



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 il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 10841 del 2010, proposto da:  
Capgemini Italia s.p.a., in qualità di capogruppo della costituenda ATI  
tra Capgemini Italia s.p.a., Kelyan s.p.a., Telecom Italia s.p.a., in  
persona del legale rappresentante p.t., nonché, in proprio, da  
Capgemini Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t.,  
entrambe rappresentate e difese dagli avv.ti Stefano Nespore, Ada  
Lucia De Cesaris, Federico Boezio, Maria Stefania Masini, con  
domicilio eletto presso Maria Stefania Masini in Roma, via della Vite,  
7;

***contro***

- Expo 2015 s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Marzari e Antonella  
Cupiccina, con domicilio eletto presso Pietrangelo Jaricci in Roma, via  
Boezio, 92;

- Commissario Straordinario di Governo per la realizzazione dell'Expo Milano 2015 (COSDE);

***nei confronti di***

- Avande Italy s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Luigi Mazzoncini, con domicilio eletto presso Damiano Lipani in Roma, via Vittoria Colonna, 40;

***per l'annullamento***

a) dell'aggiudicazione definitiva in data 4.11.2010 del "servizio di progettazione, implementazione applicativa e sistemistica e gestione di Microsoft AX in Expo 2015 Spa" per i processi di amministrazione, finanza e controllo, Procurement e Gestione Connesse/Appalti" (gara telematica n. 10\_03\_21\_RFQ\_40-serviziERP-);

nonché per quanto occorra:

b) dell'aggiudicazione provvisoria effettuata e comunicata via mail in data 29 luglio 2010;

c) di tutti i verbali della Commissione di gara comprese le decisioni relative all'anomalia delle offerte, allo stato non conosciuti;

d) del bando di gara della procedura ristretta n. 1/2010, del disciplinare di gara n. 1/2010 del capitolato tecnico, delle risposte ai quesiti pervenuti della stazione appaltante e della lettera di invito;

e) della risposta di Expo all'informativa ai sensi dell'art. 243 - bis del d.l.gs. n. 163/2006;

f) di tutti gli atti comunque connessi e coordinati, anteriori e

conseguenti, anche allo stato non conosciuti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Expo 2015 s.p.a. e di Avanade Italy s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del giorno 12 gennaio 2011 la d.ssa Silvia Martino;

Uditi gli avv.ti delle parti, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO

1. Parte ricorrente espone che, con bando di gara pubblicato sulla GUCE in data 12 marzo 2010, Expo 2015 s.p.a. ha indetto la gara pubblica con procedura ristretta n. 1/2010 per *“l’affidamento del servizio di progettazione, implementazione applicativa e sistemistica e gestione di Microsoft AX in Expo 2015 s.p.a.”*.

L’oggetto del servizio, in particolare, è costituito dall’ *“attività di progettazione, implementazione applicativa e sistemistica e gestione di Microsoft AX Expo 2015 s.p.a. per processi di amministrazione, finanza e controllo, Procurement e Gestione Commesse/Appalti”*.

Nel disciplinare, e nella lettera di invito, veniva richiesto ai concorrenti *“al fine di garantire la necessaria completezza di analisi e approccio al progetto”* di definire nel documento di offerta la propria valutazione metodologica ed economica per il servizio di progettazione,

implementazione applicativa e sistemistica e gestione di Microsoft AX in Expo 2015 per i processi HR, Gestione Sito e Gestione Evento (c.d. Macrofase 2, 2010-2015). Tuttavia, Expo si è riservata di non affidare questa fase *“a suo insindacabile giudizio, senza che l'appaltatore possa sollevare alcuna eccezione né vantare alcuna pretesa”*.

L'importo a base di gara per l'affidamento del servizio oggetto dell'appalto è pari ad euro 500.000, più IVA, per la Macrofase 1, ed euro 700.000 più IVA per la Macrofase 2.

La gara, prosegue parte ricorrente, si sarebbe dovuta svolgere in via telematica, previa registrazione dei soggetti interessati, *“alla piattaforma di e – procurement di expo”*.

Il punto 9 del bando prevedeva, infine, quale criterio di aggiudicazione, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 d.lgs. n. 163/2006.

Come previsto dai punti 5 e 8 del bando, i soggetti interessati hanno presentato alcuni quesiti alla stazione appaltante, che ha pubblicato le risposte sulla piattaforma *e – procurement*.

Parte ricorrente dà quindi conto di alcune difficoltà di natura telematica in seguito alle quali la procedura ristretta veniva dichiarata deserta, dandosi conseguentemente avvio, da parte di Expo, ad una procedura negoziata *“senza previa pubblicazione di bando, alle medesime condizioni di gara di cui agli atti già pubblicati”*.

La ricorrente, invitata a partecipare, presentava la propria migliore offerta, allegando, all'uopo, tutta la documentazione necessaria.

In data 2 luglio 2010, Expo comunicava via *mail* alla ricorrente che la

gara era stata aggiudicata provvisoriamente ad altra società.

A seguito di istanza di accesso, Capgemini ha quindi appreso che la Commissione giudicatrice ha attribuito alla sua offerta tecnica il punteggio di 54/70, mentre l'aggiudicataria Avanade ha conseguito punti 42/70.

La prevalenza di quest'ultima è stata infatti determinata dalla valutazione dell'offerta economica, con il conseguente punteggio complessivo di 72, a fronte di punti 71,87 ottenuti da Capgemini.

Dall'esame della scheda tecnica dell'aggiudicataria, ha inoltre constatato che l'offerta di Avanade comprende *“l'utilizzo dell'add on per AX “Professionale Services Automation” per cui Avanade ha realizzato la localizzazione in lingua italiana [...]”*.

Nell'offerta viene precisato che *“le licenze del suddetto add – on [...] dovranno esser fornite da Expo 2015, unitamente alle ulteriori dimensioni necessarie per la gestione”*.

Capgemini sottolinea che l'utilizzo dell'add – on PSA è indispensabile per il funzionamento dell'oggetto dell'offerta della società controinteressata.

In data 4 novembre 2010 Expo ha quindi informato Capgemini dell'intervenuta aggiudicazione definitiva in favore di Avanade.

La società ha successivamente inviato l'informativa prevista dall'art. 243 –bis de Codice dei Contratti, alla quale la stazione appaltante ha risposto in data 30 novembre 2010.

Parte ricorrente soggiunge che Microsoft AX (la cui implementazione costituisce l'oggetto della gara oggi in rilievo) è venduto in due

edizioni, Business Essentials e Advanced Management.

Di quest'ultima, esiste una versione denominata "Advanced Management Enterprise" che contiene alcune componenti aggiuntive. Pur non essendo espressamente indicata nel capitolato l'edizione di Microsoft AX da utilizzare, l'analisi delle specifiche tecniche del capitolato e della lettera di invito, rende evidente, secondo la ricorrente, che l'unica scelta a disposizione dei concorrenti era l'edizione Advanced Management, eventualmente nella versione denominata "Enterprise".

Avverso il complesso degli atti come sopra delineati, è quindi insorta Capgemini, in particolare, deducendo;

1) Violazione e falsa applicazione del bando, del disciplinare di gara e del capitolato tecnico. Eccesso di potere per sviamento, violazione della par condicio e dei principi di trasparenza e buona amministrazione.

La documentazione di gara evidenzia che l'unica scelta a disposizione dei concorrenti era l'implementazione di Advanced Management di Microsoft AX, eventualmente nella versione denominata Enterprise.

L'aggiudicataria ha previsto l'utilizzo di un c.d. *add on* che non è presente in nessuna delle edizioni di Microsoft AX e che non è neppure sviluppato e prodotto da Microsoft.

Inoltre, il costo della licenza per l'acquisto di detto componente è a carico di Expo, con la conseguenza che il risparmio per la stazione appaltante è solo fittizio.

Si tratta, inoltre, di un prodotto "non localizzato" per l'Italia.

In pratica, l'aggiudicataria;

- avrebbe illegittimamente posto a carico della stazione appaltante il costo della componente aggiuntiva PSA, estranea alla piattaforma Microsoft AX, e cioè al solo *software* che Expo aveva dichiarato di mantenere a proprio carico;

- avrebbe illegittimamente ridotto il numero di ore lavorative oggetto della propria offerta necessarie per sviluppare le potenzialità offerte dal *software* PSA.

Capgemini evidenzia ancora che, qualora fosse ammissibile, per i concorrenti, porre a carico di Expo l'acquisto di licenze diverse ed aggiuntive rispetto a Microsoft Dynamics AX, verrebbero a mancare i criteri oggettivi sulla base dei quali valutare l'offerta economica.

Per tale motivo, in via subordinata, impugna il bando, il disciplinare, il capitolato tecnico e la lettera di invito, nelle parti in cui consentono di formulare offerte economiche che possono far gravare sulla stazione appaltante costi indefiniti ed ulteriori rispetto all'acquisto delle licenze di Microsoft AX.

Infine, parte ricorrente evidenzia che il componente PSA non è nemmeno "localizzato" per l'Italia.

Spiega, in via preliminare, che il termine localizzazione fa riferimento ad un processo necessario per rendere un prodotto *software* pronto per uno specifico mercato.

Nel caso si specie, nel listino di Microsoft AX è presente un c.d. "*localization disclaimer*", nel quale viene spiegato che Microsoft non si assume alcuna responsabilità e non fornisce alcuna garanzia per i

prodotti del listino localizzati in un paese diverso rispetto a quello dove dovrebbero essere utilizzati.

Interpellata in merito al possibile utilizzo di PSA in Italia, Microsoft ha precisato che nel caso in cui un proprio *partner* commerciale abbia realizzato autonomamente una propria localizzazione e traduzione, può fornirla ad un cliente che ne faccia espressa richiesta ma “*solo a condizione che il cliente venga preventivamente informato che non riceverà alcun supporto ed assistenza tecnica per tale prodotto da Microsoft*”.

Parte ricorrente ritiene perciò che, nel caso di specie, Expo dovrà farsi carico anche dei costi di manutenzione del sistema non assistito da Microsoft.

L'aggiudicataria, inoltre, si è limitata ad affermare di avere localizzato PSA in lingua italiana, ma non ha reso edotta la stazione appaltante del fatto che il suo uso, in Italia, non è garantito da Microsoft.

Parte ricorrente conclude osservando che, anche volendo ammettere che le regole di gara consentissero di utilizzare componenti aggiuntive, avrebbero comunque dovuto escludersi quelle non localizzate per l'Italia nel listino di Microsoft. Diversamente opinando, ne deriverebbe una condizione di assoluta incertezza per i concorrenti, oltre che disparità di trattamento tra di essi.

Si sono costituite, per resistere, le società Expo 2015 e Avanade s.p.a.. Con ordinanza n. 5378 del 15.12.2010 è stata accolta l'istanza cautelare.

Le parti hanno depositato articolate memorie e ampia documentazione.

Il ricorso è stato trattenuto per la decisione alla pubblica udienza del 12 gennaio 2011.

## DIRITTO

1. In via preliminare, in relazione all'eccezione di incompetenza territoriale del TAR del Lazio, ribadita da Expo nella propria memoria conclusionale, va ricordato che, con ordinanza n. 5378 del 15.12.2010, la Sezione ha:

- ritenuto la propria competenza funzionale (ai sensi del combinato disposto degli artt. 133, comma 1, lett. p) e 135, comma 1, lett. e) del codice del processo amministrativo), sull'assunto che l'art. 14, comma 2, del d.l. n. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008, nonché il d.P.C.M. 22.10.2008, nel disporre la nomina di un Commissario straordinario governativo, con compiti sostitutivi e di vigilanza, e comunque di attuazione dell'attività preparatoria d'urgenza, ai fini della "realizzazione delle opere e delle attività connesse allo svolgimento del grande evento EXPO 2015", abbiano determinato e/o dichiarato una situazione di emergenza analoga a quelle decretate ai sensi dell'art. 5 della l. n. 225 del 1992;

- ritenuto, altresì, che gli atti e le attività degli enti operanti nel quadro di essa siano attratti dallo stesso regime, per ragioni di connessione;

- accolto (previa verifica, come detto, della propria competenza) l'istanza cautelare.

L'intervenuta, esplicita, statuizione sulla competenza rappresenta, a parere del Collegio, una evidente preclusione all'ulteriore rilievo di tale questione nell'ambito del presente grado di giudizio.

2. Ciò posto il ricorso si appalesa fondato nel merito.

2.1. La controversia in esame concerne l'affidamento del servizio di *“progettazione, implementazione applicativa e sistemistica e gestione di Microsoft AX in Expo 2015 s.p.a. per i processi Amministrazione, Finanza e Controllo, Procurement e Gestione Commesse/Appalti”* (punto 1 del Disciplinare 1/2010).

Di seguito si precisa che *“il servizio è stato suddiviso in otto fasi non cronologiche considerate necessarie da Expo 2015 s.p.a. per sostenere l'intero programma realizzativo [...] ed in particolare “a) Progettazione e implementazione di Microsoft AX; b) Fornitura licenze; c) Reporting; d) Manutenzione evolutiva; e) Competence Center; f) Formazione Utenti; g) Allineamento organizzativo; h) Gestione del sistema”*.

Al punto 2 si chiarisce che *“sono da considerarsi inclusi nel prezzo tutti gli oneri connessi all'effettuazione del servizio, meglio dettagliati nel Capitolato tecnico, ivi compresi quelli relativi ad eventuali attrezzature, materiali, al personale e quant'altro occorra per l'espletamento del servizio”*.

Nell'ambito del Capitolato tecnico viene poi affermato, in relazione alla *“Progettazione e Implementazione di Microsoft AX”* (punto 3.1.) che scopo di questa fase del servizio è la messa in esercizio, *“ ‘chiavi in mano’, del servizio Microsoft AX di Expo 2015 s.p.a. comprensivo di tutte le parametrizzazioni, personalizzazioni, le interfacce/interazioni con i sistemi esistenti, e l'utilizzo di tutte le componenti applicative e tecnologiche necessarie per rendere ottimale la copertura funzionale richiesta dagli utenti. L'implementazione del prodotto deve essere effettuata in modo completo sulla base delle specifiche redatte durante le attività di analisi e deve comprendere anche tutte le attività di*

*supporto a tale realizzazione [...]”.*

In sede di richiesta di chiarimenti da parte delle imprese partecipanti, Expo 2015 ha più volte ribadito, che *“le licenze di Microsoft Dynamics AX verranno acquisite a cura di Expo 2015 secondo quanto previsto dal Capitolato tecnico”*, ovvero che *“tutte le licenze software (sistema operativo, data base, AX) sono a carico della stazione appaltante e quindi out of scope del bando di gara)”*.

In nessuna parte dei documenti di gara viene peraltro indicata la versione di Microsoft Dynamics AX che i concorrenti sono chiamati ad implementare ed ad adattare alle esigenze di Expo.

La circostanza è confermata dalla stessa società là dove, nella memoria di costituzione, ha evidenziato, da un lato, che il bando non prescriveva l'utilizzo di una specifica combinazione di moduli e *“nemmeno poneva limiti nell'utilizzo di metodologie proprie del System Integrator”*, dall'altro, che i documenti di gara non indicano *“quale versione di Microsoft AX debba essere utilizzata”* (pag. 13).

La società, prosegue evidenziando, che, non solo avrebbe potuto essere utilizzato l'*add on* in contestazione (al posto, deve presumersi, di una soluzione tecnica originale) ma che, in definitiva *“anche altri moduli avrebbero potuto differire nelle configurazioni proposte dai concorrenti?”* con l'ulteriore conseguenza che appare improprio inserire il solo costo del modulo PSA e non confrontare *“i costi complessivi dei moduli proposti dai due concorrenti”*.

Analoghe considerazioni vengono svolte da Avanade là dove sottolinea che una delle attività tipicamente richieste ai fini della

progettazione e installazione di un sistema *Erp* è proprio la scelta di quali moduli utilizzare per comporre la soluzione più adatta alle specifiche caratteristiche dell'impresa alla quale il *software* è destinato.

3. L'esposizione che precede evidenzia che la disciplina di gara in esame presenta profili di indeterminatezza, sia in relazione all'oggetto del contratto, sia in relazione alla quotazione dell'offerta economica.

Reputa infatti il Collegio che, poiché lo scopo della commessa era quello di implementare e/o adattare un prodotto *software* già esistente, tale prodotto, avrebbe dovuto essere esattamente individuato, o, quantomeno, avrebbe dovuto essere prevista con puntualità l'incidenza della versione prescelta dai concorrenti, sia ai fini della valutazione tecnica che della quotazione dell'offerta economica.

L'indeterminatezza dell'oggetto della prestazione impedisce la formulazione di offerte consapevoli (che siano il frutto cioè, di una rappresentazione adeguata della quantità e qualità della prestazioni da rendere, nonché dei relativi costi), ovvero si traduce nella carenza, illogicità e/o inapplicabilità dei criteri selettivi previsti dal bando.

In particolare, nel caso oggi in rilievo, anche a volere ammettere che il disciplinare consentisse l'utilizzo, ai fini dell'elaborazione dell'offerta tecnica, di qualsivoglia componente o modulo aggiuntivo esistente sul mercato, del *software* di base, avrebbe dovuto essere chiaramente individuata, in primo luogo, la versione di Microsoft Dynamics AX considerata tale.

In secondo luogo, al fine di raffrontare correttamente le offerte economiche (atteso l'impegno della stazione appaltante di acquisto

delle relative licenze) il costo dei componenti aggiuntivi avrebbe dovuto formare oggetto di specifica quotazione.

Diversamente opinando, come esattamente rilevato dalla ricorrente, verrebbero a mancare criteri certi ed oggettivi sulla base dei quali operare la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, essendo rimesso in sostanza alle stesse offerenti la possibilità di scaricare sulla stazione appaltante costi indefiniti ed ulteriori rispetto a quelli posti a base di gara.

4. In ragione di quanto precede, ed assorbita ogni altra censura, il ricorso merita accoglimento, con il conseguente annullamento del bando di gara, del disciplinare e del capitolato tecnico (nei sensi di cui in motivazione) e il travolgimento automatico degli atti successivi.

In ragione della peculiarità e novità della fattispecie, sembra equo, peraltro, compensare integralmente tra le parti le spese e gli onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, sez. I<sup>^</sup>, definitivamente pronunciando sul ricorso di cui in premessa, lo accoglie, e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Roberto Politi, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/02/2011

IL SEGRETARIO

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