

N. 34856/2010 REG.SEN.
N. 07342/2010 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 il Lazio

(Sezione Prima Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7342 del 2010, proposto da:
Soc Kpmg Advisory Spa + Rti, Soc Deloitte Consulting Spa,
rappresentati e difesi dagli avv. Damiano Lipani, Francesca Sbrana,
Luigi Mazzoncini, con domicilio eletto presso Studio Legale Lipani
& Partners in Roma, via Vittoria Colonna, 40; Soc Archidata Srl;

contro

Ministero dell'Interno, rappresentato e difeso dall'Avvocatura,
domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Soc Ernst & Young Financial Business Advisor Spa, rappresentato e
difeso dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Studio
Legale Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

per l'annullamento

del provvedimento a prot. N. 555/SM/U/879/2010 in data 7 luglio 2010 con il quale il Ministero dell'Interno ha escluso il costituendo RTI tra KPMG Advisory s.p.a. ed Archidata s.r.l. in qualità di mandanti dalla "Gara a procedura aperta ai sensi del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 per l'affidamento del servizio di assistenza tecnica per la gestione del fondo Europeo per le Frontiere esterne 2007/2013";

del provvedimento a prot. N. 555/SM/U/880/2010 in data 7 luglio 2010 con il quale il Ministero dell'Interno ha inviato al RTI lo stralcio del verbale n. 4 del 1° luglio 2010 della Commissione di gara, contenente le motivazioni del provvedimento di esclusione e segnatamente la violazione delle prescrizioni di cui al paragrafo 4.2 Disciplinare di gara, per una irregolarità nelle modalità di presentazione della documentazione contenuta nella Busta B;

del verbale n. 4 della Commissione della gara in questione, relativo alla seduta riservata del 1° luglio 2010, nel corso della quale è stata aperta, tra l'altro la Busta B presentata dal RTI ed è stata deliberata all'unanimità l'esclusione del medesimo RTI dalla gara;

nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale ed in particolare:

- a) dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva che il Ministero dell'Interno dovesse essere adottato in favore di uno dei concorrenti di gara;
- b) dell'eventuale contratto che il Ministero dell'Interno dovesse avere sottoscritto con uno dei concorrenti alla gara;

nonché in via subordinata del bando di gara in data 30 aprile 2010 con il quale è stata indetta la “Gara a procedura aperta ai sensi del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 per l’affidamento del servizio di assistenza tecnica per la gestione del fondo Europeo per le Frontiere esterne 2007/2013” e del Disciplinare di gara paragrafo 4.2 laddove siano interpretati nel senso di richiedere espressamente ai concorrenti che la documentazione di cui al menzionato paragrafo 4.2. debba essere inserita nella busta B, a pena di esclusione, in distinti e separati documenti;

nonché per il risarcimento dei danni

tutti patiti e patienti dal RTI capeggiato dalla Società ricorrente per effetto dei provvedimenti impugnati e, in ogni caso, per la violazione dei principi generali del giusto procedimento di correttezza dell’azione amministrativa e di tutela dell’affidamento dei privati;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell'Interno e di Soc Ernst & Young Financial Business Advisor Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 ottobre 2010 il dott. Maria Ada Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Ministero dell'Interno, con bando di gara pubblicato sulla G.U.U.E. n. S84 del 30.4.2010, ha indetto una gara a procedura aperta, ai sensi del D. Lgs. n. 163/2006, per l'affidamento del servizio di assistenza tecnica per la gestione del Fondo europeo per le frontiere esterne 2007/2013.

La ricorrente ha partecipato alla predetta gara in costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la Soc. Deloitte Consulting S.p.a. e la Soc. Archidata S.r.l.

Il disciplinare di gara – paragrafo 4.2 – prescriveva in merito alla Busta B quanto segue :

<La Busta B, Offerta tecnica, dovrà contenere, a pena di esclusione, la seguente documentazione in distinti e separati documenti:

- a. l'impegno a costituire un gruppo di lavoro composto nel rispetto delle condizioni minime previste dal paragrafo 3 del capitolato;
- b. una relazione tecnica in lingua italiana, in formato A4 di max 75 cartelle con utilizzazione di un editing di facile lettura. La relazione tecnica dovrà essere corredata di un suo indice autonomo ed essere priva, pena esclusione, di qualsivoglia indicazione (diretta o indiretta) di carattere economico. La relazione tecnica deve contenere tutti gli elementi che l'offerente riterrà utile ai fini della valutazione dell'offerta, indicando anche le eventuali opzioni migliorative che il prestatore riterrà di proporre rispetto a quanto esplicitamente richiesto nei documenti di gara. La relazione tecnica dovrà fornire

una indicazione dettagliata delle informazioni in merito alle modalità di organizzazione e gestione delle diverse fasi dei servizi richiesti e dovrà essere firmata o siglata in ogni sua pagina dal legale rappresentante dell'offerente o del consorzio;

c. schema riepilogativo del gruppo di lavoro con l'indicazione del ruolo di ciascuno nello svolgimento del servizio e del relativo profilo, nonché del curriculum dettagliato di ciascun componente>.

Con il provvedimento prot. n. 555/SM/U/879/2010 in data 7 luglio 2010 il Ministero dell'Interno ha escluso il costituendo RTI tra KPMG Advisory s.p.a. ed Archidata s.r.l. in qualità di mandanti della gara.

Il provvedimento è supportato sulla base dei seguenti elementi:

<la documentazione contenuta nella Busta B pervenuta non è conforme alle prescrizioni di cui al paragrafo 4.2 del citato disciplinare di gara>.

In particolare, dalla documentazione in atti risulta che :<dall'esame della Busta B della suddetta ditta risultano prodotti solo i primi due documenti indicati alle lettere a) e b) del paragrafo 4.2 del disciplinare e in allegato alla relazione tecnica (lett. B) sono stati riportati i soli curricula dei componenti dei gruppi di lavoro. Manca, invece, come terzo autonomo documento quello indicato alla lettera c) del citato paragrafo; la documentazione inserita nella Busta B, e sopra menzionata alle lettere a) e b), è stata peraltro prodotta in documenti distinti ma non separati come prescritto dal disciplinare,

in quanto tutto il contenuto della Busta B risulta pervenuto dalla suddetta ditta in un unico documento nel quale è stato semplicemente apposto un foglio cartonato per distinguere la dichiarazione dalla relazione tecnica>.

Nel ricorso in epigrafe l'interessata ha prospettato i seguenti vizi:

- 1). Violazione, falsa applicazione della lex specialis di gara, violazione, falsa applicazione del paragrafo 4.2 del disciplinare di gara, violazione dei principi di proporzionalità, del giusto procedimento e di trasparenza dell'azione amministrativa, errata individuazione dei presupposti in fatto ed in diritto, eccesso di potere sotto i profili di irragionevolezza, illogicità e ingiustizia manifesta, violazione, falsa applicazione dei principi di massima partecipazione, di non aggravamento del procedimento (art. 1, comma 2, L. n. 241/1990), di par condicio nelle gare pubbliche;
- 2). Violazione, falsa applicazione art. 74 D.Lgs. n. 163/2006, eccesso di potere sotto i profili di illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà;
- 3). Violazione, falsa applicazione art. 46 D. Lgs. n. 163/2006, violazione del principio del giusto procedimento, eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria;
- 4). Violazione, falsa applicazione art. 79, commi 5, lettera b), 5bis e 5ter D. Lgs. n. 163/2006; eccesso di potere sotto il profilo della contraddittorietà.

Con ord. n. 4003/2010 il Collegio ha accolto la domanda cautelare.

In data 19.8.2010 controparte ha presentato memoria difensiva.

In data 8.9.2010 si è costituita la Ernst & Young Financial Business Advisor S.p.a. che, in data 8.10.2010, ha depositato memoria.

Con nota n. 555/SM/U/1280/2010 del 4.10.2010 il Ministero dell'Interno ha comunicato la "sospensione dell'intera procedura fino all'udienza per la discussione del merito del ricorso".

In data 13.10.2010 la controinteressata ha depositato istanza di accesso ex art. 116, comma 2, del D.Lgs. n. 104/2010.

I). Tanto premesso, il ricorso è fondato e deve essere accolto.

1). Con il primo motivo di ricorso, alla pagina 9, la ricorrente sostiene che non appare possibile estendere l'applicazione della comminatoria di esclusione alla diversa (e certamente irrilevante) ipotesi in cui la suddetta documentazione sia presentata (meramente collazionata) con modalità diverse da quelle genericamente indicate.

La clausola del disciplinare di gara collega l'esclusione solo all'ipotesi di carenza di uno dei documenti prescritti (o all'inserimento di elementi economici nella relazione tecnica) e non anche a una mera difforme modalità di collazione degli stessi documenti.

La controinteressata, con la memoria depositata in data 8.10.2010, replica nel merito sostenendo che <il RTI Kpmg, per sua stessa ammissione, assume di aver prodotto lo "schema riepilogativo del gruppo di lavoro" all'interno della relazione tecnica "da pag. 64 a pag. 68". Tale circostanza innanzitutto non corrisponde alla realtà e, comunque, costituisce una patente violazione della lex specialis (art.

4.2 del disciplinare) che, invece, richiedeva espressamente e dietro espressa comminatoria di esclusione che ciascun operatore economico producesse, all'interno della Busta B tre documenti distinti e separati non ammettendo, dunque, modalità alternative di produzione di documenti. Ad ogni buon conto, lo schema riepilogativo del gruppo di lavoro non risulta neppure inserito nella relazione tecnica>.

Alla pag. 6 della citata memoria la controinteressata sostiene, altresì, che <quella che controparte intende far passare per uno schema riepilogativo del servizio altro non è che una parte della relazione tecnica contenente le informazioni circa l'organizzazione del servizio messo a gara>.

La doglianza merita apprezzamento positivo in base alle seguenti argomentazioni :

- a). per pacifica giurisprudenza, la presenza nella legge di gara di un'espressa comminatoria di esclusione della domanda di partecipazione a fronte del mancato rispetto di determinate prescrizioni impone l'esecuzione incondizionata della previsione, poiché alla stazione appaltante non è rimessa alcuna discrezionalità di valutazione su quanto riscontrato;
- b). tuttavia, quando la formulazione letterale del bando lascia spazi interpretativi va prescelta l'interpretazione volta a favorire la massima partecipazione alla procedura;
- c). nel caso di specie, dalla documentazione in atti, risulta che la

ricorrente ha prodotto il documento sub c) (schema riepilogativo del gruppo di lavoro con l'indicazione del ruolo di ciascuno nello svolgimento del servizio e del relativo profilo, nonché del curriculum dettagliato di ciascun componente);

d). peraltro, ad avviso del Collegio, in base all'interpretazione letterale e logica, la predetta clausola del disciplinare di gara (4.2), nella parte in cui ha previsto una causa di esclusione, non può riguardare (anche) le modalità di presentazione della documentazione. Dunque, il richiamo alla clausola in parola e la sua interpretazione letterale e logica rendono evidente l'ampiezza della previsione;

e). l'impugnata esclusione assunta dal seggio di gara non può resistere alla addotta censura in quanto l'omissione in cui è incorsa la ricorrente si connota – oggettivamente – come una pura formalità in relazione alla clausola del disciplinare sprovvista di una specifica comminatoria di esclusione;

f). sul punto, l'amministrazione ha illegittimamente agito e il suo operato appare irragionevole per eccessivo formalismo nell'interpretazione del disciplinare di gara.

Peraltro, la detta interpretazione fornita dall'amministrazione viola – mancando una qualche ragione giustificativa – il principio generale della massima partecipazione concorsuale degli operatori economici e, conseguentemente, i principi comunitari in materia di gara.

2). Con la seconda censura la ricorrente lamenta l'illegittimità della

predetta clausola del disciplinare anche alla luce dell'art. 74 del Codice appalti che richiama il principio di proporzionalità.

Diversamente dalle argomentazioni fornite dalle controparti il rilievo merita di essere condiviso.

Nel caso concreto, come già precisato al motivo sub 1), l'amministrazione ha dato luogo ad una applicazione restrittiva o formalistica della prescrizione della lex specialis che, a ben vedere, non corrispondeva all'interesse pubblico di garantire la massima partecipazione alla procedura selettiva né a criteri di tutela della parità tra i concorrenti.

3). Con il terzo motivo di ricorso l'interessata lamenta la mancata applicazione dell'art. 46 del Codice appalti relativo all'invito, da parte dell'amministrazione, all'integrazione documentale.

La controinteressata replica, con i vari scritti difensivi depositati, sostenendo che, nella specie, non si potrebbe applicare la predetta disposizione trattandosi di "incompletezza dei documenti" e non di mera integrazione degli stessi.

Il motivo è fondato trattandosi, in primo luogo, non di una incompletezza della documentazione ma soltanto di una mera irregolarità.

Con riguardo alle innovazioni introdotte dalla L. n. 241/1990 (ed in particolare dall'art. 6) e dal Codice appalti (art. 46 cit.) dall'ordinamento vigente emerge chiaramente la volontà di semplificare al massimo il procedimento amministrativo e le sue

formalità e, quindi, di rendere sanabili tutte le irregolarità documentali che non siano espressamente sanzionate dal bando e che non incidano, in termini sostanziali, sul procedimento, o sulla par condicio di coloro che vi partecipano (cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 1 marzo 2001, n. 328).

Questo tanto più quando tali irregolarità appaiano anche riconducibili ad una non perspicua formulazione delle regole del procedimento da parte dell'Amministrazione.

Sicché, nella presente fattispecie, nessuna plausibile ragione (sostanziale e/o formale) sembra assistere la disposta esclusione della ricorrente e comunque il rifiuto di consentirne la regolarizzazione secondo quanto postulato in ricorso.

4). Infine, è respinta – in ragione del suo carattere meramente formale - la censura di cui alla violazione dell'art. 79 del Codice appalti.

II). Occorre passare, a questo punto, all'esame dell'istanza di accesso agli atti, depositata dalla controinteressata in data 13.10.2010.

Nella stessa la medesima fa presente di avere presentato, il 7.10.2010, istanza per chiedere l'ostensione dei documenti relativi alla procedura di gara di cui è causa con particolare riguardo ai verbali di gara, alla documentazione amministrativa (busta A), ed alle offerte (buste B e C) presentate da RTI Kpmg Advisory S.p.a.

Il Ministero dell'Interno, con nota del 4.10.2010, ha comunicato all'interessata che "l'accesso sarà consentito ad eccezione delle

offerte”. In data 7.10.2010 si è svolto l’accesso agli atti ed è stata consentito, soltanto, il rilascio di copia dei verbali di gara.

Con la predetta istanza di accesso, presentata ai sensi dell’art. 116 del D.Lgs. n. 104/2010, la controinteressata ha sostenuto che il diniego di accesso è illegittimo e ha ribadito di voler conoscere tutti gli atti indicati alla pagina 3 della stessa istanza.

Il Collegio fa presente, in via preliminare, che, ai sensi del citato art. 116, 2° comma, Codice del processo, la predetta istanza di accesso viene decisa con la presente sentenza che definisce il giudizio.

L’istanza di accesso è, tuttavia, inammissibile per difetto di interesse. Come sostenuto nella discussione orale, svoltasi in data odierna (14.10.2010), il difensore della ricorrente precisa che il presente ricorso è rivolto – soltanto – avverso l’atto di esclusione (provvedimento prot. n. 555/SM/U/879/2010 in data 7 luglio 2010); che, allo stato, l’interesse di parte attrice è – solo – quello di essere riammessa alla procedura dalla quale è stata, ingiustamente, esclusa e che la predetta istanza di accesso è stata presentata con l’intento strumentale di differire l’esame nel merito del ricorso.

Dunque, anche alla luce delle predette considerazioni, il Collegio si è formato il convincimento che – allo stato – non sussiste un interesse specifico, concreto, diretto e attuale della controinteressata alla conoscenza immediata degli atti per i quali l’accesso è stato escluso (offerte presentate da RTI Kpmg Advisory S.p.a.).

Peraltro, risulta dalla documentazione in atti, che, con nota n.

555/SM/U/1280/2010 del 4.10.2010, il Ministero dell'Interno ha comunicato la "sospensione dell'intera procedura fino all'udienza per la discussione del merito del ricorso" (dunque non rileva l'esistenza di una, eventuale, aggiudicazione provvisoria).

In altre parole, poiché il risultato della presente decisione di accoglimento è – unicamente - quello di ammettere la ricorrente alle fasi successive della procedura e ancora devono essere adottati gli atti definitivi della stessa (aggiudicazione definitiva; stipulazione del contratto) si ritiene che, eventualmente, la controinteressata potrà ripresentare eventuali istanze di accesso nel prosieguo della procedura.

Dunque, l'istanza di accesso depositata il 13.10.2010, è da dichiararsi inammissibile per difetto di interesse attuale e concreto della Soc. Ernst & Young Financial Business Advisor S.p.a.

III). In ultimo, deve essere esaminata la richiesta di risarcimento dei danni proposta alle pagine 21 e ss. del presente ricorso.

La stessa deve essere respinta in applicazione del principio secondo cui l'effetto ripristinatorio derivante dall'annullamento giurisdizionale dell'atto illegittimo costituisce già una riparazione nella maniera più specifica e pertanto soddisfattiva (in tutto o in parte a seconda delle circostanze) sia dal punto di vista materiale che giuridico, rispetto alla situazione di illegittimità dell'atto imputabile alla P.A.

In conclusione, per le considerazioni che precedono, di cui al punto I), il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, sono annullati gli atti

impugnati.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Roma, Sezione I ter, definitivamente pronunciando:

- a). accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati;
- b). dichiara inammissibile per difetto di interesse l'istanza di accesso depositata il 13.10.2010 dalla controinteressata;
- c). respinge la pretesa risarcitoria;
- d). condanna il Ministero dell'Interno e la Soc. Ernst & Young Financial Business Advisor S.p.a. al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente che sono liquidate in complessivi € 4000,00 (quattromila/00).

La presente sentenza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Linda Sandulli, Presidente

Pietro Morabito, Consigliere

Maria Ada Russo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/12/2010

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)