

In presenza di un raggruppamento, la garanzia provvisoria serve a tutelare la stazione appaltante circa il futuro assolvimento degli obblighi che vengono assunti individualmente da tutte le imprese associande, la circostanza che essa sia prestata nella forma del deposito cauzionale a titolo di pegno non toglie che, per poter assolvere alla propria funzione, il pegno stesso deve essere riferibile non alla sola capogruppo, ma anche alle mandanti

E' legittima l'esclusione dalla procedura di due Ati, motivata con riferimento all'inadeguatezza della garanzia fideiussoria presentata: quanto alla prima, per non essere la fideiussione bancaria posta a corredo dell'offerta intestata a tutte le imprese facenti parte del raggruppamento, imprese neppure menzionate all'interno del documento contenente la garanzia; quanto alla seconda, analogamente, per aver presentato a garanzia dell'offerta un deposito provvisorio a titolo di pegno intestato alla sola capogruppo-mandataria, senza alcuna menzione delle imprese mandanti. _ ulteriori profili di irregolarità della garanzia ulteriori rispetto a quello già posto a fondamento dell'esclusione e, segnatamente la presenza – relativamente all'impegno alla costituzione della garanzia definitiva – di un limite massimo di copertura pari a 3,5 milioni di dollari statunitensi, potenzialmente rivelatore della percentuale di ribasso da dichiararsi separatamente, nonché potenzialmente inadeguato a coprire il 10% dell'importo a base d'asta, e comunque espresso solo in dollari e non anche in euro, in violazione del capitolato d'onere?

I due raggruppamenti andavano esclusi. Riprendendo pedissequamente il disposto dell'art. 75 D.Lgs. n. 163/06, l'art. 15 lett. D) del disciplinare integrativo del bando per l'affidamento della fornitura oggetto di causa richiede, per quanto qui interessa, che le offerte siano corredate a pena di esclusione di una garanzia provvisoria per un importo pari al 2% della base d'asta, ovvero 480.000,00 euro, sotto forma di fideiussione bancaria o assicurativa, ovvero di cauzione a titolo di pegno in contanti o titoli del debito pubblico. A corredo delle proprie offerte le ricorrenti hanno presentato, la prima, una fideiussione bancaria rilasciata da una Banca, la seconda, un deposito provvisorio in contanti a titolo di pegno: come emerge dagli atti, garantite nell'un caso dalla fideiussione, nell'altro dalla cauzione, risultano essere esclusivamente le odierne ricorrenti, cui i contratti di garanzia sono intestati, senza alcun riferimento alle altre imprese facenti parte dei rispettivi raggruppamenti (dalla polizza fideiussoria prodotta dalla prima ati neppure si evince che la partecipazione alla gara sia effettuata in veste di capogruppo-mandataria, laddove per l'altra ricorrente un generico riferimento alla partecipazione quale capogruppo, carente però di qualsivoglia indicazione circa il nominativo delle imprese mandanti, si rinviene nell'impegno della banca garante a costituire la fideiussione definitiva nell'ipotesi di aggiudicazione). La questione da dirimere attiene, appunto, all'adeguatezza della cauzione provvisoria intestata alla sola impresa designata come capogruppo di un costituendo raggruppamento, ovvero da essa sola sottoscritta, tema che ha dato luogo alla formazione di indirizzi giurisprudenziali contrapposti. Ciò, fino all'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale, con decisione 4 ottobre 2005, n. 8 (su fattispecie disciplinata dall'art. 30 co. 1 della legge n. 109/94, rifuuto nel citato art. 75 D.Lgs. n. 163/06), ha affermato il principio secondo cui, nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di un raggruppamento temporaneo di imprese costituendo, la polizza fideiussoria, mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria, deve essere intestata non solo alla società capogruppo, ma anche alle mandanti che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara, e questo al fine di evitare possibili carenze di garanzia per la stazione appaltante con riferimento a quei casi in cui l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti. Posto, infatti, che la cauzione provvisoria assolve ad una duplice funzione, indennitaria (in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario) e sanzionatoria (per il caso di altri inadempimenti procedurali del concorrente), in presenza di un raggruppamento di imprese costituendo il soggetto garantito non è il raggruppamento nel suo complesso, e neppure la sola capogruppo designata, bensì tutte le imprese associande, che durante la gara operano individualmente e

responsabilmente nell'assolvimento degli impegni connessi alla partecipazione alla gara, ivi compreso, in caso di aggiudicazione, l'impegno (per le future mandanti) di conferire il mandato collettivo alla impresa designata capogruppo, che stipulerà il contratto con l'amministrazione. Ne deriva che – in virtù del carattere accessorio della garanzia, che impone al fideiussore di indicare l'obbligazione principale garantita, il soggetto garantito, le eventuali condizioni e limitazioni soggettive ed oggettive della garanzia rispetto all'obbligazione principale – la fideiussione prestata a corredo dell'offerta di un raggruppamento costituendo non solo deve richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, ma anche identificare singolarmente e contestualmente le imprese stesse, oltre a dover garantire sia la mancata sottoscrizione del contratto, sia ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara. _L'esclusione della seconda Ati deve peraltro considerarsi legittima anche in ordine agli ulteriori profili evidenziati dalla commissione con la nota dell'11 settembre 2008, in sede di riesame, relativamente al documento presentato dall'impresa e contenente l'impegno della banca a rilasciare la garanzia fideiussoria definitiva per l'esecuzione del contratto. _Detto impegno, riferito al 10% dell'importo contrattuale al netto dell'IVA in conformità all'art. 22.2 lett. a) del disciplinare di gara, reca un limite massimo di copertura espresso in valuta straniera (3,5 milioni di dollari statunitensi). **Anche a prescindere dall'attitudine ad anticipare – quantomeno nell'importo massimo – la percentuale di ribasso oggetto dell'offerta economica, detto limite resta in effetti esposto alle imprevedibili fluttuazioni del cambio e, pertanto, al rischio non soltanto teorico di rivelarsi insufficiente rispetto allo scopo; ciò che, ancora una volta, incide negativamente sulla serietà dell'offerta**

Merita di essere segnalata la sentenza numero 734 del 29 aprile 2009 emessa dal Tar Toscana, Firenze

Questi i motivi dei due ricorsi:

L'unico motivo di cui al ricorso introduttivo di ALFA Technologies, ribadito con il decimo motivo di cui al quarto ricorso per motivi aggiunti, muove dal presupposto della responsabilità congiunta e solidale, verso la stazione appaltante, delle imprese concorrenti in associazione o raggruppamento temporaneo, presupposto sancito dall'art. 5.6 del capitolato d'onere. Tale previsione, letta in combinato disposto con l'art. 15 lett. D) – secondo cui la cauzione provvisoria copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario – ed in assenza di specifica disciplina della cauzione da prestarsi da parte delle imprese partecipanti in forma raggruppata, renderebbe illegittima la pretesa dell'Agenzia di vedere la garanzia intestata, a pena di esclusione, a tutte le imprese riunite in raggruppamento; e, quantomeno, denoterebbe la scarsa chiarezza della legge di gara, ambigua al punto da determinare l'esclusione di due dei tre concorrenti per motivi formali legati al contenuto delle garanzie prestate.

L'esclusione si tradurrebbe, in definitiva, in una sanzione sproporzionata, irragionevole, e comunque illegittima per il solo fatto di non essere espressamente prevista dal capitolato.

DELTA, con i primi due motivi di cui al proprio atto introduttivo, rivendica innanzitutto la piena legittimità della cauzione provvisoria offerta attraverso la costituzione di un deposito a titolo di pegno, invocando l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, nell'ambito di un raggruppamento temporaneo di imprese, la capogruppo mandataria sarebbe l'unico soggetto legittimato al rilascio della garanzia, in quanto unico interlocutore della stazione appaltante. La tesi sarebbe rafforzata dalla natura della garanzia prestata, giacché, a differenza della fideiussione, per svolgere la propria funzione a tutela dell'interesse dell'amministrazione il pegno richiederebbe unicamente il materiale versamento della corrispondente somma di denaro e il deposito della ricevuta di avvenuto deposito, con l'indicazione del beneficiario ma non necessariamente dell'autore del versamento.

Per altro verso, l'indicazione di un importo massimo garantito rappresenterebbe ad avviso di DELTA una consuetudine radicata nel sistema bancario statunitense, cui l'istituto di credito garante appartiene, ed in mancanza ne risulterebbe inficiata la stessa validità della garanzia; in ogni caso, si tratterebbe di un limite più che congruo rispetto all'importo a base d'asta, fermo restando che, secondo la prospettazione, la garanzia andrebbe parametrata al più ridotto ammontare del contratto (e comunque, in presenza di un dubbio circa l'importo garantito, la commissione avrebbe dovuto quantomeno chiedere chiarimenti, e non procedere all'immediata esclusione).

La mancata indicazione in euro dell'importo garantito costituirebbe, infine, una mera violazione formale, in relazione alla quale si sarebbe oltretutto verificata una disparità di trattamento tra i concorrenti, posto che nella stessa violazione sarebbe incorsa anche l'aggiudicataria, ma senza venire sottoposta ad alcuna conseguenza sfavorevole.

Questo il parere dell'adito giudice amministrativo:

Tale autorevole orientamento, dal quale non vi sono ragioni di discostarsi, ha il pregio di conciliare la "ratio" della disciplina dettata dal legislatore per la cauzione provvisoria con l'applicazione delle regole generali in materia di garanzia fideiussoria, le quali, a differenza di quanto sostenuto dalla ricorrente ALFA Technologies, non implicano affatto che la garanzia prestata per uno o alcuni dei condebitori solidali si estenda automaticamente agli altri, come si ricava "a contrario" dall'art. 1951 c.c. (la garanzia opera su di un piano autonomo e parallelo rispetto a quello della solidarietà che caratterizza la responsabilità dei condebitori, e così l'azione di regresso del garante verso il condebitore solidale debitore garantito convive con l'azione di regresso proposta da quest'ultimo nei confronti dei condebitori non garantiti). Si pensi poi al regime delle eccezioni opponibili dal fideiussore, che, ai sensi dell'art. 1945 c.c., sono le stesse spettanti al debitore principale, ed alla ovvie ricadute di questa disciplina sulle eccezioni opponibili alla stazione appaltante dal fideiussore, il quale abbia prestato la garanzia in favore di una sola delle imprese associande, ogniqualvolta l'inadempimento che giustifica l'escussione della garanzia sia imputabile a impresa diversa da quella garantita. Né vale sostenere che, nella specie, la legge di gara avrebbe dovuto impartire istruzioni specifiche per il contenuto della cauzione provvisoria in caso di raggruppamento, essendo, come detto, connaturato alla funzione stessa della cauzione il coinvolgimento originario di tutti i soggetti partecipanti alla gara e, come tali, obbligati alla prestazione della garanzia. La nazionalità straniera non esime poi la ricorrente, com'è ovvio, dalla rigorosa osservanza della normativa applicabile dalla stazione appaltante.

Di conseguenza:

< In forza di tali rilievi, deve ritenersi che l'esclusione dalla gara di ALFA Technologies non richiedesse alcuna sanzione ulteriore rispetto a quella prevista in termini generali dal disciplinare, rappresentando un effetto necessitato dell'assenza di una garanzia idonea a costituire validamente la cauzione provvisoria (e non di una mera violazione formale consistente nella mancata indicazione, nel documento contenente la fideiussione, di tutte le imprese appartenenti al raggruppamento).>

Ma non solo

< Le medesime considerazioni e conclusioni valgono per l'esclusione disposta nei confronti dell'altra ricorrente DELTA. Ribadito che, in presenza di un raggruppamento, la garanzia provvisoria serve a tutelare la stazione appaltante circa il futuro assolvimento degli obblighi che vengono assunti individualmente da tutte le imprese associande, la circostanza che essa sia prestata nella forma del deposito cauzionale a titolo di pegno non toglie che, per poter assolvere alla propria funzione, il pegno stesso deve essere riferibile non alla sola capogruppo, ma anche alle mandanti (nulla osta, ad esempio, a che sia la capogruppo a costituire la garanzia, nella duplice veste di debitore e di terzo datore del pegno nell'interesse delle mandanti): in caso contrario, l'eventuale inadempimento di queste ultime non

potrebbe mai considerarsi utilmente assistito dalla garanzia, non avendo l'amministrazione creditrice alcuna certezza di poter esercitare il diritto di prelazione.>

Ed ancora

< In effetti, benché la garanzia possa considerarsi perfezionata con la consegna materiale o virtuale del bene oggetto del pegno, la stazione appaltante può utilmente avvalersene solo se la prelazione sia anche opponibile ai terzi creditori del datore di pegno, e questo si verifica a condizione che il credito garantito risulti da scrittura avente data certa, ai sensi dell'art. 2787 co. 3 c.c.. Perché tale condizione possa dirsi soddisfatta occorre, allora, che dallo scritto l'obbligazione garantita risulti determinata o determinabile, e cioè che – a maggior ragione laddove si tratti di credito futuro – sia quantomeno indicata la fonte del credito; questa, a sua volta, non può prescindere dall'indicazione completa dell'identità del debitore o dei debitori, vale a dire, per quanto interessa ai fini di causa, di tutte le imprese riunite nel raggruppamento. Ne deriva, di contro, che l'indicazione per iscritto di una sola delle imprese riunite impedisce all'amministrazione di far valere la prelazione al di fuori dei casi di inadempimento di quest'ultima, rendendo la garanzia inidonea a produrre gli effetti richiesti dall'art. 75 D.Lgs. n. 163/06.>

In conclusione:

<2.4. L'esclusione di DELTA deve peraltro considerarsi legittima anche in ordine agli ulteriori profili evidenziati dalla commissione con la nota dell'11 settembre 2008, in sede di riesame, relativamente al documento presentato dall'impresa e contenente l'impegno della banca GE Antares a rilasciare la garanzia fideiussoria definitiva per l'esecuzione del contratto.

Detto impegno, riferito al 10% dell'importo contrattuale al netto dell'IVA in conformità all'art. 22.2 lett. a) del disciplinare di gara, reca un limite massimo di copertura espresso in valuta straniera (3,5 milioni di dollari statunitensi). Anche a prescindere dall'attitudine ad anticipare – quantomeno nell'importo massimo – la percentuale di ribasso oggetto dell'offerta economica, detto limite resta in effetti esposto alle imprevedibili fluttuazioni del cambio e, pertanto, al rischio non soltanto teorico di rivelarsi insufficiente rispetto allo scopo; ciò che, ancora una volta, incide negativamente sulla serietà dell'offerta.

Inoltre, l'importo garantito non risulta affiancato dal corrispondente valore in euro a una data certa utile per il procedimento di gara, sotto tale profilo ricorrendo la causa di esclusione espressamente prevista dal combinato disposto dei commi 1 e 6 dell'art. 13 del disciplinare. La circostanza è riconosciuta dalla ricorrente, la quale – ai paragrafi II.4 e II.5 del ricorso introduttivo – si duole in realtà del diverso trattamento riservato all'aggiudicataria, la cui offerta economica sarebbe affetta dal medesimo vizio. Sul punto, è sufficiente una volta per tutte osservare che l'importo del capitale sociale delle imprese concorrenti – che alla controinteressata si imputa di aver indicato solo in sterline – non rappresenta un elemento imprescindibile dell'offerta, e perciò avrebbe potuto venire del tutto omesso; ne consegue che, all'opposto di quanto sostenuto da DELTA, proprio il sanzionare la mancata indicazione del controvalore in euro di un elemento non richiesto avrebbe dato luogo, da parte dell'Agenzia, ad un'applicazione indiscriminata e manifestamente irragionevole della legge di gara.>

A cura di Sonia Lazzini

N. 00734/2009 REG.SEN.
N. 01480/2008 REG.RIC.
N. 01538/2008 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1480 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
ALFA Technologies , in persona del legale rappresentante "pro tempore", in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con ALFADUE Libri S.p.a., ALFATRE S.r.l. e ALFAQUATTRO S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Albanese e Roberto Passini, con domicilio eletto presso Roberto Passini in Firenze, via Bolognese 55;

contro

Agenzia Nazionale per lo Sviluppo dell'Autonomia Scolastica, in persona del Direttore generale "pro tempore", rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata per legge in Firenze, via degli Arazzieri 4;

Ministero dell'Istruzione, dell'Universita' e della Ricerca;

nei confronti di

BETA Limited, in persona del legale rappresentante "pro tempore", anche quale mandataria del costituito R.T.I. con BETADUE. Alfa, BETATRE e Percorsi S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Gaetano Alfarano, Stefano Grassi, Maria Grazia Lanero, Dante Micaella e Filippo Bucchi, con domicilio eletto presso Stefano Grassi in Firenze, corso Italia 2;

Sul ricorso numero di registro generale 1538 del 2008, proposto da:
DELTA , in persona del legale rappresentante "pro tempore", anche quale

mandataria del costituendo R.T.I. con DELTA DUE S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Vincenzo Ferraro, Alfredo Lucente, Giuseppe Nicosia, Andrea Sandulli ed Alessandro Moriconi, con domicilio eletto presso Eugenio Dalli Cardillo in Firenze, via Camporeggi 3;

contro

Agenzia per lo Sviluppo dell'Autonomia Scolastica, in persona del Direttore generale "pro tempore", Ministero dell'Istruzione, dell'Universita' e della Ricerca, in persona del Ministro "pro tempore", rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata per legge in Firenze, via degli Arazzieri 4;

nei confronti di

BETA Limited, in persona del legale rappresentante "pro tempore", anche quale mandataria del costituito R.T.I. con BETADUE. Alfa, BETATRE e Percorsi S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Grassi, Maria Grazia Lanero, Dante Micaella e Filippo Bucchi, con domicilio eletto presso Stefano Grassi in Firenze, corso Italia 2;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

quanto al ricorso n. 1480 del 2008:

- del provvedimento assunto nel corso della riunione della Commissione di gara in data 19 agosto 2008 e comunicato con nota in data 20 agosto 2008 prot. n. 23545F39, di esclusione del costituendo R.O.E. ricorrente dalla procedura aperta per l'acquisto di una fornitura per gli Istituti Comprensivi e le scuole secondarie di primo grado in territorio nazionale di 8000 "dotazioni tecnologiche" (Lavagne interattive multimediali - LIM);

- del successivo provvedimento assunto dalla Commissione in data 2 settembre 2008 con la quale è stata negata la riammissione richiesta dal RTI;

- del bando di gara e del capitolato speciale;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, tra cui il provvedimento di aggiudicazione provvisoria alla controinteressata;

con motivi aggiunti depositati in data 7 ottobre 2008:

- della comunicazione di proposta di aggiudicazione provvisoria della gara con prot. 25398/F39 in data 11.9.2008, prot. 25561/F39 del 12.9.2008;

con motivi aggiunti depositati in data 23 ottobre 2008:

- dei verbali nn. 2 del 19.8.2008 e 3 del 20.8.2008;

- del successivo provvedimento della Commissione in data 2.9.2008 con la quale è stata negata la riammissione richiesta dal RTI;

- del verbale del 3.8.2008, nella parte in cui la documentazione contenuta nella busta A della RTI BETA è stata giudicata conforme ai requisiti richiesti nel disciplinare e non si è proceduto alla sua esclusione;

con motivi aggiunti depositati l'11 dicembre 2008:

- del decreto n. 136 del 3.12.2008 del Direttore Generale dell'Agenzia Nazionale per lo Sviluppo dell'Autonomia Scolastica.

Quanto al ricorso n. 1538 del 2008:

- della deliberazione, comunicata tramite raccomandata anticipata a mezzo fax, Prot. n. 23548/F39 del 20 agosto 2008, con cui l'Agenzia per lo Sviluppo dell'Autonomia Scolastica ha comunicato l'avvenuta esclusione della ricorrente dalla procedura aperta per l'aggiudicazione dell'affidamento della fornitura di n. 8000 lavagne interattive multimediali;

- della deliberazione, comunicata a mezzo raccomandata, Prot. n. 25255/F39 del 9 settembre 2008, con cui l'Agenzia, dopo avere proceduto a riesaminare l'offerta della costituenda A.T.I. Ditte DELTA e DELTA DUE, ha comunicato a quest'ultima la conferma di esclusione dalla gara;

- della deliberazione, comunicata per mezzo delle raccomandate inviate a mezzo fax, Prot. n. 25398/F39 dell'11 settembre 2008, e Prot. n. 25561/F39 del 12 settembre 2008, con le quali la Commissione di gara ha provveduto a comunicare l'avvenuta aggiudicazione provvisoria della gara all'ATI costituita per mandataria l'impresa BETA;

- del Bando di gara, del Capitolato d'Oneri e del Capitolato Tecnico della gara de qua;

- di ogni altro atto che sia o possa essere ad esse connesso, presupposto e/o consequenziale, ivi compresa l'eventuale delibera di aggiudicazione definitiva della

Gara, nonché la conseguente stipula del contratto e relativa deliberazione di approvazione;

con motivi aggiunti depositati il 12 dicembre 2008:

- del Decreto n. 136 del 3 dicembre 2008, comunicato a mezzo fax in data 9 dicembre 2008, con cui l'Agenzia per lo Sviluppo dell'Autonomia Scolastica ha comunicato di avere aggiudicato definitivamente la procedura aperta per "l'aggiudicazione dell'affidamento della fornitura di n. 8000 lavagne interattive multimediali" a favore dell'A.T.I. costituita con mandataria la Ditta BETA Ltd.;

- del Decreto n. 143, pubblicato in data 10 dicembre 2008 nel sito internet ufficiale dell'Agenzia;

- di tutti i provvedimenti e atti presupposti alla predetta aggiudicazione definitiva già previamente e appositamente impugnati.

Visti i ricorsi ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Agenzia Nazionale Sviluppo Autonomia Scolastica;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società BETA Limited;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 05/03/2009 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato il 12 e depositato il 16 settembre 2008, iscritto al n. 1480 R.G. 2008, la tedesca ALFA Technologies esponeva di aver partecipato alla gara indetta dall'Agenzia Nazionale per lo Sviluppo dell'Autonomia Scolastica (ex

Indire), con bando pubblicato il 18 giugno 2008, per l'acquisto di una fornitura di ottomila lavagne interattive multimediali (LIM) da destinare agli istituti comprensivi ed alle scuole di primo grado sul territorio nazionale, con i connessi servizi di trasporto, distribuzione, consegna, installazione, formazione all'uso ed assistenza. In ragione del peculiare oggetto della fornitura, e del fatto che l'ingente importo a base d'asta (24 milioni di euro) imponeva il possesso di elevati requisiti di fatturato specifico, alla gara avevano partecipato tre soli raggruppamenti di imprese, aventi quali mandatarî i maggiori produttori mondiali di lavagne multimediali, tra i quali essa ricorrente. Curatasi di provvedere alla traduzione degli atti e documenti di gara, reperite le altre imprese con cui associarsi per il caso di aggiudicazione e presentata l'offerta tecnica ed economica, la ricorrente deduceva di aver appreso con stupore – da una nota del 20 agosto 2008 – della propria esclusione dalla procedura, motivata con riferimento all'inadeguatezza della garanzia fideiussoria presentata; e poiché analogo provvedimento era stato assunto dalla stazione appaltante anche nei confronti dell'altro raggruppamento capeggiato dalla società DELTA , alla gara era risultata ammessa la sola compagine di imprese guidata dalla britannica BETA Limited. La successiva istanza di riammissione alla gara, presentata dalla ricorrente sul presupposto dell'assenza, all'interno della "lex specialis", di previsioni che sanzionassero con l'esclusione eventuali vizi delle garanzie prestate dalle imprese, era stata respinta dalla commissione con nota del 2 settembre 2008.

Tanto premesso in fatto, avverso il provvedimento di esclusione ed il diniego di riammissione, nonché avverso il bando di gara ed il capitolato speciale, ALFA Technologies proponeva impugnazione dinanzi a questo tribunale, ivi intimando l'Agenzia procedente e concludendo per l'annullamento degli atti impugnati, previa sospensiva. Contestualmente chiedeva altresì che, con decreto "inaudita altera parte", venissero adottate tutte le misure idonee ad evitare che nelle more del giudizio si procedesse all'aggiudicazione della gara ed alla stipula del contratto d'appalto.

Con decreto presidenziale del 18 settembre 2009, il tribunale sospendeva in via interinale l'efficacia dei provvedimenti impugnati. Costituitasi quindi l'amministrazione intimata, con atto di motivi aggiunti depositato il 7 ottobre 2008 la società ricorrente estendeva il gravame all'aggiudicazione provvisoria della gara, frattanto adottata in favore dell'odierna controinteressata, chiedendone ancora una volta l'annullamento – per invalidità derivata – previo rilascio di misure cautelari anche provvisorie; con un secondo atto di motivi aggiunti, depositato il 24 ottobre 2008 a seguito di accesso agli atti di gara, ALFA Technologies riproponeva quindi le medesime censure già svolte con il ricorso introduttivo e con i primi motivi aggiunti, indirizzando meglio le proprie doglianze nei confronti dei verbali di gara dai quali risultavano la sua esclusione e l'aggiudicazione provvisoria: di

quest'ultima, la ricorrente faceva ora anche valere vizi autonomi, sostenendo che il raggruppamento BETA Limited avrebbe a sua volta dovuto essere escluso per difetto dei requisiti di capacità tecnica e per vizi della fideiussione presentata a corredo dell'offerta.

Frattanto, con separato ricorso notificato il 25 e depositato il 29 settembre 2008, iscritto al n. 1538 R.G. 2008, anche la sopra ricordata DELTA (di seguito, DELTA), sopra ricordata, aveva impugnato la propria esclusione dalla gara, unitamente al bando, al capitolato d'oneri, al capitolato tecnico ed all'aggiudicazione provvisoria (questa anche per vizi derivanti dalla mancata esclusione del raggruppamento aggiudicatario), integrando poi il gravame con due ricorsi per motivi aggiunti, formulati a seguito di accesso agli atti.

Le due cause venivano chiamate congiuntamente all'udienza camerale del 30 ottobre 2008, in esito alla quale il collegio – dispostane la riunione a fini istruttori – ordinava all'Agenzia intimata di produrre in giudizio tutti gli atti di gara, ivi compresa l'offerta della controinteressata. Alla successiva udienza del 13 novembre 2008, fissata per la trattazione della domanda cautelare, il tribunale era tuttavia costretto a disporre ulteriori incumbenti istruttori ed, in particolare, a restituire alla stazione appaltante l'offerta dell'aggiudicataria provvisoria, consegnata in plico sigillato, affinché provvedesse ad estrarre i documenti recanti i dati relativi alla dimensione della lavagna interattiva, oggetto di specifiche censure da parte di entrambe le ricorrenti; veniva inoltre disposta la produzione di ulteriore copia della fideiussione presentata dalla controinteressata, munita di attestazione di conformità all'originale depositato in gara.

Acquisiti almeno in parte i documenti richiesti, sia ALFA Technologies che DELTA provvedevano alla notifica e al deposito di ulteriori motivi aggiunti, mediante i quali ribadivano l'illegittimità della mancata esclusione dalla gara del raggruppamento BETA Limited, alla luce degli elementi emersi dall'istruttoria. Veniva inoltre ribadita l'impugnativa contro l'aggiudicazione provvisoria e, segnatamente, contro il decreto del Direttore generale dell'Agenzia Nazionale per lo Sviluppo dell'Autonomia Scolastica n. 91 dell'11 settembre 2008, fino ad allora sconosciuto, e veniva impugnato il decreto con cui lo stesso Direttore generale aveva prorogato “sine die” il termine assegnato per il deposito di documentazione posto dal bando a carico dell'aggiudicataria provvisoria.

Con ordinanze del 26 – 27 novembre 2008, il collegio respingeva peraltro le domande cautelari proposte dalle società ricorrenti, sul presupposto del non essere ancora intervenuta l'aggiudicazione definitiva.

Con nuovi motivi aggiunti, depositati rispettivamente l'11 e il 12 dicembre 2008, ALFA Technologies e DELTA si gravavano poi avverso il provvedimento di

aggiudicazione definitiva della gara, adottato con decreto n. 136 del 3 dicembre 2008, nei cui confronti chiedevano pronunciarsi la sospensione degli effetti previa adozione di misure cautelari provvisorie (DELTA agiva anche contro il decreto n. 143 de 10 dicembre 2008, mediante il quale l'Agenzia resistente aveva stabilito di procedere alla stipula del contratto senza attendere il decorso del termine di legge dall'aggiudicazione).

L'efficacia dell'aggiudicazione provvisoria veniva sospesa interinalmente con decreto presidenziale depositato il 12 dicembre 2008 (nel ricorso promosso da ALFA Technologies, circostanza che determinava la declaratoria di improcedibilità della medesima domanda cautelare spiegata da DELTA), e la sospensione veniva confermata dal collegio, previa riunione dei ricorsi, in esito alla camera di consiglio dell'8 gennaio 2009.

Il 9 febbraio 2009, la ricorrente DELTA provvedeva al deposito di un ennesimo atto di motivi aggiunti ad ulteriore integrazione delle censure già proposte. Infine i ricorsi riuniti venivano discussi e decisi come da dispositivo alla pubblica udienza del 5 marzo 2009, preceduta dal deposito di memorie difensive.

DIRITTO

1. Come riferito in narrativa, le ricorrenti ALFA Technologies e DELTA hanno separatamente impugnato gli atti della procedura di gara indetta dall'Agenzia Nazionale per lo Sviluppo dell'Autonomia Scolastica per l'acquisto di una fornitura di ottomila "dotazioni tecnologiche" con contenuti didattici digitali (LIM: lavagne interattive multimediali) da distribuire presso gli istituti comprensivi e le scuole secondarie di primo grado, nonché dei servizi accessori di trasporto, consegna, installazione, collaudo, formazione operativa del personale ed assistenza. Ambedue le ricorrenti deducono, in prima battuta, l'illegittimità dei provvedimenti mediante i quali la stazione appaltante ha disposto la esclusione dalla procedura dei rispettivi raggruppamenti di imprese, per poi estendere il gravame agli atti successivi, ed in particolare all'aggiudicazione definitiva della gara in favore del raggruppamento temporaneo capeggiato dalla società inglese BETA Limited, atto nei confronti del quale vengono denunciati anche vizi autonomi afferenti alla mancata esclusione del raggruppamento aggiudicatario.

Evidenti ragioni di connessione oggettiva e parzialmente soggettiva rendono opportuno confermare la riunione dei ricorsi, già disposta con ordinanza in corso di causa. Per motivi di pregiudizialità logico-giuridica, la trattazione prenderà le mosse dall'impugnativa delle esclusioni, il cui eventuale accoglimento assorbirebbe l'esame delle censure volte a far valere i vizi propri dell'aggiudicazione.

2. Con distinte note in data 20 agosto 2008, l'Agenzia resistente ha comunicato alle concorrenti ALFA Technologies e DELTA l'esclusione dalla gara: quanto alla prima, per non essere la fideiussione bancaria posta a corredo dell'offerta intestata a tutte le imprese facenti parte del raggruppamento, imprese neppure menzionate all'interno del documento contenente la garanzia; quanto alla seconda, analogamente, per aver presentato a garanzia dell'offerta un deposito provvisorio a titolo di pegno intestato alla sola capogruppo-mandataria, senza alcuna menzione delle imprese mandanti. In via di autotutela, la commissione di gara ha quindi respinto le istanze di riesame presentate sia da ALFA Technologies, che da DELTA, nei confronti di quest'ultima rilevando profili di irregolarità della garanzia ulteriori rispetto a quello già posto a fondamento dell'esclusione e, segnatamente la presenza – relativamente all'impegno alla costituzione della garanzia definitiva – di un limite massimo di copertura pari a 3,5 milioni di dollari statunitensi, potenzialmente rivelatore della percentuale di ribasso da dichiararsi separatamente, nonché potenzialmente inidoneo a coprire il 10% dell'importo a base d'asta, e comunque espresso solo in dollari e non anche in euro, in violazione del capitolato d'onori.

2.1. L'analogia delle motivazioni poste dalla stazione appaltante a fondamento dell'esclusione delle ricorrenti consente di affrontare congiuntamente le censure dedotte da ALFA Technologies e DELTA con i rispettivi ricorsi.

L'unico motivo di cui al ricorso introduttivo di ALFA Technologies, ribadito con il decimo motivo di cui al quarto ricorso per motivi aggiunti, muove dal presupposto della responsabilità congiunta e solidale, verso la stazione appaltante, delle imprese concorrenti in associazione o raggruppamento temporaneo, presupposto sancito dall'art. 5.6 del capitolato d'onori. Tale previsione, letta in combinato disposto con l'art. 15 lett. D) – secondo cui la cauzione provvisoria copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario – ed in assenza di specifica disciplina della cauzione da prestarsi da parte delle imprese partecipanti in forma raggruppata, renderebbe illegittima la pretesa dell'Agenzia di vedere la garanzia intestata, a pena di esclusione, a tutte le imprese riunite in raggruppamento; e, quantomeno, denoterebbe la scarsa chiarezza della legge di gara, ambigua al punto da determinare l'esclusione di due dei tre concorrenti per motivi formali legati al contenuto delle garanzie prestate. L'esclusione si tradurrebbe, in definitiva, in una sanzione sproporzionata, irragionevole, e comunque illegittima per il solo fatto di non essere espressamente prevista dal capitolato.

DELTA, con i primi due motivi di cui al proprio atto introduttivo, rivendica innanzitutto la piena legittimità della cauzione provvisoria offerta attraverso la costituzione di un deposito a titolo di pegno, invocando l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, nell'ambito di un raggruppamento temporaneo di

imprese, la capogruppo mandataria sarebbe l'unico soggetto legittimato al rilascio della garanzia, in quanto unico interlocutore della stazione appaltante. La tesi sarebbe rafforzata dalla natura della garanzia prestata, giacché, a differenza della fideiussione, per svolgere la propria funzione a tutela dell'interesse dell'amministrazione il pegno richiederebbe unicamente il materiale versamento della corrispondente somma di denaro e il deposito della ricevuta di avvenuto deposito, con l'indicazione del beneficiario ma non necessariamente dell'autore del versamento.

Per altro verso, l'indicazione di un importo massimo garantito rappresenterebbe ad avviso di DELTA una consuetudine radicata nel sistema bancario statunitense, cui l'istituto di credito garante appartiene, ed in mancanza ne risulterebbe inficiata la stessa validità della garanzia; in ogni caso, si tratterebbe di un limite più che congruo rispetto all'importo a base d'asta, fermo restando che, secondo la prospettazione, la garanzia andrebbe parametrata al più ridotto ammontare del contratto (e comunque, in presenza di un dubbio circa l'importo garantito, la commissione avrebbe dovuto quantomeno chiedere chiarimenti, e non procedere all'immediata esclusione).

La mancata indicazione in euro dell'importo garantito costituirebbe, infine, una mera violazione formale, in relazione alla quale si sarebbe oltretutto verificata una disparità di trattamento tra i concorrenti, posto che nella stessa violazione sarebbe incorsa anche l'aggiudicataria, ma senza venire sottoposta ad alcuna conseguenza sfavorevole.

2.2. Le censure sono infondate.

Riprendendo pedissequamente il disposto dell'art. 75 D.Lgs. n. 163/06, l'art. 15 lett. D) del disciplinare integrativo del bando per l'affidamento della fornitura oggetto di causa richiede, per quanto qui interessa, che le offerte siano corredate a pena di esclusione di una garanzia provvisoria per un importo pari al 2% della base d'asta, ovvero 480.000,00 euro, sotto forma di fideiussione bancaria o assicurativa, ovvero di cauzione a titolo di pegno in contanti o titoli del debito pubblico. A corredo delle proprie offerte ALFA Technologies e DELTA hanno presentato, la prima, una fideiussione bancaria rilasciata dalla Deutsche Bank S.p.a., la seconda, un deposito provvisorio in contanti a titolo di pegno: come emerge dagli atti, garantite nell'un caso dalla fideiussione, nell'altro dalla cauzione, risultano essere esclusivamente le odierne ricorrenti, cui i contratti di garanzia sono intestati, senza alcun riferimento alle altre imprese facenti parte dei rispettivi raggruppamenti (dalla polizza fideiussoria prodotta da ALFA Technologies neppure si evince che la partecipazione alla gara sia effettuata in veste di capogruppo-mandataria, laddove per DELTA un generico riferimento alla partecipazione quale capogruppo, carente però di qualsivoglia indicazione circa il nominativo delle imprese mandanti, si

rinviene nell'impegno della banca garante a costituire la fideiussione definitiva nell'ipotesi di aggiudicazione).

La questione da dirimere attiene, appunto, all'adeguatezza della cauzione provvisoria intestata alla sola impresa designata come capogruppo di un costituendo raggruppamento, ovvero da essa sola sottoscritta, tema che ha dato luogo alla formazione di indirizzi giurisprudenziali contrapposti. Ciò, fino all'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale, con decisione 4 ottobre 2005, n. 8 (su fattispecie disciplinata dall'art. 30 co. 1 della legge n. 109/94, rifluito nel citato art. 75 D.Lgs. n. 163/06), ha affermato il principio secondo cui, nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di un raggruppamento temporaneo di imprese costituendo, la polizza fideiussoria, mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria, deve essere intestata non solo alla società capogruppo, ma anche alle mandanti che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara, e questo al fine di evitare possibili carenze di garanzia per la stazione appaltante con riferimento a quei casi in cui l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti. Posto, infatti, che la cauzione provvisoria assolve ad una duplice funzione, indennitaria (in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario) e sanzionatoria (per il caso di altri inadempimenti procedurali del concorrente), in presenza di un raggruppamento di imprese costituendo il soggetto garantito non è il raggruppamento nel suo complesso, e neppure la sola capogruppo designata, bensì tutte le imprese associate, che durante la gara operano individualmente e responsabilmente nell'assolvimento degli impegni connessi alla partecipazione alla gara, ivi compreso, in caso di aggiudicazione, l'impegno (per le future mandanti) di conferire il mandato collettivo alla impresa designata capogruppo, che stipulerà il contratto con l'amministrazione. Ne deriva che – in virtù del carattere accessorio della garanzia, che impone al fideiussore di indicare l'obbligazione principale garantita, il soggetto garantito, le eventuali condizioni e limitazioni soggettive ed oggettive della garanzia rispetto all'obbligazione principale – la fideiussione prestata a corredo dell'offerta di un raggruppamento costituendo non solo deve richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, ma anche identificare singolarmente e contestualmente le imprese stesse, oltre a dover garantire sia la mancata sottoscrizione del contratto, sia ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara.

Tale autorevole orientamento, dal quale non vi sono ragioni di discostarsi, ha il pregio di conciliare la "ratio" della disciplina dettata dal legislatore per la cauzione provvisoria con l'applicazione delle regole generali in materia di garanzia fideiussoria, le quali, a differenza di quanto sostenuto dalla ricorrente ALFA Technologies, non implicano affatto che la garanzia prestata per uno o alcuni dei

condebitori solidali si estenda automaticamente agli altri, come si ricava “a contrario” dall’art. 1951 c.c. (la garanzia opera su di un piano autonomo e parallelo rispetto a quello della solidarietà che caratterizza la responsabilità dei condebitori, e così l’azione di regresso del garante verso il condebitore solidale debitore garantito convive con l’azione di regresso proposta da quest’ultimo nei confronti dei condebitori non garantiti). Si pensi poi al regime delle eccezioni opponibili dal fideiussore, che, ai sensi dell’art. 1945 c.c., sono le stesse spettanti al debitore principale, ed alla ovvie ricadute di questa disciplina sulle eccezioni opponibili alla stazione appaltante dal fideiussore, il quale abbia prestato la garanzia in favore di una sola delle imprese associande, ogniqualevolta l’inadempimento che giustifica l’escussione della garanzia sia imputabile a impresa diversa da quella garantita. Né vale sostenere che, nella specie, la legge di gara avrebbe dovuto impartire istruzioni specifiche per il contenuto della cauzione provvisoria in caso di raggruppamento, essendo, come detto, connaturato alla funzione stessa della cauzione il coinvolgimento originario di tutti i soggetti partecipanti alla gara e, come tali, obbligati alla prestazione della garanzia. La nazionalità straniera non esime poi la ricorrente, com’è ovvio, dalla rigorosa osservanza della normativa applicabile dalla stazione appaltante.

In forza di tali rilievi, deve ritenersi che l’esclusione dalla gara di ALFA Technologies non richiedesse alcuna sanzione ulteriore rispetto a quella prevista in termini generali dal disciplinare, rappresentando un effetto necessitato dell’assenza di una garanzia idonea a costituire validamente la cauzione provvisoria (e non di una mera violazione formale consistente nella mancata indicazione, nel documento contenente la fideiussione, di tutte le imprese appartenenti al raggruppamento).

2.3. Le medesime considerazioni e conclusioni valgono per l’esclusione disposta nei confronti dell’altra ricorrente DELTA. Ribadito che, in presenza di un raggruppamento, la garanzia provvisoria serve a tutelare la stazione appaltante circa il futuro assolvimento degli obblighi che vengono assunti individualmente da tutte le imprese associande, la circostanza che essa sia prestata nella forma del deposito cauzionale a titolo di pegno non toglie che, per poter assolvere alla propria funzione, il pegno stesso deve essere riferibile non alla sola capogruppo, ma anche alle mandanti (nulla osta, ad esempio, a che sia la capogruppo a costituire la garanzia, nella duplice veste di debitore e di terzo datore del pegno nell’interesse delle mandanti): in caso contrario, l’eventuale inadempimento di queste ultime non potrebbe mai considerarsi utilmente assistito dalla garanzia, non avendo l’amministrazione creditrice alcuna certezza di poter esercitare il diritto di prelazione.

In effetti, benché la garanzia possa considerarsi perfezionata con la consegna materiale o virtuale del bene oggetto del pegno, la stazione appaltante può

utilmente avvalersene solo se la prelazione sia anche opponibile ai terzi creditori del datore di pegno, e questo si verifica a condizione che il credito garantito risulti da scrittura avente data certa, ai sensi dell'art. 2787 co. 3 c.c.. Perché tale condizione possa dirsi soddisfatta occorre, allora, che dallo scritto l'obbligazione garantita risulti determinata o determinabile, e cioè che – a maggior ragione laddove si tratti di credito futuro – sia quantomeno indicata la fonte del credito; questa, a sua volta, non può prescindere dall'indicazione completa dell'identità del debitore o dei debitori, vale a dire, per quanto interessa ai fini di causa, di tutte le imprese riunite nel raggruppamento. Ne deriva, di contro, che l'indicazione per iscritto di una sola delle imprese riunite impedisce all'amministrazione di far valere la prelazione al di fuori dei casi di inadempimento di quest'ultima, rendendo la garanzia inidonea a produrre gli effetti richiesti dall'art. 75 D.Lgs. n. 163/06.

Nel caso in esame, la ricevuta di deposito del pegno – che non svolge la mera funzione di ricevuta del versamento, ma racchiude appunto la prova scritta del pegno ai fini della sua opponibilità ai terzi – reca la sola indicazione di DELTA come autore del versamento e la causale mediante indicazione degli estremi della gara, e non vi sono elementi che consentano “aliunde” di riferire la garanzia a tutti i membri del raggruppamento, da cui l'inidoneità della garanzia offerta e la piena legittimità dell'esclusione.

2.4. L'esclusione di DELTA deve peraltro considerarsi legittima anche in ordine agli ulteriori profili evidenziati dalla commissione con la nota dell'11 settembre 2008, in sede di riesame, relativamente al documento presentato dall'impresa e contenente l'impegno della banca GE Antares a rilasciare la garanzia fideiussoria definitiva per l'esecuzione del contratto.

Detto impegno, riferito al 10% dell'importo contrattuale al netto dell'IVA in conformità all'art. 22.2 lett. a) del disciplinare di gara, reca un limite massimo di copertura espresso in valuta straniera (3,5 milioni di dollari statunitensi). Anche a prescindere dall'attitudine ad anticipare – quantomeno nell'importo massimo – la percentuale di ribasso oggetto dell'offerta economica, detto limite resta in effetti esposto alle imprevedibili fluttuazioni del cambio e, pertanto, al rischio non soltanto teorico di rivelarsi insufficiente rispetto allo scopo; ciò che, ancora una volta, incide negativamente sulla serietà dell'offerta.

Inoltre, l'importo garantito non risulta affiancato dal corrispondente valore in euro a una data certa utile per il procedimento di gara, sotto tale profilo ricorrendo la causa di esclusione espressamente prevista dal combinato disposto dei commi 1 e 6 dell'art. 13 del disciplinare. La circostanza è riconosciuta dalla ricorrente, la quale – ai paragrafi II.4 e II.5 del ricorso introduttivo – si duole in realtà del diverso trattamento riservato all'aggiudicataria, la cui offerta economica sarebbe affetta dal medesimo vizio. Sul punto, è sufficiente una volta per tutte osservare che

l'importo del capitale sociale delle imprese concorrenti – che alla controinteressata si imputa di aver indicato solo in sterline – non rappresenta un elemento imprescindibile dell'offerta, e perciò avrebbe potuto venire del tutto omesso; ne consegue che, all'opposto di quanto sostenuto da DELTA, proprio il sanzionare la mancata indicazione del controvalore in euro di un elemento non richiesto avrebbe dato luogo, da parte dell'Agenzia, ad un'applicazione indiscriminata e manifestamente irragionevole della legge di gara.

3. L'accertata infondatezza delle censure svolte da ALFA Technologies e DELTA contro l'esclusione disposta in loro danno non esime il collegio dall'analizzare le censure rivolte dalla ricorrenti medesime nei confronti dell'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata BETA Limited, nella misura in cui l'assunto sotteso a tali censure è che anche l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per difetto dei requisiti di partecipazione. Con la migliore giurisprudenza, l'interesse ad agire sussiste invero non solo quando dall'annullamento degli atti di gara derivi un vantaggio diretto e immediato, ma anche quando esso sia strumentale a travolgere la procedura: ed è quel che si verifica, evidentemente, ogniqualvolta l'impugnativa miri a contestare – come nella specie – la mancata esclusione dell'unico concorrente rimasto in gara e la successiva aggiudicazione, giacché in siffatta evenienza l'accoglimento del gravame comporterebbe l'onere dell'amministrazione di indire una nuova gara, venendo così rinnovate le “chances” di aggiudicazione dei soggetti pur legittimamente esclusi dalla procedura poi caducata (fra le altre, cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2008, n. 2878; id., sez. VI, febbraio 2007, n. 463). In tal senso vanno superate le eccezioni di inammissibilità dei ricorsi per difetto di legittimazione attiva, sollevate sia dalla controinteressata, sia dall'Amministrazione resistente.

Per favorire la snellezza dell'esposizione, i motivi, ancorché proposti separatamente dalle ricorrenti, verranno accorpati qualora connessi.

3.1. Con il terzo motivo del ricorso introduttivo di DELTA, e con il primo atto di motivi aggiunti di ALFA Technologies, viene dedotta l'illegittimità della mancata esclusione dell'aggiudicataria, la cui offerta tecnica non risponderebbe ai requisiti minimi richiesti dalla stazione appaltante: in particolare, le LIM offerte da BETA Limited – a differenza di quanto da quest'ultima dichiarato in sede di gara – avrebbero un'area attiva (superficie utile) inferiore al minimo di 77 pollici previsto dal capitolato tecnico. La censura è ribadita da DELTA con il primo motivo di cui al terzo atto di motivi aggiunti e con il secondo motivo di cui al quarto atto di motivi aggiunti, e da ALFA Technologies con il primo motivo di cui al terzo atto di motivi aggiunti, nonché con il quinto e sesto motivo di cui al quarto atto di motivi aggiunti, attraverso i quali le ricorrenti fanno denunciare altresì la incompatibilità delle lavagne fornite dalla controinteressata con la piattaforma

informatica Linux, ancora una volta in violazione del capitolato tecnico, oltre che in difformità dalle dichiarazioni rese.

I motivi sono infondati.

Il paragrafo 1.4.1.2. del capitolato tecnico di gara prevede che la LIM oggetto della fornitura debbano avere una dimensione non inferiore a 77 e non superiore ad 80 pollici, riferita all'area attiva della superficie con 4:3 del rapporto fra larghezza e altezza dell'immagine (c.d. "aspect ratio"). Ciò posto, come risulta dagli atti, la commissione appositamente nominata dalla stazione appaltante con decreto del 18 dicembre 2008 ha verificato, su di un campione installato presso la sede dell'Agenzia in epoca successiva alla stipula del contratto, che le lavagne fornite da BETA Limited presentano una superficie attiva di 78,34 pollici ed un'area di proiezione di 77,17 pollici per un rapporto visivo di 4:3, in conformità con la previsione di capitolato. Il dato coincide con quello che si ricava dalla perizia di conformità prodotta dalla controinteressata, come integrata a seguito dei rilievi eseguiti sul medesimo campione, e con quanto dichiarato nell'offerta di BETA Limited; e non è utilmente smentito dalla contrapposta perizia redatta da ALFA Technologies, condotta su di un modello cartaceo di provenienza ignota e misure differenti da quelle del campione, e per ciò solo scarsamente attendibile. Né le ricorrenti hanno allegato elementi obiettivi dai quali ricavare – perlomeno in via presuntiva – profili di inaffidabilità delle misurazioni effettuate dalle controparti.

Quanto alla compatibilità delle lavagne con le varie piattaforme informatiche disponibili sul mercato, deve innanzitutto osservarsi che il capitolato non pretende la compatibilità delle LIM con tutti i possibili sistemi operativi, ma, secondo l'interpretazione datane dalla stessa Agenzia in risposta ai chiarimenti chiesti dalle concorrenti, con i principali sistemi operativi, nel rispetto del principio del pluralismo delle piattaforme informatiche (art. 1 co. 3 lett. c) della legge-delega n. 53/03), in relazione al quale soltanto una fornitura che avesse previsto soluzioni "monopiattaforma" avrebbe potuto considerarsi certamente non rispondente alla legge di gara e meritevole di esclusione. Situazione, questa, non ascrivibile alla controinteressata, le cui lavagne sono pacificamente compatibili con almeno due dei sistemi operativi – Windows e Mac – che per fatto notorio appartengono al novero dei "principali".

Si aggiunga che la già citata consulenza tecnica disposta dalla stazione appaltante ha attestato la compatibilità delle LIM di BETA Limited anche con il "software" Linux, e che di tale affermazione non è lecito dubitare, non avendo le ricorrenti allegato alcun principio di prova di segno contrario.

3.2. Con il primo motivo di cui al secondo ed al quarto atto di motivi aggiunti, e, rispettivamente, con il primo motivo di cui al quarto ricorso per motivi aggiunti,

ALFA Technologies e DELTA deducono che l'aggiudicataria avrebbe altresì dovuto essere esclusa per non aver attestato, neppure tramite autocertificazione, l'avvenuta e regolare esecuzione di forniture analoghe a quella oggetto di gara, adempimento previsto a pena di esclusione dagli artt. 11 e 15 del disciplinare. Sul punto, la controinteressata replica di aver rilasciato tutte le dichiarazioni ed autocertificazioni previste dal disciplinare, e di non aver prodotto alcun certificato di regolare esecuzione delle forniture pregresse trattandosi di documentazione non annoverata dalla disciplina nazionale e comunitaria ai fini della dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica; e comunque nessun certificato di regolare esecuzione dei lavori avrebbe potuto essere prodotto, dal momento che dette forniture pregresse erano state tutte eseguite nell'interesse di soggetti privati.

Le doglianze delle ricorrenti sono fondate.

L'art. 11.1 lett. b) del disciplinare di gara onera i concorrenti di produrre, ai fini della prova della capacità tecnica, "certificati di ultimazione e regolare esecuzione atti a dimostrare di aver realizzato regolarmente gli appalti di cui alla lettera precedente (vale a dire le commesse eseguite o in corso di esecuzione aventi ad oggetto prestazioni identiche a quelle di causa, n.d.r.) ovvero copia conforme delle fatture emesse, qualora i contratti siano in corso di esecuzione"; il successivo art. 15.1, nel regolamentare a pena di esclusione il contenuto della busta A contenente la documentazione amministrativa, alla lettera C) a-4) stabilisce poi, quanto ai requisiti di capacità tecnica, che essi possono essere dimostrati mediante dichiarazione sottoscritta in conformità al D.P.R. n. 445/00. Il combinato disposto delle due norme non lascia adito a dubbi circa la volontà della stazione appaltante di conseguire dai concorrenti non la generica dimostrazione di aver eseguito, o di aver ancora in corso, commesse relative a prestazioni identiche (per la prestazione principale) o analoghe (per le prestazioni secondarie) a quelle oggetto della gara, ma di averle eseguite correttamente; e di sanzionare con l'esclusione le offerte sprovviste dei documenti idonei a fornire la dimostrazione richiesta (la sanzione è stabilita dall'art. 15.1, che si occupa unicamente dell'autocertificazione di cui al D.P.R. n. 445/00, ma l'unica interpretazione sistematica ragionevole del disciplinare impone di ritenere che l'esclusione colpisca comunque la mancanza di prova della regolare esecuzione, ferma restando la facoltà dei concorrenti di dimostrare il possesso del requisito sia attraverso certificati rilasciati dai committenti, sia attraverso l'autocertificazione).

Né BETA Limited, né alcuna delle sue associate, hanno allegato all'offerta la prova della regolare esecuzione degli appalti che hanno attestato di aver eseguito o di avere in corso di esecuzione, neppure nella forma della dichiarazione sostitutiva (le dichiarazioni sostitutive poste a corredo dell'offerta riguardano il solo elenco degli appalti aventi ad oggetto forniture identiche o analoghe, ai sensi dell'art. 11.1 lett.

a) del disciplinare). La loro esclusione dalla gara avrebbe pertanto dovuto costituire la conseguenza inevitabile di una piana applicazione del disciplinare, senza che a tale conclusione sia di ostacolo l'asserita conformità della documentazione prodotta dal raggruppamento BETA alle regole comunitarie, o, specularmente, il preteso contrasto fra il disciplinare e il diritto comunitario: pacifico, infatti, che la violazione del diritto comunitario, ad opera di un atto amministrativo nazionale, comporta una forma di illegittimità-annullabilità pur sempre sottoposta alle ordinarie regole sostanziali e processuali, la richiesta di un indice di capacità tecnica asseritamente ultroneo rispetto a quelli previsti dalla normativa comunitaria – e, segnatamente, dall'art. 48 della Direttiva 2004/18/CE – rappresenta per l'amministrazione un autovincolo che avrebbe potuto e dovuto essere censurato dalla controinteressata mediante impugnazione incidentale “in parte qua” della legge di gara.

3.3. Con il secondo motivo di cui al secondo ricorso per motivi aggiunti ed il terzo motivo di cui al quarto ricorso per motivi aggiunti, ALFA Technologies deduce, con riferimento alla capacità tecnica relativa alle prestazioni secondarie di trasporto, che la cooperativa BETATRE, associata con BETA Limited, avrebbe dichiarato di aver svolto nel passato prestazioni non riconducibili all'oggetto dell'appalto, trattandosi di servizi prestati in favore di aziende non operanti nel settore dell'informatica. Analoghe censure sono svolte, con il primo ricorso per motivi aggiunti e con il primo motivo di cui al quarto ricorso per motivi aggiunti, da DELTA, la quale evidenzia ulteriormente come la predetta cooperativa BETATRE sarebbe altresì carente del requisito di capacità economico-finanziaria stabilito dall'art. 9.1. lett. b) del disciplinare (fatturato minimo in servizi analoghi negli ultimi tre esercizi).

Anche tali doglianze sono fondate.

Il già ricordato art. 11.1. lett. a) del disciplinare richiede ai concorrenti l'elenco delle principali commesse relative – quanto ai servizi secondari, fra cui il trasporto – a prestazioni analoghe a quelle oggetto di gara; il precedente art. 9.1. lett. b), dal canto suo, richiede la prova di aver conseguito negli ultimi tre esercizi, per dette prestazioni analoghe, un fatturato non inferiore all'importo d'appalto stimato ai sensi dell'art. 3.2. lett. a) dello stesso disciplinare. Sulla scorta di tali previsioni, è di immediata evidenza come l'elemento comune, idoneo a fondare il giudizio di analogia tra le prestazioni, non possa venire ridotto al generico trattarsi di prestazioni di trasporto, atteso che, così opinando, lo stesso requisito finirebbe per perdere di significato. Perché ciò non accada, e la prova dei servizi già prestati assuma un sufficiente grado di attendibilità circa la capacità tecnica ed economica dei concorrenti, la nozione di “prestazioni analoghe” non sembra pertanto poter essere individuata a prescindere dalla natura dei beni oggetto del trasporto;

direzione seguita dalla stazione appaltante, la quale, in risposta ai quesiti formulati dalle imprese interessate alla procedura, ha chiarito appunto che per “forniture analoghe” a quella principale dovessero intendersi quelle relative ad apparecchiature informatiche interattive capaci di gestire contenuti multimediali, mentre per le “prestazioni analoghe” a quelle secondarie ha offerto l’esempio di trasporti, installazione, formazione, relativi ad apparecchiature informatiche.

L’elemento fondante dell’analogia è dato, come si vede, proprio dai beni trasportati, che debbono avere in comune con le LIM quantomeno la medesima natura di strumenti informatici. E l’esempio utilizzato dall’amministrazione è tanto più significativo, in quanto rivela come altri elementi, comuni a più categorie di beni, sarebbero stati eccessivamente generici per poter fungere da idonei indici rivelatori della specifica capacità tecnica richiesta al trasportatore. L’aver eseguito trasporti di beni fragili, ad esempio, non equivale necessariamente ad aver maturato esperienze tali da far presumere l’affidabilità del trasportatore in relazione allo specifico oggetto della fornitura, ove si tratti di beni che, oltre la fragilità, non abbiano altre caratteristiche in comune con le lavagne multimediali: basti pensare al carico ed allo stoccaggio a bordo dei mezzi, che certo non possono essere indifferentemente realizzati con le stesse modalità per il materiale informatico e per ogni altra merce fragile.

A tale nozione di “prestazioni analoghe” la stazione appaltante non risulta peraltro essersi attenuta, nel momento in cui – contraddicendosi rispetto a quanto affermato in sede di chiarimenti – ha ritenuto soddisfatto il possesso dei requisiti di capacità tecnica da parte della cooperativa BETATRE, che nel triennio antecedente la gara non ha attestato alcun incarico da parte di imprese operanti nel settore dell’informatica, né ha comunque dimostrato di aver effettuato trasporti di materiale informatico. Alla mancata dimostrazione della capacità tecnica, si aggiunge il difetto del requisito di capacità economico-finanziaria, non potendosi a questo punto neppure ritenere integrato il requisito del fatturato per forniture analoghe nel triennio precedente.

Ne discende, anche per i profili qui esaminati, l’illegittimità dell’ammissione alla gara del raggruppamento BETA e, per l’effetto, l’illegittimità dell’aggiudicazione disposta in favore dello stesso nonostante il difetto dei requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria, come richiesti dal disciplinare e secondo l’interpretazione datane dalla stessa stazione appaltante.

3.4. Ancora in tema di prova del possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria, l’art. 11.1. lett. a) del disciplinare d’appalto prevede che le principali commesse eseguite o in corso di esecuzione riguardino, per la prestazione principale, prestazioni identiche complessivamente non inferiori alla misura di 16.000 LIM. ALFA Technologies e DELTA (rispettivamente con il

secondo e quarto motivo di cui al quarto ricorso per motivi aggiunti, e con il primo motivo di cui al quarto ricorso per motivi aggiunti) sostengono che BETA Limited avrebbe incluso nell'elenco delle forniture pregresse o in corso quelle effettuate all'interno del proprio canale commerciale, ossia vero concessionari, distributori e "partner" commerciali che, non essendo qualificabili come clienti finali, non avrebbero dovuto essere computati. La tesi non è però supportata da alcun principio di prova in ordine al presunto collegamento fra la controinteressata ed i destinatari di quelle forniture, e tanto meno in ordine all'esistenza di una qualche forma di controllo della prima sui secondi, tale da lasciar emergere una sostanziale identità soggettiva tra fornitore e cliente.

Le ricorrenti estendono poi le doglianze relative alla mancanza dei requisiti di capacità tecnica ad altre due delle imprese appartenenti al raggruppamento aggiudicatario, vale a dire CSI Alfa e Percorsi S.p.a.. Queste avrebbero infatti allegato all'offerta un elenco di commesse eseguite o in corso di esecuzione per importi irrisori rispetto all'ammontare dell'appalto di cui è causa,

il cui importo sarebbe di oltre sei volte superiore al fatturato totale realizzato da CSI Alfa nell'anno 2007. In sede di gara, CSI Alfa avrebbe poi dichiarato di impiegare duecentotrentasette addetti per l'espletamento delle sue prestazioni, pur disponendo di tre soli dipendenti, mentre Percorsi S.p.a. avrebbe dichiarato di impiegarne novanta, pur avendo tredici dipendenti.

I motivi sono fondati, nei limiti che qui si precisano.

CSI Alfa, responsabile delle attività di installazione, collaudo, manutenzione, assistenza e supporto all'utenza, ha dichiarato un fatturato globale nel triennio precedente, tramite avalimento, non inferiore a quanto richiesto dall'art. 9.1. ai fini della capacità economico-finanziaria, e lo stesso vale per Percorsi S.p.a., responsabile delle attività di "training" operativo, senza che tali dichiarazioni siano risultate successivamente smentite.

Con riguardo invece ai requisiti di capacità tecnica, per le prestazioni secondarie l'art. 11.1. lett. a) del disciplinare – non impugnato dalle ricorrenti in ordine a tale profilo – non stabilisce alcuna misura minima delle prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione, a differenza di quanto avviene per la prestazione principale. La mancata previsione di un limite minimo automaticamente estromettente non significa, tuttavia, che all'amministrazione non residuino margini di valutazione discrezionale circa l'affidabilità tecnica delle imprese concorrenti, a meno di non voler privare di ogni significato pratico la richiesta dell'elenco dei servizi prestati con i relativi importi. E poiché tale valutazione non può che avere come generale parametro di giudizio gli importi a base d'asta, anche alla luce del chiaro disposto di cui all'art. 11.2. del disciplinare (che, per le imprese raggruppate, riferisce la

prova dei requisiti di capacità tecnica “all’attività e alle prestazioni che ciascuna impresa si è impegnata a fornire in sede di gara”), appare tutt’altro che giustificata la valutazione favorevole compiuta dalla commissione aggiudicatrice nei confronti di CSI Alfa, la quale, nell’anno antecedente la gara, ha dichiarato di aver eseguito prestazioni per un importo complessivo di poco superiore ai 400.000,00 euro, vale a dire di oltre sei volte inferiore a quello a base d’asta, mostrando con ciò di non possedere una capacità tecnica ragionevolmente adeguata rispetto all’importanza della gara stessa (la conclusione non cambia prendendo a riferimento l’anno 2006, nel quale le prestazioni eseguite ammontano a poco più di 1.300.000,00 euro, pur sempre meno della metà dell’importo a base d’asta).

Analoghe considerazioni possono farsi per Percorsi S.p.a., la quale in nessuno degli anni ricadenti nel triennio anteriore alla gara ha mai effettuato prestazioni per importi pari neppure alla metà della base d’asta (per l’anno 2005 il risultato è addirittura di oltre cinque volte inferiore).

Il giudizio di affidabilità tecnica dell’offerta presentata dal raggruppamento aggiudicatario presta il fianco alle critiche delle ricorrenti anche sotto il profilo delle dotazioni di personale dichiarate da CSI Alfa e Percorsi S.p.a.. Posto, nuovamente, che la mancata indicazione di limiti minimi ad opera del bando non significa che – sulla base delle dichiarazioni rese – la stazione appaltante non possa e debba svolgere la propria valutazione circa l’adeguatezza tecnica dei concorrenti parametrata all’importanza dell’appalto, CSI Alfa ha dichiarato di impiegare duecentotrentasette addetti e Percorsi S.p.a. novanta, numeri che non trovano alcun riscontro nelle dotazioni di personale dipendente di cui le due imprese dispongono.

Ora, pur potendosi convenire con la difesa della controinteressata, laddove eccepisce che la legge di gara non impone che il personale impiegato nello svolgimento delle prestazioni oggetto dell’appalto debba essere costituito da soli lavoratori subordinati, la dimostrazione del requisito di cui all’art. 11.1. lett. c) del disciplinare non può ritenersi soddisfatto dalla generica indicazione del personale che si prevede di dover impiegare: se, infatti, quel che occorre da parte delle imprese è la prova di una capacità tecnica attuale, quantomeno i concorrenti avrebbero dovuto allegare a quale titolo si sarebbero procurati le necessarie prestazioni lavorative, specificando la natura dei rapporti di lavoro, e correlativamente la stazione appaltante avrebbe dovuto sottoporre a verifica tale profilo, vagliando l’attendibilità delle dichiarazioni ricevute.

In altri termini, ritiene il collegio che il disciplinare di gara debba essere interpretato nella prospettiva delineata dall’art. 42 co. 1 lett. g) del D.Lgs. n. 163/06, che ne costituisce l’antecedente normativo di rango primario. La norma, richiedendo l’indicazione del numero medio annuo di dipendenti dei concorrenti,

individua come dato rivelatore di capacità tecnica la forza lavoro di cui l'impresa dispone, e che proprio in virtù del rapporto di subordinazione si presume venga destinata alle attività oggetto di gara. Il disciplinare, nel richiedere "l'indicazione del numero del personale", presuppone evidentemente l'utilizzo della medesima presunzione, che si fonda sulla natura subordinata del rapporto di lavoro tra l'impresa ed i suoi addetti; in mancanza di subordinazione (e ferma la libertà dei concorrenti di avvalersi di personale non dipendente), la medesima previsione implica dunque che le imprese concorrenti forniscano – e la stazione appaltante si curi di verificare – la dimostrazione di altri elementi oggettivi, ugualmente idonei a dimostrare come l'impresa sia effettivamente e tempestivamente in grado di disporre del personale necessario all'adempimento delle obbligazioni contratte: in primo luogo la natura dei rapporti di lavoro non subordinato già instaurati o da instaurare (ma anche, a mero titolo esemplificativo, il numero di addetti già impiegato in passato a titolo diverso dal lavoro subordinato). Si aggiunga che la dimostrazione di un'adeguata disponibilità di personale rileva altresì in ordine alla garanzia del possesso, in capo ai lavoratori utilizzati e da utilizzare, della professionalità necessaria al corretto assolvimento delle obbligazioni assunte, professionalità che, relativamente alla tipologia delle prestazioni richieste, costituisce anch'essa proiezione di capacità tecnica dell'impresa.

Ne discende che l'offerta del raggruppamento aggiudicatario, non enunciando neppure il titolo della (futura) disponibilità di personale dichiarata dalle mandanti CSI Alfa e Percorsi S.p.a., non può considerarsi affidabile e avrebbe dovuto essere esclusa.

3.5. Con altro ordine di censure (per ALFA Technologies il terzo motivo di cui al secondo ricorso per motivi aggiunti, nonché il secondo motivo di cui ai terzi motivi aggiunti ed il settimo e ottavo motivo di cui al quarto ricorso per motivi aggiunti; per DELTA il primo motivo di cui al secondo ricorso per motivi aggiunti, il secondo motivo di cui al terzo ricorso per motivi aggiunti ed il terzo motivo di cui al quarto ricorso per motivi aggiunti), le ricorrenti denunciano l'inadeguatezza della fideiussione presentata da BETA Limited a corredo della domanda.

Per un verso, si sostiene che dal documento contenente la garanzia – redatto in lingua inglese ed accompagnato da traduzione giurata – non si comprenderebbe l'oggetto della fideiussione, e comunque non sarebbero specificati gli adempimenti necessari per attivarne l'operatività. La fideiussione proverrebbe inoltre da un soggetto non autorizzato a svolgere l'attività bancaria sul territorio italiano; ed, in ogni caso, la circostanza che il garante abbia sede all'estero renderebbe eccessivamente gravosa per l'amministrazione l'eventuale escussione della garanzia, la quale non risponderebbe dunque in modo soddisfacente alla funzione sua propria. Infine, le ricorrenti affermano che l'aggiudicataria avrebbe depositato in

gara non l'originale, bensì una semplice copia della fideiussione, incorrendo perciò in un ulteriore motivo di esclusione.

I motivi non sono fondati.

L'istruttoria disposta dal collegio consente intanto di affermare, in fatto, che il documento depositato in sede di gara da BETA Limited è l'originale, e non una copia, della garanzia rilasciata dalla banca inglese Lloyd TSB, accompagnata dalla traduzione giurata "ex" art. 13.2. del disciplinare per gli atti redatti in lingua straniera. Dalla copia conforme acquisita agli atti risulta poi trattarsi di una fideiussione ("bid bond") dichiaratamente emessa ai sensi dell'art. 75 D.Lgs. n. 163/06 e dell'art. 15.1. lett. D) del capitolato d'onori, per l'importo di 480.000,00 euro, e rilasciata nell'interesse sia della capogruppo, sia delle mandanti, individualmente menzionate. L'oggetto della garanzia è chiaramente e adeguatamente indicato nella mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario e nella violazione degli obblighi nascenti dalla gara per l'affidamento della fornitura delle lavagne interattive multimediali. Quanto alle modalità di attivazione, è vero che la polizza contiene un periodo apparentemente interrotto ("... la fideiussione sarà operativa entro 15 giorni dal ricevimento da parte del Fideiussore della:-"); tuttavia, in applicazione degli ordinari criteri di ermeneutica contrattuale, il periodo immediatamente successivo ("La richiesta di pagamento in carta semplice del Beneficiario deve indicare il numero della Fideiussione e in ogni caso ...") consente di individuare con tranquillizzante certezza la richiesta in carta semplice come unica attività, non particolarmente onerosa, posta a carico della stazione appaltante per passare all'escussione della garanzia.

Con riferimento alla posizione della banca garante, occorre sgombrare il campo dall'equivoco nel quale sembrano incorrere le ricorrenti. Nella specie, non si pone alcun problema di libera circolazione dei servizi bancari, in ordine al quale non occorre peraltro l'autorizzazione, ma la notifica dell'attività che si intende esercitare alla competente autorità di sorveglianza dello stato membro d'origine, e la successiva comunicazione all'autorità competente dello stato ospitante, ai sensi di quanto previsto dall'art. 16 co. 3 D.Lgs. n. 385/93 ed ora dall'art. 28 della Direttiva 2006/48/CE. La questione, invero più circoscritta, attiene alla rispondenza all'art. 75 D.Lgs. n. 163/06 della garanzia fideiussoria rilasciata all'estero da parte di una banca comunitaria in favore di un'impresa comunitaria, in funzione della partecipazione di quest'ultima alla gara indetta da una stazione appaltante italiana e avente ad oggetto prestazioni da svolgersi in territorio italiano, e non può che essere risolta in senso favorevole all'idoneità della fideiussione così rilasciata a garantire validamente la partecipazione. Una diversa lettura della norma, che imponesse alle imprese concorrenti con sede all'estero di ottenere il rilascio della

garanzia fideiussoria da istituti operanti sul territorio nazionale, si tradurrebbe in una violazione dei principi di non discriminazione in base alla nazionalità, di massima partecipazione e, in definitiva, in una distorsione della concorrenza a vantaggio delle imprese italiane o comunque insediate in Italia e, perciò, secondo un criterio di normalità statistica, più facilmente titolari di rapporti con operatori bancari attivi in Italia (oltre a determinare indirettamente anche per questi ultimi una situazione di indebito favore). Per inciso, nessuno dubita poi dell'appartenenza della banca Lloyd TSB al novero di quelle regolarmente autorizzate a svolgere l'attività creditizia nello Stato di appartenenza.

La conformità della garanzia prestata da BETA Limited alla disciplina nazionale discende, per altro verso, dall'averle le parti manifestato – secondo le regole del diritto internazionale privato (la Convenzione di Roma del 1980 sulle obbligazioni contrattuali) – la scelta della legge italiana quale legge regolatrice del rapporto, con contestuale sottoposizione dello stesso alla giurisdizione esclusiva dei tribunali italiani, circostanza che, nell'ottica della stazione appaltante, rende la garanzia del tutto equipollente a quella prestata in Italia da un fideiussore italiano anche in punto di tutela giurisdizionale e formazione del titolo esecutivo per il caso di un eventuale inadempimento della banca garante (anche attraverso il ricorso alla celere tutela monitoria contro il debitore con sede all'estero, dopo la modifica apportata all'art. 633 c.p.c. dal D.Lgs. n. 231/02). La stessa esecuzione forzata, in ambito comunitario, è ora grandemente agevolata dalle disposizioni del Regolamento 2001/44/CE in materia di riconoscimento automatico e di esecutività negli Stati membri delle decisioni giurisdizionali emesse da altri Stati membri, di talché neppure per questo aspetto può ritenersi in qualche modo compromessa la funzione svolta dalla garanzia.

3.6. ALFA Technologies e DELTA (la prima con il terzo motivo di cui al terzo ricorso per motivi aggiunti e con il nono motivi di cui al quarto ricorso per motivi aggiunti, la seconda con il terzo motivo di cui al terzo ricorso per motivi aggiunti) impugnano altresì il decreto n. 106/08, con cui il Direttore dell'Agenzia resistente ha sospeso il termine perentorio di trenta giorni assegnato dalla "lex specialis", a pena di esclusione, per il deposito della documentazione dovuta dall'aggiudicataria. In realtà il provvedimento – assunto in costanza di efficacia del decreto presidenziale "inaudita altera parte" di sospensione dell'efficacia dell'esclusione di ALFA Technologies, ed in attesa delle determinazioni del collegio – indica il termine finale di durata della sospensione, individuandolo "per relationem" nel deposito della decisione del T.A.R. sulle domande cautelari proposte dalle imprese escluse. In tale prospettiva, esso si appalesa del tutto ragionevole e adeguato alle circostanze, ed anzi tale atteggiamento di iniziale ragionevolezza collide con quello tenuto dalla stazione appaltante al momento di decretare la deroga al termine di attesa per la stipula del contratto (ma su questo "infra").

3.7. Con l'atto di motivi aggiunti depositato il 9 febbraio 2009, DELTA deduce che, in violazione di quanto stabilito dal capitolato d'oneri a pena di esclusione, l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per aver inserito all'interno dell'offerta tecnica l'indicazione circa i tempi di consegna ed i tempi di intervento, da inserirsi esclusivamente nella busta contenente l'offerta economica.

La censura è fondata.

L'art. 17 del capitolato d'oneri disciplina il contenuto dell'offerta tecnica (busta B), escludendone espressamente l'indicazione dei tempi di consegna ed installazione e i tempi di intervento, da inserire nella busta C contenente l'offerta economica; correlativamente il successivo art. 18 prevede, a pena di esclusione, l'inserimento dei tempi di consegna, installazione ed intervento nella busta C. Premesso che dagli atti risulta confermato come il raggruppamento BETA Limited abbia inserito il dato relativo ai tempi di consegna e installazione (anche) all'interno dell'offerta tecnica, il problema è di stabilire se la circostanza sia prevista o meno quale causa di esclusione, atteso che, mentre il citato art. 18 del disciplinare non lascia dubbi circa il fatto di sanzionare con l'esclusione il mancato inserimento nell'offerta economica del dato sui tempi, in prima approssimazione l'art. 17 sembra limitarsi ad affermare che quel dato deve essere indicato in seno alla busta C, senza stabilire sanzioni.

È noto che, nelle gare da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le offerte economiche debbono restare segrete per tutta la fase procedimentale in cui la commissione compie le sue valutazioni sugli aspetti tecnici, e questo onde evitare che elementi di valutazione aventi carattere automatico, come il prezzo, possano influenzare il giudizio del seggio di gara sugli elementi comportanti apprezzamenti discrezionali, con conseguente infrazione dei canoni fondamentali della trasparenza, imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (giurisprudenza costante, fra le altre cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 marzo 2004, n. 1418; id., sez. VI, 19 novembre 2003, n. 7431). Se questa è la "ratio" della segretezza dell'offerta economica e della preventiva conoscenza e valutazione dell'offerta tecnica, la medesima esigenza di evitare che le scelte discrezionali della commissione possano risentire di condizionamenti, per quanto involontari, si trova a fondamento dei sopra citati artt. 17 e 18 del disciplinare di gara e dell'obbligatorio inserimento dei tempi di consegna, installazione ed intervento all'interno dell'offerta economica e non di quella tecnica. Pur trattandosi, a rigore, di criteri attinenti a profili tecnici della prestazione offerta, essi ricevono infatti un trattamento differenziato relativamente all'attribuzione del punteggio, che prescinde da giudizi di carattere discrezionale e procede attraverso l'applicazione automatica di una regola aritmetica (il punteggio per i tempi, compreso tra zero e uno, è dato dal rapporto tra il ribasso percentuale

offerto dal singolo concorrente ed il ribasso massimo offerto in gara, a differenza di quanto avviene per gli altri elementi di valutazione, in relazione ai quali i commissari assegnano discrezionalmente i coefficienti che concorrono alla determinazione del punteggio finale: si veda l'art. 19.5. del disciplinare).

Sulla scorta delle regole dettate per l'attribuzione dei punteggi, l'inserimento dei tempi di consegna e di intervento nella busta C a pena di esclusione rivela, in sostanza, l'intento dell'amministrazione procedente di evitare alla commissione condizionamenti dovuti alla conoscenza di un elemento al quale, per tale aspetto, si è voluto attribuire il medesimo rilievo della conoscenza del prezzo (il che si spiega con l'importanza dei tempi di esecuzione nell'economia dell'appalto). E poiché la segretezza degli elementi contenuti nella busta C è posta, come detto, a tutela dell'interesse pubblico alla trasparenza e all'imparzialità dell'azione amministrativa, oltre che della "par condicio", l'anticipato svelamento, ad opera di un concorrente, di dati che avrebbero dovuto restare segreti non può avere – alla luce di una lettura sistematica e coerente delle previsioni del disciplinare – conseguenza diversa dall'esclusione del concorrente medesimo. Sorte che sarebbe dovuta toccare al raggruppamento aggiudicatario, la cui offerta tecnica contiene l'indicazione dei tempi di consegna ed installazione delle LIM (si vedano le pagg. 122 e 123 della "relazione tecnica" di accompagnamento all'offerta, in atti).

3.8. Con il quarto motivo di cui al rispettivo terzo atto di motivi aggiunti, le ricorrenti impugnano il decreto di aggiudicazione definitiva, sul quale si riverberano in via di derivazione i vizi accertati a carico degli atti pregressi.

3.9. Con il quarto motivo di cui al quarto ricorso per motivi aggiunti, DELTA impugna altresì il decreto n. 143/08, con cui la stazione appaltante ha deliberato di derogare al termine dilatorio di trenta giorni stabilito dall'art. 11 co. 10 del D.Lgs. n. 163/06 per la stipula del contratto con il raggruppamento aggiudicatario: ad avviso della ricorrente, sarebbero infatti del tutto insussistenti le ragioni di urgenza poste alla base del provvedimento, che risulterebbe perciò affetto da violazione di legge ed eccesso di potere.

Il decreto in questione – nel quale viene dato atto del rigetto, ad opera del T.A.R., delle istanze cautelari proposte dalle concorrenti escluse (ma non anche della motivazione del rigetto, fondato sull'assenza di interesse attuale delle ricorrenti in difetto di aggiudicazione definitiva) – muove dalla affermata necessità di predisporre la fase di presentazione della LIM ai dirigenti scolastici e di inoltrare delle richieste da parte delle scuole interessate, nonché di avviare la fase di formazione entro il mese di febbraio 2009 onde poterla concludere entro il successivo mese di maggio ed evitare sovrapposizioni con le attività di chiusura dell'anno scolastico e con la fase di formazione programmata dal MIUR per il mese di settembre 2009. Esso è stato adottato il 10 dicembre 2008, giorno in cui

L'altra ricorrente ALFA Technologies aveva provveduto a notificare il suo quarto atto di motivi aggiunti con richiesta di sospensione "inaudita altera parte" del decreto di aggiudicazione definitiva, pronunciato il 3 dicembre 2008 ma reso noto alle imprese controinteressate soltanto nel pomeriggio del successivo giorno 9 (per inciso, il 4 dicembre, nel rispondere alle richieste di ALFA Technologies, la stazione appaltante aveva taciuto che il giorno precedente era stata adottata l'aggiudicazione definitiva, limitandosi ad assicurare che avrebbe provveduto il più tempestivamente possibile alle comunicazioni del caso). Gli effetti dell'aggiudicazione definitiva sono stati quindi sospesi interinalmente da questo tribunale con decreto presidenziale del 12 dicembre 2008, pronunciato sulla relativa istanza contenuta nel quarto atto di motivi aggiunti depositato il giorno precedente, giunto tuttavia quando l'Agenzia resistente aveva già stipulato il contratto d'appalto con il raggruppamento BETA Limited (che il contratto fosse già stato stipulato – nella medesima data del decreto n. 143/08, qui impugnato – è emerso solo a seguito della nota prot. 35539/F39 del 15 dicembre 2008, inviata dall'Agenzia ex Indire a questo tribunale per il tramite dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato).

Ricostruita in fatto la successione degli eventi, le motivazioni addotte dalla stazione appaltante a sostegno della deroga al termine per la stipula non sono persuasive, ed incorrono nei vizi denunciati.

Il capitolato tecnico di gara, ai paragrafi 1.3. ed 1.5.1. fissa in cinque mesi a decorrere dalla stipula del contratto il termine assegnato all'aggiudicatario per eseguire la fornitura, ivi compresi l'installazione e il collaudo delle lavagne, e l'erogazione del "training" tecnico-operativo; al paragrafo 1.6.3., il capitolato pone poi a carico dell'aggiudicatario l'organizzazione ed erogazione, per ciascun "set" installato, di un numero minimo di tre ore di formazione tecnologica all'utilizzo delle lavagne, da espletare entro un mese dall'installazione e comunque non oltre il termine massimo di esecuzione della fornitura. Considerato che l'aggiudicazione definitiva della gara risale al 3 dicembre 2008, è di tutta evidenza che una sua immediata comunicazione alle imprese controinteressate avrebbe consentito di addivenire alla sottoscrizione del contratto, pur nel rispetto del termine di c.d. "stand still", nei primi giorni del gennaio 2009; questo, a sua volta, avrebbe certamente consentito di dare esecuzione alla fornitura e di concludere la formazione dei docenti in tempo utile ad evitare proprio quegli inconvenienti paventati nel decreto 143/08, manifestamente illegittimo nella misura in cui l'urgenza, che giustifica l'inosservanza del termine per la stipula ai sensi dell'art. 11 co. 10 D.Lgs. n. 163/06 cit., non può certo farsi discendere dal comportamento inerte tenuto dalla stessa stazione appaltante. Ma anche a non voler tenere conto dei ritardi imputabili all'Agenzia, la deroga al termine per la stipula del contratto appare ugualmente ingiustificata, non essendo in alcun modo verosimile che

oltrepassare di pochi giorni la fine del mese di maggio (al massimo, di otto giorni, posto che il termine per la stipula del contratto decorreva dal 9 dicembre, data della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, e sarebbe perciò scaduto l'8 gennaio) avrebbe interferito con le attività di chiusura dell'anno scolastico: non si vede infatti come tali attività avrebbero potuto essere ostacolate dallo svolgimento, da parte di alcuni insegnanti, di tre ore di formazione all'utilizzo delle LIM; né per quei pochi giorni si può ragionevolmente parlare di reale sovrapposizione con la formazione programmata dal MIUR per il mese di settembre 2009.

In ogni caso, e per concludere, è peraltro evidente che per ovviare a qualsiasi possibile disagio nello svolgimento delle attività programmate sarebbe stato sufficiente anticipare la stipula del contratto ai primissimi giorni di gennaio, o, al più, agli ultimi giorni di dicembre, secondo un bilanciamento di interessi che avrebbe quantomeno tenuto nel giusto conto la possibilità che i controinteressati chiedessero ed ottenessero tutela giurisdizionale urgente contro l'aggiudicazione definitiva, in doveroso ossequio alla "ratio" ispiratrice dell'art. 11 co. 10 cit.. In materia di gare lo "stand still" costituisce, com'è noto, un rimedio privilegiato dall'ordinamento comunitario, prima ancora che da quello nazionale, nell'ottica di consentire un efficace esercizio del diritto di difesa in epoca anteriore al perfezionamento del contratto, piuttosto che dare luogo ad un contenzioso volto ad eliminare gli effetti di un contratto già stipulato.

4. In forza di tutte le considerazioni che precedono, i ricorsi debbono essere respinti quanto alle impugnative proposte dalle società ricorrenti nei confronti dei rispettivi provvedimenti di esclusione dalla gara, mentre vanno accolti quanto all'aggiudicazione della gara stessa in favore della controinteressata BETA Limited.

L'annullamento dell'aggiudicazione assorbe – nei limiti della giurisdizione del giudice adito – il risarcimento del danno chiesto in forma specifica dalle ricorrenti, le quali, essendo state legittimamente escluse, non possono ora rivendicare altra posizione soggettiva, se non la "chance" di partecipare alla nuova gara che sarà indetta dalla stazione appaltante, tenuta ad adeguare la propria azione alle statuizioni contenute nella presente sentenza (cfr. Cons. Stato, A.P., 30 luglio 2008, n. 9). Ciò comporta che, allo stato, nulla sia dovuto a titolo di risarcimento per equivalente, occorrendo attendere le successive determinazioni dell'amministrazione per verificare se la posizione soggettiva vantata dalle ricorrenti sarà rimasta definitivamente insoddisfatta (solo in tale evenienza potrà configurarsi una lesione riparabile per equivalente).

Il parziale rigetto delle domande proposte dalle società ricorrenti giustifica la compensazione delle spese di lite in ragione della metà. La metà residua segue la soccombenza delle parti resistenti, da considerarsi prevalente, ed è liquidata come in dispositivo.

Le condotte acclarate all'esito del giudizio rendono opportuno che, a cura della Segreteria, la presente sentenza sia trasmessa alla Procura regionale della Corte dei Conti, per le valutazioni di sua competenza.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, sezione II, definitivamente pronunciando, riuniti i ricorsi, li respinge quanto alle impugnative proposte dalle società ricorrenti nei confronti dei rispettivi provvedimenti di esclusione dalla gara oggetto di causa, accogliendoli invece quanto all'aggiudicazione della gara stessa in favore della controinteressata BETA Limited, atto del quale dispone l'annullamento.

Respinge, nei sensi e limiti di cui in motivazione, la domanda risarcitoria proposta dalle società ricorrenti.

Dichiara compensate le spese di lite in ragione della metà, ponendo a carico solidale dell'amministrazione resistente e della controinteressata la metà residua, che liquida in complessivi euro 18.500, di cui euro 2.500,00 per spese, oltre I.V.A. e C.P.A. come per legge, in favore di ciascuna delle ricorrenti.

Manda alla Segreteria per gli adempimenti di cui in parte motiva.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 05/03/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Ivo Correale, Primo Referendario

Pierpaolo Grauso, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETARIA

Il 29/04/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO