



**REPUBBLICA ITALIANA**

N. Reg. dec.

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

N. 6756 Reg. ric.

**IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO**

**ANNO 2008**

(Sezione III ter)

composto dai Magistrati:

Italo RIGGIO	Presidente
Maria Luisa DE LEONI	Consigliere, relatore
Stefano FANTINI	Consigliere

ha pronunciato la seguente

### **SENTENZA**

sul ricorso n. 6756 del 2008 Reg. Gen., proposto dalla Soc. AIVE S.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con HEWLETT-PACKARD ITALIANA S.r.l. e MEDIACON Sistemi Informativi S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Manzi e Paolo Pettinelli ed elettivamente domiciliata in Roma, Via F. Confalonieri, n. 5;

### **contro**

il Gestore del Mercato Elettrico S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Marcello Clarich, Giuliano Fonderico e Carolyn Frances Giordano ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, Piazza

di Monte Citorio, n. 115;

**e, nei confronti**

della Soc. INMATICA S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Filippo Lino Jacopo Silvestri e Claudio De Stefanis, presso i quali è elettivamente domiciliata in Roma, Via Ugo De Carolis, n. 34;

**per l'annullamento**

del provvedimento di esclusione dalla gara bandita per l'affidamento del servizio di manutenzione, sviluppo evolutivo ed aggiornamento tecnologico delle applicazioni informatiche del Gestore del Mercato Elettrico (GME), dei verbali n. 6 del 15.4.2008 e n. 7 del 5.8.2008; dell'aggiudicazione definitiva della gara del 26 maggio 2008; del contratto eventualmente stipulato, nonché del bando e del disciplinare di gara se ed in quanto eterointegrati;

VISTO il ricorso con i relativi allegati;

VISTI gli atti di costituzione in giudizio del Gestore del Mercato Elettrico S.p.a. e della INMATICA S.p.a.;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Soc. INMATICA S.p.a.;

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

VISTI tutti gli atti della causa;

Nominato relatore alla pubblica udienza del 27 novembre 2008 il Consigliere Maria Luisa De Leoni e uditi i difensori delle parti costituite, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

### **FATTO**

Con ricorso notificato il 4 luglio 2008, la Soc. Aive S.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo RTI con le società Hewlett-Packard Italiana s.r.l. e Mediacon Sistemi Informativi s.p.a., impugnano il provvedimento citato in epigrafe, con cui è stata disposta la loro esclusione dalla gara a causa della mancata indicazione nell'offerta delle parti e dei servizi di competenza dei singoli componenti del raggruppamento, come prescritto dall'art. 37, comma 4, del decreto legislativo n. 163 del 2006 e l'aggiudicazione definitiva della gara stessa, deducendo un unico articolato motivo, che può riassumersi nelle seguenti argomentazioni:

- a) l'esclusione dalla gara si fonda sulla mancata indicazione da parte del RTI Aive della natura orizzontale o verticale del raggruppamento, tuttavia tale indicazione non è necessaria laddove il bando non specifichi quale sia la prestazione principale del contratto e quali siano le secondarie;
- b) ad avviso della stazione appaltante sarebbe mancata l'indicazione a cura del RTI delle parti del servizio oggetto della gara che avrebbero dovuto essere svolte dai singoli componenti del RTI, come prescritto dall'art. 37, comma 4, d. lgs. n. 163 del 2006.

Peraltro va osservato su contrario che: 1) la disposizione testé menzionata si applica agli RTI di tipo orizzontale solo allorché l'appalto si presenti con caratteri di "disomogeneità", mentre quello di cui è causa deve ritenersi di tipo "omogeneo", come dimostrato dalla

S.A. laddove nel bando indica una sola categoria di servizi tra quelli previsti dagli allegati XVII A e XVI B della Direttiva 2004/17/CE, vale a dire la categoria dei “Servizi Informatici e Affini”; 2) né il bando né la lettera di invito richiedevano espressamente l’adempimento dell’obbligo di cui alla citata disposizione, né può ritenersi che il bando di gara potesse essere integrato dalla disciplina di legge; 3) il fac-simile dell’offerta economica non prevedeva tale indicazione né vi era spazio per inserirla; 4) nell’offerta economica le imprese del costituendo RTI hanno individuato nominativamente i soggetti destinati a svolgere le prestazioni oggetto dei servizi, allegando anche i relativi *curricula*, sicché la ripartizione dei servizi tra i componenti del RTI era ricavabile dai predetti dati. Tale ripartizione è ricavabile anche dallo stesso bando laddove prescrive come requisiti minimi che almeno il 60% del fatturato globale deve essere riferibile alla mandataria ed il 20% a ciascuna mandante.

Con atto notificato il 18 luglio 2008 la controinteressata Soc. Inmatica s.p.a. in proprio e nella qualità di mandataria capo gruppo del RTI costituito tra la medesima e la soc. Elmag Datamat s.p.a. mandante, ha proposto ricorso incidentale, censurando l’operato della Commissione, sotto diversi profili, per non aver escluso la ricorrente principale e le altre imprese costituenti il raggruppamento sin dall’11 marzo 2008, all’atto dell’apertura della busta “A”, contenente la documentazione amministrativa, che appare carente di elementi essenziali e, in particolare: 1) inottemperanza, da parte dell’AIVE, dell’obbligo – ribadito con chiarimenti dalla S.A. – della dichiarazione circa

l'assenza delle condizioni di esclusione di cui all'art. 38, c. 1, lett. c) del D.Lgs. n.163/2006 anche per i soggetti cessati dalla carica nel triennio precedente (cfr. doc. 4, 5 e 6); **2)** – il documento comprovante la costituzione della cauzione provvisoria risulta sottoscritto solo dall'AIVE e, quindi, vi è stata violazione dell'art. 75 d. lgs. 163/2006, poiché le mandanti avevano firmato il solo consenso alla trattazione dei dati personali; **3)**- l'offerta economica del costituendo raggruppamento risulta giustificata da una sola voce di costi, ossia dal costo degli stipendi. Nessun costo viene indicato in ordine alle spese generali e per la gestione del personale impiegatizio, come pure nessun costo è stato indicato per la sicurezza; **4)**- alla luce della normativa (art. 13, c. 13, d. lgs. 163/2006) e della lex specialis (art. 3) il costituendo raggruppamento avrebbe dovuto eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione, vale a dire del 60% per la AIVE e dal 20% per ciascuna delle mandanti. Sicché l'RTI AIVE in aperta violazione dell'art. 37, 13° comma, del d. lgs. n. 163 del 2006 e della lex specialis non ha rispettato la distribuzione percentuale dei “carichi di lavoro” in relazione ai requisiti di partecipazione previsti nel disciplinare, difettando la corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione e quote di partecipazione al RTI e tra quote di partecipazione e quote di esecuzione. La capogruppo, infatti, - secondo i calcoli dimostrativi effettuati dal ricorrente incidentale – in caso di aggiudicazione avrebbe svolto una percentuale del servizio

ben inferiore alla metà di quella per la quale si era qualificato (27,03% contro il 60%).

All'Udienza del 27 novembre 2008 la causa è stata trattenuta in decisione.

### **DIRITTO**

Ritiene il Collegio che, in aderenza ai principi affermati di recente dalla giurisprudenza amministrativa (C.d.S. Ad. Plen. n. 11 del 10 novembre 2008), debba essere previamente esaminato il ricorso principale, rispetto a quello incidentale, attesa la sua infondatezza nel merito.

Come esposto brevemente in narrativa, la ricorrente impugna il provvedimento di esclusione dalla gara a causa della mancata indicazione nell'offerta delle parti e dei servizi di competenza dei singoli componenti del raggruppamento temporaneo di imprese (RTI), secondo il disposto dell'art. 37, comma 4, del decreto legislativo n. 163 del 2006.

Le censure dedotte, sostanzialmente, si fondano sull'assunto che l'art. 37, comma 4, sopra citato sarebbe inapplicabile nella specie, poiché l'appalto presenta carattere "omogeneo", come dimostrato dalla lettura del bando di gara che indica una sola categoria di servizi tra quelli previsti dagli allegati XVII A e XVI B della Direttiva 2004/17/CE, vale a dire la categoria dei "Servizi Informatici e Affini". Secondo la prospettazione di parte ricorrente, infatti, l'obbligo di specificazione delle parti del servizio che sarebbero state svolte da ciascun componente del raggruppamento incombe solo quando il bando

preveda prestazioni disomogenee, rientranti in categorie diverse, ovvero quando trattasi di associazioni temporanee di imprese di tipo verticale.

Va premesso, sul punto, che la mancata indicazione da parte del RTI Aive della natura orizzontale o verticale del raggruppamento, ancorché rilevata nel verbale della commissione di gara n. 6 del 15 aprile 2008, non ha costituito motivo di esclusione, concentrandosi i rilievi dell'organo anzidetto sul fatto che nell'offerta non siano state specificate le parti ed i servizi di competenza dei singoli componenti del raggruppamento, come prescritto dal ripetuto art. 37, comma 4, del decreto legislativo n. 163 del 2006.

Questo Tribunale si è già espresso sul punto (cfr. TAR Lazio, sez. I ter, 16 aprile 2008, n. 3215), precisando che tale obbligo di specificazione di ciascuna impresa associata circa le parti del servizio da eseguire da ciascun componente si applica sia ai raggruppamenti temporanei di imprese di tipo verticale sia a quelli di tipo orizzontale e ciò in quanto il tenore letterale dell'art. 37, comma 4, del più volte citato decreto legislativo n. 163 del 2006 non distingue tra A.T.I. orizzontali e verticali e, quindi, non può essere lasciata all'interprete una simile distinzione.

La ricorrente, richiamando un pregresso indirizzo giurisprudenziale (Cons. Stato. Sez. V, 28 marzo 2007, n. 1440), obietta, tuttavia, che trattandosi di appalto di tipo omogeneo, in quanto il bando ha ricondotto le prestazioni richieste ad un'unica categoria di servizi, il suddetto obbligo non dovrebbe applicarsi.

Al riguardo va rilevato che la predetta pronuncia di questo Tribunale (n. 3215 del 2008), che il Collegio condivide, afferma che l'obbligo di indicare le parti del servizio che saranno assunte da ciascuna impresa si applica sia ai raggruppamenti di tipo verticale sia a quelli di tipo orizzontale, indipendentemente dal carattere omogeneo o disomogeneo dell'appalto, in forza del dato letterale dell'art. 37, comma 4, del decreto legislativo n. 163 del 2006.

Tuttavia non può farsi a meno di rilevare che, nella specie, non può essere sostenuto il carattere omogeneo dell'appalto in questione.

Ed invero, l'art. 1 del disciplinare di gara dal titolo "oggetto dell'appalto" è chiarissimo nell'individuare il contenuto delle prestazioni del servizio che consistono essenzialmente nella "manutenzione", "nello sviluppo evolutivo", "nell'aggiornamento tecnologico delle applicazioni informatiche" e, infine, nella "realizzazione e manutenzione" di nuove applicazioni che potranno essere sviluppate nell'ambito di nuove attività del Gestore del Mercato Elettrico (GME).

Il punto 7 del predetto disciplinare di gara, intitolato "*descrizione del sistema informatico del GME*", analizza le applicazioni del sistema informatico del GME, precisando che: A) "*richiedono un continuo aggiornamento tecnologico al fine di garantire un adeguato livello di prestazioni, di affidabilità e di integrazione tra i vari sistemi; B) devono essere idonee a soddisfare nuove esigenze funzionali richieste da modifiche normative o dagli utilizzatori*". Chiarisce, inoltre, che il GME gestisce applicativi espressamente dedicati ai mercati

dell'energia ed ai mercati per l'ambiente, nonché applicativi per svolgere altri servizi ad essi complementari.

Anche la Specifica Tecnica allegata alla lettera di invito evidenzia i servizi che il soggetto aggiudicatario è chiamato a prestare, riconducendoli a tre tipologie distinte: “sviluppo”, ovvero la realizzazione di nuove funzionalità/applicazioni non presenti nell'attuale sistema; “manutenzione”, ovvero la realizzazione di funzioni aggiuntive, complementari o di modifiche al sistema esistente (manutenzione evolutiva), oppure, la diagnosi e la rimozione delle cause e degli effetti dei malfunzionamenti delle procedure e dei programmi in esercizio (manutenzione correttiva); “assistenza”, ovvero il supporto fornito al GME per la gestione del sistema informatico attuale o successivamente sviluppato. La specifica tecnica citata distingue ulteriormente, a titolo meramente indicativo, il servizio che il soggetto aggiudicatario dovrà erogare e dalla descrizione emerge con sufficiente chiarezza il carattere disomogeneo dell'appalto, comprensivo di prestazioni di diversa natura (manutenzione, sviluppo tecnologico, assistenza alla gestione).

Né rileva la circostanza indicata dalla ricorrente, secondo cui nel bando di gara si sarebbe fatto riferimento alla sola categoria n. 7 prevista negli allegati XVII A e XVII B della direttiva 2004/17/CE, vale a dire “Servizi Informatici e Affini”, poiché il bando stesso per la voce II.1.2 precisa che occorre scegliere “una sola categoria, che corrisponda maggiormente all'oggetto specifico dell'appalto o degli acquisti” (V. Sez. II: oggetto dell'appalto p. II.1.2 del Bando di gara).

La categoria n. 7, infatti, costituisce una macrocategoria, assai ampia, che comprende una serie di servizi complessi, articolati e disomogenei, caratterizzati da un tratto comune, ma generico.

A conclusioni diverse non può nella specie pervenirsi argomentando, come dedotto dalla ricorrente, dall'assenza di una clausola di bando o della lettera di invito che imponesse, a pena di esclusione, l'obbligo sancito dall'art. 37, comma 4, del Codice dei contratti. Rileva l'interessata che tale obbligo non era rinvenibile neanche nel facsimile dell'offerta economica, nel quale mancava persino lo spazio per inserirlo. Sicché l'inosservanza della prescrizione non assistita dalla espressa sanzione di esclusione, non avrebbe dovuto condurre all'esclusione del RTI ricorrente, non potendosi ricorrere neanche alla eterointegrazione della *lex specialis* di gara da parte delle disposizioni normative.

Va in contrario osservato - e sul punto la giurisprudenza è copiosa - che se la regola è dettata direttamente dalla legge, non è necessario che sia specificamente prescritta dal bando di gara, che può essere integrato con la regola stessa (cfr. in tal senso Cons. Stato, Sez. V, 28 settembre 2007, n. 5005; 11 febbraio 2003, n. 700; Cons. Stato, Sez. IV, 10 gennaio 2002, n. 113; TAR Lazio, sez., I Ter, 16 aprile 2008, n. 3215).

L'integrazione *ex lege* del bando, infatti, non comporta in linea di principio una lesione dell'affidamento, poiché la presunta tutela dell'affidamento comporterebbe la disapplicazione del principio

dell'efficacia vincolante della norma di legge, anche se ignota all'interessato (T.A.R. Veneto, Sez. I, 14 aprile 2004, n. 1038).

Né può assumere rilievo la circostanza secondo cui il fac-simile dell'offerta economica allegata alla lettera di invito fosse carente dello spazio per indicare le parti del servizio di competenza di ciascun componente del raggruppamento, poiché ciò non escludeva che si potessero effettuare tutte le necessarie integrazioni previste dalla legge. Dagli atti di causa si rileva, peraltro, che le ricorrenti hanno trascritto il fac-simile dell'offerta economica in un altro documento, sicché sarebbe stato possibile apportare tutte le necessarie integrazioni.

Parimenti infondata è la censura con la quale la ricorrente deduce che le attività di competenza di ciascuna impresa del raggruppamento erano agevolmente ricavabili dall'aver *“individuato nominativamente i soggetti destinati a svolgere le prestazioni oggetto dei citati servizi, allegando agli atti di gara anche i relativi curricula”*.

La giurisprudenza, ancorché con riferimento alla precedente disciplina, la quale, tuttavia, può essere condivisa anche per il caso di specie, ha ritenuto che tale impegno, sottoscritto da tutti gli imprenditori che concorrono insieme, non può essere sostituito dall'analisi dell'offerta tecnica, da cui possa ricavarsi la parte di ciascuna impresa nell'esecuzione dell'appalto.

Merita sottolineare, in proposito, che la Commissione, nella seduta del 15 aprile 2008 (verbale n. 6), ha verificato che *“anche l'offerta tecnica*

*del RTI Aive non specifica la parte del servizio che sarà eseguita dalle singole imprese facenti parte del raggruppamento”.*

Né è agevole seguire la tesi di parte ricorrente, secondo cui tale elemento sarebbe ricavabile dalla indicazione dei soggetti preposti ai servizi e dai relativi *curricula*, in quanto dall’indicazione di tali soggetti non necessariamente può ricavarsi la ripartizione delle attività tra i vari componenti del raggruppamento, non essendo specificato come il monte ore sia distribuito tra i medesimi.

La ricorrente fa, infine, riferimento ai requisiti minimi prescritti dal bando di gara per il mandatario ed i mandanti, da cui sarebbe stato possibile ricavare le quote di attività di ciascuna impresa.

Tuttavia, il disciplinare di gara, all’art. 3, lett. d) si limita ad indicare come deve essere dimostrato, in sede di pre-qualifica, il requisito del fatturato globale dell’impresa. Le percentuali ivi indicate nel caso di RTI, vale a dire il 60% dell’importo indicato deve essere riferibile alla mandataria ed il 20% a ciascuna delle mandanti, non danno alcun conto su come il raggruppamento andrà a ripartire le attività tra i suoi componenti.

Merita sottolineare che la Commissione ha svolto un accurato approfondimento relativamente all’ambito applicativo dell’art. 37, comma 4, del Codice dei contratti – anche facendosi carico del diverso indirizzo giurisprudenziale che la stessa ricorrente ha richiamato (Cons. Stato, Sez. V, 28 marzo 2007, n. 1440) - e, condividendo le argomentazioni della citata pronuncia di questo Tribunale, è pervenuta alla conclusione di escludere il RTI ricorrente. Ha ritenuto, infatti, la

Commissione che “*in tale ipotesi l’offerta deve considerarsi parziale, perché non è completa di tutti gli elementi essenziali, in quanto non è conosciuto il soggetto nei cui confronti vale direttamente l’obbligo di adempiere una parte della prestazione, e questa, è anche indistinta, mancando la individuazione del soggetto che in concreto espletterà il servizio ed al quale dovranno far capo direttamente gli obblighi contrattuali, ferma la responsabilità solidale che opera su un diverso piano*” (cfr. verbale n. 7 del 5 maggio 2008).

In conclusione, la decisione della Commissione di gara, sfociata con la esclusione del RTI ricorrente, risponde all’esigenza di conoscere preventivamente se i concorrenti in gara siano in possesso dei requisiti di partecipazione, vale a dire se viene rispettato il principio di corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione e quote di partecipazione al RTI e tra quote di partecipazione e quote di esecuzione dei lavori e tale obbligo deriva direttamente dalla legge senza alcuna necessità di espressa enunciazione nella *lex specialis*.

Per le argomentazioni che precedono, il ricorso principale va respinto. Quanto al ricorso incidentale, esso, in conseguenza della reiezione del ricorso principale, deve dichiararsi improcedibile per difetto di interesse, essendo esso volto a paralizzare, in via di eccezione, quello principale.

In ragione degli opposti orientamenti giurisprudenziali, il Collegio dispone la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III ter, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, così decide:

- a) respinge il ricorso principale;
- b) dichiara improcedibile il ricorso incidentale;
- c) compensa, tra le parti, le spese e gli onorari di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 27 novembre 2008.

Italo Riggio - Presidente

Maria Luisa De Leoni - Consigliere estensore