, può in concreto essere utilizzato nell'ambito di accordi diretti a limitare la concorrenza; si tratta, tuttavia, di una indagine che esula completamente dall'oggetto del giudizio e rispetto alla quale l'appellante non ha fornito neanche un principio di prova. Va, infine, respinta la richiesta, peraltro generica, di rimessione della questione alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 234 del Trattato, tenuto conto che nel diritto comunitario il raggruppamento temporaneo di imprese è considerato uno strumento pro-competitivo, il cui utilizzo non è limitato alle imprese prive dei requisiti individuali di qualificazione.

Merita di essere riportato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 6032 del 5 dicembre 2008, inviata per la pubblicazione in data 10 dicembre 2008, emessa dal Consiglio di Stato

Deve anche essere respinto il motivo, con cui la Mugnai s.p.a. ripropone la censura introdotta con il ricorso incidentale, respinto dal Tar.

L'appellante sostiene che l'Ati Confathec andava esclusa perché illegittimamente costituita in violazione del principio di concorrenza, trattandosi di un "cartello di imprese", costituito appositamente al fine di impedire la concorrenza nel settore del mercato dei servizi energetici, attraverso l'illegittimo raggruppamento di imprese che individualmente possedevano tutti i requisiti finanziari e tecnici per partecipare singolarmente alla gara.

Tale tesi non trova fondamento in alcun dato normativo e la *lex specialis* della gara, non contestata sul punto (con il ricorso incidentale è stata contestata l'ammissione dell'Ati Confathec, e non la disciplina di gara), non prevedeva alcun divieto di associarsi posto a carico di imprese di consistente fatturato.

E', quindi, non pertinente il richiamo al parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 7 febbraio 2003, n. AS251, ove si sottolinea il rischio che il modello del raggruppamento possa evolvere a strumento di collaborazione restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, in quanto detto parere è finalizzato a suggerire alle stazioni appaltanti, "pur nel silenzio della legge", di "limitare la

possibilità di associarsi in RTI da parte di due o più imprese, che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara”.

Pur non rilevando con riferimento al caso di specie, si segnala che l'invocato orientamento seguito da questa Sezione con riferimento all'inammissibilità della riunione in a.t.i. di imprese prequalificatesi separatamente (Cons. Stato, VI, n. 1267/06) è stato successivamente riesaminato e superato (Cons. Stato, VI, n. 588/08).

Con riguardo ai profili antitrust, segnalati dall'appellante, va rilevato che lo strumento del raggruppamento temporaneo di imprese, in astratto del tutto lecito, può in concreto essere utilizzato nell'ambito di accordi diretti a limitare la concorrenza; si tratta, tuttavia, di una indagine che esula completamente dall'oggetto del giudizio e rispetto alla quale l'appellante Mugnai non ha fornito neanche un principio di prova.

Va, infine, respinta la richiesta, peraltro generica, di rimessione della questione alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 234 del Trattato, tenuto conto che nel diritto comunitario il raggruppamento temporaneo di imprese è considerato uno strumento pro-competitivo, il cui utilizzo non è limitato alle imprese prive dei requisiti individuali di qualificazione.

La questione è, quindi, in parte non pertinente e, sotto altro profilo, la corretta applicazione del diritto comunitario al caso di specie si impone con tale evidenza da non lasciar adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata (cfr, Corte Giust, CE, 6-10-82, C 283/81, Cilfit).>

Ed inoltre:

< La censura è priva di fondamento, non essendovi ragione di discostarsi dalla consolidata giurisprudenza, secondo cui il bando di gara o di concorso, o la lettera di invito, normalmente impugnabili con l'atto applicativo, conclusivo del procedimento concorsuale, devono essere considerati immediatamente impugnabili solo quando contengano clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione (Cons. Stato, Ad. plen., n. 1/2003).

In tutti gli altri casi, tra cui rientra quello di specie, i bandi di gara, di concorso e le lettere di invito vanno di regola impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato.

Di conseguenza, a fronte del denunciato vizio logico della procedura di gara, l'Ati Confathec fino al momento dell'aggiudicazione alla controinteressata non era ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che non sapeva se l'astratta e potenziale illegittimità degli atti di gara si sarebbe risolta in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito poteva derivare.

Né si può sostenere – come invece fatto dall'appellante Mugnai – che il vizio era tale da impedire la formulazione dell'offerta, considerato che la richiamata pronuncia dell'Adunanza Plenaria non ha escluso la necessità di immediata ed autonoma impugnazione del bando o della lettera d'invito solo con riferimento a clausole che impongano, ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara e che comportino l'impossibilità, per l'interessato, di accedere alla procedura; non è questo il caso di specie, in cui la disciplina di gara non ha certo impedito la partecipazione alla gara, in concreto avvenuta.>

Si legga anche

(***)

Antitrust - segnalazione AS521 del 30/01/03

Segnalazione/Parere

BANDI PREDISPOSTI DALLA CONCESSIONARIA SERVIZI INFORMATICI PUBBLICI - CONSIP S.P.A.

DATI GENERALI articolo (L.287/90) 22-Attività consultiva

rif AS251

decisione 30/01/2003

invio 07/02/2003

PUBBLICAZIONE bollettino n. 5/2003

serie attività di
segnalazione n. 19

SEGNALAZIONE/PARERE mercato (varia) varia
(V) VARIA

oggetto Concessionaria Servizi Informatici Pubblici - CONSIP Spa, Bandi di gara per l'approvvigionamento di beni e servizi per le amministrazioni pubbliche

destinatari Ministro dell'Economia e delle Finanze
Consip Spa

Testo Segnalazione/Parere
Testo Segnalazione/Parere

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'ambito dei compiti ad essa espressamente assegnati dall'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, ha formulato dei pareri in merito ad alcuni bandi di gara per l'approvvigionamento di beni e servizi per le amministrazioni pubbliche sottoposti alla sua attenzione dalla Concessionaria Servizi Informatici Pubblici - CONSIP Spa.

Alla luce dell'esperienza maturata dall'analisi dei suddetti bandi, l'Autorità reputa ora opportuno, ai sensi della citata disposizione, provvedere all'individuazione e al suggerimento di criteri generali per la predisposizione di bandi di gara che, nel rispetto della vigente normativa di settore nazionale e comunitaria, siano rispettosi dei principi della concorrenza.

L'Autorità ritiene che una corretta procedura di gara debba garantire la più ampia partecipazione di soggetti interessati al processo di selezione. Il raggiungimento di tale obiettivo richiede, da un lato, la definizione di requisiti di accesso alla gara che siano tali da delineare nuove e maggiori opportunità di partecipazione alle imprese presenti nel settore, dall'altro, un utilizzo corretto, sotto il profilo concorrenziale, di istituti quali il raggruppamento temporaneo d'impresa.

Con specifico riguardo ai requisiti di accesso, deve evidenziarsi che l'Autorità ha già avuto modo di segnalare gli effetti negativi per la concorrenza di disposizioni e prescrizioni contenute nei bandi di gara che non siano redatte in funzione delle caratteristiche economiche e tecniche del bene o del servizio richiesto, ovvero che limitino ingiustificatamente la partecipazione delle imprese mediante fissazione di criteri di preselezione eccessivamente rigidi.

In particolare, relativamente ai requisiti economico-finanziari, l'Autorità ha espressamente chiarito che "i requisiti di idoneità e di solidità economica e finanziaria richiesti alle imprese ai fini della partecipazione alle gare d'appalto devono rispondere a esigenze oggettive dell'amministrazione e, più in generale, ai principi di ragionevolezza e di imparzialità che regolano il legittimo esercizio della discrezionalità amministrativa"¹¹ [Segnalazione AS187 del 28 settembre 1999, Bandi di gara in materia di appalti pubblici, in Bollettino n. 48/1999.].

D'altra parte, la definizione dei requisiti economico-finanziari deve valutarsi alla luce delle disposizioni contenute nell'art. 13 del Decreto Legislativo 24 luglio 1992, n. 358 (come modificato dal Decreto Legislativo 20 ottobre 1998, n. 402), costituenti la normativa di riferimento per gli appalti pubblici di forniture di beni e, per gli appalti di pubblici servizi, nell'art. 13 del Decreto Legislativo 17 marzo 1995, n. 157 (come modificato dalla Legge 1° marzo 2002, n. 39), che al primo rinvia. In particolare, il comma 1 dell'articolo 13 del D.Lgs. 358/92 prevede espressamente che la capacità economico-finanziaria possa essere dimostrata mediante una dichiarazione attestante il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo a forniture identiche a quella oggetto della gara realizzate negli ultimi tre esercizi (dichiarazione da presentarsi in via alternativa o cumulativa a idonee dichiarazioni bancarie e bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa); il comma 3 opportunamente specifica che, "se il fornitore non è in grado, per giustificati motivi, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dall'amministrazione".

Alla luce delle precedenti considerazioni, l'Autorità auspica l'inserimento nei bandi di gara dei seguenti requisiti:

- i) l'attestazione di un livello di fatturato specifico conseguito cumulativamente nel biennio precedente all'espletamento della gara di ammontare non superiore al valore massimo della fornitura indicato nel bando, da computarsi con riferimento al medesimo arco temporale preso a base per il calcolo del fatturato specifico;
- ii) in alternativa al requisito di un determinato livello del fatturato globale, l'attestazione del possesso di requisiti in grado di fornire un'adeguata garanzia all'ente appaltante senza tuttavia costituire un ostacolo eccessivo alla partecipazione, quali, ad esempio, il possesso di una referenza bancaria rilasciata da un primario istituto di credito;
- iii) il rinvio esplicito al contenuto dell'art. 13, comma 3, D.Lgs. 24 luglio 1992, n. 358 (o dell'omologa disposizione di cui all'art. 13, comma 3, D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157), che consente alle imprese di provare la propria capacità economica e finanziaria mediante il deposito di documentazione alternativa al bilancio, anche al fine di evitare la preclusione alla gara per le imprese la cui costituzione è avvenuta in tempi immediatamente precedenti alla pubblicazione del bando;
- iv) il deposito di una cauzione provvisoria il cui importo sia calcolato sulla base del valore annuale della fornitura, atteso che la funzione di tale garanzia risiede soltanto nell'assicurare la partecipazione alla gara da parte delle imprese e non l'esecuzione delle forniture.

Le sopra richiamate previsioni appaiono coniugare l'esigenza avvertita da CONSIP di garantire la continuità e affidabilità delle forniture con l'obiettivo di ampliare il numero dei partecipanti alla gara,

rendendo più agevole la partecipazione anche ad imprese con disponibilità economico-finanziarie minori.

In relazione alle caratteristiche tecniche richieste per i prodotti oggetto di fornitura, l'Autorità, nella citata segnalazione AS187, ha già avuto modo di evidenziare come "le amministrazioni aggiudicatrici debbano porre grande cura nel bandire le gare in maniera che il loro oggetto sia compiutamente identificato da un punto di vista economico e tecnico e che i prodotti siano identificati con riferimento alle caratteristiche tecniche o economiche desiderate, senza per questo limitarlo a una marca o a un brevetto specifico".

L'Autorità confida che i requisiti tecnici richiesti non siano tali da escludere, esplicitamente o implicitamente, la possibilità per determinate imprese di partecipare alla gara. Nel caso di prodotti che per le loro specificità tecniche sono caratterizzati da elevati switching costs dal lato del consumo, l'Autorità ha già sottolineato che deve essere posta particolare attenzione alle modalità atte a garantire adeguate dinamiche concorrenziali nella fornitura tramite gara alle pubbliche amministrazioni²² [Nei pareri resi sui bandi di gara predisposti da CONSIP per la fornitura di personal computer, portatili e desktop, l'Autorità ha evidenziato che la previsione di particolari specifiche hardware e software consentiva la partecipazione alla gara ai soli produttori e/o fornitori di computer appartenenti alla piattaforma PC-Windows. Cfr. pareri S509, "Fornitura di personal computer portatili e dei servizi connessi", e S520, "Fornitura di personal computer desktop e dei servizi connessi"]. Infatti, la previsione, nei capitoli tecnici, di specifiche caratteristiche, da un lato, può vanificare la gara predeterminandone l'esito, dall'altro, può lasciare insoddisfatta quella porzione di domanda che manifesti esigenze di beni con caratteristiche diverse da quelle previste dal bando. Né a tale ultima difficoltà potrebbe farsi fronte mediante la predisposizione di un bando che, non introducendo restrizioni nelle caratteristiche tecniche dei prodotti oggetto di fornitura, non precluda la partecipazione di fornitori di prodotti differenti, ciascuno caratterizzato da elevati switching costs per gli utilizzatori; giacché, inevitabilmente, un solo fornitore risulterebbe aggiudicatario dell'intera fornitura.

Per tali ragioni, l'Autorità, al fine di evitare sia ingiustificate restrizioni della concorrenza, sia un arbitrario condizionamento degli utenti finali, suggerisce a CONSIP l'adozione di ogni necessaria misura per il soddisfacimento dell'utenza che manifestasse esigenze di prodotti con specifiche tecniche differenti, non escludendo, per le relative commesse, la predisposizione di altre procedure di evidenza pubblica.

Allo scopo di garantire la partecipazione alla gara del più ampio numero di imprese possibile, l'Autorità auspica, inoltre, un corretto utilizzo di strumenti associativi quali il raggruppamento temporaneo d'imprese (RTI).

In proposito, l'Autorità intende ribadire che il RTI, proprio in quanto strumento di collaborazione tra le imprese, può facilmente prestarsi ad un uso restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, tra le imprese stesse, esito certamente non desiderato dall'amministrazione appaltante, né tanto meno voluto dal legislatore comunitario e nazionale, stante la valenza di principio fondamentale che la tutela della concorrenza ha sia nel Trattato CE, sia nella nostra Costituzione³³ [Cfr. artt. 3 e 4, Trattato CE, artt. 41 e 117, Costituzione e art.1, comma 1, legge n. 287/90, nonché, da ultimo, Consiglio di Stato: VI, 1 ottobre 2002, n. 5156; VI, 16 ottobre 2002, n. 5640.].

Si osserva al riguardo che, secondo la consolidata giurisprudenza amministrativa e civile relativa al RTI⁴⁴ [Cfr.: Consiglio di Stato, VI, 22 marzo 2001 n.1682; Consiglio di Stato, V, 15 giugno 2001, n.3188; Consiglio di Stato, V, 18 ottobre 2001, n. 5517; Consiglio di Stato, V, 30 aprile 2002 n. 2294; Consiglio di Stato, 30 gennaio 2001, n. 2641; Corte di Cassazione, I, 2 marzo 1996, n. 1650.], la ratio fondamentale dell'istituto è da individuarsi nella sua capacità di ampliare il novero dei partecipanti, abbattendo le barriere costituite dai requisiti dimensionali e tecnico-finanziari di volta in volta fissati dalle stazioni appaltanti. Questa ratio esalta le potenzialità del RTI quale strumento idoneo ad accentuare il confronto concorrenziale in gara,

consentendo alla Pubblica Amministrazione di selezionare l'offerta migliore, in termini economici e tecnici, tra quelle presentate da una platea più ampia di imprese.

Tenuto conto, pertanto, della ratio anti-monopolistica e pro-concorrenziale del RTI, volta ad ampliare il novero degli offerenti ed accentuare, per tale via, il confronto concorrenziale in sede di gara, appare legittimo che le stazioni appaltanti, e nella fattispecie CONSIP, pur nel silenzio della legge, limitino la possibilità di associarsi in RTI da parte di due o più imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara. D'altra parte, l'imposizione di limiti al ricorso all'istituto del RTI è conforme alla stessa ragion d'essere della gara, che è quella di garantire che la fornitura pubblica abbia luogo alle condizioni che emergono come risultato di un confronto concorrenziale tra una pluralità di fornitori alternativi.

Solo in presenza di esigenze eccezionali dell'amministrazione - che andrebbero debitamente motivate nel bando, in modo da esplicitare le ragioni per cui, nella specie, il raggruppamento delle imprese singolarmente idonee a prendere parte alla gara può avere di per sé una valenza per così dire "virtuosa" - potrebbe ammettersi, in via del tutto straordinaria, il raggruppamento anche tra imprese che singolarmente possiedono i requisiti richiesti dal bando⁵⁵ [Cfr. Consiglio di Stato, VI, 8 aprile 2000, n. 2056, e TAR del Veneto 16 marzo 2002, n. 1097. In entrambe le pronunce, l'utilizzo dell'istituto da parte di imprese singolarmente idonee a partecipare alla gara è ammesso con riferimento ad ipotesi particolari: si tratta di forniture consistenti in servizi di tesoreria di pertinenza di enti pubblici locali, in cui l'aggregazione delle imprese è strettamente funzionale al soddisfacimento dell'interesse specifico della Pubblica Amministrazione alla capillarità del servizio di tesoreria. Nella sentenza del Consiglio di Stato, VI, 8 aprile 2000, n. 2056, in particolare, si legge: "... l'Amministrazione ha consentito e favorito la costituzione di raggruppamenti proprio allo scopo di ottenere offerte meglio rispondenti all'interesse pubblico alla capillarità del servizio".]. Al di fuori di queste ipotesi, tale previsione del RTI sarebbe contraria alla ratio dell'istituto.

L'Autorità intende, inoltre, esprimere alcune considerazioni in relazione alla scelta dell'amministrazione appaltante di articolare la fornitura di un determinato bene o servizio in una pluralità di lotti.

Al riguardo, l'Autorità reputa che la suddivisione della fornitura in più lotti sia coerente con l'obiettivo di garantire la partecipazione alla gara del maggior numero possibile di concorrenti; tuttavia, affinché si realizzi un effettivo confronto competitivo tra le imprese, appare indispensabile che il numero dei lotti sia determinato in modo tale da risultare sempre inferiore al numero dei partecipanti alla gara. Ciò implica, a sua volta, un'attenta considerazione da parte di CONSIP delle caratteristiche e della struttura dei mercati di riferimento, volta ad una determinazione del numero dei lotti che tenga conto, caso per caso e nei limiti delle informazioni disponibili, del numero e delle dimensioni degli operatori che prenderanno parte alle gare.

Nell'ottica di evitare possibili situazioni di scarsa concorrenza tra le imprese in gara, l'Autorità è favorevole all'inserimento nei bandi di gara di previsioni concernenti il divieto di partecipazione per le imprese - singole ovvero riunite in raggruppamenti temporanei di impresa o consorzi - che abbiano rapporti di controllo o di collegamento ai sensi dell'art. 2359, commi 1, 2 e 3 del Codice Civile con altre imprese partecipanti, a loro volta singolarmente o in quanto componenti di RTI o consorzi, e all'esclusione dalla gara per "i concorrenti coinvolti in situazioni oggettive lesive della par condicio tra i concorrenti e/o lesive della segretezza delle offerte".

Tali clausole, conformi alle più recenti e autorevoli affermazioni giurisprudenziali, appaiono utilmente volte a tutelare il corretto e trasparente svolgimento della gara ed a evitare che il libero gioco della concorrenza e la conseguente scelta del miglior contraente risultino (o anche solo possano risultare) alterate dalla presentazione di offerte che, pur provenendo formalmente da due o più imprese giuridicamente diverse, siano sostanzialmente riconducibili ad un medesimo centro di interessi.

In merito, infine, alla scelta del criterio per l'identificazione del soggetto aggiudicatario, l'Autorità intende svolgere le seguenti considerazioni.

La normativa in tema di appalti pubblici di forniture e di servizi individua due criteri di aggiudicazione, senza prestabilire un ordine di preferenza tra i medesimi: il prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per il quale al prezzo si aggiungono altri parametri che possono avere un'importanza anche maggiore. La scelta tra l'uno e l'altro risulta quindi attribuita alla discrezionalità dell'amministrazione, orientata alla cura dello specifico interesse pubblico da soddisfare con la commessa. Ciò comporta che la scelta tra un criterio che si esaurisca nel prezzo ed uno che dia rilievo anche ad altri fattori, potendo questi ultimi essere ritenuti addirittura prevalenti, risulta essenzialmente condizionata dall'interesse dell'amministrazione all'acquisizione della specifica commessa.

Tenendo conto di tale quadro normativo, l'Autorità rileva che un criterio di aggiudicazione basato sul prezzo - che, in quanto parametro oggettivo e trasparente, favorisce un più pieno e corretto svolgimento del processo competitivo - appare tendenzialmente più adeguato, in una prospettiva di promozione della concorrenza, quando le caratteristiche qualitative del bene o del servizio posto a gara, più appropriate alla cura dell'interesse pubblico da soddisfare con la commessa, possono essere agevolmente individuate e definite, nella fissazione delle specifiche tecniche, senza che ciò induca, implicitamente o esplicitamente, una discriminazione tra i fornitori concorrenti.

Il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che associa al prezzo altri parametri di aggiudicazione, potrebbe, al contrario, rivelarsi preferibile, nella prospettiva concorrenziale, quando più caratteristiche qualitative del prodotto o del servizio possono concorrere, anche in forme alternative, al soddisfacimento dell'interesse pubblico.

Si tratta, in altri termini, di assicurare un equilibrato bilanciamento tra l'interesse pubblico ad un confronto competitivo, che sia semplice, oggettivo e trasparente, e l'interesse pubblico specifico dell'amministrazione di acquisire beni e servizi le cui caratteristiche complessive siano le più conformi alle proprie esigenze.

In questo quadro, l'Autorità auspica comunque che l'amministrazione committente dia qualificata motivazione nei bandi di gara del criterio di aggiudicazione prescelto in funzione della natura e delle caratteristiche qualitative del bene o servizio oggetto della fornitura.

Inoltre, con particolare riguardo alla variabile del prezzo, l'Autorità evidenzia che, allo scopo di rimuovere condizioni che possano favorire un eventuale coordinamento dei comportamenti dei partecipanti alla gara, CONSIP potrebbe valutare l'opportunità di fissare il prezzo di riserva (prezzo massimo che la stazione appaltante è disposta a pagare per un determinato bene o servizio) in modo da tenere conto delle informazioni disponibili sulle caratteristiche tecniche ed economiche del bene o servizio richiesto, così da renderlo il più possibile prossimo ad una stima plausibile del valore di mercato. Ciò avrebbe l'effetto di disincentivare la definizione di accordi collusivi o di renderli meno sostenibili in quanto valori proporzionati, e quindi contenuti, del prezzo di riserva limitano il margine atteso di guadagno per i membri di un potenziale cartello.

Alla luce delle considerazioni sin qui espresse, appare opportuno ribadire che la corretta formulazione di un bando di gara non può prescindere da un'attenta analisi delle specifiche caratteristiche del bene o servizio oggetto della fornitura, oltre che dal numero e dalle dimensioni degli operatori presenti nel mercato di riferimento. La mancata considerazione di tali elementi, infatti, potrebbe condurre alla redazione di bandi non conformi alle regole ed ai principi della concorrenza.

L'Autorità confida che le considerazioni suesposte possano essere utili in sede di definizione dei bandi di gara per l'approvvigionamento di beni e servizi per le amministrazioni pubbliche da parte di CONSIP.

IL PRESIDENTE
Giuseppe Tesauo

A cura di Sonia Lazzini



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

N.6032/08

Reg.Dec.

N. 2398-2478 Reg.Ric.

ANNO 2007

Disp.vo 662/2008

DECISIONE

sul **ricorso in appello n. 2398/2007** proposto dall'UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI FIRENZE, in persona de legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio eletto in Roma via dei Portoghesi n. 12;

contro

COFATHEC SERVIZI S.P.A., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda A.T.I. con SIRAM S.P.A., ELYO ITALIA S.R.L., MANUTENCOOP FACILITY MANAGEMENT SPA, CONSORZIO COOPERATIVE COSTRUZIONI; SIRAM S.P.A., ELYO ITALIA S.R.L., MANUTENCOOP FACILITY MANAGEMENT SPA, CONSORZIO COOPERATIVE COSTRUZIONI, in proprio e quali mandanti della costituenda A.T.I., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avv. Mario P. Chiti, con domicilio eletto in Roma piazza Benedetto Cairoli n. 6, presso l'avv. Guido Alpa;

e nei confronti di

MUGNAI S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituitasi in giudizio;
e sul **ricorso in appello n. 2478/2007** proposto da MUGNAI S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Diego Vaiano, Paolo Vaiano e Raffaele Izzo, con domicilio eletto in Roma Lungotevere Marzio n. 3, presso lo studio del primo;

contro

COFATHEC SERVIZI S.P.A., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda A.T.I. con SIRAM S.P.A., ELYO ITALIA S.R.L., MANUTENCOOP FACILITY MANAGEMENT SPA, CONSORZIO COOPERATIVE COSTRUZIONI; SIRAM S.P.A., ELYO ITALIA S.R.L., MANUTENCOOP FACILITY MANAGEMENT SPA, CONSORZIO COOPERATIVE COSTRUZIONI, in proprio e quali mandanti della costituenda A.T.I., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avv. Mario P. Chiti, con domicilio eletto in Roma piazza Benedetto Cairoli n. 6, presso l'avv. Guido Alpa;

e nei confronti di

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI FIRENZE, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio eletto in Roma via dei Portoghesi n.12;

DIR.P.T. SERVIZI TECNICI, AMBIENTE E SICUREZZA UNIV. ST.FIRENZE, PRESIDENTE DELLA COMMISSIONE DI GARA, PRESIDENTE DELLA COMMISSIONE TECNICA DI GARA, non costituitisi in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione I, n. 402/2007 pubblicata il 15-3-2007;

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atto di costituzione in giudizio delle parti appellate;

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

Visti gli atti tutti delle cause;

Alla pubblica udienza dell'11-11-2008 relatore il Consigliere Roberto Chieppa.

Uditi l'Avv. Chiti, l'Avv. Diego Vaiano, l'Avv. Izzo e l'Avv. dello Stato Tidore;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. In data 12.7.2005, l'Università degli studi di Firenze indiceva una gara, mediante appalto concorso e con il sistema di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la fornitura del servizio di gestione e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di riscaldamento e degli impianti di condizionamento, compresa la fornitura di combustibili e di energia termica, per gli immobili dell'Ateneo per un periodo di cinque anni.

Alla procedura partecipavano la costituenda a.t.i. con mandataria Cofathec Servizi s.p.a. e con mandanti Siram s.p.a., Elyo Italia S.R.L., Manutencoop Facility Management Spa, Consorzio Cooperative Costruzioni (di seguito Ati Cofathec), la Mugnai s.p.a. ed altra concorrente (Toscana Gas), la quale veniva successivamente esclusa per carenza documentale.

All'esito della gara, il punteggio totale dell'Ati Cofathec risultava pari a 69,894 e il punteggio di Mugnai pari a 77,210 e sulla base della graduatoria e dopo l'esame dei chiarimenti richiesti in ordine alle due offerte, in data 14.6.2006 l'Università disponeva l'aggiudicazione della gara a Mugnai s.p.a.

Con ricorso notificato il 17 luglio 2006, Cofathec, quale capogruppo mandataria della costituenda a.t.i., e le altre imprese in epigrafe indicate, in proprio e qualità di mandanti, hanno impugnano il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto, i verbali della commissione, il bando, il disciplinare di gara ed il capitolato speciale di appalto, i chiarimenti forniti dall'aggiudicataria. Nel medesimo ricorso, le ricorrenti hanno avanzato domanda di risarcimento del danno, sia in forma specifica sia in forma di equivalente monetario.

Con motivi aggiunti notificati il 10 ottobre 2006, le ricorrenti hanno impugnato anche il verbale di consegna anticipata dei lavori in data 29.5.2006, nonché l'ordine verbale del responsabile unico del procedimento di procedere anticipatamente alla consegna dei lavori, nonché il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

La controinteressata Mugnai s.p.a. ha proposto ricorso incidentale, eccependo la carenza di interesse al ricorso, sul presupposto dell'illegittimità della costituzione dell'a.t.i. ricorrente, possedendo ognuna delle imprese associate i requisiti per partecipare singolarmente alla gara.

Con la sentenza n. 402/07, il Tar ha accolto in parte il ricorso principale e ha respinto il ricorso incidentale e la domanda di risarcimento del danno.

Con separati ricorsi in appello la Mugnai s.p.a. e l'Università degli studi di Firenze hanno dapprima impugnato il dispositivo della decisione di primo grado e, successivamente alla pubblicazione delle motivazioni della sentenza, hanno proposto le censure di appello.

In entrambi i giudizi, l'Ati Confathec si è costituita, chiedendo la reiezione dei ricorsi e proponendo ricorso in appello incidentale.

All'odierna udienza le cause sono state trattenute in decisione.

2. Preliminarmente deve essere disposta la riunione dei ricorsi, in quanto proposti per motivi in parte analoghi avverso la medesima sentenza.

3. L'oggetto del presente giudizio è costituito dalla contestazione di una gara, bandita dall'Università di Firenze e relativa ad un appalto misto, qualificato come appalto di servizi, in cui era distinto un "appalto chiuso", inerente la manutenzione e gestione degli impianti di riscaldamento, nonché fornitura del combustibile e la manutenzione e gestione degli impianti di condizionamento, e un "appalto aperto", che riguardava gli interventi "di riqualificazione e di risparmio energetico", che le imprese potevano offrire.

Nell'offerta economica riferita alle prestazioni costituenti il c.d. appalto chiuso, i concorrenti dovevano indicare: il prezzo al Kilowattora (Kwh), relativo alla fornitura di combustibile, nonché il

corrispettivo per la manutenzione degli impianti di condizionamento, che va indicato con la formula “a *forfait*” (art. 4 del disciplinare di gara).

Il giudice di primo grado ha accolto il ricorso, rilevando la presenza di un vizio logico nella disciplina di gara, che all’art. 2 del capitolato prevedeva che l’onere degli interventi costituenti il c.d. “appalto aperto” dovesse essere compreso nel prezzo al Kwh relativo all’appalto chiuso, mentre sulla base del modello di offerta allegato al disciplinare andava inserito nel prezzo dell’appalto a *forfait*..

Sempre secondo il Tar, tale vizio era risultato determinante per l’esito della gara, in quanto l’Ati Confathec, pur avendo ottenuto un punteggio maggiore per l’offerta tecnica (42,32, rispetto a 28, 170 di Mugnai), aveva perso tale vantaggio in sede di valutazione dell’offerta economica, per la quale aveva ottenuto per il prezzo al Kwh il punteggio di 22,574 e per il prezzo a *forfait*, il punteggio di 5 (a fronte di punti 45 e 4,04, attribuiti a Mugnai).

Tale risultato sarebbe stato determinato dall’inserimento da parte di Mugnai del costo dell’appalto aperto nel prezzo a *forfait*, che incideva per il massimo di 5 punti, anziché in quello dell’appalto chiuso, che valeva 45 punti, come fatto dall’Ati Confathec in conformità con quanto previsto dal capitolato.

4. Con un primo motivo di appello Mugnai s.p.a. sostiene che il ricorso dell’Ati Confathec doveva essere dichiarato tardivo, perché il menzionato vizio della disciplina di gara doveva essere immediatamente contestato tramite l’impugnazione della *lex specialis* della procedura.

La censura è priva di fondamento, non essendovi ragione di discostarsi dalla consolidata giurisprudenza, secondo cui il bando di gara o di concorso, o la lettera di invito, normalmente impugnabili con l’atto applicativo, conclusivo del procedimento concorsuale, devono essere considerati immediatamente impugnabili solo quando contengano clausole impeditive dell’ammissione dell’interessato alla selezione (Cons. Stato, Ad. plen., n. 1/2003).

In tutti gli altri casi, tra cui rientra quello di specie, i bandi di gara, di concorso e le lettere di invito vanno di regola impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato.

Di conseguenza, a fronte del denunciato vizio logico della procedura di gara, l'Ati Confathec fino al momento dell'aggiudicazione alla controinteressata non era ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che non sapeva se l'astratta e potenziale illegittimità degli atti di gara si sarebbe risolta in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito poteva derivare.

Né si può sostenere – come invece fatto all'appellante Mugnai – che il vizio era tale da impedire la formulazione dell'offerta, considerato che la richiamata pronuncia dell'Adunanza Plenaria non ha escluso la necessità di immediata ed autonoma impugnazione del bando o della lettera d'invito solo con riferimento a clausole che impongano, ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara e che comportino l'impossibilità, per l'interessato, di accedere alla procedura; non è questo il caso di specie, in cui la disciplina di gara non ha certo impedito la partecipazione alla gara, in concreto avvenuta.

5. Deve anche essere respinto il motivo, con cui la Mugnai s.p.a. ripropone la censura introdotta con il ricorso incidentale, respinto dal Tar.

L'appellante sostiene che l'Ati Confathec andava esclusa perché illegittimamente costituita in violazione del principio di concorrenza, trattandosi di un "cartello di imprese", costituito appositamente al fine di impedire la concorrenza nel settore del mercato dei servizi energetici, attraverso l'illegittimo raggruppamento di imprese che individualmente possedevano tutti i requisiti finanziari e tecnici per partecipare singolarmente alla gara.

Tale tesi non trova fondamento in alcun dato normativo e la *lex specialis* della gara, non contestata sul punto (con il ricorso incidentale è stata contestata l'ammissione dell'Ati Confathec, e non la disciplina di gara), non prevedeva alcun divieto di associarsi posto a carico di imprese di consistente fatturato.

E', quindi, non pertinente il richiamo al parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 7 febbraio 2003, n. AS251, ove si sottolinea il rischio che il modello del raggruppamento possa evolvere a strumento di collaborazione restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, in quanto detto parere è finalizzato a suggerire alle stazioni appaltanti, "pur nel silenzio della legge", di "limitare la possibilità di associarsi in RTI da parte di due o più imprese, che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara".

Pur non rilevando con riferimento al caso di specie, si segnala che l'invocato orientamento seguito da questa Sezione con riferimento all'inammissibilità della riunione in a.t.i. di imprese prequalificatesi separatamente (Cons. Stato, VI, n. 1267/06) è stato successivamente riesaminato e superato (Cons. Stato, VI, n. 588/08).

Con riguardo ai profili antitrust, segnalati dall'appellante, va rilevato che lo strumento del raggruppamento temporaneo di imprese, in astratto del tutto lecito, può in concreto essere utilizzato nell'ambito di accordi diretti a limitare la concorrenza; si tratta, tuttavia, di una indagine che esula completamente dall'oggetto del giudizio e rispetto alla quale l'appellante Mugnai non ha fornito neanche un principio di prova.

Va, infine, respinta la richiesta, peraltro generica, di rimessione della questione alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 234 del Trattato, tenuto conto che nel diritto comunitario il raggruppamento temporaneo di imprese è considerato uno strumento pro-competitivo, il cui utilizzo non è limitato alle imprese prive dei requisiti individuali di qualificazione.

La questione è, quindi, in parte non pertinente e, sotto altro profilo, la corretta applicazione del diritto comunitario al caso di specie si impone con tale evidenza da non lasciar adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata (cfr, Corte Giust, CE, 6-10-82, C 283/81, Cilfit).

6. Si deve, quindi, passare al nucleo centrale della controversia, attinente al descritto vizio logico della disciplina di gara, riscontrato dal Tar.

Secondo entrambe le appellanti l'asserita contraddittorietà della *lex specialis* integrava, invece, una facoltà per le imprese concorrenti di scegliere se inserire l'onere degli interventi costituenti il c.d. "appalto aperto" nel prezzo al Kwh relativo all'appalto chiuso, come indicava il Capitolato, o nel prezzo dell'appalto a *forfait*, come previsto nel modello di offerta allegato al Disciplinare.

Le censure sono prive di fondamento.

La tesi dell'alternatività nella formulazione dell'offerta contrasta con il tenore letterali delle disposizioni degli atti di indizione della gara e con la stessa *ratio* della procedura.

Come correttamente evidenziato dal Tar e dimostrato dall'Ati Confathec, l'inserimento dei suddetti oneri nell'uno o nell'altro prezzo determinava rilevanti conseguenze sull'attribuzione dei punteggi.

Peraltro, non si è trattato di un rischio astratto, ma in concreto il maggior punteggio ottenuto per l'offerta economica dalla Mugnai s.p.a. è stato determinato dal fatto che quest'ultima ha beneficiato dall'aver inserito nel prezzo *a forfait*, che valeva solo 5 punti, sia il costo dell'appalto aperto che quasi tutti gli utili e le spese generali dell'appalto; in questo modo, è stato "alleggerito" il prezzo al Kwh, che valeva il ben maggiore punteggio di 45 punti.

Un bando che avesse lasciato alla discrezionalità dei concorrenti tale ripartizione, avrebbe condotto in modo irragionevole (e, quindi, illegittimo) alla comparazione di offerte non omogenee.

Tuttavia, tale comparazione di offerte non omogenee è stata comunque determinata da una evidente contraddittorietà, presente negli atti di gara.

L'art. 2 del capitolato speciale stabiliva che l'onere economico riferito alle proposte di interventi di riqualificazione e ammodernamento tecnologico fosse "ricompreso nel prezzo a Kwh offerto per l'appalto chiuso" e, di conseguenza, specificava che "il costo di tali interventi, di cui ai punti l) e m) ma che non verranno realizzati.....saranno detratti a conguaglio dal costo totale a Kwh."

Tale previsione veniva confermata in sede di chiarimenti, con nota del 5 ottobre 2005, con cui l'Università comunicava che "l'importo unitario che le imprese devono offrire (Euro/Kwh) e che la committente ha individuato come tetto massimo (Euro 0,17) deve comprendere anche i costi relativi agli interventi di cui all'appalto aperto – lettere L e M del disciplinare".

Tuttavia, l'offerta doveva essere presentata con il modulo allegato al disciplinare, che – al contrario di quanto previsto nel capitolato – includeva espressamente nell'appalto *a forfait* anche il corrispettivo per gli investimenti offerti.

Il contrasto tra Capitolato speciale e modulo di offerta allegato al Disciplinare è evidente e si tratta di una contraddittorietà che vizia in modo irrimediabile l'intera disciplina di gara, caratterizzata dal fatto che l'Ati Confathec si è attenuta al Capitolato e non al modulo di offerta e che la Mugnai s.p.a. si è attenuta al modulo di offerta, e non al Capitolato.

7. Con l'ultima censura da esaminare le appellanti invocano la prova di resistenza, per dimostrare che il vizio non ha influito sull'aggiudicazione, che sarebbe avvenuta comunque in favore della Mugnai s.p.a..

Anche tale censura è infondata.

Il giudice di primo grado ha correttamente evidenziato che il confronto tra le offerte, ai fini della prova di resistenza, non è in concreto possibile, perché viziato dalla diversa composizione delle stesse, anche in relazione alla circostanza che il prezzo a *forfait* dell'impresa aggiudicataria

comprende non solo i costi dell'appalto aperto, ma anche pressoché tutte le spese generali, gli utili e, sostanzialmente, tutti i costi dell'intero servizio. Inoltre, la c.d. prova di resistenza, compiuta dalla appellante, è operata sulla base del calcolo di un fabbisogno presunto (contestato dalle ricorrenti) e della propria composizione dell'offerta prezzi, oltretutto effettuata in sede di chiarimenti e perciò in un momento successivo alle offerte presentate dalle concorrenti.

I calcoli fatti dalle appellanti per supportare la prova di resistenza non tengono in considerazione l'inclusione nel prezzo *a forfait* anche di gran parte di utili e spese generali e non sono, quindi, idonei a superare la appena riportata argomentazione del Tar.

Inoltre, sono calcoli fatti su mere ipotesi di fabbisogno annuo, che costituisce elemento estraneo alla procedura e su elementi forniti in sede di giustificazioni e, quindi, *ex post* quando il problema era già sorto.

Anche la relazione della Commissione di gara, richiamata dalle appellanti, fa riferimento ai soli aspetti economici dell'offerta e poi – con evidente salto logico – riporta le conclusioni all'intera offerta economicamente più vantaggiosa.

Deve, quindi, ritenersi non raggiungibile – e, comunque, in concreto non raggiunta - la prova di resistenza invocata.

Tutte le statuizioni dell'impugnata sentenza devono, dunque, essere qui confermate e, di conseguenza, devono esser respinti i ricorsi in appello principale.

8. La reiezione degli appelli determina l'improcedibilità dei due ricorsi in appello incidentale proposti dall'Ati Confathec, in quanto, pur potendo ipotizzarsi un interesse autonomo all'esame di alcune delle censure assorbite dal Tar, si deve prendere atto della qualificazione di tali appelli fatta dalla stessa Ati Confathec, che ha espressamente dichiarato di riproporre tutti i motivi non trattati dal Tar, anche per quanto occorra formulando appello incidentale “per la denegata ipotesi di accoglimento dell'appello principale”.

Con tale espressione l'Ati ha voluto chiaramente qualificare gli appelli incidentali come appelli incidentali propri e quindi subordinati all'accoglimento di quelli principali e tale qualificazione si applica a tutte le censure proposte con il ricorso in appello incidentale, anche con riferimento alla mancata trattazione delle stesse.

Ne consegue che essendo stati respinti gli appelli principali, gli appelli incidentali non devono essere esaminati e vanno dichiarati improcedibili.

Va comunque chiarito che in accoglimento della censura relativa al vizio della disciplina di gara il Tar ha interamente accolto l'azione impugnatoria, annullando tutti gli atti impugnati, compresi (evidentemente in via implicita per illegittimità derivata) quelli contestati in primo grado con motivi aggiunti (aggiudicazione definitiva e consegna anticipata dei lavori)

9. In conclusione, gli appelli principali riuniti devono essere respinti e devono essere dichiarati improcedibili gli appelli incidentali proposti dall'Ati Confathec.

Alla soccombenza delle appellanti seguono le spese del presente grado di giudizio nella misura indicata in dispositivo.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, previa riunione dei ricorsi in epigrafe, respinge i ricorsi in appello principale e dichiara improcedibili i ricorsi in appello incidentale.

Condanna le due appellanti alla rifusione, in favore dell'ATI ricorrente in primo grado, delle spese del presente grado del giudizio, liquidate nella somma di Euro 5.000, 00 a carico di ciascuna appellante.

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

Così deciso in Roma, in data 11 novembre 2008 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo

Presidente

Luciano Barra Caracciolo	Consigliere
Aldo Scola	Consigliere
Roberto Chieppa	Consigliere Est.
Roberto Garofoli	Consigliere

Presidente

GIOVANNI RUOPPOLO

Consigliere

Segretario

ROBERTO CHIEPPA

GIOVANNI CECI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 5/12/2008
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa
al Ministero.....
a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria