N. 05255/2015REG.PROV.COLL.

N. 02778/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2778 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da: *** S.r.l. con Socio Unico, rappresentata e difesa dagli avv. Luca Tufarelli, Maria Stefania Masini, Fabrizio Cataldo, con domicilio eletto presso Luca Tufarelli in Roma, Via Ennio Quirino Visconti, 20;

contro

*** S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. ***, con domicilio eletto presso ***;

nei confronti di

Ministero dell'Interno ***, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, anche domiciliataria in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZIONE I TER, n. 06182/2015 e del dispositivo di sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZIONE I TER, n. 04661/2015, resi tra le parti, concernenti aggiudicazione definitiva della gara di appalto a procedura ristretta e accelerata per la fornitura di servizi di assistenza applicativa e sistemistica per la gestione del sistema informativo MIPGWeb – mcp;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di *** S.r.l. e di Ministero dell'Interno ***;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 ottobre 2015 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Cataldo, *** e l'avvocato dello Stato ***;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Si controverte sull'esito della procedura ristretta e accelerata, ai sensi degli artt. 54 e 55 del Codice dei contratti, per la "fornitura di servizi di assistenza applicativa e sistemistica per la gestione del sistema informativo MIPGWEB", per la durata di tre anni oltre ad un altro anno di eventuale proroga, aggiudicato dal Ministero dell'interno alla *** S.r.l. mediante decreto prot. n. 600/C/TLC.4954.PR.199.013.00B in data 20 novembre 2014.

2. La seconda classificata, *** S.r.l., ha impugnato l'aggiudicazione dinanzi al TAR del Lazio, lamentando la carenza nell'offerta della controinteressata di elementi essenziali e l'attribuzione ad essa di un punteggio eccessivo.

3. *** ha proposto ricorso incidentale, a sua volta prospettando l'inidoneità della documentazione prodotta dalla ricorrente principale a comprova del possesso del requisito di capacità economica e finanziaria, nonché carenze nell'offerta tecnica che ne avrebbero dovuto determinare l'esclusione.

4. Il TAR Lazio, con la sentenza appellata (I-ter, n. 6182/2015) ha esaminato dapprima il ricorso incidentale, rigettandolo, ed ha poi esaminato (in parte) ed accolto il ricorso principale, annullando l'aggiudicazione impugnata e disponendo l'aggiudicazione in favore della ***, previa verifica dei requisiti di partecipazione e della congruità dell'offerta.

Le censure esaminate e ritenute fondate concernono il mancato possesso da parte della figura F3 (Sistemista Certificato di Prodotto) della certificazione VMware, e la omessa indicazione del valore percentuale del dimensionamento della MAC (manutenzione correttiva), che avrebbero dovuto condurre all'esclusione dell'offerta *** per difformità dal capitolato tecnico.

5. Effettuate le suddette verifiche, il contratto con *** è stato sottoscritto in data 30 aprile 2015.

6. Nell'appello, ***, lamenta anzitutto che il TAR abbia usato un metro di giudizio diverso nel valutare le censure del ricorso incidentale e quelle del ricorso principale, dando un'interpretazione sostanziale dei

requisiti contestati a *** e giungendo a ritenerli integrati sulla base di altri elementi dell'offerta e del soccorso istruttorio, e viceversa applicando estensivamente le previsioni della *lex specialis* sui requisiti contestati a *** senza verificare l'esistenza della documentazione richiamata ma non allegata.

Ripropone quindi le quattro specifiche censure disattese in primo grado, incentrate sull'inidoneità delle referenze bancarie presentate, sulla mancanza nella figura professionale F1 (Responsabile Generale della Fornitura) di alcune delle conoscenze tecniche richieste dal capitolato, sulla omessa specificazione del numero di giornate dei singoli profili professionali riferibili ai vari team di MAC e MEV (manutenzione evolutiva/correttiva) e del valore complessivo riferito a ciascun team, e sulla omessa specificazione del valore percentuale del dimensionamento del numero di FP di MAC rispetto a quello della baseline dell'intero sistema, altresì in violazione del capitolato tecnico.

7. Per il Ministero dell'interno si è costituita in giudizio, con memoria meramente formale, l'Avvocatura Generale dello Stato.

8. Anche *** si è costituita in giudizio (senza riproporre, ex art. 101, cod. proc. amm., le censure assorbite in primo grado).

9. Il Collegio ritiene fondata la censura con la quale viene contestata la mancata indicazione nell'offerta *** del possesso da parte della figura professionale F1 – Responsabile Generale della Fornitura (*program manager*) - di alcune conoscenze informatiche espressamente richieste dal capitolato a pena di esclusione.

9.1. *** aveva infatti contestato che la figura professionale F1 indicata dalla ricorrente principale fosse priva di conoscenze tecniche (in ordine alla suite MS Office, a MS Project, alla metodologia UML ed alle modalità di stima e di conteggio dei FP – punti funzione) richieste dall'art. 8 del capitolato tecnico.

9.2. Al riguardo, il TAR ha sottolineato che la formulazione del capitolato consentiva di provare il possesso del requisito anche attraverso l'indicazione delle esperienze lavorative, che dette conoscenze presuppongono ed implicano; ed ha ritenuto che ciò si verificasse nel caso in esame, posto che "… nel contratto relativo al progetto del Sistema informativo della Cognizione Penale per il Ministero della Giustizia, riportato nel *curriculum vitae*, nel quale il Responsabile generale della Fornitura ha ricoperto il ruolo di *program manager*, si fa riferimento ai punti funzione, da cui discende la conoscenza, da parte dello stesso, delle modalità di stima e di conteggio dei FP, e nell'appendice 3 al Capitolato tecnico di Gara, si specifica che "*le funzionalità dovranno essere modellate con metodologia UML*", da cui si evince la conoscenza di tale metodologia. Inoltre lo stesso ruolo e l'esperienza vantata in ambito ICT (Information and Communication Technology) per oltre 15 anni, di cui oltre 11 nel ruolo di Program Manager, comporta, come peraltro ammette anche la ricorrente incidentale, che le altre due conoscenze contestate siano possedute dalla figura in questione.". Ha aggiunto il TAR che, qualora fossero residuati dubbi in merito, la stazione appaltante avrebbe potuto far ricorso al soccorso istruttorio (sentenza appellata, lettera G. 2), pag. 12).

9.3. Il Collegio osserva che l'art. 8 del capitolato richiedeva il possesso di "requisiti minimali", indicandoli analiticamente in una tabella (quelli oggetto della censura in esame, sotto la voce "conoscenze tecniche"), e precisava che "sarà cura del fornitore descrivere il dettaglio dei CV delle varie figure professionali impiegate" e che "I requisiti minimali devono essere completamente garantiti pena esclusione".

9.4. Nell'appello, *** lamenta che il contratto relativo al progetto del SCP per il Ministero della Giustizia e la relativa appendice del Capitolato tecnico, elementi del curriculum della figura professionale F1 da cui il TAR ha desunto il possesso delle conoscenze mancanti, non facessero parte degli atti di gara, né fossero stati acquisiti al giudizio (il TAR ne avrebbe tratto contezza dalle difese di ***). Né, contrariamente a quanto affermato dal TAR, sul punto avrebbe potuto farsi ricorso al soccorso istruttorio, trattandosi di informazioni relative ad un contratto eseguito per una amministrazione terza.

9.5. ***, anche con la memoria finale, si limita a rinviare alla memoria di costituzione, nella quale si era riportata agli scritti presentati in primo grado.

9.6. Il Collegio osserva che la formulazione del capitolato è univoca nel richiedere la indicazione dettagliata nel *curriculum vitae* del possesso dei requisiti necessari, e nel sanzionare con l'esclusione la mancanza dei requisiti; d'altra parte, presupposto indispensabile di ogni verifica del possesso dei requisiti, è che essi vengano dichiarati espressamente.

Nel caso in esame, il CV della figura F1 si limita a menzionare, tra le esperienze professionali, l'espletamento del ruolo di *program manager* nel contratto relativo al Sistema informativo della Cognizione Penale del Ministero della Giustizia, fornendone una sintetica descrizione, dalla quale tuttavia non si evince il possesso delle conoscenze tecniche in questione.

9.7. Ed infatti, il TAR ha ritenuto sussistenti i requisiti in questione, in parte sulla base di una deduzione dalla anzianità lavorativa complessiva – indicata nella sintesi dei CV - ed in parte sulla base del contenuto di atti -il contratto per il predetto SCP, predetto, ed un appendice al relativo capitolato tecnico di gara – che, effettivamente, non risultano presentati a corredo del CV, né acquisiti dalla stazione appaltante in sede di gara; per contro, l'affermazione dell'appellante, secondo la quale dette indicazioni sarebbero state tratte unicamente dalle difese di *** in primo grado, trova riscontro negli atti di causa, e non è stata oggetto di specifica confutazione dalle controparti.

9.8. Deve dunque ritenersi che *** non avesse assolto all'onere di allegazione derivante dall'art. 8 del capitolato, né offerto gli elementi minimi affinché la stazione appaltante fosse tenuta ad esercitare il potere di soccorso.

10. Non è fondata invece la censura concernente le referenze bancarie di Banco di Napoli e Unicredit, presentate da ***.

10.1. Esse infatti, ancorché genericamente riferite alla esistenza di rapporti “regolari” con la società e alla “buona considerazione” da essa goduta nel proprio ambito settoriale, possono ritenersi adeguate alla luce della previsione del disciplinare, che (art. 2, lettera b) si limitava a richiedere “idonee referenze bancarie”, senza ulteriori precisazioni (ad esempio, riguardo all’adeguatezza finanziaria dell’impresa in relazione all’appalto da eseguire).

10.2. Né può inficiare le referenze prestate la circostanza che la firma su di esse apposta non sia agevolmente leggibile (non essendo peraltro nemmeno ipotizzata una carenza di poteri rappresentativi in capo al firmatario).

11. Il Collegio ritiene di potersi esimere dall’esaminare gli altri motivi di appello, il cui esame richiederebbe approfondimenti istruttori sul significato della documentazione di gara, posto che la fondatezza della censura sopra esaminata è sufficiente a determinare l’accoglimento dell’appello di ***.

12. Conseguentemente, in riforma della sentenza appellata, deve disporsi l’accoglimento del ricorso incidentale di *** in primo grado e l’improcedibilità di quello principale di ***.

13. Infatti, secondo la giurisprudenza di questo Consiglio, nelle controversie aventi a oggetto procedimenti di aggiudicazione di appalti pubblici, il ricorso incidentale c.d. escludente, che mira cioè ad ottenere l'accertamento della doverosità dell'esclusione dalla procedura della ricorrente deve essere esaminato prima di quello principale e l'esame incrociato deve essere ammesso nella sola ipotesi in cui nella procedura sono state presentate solo due offerte e i vizi reciprocamente dedotti nel ricorso principale e in quello incidentale attengono alla medesima fase procedimentale e afferiscono alla stessa categoria (cfr., nel solco di A.P. n. 9/2014, recentemente, III, n. 57/2015; IV, n. 140/2015; V, n. 3615/2015 e n. 2190/2015); in questo caso, infatti, viene meno l’asimmetria di origine procedimentale tra la legittimazione a resistere dell'aggiudicatario (certa perché fondata sul provvedimento impugnato), e la legittimazione a ricorrere del concorrente pretermesso dall’aggiudicazione (incerta perché fondata su una posizione legittimante che il ricorso incidentale può far venire meno), mentre, allorché vi siano altre offerte di concorrenti estranee al contenzioso cui potrebbe essere aggiudicato l’appalto, l’esame dell’impugnazione incidentale, ove fondata, non può che condurre alla declaratoria di improcedibilità dell’impugnazione principale (cfr., recentemente, V, n. 4089/2015, n. 3951/2015 e n. 3771/2015).

14. Peraltro, sulla necessità di esaminare prioritariamente il ricorso incidentale e sulla portata limitata del principio affermato dall’Adunanza Plenaria in tema di esame incrociato delle impugnazioni reciprocamente escludenti, si è espressa chiaramente la sentenza di primo grado (lettera D., pagg. 5-6), e sul punto, in mancanza di appello, deve ritenersi formato il giudicato interno.

15. Ne discende l’annullamento dell’aggiudicazione disposta dal Ministero in esecuzione della sentenza di primo grado, mentre riacquista efficacia l’aggiudicazione originaria in favore di ***.

16. Non essendo state prospettate dalle controparti ragioni tecniche o giuridiche a ciò ostative, deve anche disporsi l'inefficacia del contratto stipulato con *** e – fatte salve le necessarie verifiche da parte della stazione appaltante nei confronti dell'offerta ***, qualora non effettuate - il subentro di ***.

17. Con memoria finale, in relazione al tempo trascorso dalla stipula del contratto con ***, *** ha chiesto che il Ministero dell'interno venga condannato a risarcirle il danno correlato alla consumazione di parte del periodo di durata dell'appalto, quantificandolo (per l'ipotesi che l'auspicato subentro avvenga alla fine del corrente anno), in proporzione all'utile atteso dichiarato in sede di giustificazioni, nella somma di euro 35.735,84 (4.466,98 al mese, da maggio a dicembre 2015).

18. Il Collegio osserva che l'appellante non ha dichiarato di non aver altrimenti impiegato, nel periodo predetto, le risorse occorrenti per l'esecuzione dell'appalto, e in generale non ha prospettato alcun elemento in ordine all'utilizzazione delle figure professionali disponibili in azienda ovvero impegnate in vista dell'esecuzione dell'appalto. Tale circostanza, in applicazione dell'orientamento di questo Consiglio, secondo il quale, ai fini del risarcimento dei danni provocati da illegittimo esercizio del potere amministrativo nel corso di gare pubbliche, va comunque detratto dall'importo dovuto a titolo risarcitorio quanto dall'impresa percepito grazie allo svolgimento di ulteriori attività lucrative nel periodo in cui avrebbe dovuto eseguire l'appalto in contestazione e tale onere di provare l'assenza dell'*aliunde perceptum vel percepiendum* grava non sull'Amministrazione, ma sull'impresa (cfr., da ultimo, III, n. 1839/2015 e n. 5567/2014; IV, n. 1708/2015 e n. 5531/2014; V, n. 4248/2014), impedisce di accogliere la domanda risarcitoria.

19. Quanto alle spese di giudizio, in considerazione del contesto complessivo delle contrapposte impugnazioni, se ne può confermare l'integrale compensazione tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata:

- accoglie il ricorso incidentale e dichiara improcedibile il ricorso principale proposti in primo grado;

- dichiara l'inefficacia del contratto stipulato con *** S.r.l. e dispone, salve le eventuali verifiche da parte della stazione appaltante, il subentro dell'appellante *** 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 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/11/2015

IL SEGRETARIO

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