



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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6197 del 2010, proposto da:
Soc Bain & Compani Inc + Rti, Soc Teleskill Italia Srl, rappresentati
e difesi dagli avv. Maurizio Benincasa, Giorgio Sicari, con domicilio
eletto presso Maurizio Benincasa in Roma, v.le di Villa Massimo, 33;

contro

Autorita' per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e
Forniture, rappresentato e difeso dall'Avvocatura, domiciliata per
legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Soc Banca Popolare di Bergamo Spa;

per l'annullamento

- del provvedimento prot.0040321 del 17 giugno 2010 dell'Autorità
per la Vigilanza sui contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture;

- del verbale di gara n.15 dell'8 giugno 2010 relativo alla gara europea a procedura aperta per lo "Sviluppo di soluzioni applicative, di analisi e di governo a supporto del sistema informativo dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture;
- del verbale di gara n.16 del 14 giugno 2010;
- del provvedimento n. prot. 0041222 del 22 giugno 2010 dell'Autorità per la vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture;
- del bando di gara europea a procedura aperta rif. CIG 0413785A2C, pubblicato il 23 dicembre 2009, nonché del relativo disciplinare di gara;
- del provvedimento n. prot.0044343 del 6 luglio 2010 dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture;
- di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autorita' per la Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2010 il dott. Cecilia Altavista e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Autorità di Vigilanza per i contratti pubblici con bando del 23-1-2009 ha indetto una procedura aperta per lo sviluppo di soluzioni applicative di analisi e di governo a supporto del sistema informativo dell'Autorità.

Il punto 5.9 del disciplinare di gara tra i requisiti di capacità economica e finanziaria richiedeva un fatturato globale di impresa riferito agli anni 2006-2007-2008 pari a 18 milioni di euro; un fatturato specifico relativo agli anni 2006-2007-2008 così articolato: per servizi di consulenza specialistica e di program management erogati in favore della pubblica amministrazione fatturato pari a euro 3.000.000; per servizi di progettazione, sviluppo e manutenzione evolutiva di soluzioni applicative erogati in favore della pubblica amministrazione fatturato specifico pari a 6.000.000 di euro; per servizio di recupero dati pregressi in favore della pubblica amministrazione fatturato specifico di 1.500.000 euro. Al punto b) di tale articolo del disciplinare era previsto anche che in caso di partecipazione alla gara di raggruppamento di imprese il requisito relativo al fatturato globale e quello relativo al fatturato specifico dovessero essere soddisfatti dal raggruppamento nel suo complesso con la precisazione che detti requisiti dovessero essere posseduti almeno al 40% dalla capogruppo mentre il 60 % cumulativamente dalle mandanti. “In caso di raggruppamento verticale, il requisito dovrà essere posseduto con riferimento alle percentuali che ciascun

raggruppamento intende assumere”.

Nelle risposte ai quesiti fornite dalla stazione appaltante sul sito della stessa era ulteriormente precisato che “in caso di raggruppamento verticale il requisito dovrà essere posseduto con riferimento alle percentuali di servizio che ciascun componente del raggruppamento intenda assumere. A tal fine si precisa che la prestazione principale del presente appalto è quella relativa al servizio di consulenza specialistica”.

Ha presentato domanda di partecipazione il raggruppamento verticale formato da Bain & Company, Auselda AED group e Teleskill Italia s.r.l.. La società Teleskill dichiarava che avrebbe partecipato per la quota del 5%. La stessa società, dunque, dichiarava di avere il fatturato globale pari al 5% del totale (5 % rispetto a 18 milioni di euro), mentre il fatturato specifico del 5% solo rispetto a servizi di progettazione, sviluppo e manutenzione evolutiva di soluzioni applicative erogati in favore della pubblica amministrazione, che, peraltro, aveva dichiarato pari al fatturato globale, 1.135.977 euro .

La Commissione di gara, in sede di verifica dei requisiti, disponeva la esclusione del raggruppamento ritenendo che mancasse il requisito minimo per la Teleskill s.r.l., in quanto sarebbe stato necessario il 5% di tutti i fatturati specifici (sommati).

Infatti, riteneva, altresì, che alcuni contratti presentati, al fine di provare la sussistenza di detti requisiti, non rientrassero nella voce

“servizi di progettazione, sviluppo e manutenzione evolutiva di soluzioni applicative erogati in favore della pubblica amministrazione”, in quanto relativi ad attività svolte per conto di soggetti privati. In particolare, la Commissione riteneva non erogati a soggetti di natura pubblica servizi pari a 652.135,14 con un residuo di 483.841,86 comunque non sufficiente a rientrare nel minimo dei fatturati specifici richiesti, secondo la interpretazione della Commissione (5% di 10.500.000 euro, quindi 525.000 euro).

La stazione appaltante, sulla base di tali motivazione dei verbali di gara, disponeva l'esclusione.

Avverso il provvedimento di esclusione del 17-6-2010 e avverso il diniego di autotutela della stazione appaltante sollecitato dal raggruppamento dell'8-7-2010 e avverso l'incameramento della cauzione e l'annotazione nel casellario informatico è stato proposto il presente ricorso per i seguenti motivi:

violazione di legge; violazione e falsa applicazione del bando di gara; mancanza di motivazione; eccesso di potere nelle sue figure sintomatiche del difetto di istruttoria e carenza dei presupposti;

violazione di legge ; violazione dell'art 46 del d.lgs n° 163 del 2006;

violazione del principio del contraddittorio; violazione dei principi di proporzionalità, irragionevolezza, ingiustizia manifesta.

Si è costituita la Autorità di Vigilanza contestando la fondatezza del ricorso.

Alla camera di consiglio del 2 agosto 2010 è stata accolta la domanda

cautelare di sospensione dei provvedimenti impugnati .

All'udienza pubblica del 15-12-2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

E stata proposta altresì, seppur in maniera generica, una domanda di risarcimento danni.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

La clausola del disciplinare di gara distingue tra raggruppamento orizzontale e raggruppamento verticale proprio riguardo al possesso dei requisiti. In particolare, prevede espressamente che il requisito relativo al fatturato globale e quello relativo al fatturato specifico debbano essere soddisfatti dal raggruppamento nel suo complesso con la precisazione che detti requisiti devono essere posseduti almeno al 40% dalla capogruppo mentre il 60 % cumulativamente dalle mandanti. Prevede, altresì:“in caso di raggruppamento verticale, il requisito dovrà essere posseduto con riferimento alle percentuali che ciascun componente del raggruppamento intende assumere”.

Tale previsione espressa per il raggruppamento verticale non avrebbe alcun senso se indicasse lo stesso regime del raggruppamento orizzontale.

Infatti, la necessità della quota di fatturato globale e specifico deriverebbe già dalla previsione precedente.

In presenza di una espressione ambigua come quella adoperata nel bando di gara e nei chiarimenti, si deve far riferimento ai criteri

interpretativi generali e a quelli specifici relativi alle gare pubbliche.

Soccorre, infatti, in generale, il criterio di cui all'art 1369 del codice civile, che, in materia di interpretazione dei contratti, prevede che le clausole che possano avere più sensi, nel dubbio, debbano essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto.

La norma dell'art 1369 del codice civile è sicuramente applicabile alle clausole dei bandi di gara.

Il bando di gara, infatti, deve essere inteso come dichiarazione negoziale e va interpretato secondo le consuete regole sancite dal codice civile in materia di ermeneusi dei contratti (Consiglio Stato , sez. IV, 23 gennaio 2002 , n. 397; cfr, altresì, Consiglio Stato , sez. VI, 08 luglio 2010 , n. 4437, per cui la complessiva interpretazione del bando di gara è orientata dal principio di buona fede ed è guidata dai canoni ermeneutici legali di cui all'art. 1362 e ss. c. c.).

Applicando tali principi al caso di specie, si deve ritenere che la clausola acquisti un senso, qualora venga riferita alla specificità del raggruppamento verticale.

Inoltre, nell'ambito delle gare pubbliche, costituiscono principi generali quello della massima partecipazione e della concorrenza.

Tali principi conducono ad una interpretazione che favorisce piuttosto che restringere la platea dei possibili concorrenti.

In caso di clausole equivoche o di dubbio significato nelle procedure di evidenza pubblica, purché ciò non configga con il principio di

parità di trattamento tra i concorrenti, deve preferirsi l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara piuttosto che quella che la ostacoli (Consiglio Stato , sez. V, 12 ottobre 2010 , n. 7403).

La ratio del raggruppamento verticale è quella di consentire la partecipazione a soggetti che abbiano una esperienza specifica in determinati settori e che non hanno invece la professionalità richiesta per l'affidamento dell'intero contratto.

E' evidente che chi entra a far parte di un raggruppamento verticale, oltre tutto in una misura così ridotta come quella del 5% possa avere una esperienza specifica solo per un certo tipo di attività e non anche rispetto a tutte le altre oggetto dell'affidamento.

L'interpretazione sostenuta dalla stazione appaltante per cui il mandante verticale può dimostrare un requisito specifico parziale ma rispetto alla percentuale di propria partecipazione rapportata alla somma dei fatturati specifici (525.000 che è il 5% 10.500.000, somma dei fatturati specifici) anche se solo per un tipo di fatturato specifico, avrebbe richiesto una clausola più chiara in tal senso.

Nei chiarimenti resi dalla stazione appaltante la precisazione ulteriore per cui in caso di raggruppamento orizzontale si fa riferimento alle percentuali di ogni fatturato specifico, mentre nel raggruppamento verticale si ripete il riferimento alla percentuali del servizio che ciascun componente intende assumere, conduce alla conferma della interpretazione fatta propria dal raggruppamento ricorrente.

La società ricorrente contesta altresì che la stazione appaltante abbia escluso dal fatturato specifico indicato contratti che erano comunque riferibili a pubbliche amministrazione , anche se in base a subappalti. Nell'ambito dei requisiti di capacità economica e finanziaria, in mancanza di diversa specificazione del bando di gara, si deve ritenere che le clausole debbano essere intese in modo da favorire la massima partecipazione, quindi se non diversamente specificato rientrano i subappalti. La natura del subappalto è tale che effettivamente poteva non essere facilmente comprensibile per i concorrenti la limitazione ai casi in cui l'appaltatore fosse una società a partecipazione pubblica, come affermato dalla stazione appaltante nei chiarimenti.

Quanto poi ai contratti che sono stati esclusi in quanto non rientranti nell'attività di progettazione e sviluppo e manutenzione evolutiva di soluzioni applicative, si deve ricordare che anche rispetto a tale indicazione vale il principio della massima partecipazione.

In applicazione della regola della massima partecipazione, le clausole del bando richieste a pena di esclusione devono essere chiare e puntuali ed, in caso di oscurità o non chiarezza, devono essere interpretate nel modo meno restrittivo (Consiglio Stato , sez. V, 01 ottobre 2010 , n. 7262).

Ne deriva che i contratti relativi alla formazione on line non potevano essere di per se' esclusi dal fatturato specifico relativo alla attività di progettazione, sviluppo e manutenzione evolutiva di soluzioni applicative .

Sotto tali profili il ricorso è fondato e deve essere accolto con annullamento nel provvedimento di esclusione del raggruppamento ricorrente.

L'annullamento del provvedimento di esclusione comporta l'annullamento, altresì, della escussione della cauzione e dell'annotazione nel Casellario informatico, venendo a mancare i presupposti di tali provvedimenti .

Quanto alla domanda di risarcimento danni deve essere rigettata, in quanto proposta senza alcuna deduzione circa le voci di danno e senza alcun elemento di prova. In ogni caso, la immediata tutela cautelare ha consentito la partecipazione alla gara, impedendo quindi il verificarsi di eventuali danni.

In considerazione della complessità delle questioni sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Respinge la domanda di risarcimento danni.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Lundini, Presidente FF

Giuseppe Sapone, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/01/2011

IL SEGRETARIO

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