

Vantaggio competitivo e prova processuale.

di Cesare Caturani

Data di pubblicazione: 21-4-2017

1. Il principio di tutela della concorrenza non impedisce che ogni concorrente esprima le proprie potenzialità competitive, valendosi di asimmetrie virtuose collegate alle proprie caratteristiche ontologiche e alle proprie capacità concorrenziali.

2. In difetto di una presunzione legale *iuris tantum* incombe su chi contesta l'esistenza di una situazione di indebito vantaggio competitivo a favore di un concorrente dimostrare, in concreto, i vantaggi che questo ne ha tratto in sede di partecipazione alla gara.

Guida alla lettura

Nella pronuncia in esame il T.A.R. affronta una complicata vicenda in materia di vantaggio competitivo e *par condicio* nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, dovendo decidere se l'operatore economico che ha rilasciato un *software* avente natura *open-source* dedicato al monitoraggio di sistemi informatici in rete possa partecipare – risultandone, successivamente, aggiudicatario – alla procedura indetta per l'affidamento di un servizio che includa la manutenzione, il monitoraggio e la gestione anche di quel *software*.

Al di là degli aspetti più squisitamente tecnici legati all'effettiva natura *open-source* del *software* in questione, la sentenza opera una puntuale ricostruzione della giurisprudenza interna e comunitaria che ha individuato in quali condizioni si determina una posizione di vantaggio competitivo in violazione dei principi di parità e non discriminazione tra gli operatori economici, rilevando, tuttavia, come tali principi non possano impedire a ciascun concorrente di valorizzare le rispettive potenzialità competitive, attraverso peculiarità legate alle proprie caratteristiche e capacità concorrenziali.

Inoltre, in una prospettiva strettamente processuale, si segnala l'affermazione per cui laddove non si sia in presenza di una presunzione legale *iuris tantum* – che può essere superata da parte del soggetto sospettato di versare in una condizione di indebito vantaggio competitivo mediante una prova liberatoria -, incombe su chi invoca la pretesa situazione di incompatibilità dell'aggiudicatario dimostrare, in concreto, i vantaggi che hanno condizionato a favore di quest'ultimo l'espletamento della procedura di gara.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 883 del 2016, proposto da:

Alfa Telematica S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Sala C.F. SLAGNN71T30L840E, Marta Bassanese C.F. BSSMRT77L43L840N, Giuseppe Piperata C.F. PPRGPP70H13C352H, con domicilio eletto presso Giuseppe Piperata in Bologna, Galleria Marconi 1;

contro

Azienda Usl della Romagna, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Roberto Manservigi C.F. MNSRRT63E08A944L, con domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, via Santo Stefano 16;

nei confronti di

Laboratori Guglielmo Marconi S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Fata C.F. FTADNC59H16D086K, con domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, piazza Cavour 2;

per l'annullamento

previa adozione di idonee misure cautelari:

a) della Determinazione n. 2308 del 06/10/2016 dell'Azienda Usl della Romagna nella parte in cui ha aggiudicato definitivamente alla controinteressata Laboratori Marconi S.p.a. il Lotto 2 della Procedura aperta per l'affidamento quinquennale dei seguenti servizi per l'Ausl della Romagna: lotto n. 1: servizi di assistenza e manutenzione dell'infrastruttura server; lotto n. 2: servizi di assistenza/manutenzione/monitoraggio e gestione della rete informatica, indetta con Determinazione n. 2125 del 18/08/2015;

b) dei verbali di gara, ed in particolare il verbale della commissione giudicatrice per la valutazione tecnica delle offerte allegato sub 2 alla predetta determinazione di aggiudicazione ;

c) nonché, per quanto eventualmente necessario, dell'art. 1 del capitolato tecnico di gara relativo al lotto 2 e del punto A2 del disciplinare di gara.

Annullamento o disapplicazione della comunicazione 0225538P del 18/10/2016 con la quale l'Azienda resistente ha negato parzialmente l'accesso, richiesto dalla ricorrente, alla documentazione tecnica prodotta in gara da parte di Laboratori Marconi S.p.a., con conseguente riconoscimento del diritto della ricorrente all'ostensione della relativa documentazione.

In ogni caso dichiarazione di efficacia del contratto medio tempore sottoscritto e risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Usl della Romagna e di Laboratori Guglielmo Marconi S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 marzo 2017 la dott.ssa 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

Con il ricorso in epigrafe è stata impugnata la Determina 2308/2016 dell'Azienda Usl della Romagna nella parte in cui ha aggiudicato definitivamente alla controinteressata Laboratori Marconi S.p.a. il Lotto 2 della Procedura aperta per l'affidamento quinquennale dei seguenti servizi per l'Ausl della Romagna: lotto n. 1: servizi di assistenza e manutenzione dell'infrastruttura server; lotto n. 2: servizi di assistenza/manutenzione/monitoraggio e gestione della rete informatica, indetta con Determinazione n. 2125 del 18/08/2015.

Il ricorso è stato affidato ai seguenti 2 motivi di diritto :

1). Violazione di legge per omessa o falsa applicazione del DLGS 163/2006 e art. 2 Direttiva 2004/18/CEE in relazione ai principi di parità e non discriminazione tra gli operatori economici; violazione del principio di imparzialità e buon andamento della PA di cui all'art. 97 Cost;

2). Violazione di legge per omessa o falsa applicazione sotto diverso profilo dell'art. 2, DLGS 163 e art. 2 Direttiva 2004/18/CEE in relazione ai principi di parità e non discriminazione tra gli operatori economici; nonché in relazione al principio di trasparenza, violazione artt. 68 e 83 DLGS 163/2006.

In giudizio si sono costituite entrambe le controparti con deposito di memorie e documenti.

I). Giova richiamare – in via preliminare - gli eventi in fatto.

a). la AUSL Romagna con bando pubblicato in data 18.8.2015 ha indetto gara a procedura aperta per l'affidamento quinquennale dei seguenti servizi per la AUSL suddivisi in 2 lotti distinti e frazionabili : lotto 1 servizi di assistenza e manutenzione della infrastruttura server (importo complessivo a base di gara : € 1.360.000,00 Iva esclusa); lotto n. 2 : servizi di assistenza/manutenzione/monitoraggio e gestione della rete informatica, importo complessivo a base di gara € 2.080.000,00 Iva esclusa; importo complessivo appalto € 3.440.000,00 Iva esclusa;

b). la ricorrente Alfa telematica SRL ha partecipato, quale capogruppo mandataria del costituendo RTI con Project Informatica SRL, al solo lotto 2;

c). negli atti di gara la stazione appaltante ha chiesto alla ditta aggiudicataria di avvalersi – per le attività di monitoraggio – del software SANET;

d). nella seduta pubblica del 20.9.2016 la Commissione ha aperto le offerte economiche; l'offerta economicamente più vantaggiosa è risultata quella della controinteressata Laboratori Marconi SPA con punti 90,80, e seconda graduata la ricorrente Alfa Telematica SRL con punti 90,71.

II). Giova richiamare – ancora in via preliminare - i principi generali in materia espressi dalla giurisprudenza in materia di vantaggio competitivo e par condicio nelle gare in quanto (in buona sostanza) la ricorrente ha sostenuto in ricorso che l'aggiudicataria ha beneficiato, nella gara in questione, di una evidente posizione di vantaggio competitivo rispetto agli altri concorrenti, derivante dal fatto di essere essa stessa sviluppatrice del software SANET.

In particolare :

a). il principio della par condicio richiede l'applicazione delle medesime regole di gara a tutti i concorrenti.

Lo svolgimento della gara nei contratti pubblici ha la funzione di assicurare la par condicio tra tutti i potenziali interessati a contrattare con l'amministrazione e di consentire all'amministrazione stessa, mediante l'acquisizione di una pluralità di offerte, di contrattare alle condizioni più vantaggiose.

La concorrenza è un principio valorizzato al massimo grado della normativa comunitaria, alla stregua della quale la scelta del contraente, al di là delle ipotesi legislativamente disciplinate, incontra, in ogni caso, i limiti indicati dalle norme del Trattato in materia di libera prestazione di servizi e dai principi generali del diritto comunitario, tra cui la non discriminazione, la parità di trattamento, la trasparenza, imponendosi così una scelta ispirata a criteri obiettivi e trasparenti, tali da assicurare in ogni caso la concorrenza tra i soggetti interessati (cfr., Consiglio Stato, Sez. V, 4 marzo 2008, n. 889).

Lo stesso principio – tuttavia - certo non impedisce che, in sede di applicazione delle medesime regole, ogni concorrente esprima le proprie potenzialità competitive valendosi di asimmetrie virtuose collegate alle proprie caratteristiche ontologiche e alle proprie capacità concorrenziali.

b). secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr., decisione n. 2650/2011 relativa alla disposizione di cui all'art. 90, comma 8 d.lgs n. 163/2006) è stato affermato che la stessa è finalizzata ad impedire posizioni di vantaggio dipendenti da forme di contiguità con la stazione appaltante e, pertanto, la ricerca delle posizioni di vantaggio deve essere condotta con attenzione e rigore, dovendosi concludere negativamente nel caso in cui difettino indizi seri, precisi e concordanti sulla circostanza che il partecipante alla gara, o il soggetto a questo collegato, abbia rivestito un ruolo determinante nell'indirizzo delle scelte dell'Amministrazione o ne abbia ricevuto un flusso di informazioni riservate tale da falsare la concorrenza.

In altre parole, lo stesso principio di massima partecipazione viene "relativizzato" dal Consiglio di Stato nella citata pronuncia, nel senso che la più ampia partecipazione deve comunque essere garantita nell'osservanza del principio della tutela della concorrenza e con piena realizzazione della ratio sottesa al principio generale di cui alla disciplina delle incompatibilità ex art. 90, comma 8 d.lgs n. 163/2006 (par condicio).

Sempre la citata decisione del Consiglio di Stato n. 2650/2011 ha ritenuto che sono indizi sufficienti a denotare la posizione di vantaggio che genera incompatibilità ex art. 90, comma 8 d.lgs n. 163/2006 quelli riguardanti situazioni che pongono un determinato concorrente in posizione di squilibrio nei confronti degli altri concorrenti e tale da determinare - indipendentemente dal concretizzarsi del vantaggio - una violazione della par condicio.

c). in ambito comunitario, la decisione della Corte di Giustizia CE, Sez. II, 3 marzo 2005 (resa a fronte dei procedimenti riuniti C-21/03 e C-34/03 ed avente ad oggetto talune domande di pronuncia pregiudiziale sottoposte alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Conseil d'Etat del Regno del Belgio), ha affermato il contrasto con l'ordinamento comunitario di una disposizione nazionale che consenta l'esclusione "di una domanda di partecipazione o la formulazione di un'offerta per un appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi, da parte di una persona che sia stata incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di tali lavori, forniture o servizi, senza che si conceda alla medesima la possibilità di provare che, nelle circostanze del caso di specie, l'esperienza da essa acquisita non ha potuto falsare la concorrenza".

Dunque, la Corte lussemburghese ritiene che la preclusione alla partecipazione non opererebbe automaticamente ma implicherebbe pur sempre la possibilità di dimostrare l'ininfluenza della partecipazione a pregressi stadi di formazione progettuale rispetto a quello oggetto di gara.

d). sempre in ambito comunitario, può essere richiamata la giurisprudenza del Tribunale di 1° grado UE, sez. II – 13/10/2015 n. 403/12, la quale ha preso posizione sul tema di cui si discorre.

Al riguardo ha affermato i seguenti principi :

<<75). La nozione di conflitto di interessi ha carattere oggettivo e per definirla occorre prescindere dalle intenzioni degli interessati, e in particolare dalla loro buona fede (v. sentenza del 20 marzo 2013, Nexans France/Impresa comune Fusion for Energy, T-415/10, Racc., EU:T:2013:141, punto 115 e giurisprudenza ivi citata).

76). Alle autorità aggiudicatrici non incombe un obbligo assoluto di escludere sistematicamente gli offerenti in situazione di conflitto di interessi, dato che siffatta esclusione non sarebbe giustificata nei casi in cui si potesse dimostrare che tale situazione non ha avuto alcuna incidenza sul loro comportamento nella procedura di gara, e non determina alcun rischio reale di pratiche atte a falsare la concorrenza tra gli offerenti. Viceversa, l'esclusione di un offerente in situazione di conflitto di interessi è indispensabile qualora non esista un rimedio più adeguato per evitare una qualsiasi violazione dei principi di parità di trattamento tra gli offerenti e di trasparenza (sentenza Nexans France/Impresa comune Fusion for Energy, punto 75 supra, EU:T:2013:141, punti 116 e 117).

77). Infatti, secondo una costante giurisprudenza, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a vegliare sul rispetto, in ogni fase della procedura di gara d'appalto, del principio di parità di trattamento e, di conseguenza, delle pari opportunità di tutti gli offerenti (v. sentenza del 12 luglio 2007, Evropalki Dynamiki/Commissione, T-250/05, EU:T:2007:225, punto 45 e giurisprudenza ivi citata).

78). Più precisamente, il principio delle pari opportunità impone, secondo la giurisprudenza, che tutti gli offerenti dispongano delle stesse opportunità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica dunque che queste ultime siano soggette alle stesse condizioni per tutti tali offerenti. Il principio di trasparenza, che ne rappresenta un corollario, ha fundamentalmente lo scopo di eliminare i rischi di favoritismo e arbitrarità da parte dell'autorità aggiudicatrice. Esso implica che tutte le condizioni e modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca, nel bando di gara o nel capitolato d'onori (sentenza del 9 settembre 2009, Brink's Security Luxembourg/Commissione, T-437/05, Racc., EU:T:2009:318, punti 114 e 115). Il principio di trasparenza implica, inoltre, che tutte le informazioni tecniche pertinenti per la buona comprensione del bando di gara o del capitolato d'onori siano messe, appena possibile, a disposizione di tutte le imprese che partecipano ad un appalto pubblico, in modo da consentire, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e di interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'amministrazione aggiudicatrice di verificare se effettivamente le offerte presentate dagli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione (v. sentenza del 29 gennaio 2014, European Dynamics Belgium e a./EMA, T-158/12, EU:T:2014:36, punto 60 e giurisprudenza ivi citata).

79). Dalla giurisprudenza citata ai precedenti punti emerge che il ragionamento in termini di rischio di conflitto di interessi impone una valutazione concreta, da un lato, dell'offerta e, dall'altro, della situazione dell'offerente interessato, e che l'esclusione di tale offerente è un rimedio volto a garantire il rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento tra gli offerenti>>.

Tanto precisato - valorizzando e utilizzando i concetti di <valutazione concreta del conflitto di interessi> e di <prova effettiva della posizione di vantaggio competitivo di un concorrente a discapito di altri> e di < possibilità di dimostrare l'ininfluenza della partecipazione a pregressi stadi di formazione progettuale rispetto a quello oggetto di gara> - nel merito il ricorso è infondato.

Risulta dagli atti di causa che la stazione appaltante ha previsto per le attività di monitoraggio l'utilizzo da parte della futura aggiudicataria del software SANET; si tratta di un software che, per la sua natura Open-source, non implica alcun costo di licenza a carico della AUSL Romagna e, essendo già impiegato in 3 dei 4 ambiti territoriali di cui la stessa si compone, riduce fortemente l'incidenza e la complessità delle attività di riconfigurazione dei sistemi informativi oggetto del monitoraggio.

1). Con il primo motivo di ricorso l'interessata lamenta, appunto, che l'aggiudicataria ha beneficiato di un vantaggio in quanto è lei la sviluppatrice del software SANET.

2). Con il secondo motivo lamenta che la Commissione ha errato nella valorizzazione quasi massima sul punto 3) dell'offerta della controinteressata; o nella speculare comparativa sottovalutazione delle altre offerte.

La questione tecnica è stabilire se, nel contesto della installazione e configurazione di software open-source dedicati al monitoraggio di sistemi in rete, dopo il suo rilascio lo sviluppatore originario di un software a codice sorgente aperto si trova rispetto ad esso esattamente sullo stesso piano di tutti gli altri operatori.

Le parti hanno depositato alcune perizie tecniche di parte.

In data 21.2.2017 la Laboratori Guglielmo Marconi SPA ha depositato la perizia del Prof. Vittorio Ghini.

Nella perizia è stato chiarito :

a). il significato del termine software open-source : cioè un software di cui gli autori rendono pubblico il codice sorgente favorendone lo studio, l'utilizzo e permettendo a qualunque programmatore di apportare modifiche ed estensioni alla propria copia del codice.

b). la circostanza che nello scenario della gara da cui nasce la contesa, il software SANET è attualmente installato ed operativo su 3 dei 4 siti oggetto della gara; di conseguenza i file di configurazione del software sono già presenti nei sistemi informatici di questi 3 siti e potranno essere utilizzati come esempio operativo per capire facilmente come impostare le configurazioni per gestire la totalità dei 4 siti di interesse;

c). la conclusione è dunque che – nello specifico scenario oggetto della disputa – si può affermare che qualunque esperto dei sistemi di monitoraggio di rete, basati su codice open-source, è posto nelle stesse condizioni di partenza per potere provvedere alla installazione, configurazione e successivo utilizzo del software SANET. La precondizione per

poter operare efficacemente con questo software, infatti, non è la conoscenza dello specifico software quanto piuttosto una robusta competenza professionale e una solida esperienza pregressa di installazione, configurazione e gestione di sistemi di rete, basati su codice open-source. Si tratta, in sostanza, di possedere consolidate competenze acquisite sul campo.

In data 21.2.2017 anche la ricorrente ha depositato un parere pro veritate degli Avvocati Carlo Piana a Alberto Pianon.

Le conclusioni del predetto parere sono state le seguenti :

a). l'affermazione secondo cui la caratteristica del software di essere open-source consenta a terzi di operare in posizione paritaria vale unicamente se il programma in questione è un vero progetto open non solo dal punto di vista formale (licenza) ma anche dal punto di vista sostanziale;

b). nel caso di specie, pare che il progetto SANET sia configurabile come un progetto open solo dal punto di vista formale della licenza mentre tutti gli altri aspetti (concentrazione della titolarità del codice in un unico soggetto, nessuna apertura a contributi esterni, politiche che prevedono rilasci del codice differiti nel tempo e parziali, mancanza di documentazione sul funzionamento del software, politiche di licenza decise dalla sola casa madre) appartengono di più alla logica del software proprietario;

c). tali elementi consentono a Laboratori Marconi di garantirsi una posizione di dominanza concorrenziale nella fornitura dei servizi correlati al prodotto medesimo, non contendibile dai concorrenti (in particolare se il servizio deve essere fornito esclusivamente su quel prodotto come nel caso di specie).

Ad avviso del Collegio – alla luce di tutti gli atti depositati e della situazione valutata nella sua complessità - si ritiene che la aggiudicataria non abbia beneficiato della posizione di vantaggio competitivo rispetto agli altri concorrenti tale da falsare il meccanismo della concorrenza e della par condicio.

In altre parole, laddove non si sia al cospetto di una presunzione legale iuris tantum, da vincere attraverso una prova liberatoria da parte del soggetto sospettato di versare in una condizione di indebito vantaggio competitivo, incombe su chi invoca la pretesa situazione di incompatibilità dimostrare in concreto i vantaggi tratti in sede di partecipazione alla gara in capo all'aggiudicatario.

Così non è stato nella vicenda che ne occupa.

Si condivide, altresì, la replica svolta dalla stazione appaltante (memoria in data 3.3.2017 pag. 6) circa il fatto che <uno degli altri concorrenti in gara , il RTI composto da Business-E Spa e Telecom Italia SPA, ha presentato due diverse soluzioni di implementazione e sviluppo del sistema di monitoraggio di cui al software SANET che sono state valutate dalla Commissione giudicatrice superiori a quelle offerte da Alfa Telematica; il che conferma che qualunque concorrente è stato messo nella condizione di poter ideare proposte migliorative sulla scorta

delle informazioni sul software SANET contenute nella lex specialis>.

Si condivide, pure, la argomentazione relativa al fatto che la possibilità di proporre soluzioni migliorative e sviluppi del software era (di sicuro) anche più ampia per la ricorrente che ha utilizzato il software in questione <sin dal 2012 in esecuzione dell'identico appalto riferito all'ambito territoriale di Ravenna>.

Controparte precisa che <è la stessa ricorrente a fornire una prova definitiva nella citata relazione tecnica (cfr., pag. 5 doc. 2 della produzione del 22.2.2017) nella quale ammette di aver appreso le diverse funzionalità del software SANET a seguito del suo utilizzo presso l'ambito di Ravenna anche per quanto non contenuto nella relativa documentazione pubblica>.

Inoltre, il Collegio ritiene, comunque, più condivisibile il parere di parte fornito dalla controinteressata aggiudicataria.

Si condivide, dunque, la conclusione che < nello specifico scenario oggetto della disputa – si può affermare che qualunque esperto dei sistemi di monitoraggio di rete, basati su codice open-source, è posto nelle stesse condizioni di partenza per potere provvedere alla installazione, configurazione e successivo utilizzo del software SANET. La preconditione per poter operare efficacemente con questo software, infatti, non è la conoscenza dello specifico software quanto piuttosto una robusta competenza professionale e una solida esperienza pregressa di installazione, configurazione e gestione di sistemi di rete, basati su codice open-source. Si tratta, in sostanza, di possedere consolidate competenze acquisite sul campo>.

Tanto precisato, il ricorso deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna il soccombente al pagamento delle spese del presente giudizio, che liquida nella misura di € 7.000,00, oltre IVA e CPA come per legge in favore di ciascuna delle parti costituite.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente



Maria Ada Russo, Consigliere, Estensore

Alessio Falferi, Primo Referendario