

Lazzini sonia (a cura di),
introdotta con finalità pro competitive una clausola come
da indicazione dell'Autorità garante della concorrenza e
del mercato (AS251 del 30-1-2003).

IL Consiglio di Stato (decisione numero 4145 del 19
giugno 2009) conferma la sentenza di primo grado (Tar
Lazio, Roma sentenza numero 3713 del 7 maggio 2008**)
sancendo la legittimità di una clausola della lex
specialis di gara con la quale la Stazione appaltante
limita < alle imprese che potrebbero concorrere
individualmente la possibilità di associarsi in ati >

**Peraltro, la clausola non vieta i
raggruppamenti né vieta alle imprese
maggiori di costituirli, ma impedisce
solamente a tali imprese di associarsi fra
loro, potendo le stesse farlo con le imprese
prive dei requisiti per partecipare
singolarmente.**

Anche prescindendo dalla verifica dell'interesse alla censura della ricorrente, che ha comunque partecipato singolarmente alla gara, il Collegio ritiene che tale clausola, pur non essendo imposta da alcuna disposizione normativa, sia legittima e che l'introduzione della menzionata limitazione rientri, quindi, tra le opzioni a disposizione della stazione appaltante, da esercitare in relazione alle specifiche caratteristiche del mercato oggetto della procedura

L'oggetto del giudizio è costituito dalla contestazione da parte della ricorrente di una gara indetta dalla Consip per la fornitura di ausili per l'incontinenza e dei servizi connessi per le pubbliche amministrazioni.:_con il primo motivo del ricorso l'appellante deduce l'illegittimità del bando e del disciplinare di gara nella parte in cui (punto III.1.3) non è stata ammessa la partecipazione in RTI di due o più imprese che anche avvalendosi di società terze nelle modalità indicate nel disciplinare di gara, siano in grado di soddisfare singolarmente i requisiti economici e tecnici con riferimento al lotto di importo superiore tra quelli per cui il RTI partecipa.:_Tale limitazione si porrebbe in contrasto con il principio generale, anche di derivazione comunitaria, di favor nei confronti dei raggruppamenti temporanei di imprese e sarebbe di per sé irragionevole: cosa ne pensa il Consiglio di Stato?

l'appellante ha inoltre richiamato l'asserita contraddittorietà tra la contestata clausola e il consentito strumento del sub-appalto o dei consorzi: qual è il contributo del Supremo Giudice amministrativo relativamente a questa questione?

La censura è priva di fondamento. La Consip ha inserito tale clausola del bando, recependo una indicazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AS251 del 30-1-2003), secondo cui, pur essendo i RTI uno strumento idoneo ad accentuare il confronto concorrenziale tra i partecipanti alle pubbliche gare, le stazioni appaltanti possono valutare di prevedere una limitazione alla possibilità di associarsi in ATI per le imprese che singolarmente sarebbero in grado di partecipare alla gara. In relazione alle specifiche caratteristiche del mercato oggetto della procedura di gara, la Consip ha ritenuto che consentire di riunirsi fra loro in ATI alle imprese in grado di partecipare singolarmente alla gara avrebbe comportato il rischio di una restrizione della platea dei partecipanti e, quindi, del confronto concorrenziale. La clausola contestata è stata, quindi, introdotta con finalità pro competitive. Nel caso di specie, tale mercato è caratterizzato, sotto il profilo dell'offerta, dalla presenza di un numero limitato di imprese di notevoli dimensioni e dalla presenza di numerose altre imprese di dimensioni più ridotte. Come correttamente rilevato dal Tar, in tale contesto i notevoli importi dei singoli lotti della gara determinavano che pochissime imprese operanti nel comparto possedevano individualmente i prescritti requisiti tecnici e finanziari e consentire alle suddette imprese di liberamente associarsi in ATI avrebbe comportato il rischio di ridurre l'effettiva concorrenza tra le imprese di notevoli dimensioni e di rendere più difficile per le imprese di più ridotte dimensioni la partecipazione alla gara anche attraverso i raggruppamenti. Del resto, l'esito della procedura ha confermato tale ipotesi, in quanto ai primi posti delle graduatorie si sono collocate le imprese leaders del settore, le quali, avendo presentato autonome offerte, si sono trovate in una posizione di effettiva concorrenza, che sarebbe potuta venire meno in caso di riunione delle stesse imprese, invece non consentita dalla contestata clausola. Alcun rilievo hanno, infine, le considerazioni con cui l'appellante ha richiamato l'asserita contraddittorietà tra la contestata clausola e il consentito strumento del sub-appalto o dei consorzi. Infatti, il sub-appalto è istituito che opera nel momento esecutivo dell'appalto, e non in quello di presentazione dell'offerta e di confronto concorrenziale. Per i consorzi, invece, è sufficiente precisare che i consorzi stabili costituiscono un unico concorrente con la conseguenza che i consorziati, benché in possesso singolarmente dei requisiti di partecipazione, non possono partecipare alla gara singolarmente, ponendosi in una situazione del tutto differente rispetto a quella colpita dalla contestata clausola (negli accordi stabili l'accordo preesiste e non modifica quindi le dinamiche concorrenziali). Deve, quindi, ritenersi la legittimità della menzionata clausola limitativa per l'associazione in ATI fra loro di imprese in grado di partecipare singolarmente alla gara
(Consiglio di Stato con la decisione numero 4145 del 19 giugno 2009) (1)

Ecco la confermata sentenza di primo grado:

Qual è il pensiero dell'adito giudice amministrativo avverso un'impugnazione di un bando e il disciplinare di gara nella parte in cui non è stata ammessa la partecipazione in RTI di due o più imprese che anche avvalendosi di società terze nelle modalità indicate nel disciplinare di gara, erano in grado di soddisfare singolarmente i requisiti economici e tecnici con riferimento al lotto di importo superiore tra quelli per cui il RTI partecipa ? questa clausola preclude alle imprese che potrebbero concorrere individualmente la possibilità di associarsi in ati, al fine di evitare di sostenere costi eccessivi per la regolare esecuzione della fornitura, con una o più imprese presenti sul mercato non in possesso da sole dei suddetti requisiti.?

La stazione appaltante ha predisposto il contestato divieto al fine di garantire una situazione effettiva di concorrenza, richiamando in proposito le ragioni indicate dall'Autorità Garante della Concorrenza con la segnalazione DS251/03****_la contestata clausola risulta razionalmente raccordata con la finalità perseguita avuta presente la peculiare struttura del mercato relativo ai prodotti oggetto della gara de qua con riferimento alle imprese ivi operanti; invero, come è pacificamente emerso in sede di discussione

dell'istanza cautelare, il suddetto mercato sotto il profilo dell'offerta è caratterizzato dalla presenza di un numero limitato di imprese di notevoli dimensioni e dalla presenza di numerose altre imprese di dimensioni più ridotte. In tale contesto, quindi, tenuto conto dei notevoli importi dei singoli lotti della gara in questione, in relazione ai quali solo pochissime imprese operanti nel comparto possedevano individualmente i prescritti requisiti tecnici e finanziari, il consentire alle suddette imprese di liberamente associarsi in ati avrebbe prodotto come conseguenze che: a) attraverso il sapiente utilizzo dell'ati si sarebbe svuotata di contenuto l'effettiva concorrenza tra le imprese di notevoli dimensioni; b) le imprese di più ridotte dimensioni alla cui tutela è preordinato l'istituto dell'a.t.i. avrebbero incontrato maggiori difficoltà nel partecipare alla gara de qua
(Tar Lazio, Roma, con la sentenza numero 3713 del 7 maggio 2008) (II)

(I)

IL Consiglio di Stato (decisione numero 4145 del 19 giugno 2009) conferma la sentenza di primo grado (Tar Lazio, Roma sentenza numero 3713 del 7 maggio 2008**) sancendo la legittimità di una clausola della lex specialis di gara con la quale la Stazione appaltante limita < alle imprese che potrebbero concorrere individualmente la possibilità di associarsi in ati >

Peraltro, la clausola non vieta i raggruppamenti né vieta alle imprese maggiori di costituirli, ma impedisce solamente a tali imprese di associarsi fra loro, potendo le stesse farlo con le imprese prive dei requisiti per partecipare singolarmente.

Anche prescindendo dalla verifica dell'interesse alla censura della ricorrente, che ha comunque partecipato singolarmente alla gara, il Collegio ritiene che tale clausola, pur non essendo imposta da alcuna disposizione normativa, sia legittima e che l'introduzione della menzionata limitazione rientri, quindi, tra le opzioni a disposizione della stazione appaltante, da esercitare in relazione alle specifiche caratteristiche del mercato oggetto della procedura.

L'oggetto del giudizio è costituito dalla contestazione da parte della ricorrente, di una gara indetta dalla Consip per la fornitura di ausili per l'incontinenza e dei servizi connessi per le pubbliche amministrazioni.:_con il primo motivo del ricorso l'appellante deduce l'illegittimità del bando e del disciplinare di gara nella parte in cui (punto III.1.3) non è stata ammessa la partecipazione in RTI di due o più imprese che anche avvalendosi di società terze nelle modalità indicate nel disciplinare di gara, siano in grado di soddisfare singolarmente i requisiti economici e tecnici con riferimento al lotto di importo superiore tra quelli per cui il RTI partecipa.:_Tale limitazione si porrebbe in contrasto con il principio generale, anche di derivazione comunitaria, di favor nei confronti dei raggruppamenti temporanei di imprese e sarebbe di per sé irragionevole: cosa ne pensa il Consiglio di Stato?

l'appellante ha inoltre richiamato l'asserita contraddittorietà tra la contestata clausola e il consentito strumento del sub-appalto o dei consorzi: qual è il contributo del Supremo Giudice amministrativo relativamente a questa questione?.

La censura è priva di fondamento._La Consip ha inserito tale clausola del bando, recependo una indicazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AS251 del 30-1-2003), secondo cui, pur essendo i RTI uno strumento idoneo ad accentuare il confronto concorrenziale tra i partecipanti alle pubbliche gare, le stazioni appaltanti possono valutare di prevedere una limitazione alla possibilità di associarsi in ATI per le imprese che singolarmente sarebbero in grado di

partecipare alla gara. In relazione alle specifiche caratteristiche del mercato oggetto della procedura di gara, la Consip ha ritenuto che consentire di riunirsi fra loro in ATI alle imprese in grado di partecipare singolarmente alla gara avrebbe comportato il rischio di una restrizione della platea dei partecipanti e, quindi, del confronto concorrenziale. La clausola contestata è stata, quindi, introdotta con finalità pro competitive. Nel caso di specie, tale mercato è caratterizzato, sotto il profilo dell'offerta, dalla presenza di un numero limitato di imprese di notevoli dimensioni e dalla presenza di numerose altre imprese di dimensioni più ridotte. Come correttamente rilevato dal Tar, in tale contesto i notevoli importi dei singoli lotti della gara determinavano che pochissime imprese operanti nel comparto possedevano individualmente i prescritti requisiti tecnici e finanziari e consentire alle suddette imprese di liberamente associarsi in ATI avrebbe comportato il rischio di ridurre l'effettiva concorrenza tra le imprese di notevoli dimensioni e di rendere più difficile per le imprese di più ridotte dimensioni la partecipazione alla gara anche attraverso i raggruppamenti. Del resto, l'esito della procedura ha confermato tale ipotesi, in quanto ai primi posti delle graduatorie si sono collocate le imprese leaders del settore, le quali, avendo presentato autonome offerte, si sono trovate in una posizione di effettiva concorrenza, che sarebbe potuta venire meno in caso di riunione delle stesse imprese, invece non consentita dalla contestata clausola. Alcuni rilievo hanno, infine, le considerazioni con cui l'appellante ha richiamato l'asserita contraddittorietà tra la contestata clausola e il consentito strumento del sub-appalto o dei consorzi. Infatti, il sub-appalto è istituito che opera nel momento esecutivo dell'appalto, e non in quello di presentazione dell'offerta e di confronto concorrenziale. Per i consorzi, invece, è sufficiente precisare che i consorzi stabili costituiscono un unico concorrente con la conseguenza che i consorziati, benché in possesso singolarmente dei requisiti di partecipazione, non possono partecipare alla gara singolarmente, ponendosi in una situazione del tutto differente rispetto a quella colpita dalla contestata clausola (negli accordi stabili l'accordo preesiste e non modifica quindi le dinamiche concorrenziali). **Deve, quindi, ritenersi la legittimità della menzionata clausola limitativa per l'associazione in ATI fra loro di imprese in grado di partecipare singolarmente alla gara**

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 4145 del 19 giugno 2009, emessa dal Consiglio di Stato



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

DECISIONE

N.4145/09

Reg.Dec.

N. 7178 Reg.Ric.

ANNO 2008

Disp.vo 215/2009

sul ricorso in appello proposto da ALFA s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall' avv.to Pierluigi De Nardis, ed elettivamente domiciliato presso l'Avv. Avilio Presutti, in Roma, piazza S. Salvatore in Lauro, n. 10;

contro

Consip, in persona del legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall' avv.to Andrea Guarino, ed elettivamente domiciliato presso lo stesso, in Roma, piazza Borghese, n. 3;

e nei confronti

BETA s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dagli avv.ti Lucio Filippo Longo, Alessandro Patelli e Ruggero Tumbiolo, ed elettivamente domiciliato presso il primo, in Roma, piazza della Marina, n. 1;

GAMMA s.p.a., non costituitasi in giudizio;

Autorità garante della concorrenza e del mercato, non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III, n. 3713/08 pubblicata il 7-5-2008;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consip e di BETA s.p.a.;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 17-3-2009 relatore il Consigliere Roberto Chieppa.

Uditi l'Avv. Longo, l'Avv. Bevilacqua per delega dell'avv. De Nardis e l'Avv. Martelli per delega dell'avv. Guarino;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. La ALFA s.p.a. ha partecipato alla gara indetta dalla Consip spa con bando del 26.4.2007 per la fornitura di ausili per l'incontinenza e dei servizi connessi per le pubbliche amministrazioni, strutturata in n. 4 autonomi lotti e da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, presentando un'offerta per ciascuno dei lotti.

La società ha impugnato davanti al Tar del Lazio il bando e il disciplinare di gara nella parte in cui (punto III.1.3) non è stata ammessa la partecipazione in RTI di due o più imprese, che anche avvalendosi di società terze nelle modalità indicate nel disciplinare di gara, erano in grado di soddisfare singolarmente i requisiti economici e tecnici con riferimento al lotto di importo superiore tra quelli per cui il RTI partecipa.

Con successivi motivi aggiunti la ALFA s.p.a. ha impugnato i provvedimenti di aggiudicazione della gara e le relative graduatorie, nelle quali si era classificata al terzo posto per i lotti 2 e 4 aggiudicati alla BETA spa e al secondo posto per i lotti 1 e 3 aggiudicati alla GAMMA spa.

Con la sentenza n. 3713/08 il Tar del Lazio ha respinto il ricorso.

La ALFA s.p.a. ha proposto ricorso in appello avverso la suddetta sentenza per i motivi che saranno di seguito esaminati.

La Consip e BETA s.p.a. si sono costituite in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso, mentre non si è costituita la GAMMA s.p.a..

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

2. L'oggetto del giudizio è costituito dalla contestazione da parte della ALFA s.p.a. di una gara indetta dalla Consip per la fornitura di ausili per l'incontinenza e dei servizi connessi per le pubbliche amministrazioni.

Con il primo motivo del ricorso l'appellante deduce l'illegittimità del bando e del disciplinare di gara nella parte in cui (punto III.1.3) non è stata ammessa la partecipazione in RTI di due o più imprese che anche avvalendosi di società terze nelle modalità indicate nel disciplinare di

gara, siano in grado di soddisfare singolarmente i requisiti economici e tecnici con riferimento al lotto di importo superiore tra quelli per cui il RTI partecipa.

Tale limitazione si porrebbe in contrasto con il principio generale, anche di derivazione comunitaria, di *favor* nei confronti dei raggruppamenti temporanei di imprese e sarebbe di per sé irragionevole.

La censura è priva di fondamento.

La Consip ha inserito tale clausola del bando, recependo una indicazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AS251 del 30-1-2003), secondo cui, pur essendo i RTI uno strumento idoneo ad accentuare il confronto concorrenziale tra i partecipanti alle pubbliche gare, le stazioni appaltanti possono valutare di prevedere una limitazione alla possibilità di associarsi in ATI per le imprese che singolarmente sarebbero in grado di partecipare alla gara.

In relazione alle specifiche caratteristiche del mercato oggetto della procedura di gara, la Consip ha ritenuto che consentire di riunirsi fra loro in ATI alle imprese in grado di partecipare singolarmente alla gara avrebbe comportato il rischio di una restrizione della platea dei partecipanti e, quindi, del confronto concorrenziale.

La clausola contestata è stata, quindi, introdotta con finalità pro competitive.

Anche prescindendo dalla verifica dell'interesse alla censura della ricorrente, che ha comunque partecipato singolarmente alla gara, il Collegio ritiene che tale clausola, pur non essendo imposta da alcuna disposizione normativa, sia legittima e che l'introduzione della menzionata limitazione rientri, quindi, tra le opzioni a disposizione della stazione appaltante, da esercitare in relazione alle specifiche caratteristiche del mercato oggetto della procedura.

Nel caso di specie, tale mercato è caratterizzato, sotto il profilo dell'offerta, dalla presenza di un numero limitato di imprese di notevoli dimensioni e dalla presenza di numerose altre imprese di dimensioni più ridotte.

Come correttamente rilevato dal Tar, in tale contesto i notevoli importi dei singoli lotti della gara determinavano che pochissime imprese operanti nel comparto possedevano individualmente i prescritti requisiti tecnici e finanziari e consentire alle suddette imprese di liberamente associarsi in ATI avrebbe comportato il rischio di ridurre l'effettiva concorrenza tra le imprese di notevoli dimensioni e di rendere più difficile per le imprese di più ridotte dimensioni la partecipazione alla gara anche attraverso i raggruppamenti.

Del resto, l'esito della procedura ha confermato tale ipotesi, in quanto ai primi posti delle graduatorie si sono collocate le imprese *leaders* del settore, le quali, avendo presentato autonome offerte, si sono trovate in una posizione di effettiva concorrenza, che sarebbe potuta venire meno in caso di riunione delle stesse imprese, invece non consentita dalla contestata clausola.

Peraltro, la clausola non vieta i raggruppamenti né vieta alle imprese maggiori di costituirli, ma impedisce solamente a tali imprese di associarsi fra loro, potendo le stesse farlo con le imprese prive dei requisiti per partecipare singolarmente.

Alcun rilievo hanno, infine, le considerazioni con cui l'appellante ha richiamato l'asserita contraddittorietà tra la contestata clausola e il consentito strumento del sub-appalto o dei consorzi.

Infatti, il sub-appalto è istituito che opera nel momento esecutivo dell'appalto, e non in quello di presentazione dell'offerta e di confronto concorrenziale.

Per i consorzi, invece, è sufficiente precisare che i consorzi stabili costituiscono un unico concorrente con la conseguenza che i consorziati, benché in possesso singolarmente dei requisiti di partecipazione, non possono partecipare alla gara singolarmente, ponendosi in una situazione del tutto differente rispetto a quella colpita dalla contestata clausola (negli accordi stabili l'accordo preesiste e non modifica quindi le dinamiche concorrenziali).

Deve, quindi, ritenersi la legittimità della menzionata clausola limitativa per l'associazione in ATI fra loro di imprese in grado di partecipare singolarmente alla gara.

3. Con riguardo ai motivi aggiunti proposti in primo grado ed attinenti al concreto svolgimento della gara, si rileva in primo luogo l'infondatezza dell'eccezione sollevata dalle parti appellate, secondo cui tali motivi dovevano essere dichiarati irricevibili per tardività.

In relazione al provvedimento di aggiudicazione definitiva la proposizione dei motivi aggiunti è certamente tempestiva e ciò rende irrilevante affrontare la questione del dimezzamento dei termini ex art.23-*bis* l. Tar per la notificazione dei motivi aggiunti (termine che erroneamente le parti appellate fanno decorrere dalla mera proposta di aggiudicazione o dall'aggiudicazione provvisoria).

4. L'appellante contesta le operazioni di gara sotto tre profili:

a) l'erroneo iniziale prelevamento dei campioni da testare solamente dalla prima confezione e il tardivo prelievo dei campioni da ciascuna delle tre confezioni;

b) l'ulteriore errore che sarebbe stato commesso dalla Commissione, che anziché testare prima le barriere di destra e poi quelle di sinistra, avrebbe proceduto a testare alternativamente prima una di destra e in sequenza una di sinistra;

c) il fatto che il peso medio dei prodotti non è stato calcolato pesando tutti i prodotti delle tre confezioni offerte quali campioni, bensì pesando unicamente il peso medio di ogni singola busta con la conseguenza che il peso medio sarebbe stato calcolato sui pezzi di una singola confezione e non sul totale dei pezzi delle tre confezioni.

Al riguardo si osserva che la ALFA s.p.a. ha mutato in sede di appello le originarie contestazioni sub a) e c), deducendo, sotto il primo profilo, che il fatto che i prelievi siano avvenuti in tempi diversi sarebbe circostanza idonea a falsare i risultati del test a causa dell'esposizione all'aria dei prodotti e, sotto altro aspetto, che l'aver pesato anche l'involucro delle confezioni avrebbe anche falsato i risultati.

Si tratta di profili di censura nuovi, che non possono essere introdotti per la prima volta in sede di appello e come tali vanno dichiarati inammissibili.

Parimenti inammissibile è il motivo sub b), in quanto l'appellante non ha in alcun modo indicato il pregiudizio che avrebbe subito dall'asserita inversione dell'ordine di esame delle barriere.

Deve, quindi, ritenersi che non sussiste un interesse a far valere tale profilo e che, pertanto, non debba essere accertato in via istruttoria l'esatto ordine dei test compiuti, potendo sorgere dalla lettura del modulo dei dubbi sul fatto che si sia proceduto in alternanza, anziché iniziare prima con tutte le barriere di destra.

5. In conclusione, l'appello deve essere respinto.

In relazione alla parziale novità della prima questione, ricorrono giusti motivi per compensare per metà tra le parti le spese del giudizio di appello, ponendo la restante metà a carico dell'appellante soccombente nella misura indicata in dispositivo.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge il ricorso in appello indicato in epigrafe.

Compensa per metà le spese del giudizio di appello e condanna l'appellante alla rifusione, in favore di Consip spa e di BETA spa, della restante metà delle spese, liquidate in Euro 2.500,00, oltre IVA e CP per ciascuna parte.

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

Così deciso in Roma, il 17-3-2009 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giuseppe Barbagallo	Presidente
Luciano Barra Caracciolo	Consigliere
Roberto Chieppa	Consigliere Est.
Roberto Garofoli	Consigliere
Roberto Giovagnoli	Consigliere

Qual è il pensiero dell'adito giudice amministrativo avverso un'impugnazione di un bando e il disciplinare di gara nella parte in cui non è stata ammessa la partecipazione in RTI di due o più imprese che anche avvalendosi di società terze nelle modalità indicate nel disciplinare di gara, erano in grado di soddisfare singolarmente i requisiti economici e tecnici con riferimento al lotto di importo superiore tra quelli per cui il RTI partecipa? questa clausola preclude alle imprese che potrebbero concorrere individualmente la possibilità di associarsi in ati, al fine di evitare di sostenere costi eccessivi per la regolare esecuzione della fornitura, con una o più imprese presenti sul mercato non in possesso da sole dei suddetti requisiti.?

La stazione appaltante ha predisposto il contestato divieto al fine di garantire una situazione effettiva di concorrenza, richiamando in proposito le ragioni indicate dall'Autorità Garante della Concorrenza con la segnalazione DS251/03****. La contestata clausola risulta razionalmente raccordata con la finalità perseguita avuta presente la peculiare struttura del mercato relativo ai prodotti oggetto della gara de qua con riferimento alle imprese ivi operanti; invero, come è pacificamente emerso in sede di discussione dell'istanza cautelare, il suddetto mercato sotto il profilo dell'offerta è caratterizzato dalla presenza di un numero limitato di imprese di notevoli dimensioni e dalla presenza di numerose altre imprese di dimensioni più ridotte. In tale contesto, quindi, tenuto conto dei notevoli importi dei singoli lotti della gara in questione, in relazione ai quali solo pochissime imprese operanti nel comparto possedevano individualmente i prescritti requisiti tecnici e finanziari, il consentire alle suddette imprese di liberamente associarsi in ati avrebbe prodotto come conseguenze che: a) attraverso il sapiente utilizzo dell'ati si sarebbe svuotata di contenuto l'effettiva concorrenza tra le imprese di notevoli dimensioni; b) le imprese di più ridotte dimensioni alla cui tutela è preordinato l'istituto dell'a.t.i. avrebbero incontrato maggiori difficoltà nel partecipare alla gara de qua.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 3713 del 7 maggio 2008 emessa dal Tar Lazio, Roma

Scopriamo i motivi del ricorso

Con il proposto gravame e con i successivi motivi aggiunti la società ricorrente, la quale aveva partecipato alla gara indetta dalla Consip spa con bando del 26.4.2007 per la fornitura di ausili per l'incontinenza e dei servizi connessi per le pubbliche amministrazioni, strutturata in n.4 autonomi lotti e da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, presentando un'offerta per ciascuno dei lotti de quibus, ha impugnato:

- I) il suddetto bando e il disciplinare di gara nella parte in cui (punto III.1.3) non è stata ammessa la partecipazione in RTI di due o più imprese che anche avvalendosi di società terze nelle modalità indicate nel disciplinare di gara, siano in grado di soddisfare singolarmente i requisiti economici e tecnici con riferimento al lotto di importo superiore tra quelli per cui il RTI partecipa.
- II) i provvedimenti con cui è stata disposta l'aggiudicazione dei lotti 2 e 4 a favore della spa GAMMA e dei lotti 1 e 3 a favore della BETA spa, odierne controinteressate.

Ma non solo

Con il primo profilo di doglianza proposto con la prima delle censure dedotte in via principale la ricorrente ha sostenuto che l'impugnata clausola del bando avente ad oggetto l'immotivato divieto di cui sopra risulta essere in palese contrasto con:

- a) la normativa comunitaria e nazionale che affermano il principio di carattere generale secondo cui gli operatori economici possono partecipare alle procedure degli appalti pubblici sia singolarmente sia in forma associata, sempreché ciascuna impresa posseda i requisiti di capacità tecnica richiesti;
- b) il consolidato orientamento giurisprudenziale, meticolosamente indicato, secondo cui l'amministrazione può individuare nella *lex specialis* criteri e requisiti di capacità tecnica diversi e più rigorosi rispetto a quelli indicati in via generale dalle norme di legge, con il solo limite di non introdurre con le clausole del bando elementi di illogicità, irragionevolezza e sproporzionalità rispetto alla specificità del servizio oggetto della gara ovvero criteri di selezione/valutazione idonei a generare effetti discriminatori.

Ecco il parere dell'adito giudice romano

La censura de qua non è suscettibile di favorevole esame.

I) la tutela della concorrenza, contrariamente a quanto affermato dall'odierna istante, in quanto preordinata ad assicurare la tutela della libertà di iniziativa economica non può non presupporre delle limitazioni alla condotta delle singole imprese;

II) nella fattispecie in esame la stazione appaltante ha predisposto il contestato divieto al fine di garantire una situazione effettiva di concorrenza, richiamando in proposito le ragioni indicate dall'Autorità Garante della Concorrenza con la segnalazione DS251/03****, pure formalmente impugnata;

III) la contestata clausola risulta razionalmente raccordata con la finalità perseguita avuta presente la peculiare struttura del mercato relativo ai prodotti oggetto della gara de qua con riferimento alle imprese ivi operanti; invero, come è pacificamente emerso in sede di discussione dell'istanza cautelare, il suddetto mercato sotto il profilo dell'offerta è caratterizzato dalla presenza di un numero limitato di imprese di notevoli dimensioni e dalla presenza di numerose altre imprese di dimensioni più ridotte. In tale contesto, quindi, tenuto conto dei notevoli importi dei singoli lotti della gara in questione, in relazione ai quali solo pochissime imprese operanti nel comparto possedevano individualmente i prescritti requisiti tecnici e finanziari, il consentire alle suddette imprese di liberamente associarsi in ati avrebbe prodotto come conseguenze che: a) attraverso il sapiente utilizzo dell'ati si sarebbe svuotata di contenuto l'effettiva concorrenza tra le imprese di notevoli dimensioni; b) le imprese di più ridotte dimensioni alla cui tutela è preordinato l'istituto dell'a.t.i. avrebbero incontrato maggiori difficoltà nel partecipare alla gara de qua;

IV) la prova concreta della fondatezza della tesi qui accolta si ha se si hanno presenti le graduatorie relative ai singoli lotti; ebbene ai primi posti delle suddette graduatorie si sono sempre collocate le imprese leaders del settore de quo, le quali, avendo presentato autonome offerte, si sono trovate in una posizione di effettiva concorrenza, circostanza quest'ultima che verosimilmente non si sarebbe verificata in assenza della contestata disposizione limitativa.

Detto questo, appare ancor più importante sapere che:

< In merito, premesso che la doglianza in esame si basa su una valutazione di strategia imprenditoriale chiaramente recessiva rispetto alle finalità perseguite, deve essere sottolineato, in linea con quanto evidenziato dalla Consip, che la clausola de qua, comunque, non preclude in nessun modo alle imprese che potrebbero concorrere individualmente la possibilità di associarsi in ati, al fine di evitare di sostenere costi eccessivi per la regolare esecuzione della fornitura, con una o più imprese presenti sul mercato non in possesso da sole dei suddetti requisiti. >

****Per opportuna evidenza si legga qui di seguito il parere AS251 del 7 febbraio 2003, citato nell'emarginata sentenza, emesso dall'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato

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 capitolati 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 Tesauro

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 3713 del 7 maggio 2008 emessa dal Tar Lazio, Roma



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO
REGIONALE DEL LAZIO

-SEZIONE III -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

N. RS
Anno 2008

N.5214 RGR
Anno 2007

sul ricorso n.5214 del 2007 proposto dalla **spa ALFA**, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Pierluigi De Nardis ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Avilio Presutti in Roma, P.zza S. Salvatore in Lauro n.10;

CONTRO

CONSIP spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dal prof. avv. Andrea Guarino presso il cui studio in Roma, Piazza Borghese n.3, è domiciliataria;

e nei confronti:

a) BETA SPA, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Giuseppe Ramadori e Mauro Ballerini ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Ramadori in Roma, Via Marcello Prestinari n.13;

b) GAMMA spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Alessandro Patelli, Ruggero Tumbiolo e Lucio Filippo Longo ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Longo in Roma, Piazza della Marina n.1;

per l'annullamento:

1) del bando di gara avente ad oggetto la stipula di una convenzione, ai sensi della L. n.488/99 e s.m., dell'art. 58 della L.n.388/2000, del DM 24.2.2000 e del DM 2.5.2001, per la fornitura di ausili per l'incontinenza e dei servizi connessi per le pubbliche amministrazioni e relativi allegati, ed in particolare del disciplinare di gara;

2) delle segnalazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato AS251 del 20.1.2003 e S536 del 18.1.2005 con cui le pubbliche amministrazioni sono state invitate a 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”,

Visto il ricorso con la relativa documentazione;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'intimata Consip spa e delle società BETA e GAMMA;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi alla pubblica udienza del 2 aprile 2008 - relatore il dottor Giuseppe Sapone – gli avvocati della parti come da verbale;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

La società ricorrente ha partecipato alla gara indetta dalla Consip spa con bando del 26.4.2007 per la fornitura di ausili per l'incontinenza e dei servizi connessi per le pubbliche amministrazioni, strutturata in n.4 autonomi lotti e da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, presentando un'offerta per ciascuno dei lotti de quibus.

Con il proposto gravame ha impugnato il suddetto bando e il disciplinare di gara nella parte in cui (punto III.1.3) non è stata ammessa la partecipazione in RTI di due o più imprese che anche

avvalendosi di società terze nelle modalità indicate nel disciplinare di gara, erano in grado di soddisfare singolarmente i requisiti economici e tecnici con riferimento al lotto di importo superiore tra quelli per cui il RTI partecipa.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi di doglianza:

- 1) Violazione dell'art.37 del D.lgvo n.183/2006 e dell'art.4 della Direttiva 2004/18/CE del 31.3.2004 e dell'art. 41 Costituzione;**
- 2) Eccesso di potere per illogicità, disparità di trattamento, violazione della par condicio dei concorrenti, irragionevolezza.**

Successivamente l'attuale istante, la quale si era classificata al terzo posto nelle graduatorie relative ai lotti 2 e 4 aggiudicati alla GAMMA spa e al secondo posto in quelle relative ai lotti 1 e 3 aggiudicati alla BETA spa, odierne controinteressate, ha impugnato le suddette aggiudicazioni, contestando l'operato della Commissione aggiudicatrice e deducendo la seguente ed articolata censura:

- 3) Eccesso di potere per irragionevolezza, incoerenza ed illogicità. Violazione dei principi di imparzialità e della par condicio. Contraddittorietà. Illogicità e violazione del principio di buon andamento. Violazione della normativa di gara e di autolimiti.**

Si è costituita la Consip spa prospettando l'inammissibilità sia del gravame che dei motivi aggiunti e contestando con ampie ed

articolate argomentazioni la fondatezza delle censure dedotte e concludendo per il rigetto delle stesse.

Si sono costituite anche le imprese aggiudicatarie prospettando l'inammissibilità e l'infondatezza dei motivi aggiunti di doglianza.

Alla pubblica udienza del 2 aprile 2008 il ricorso è stato assunto in decisione.

DIRITTO

Con il proposto gravame e con i successivi motivi aggiunti la società ricorrente, la quale aveva partecipato alla gara indetta dalla Consip spa con bando del 26.4.2007 per la fornitura di ausili per l'incontinenza e dei servizi connessi per le pubbliche amministrazioni, strutturata in n.4 autonomi lotti e da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, presentando un'offerta per ciascuno dei lotti de quibus, ha impugnato:

I) il suddetto bando e il disciplinare di gara nella parte in cui (punto III.1.3) non è stata ammessa la partecipazione in RTI di due o più imprese che anche avvalendosi di società terze nelle modalità indicate nel disciplinare di gara, siano in grado di soddisfare singolarmente i requisiti economici e tecnici con riferimento al lotto di importo superiore tra quelli per cui il RTI partecipa.

II) i provvedimenti con cui è stata disposta l'aggiudicazione dei lotti 2 e 4 a favore della spa GAMMA e dei lotti 1 e 3 a favore della BETA spa, odierne controinteressate.

Il Collegio intende prescindere dal previo esame delle eccezioni di rito prospettate nei confronti sia del ricorso principale che dei motivi aggiunti, stante la manifesta infondatezza delle dedotte doglianze.

Con il primo profilo di doglianza proposto con la prima delle censure dedotte in via principale la ricorrente ha sostenuto che l'impugnata clausola del bando avente ad oggetto l'immotivato divieto di cui sopra risulta essere in palese contrasto con:

- a) la normativa comunitaria e nazionale che affermano il principio di carattere generale secondo cui gli operatori economici possono partecipare alle procedure degli appalti pubblici sia singolarmente sia in forma associata, sempreché ciascuna impresa posseda i requisiti di capacità tecnica richiesti;
- b) il consolidato orientamento giurisprudenziale, meticolosamente indicato, secondo cui l'amministrazione può individuare nella lex specialis criteri e requisiti di capacità tecnica diversi e più rigorosi rispetto a quelli indicati in via generale dalle norme di legge, con il solo limite di non introdurre con le clausole del bando elementi di illogicità, irragionevolezza e sproporzionalità rispetto alla specificità del servizio oggetto della gara ovvero criteri di selezione/valutazione idonei a generare effetti discriminatori.

La censura de qua non è suscettibile di favorevole esame.

Al riguardo, premesso che nella fattispecie in esame, come sottolineato dalla Consip, non è dato individuare alcun divieto assoluto ad associarsi in ati o in un consorzio nemmeno per le

imprese che potrebbero concorrere individualmente, dato che la limitazione riguarda un'ipotesi particolare e specifica, il Collegio osserva che:

I) la tutela della concorrenza, contrariamente a quanto affermato dall'odierna istante, in quanto preordinata ad assicurare la tutela della libertà di iniziativa economica non può non presupporre delle limitazioni alla condotta delle singole imprese;

II) nella fattispecie in esame la stazione appaltante ha predisposto il contestato divieto al fine di garantire una situazione effettiva di concorrenza, richiamando in proposito le ragioni indicate dall'Autorità Garante della Concorrenza con la segnalazione DS251/03, pure formalmente impugnata;

III) la contestata clausola risulta razionalmente raccordata con la finalità perseguita avuta presente la peculiare struttura del mercato relativo ai prodotti oggetto della gara de qua con riferimento alle imprese ivi operanti; invero, come è pacificamente emerso in sede di discussione dell'istanza cautelare, il suddetto mercato sotto il profilo dell'offerta è caratterizzato dalla presenza di un numero limitato di imprese di notevoli dimensioni e dalla presenza di numerose altre imprese di dimensioni più ridotte. In tale contesto, quindi, tenuto conto dei notevoli importi dei singoli lotti della gara in questione, in relazione ai quali solo pochissime imprese operanti nel comparto possedevano individualmente i prescritti requisiti tecnici e finanziari, il consentire alle suddette imprese di liberamente associarsi in ati avrebbe prodotto come conseguenze che: **a)**

attraverso il sapiente utilizzo dell'ati si sarebbe svuotata di contenuto l'effettiva concorrenza tra le imprese di notevoli dimensioni; **b)** le imprese di più ridotte dimensioni alla cui tutela è preordinato l'istituto dell'a.t.i. avrebbero incontrato maggiori difficoltà nel partecipare alla gara de qua;

IV) la prova concreta della fondatezza della tesi qui accolta si ha se si hanno presenti le graduatorie relative ai singoli lotti; ebbene ai primi posti delle suddette graduatorie si sono sempre collocate le imprese leaders del settore de quo, le quali, avendo presentato autonome offerte, si sono trovate in una posizione di effettiva concorrenza, circostanza quest'ultima che verosimilmente non si sarebbe verificata in assenza della contestata disposizione limitativa.

Da rigettare è anche il secondo profilo di doglianza con cui l'odierna istante, sul presupposto che il rilevante importo dei lotti in questione avrebbe indotto le imprese partecipanti ad affrontare un notevole sforzo economico per dotarsi delle necessarie attrezzature al fine di assicurare il corretto adempimento della fornitura, ha contestato la clausola de qua, sostenendo che non sarebbe stata tenuta nella debita considerazione la necessità dei concorrenti di evitare di accollarsi costi eccessivi associandosi in ati con imprese adeguate.

In merito, premesso che la doglianza in esame si basa su una valutazione di strategia imprenditoriale chiaramente recessiva rispetto alle finalità perseguite, deve essere sottolineato, in linea con quanto evidenziato dalla Consip, che la clausola de qua, comunque,

non preclude in nessun modo alle imprese che potrebbero concorrere individualmente la possibilità di associarsi in ati, al fine di evitare di sostenere costi eccessivi per la regolare esecuzione della fornitura, con una o più imprese presenti sul mercato non in possesso da sole dei suddetti requisiti.

Ugualmente infondate devono essere dichiarate le ultime censure con cui è stata prospettata l'illogicità della contestata disposizione la quale avrebbe limitato la possibilità di partecipare in ati mentre avrebbe ammesso senza restrizioni sia la possibilità del subappalto, sia la partecipazione dei consorzi di cui all'art.34, comma 1, lett. B) e c) del D.lgvo n.163/2006.

Per quanto concerne la possibilità di ricorrere al subappalto la differente disciplina si giustifica in quanto i subappaltatori non concorrono alla formazione dell'offerta, e conseguentemente, non influiscono sulla dinamica concorrenziale.

Relativamente ai consorzi, da individuare nei consorzi stabili, nei consorzi di cooperative di cui alla L. n.422/1909 e nei consorzi tra imprese artigiane di cui alla L. n.443/1985, la tesi ricorsuale omette di considerare che le imprese partecipanti al consorzio in nessun caso avrebbero potuto partecipare individualmente alla gara, per cui l'ammissione senza limiti dei suddetti consorzi non è in grado di provocare quella limitazione della concorrenza che si sarebbe potuto verificare se fosse stata consentita senza limiti l'associazione temporanea di imprese.

Con la prima doglianza dedotta in sedi di motivi aggiunti e prospettante la violazione del principio di imparzialità e della par condicio, la società ricorrente ha censurato l'operato del laboratorio incaricato di valutare la qualità dei prodotti, il quale:

a) in un primo tempo ha prelevato da un'unica confezione tutti i campioni da sottoporre a prelievo;

b) successivamente ha proceduto a prelevare ulteriori campioni da ciascuna delle rimanenti confezioni, così come prescritto dalla lex specialis, ritenendo, che ai fini della valutazione finale complessiva delle prove, per quanto concerne i campioni prelevati dalla prima confezione, si sarebbe tenuto conto solo dei risultati delle prove effettuate sui campioni prelevati per primi in ordine cronologico, e non dei migliori risultati relativi ai suddetti campioni, come in un primo tempo affermato.

La censura è manifestamente infondata, dato che, come chiaramente rappresentato dalla Consip e dalle società controinteressate, la stazione appaltante, una volta accortasi dell'errore consistente nel fatto di aver prelevato i campioni da testare solamente dalla prima confezione, si è uniformata alla lex specialis della gara che imponeva di prelevare i campioni da ciascuna delle tre confezioni.

Inoltre, per quanto concerne i campioni prelevati dalla prima confezione, è palese che si doveva far riferimento soltanto ai campioni prelevati per primi e per secondi in ordine cronologico, che erano quelli che dovevano essere testati, mentre correttamente

non è stato data alcuna rilevanza alle risultanze dei campioni prelevati in eccesso.

Pure infondata è la successiva censura con cui è stata contestata la correttezza della procedura seguita dal laboratorio per valutare la tenuta delle barriere laterali dei campioni, in quanto “anziché testare prima le barriere di destra e poi quelle di sinistra, si è proceduto a testare alternativamente prima una di destra e in sequenza una di sinistra, con il risultato che qualora si fosse verificata una perdita, le prove sono state interrotte, considerando arbitrariamente, come perdita anche sulla barriera di sinistra anche nel caso in cui la perdita fosse avvenuta su quella di destra” (pag.3 dei motivi aggiunti).

In merito deve essere sottolineato che il laboratorio nell'effettuare tali tests si è scrupolosamente uniformato a quanto previsto dal capitolato di gara il quale prevedeva il seguente ordine nel saggiare la tenuta delle barriere: barriera destra nel campione n.1; barriera sinistra del campione 2; barriera destra del campione n.3; barriera sinistra del campione n.4; barriera destra del campione n.5; barriera sinistra del campione n.6.

Pure infondata è, infine, l'ultima censura prospettata in sede di motivi aggiunti con cui è stato fatto presente che in palese violazione della disciplina di gara “il peso medio dei prodotti non è stato calcolato pesando tutti i prodotti delle tre confezioni offerte quali campioni, bensì pesando unicamente il peso medio di ogni singola busta (pag.7 dei motivi aggiunti), per cui in sostanza,

secondo la tesi ricorsuale, il peso medio sarebbe stato calcolato sui pezzi di una singola confezione e non sul totale dei pezzi delle tre confezioni.

Al riguardo, deve essere osservato, in linea con quanto rappresentato sul punto sia dalla Consip che dalla spa GAMMA, che:

1)il capitolato prevedeva che ciascun campione doveva essere selezionato sulla base del proprio peso e che quest'ultimo doveva rientrare in un range di +/- 3 grammi rispetto al peso medio totale, dato dal peso medio calcolato su tutte le tre confezioni;

2) il laboratorio ha provveduto a pesare singolarmente le tre confezioni ed ha successivamente individuato la confezione con il peso intermedio ed ha parametrato il peso dei singoli campioni sul peso medio calcolato sulla confezione prescelta;

3) tale modus operandi, come affermato e dimostrato dalla Consip, in alcun modo contestata sul punto, non hanno in alcun modo influito sulla scelta dei campioni, in quanto i campioni che sono stati effettivamente prelevati avevano un peso che rientrava comunque nel citato intervallo.

Ciò considerato, il proposto gravame deve essere rigettato.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso n.5214 del 2007, come in

epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 2 aprile 2008 dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sezione terza, con l'intervento dei signori giudici:

Dr. Stefano BACCARINI - Presidente

Dr. Giuseppe SAPONE - Consigliere, estensore

Dr. Cecilia ALTAVISTA - Primo referendario

IL PRESIDENTE

IL GIUDICE ESTENSORE