

N. 05607/2013REG.PROV.COLL.
N. 00953/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 953 del 2013, proposto da:

Ericsson Telecomunicazioni Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Filippo Satta e Anna Romano, con domicilio eletto presso Satta Romano & Associati Studio Legale in Roma, al Foro Traiano, n. 1/A;

contro

Almaviva S.p.A. - The Italian Innovation Company S.p.A., in proprio e quale mandataria del Rti costituito con Lutech S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Cardarelli, Filippo Lattanzi ed Enzo Robaldo, con domicilio eletto presso Filippo Lattanzi in Roma, via G.P. Da Palestrina, n. 47;

nei confronti di

Lombardia Informatica s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Gaetano Morazzoni, Rocco Noviello e Antonella Pellecchia, presso quest'ultima elettivamente domiciliata in Roma, alla via Giovanni Battista Martini, n. 13, appellante incidentale;

Finworld S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Eugenio Picozza e Annalisa Di Giovanni, con domicilio eletto presso Eugenio Picozza in Roma, alla via di San Basilio, n. 61;

Regione Lombardia, Lombardia Gestione S.R.L.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE III n. 00523/2013, resa tra le parti, concernente l'appalto per l'esternalizzazione dei servizi informatici da realizzare nella Regione Lombardia

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Almaviva S.p.A. - The Italian Innovation Company S.p.A. in proprio e quale mandataria del Rti costituito con Finworld S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale proposto da Lombardia Informatica S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 8 ottobre 2013, il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Romano, Satta, Cardarelli, Lattanzi, Noviello e Di Giovanni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente Almaviva S.p.A. - The Italian Innovation Company S.p.A., ricorrente in proprio e quale mandataria di un RTI costituita con Lutech s.p.a., partecipava alla procedura ristretta indetta dalla società Lombardia Informatica (LI) per l'esternalizzazione dei servizi di gestione dei data center e delle risorse infrastrutturali, funzionali all'erogazione dei servizi applicativi al sistema regionale.

La peculiarità della gara si incentrava sulle modalità di realizzazione del

servizio, caratterizzate dall'esternalizzazione del servizio medesimo attraverso la contestuale cessione all'aggiudicatario del 100% delle quote di Lombardia Gestione, titolare degli stessi servizi.

Il bando prevedeva, infatti, al punto III.1.4, che *“il contratto d'appalto verrà stipulato dalla società di scopo (LG) dopo che l'aggiudicatario avrà acquisito la stessa al valore nominale del 100% delle quote pari a € 2.000.000,00”*.

Sempre nel bando, tra i requisiti di qualificazione, veniva richiesto, a pena di esclusione, il possesso della certificazione EN ISO 9001:2008 o di certificazione equivalente, ai sensi dell'art 43 del codice dei contratti pubblici, con oggetto congruente con quello della gara.

Nella lettera di invito si precisava altresì che oggetto della procedura sarebbe stata la prestazione, tramite la società di scopo Lombardia Gestione, di una serie di attività di gestione dei data center e delle risorse infrastrutturali di LI.

L'art 9.1 della suddetta lettera d'invito prescriveva ai ricorrenti di inserire nella busta A, oltre alla cauzione provvisoria da prestarsi nelle forme previste dall'art 75 del d.lgs. 163/06, idoneo documento attestante l'impegno di un garante a rilasciare la garanzia fideiussoria (cauzione definitiva) in caso di aggiudicazione della procedura, finalizzata all'acquisto delle quote di LG al valore nominale delle quote e in favore di LG per la corretta esecuzione del contratto di servizio.

L'art 9.1.1 stabiliva l'importo della cauzione provvisoria, mentre il successivo art. 9.1.2 prevedeva che *“la dichiarazione di impegno del fideiussore (istituto bancario o intermediario finanziario iscritti nell'elenco speciale di cui all'art 107 del D. L.gs. n. 385/1993) a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'acquisto delle quote e per la sottoscrizione del contratto di servizio da parte di LG così come disciplinato nella presente procedura, richiesta ai sensi dell'art 75 comma 8 del D. Lgs. n. 163/2006, potrà essere contenuta nel testo della fidejussione bancaria o assicurativa rilasciata da intermediari finanziari di cui al precedente paragrafo”*.

L'art. 15 della lettera di invito, dedicato alle modalità di stipula del contratto, prevedeva che con la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva sarebbero stati indicati l'ora e lo studio notarile in cui si sarebbe proceduto alla stipula del contratto.

In tale occasione si sarebbe tenuta l'assemblea di LG, che, nella nuova compagine sociale, avrebbe proceduto alla nomina del nuovo amministratore incaricato della sottoscrizione del contratto. Si stabiliva, in particolare, che in tale occasione sarebbe stata consegnata a LI la cauzione definitiva a garanzia del contratto di servizio come definito in gara e sottoscritto dal LG.

Il successivo punto 15.2 prevedeva la prestazione, da parte di LG, ai sensi dell'articolo 113 del codice dei contratti pubblici, di "una garanzia fideiussoria pari al 5% dell'importo contrattuale in favore di LI".

La ricorrente, risultata aggiudicataria, veniva convocata per la sottoscrizione del contratto il 29 maggio 2012.

Con la stessa lettera di convocazione LI segnalava che l'intermediario finanziario che aveva rilasciato la garanzia fideiussoria provvisoria non pareva "accettabile per questa stazione appaltante per il rilascio della cauzione definitiva".

Tale posizione veniva ribadita da LI, a fronte delle controdeduzioni della ricorrente, nella nota del 17 maggio 2012, in cui si faceva anche riferimento ad una visita ispettiva presso la società da parte dei competenti organi di vigilanza della Banca d'Italia.

Con una successiva nota del 22 maggio 2012, LI contestava anche l'importo della polizza presentata, che, ai sensi dell'art 15.2 della lettera d'invito, avrebbe dovuto essere di € 30.232.003,23; la società ricorrente aveva invece presentato una proposta di polizza di € 17.227.844,40, applicando la dimidiazione consentita per le società certificate dall'art 75 codice dei contratti pubblici.

Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno accolto il ricorso principale proposto dall' ATI Almaviva avverso il provvedimento implicito di accertamento dell'insussistenza dei presupposti per la stipula dei contratti aggiudicati al RTI tra Almaviva e Lutech e il successivo provvedimento prot. n. 5681 del 20 settembre 2012, dichiarativo della decadenza dall'aggiudicazione.

Ericsson Telecomunicazioni s.p.a. e Lombardia informatica s.p.a hanno proposto, rispettivamente, appello principale e ricorso incidentale avverso la sentenza di prime cure.

Resiste il raggruppamento Almaviva s.p.a

Si è costituito in giudizio, al fine di chiedere la reiezione di entrambi i gravami, Finword s.p.a

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 15 ottobre 2013 il ricorso veniva trattenuto in decisione.

2 Si deve respingere, in via preliminare, l'eccezione di improcedibilità del ricorso di primo grado in ragione dell'omessa riproposizione in appello, ex art. 101, comma 2, del codice del processo amministrativo, delle censure relative all'aggiudicazione definitiva disposta in favore di Ericsson a valle della decadenza pronunciata in danno del raggruppamento Almaviva.

L'annullamento della determinazione di ritiro implica, infatti, la reviviscenza dell'aggiudicazione originaria e, con essa, la caducazione automatica dell'aggiudicazione disposta in favore di Ericsson che trova nell'atto dichiarativo della decadenza il necessario e unico presupposto ai sensi dell'art. 113, comma 4, del codice dei contratti pubblici.

Si deve soggiungere che, in ogni caso, la reviviscenza dell'aggiudicazione originaria consolida in capo al ricorrente originario la titolarità di una situazione giuridica astrattamente meritevole di protezione anche a fini risarcitori.

3 Gli appelli, principale e incidentale, sono infondati.

3.1. Non risulta meritevole di accoglimento, innanzitutto, il primo motivo, comune ad entrambe le parti, con cui si contesta il capo della sentenza che ha ritenuto applicabile all'ATI Almagiva il beneficio della dimidiazione dell'importo della cauzione definitiva.

Va rimarcato che l'art 113 del codice dei contratti pubblici, in materia di cauzione definitiva, richiama l'art 75, comma 7, che a sua volta prescrive il dimezzamento dell'importo laddove il concorrente sia dotato della certificazione di qualità.

La caratterizzazione immediatamente precettiva della normativa primaria *in subiecta materia* consente di ritenere che la *lex specialis* regolatrice della procedura in esame debba essere etero-integrata mediante la diretta applicazione delle norme che prevedono la dimidiazione dell'importo della garanzia. Si deve, in ogni caso, soggiungere che il rinvio della normativa di gara all'art. 113 del codice dei contratti pubblici implica anche il recepimento dell'art. 75, comma 7, da detta disposizione specificamente richiamato.

Si tratta, a questo punto, di verificare se, ai fini dell'applicabilità di detto beneficio, debba aversi riguardo al RTI aggiudicatario, che era in possesso della certificazione, ovvero alla società LG, che, a seguito dell'acquisto delle azioni da parte del raggruppamento medesimo, avrebbe acquisito la qualità di parte contrattuale tenuta all'esecuzione delle relative prestazioni.

In punto di fatto si è già in precedenza rimarcato che il concorrente aggiudicatario avrebbe dovuto acquistare l'intero pacchetto azionario di Lombardia Gestione e tenere l'assemblea finalizzata alla nomina dell'amministratore di detta società.

Detto ultimo soggetto avrebbe poi dovuto sottoscrivere il contratto di servizi con Lombardia Informatica.

Si deve convenire con il Primo Giudice che la *lex specialis* presenta profili di

contraddittorietà con riguardo all'individuazione del soggetto tenuto a prestare la garanzia definitiva.

Per un verso, infatti, il punto 9.1 della lettera d'invito, muovendo dalla premessa che dall'aggiudicazione discende il duplice obbligo di procedere all'acquisto delle azioni e alla stipula del contratto, prevede che la garanzia definitiva a carico dell'aggiudicatario debba avere come oggetto entrambe le prestazioni. Si stabilisce, al riguardo, l'allegazione di idoneo documento attestante l'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva per l'acquisto delle quote di LG e in favore di LG per la corretta esecuzione del contratto di servizio.

Per converso, l'art. 15.2, riferendosi alla cauzione a garanzia dell'esecuzione del contratto, richiede che "ai fini della stipula del contratto di servizio è richiesto che LG presti, ai sensi dell'art 113 del D. lgs. n. 163/2006, una garanzia fideiussoria pari al 5 % dell'importo contrattuale a favore di LI".

Reputa il Collegio che la discrasia tra le prescrizioni di cui trattasi debba essere sanata nel senso di ritenere che per entrambe le prestazioni garantite il contraente non possa che essere, ai sensi del punto 9.1. cit., il concorrente aggiudicatario, con la specificazione che per la seconda prestazione, relativa all'esecuzione del contratto, il beneficiario debba identificarsi in Lombardia Gestione.

A sostegno dell'assunto depone la decisiva considerazione che, alla stregua della normativa di gara prima passata in rassegna, il soggetto sostanzialmente tenuto all'esecuzione delle prestazioni contrattuali è da identificarsi nell'aggiudicatario che, quale operatore economico qualificato, partecipa alla gara avvalendosi dei suoi requisiti tecnico-operativi, indicando le modalità tecnico-esecutive del servizio e formulando l'offerta relativa alle prestazioni contrattuali. Detta qualità non viene meno in ragione dell'assunzione della veste di parte del contratto ad opera di Lombardia Gestione, posto che tale soggetto funge da mera società veicolo di cui

l'aggiudicatario, quale socio unico e operatore economico selezionato all'esito della procedura, si avvale ai fini dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali. Si deve aggiungere che, sul versante teleologico, la riduzione dell'importo della garanzia si giustifica in ragione della più spiccata affidabilità dimostrata dall'impresa munita di debita certificazione di qualità, affidabilità da verificare con riferimento al soggetto chiamato sul piano sostanziale, con le sue risorse personali e strumentali, all'esecuzione del contratto e non al soggetto di cui quest'ultimo formalmente si avvale alla stregua di mera società strumentale.

Si deve quindi convenire che il soggetto contraente va identificato con l'aggiudicatario, con la conseguenza che in sede di stipulazione della polizza non possono che rilevare le sue condizioni soggettive. Da tale premessa si ricava il corollario che la fidejussione presentata dal raggruppamento originariamente aggiudicatario presentava un importo corretto. Ne discende la fondatezza della doglianza correttamente ritenuta fondata dai Primi Giudici.

3.2. Non è meritevole di favorevole valutazione neanche la seconda censura con cui entrambe le parti appellanti contrastano il capo della sentenza di prime cure che ha ritenuto illegittimo il motivo di decadenza dato dall' "inaffidabilità" economica, ricavabile da molteplici elementi sintomatici, della società di garanzia che ha emesso la garanzia definitiva.

Il Collegio, senza entrare nel merito degli addebiti rivolti dalla stazione appaltante alla società di garanzia sul versante dell'affidabilità economica, deve osservare che il provvedimento si pone in contrasto con il quadro normativo che contempla i requisiti di legittimazione dei soggetti abilitati ad emettere garanzie, con particolare riferimento al profilo della proporzionalità tra patrimonio finanziario dell'Istituto e rischi assunti dallo stesso nell'espletamento dell'attività finanziaria.

L'articolo 75, comma 3, del codice dei contratti pubblici, nel testo *ratione*

temporis vigente, richiamato dal par. 15.2 della lettera invito, stabilisce che la fidejussione bancaria o assicurativa deve essere rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art 107 del D. L.gs. 385/1993, autorizzati dal Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Da tale normativa si evince che le garanzie possono essere rilasciate da soggetti reputati affidabili in quanto iscritti in un elenco speciale a seguito di un procedimento di controllo e di verifica dei requisiti ad opera della Banca d'Italia.

Si deve quindi concludere che, in assenza di una norma di legge che attribuisca detto potere alle singole stazioni appaltanti, l'esercizio, da parte della singola stazione appaltante, di un' ulteriore funzione di controllo in merito alla solidità economico-finanziaria del garante prescelto, per un verso, si porrebbe in contrasto con la disciplina legale che fissa in modo puntuale i requisiti necessari e sufficienti ai fini dello svolgimento dell'attività in esame, e, sotto altro profilo, darebbe la stura ad una sovrapposizione con le competenze, anche sanzionatorie, all'uopo conferite alla Banca d'Italia.

In definitiva, il sistema legale attribuisce ai concorrenti la scelta del garante nel novero dei soggetti abilitati mentre non riconosce alla stazione appaltante il compito di sindacare detta scelta attraverso l'esplicazione di un'ulteriore potestà di controllo.

Ne deriva l'illegittimità del provvedimento dichiarativo della decadenza anche con riguardo al motivo volto a stigmatizzare il difetto, in capo a Finword s.p.a, dei requisiti di affidabilità economico-finanziaria.

4. Le considerazioni che precedono impongono la reiezione dell'appello.

La complessità delle questioni affrontate giustifica la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando, respinge l'appello principale proposto da Ericsson Telecomunicazioni s.p.a e l'appello incidentale proposto da Lombardia Informatica s.p.a.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/11/2013

IL SEGRETARIO

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