



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 la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2485 del 2005, proposto da:
CDC POINT SPA, rappresentata e difesa dagli avv. Luciano Quarta, Gennaro Terracciano, presso il cui ufficio è elettivamente domiciliata in Milano, via Santa Maria Segreta n. 6;

contro

COMUNE DI MILANO, rappresentato e difeso dagli avv. Maria Teresa Maffey, Stefania Pagano, Maria Rita Surano, elettivamente domiciliato presso gli uffici della avvocatura comunale, via Andreani n. 10;

per l'annullamento

- del bando di gara, del capitolato, del disciplinare, della lettera di invito, di ogni altro atto e/o provvedimento qualificabile come costitutivo la lex specialis di gara, nonché avverso ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, conseguente o comunque altrimenti connesso, ancorché non conosciuto allo stato, inerenti la procedura di aggiudicazione per l'affidamento della fornitura e l'installazione di postazioni di lavoro (pc, componenti hardware e software), esecuzione e

ottimizzazione dei servizi connessi alla gestione delle apparecchiature per l'informatica personale distribuita, dell'importo complessivo presunto di € 16.016.666,66, Iva esclusa;

- con motivi aggiunti, depositati il 19 ottobre 2005, sono state articolate nuove censure suggerite dalla sopravvenuta conoscenza della deliberazione della Giunta comunale n. 1505/2005 e della determina dirigenziale n. 146/2005;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del COMUNE DI MILANO;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 febbraio 2011 il dott. Dario Simeoli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando inviato alla G.U.C.E. in data 29.07.2005, il Comune di Milano aveva indetto una procedura ristretta volta all'aggiudicazione della fornitura di materiale informatico e allo svolgimento di servizi connessi.

Tra le clausole di ammissione alla procedura, il bando prescriveva, quale requisito di idoneità economico finanziaria, un fatturato nel triennio 2002-2004 pari ad un minimo di € 16.000.000,00 (al punto III. 2.1.2). A riprova della capacità tecnica veniva, invece, richiesta: *“l'indicazione delle principali forniture di servizi, della stessa tipologia di quelli richiesti per la gara in oggetto, effettuate nel triennio 2002-2003-2004. Di queste forniture almeno una dovrà avere durata biennale, valore economico per i soli servizi, del tipo dei servizi di questa gara, pari o superiore a € 3.000.000,00 = IVA esclusa. In alternativa è possibile presentare referenze dalle quali si evidenzia di aver avuto un rapporto*

contrattuale continuativo per la tipologia di servizi di questa gara, con lo stesso cliente per un periodo di due anni, la cui somma abbia valore di almeno € 3.000.000,00= IVA esclusa?

Il capitolato speciale, inoltre, per quanto di specifico interesse, dettava che: “*I prodotti previsti in fornitura dovranno essere di Società con: sede commerciale nell’UE; certificazione ISO 9001 per l’intero processo di produzione; che abbia conseguito una penetrazione commerciale complessiva in termini di unità vendute nel mercato UE e Western Europe, di almeno 2.500.000 di unità per i personal computer, di almeno 500.000 per i server e di almeno 500.000 unità per i notebooks, nel quadriennio 2001-2004 per la tipologia delle apparecchiature in gara (pc/workstation, notebooks, server). Tale penetrazione dovrà essere certificata e documentata in fase di presentazione dell’offerta, pena l’esclusione dalla gara*” (punto 5.2).

1.1. Con ricorso ritualmente notificato, la CDC POINT S.P.A., interessata alla procedura concorsuale quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la società BULL ITALIA SPA, proponeva impugnazione avverso gli atti di gara in epigrafe indicati, chiedendone l’annullamento, previa sospensione, nonché articolando domanda risarcitoria.

Costituitosi in giudizio, il Comune di Milano domandava il rigetto del ricorso e dell’istanza cautelare, in quanto inammissibili ed infondati.

Con motivi aggiunti (notificati in data 14.10.2005), sono state articolate nuove censure suggerite dalla sopravvenuta conoscenza della deliberazione della Giunta comunale n. 1505/2005 e della determina dirigenziale n. 146/2005; veniva, inoltre, rinnovata l’istanza di sospensione dell’esecuzione della procedura.

Con memoria depositata il 2 novembre 2005, il Comune di Milano ha nuovamente contestato l’asserita illegittimità dei provvedimenti impugnati, chiedendo il rigetto dei motivi aggiunti di ricorso e dell’istanza cautelare.

All’esito della camera di consiglio del 21.09.2005, il TAR Lombardia, Sez. III, ha rigettato l’istanza di sospensione, ritenendo insussistente il *fumus boni iuris*; la

pronuncia cautelare è stata confermata dal Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza del 17.02.2006. Nella successiva camera di consiglio del 3 novembre 2005, il TAR Lombardia, Sez. III, ha respinto anche la domanda cautelare proposta con i motivi aggiunti.

Sul contraddittorio così istauratosi, la causa è stata discussa e decisa con sentenza definitiva all'odierna udienza.

2. Preliminarmente, passiamo in rassegna le doglianze portate all'attenzione del Tribunale.

2.1. Con il primo motivo di impugnazione, la società ricorrente, con riferimento alla determinazione di requisiti di ammissione dei concorrenti e delle offerte, deduce eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di motivazione, violazione del principio di par condicio e di proporzionalità, violazione degli articoli 28 (ex art. 30) e 49 (ex art. 59) del Trattato Istitutivo dell'Unione Europea, violazione dell'art. 29 della direttiva Consiglio C.E.E. n. 92/50, violazione dell'art. 13 del d.lgs n. 157 del 1995, violazione dell'art. 14 del d.lgs n. 358 del 1992. L'istante, in particolare, ritiene che la sopra riferita clausola 5.2. del capitolato speciale, sia illegittima sotto molteplici profili: in primo luogo, i requisiti di partecipazione alla gara in essa previsti sarebbero irragionevolmente spropositati rispetto all'entità dell'appalto; in secondo luogo, così come formulata, essa violerebbe i principi di libera concorrenza di matrice comunitaria, determinando una oggettiva restrizione della possibilità di accedere alla fornitura a favore di un novero eccessivamente ristretto di operatori economici, asseritamente limitata a tre soggetti soltanto (HP, Dell, IBM); da ultimo, l'amministrazione resistente avrebbe dovuto indicare nello specifico le ragioni dell'aggravamento delle condizioni di gara.

2.2. Con il secondo motivo, la ricorrente ritiene che, per come formulata, la clausola in parola non sarebbe stata funzionale al raggiungimento di un qualunque fine meritevole di tutela. All'uopo si deduce che la fornitura dell'hardware non era

costituita esclusivamente da personal computer, ma altresì da altri apparati che vengono realizzati sulla base di tecnologie completamente differenti, in numero superiore al doppio di quello dei computer oggetto di fornitura. Orbene, anche per la fornitura di tali apparati e periferiche (come stampanti e monitor), si sarebbe dovuto procedere all'acquisto da produttori che avessero dimostrato di aver venduto un notevolissimo numero di computer.

2.3. Con il primo motivo aggiunto, la CDC POINT S.P.A., producendo documentazione munita di intestazione e sottoscrizione di una società di ricerca ed analisi di mercato, ribadisce la contrarietà ai principi della concorrenza della clausola di cui al punto 5.2 del Capitolato speciale d'appalto.

2.4. Con secondo motivo aggiunto, la ricorrente sostiene che la clausola 5.2 del Capitolato speciale non sarebbero compatibili con gli atti di indizione della gara, ossia con la Deliberazione della Giunta Comunale n. 1505/2005 e con la Determinazione dirigenziale n. 146/2005.

2.5. Con la terza censura contenuta nei motivi aggiunti, la CDC POINT S.P.A. deduce che la P.A. avrebbe illegittimamente sottoposto la procedura in esame alla normativa in materie di servizi anziché a quella in materia di forniture. Inoltre la ricorrente contesta la stima del valore dei servizi e delle forniture come effettuata dal Comune in quanto contrastante con le indicazioni rese nelle delibere di fissazione delle linee guida della procedura e del tutto arbitrarie ed immotivate.

2.6. Con il quarto motivo aggiunto, la CDC POINT S.P.A. deduce violazione dell'art. 8 d.lgs n. 358/92.

3. Il ricorso non può essere accolto. Ai fini del rigetto, il Collegio ritiene di poter replicare i seguenti argomenti.

3.1. La società ricorrente aveva interesse a partecipare alla procedura in qualità di fornitore di sistemi informatici di produzione propria, ma non poteva vantare, in veste di produttore, una presenza sul mercato europeo corrispondente al livello di

diffusione richiesto dal capitolato. Tale prescrizione, ritenuta dalla società ostativa alla partecipazione, non può sostenersi avesse la finalità e l'effetto di condizionare lo svolgimento della gara in modo tale che la possibilità di accedere all'effettuazione della fornitura fosse ad appannaggio di un novero numericamente limitato di concorrenti. Ciò in quanto, diversamente da quanto la ricorrente mostra di ritenere, la clausola in questione non può essere intesa quale prescrizione indicativa di un requisito soggettivo richiesto ai fini dell'ammissione alla procedura. La circostanza è resa evidente alla luce del rilievo che la gara non era riservata alle sole imprese produttrici di personal computers, ma aperta alla partecipazione anche di soggetti non produttori, purché fossero in grado di garantire, unitamente alla fornitura dei sistemi informatici prodotti da terzi come descritti nel capitolato, anche i connessi servizi di installazione, attivazione e manutenzione. La clausola imponeva, infatti, solo all'aggiudicatario dell'appalto di approvvigionarsi con prodotti la cui affidabilità fosse comprovata dal raggiungimento di una determinata soglia di penetrazione del mercato (dimostrata dalla quantità di pezzi venduti dal produttore nei quattro anni precedenti la pubblicazione del bando). Tale circostanza palesa la reale natura della prescrizione, che ha considerato la condizione del produttore, denotata dal livello di penetrazione nel mercato europeo, quale elemento indirettamente indicativo delle caratteristiche qualitative del prodotto oggetto della fornitura.

In definitiva, la stazione appaltante ha mostrato di apprezzare la penetrazione commerciale di alcuni prodotti attestati sul mercato europeo, quale dato idoneo a garantire l'efficienza tecnica dei sistemi informatici prodotti. A questa stregua, è facile apprezzare anche come non vi sia alcuna contraddittorietà tra la prescrizione contestata e quella che impone alle imprese concorrenti di documentare un fatturato minimo, in quanto destinate ad operare in ambiti diversi: la prima identifica un elemento qualitativo della fornitura (la provenienza da produttori

detentori di un significativo livello di penetrazione nel mercato); la seconda definisce propriamente un requisito di ammissione (entità del fatturato globale dell'ultimo triennio), che deve essere posseduto dai concorrenti e che vale ad attestare la capacità finanziaria ed economica dei medesimi.

3.2. Una volta appurato che la prescrizione contestata non integrava affatto un requisito di capacità delle imprese concorrenti, deve aggiungersi che la decisione della amministrazione neppure appare irragionevole. Al fine di assicurare la affidabilità nel funzionamento e nella assistenza tecnica dei prodotti e servizi forniti, ben può tenersi conto anche del loro grado di diffusione sul mercato. Ciò corrisponde, a ben vedere, a una regola di comune esperienza, secondo cui l'ampia diffusione di un determinato prodotto rappresenta normalmente un elemento rivelatore della rispondenza di quel prodotto alle esigenze del mercato e di fatto configura, quindi, un indice di qualità; il che deve ritenersi particolarmente plausibile in un settore, quale quello informatico, connotato da continua e crescente evoluzione tecnica e in cui l'affidabilità costituisce il valore che orienta in modo preminente le scelte del mercato (per una impostazione simile, cfr. T.A.R. Lombardia - Sez. III - 6 dicembre 2001, n. 7874). Del resto, secondo la giurisprudenza, la discrezionalità di cui gode l'amministrazione nel definire l'oggetto del contratto non risulta irragionevolmente esercitata né determina violazione dei divieti posti dall'art. 8 comma 6, d.lgs. 24 luglio 1992 n. 358, allorché nel bando di gara indetto per l'acquisizione di un determinato prodotto richiede che esso rifletta una tecnologia consolidata idonea a garantire ottimali standards di sicurezza ed efficienza e disponibile sul mercato (Consiglio Stato, sez. V, 12 marzo 2009 n. 1502).

3.3. Le medesime considerazioni supportano il rigetto anche delle deduzioni con cui si argomenta la violazione del principio di proporzionalità. Se è vero che, nell'indicazione delle caratteristiche richieste per l'ottimale svolgimento di un

servizio, l'amministrazione debba apprestare gli strumenti e le misure più adeguati ed efficienti ai fini del perseguimento dell'interesse pubblico oggetto dell'appalto da affidare, tuttavia, tali scelte attengono al merito dell'azione amministrativa e si sottraggono al sindacato del giudice amministrativo salvo che per irragionevolezza, arbitrarietà, sproporzionalità, illogicità (Cds Sez IV, 22 ottobre 2004, n. 6967; Sez. V, 14.1.09, n. 102). Nella specie, il grado di penetrazione commerciale non appare spropositato rispetto alle esigenze perseguite, considerato che, pur richiedendosi un volume di vendite di molto superiore alla fornitura complessiva di computer richiesta dal Comune, deve considerarsi che solo per tale via aveva senso dedurre l'affidabilità del prodotto; inoltre, occorre considerare che il volume di vendite è riferito ad un ampio arco temporale (ovvero, l'ultimo quadriennio) antecedente la gara.

3.4. Sotto altro profilo, in disparte ogni considerazione sulla prova dell'affermazione secondo cui, stando alle rilevazioni di società specializzata nel rating di mercato, solo tre operatori potrebbero vantare i volumi di vendita richiesti dall'art. 5.2. del capitolato speciale, deve ritenersi che la richiesta di peculiari specifiche tecniche possedute anche da pochi produttori non sia illegittima qualora, come nella specie, siffatta limitazione risulti giustificata da particolari esigenze tecniche e dalla specificità dell'oggetto dell'appalto.

3.5. Per quanto concerne, poi, il divieto di cui all'art. 8 d.lgs 24 luglio 1992 n. 358 (recante testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture) di introdurre, nelle clausole contrattuali, specifiche tecniche che facciano menzione espressa di prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza (disposizione, a rigore, non applicabile alla procedura in esame, in quanto avente ad oggetto non solo forniture ma anche servizi informatici di valore presuntivo maggiore) ritiene il Collegio che la norma invocata non possa fondare la pretesa di annullamento.

Tale disposizione (secondo cui: *“Salvo che sia giustificata dall'oggetto del contratto, è vietata l'introduzione, nelle relative clausole, di prescrizioni tecniche che menzionino prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza o di procedimenti particolari aventi l'effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. é, in particolare, vietata l'indicazione di marche, brevetti o tipi, nonché la specificazione di un'origine o di una produzione determinata; tuttavia tale indicazione accompagnata dalla menzione "o equivalente" è autorizzata quando l'oggetto del contratto non può essere descritto diversamente mediante specificazioni sufficientemente precise e perfettamente intelligibili per tutti gli interessati?”*), vietava l'introduzione di prescrizioni tecniche che menzionino prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza, nonché l'indicazione di marche e la specificazione di un'origine o di una produzione determinata. Ciò al fine di evitare l'effetto di favorire o eliminare talune imprese o prodotti, ma con facoltà di derogare al divieto quando dette specifiche tecniche siano giustificate dall'oggetto del contratto. Secondo i principi che regolano l'attività amministrativa, l'esercizio della potestà di deroga deve essere contenuta entro i limiti posti dalla legislazione e deve, in particolare, rispondere alla realizzazione di un preciso interesse pubblico.

Orbene, in primo luogo, la norma non impediva alla P.A. appaltante di richiamare la tipologia di alcuni prodotti a mero titolo esemplificativo; inoltre, è parimenti innegabile che la destinazione funzionale della fornitura costituisca motivo idoneo a giustificare l'indicazione di speciali prescrizioni tecniche, che siano in grado di assicurare un elevato livello qualitativo della fornitura e, con esso, la funzionalità del servizio cui la fornitura medesima è destinata. Le caratteristiche richieste dalla stazione appaltante sono possedute da diverse marche di produttori e tale dato, evidenzia la ragionevolezza della prescrizione contestata, che risponde all'esigenza di limitare la selezione nell'ambito dei soli prodotti considerati affidabili, senza tuttavia restringere eccessivamente il numero dei produttori ai quali possono

rivolgersi le imprese concorrenti per rifornirsi del materiale necessario all'esecuzione della fornitura.

3.6. Le deliberazioni della giunta comunale n. 1505/2005 e la determina dirigenziale n. 146/2005 (le quali, nel porre l'obiettivo dell'affidamento a terzi della fornitura di postazioni di lavoro e della ottimizzazione dei servizi connessi, non sembrano prevedere come necessariamente preponderante il valore della fornitura), nell'individuare nell'outsourcing la soluzione più efficiente e nel perseguire l'obiettivo di assicurare la qualità delle apparecchiature fornite dall'appaltatore, appaiono in perfetta sintonia con la soluzione tecnica prescelta nella formulazione del capitolato.

3.7. Con riguardo alla fornitura delle periferiche, le deduzioni del ricorrente circa la irragionevolezza di prevedere anche per queste ultime un volume di vendite riferito all'acquisto di computer, sono destituite di fondamento, dovendosi ritenere la clausola non applicabile a tale diverso genere di prodotti.

3.8. Come osservato in sede cautelare, da ultimo, l'art. 5.2., limitandosi a riferire il contestato requisiti di penetrazione commerciale alla "tipologia delle apparecchiature in gara (pc/workstation, notebooks, server)", non sembra richiedere quote di vendita di categorie di computer aventi caratteristiche tecniche uguali o superiori a quelle descritte nelle tabelle del capitolato stesso.

4. Le spese di lite seguono la soccombenza come di norma.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

RIGETTA il ricorso;

CONDANNA la società ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore dell'amministrazione resistente che si liquida in € 3.000,00, oltre IVA e CPA come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2011 con
l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Stefano Celeste Cozzi, Referendario

Dario Simeoli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/03/2011

IL SEGRETARIO

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