

Appalto concorso per “l’affidamento del servizio di noleggio, gestione e manutenzione di un sistema radio isofrequenziale sincrono, di due sistemi radio isofrequenziali sincroni trasportabili e dei servizi connessi ad uso della protezione civile regional

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Il concetto di “fatturato per servizi analoghi” non può essere interpretato come limitato ai servizi oggetto dell’appalto, resi esclusivamente mediante la forma giuridica del contratto di noleggio. E ciò per una serie di ragioni. La prima è di ordine letterale: servizi analoghi non significa servizi identici. La seconda è di ordine funzionale: la formula “servizi analoghi” implica la necessità di ricercare elementi di similitudine tra i servizi presi in considerazione, elementi che non possono che scaturire dal confronto tra le prestazioni oggetto dell’appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti al fine di dimostrare il possesso della capacità economico-finanziaria dal bando, senza quindi fermarsi alla verifica del tipo di contratto (noleggio, vendita) in cui tali prestazioni sono inserite.

Un ulteriore argomento deriva dall’applicazione del principio secondo cui “in caso di clausole equivoche o di dubbio significato deve preferirsi l’interpretazione (da parte della commissione di gara, organo competente) che favorisca la massima partecipazione alla gara (piuttosto che quella che la ostacoli), e quella che sia meno favorevole alle formalità inutili

Merita di essere segnalata la sentenza numero 40 del 16 gennaio 2008 emessa dal Tar Piemonte, Torino

Ecco i fatti:

Con determinazione dirigenziale n. 1188 del 14 luglio 2006, il Settore Protezione Civile della Regione

Piemonte indiceva una gara a procedura ristretta (appalto concorso) per “l’affidamento del servizio di noleggio, gestione e manutenzione di un sistema radio isofrequenziale sincrono, di due sistemi radio isofrequenziali sincroni trasportabili e dei servizi connessi ad uso della protezione civile regionale”. Il criterio di aggiudicazione previsto era quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Con determinazione dirigenziale n. 747 del 4 agosto 2006, veniva approvato il bando e il disciplinare di gara che, tra i requisiti di capacità economico-finanziaria per l’ammissione alla gara, veniva richiesto il possesso di un “Fatturato per servizi analoghi conseguito nel triennio (“2003-2004-2005) di importo complessivo pari a: € 4.000.000,00 IVA esclusa”.

La società ricorrente in data 11 settembre 2006 presentava istanza di ammissione alla gara. All’esito del sorteggio, effettuato ai sensi dell’art. 48 del Codice dei Contratti pubblici, la stazione appaltante chiedeva alla società ricorrente di documentare i requisiti soggettivi dichiarati in gara.

A seguito di alcune richieste di chiarimenti la stazione appaltante emetteva una nota in data 14 settembre 2006, in cui precisava che il requisito doveva intendersi come “fatturato analogo all’oggetto dell’appalto e pertanto quello relativo al noleggio, la gestione e la manutenzione di sistemi isofrequenziali”.

Nella seduta del 21 marzo 2007 il Presidente del seggio di gara disponeva l’esclusione della ricorrente dalla gara d’appalto “in quanto non in possesso del requisito economico finanziario di ammissione alla procedura di cui al punto III.2.2) n. 3 del bando di gara “Fatturato per servizi analoghi conseguito nel triennio (“2003-2004-2005) di importo complessivo pari ad Euro 4.000.000,00 oltre IVA”, ritenendo che parte delle fatture prodotte dalla ricorrente riguardavano la fornitura e non il noleggio di un sistema radio isofrequenziale sincrono. La decisione richiama altresì i chiarimenti sul punto emanati dalla stazione appaltante in data 14 settembre 2006, in cui si affermava che per “fatturato per servizi analoghi si intende il fatturato analogo all’oggetto dell’appalto e pertanto quello relativo al noleggio, la gestione e la manutenzione di sistemi radio isofrequenziali”.

Vediamo i motivi del ricorso

- La società ricorrente deduce la violazione delle norme di gara, sotto il profilo della interpretazione del concetto di servizi analoghi, in cui dovrebbero farsi rientrare anche le prestazioni contrattuali indicate dalla ricorrente, anche se rese nell'ambito di rapporti contrattuali di compravendita e non di noleggio. Per stabilire l'analogia, richiesta dal disciplinare di gara, occorre guardare alla tipologia delle prestazioni e non alla qualificazione formale del contratto. **In tal senso, anche nelle compravendite indicate dalla società ricorrente si realizza la consegna del medesimo bene, con relativa installazione, normalmente collegata ad un contratto di assistenza e manutenzione, ossia le medesime prestazioni richieste per il contratto di noleggio.**

- L'esclusione sarebbe illegittima anche sotto il profilo dell'oggetto dell'appalto. Infatti, ad avviso della ricorrente, seppure testualmente definito come contratto di noleggio, esso sarebbe in realtà un contratto di vendita con patto di riscatto, integrando quindi un ulteriore elemento di analogia con il contratto di compravendita. Da ciò emergerebbe l'erroneità della decisione della stazione appaltante di non prendere in considerazione tali contratti, quantomeno come oggetti analoghi a quello d'appalto

Il giudice, prima di tutto, così riassume il motivo del contendere:

< La questione centrale intorno al quale si muovono i motivi del ricorso è costituita, come emerge chiaramente da quanto sin qui esposto, dall'interpretazione della disposizione del bando e del disciplinare di gara sul requisito di capacità economico-finanziaria. Si tratta di stabilire quale sia il significato da attribuire al concetto di "servizi analoghi" e sulla base di esso decidere della legittimità o meno

dell'esclusione dalla gara dell'offerta della ricorrente e, di riflesso, della fondatezza o non del ricorso in esame. Non si pone, quindi, un problema di eliminazione dell'efficacia della clausola in oggetto, per conseguire la quale sarebbe stato, in effetti, necessario passare per la sua impugnazione ed il suo eventuale annullamento. La questione si risolve attraverso la interpretazione della clausola, il che presuppone la sua applicabilità alla fattispecie concreta introdotta con il ricorso. Ne deriva come logica conseguenza che la società ricorrente non doveva impugnare alcuna disposizione della lex specialis della gara, e nemmeno la nota di chiarimenti del 14 settembre 2006 che è sostanzialmente ripetitiva del contenuto della clausola del bando. Il ricorso è dunque ammissibile.>

Ecco la decisione finale:

<Nel caso di specie, il requisito di fatturato richiesto veniva raggiunto dalla ricorrente attraverso la parziale indicazione di contratti di fornitura o di vendita (e non di noleggio) delle apparecchiature e dei sistemi radiomobili. Il Presidente della gara, nella seduta del 21 marzo 2007, senza procedere ad una verifica della analogia tra le prestazioni, come sopra indicato, ha proceduto alla esclusione dell'offerta della società ricorrente sulla base del rilievo che "l'importo del fatturato della ditta BPG per il noleggio ammonta a soli Euro 1.478.646,96, mentre il resto dl fatturato è relativo, presumibilmente, a contratti di compravendita", muovendo da una interpretazione del contenuto della clausola sul requisito di ammissione che, come si è visto, non è divisibile. Da ciò l'illegittimità dell'esclusione e il conseguente annullamento degli atti impugnati.>

Ma non solo

< L'annullamento appare esaurire anche le pretese sul piano risarcitorio, avanzate dalla società ricorrente proprio "in ragione dell'ingiustificata esclusione dalla gara" e dei danni "conseguenti alla comunicazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e all'incameramento della cauzione provvisoria". Si deve considerare, inoltre, che la tempestività della sospensione dell'atto di esclusione, disposta con l'ordinanza di questa Sezione n. 323 del 7 giugno 2007, ha evitato il consolidarsi di ulteriori danni. Pertanto deve concludersi per l'infondatezza della domanda di risarcimento dei danni proposta dalla ricorrente.>

Si legga anche:

Nelle ipotesi di clausole ambigue del bando di gara
si deve accogliere l'interpretazione che tutela gli interessati di buona fede

, salvaguardando così l'ammissibilità delle offerte e consentendo la maggiore partecipazione di offerenti,
si da tutelare l'interesse pubblico al più ampio confronto tra le offerte

Il Consiglio di Stato, con la decisione numero 1224 dell' 8 marzo 2006 ci insegna che:

<in vista del favore della partecipazione del maggior numero possibile di concorrenti alle pubbliche gare,
al fine di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo quanto più vantaggioso, in termini qualitativi e
quantitativi, per l'Amministrazione, in caso di clausole equivoche o di dubbio significato deve preferirsi
l'interpretazione (da parte della Commissione di gara, organo competente) che favorisca la massima
partecipazione alla gara (piuttosto che quella che la ostacoli), e quella che sia meno favorevole alle
formalità inutili>

ma vi è di più

<solo al cospetto di clausole del bando ambigue, è stata affermata la possibilità per l'Amministrazione, in
sede di esame delle domande di partecipazione ad una procedura concorsuale (id est, comparativa), di non
dare applicazione a clausole del bando illegittime, o di dare alle clausole del bando un'interpretazione
conforme a legge, o estensiva della partecipazione al concorso>

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 40 del 16 gennaio 2008 emessa dal Tar Piemonte, Torino

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 651 del 2007, proposto da:

ALFA radiocomunicazioni S.r.l.,

contro

la Regione Piemonte, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. ***** , con domicilio eletto presso lo stesso in Torino, piazza Castello n. 165

nei confronti di

BETA Telecomunicazioni di ***** e ***** , in persona del legale rappresentante pro tempore;

per l'annullamento

- del provvedimento della Regione Piemonte 21 marzo 2007, avente ad oggetto l'esclusione della società ricorrente dalla gara d'appalto bandita con atto della Regione stessa in data 11 agosto 2006, pubblicato sul ***** 17 agosto 2006, n. 33;

- della conseguenziale nota della Regione Piemonte 23 marzo 2007;

- di ogni ulteriore atto preordinato, conseguenziale e comunque connesso del relativo procedimento, nonchè per ogni ulteriore conseguenziale statuizione.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Piemonte;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11/07/2007 il dott. ***** e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Dato atto che ai sensi dell'art. 23 bis, comma 6, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dall'art. 4 della legge 21 luglio 2000 n. 205, in data 14 luglio 2007 è stato depositato il dispositivo della presente sentenza, con il n. 54;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. - Con determinazione dirigenziale n. 1188 del 14 luglio 2006, il Settore Protezione Civile della Regione Piemonte indiceva una gara a procedura ristretta (appalto concorso) per "l'affidamento del servizio di noleggio, gestione e manutenzione di un sistema radio isofrequenziale sincrono, di due sistemi radio isofrequenziali sincroni trasportabili e dei servizi connessi ad uso della protezione civile regionale". Il criterio di aggiudicazione previsto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Con

determinazione dirigenziale n. 747 del 4 agosto 2006, veniva approvato il bando e il disciplinare di gara che, tra i requisiti di capacità economico-finanziaria per l'ammissione alla gara, veniva richiesto il possesso di un "Fatturato per servizi analoghi conseguito nel triennio ("2003-2004-2005) di importo complessivo pari a: € 4.000.000,00 IVA esclusa".

La società ricorrente in data 11 settembre 2006 presentava istanza di ammissione alla gara. All'esito del sorteggio, effettuato ai sensi dell'art. 48 del Codice dei Contratti pubblici, la stazione appaltante chiedeva alla società ricorrente di documentare i requisiti soggettivi dichiarati in gara.

A seguito di alcune richieste di chiarimenti la stazione appaltante emetteva una nota in data 14 settembre 2006, in cui precisava che il requisito doveva intendersi come "fatturato analogo all'oggetto dell'appalto e pertanto quello relativo al noleggio, la gestione e la manutenzione di sistemi isofrequenziali".

Nella seduta del 21 marzo 2007 il Presidente del seggio di gara disponeva l'esclusione della ricorrente dalla gara d'appalto "in quanto non in possesso del requisito economico finanziario di ammissione alla procedura di cui al punto III.2.2) n. 3 del bando di gara "Fatturato per servizi analoghi conseguito nel triennio ("2003-2004-2005) di importo complessivo pari ad Euro 4.000.000,00 oltre IVA", ritenendo che parte delle fatture prodotte dalla ricorrente riguardavano la fornitura e non il noleggio di un sistema radio isofrequenziale sincrono. La decisione richiama altresì i chiarimenti sul punto emanati dalla stazione appaltante in data 14 settembre 2006, in cui si affermava che per "fatturato per servizi analoghi si intende il fatturato analogo all'oggetto dell'appalto e pertanto quello relativo al noleggio, la gestione e la manutenzione di sistemi radio isofrequenziali".

2. - Con il ricorso in esame, regolarmente notificato e depositato, la ALFA Radiocomunicazioni s.r.l. chiede l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara, nonché degli altri atti indicati in epigrafe, deducendo i seguenti motivi di ricorso:

1° Violazione di legge di cui all'art. 48, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, sulla conformità degli atti di gara alle previsioni del bando, del capitolato speciale e del disciplinare tecnico che riguardano il possesso dei requisiti soggettivi, nonché per contrasto con l'art. 3, legge 3 agosto 1990, n. 241, per difetto o insufficiente istruttoria e motivazione. Eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti,

contraddittorietà o illogicità, difetto o insufficiente istruttoria e motivazione.

La società ricorrente deduce la violazione delle norme di gara, sotto il profilo della interpretazione del concetto di servizi analoghi, in cui dovrebbero farsi rientrare anche le prestazioni contrattuali indicate dalla ricorrente, anche se rese nell'ambito di rapporti contrattuali di compravendita e non di noleggio. Per stabilire l'analogia, richiesta dal disciplinare di gara, occorre guardare alla tipologia delle prestazioni e non alla qualificazione formale del contratto. In tal senso, anche nelle compravendite indicate dalla società ricorrente si realizza la consegna del medesimo bene, con relativa installazione, normalmente collegata ad un contratto di assistenza e manutenzione, ossia le medesime prestazioni richieste per il contratto di noleggio.

2° Violazione di legge di cui all'art. 48, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e all'art. 3, legge 3 agosto 1990, n. 241; eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti, contraddittorietà o illogicità, difetto o insufficiente istruttoria e motivazione, con particolare riferimento al noleggio come contratto di locazione con opzione per l'acquisto.

L'esclusione sarebbe illegittima anche sotto il profilo dell'oggetto dell'appalto. Infatti, ad avviso della ricorrente, seppure testualmente definito come contratto di noleggio, esso sarebbe in realtà un contratto di vendita con patto di riscatto, integrando quindi un ulteriore elemento di analogia con il contratto di compravendita. Da ciò emergerebbe l'erroneità della decisione della stazione appaltante di non prendere in considerazione tali contratti, quantomeno come oggetti analoghi a quello d'appalto.

3° Violazione di legge con riferimento all'art. 48, comma 1, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in relazione all'art. 49 ss. e 81 Trattato CE. Questione pregiudiziale. Questione di legittimità costituzionale dell'art. 48, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in relazione agli artt. 11, 41 Cosat. e 49 e 81 Trattato CE.

In via subordinata, la ricorrente solleva la questione di illegittimità comunitaria della norma di cui all'art. 48 del Codice dei contratti pubblici, nella parte in cui dispone l'incameramento della cauzione provvisoria per la mancata prova della capacità economico-finanziaria richiesta e dichiarata in gara, ritenendo che la norma contrasti con le disposizioni del Trattato CE citate in rubrica; nonché la questione di legittimità costituzionale per la violazione del principio di libera concorrenza.

3.- Si è costituita in giudizio la Regione Piemonte, con “atto di costituzione” del 30 maggio 2007, chiedendo la reiezione del ricorso. Con successiva memoria del 6 giugno 2007, chiede, preliminarmente, che il ricorso sia dichiarato inammissibile posto che non sono stati impugnati il bando e il disciplinare di gara nella parte in cui prescrivono, quale requisito di capacità economico-finanziaria, un fatturato per servizi analoghi nel triennio precedente pari a € 4.000.000,00 (punto III.2.2. del bando di gara; parag. 10, punto E, lettera b del disciplinare). L’inammissibilità deriverebbe, inoltre, dalla mancata impugnazione della nota di chiarimenti del 14 settembre 2006 con la quale la stazione appaltante dava l’interpretazione autentica delle citate disposizioni. Il provvedimento di esclusione sarebbe, infatti, meramente applicativo delle menzionate prescrizioni di gara.

Nel merito, ritiene infondati i motivi dedotti e chiede che il ricorso sia rigettato.

4. - Con ordinanza di questa Sezione n. 323 del 7 giugno 2007 è stata accolta la domanda cautelare proposta incidentalmente dalla società ricorrente e fissata, ai sensi dell’art. 23 bis della legge n. 1034/1971, l’udienza per la discussione del merito. All’udienza dell’11 luglio 2007 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. - Deve essere esaminata preliminarmente l’eccezione di rito sollevata dalla difesa dell’amministrazione regionale resistente, con la quale si sostiene che il ricorso è inammissibile in quanto non sono stati impugnati gli atti presupposti costituiti dal bando e dal disciplinare di gara, nonché dalla nota contenente l’interpretazione autentica della clausola della lex specialis sul requisito di partecipazione costituito dal fatturato pari ad almeno 4.000.000,00 di euro nel triennio.

2. - L’eccezione non può essere condivisa.

La questione centrale intorno al quale si muovono i motivi del ricorso è costituita, come emerge chiaramente da quanto sin qui esposto, dall'interpretazione della disposizione del bando e del disciplinare di gara sul requisito di capacità economico-finanziaria. Si tratta di stabilire quale sia il significato da attribuire al concetto di "servizi analoghi" e sulla base di esso decidere della legittimità o meno dell'esclusione dalla gara dell'offerta della ricorrente e, di riflesso, della fondatezza o non del ricorso in esame. Non si pone, quindi, un problema di eliminazione dell'efficacia della clausola in oggetto, per conseguire la quale sarebbe stato, in effetti, necessario passare per la sua impugnazione ed il suo eventuale annullamento. La questione si risolve attraverso la interpretazione della clausola, il che presuppone la sua applicabilità alla fattispecie concreta introdotta con il ricorso. Ne deriva come logica conseguenza che la società ricorrente non doveva impugnare alcuna disposizione della *lex specialis* della gara, e nemmeno la nota di chiarimenti del 14 settembre 2006 che è sostanzialmente ripetitiva del contenuto della clausola del bando. Il ricorso è dunque ammissibile.

3. - Quanto al merito, il primo motivo di ricorso è fondato.

Il concetto di "fatturato per servizi analoghi" non può essere interpretato come limitato ai servizi oggetto dell'appalto, resi esclusivamente mediante la forma giuridica del contratto di noleggio. E ciò per una serie di ragioni.

La prima è di ordine letterale: servizi analoghi non significa servizi identici.

La seconda è di ordine funzionale: la formula "servizi analoghi" implica la necessità di ricercare elementi di similitudine tra i servizi presi in considerazione, elementi che non possono che scaturire dal confronto tra le prestazioni oggetto dell'appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti al fine di dimostrare il possesso della capacità economico-finanziaria dal bando, senza quindi fermarsi alla verifica del tipo di contratto (noleggio, vendita) in cui tali prestazioni sono inserite.

Un ulteriore argomento deriva dall'applicazione del principio secondo cui "in caso di clausole equivoche o di dubbio significato deve preferirsi l'interpretazione (da parte della commissione di gara, organo competente) che favorisca la massima partecipazione alla gara (piuttosto che quella che la ostacoli), e quella che sia meno favorevole alle formalità inutili" (così Cons. St., sez. V, 8 marzo 2006, n. 1224, ma il

principio, come noto, è pacifico in giurisprudenza).

Nel caso di specie, il requisito di fatturato richiesto veniva raggiunto dalla ricorrente attraverso la parziale indicazione di contratti di fornitura o di vendita (e non di noleggio) delle apparecchiature e dei sistemi radiomobili. Il Presidente della gara, nella seduta del 21 marzo 2007, senza procedere ad una verifica della analogia tra le prestazioni, come sopra indicato, ha proceduto alla esclusione dell'offerta della società ricorrente sulla base del rilievo che "l'importo del fatturato della ditta BPG per il noleggio ammonta a soli Euro 1.478.646,96, mentre il resto di fatturato è relativo, presumibilmente, a contratti di compravendita", muovendo da una interpretazione del contenuto della clausola sul requisito di ammissione che, come si è visto, non è divisibile. Da ciò l'illegittimità dell'esclusione e il conseguente annullamento degli atti impugnati.

3. - La riconosciuta fondatezza della censura esaminata, pienamente soddisfattiva delle pretese della società ricorrente, consente di ritenere assorbiti gli altri motivi del ricorso.

4. - L'annullamento appare esaurire anche le pretese sul piano risarcitorio, avanzate dalla società ricorrente proprio "in ragione dell'ingiustificata esclusione dalla gara" e dei danni "conseguenti alla comunicazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e all'incameramento della cauzione provvisoria". Si deve considerare, inoltre, che la tempestività della sospensione dell'atto di esclusione, disposta con l'ordinanza di questa Sezione n. 323 del 7 giugno 2007, ha evitato il consolidarsi di ulteriori danni. Pertanto deve concludersi per l'infondatezza della domanda di risarcimento dei danni proposta dalla ricorrente.

5. - Si ravvisano giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale Amministrativo per il Piemonte, sezione seconda, pronunciandosi definitivamente, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla il provvedimento della Regione Piemonte 21 marzo

2007 e la conseguenziale nota del 23 marzo 2007.

Rigetta la domanda di risarcimento del danno.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 11/07/2007 con l'intervento dei signori: