

N. 05487/2012 REG.PROV.COLL.
N. 02989/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Terza Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2989 del 2012, proposto da:

Accenture s.p.a., in proprio ed in qualità di capogruppo del costituendo RTI con Accenture Technology Solutions s.r.l. in persona dei loro legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dagli Avvocati Damiano Lipani, Francesco Sbrana e Luigi Mazzoncini presso il cui studio in Roma, Via Vittoria Colonna, n. 40 sono elettivamente domiciliate;

contro

il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca in persona del Ministro legale rappresentante p.t., il MIUR – Direzione Generale per gli Studi, la Statistica e i Sistemi informativi in persona del legale rappresentante p.t., la Commissione di gara istituita ai sensi del d.lgs. n. 163/2006 con decreto del DG n. 1/6 dell'8 marzo 2011, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato presso la cui sede in Roma, Via dei Portoghesi, n. 12 domiciliario ex lege;

nei confronti di

HP Enterprise Services Italia s.r.l. in proprio ed in qualità di capogruppo del costituendo RTI con SELEX Eltag s.p.a. (già Eltag Datamat s.p.a) in persona dei loro legali rappresentanti p.t., rappresentata e difesa dagli Avvocati Prof. Angelo Clarizia, Marco Napoli, Maurizio Zoppolato ed elettivamente domiciliate presso lo studio del primo in Roma, Via Principessa Clotilde, n. 2;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione definitiva Lotto n. 1 della “Gara a procedura aperta ai sensi del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i. per l'affidamento in due lotti dei servizi di sviluppo e gestione del sistema informativo – Codice CIG Lotto 1 05699788B7 e Codice CIG Lotto 2 056999020” in favore del costituendo raggruppamento controinteressato, adottato con decreto prot. segr. N. 1/6 del 22 marzo 2012 dal d.g. MIUR - Direzione Generale per gli Studi, la Statistica e i Sistemi Informativi, comunicato alla ricorrente, ai sensi dell'art. 79 comma 4 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i. con FAX prot. 001326 del 22marzo 2012;

del verbale della Commissione di gara relativo alla seduta riservata del 23 gennaio 2012, nel corso della quale è stata formulata la graduatoria finale della gara;

dei verbali della Commissione di gara, relativi alle sedute riservate del 28, 29, e 30 settembre 2011, 4 e 5 ottobre 2011, nonché di ogni altro atto, connesso, presupposto e consequenziale;

nonché in via subordinata:

del decreto a prot. 1/6 dell'8 marzo 2011 con il quale il MIUR - Direzione Generale per gli Studi, la Statistica e i Sistemi Informativi ha nominato la Commissione di gara;

del decreto della Direzione Generale per gli Studi, la Statistica e i Sistemi Informativi, a prot. n. 1/8 del 9 marzo 2011 con il quale a rettifica di quanto previsto dall'art. 2 del primo è stata modificata la composizione

della Commissione di gara,

nonché per il risarcimento dei danni

patiti e patienti per l'effetto dei provvedimenti impugnati;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

VISTO il ricorso incidentale proposto da HP Enterprises Services Italia in persona del legale rappresentante p.t., in proprio ed in qualità di mandataria del RTI con SELEX ELSAG s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dal prof. avv. Angelo Clarizia e dagli Avvocati Marco Napoli e Maurizio Zoppolato ed elettivamente domiciliati presso lo studio del primo in Roma , Via Principessa Clotilde, n. 2,

Visto l'atto di costituzione in giudizio del MIUR e di Soc Hp Enterprise Services Italia Srl;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2012 il dott. Pierina Biancofiore;

Uditi altresì i difensori delle parti come da verbale di udienza, anche in relazione alla possibilità di decisione della causa mediante sentenza in forma semplificata;

Rilevato che il presente giudizio può essere definito nel merito ai sensi degli articoli 60 e 74 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, previo accertamento della completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, e sentite sul punto le parti costituite;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato all'amministrazione ed alle controinteressate in data 20 aprile 2012 e depositato il successivo 21 aprile 2012 espongono le ricorrenti di avere partecipato alla "Gara a procedura aperta ai sensi del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i. per l'affidamento in due lotti dei servizi di

sviluppo e gestione del sistema informativo – Codice CIG Lotto 1 05699788B7 e Codice CIG Lotto 2 056999020”, per un importo a base di gara del Lotto 1 pari a E. 147.108.000, 00 al netto dell’IVA, classificandosi, nella seduta del 23 gennaio 2012, al secondo posto, dietro il raggruppamento controinteressato HP.

Espongono, altresì, che a seguito della seduta del 22 marzo 2012 la stazione appaltante ha aggiudicato definitivamente la gara alla ridetta controinteressata, confermando la aggiudicazione provvisoria.

Dopo essersi procurate tutta la documentazione di gara con accesso agli atti, le ricorrenti impugnano i provvedimenti indicati in epigrafe, opponendo le censure che saranno meglio oltre esposte ed esaminate e chiedendo il risarcimento del danno, con quantificazione pari al 10% dell’importo posto a base di gara e rimessa alla valutazione equitativa del TAR.

Il raggruppamento ricorrente conclude per l’accoglimento della domanda cautelare e del ricorso.

L’Amministrazione dell’istruzione si è costituita in giudizio rassegnando conclusioni opposte a quelle del raggruppamento ricorrente.

La controinteressata HP ha presentato ricorso incidentale opponendo le seguenti doglianze:

1. Violazione dell’art. 38, comma 1 lett. B), e C) m ter del d.lgs. n. 163/2006, violazione dei principi generali in tema di pubbliche gare, eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza di motivazione, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto;
2. Violazione dell’art. 37 del d.lgs. n. 163/2006, violazione della lex specialis di agra, violazione dell’art. 42 del d.lgs. n. 163/2006, violazione dei principi generali in materia di pubbliche gare, eccesso di potere per illogicità ed ingiustizia manifeste, assenza di motivazione e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto.

Conclude chiedendo la reiezione dell'istanza cautelare del raggruppamento interessato, del gravame principalmente proposto e per l'accoglimento del ricorso incidentale.

Il ricorso è stato trattenuto per la decisione in forma semplificata alla Camera di Consiglio del 7 giugno 2012, avvertitene all'uopo le parti costituite.

DIRITTO

1. Va esaminato per primo il ricorso principale, secondo il portato dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 7 aprile 2011, n. 4.

Quest'ultima, infatti, nel riprendere gli arresti giurisprudenziali cui era pervenuta la precedente Adunanza Plenaria n. 11 del 2008 ha riportato il rapporto tra ricorso incidentale e ricorso principale nell'alveo della problematica dell'ordine delle questioni, per cui non importa quale sia il veicolo – ricorso incidentale o principale – attraverso il quale la questione è introdotta, ma ne rileva la sua preliminarità e pregiudizialità rispetto al merito della domanda.

Per l'Adunanza Plenaria assume quindi rilievo la classificazione, per così dire, della posizione giuridica sottostante ai diversi tipi di impugnativa e che ha esaminato secondo l'ordine di trattazione così individuato:

“a) l'esame delle questioni preliminari deve sempre precedere la valutazione del merito della domanda formulata dall'attore;

b) il vaglio delle condizioni e dei presupposti dell'azione, comprensivo dell'accertamento della legittimazione ad agire e dell'interesse al ricorso, deve essere saldamente inquadrato nell'ambito delle questioni pregiudiziali;

c) il ricorso incidentale costituisce uno strumento perfettamente idoneo ad introdurre, nel giudizio, una questione di carattere pregiudiziale rispetto al merito della domanda;

d) la nozione di "interesse strumentale" non identifica un'autonoma posizione giuridica soggettiva, ma indica il rapporto di utilità tra l'accertata

legittimazione al ricorso e la domanda formulata dall'attore;

e) salve puntuali eccezioni, individuate in coerenza con il diritto comunitario, la legittimazione al ricorso, in materia di affidamento di contratti pubblici, spetta solo al soggetto che ha legittimamente partecipato alla procedura selettiva.”.

La conclusione di tale disamina è che:

- “l'ordine logico di esame delle questioni pregiudiziali rispetto a quelle di merito non rientra nella disponibilità delle parti, che possono solo graduare le rispettive domande”,

- che, a prescindere dal numero dei partecipanti alla gara, “qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale. E la sua accertata fondatezza preclude al giudice l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente”

- e che “L'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità o improcedibilità.” (A.P. 7 aprile 2011, n. 4 punti 52, 53 e 54).

Nel caso in esame, tuttavia, fermo restando l'ordine delle questioni che assume rilievo nell'attribuire la qualificazione alla posizione del ricorrente incidentale, ha priorità la trattazione del ricorso principale, non tanto per economia processuale, ma in quanto con esso il ricorrente raggruppamento Accenture propone una censura, quella della illegittima composizione della Commissione di gara infine determinata dalla stazione appaltante con il decreto 9 marzo 2011 prot. segr. 1/8, che, ancorché prospettata in via subordinata e per quarta, se venisse dal Collegio condivisa comporterebbe in radice l'annullamento della intera gara, con conseguente sradicamento delle posizioni pure della ricorrente incidentale.

2. Si passa dunque all'esame del ricorso principale.

Con la ridetta quarta censura il raggruppamento ricorrente fa valere la violazione e falsa applicazione dell'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006, con particolare riferimento ai commi 2, 3 ed 8, la violazione e falsa applicazione dei principi di imparzialità, buon andamento e ragionevolezza dell'azione amministrativa e l'eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di presupposti in fatto ed in diritto, travisamento e sviamento.

2.1. Le ricorrenti, sostanzialmente aggrediscono la composizione della Commissione osservando che i membri non hanno esperienza nello specifico settore oggetto dell'appalto.

Osservano che l'art. 84 del Codice degli Appalti prescrive che la Commissione debba essere composta da un numero dispari di componenti, in massimo di cinque "esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto", mentre nel caso in esame vi sono solo due laureati rispettivamente in matematica ed ingegneria, materie in parte attinenti a quelle del servizio da aggiudicare, mentre gli altri componenti sono laureati in materie umanistiche.

2.1.1 A tal riguardo va del tutto condivisa la giurisprudenza citata dall'Amministrazione resistente che valorizza un principio enucleato di recente dal TAR Lombardia per il quale "il requisito generale dell'esperienza "nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto" (previsto, dall'art. 84 comma 2, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, per i componenti della commissione giudicatrice di una gara per l'affidamento di un appalto pubblico) deve essere inteso gradatamente e in modo coerente con la poliedricità delle competenze di volta in volta richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare; non è necessario, pertanto, che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti i possibili ambiti oggetto di gara, in quanto è la Commissione, unitariamente considerata, che deve garantire quel grado di conoscenze tecniche richiesto, nella specifica fattispecie, in ossequio al principio di buon andamento della

pubblica amministrazione”. (TAR Lombardia, Milano, sezione 1, 23 novembre 2010, n. 7320 ed anche in termini T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 4 giugno 2008, n. 1126).

Va premesso a tal proposito che la gara in parola riguarda il Sistema Informativo dell'Istruzione, ossia un sistema complesso che consente di pianificare e gestire processi organizzativi di elevatissima complessità, riguardanti circa otto milioni di studenti ed il personale preposto al servizio scolastico, per circa un milione di unità. Il Sistema è attualmente gestito in outsourcing mediante unica fornitura, mentre con la gara in questione è stato suddiviso in due lotti, uno concernente i Servizi di gestione e sviluppo applicativo e l'altro i Servizi di gestione e sviluppo infrastrutturale. Nel caso in esame il sistema da elaborare, comportando anche la necessità di trasfondere il preesistente SIDI con un nuovo sistema informatico avente per oggetto “consulenza, sviluppo di software, internet e supporto” richiedeva tra le professionalità esperte “nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto” soggetti dipendenti della pubblica istruzione muniti, per la qualifica rivestita, di adeguati livelli decisionali di responsabilità come sono i dirigenti amministrativi in essa nominati e di adeguati livelli di capacità tecnica elaborativa e progettuale come sono i dirigenti tecnici in essa nominati, onde assicurare l'apporto sinergico di professionalità differenziate in vista della eterogeneità degli aspetti oggetto di valutazione, come è dato evincersi dal decreto di costituzione dell'8 marzo 2011.

Detto in parole povere occorre che le professionalità amministrative per valutare, nell'ambito dei criteri e parametri indicati dal Disciplinare, le singole offerte ed attribuire un punteggio, nei limiti di quelli fissati dalla legge di gara, che tenesse conto di come ogni offerta potesse essere coniugata con le esigenze della stazione appaltante, attraverso il filtro della esperienza lavorativa dei componenti amministrativi; ed occorre che

adeguate professionalità tecniche che, attraverso gli stessi strumenti di valutazione, garantissero il risultato tecnico dell'operazione.

Inconferenti risultano quindi i precedenti giurisprudenziali citati sul punto tra cui la sentenza del TAR Lazio, sezione III, 3 novembre 2011, n. 8414, con la quale è stato affermato il principio esattamente opposto a quello superiormente esposto, nella ipotesi tuttavia di una gara avente ad oggetto prestazioni estremamente specialistiche quali erano quelle dedotte nella gara esaminata da altra sezione e cioè “per la fornitura in service di trattamenti di dialisi extracorporea”.

3. Tornando all'ordine delle doglianze, con la prima parte ricorrente fa valere la violazione, falsa applicazione dell'art. 11, comma 6 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, la violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, la violazione e falsa applicazione del paragrafo 3 del disciplinare di gara, la violazione dei principi di imparzialità dell'azione amministrativa, di buon andamento e par condicio tra i concorrenti, l'eccesso di potere sotto i profili di difetto di istruttoria, difetto di presupposti in fatto e in diritto, travisamento e sviamento.

3.1. Il raggruppamento ricorrente oppone che a seguito della proroga del termine di conclusione della gara di 45 giorni le controinteressate hanno a loro volta rappresentato che, data la fusione tra Elsag Datamat e la Selex Communications s.p.a., il Consiglio di Amministrazione della Selex aveva conferito all'Amministratore delegato taluni poteri di rappresentanza legale della società tra cui “assumere – ad eccezione di quanto di competenza esclusiva del Consiglio di Amministrazione - e concedere appalti per l'esecuzione dei lavori e somministrazioni di ogni genere stipulando i relativi contratti, concorrendo se del caso ad aste pubbliche e private e nominando, se occorre mandatarî speciali a gare, incanti e licitazioni”; laddove il Consiglio di Amministrazione aveva riservato “alla propria ed esclusiva competenza il compimento di taluni atti tra i quali rientra la

presentazione delle offerte e la stipula di contratti di fornitura:

1) il cui importo sia superiore al maggiore di uno dei seguenti valori:

- il 10% del fatturato annuo della società quale risultante dall'ultimo bilancio d'esercizio approvato;

- euro 50milioni,00;

2) che comportino impegni o rischi elevati, ivi comprese le commesse con valore aggiunto (EVA) inferiore al 2% del ricavo totale”.

Poiché il valore dell'affidamento posto a base di gara è pari ad Euro 147.108.000,00 e il corrispettivo massimo complessivo offerto dal raggruppamento HP è pari ad Euro 117.529.390,40 e poiché ancora il fatturato della Selex al momento della partecipazione alla gara è di Euro 553.724.510,00 il cui 10% è pari ad Euro 55.372.451,00 (mentre quello della società incorporata Elsag Datamat prima della fusione è di Euro 551.598.408,00 il cui 10% è pari ad Euro 55.159.840,80) si rientra nell'ipotesi per cui la presentazione delle offerte e la stipula dei contratti deve essere previamente deliberata dal Consiglio di Amministrazione.

Circostanza questa non verificatasi nel caso in esame.

E lo stesso accade se si vuole considerare il bilancio del 2010 della mandante.

3.1.1 L'aspetto della censura è smentito dalla produzione documentale offerta dalla controinteressata HP in ordine alle determinazioni assunte dalla mandante Selex Elsag, vincitrici in raggruppamento dell'appalto.

A tale fine è bene premettere un breve riepilogo dei tempi di gara:

- le offerte per la gara in questione sono state presentate entro il 18 febbraio 2011 ed in prima battuta l'offerta, poi risultata vincitrice, vedeva come capogruppo la HP Enterprises e come mandante la Elsag Datamat s.p.a.;

- la Elsag Datamat si è fusa con Selex Communications s.p.a. con atto notarile del 23 maggio 2011;

- con provvedimento del 22 marzo 2012 la gara veniva aggiudicata al raggruppamento controinteressato, nonché ricorrente incidentale costituito oramai da HP Enterprise e Selex Elsag.

Ciò premesso quest'ultimo produce l'estratto del verbale della riunione del Consiglio di Amministrazione di Selex Elsag s.p.a. in data 2 febbraio 2012, riunione quindi avvenuta dopo la fusione tra Selex ed Elsag del 23 maggio 2011 e subito dopo la conclusione dell'esame delle offerte da parte della Commissione di gara avvenuta il 23 gennaio 2012, verbale con cui, su impulso dell'amministratore delegato della Selex, il Consiglio di Amministrazione ha preso atto della delibera assunta dal cessato Consiglio di Amministrazione della incorporata Elsag Datamat nella seduta del 27 gennaio 2011 e quindi ha confermato il mandato a suo tempo conferito all'Amministratore delegato di provvedere anche tramite speciali procuratori, alla sottoscrizione dell'atto costitutivo del raggruppamento, del relativo regolamento, nonché di ogni atto e documento in relazione alla procedura in questione.

Con tale deliberazione si è saldata la volontà espressa dal Consiglio di Amministrazione della Elsag Datamat, di partecipare alla gara e di presentare la relativa offerta, senza soluzione di continuità con la volontà della Selex, con conseguente reiezione dell'aspetto di censura.

3.2. Ma va pure rigettato il secondo aspetto con il quale il raggruppamento ricorrente oppone che anche se previsto dall'art. 11, comma 6 del Codice degli appalti che la stazione appaltante possa chiedere il differimento del termine per la presentazione dell'offerta, una volta che questa sia stata presentata e che il termine sia stato differito dopo la sua presentazione l'offerente può considerarsi sciolto da tale vincolo e deve rinnovare l'offerta.

Quest'ultima dunque si presentava irregolare per non essere stata sottoscritta dal soggetto competente ed in quanto il termine era stato

prorogato.

3.2.1 Il profilo evidenziato è parzialmente coincidente con quello sopra esaminato.

Una volta che l'Amministratore delegato di Selex Elsag è stato confermato, in tutti i suoi poteri in ordine alla gara, dall'organo a ciò preposto e cioè dal Consiglio di Amministrazione ed ha effettuato la conferma dell'offerta in data 6 febbraio 2012 (peraltro in riscontro di una nota della stazione appaltante da prot. n. 373 del 27 gennaio 2012 con cui si comunicava la proroga di 45 giorni del termine di vincolatività di ciascuna offerta e della garanzia provvisoria prestata), dopo averne avuto l'investitura in data 2 febbraio 2012, l'offerta era da considerarsi valida a tutti gli effetti.

E se anche si volesse discutere che la deliberazione del Consiglio di Amministrazione della Selex Elsag è intervenuta in data 2 febbraio 2012, successivamente quindi alla aggiudicazione provvisoria che è del 23 gennaio 2012, ma tale rilievo non è opposto da nessuno, è da riflettere che trattandosi testualmente di una presa d'atto da parte del Consiglio di Amministrazione della neo costituita Selex Elsag delle deliberazioni del Consiglio di Amministrazione della Elsag Datamat in ordine alla gara, essa non modificava la volontà da questa espressa con l'offerta presentata prima di essere incorporata nella Selex, ma facendola propria si limitava a succederle nelle stesse identiche posizioni espresse con l'offerta.

Al riguardo deve osservarsi pure che le vicende soggettive del candidato, dell'offerente e dell'aggiudicatario non sono senza effetti nella gara, dal momento che il legislatore ha inteso disciplinarle con l'apposita norma di cui all'art. 51 del Codice degli Appalti, proprio perché, prima della adozione di tale norme, esistevano soltanto pronunciamenti giurisprudenziali al riguardo.

In particolare si è rilevato che, se la cessione del ramo di azienda potrebbe comportare questioni in ordine alla esatta individuazione dei soggetti che

devono rendere le dichiarazioni per il cedente – problemi analizzati in limine dal Consiglio di Stato con l'Adunanza Plenaria 4 maggio 2012, n. 10, dato che il detto fenomeno realizza una successione a titolo particolare in tutti i rapporti attivi e passivi del cedente da parte del cessionario, invece “la fusione per incorporazione di società realizza una successione a titolo universale corrispondente alla successione "mortis causa" e produce gli effetti, tra di loro interdipendenti, dell'estinzione della società incorporata e della contestuale sostituzione a questa, nella titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi, sostanziali e processuali, della società incorporante” (giurisprudenza risalente: Corte di Appello di Milano, 23 maggio 2003).

Nell'ipotesi in esame, posto il ridetto fenomeno di successione a titolo universale intervenuto tra Selex Communications ed Eltag Datamat, avvenuto prima dell'aggiudicazione, la neo costituita Selex Eltag ha per l'appunto ritenuto di ratificare l'offerta presentata dalla Eltag Datamat, con la delibera del 2 febbraio 2012 che garantisce continuità alla ridetta offerta, fermo restando che l'Amministrazione in sede di stipulazione potrà ancora verificare il possesso dei requisiti generali in capo alla vincitrice “anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice” ai sensi dell'art. 51 del Codice degli Appalti.

In tale senso si esprime anche la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, in particolare la sezione VI con la sentenza n. 5809 del 31 ottobre 2011.

4. Con la seconda censura parte ricorrente oppone la violazione e falsa applicazione del paragrafo 6.2 dell'annesso 2 del disciplinare di gara, dei chiarimenti n. 417-00 e 520-00 e dell'allegato 01; l'eccesso di potere sotto i profili di difetto di istruttoria, difetto dei presupposti in fatto e in diritto, illogicità e irragionevolezza travisamento e sviamento.

4.1 Le ricorrenti rilevano che l'offerta era in ogni caso illegittima in quanto

mancante dell'indicazione a pena di esclusione delle risorse impiegate in ogni struttura organizzativa e processo, secondo quanto disposto dall'Allegato 01 e come pure confermato con i due chiarimenti n. 417-00 e 520-00, con i quali, senza aggiungere nuove o diverse cause di esclusione, la stazione appaltante ha meglio precisato la portata applicativa di una causa di esclusione.

La conclusione di tale censura è che la Commissione non avrebbe dovuto attribuire alcun punteggio al criterio previsto dal Disciplinare "organizzazione e processi per i servizi" alla controinteressata, mentre le ha assegnato 10 punti.

Qualora invece la Commissione non avesse assegnato alcun punteggio alle controinteressate ciò avrebbe consentito al raggruppamento ricorrente, che aveva raggiunto un valore pari a 69,531 punti, di superarle, in quanto esse avrebbero conseguito il punteggio di 64,915 (dovuto alla somma del punteggio per l'offerta tecnica pari a 35,801 e di quello economico – pari a 29,114 detratti i dieci punti in questione).

4.1.1. Il motivo è smentito in fatto dalla produzione documentale ed è contestato dall'Amministrazione stessa.

Infatti la controinteressata nella busta dell'offerta tecnica al paragrafo "certificati ed attestati" ha prodotto i nominativi delle risorse umane adibite, mediante apposite dichiarazioni sostitutive di certificazione. In tali dichiarazioni sono elencati i nominativi delle risorse di governo del contratto (paragrafo 16.1) e di tutte le risorse operative (paragrafo 16.2) ivi comprese quelle di cui all'Allegato O1, con a fianco di ogni nominativo il ruolo ricoperto all'interno del progetto.

A ciò si aggiunga che, se pure la censura, come prospettato, potrebbe ricadere in termini di impossibilità per la Commissione di gara di attribuire un punteggio alla voce "Organizzazione e processi per i servizi", perché il criterio comprendeva il sottocriterio "Mix e composizione dei gruppi di

lavoro” nel quale rilevante è l’indicazione dei nominativi dei componenti del progetto, essa è del tutto infondata.

Alla voce “Organizzazione e processi per i servizi” il Disciplinare, alla pagina 32, assegnava il punteggio massimo del 40% ed essa rientrava nella Tabella 3 dei “Criteri di dettaglio per la valutazione dei servizi”, nella quale tutti i sottocriteri indicati, tra cui “Mix e composizione dei gruppi di lavoro” facevano riferimento alle sole figure professionali che dovevano essere proposte sotto il profilo organizzativo dal candidato e prescindevano da considerazioni o valutazioni delle risorse umane materialmente adibite, essendo agganciate piuttosto alle singole professionalità che il candidato avrebbe deciso di adibire alle funzioni su cui si articolava l’offerta.

La circostanza che nella sua intestazione l’Allegato 01 portasse l’indicazione “specificare nome partecipante” su ogni pagina sta chiaramente ad indicare che il partecipante alla gara dovesse indicare in ogni pagina del modulo la propria ditta e non i nominativi delle professionalità che adibiva materialmente alle funzioni ivi indicate.

E sotto questo profilo l’offerta presentata dal raggruppamento vincitore indica esattamente le singole professionalità che sono adibite all’organizzazione del progetto, come richiesto dal disciplinare, con la conseguenza che l’interpretazione dell’Allegato 01 offerta da parte ricorrente in ordine ad un obbligo a pena di esclusione di indicare i nominativi delle risorse umane impiegate nel progetto, appare strumentalmente enunciata per scalfire le valutazioni della Commissione di gara su di una voce dell’offerta, ma non introduce validi elementi di illegittimità nell’operato della stessa, non trovando riscontro nel Disciplinare di gara.

La circostanza, poi, che la Stazione appaltante abbia inteso integrare le disposizioni del Disciplinare con i chiarimenti n. 520-00 e 417-00 pretendendo che “per quanto riguarda le informazioni relative alle risorse

indicate in “Allegato 01 –Offerta Tecnica Servizio”, queste dovranno essere esplicitate riportando i nominativi e i livelli professionali come già previsto dal citato documento” non può comportare una interpretazione delle clausole della lex specialis della gara che violi la par condicio e il principio di affidamento che ogni operatore fa sulla clausola per come essa risulta dalla inequivoca lettera della legge di gara, oltre alla circostanza che l’adempimento risulta assolto per avere specificato nelle “certificazioni e dichiarazioni” per ogni figura professionale a quale funzione esse dovevano essere adibite da parte del raggruppamento controinteressato.

5. Con la terza censura le ricorrenti deducono la violazione e falsa applicazione del paragrafo 7.1 dell’annesso 2 del Disciplinare di gara, del chiarimento n. 218-00 dell’allegato D1 e dell’allegato C6, l’eccesso di potere sotto i profili di difetto di istruttoria, difetto dei presupposti in fatto e in diritto, illogicità ed irragionevolezza, disparità di trattamento, travisamento e sviamento.

5.1. Le società interessate oppongono che il raggruppamento controinteressato avrebbe presentato cinque curricula vitae relativi a risorse aventi un numero di anni di esperienza nel ruolo inferiore al valore minimo previsto dalla lex specialis ed esattamente dall’Allegato D1 che la prevedeva in dieci anni laddove dette risorse hanno una anzianità nel ruolo da ciascuna rivestito che oscilla dai quattro ai sette anni. Anche le qualifiche non corrispondono a quelle richieste nel predetto Allegato D1 il quale prevedeva “analista di business” mentre sono stati proposti “manager responsabile process grc consulting” “program manager” e “project manager”.

5.1.1 La censura è esclusa dalla lettera della lex specialis.

Il Disciplinare a pag. 31 indica i criteri di valutazione dei curricula delle risorse umane adibite prevedendo la valutabilità della “anzianità di servizio oltre un minimo per la specifica figura professionale” ed assegnando a tale

sottocriterio unitamente a “formazione e titoli di studio” il 20% del punteggio complessivo della voce intera, senza stabilire che una anzianità inferiore a quella specificata comporti l’esclusione dalla gara, stabilendo piuttosto la possibilità di valutare diversamente la singola figura professionale proposta, anche a seconda dell’anzianità di servizio.

Anche l’Allegato D1 non contiene al paragrafo 3 “Profili professionali” (pag. 5) la comminatoria della esclusione per le diverse anzianità riportate nella Tabella 2 per ogni profilo professionale da adibire al progetto prevedendosi piuttosto che non sarebbero stati ammessi “profili professionali e livelli tariffari diversi da quelli standard riportati in Tabella 2.

6. Nella considerazione che il ricorso vada rigettato, non può neppure essere accolta la domanda risarcitoria, enunciata per le seguenti poste: danno curricolare derivante dalla mancata acquisizione di credenziali e qualificazioni professionali; danno da perdita di chance e danno da contatto amministrativo derivate dalla grave violazione dei principi di correttezza, imparzialità e buon andamento e par condicio che presiedono l’attività della pubblica amministrazione. Parte ricorrente quantifica tali danni almeno nella misura del 10% dell’importo posto a base di gara.

La domanda va respinta a causa del mancato assolvimento della cd. pregiudiziale amministrativa, che rende impraticabile per il giudice la verifica della sussistenza o meno degli altri elementi del danno e cioè l’elemento soggettivo ed il nesso di causa, secondo la cospicua giurisprudenza sulla materia.(tra le tante: TAR Friuli Venezia Giulia, 22 marzo 2012, n. 109, TAR Campania, Napoli, sezione VI, 5 marzo 2012, n. 1097, TAR Marche, 28 ottobre 2011, n. 813).

7. Occorre esaminare dunque gli effetti di tale pronuncia sul ricorso incidentale proposto dalla prima classificata, posto l’accertato rapporto di stretta specularità che li lega e posto che il ricorso principale è stato per

l'appunto respinto.

A questo punto è da chiedersi se residui un qualche interesse per la prima classificata a porre nel nulla la posizione della seconda classificata, dopo che il gravame principale da essa proposto è stato rigettato in ogni sua parte.

Al riguardo, mentre se come sopra accennato la seconda classificata ha tutto l'interesse a scalfire la posizione della prima classificata per poterle subentrare, nel caso in esame non potrebbe effettuarsi il contrario, nel senso che la prima classificata nonché ricorrente incidentale non riveste neppure un interesse strumentale alla eliminazione della seconda classificata dalla graduatoria. Il suo interesse sostanziale in tanto sussisteva inizialmente in quanto poteva vedere la sua posizione scalfita dall'accoglimento del ricorso principale.

Ma la coltivazione del gravame incidentale, una volta rigettato quello principale della seconda classificata non può neppure interessarla, qualora si dovesse ipotizzare che la seconda classificata le subentri, se per una qualche ragione esterna alla gara ella non potesse più tenere fede alla aggiudicazione, qualificandosi questo come fatto meramente ipotetico e futuro sprovvisto di qualsiasi rilevanza giuridica attuale sulla fattispecie già in essere e che qualifica la posizione della ricorrente incidentale come aspettativa di mero fatto non suscettibile di protezione nell'ordinamento giuridico.

8. Per le superiori considerazioni il ricorso principale va rigettato ed il ricorso incidentale va pertanto dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

9. Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Bis) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

rigetta il ricorso principale e dichiara improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso incidentale.

Condanna il RTI costituendo Accenture s.p.a. e Accenture Technology Solutions s.p.a. al pagamento per spese di giudizio di Euro 5.000,00 a favore del Ministero dell'Istruzione e di Euro 5.000,00 a favore delle controinteressate HP Enterprise Services Italia s.r.l. e Selex Elsag s.p.a. in costituendo raggruppamento.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Evasio Speranza, Presidente

Paolo Restaino, Consigliere

Pierina Biancofiore, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/06/2012

IL SEGRETARIO

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