



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**Il Consiglio di Stato**  
**in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7835 del 2012, proposto da:

Servizi Informatici Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Federico Sorrentino, Francesca Sorrentino, Mario Zenga, con domicilio eletto presso Marina Milli in Roma, via Marianna Dionigi, 29;

***contro***

Ministero della Giustizia, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui Uffici, ope legis, domicilia in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti di***

Infodata Spa in proprio e quale mandataria Rti, - Nova Systems Roma Srl;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I n. 06163/2012, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di manutenzione per l'infrastruttura del sistema informativo del casellario giudiziale - ris. danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero della Giustizia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 dicembre 2013 il Cons. Nicola Russo e uditi per le parti gli avvocati Mario Zenga e l'Avvocato dello Stato Grumetto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con ricorso dinanzi al T.A.R. del Lazio la Società Servizi Informatici S.r.l. – operante nel settore dell'installazione, manutenzione e riparazione di elaboratori elettronici ed apparecchiature industriali e scientifiche, della fornitura di programmi di elaborazione dati, della consulenza ed assistenza software – esponeva di essere, quale partner esclusivo di BULL s.a.s., l'unica in possesso del “supporto del produttore” e l'unica, quindi, abilitata ed autorizzata ad erogare i servizi di manutenzione hardware e di supporto software sulle apparecchiature BULL e di aver stipulato con il Ministero della Giustizia, nel marzo 2010, un contratto di mesi 8 (prorogato dapprima fino ad aprile 2011 e, quindi, fino al successivo 31 maggio) per la fornitura del servizio di manutenzione hardware e software di base e di

ambiente del sistema informativo del Casellario giudiziale.

Aggiungeva la stessa ricorrente di aver partecipato alla gara a procedura aperta, ai sensi del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i., per l'affidamento del servizio di manutenzione per l'infrastruttura del sistema informativo del Casellario giudiziale, e di essersi graduata al secondo posto, preceduta dal costituendo r.t.i. formato da Infordata S.p.A. e Nova Systems s.r.l., per cui, a fronte di un'offerta anormalmente bassa presentata dal raggruppamento controinteressato, per i quali la stessa Stazione appaltante per due volte procedeva all'acquisizione dei necessari chiarimenti, ritenuti peraltro esaustivi, insorgeva avverso il provvedimento 8 aprile 2011 n. 14940, di aggiudicazione definitiva dell'appalto, il bando di gara, il disciplinare ed il capitolato tecnico, deducendo i seguenti vizi:

1) Violazione dei principi di buona andamento ed economicità dell'azione amministrativa. Illogicità manifesta. Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere per errore nei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, errata valutazione dell'offerta dell'aggiudicatario:

nel rilevare come la lex specialis di gara indicasse in BULL s.a.s. il produttore delle apparecchiature oggetto di gara, escludeva parte ricorrente che il raggruppamento aggiudicatario (che non ha un contratto con la stessa BULL) avesse i requisiti e le capacità tecnico-organizzative per erogare i servizi richiesti dal Ministero della Giustizia, ovvero potesse vendere o fornire ampliamenti hardware e software ai clienti che hanno installato i server BULL, in ragione dell'accordo di distribuzione intercorrente fra BULL e la ricorrente e dell'accordo tra la stessa BULL e IBM USA.

In vista delle modalità inerenti al servizio di supporto sul software di base AIX per server BULL e IBM (articolato su tre livelli), escludeva la ricorrente che altre aziende potessero erogare supporto software nei confronti di clientela con parco installato BULL (sottolineando di essere l'unica in Italia a poter fornire e vendere nuove releases di software a clienti che abbiano acquistato il software AIX da BULL).

Nel ribadire il carattere di indispensabilità del requisito della presenza di un rapporto contrattualizzato con il produttore, sosteneva parte ricorrente che l'offerta del raggruppamento risultato aggiudicatario non avrebbe dovuto essere ammessa.

Soggiungeva – quanto all'esame dell'offerta del controinteressato r.t.i. – che non sarebbero stati dichiarati ed evidenziati i costi del supporto di livello 2 e 3, nonché delle subscriptions (nuove versioni di hardware); né sarebbe comprensibile l'indicazione dei costi di supporto del software di gestione, in difetto di alcun rapporto contrattuale con il produttore.

La più elevata offerta economica presentata dalla ricorrente si giustificerebbe, invece, proprio in ragione dei costi da quest'ultima sostenuti nei confronti del produttore BULL.

2) Violazione dei principi di buon andamento e di economicità dell'azione amministrativa. Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere per errata valutazione dei requisiti di partecipazione alla gara.

Sosteneva poi parte ricorrente l'illegittimità della lex specialis di gara (bando, disciplinare, capitolato tecnico), nella parte in cui non era stato in essi richiesto ai concorrenti il possesso di un rapporto contrattualizzato con il produttore BULL.

L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, eccepiva preliminarmente l'irricevibilità del gravame a causa della tardiva impugnazione del bando di gara e, con riferimento al merito delle esposte doglianze, analiticamente confutava la fondatezza dei relativi rilievi, chiedendo la reiezione dell'impugnativa.

Si costituiva in giudizio Infordata S.p.A., anche in qualità di mandataria del r.t.i. costituito con Nova Systems Roma s.r.l., la quale analiticamente controdeduceva in ordine alle argomentazioni contenute nell'atto introduttivo del giudizio, chiedendo la declaratoria di irricevibilità del gravame per tardiva impugnazione del bando, ovvero, subordinatamente, la reiezione del ricorso in quanto infondato.

Con sentenza n. 6163 del 6 luglio 2012 il T.A.R. Lazio, premesso che la fondatezza dell'eccezione di irricevibilità del gravame – sollevata sia dalla difesa erariale che dalla controinteressata Infordata – preclude l'esame nel merito delle censure dedotte, rigettava il ricorso e condannava la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio.

Avverso la suddetta sentenza propone appello la società Servizi Informatici S.r.l., deducendone l'erroneità e l'ingiustizia e chiedendone l'integrale riforma, sia sotto il profilo dell'erronea declaratoria di tardività del ricorso, che sotto il profilo dell'omesso esame dei meriti delle censure di merito articolate nel ricorso, vuoi delle istanze istruttorie (CTU) e della domanda risarcitoria ivi spiegata.

Si è costituito il Ministero della Giustizia, chiedendo il rigetto dell'appello per infondatezza nel merito dei motivi di impugnazione.

Il RTI Infordata-Nova System, invece, non si è costituita nella presente fase di gravame.

In vista dell'udienza di discussione l'appellante ha depositato una memoria di replica.

Alla pubblica udienza del 10 dicembre 2013 la causa è stata spedita in decisione.

## DIRITTO

Il giudice di prime cure, dopo aver premesso che parte ricorrente - odierna appellante - si duole che il bando di gara abbia consentito la partecipazione alla procedura selettiva anche di soggetti non in possesso di rapporti contrattualizzati con il produttore dell'hardware, e dopo aver richiamato i principi affermati dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio n. 1 del 2003 – che, com'è noto, ha puntualizzato le fattispecie in cui si configura l'onere di immediata impugnazione del bando di gara - ha ritenuto di poter ravvisare un'ulteriore ipotesi di ampliamento delle fattispecie nelle quali l'immediata impugnazione del bando viene a costituire, in capo alla parte che dalle relative previsioni afferma di essere vulnerata, un onere immediatamente operante, anche nel caso - sottoposto all'esame - in cui le stesse prescrizioni di *lex specialis* “inducano una alterazione del confronto competitivo, determinando ex ante uno sbilanciamento di posizioni nell'ambito della platea degli aspiranti all'aggiudicazione, suscettibile di “deviare” il retto percorso della funzione decisoria in ordine all'offerta “migliore” ”.

Nella specie, secondo i primi giudici, tale contenuto “deceittivo”, sarebbe rinvenibile “nella mancata individuazione, all'atto della declaratoria dei requisiti di partecipazione, della titolarità di un rapporto negoziale con il produttore”, mancanza che avrebbe “finito per avvantaggiare, con un vantaggio competitivo del quale si assume l'illegittimità, altro soggetto: il quale, in quanto non “aggravato” dagli oneri negoziali che la sola Servizi Informatici afferma di dover sostenere ...ha potuto presentare un'offerta estremamente più vantaggiosa sotto il profilo economico, conseguendo l'aggiudicazione in ragione del maggiore punteggio ottenuto per la voce di che trattasi”.

In altri termini, secondo il T.A.R., “l'illegittimità della *lex specialis* di gara, in ragione della lamentata omissione specificativa in ordine ai requisiti tecnici di partecipazione alla gara, avrebbe in nuce determinato una asimmetria competitiva fra categorie di soggetti – in possesso, o meno, del contratto di supporto software con il produttore BULL – inevitabilmente destinata a riflettersi sull'apprezzabilità dell'offerta, segnatamente sotto il profilo economico”.

Nel caso di specie, sottolinea il tribunale, “la ricorrente non ha direttamente contesta(to) la scelta dell'Amministrazione di procedere ad affidare l'appalto mediante la procedura di gara, quanto piuttosto la mancata previsione, nel bando di gara, di un requisito di partecipazione che, peraltro, in quanto posseduto dalla sola ricorrente, avrebbe determinato – ove previsto – l'impossibilità di ammettere al confronto competitivo – ed, a maggior ragione, di aggiudicare - ad altra impresa”, ciò che equivarrebbe, *quoad effectum*, “ad una sostanziale contestazione della scelta dell'amministrazione di procedere all'affidamento mediante la procedura di gara e, non piuttosto, ad un affidamento mediante procedura negoziata con l'attuale ricorrente, in quanto titolare, in condizioni

di esclusiva sul territorio nazionale, di un rapporto convenzionale con il produttore BULL, in quanto tale incompatibile con l'affidamento del contratto di manutenzione a favore di altro soggetto privo di tale requisito”.

Tale statuizione della sentenza impugnata, come fondatamente sostenuto dall'appellante non è condivisa dal Collegio.

Anzitutto, l'orientamento interpretativo di cui alla citata decisione dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 2003 ha affermato che l'onere di impugnazione della *lex specialis*, per l'esigenza che venga ad emersione una lesione immediata, diretta ed attuale e non solo potenziale per effetto del contenuto dell'atto, assume giuridica consistenza solo allorquando il bando contenga clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione; di conseguenza, le clausole del bando o della lettera di invito che onerano l'interessato ad una immediata impugnazione, sono rappresentate (esclusivamente) da quelle che prescrivono requisiti di ammissione o di partecipazione alla gara, in riferimento sia a requisiti soggettivi che a situazioni di fatto, la carenza dei quali determina immediatamente l'effetto escludente; configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta (cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 4 marzo 2011 n. 1380 e 21 febbraio 2011 n. 1071 e sez. VI, 24 febbraio 2011 n. 1166).

L'onere di immediata impugnazione del bando di gara sorge, quindi, in relazione alle clausole:

- concernenti i requisiti soggettivi di partecipazione dei soggetti interessati, che risultino esattamente e storicamente identificate, che siano preesistenti alla gara e non siano suscettibili di poter essere condizionate dal suo stesso svolgimento
- che impongano oneri incomprensibili o manifestamente sproporzionati, come tali immediatamente ostativi alla partecipazione alla gara
- oppure, ancora, concernenti la previsione di criteri selettivi inapplicabili o di criteri di valutazione incongrui e fonte d'incertezza e di imprevedibili effetti distorsivi sul contenuto dell'offerta (ex plurimis: Cons. Stato, Sez. V, 7 settembre 2001 n. 4679).

Ogni diversa questione riguardante l'illegittimità della procedura di gara può – e deve – essere proposta unitamente agli atti che facciano diretta applicazione delle clausole dimostratesi lesive (provvedimento di esclusione o dell'aggiudicazione del contratto o di altro provvedimento che segni comunque, per l'interessato, un arresto procedimentale), rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato.

Tanto premesso, nel caso di specie, come risulta dalla piana lettura del ricorso di primo grado, oggetto dell'impugnativa era l'aggiudicazione al RTI Infordata – Nova Systems dell'appalto in questione, basata sul rilievo, discendente dagli atti di gara (e segnatamente dal capitolato tecnico e dai chiarimenti forniti in sede di gara dalla stessa amministrazione), che l'aggiudicatario non possedeva i requisiti previsti dal capitolato tecnico e non era pertanto idoneo a svolgere il servizio in questione a causa della mancanza di un rapporto negoziale con Bull che potesse fornirgli la licenza necessaria alla manutenzione dei software in dotazione al Ministero della Giustizia.

Nel primo motivo di ricorso tale censura era ampiamente sviluppata con riferimento proprio alla natura del servizio richiesto. In via subordinata, con il secondo motivo veniva impugnato il bando per la non creduta ipotesi che esso potesse essere interpretato nel senso di consentire la partecipazione alla gara a soggetti non titolari di un rapporto contrattuale con Bull che potesse consentire loro lo svolgimento del servizio: è evidente, dunque, che il ricorso denunciava l'errore della Commissione di non aver escluso il RTI controinteressato in quanto non titolare di licenza Bull.

La lesione della posizione soggettiva fatta valere dalla ricorrente in primo grado, pertanto, è divenuta attuale con l'aggiudicazione al controinteressato dell'appalto in questione.

Del resto, come pure fondatamente esposto dall'appellante, non vi era alcun interesse ad impugnare il bando di gara

prima dell'aggiudicazione, sia perché si trattava di gara europea alla quale avrebbero potuto partecipare imprese non italiane licenziate di Bull, sia perché, dati i chiarimenti forniti dall'amministrazione, non poteva escludersi che gli altri concorrenti avessero concluso nel frattempo accordi di licenza con Bull subordinati al conseguimento dell'appalto.

La ricorrente, dunque, non era titolare di un rapporto incompatibile con la scelta di indire la gara, né ha contestato tale scelta.

Le considerazioni dianzi esposte inducono a ritenere erronea la statuizione del T.A.R. di irricevibilità del gravame, con riferimento alla tardiva sottoposizione al sindacato giurisdizionale delle doglianze rivolte avverso la lex specialis di gara (bando, disciplinare di gara, capitolato tecnico), non potendosi convenire, sul punto, con quanto argomentato dalla difesa erariale in ordine alla irrimediabile compromissione della posizione giuridica della parte ricorrente in conseguenza della mancata previsione nel bando della necessità per i concorrenti di possedere un accordo con il produttore dell'hardware.

L'erroneo accoglimento dell'eccezione di tardività del ricorso non ha consentito ai primi giudici di entrare nel merito delle censure avanzate dalla ricorrente in ordine alla valutazione dell'offerta avanzata dal RTI controinteressato, aggiudicatario della gara.

Ritiene, pertanto, il Collegio necessario, ai fini del decidere, disporre una verifica, con le modalità indicate nella parte dispositiva della presente sentenza, al fine di accertare sulla base della documentazione presente nel fascicolo o fornita dalle parti:

a) se, per espletare in maniera soddisfacente il servizio in questione, occorra necessariamente un previo accordo di distribuzione stipulato con il Gruppo Bull, che preveda l'erogazione di servizi di manutenzione hardware e di supporto software sul parco installato Bull.

In base a quanto sopra esposto, il Collegio dispone l'accoglimento parziale dell'appello, riformando la statuizione della sentenza impugnata relativa alla declaratoria di irricevibilità del ricorso di primo grado per tardiva impugnazione del bando di gara; riservata ogni ulteriore decisione, compresa quella relativa alle spese del giudizio, dispone una verifica.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), parzialmente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti e nei sensi di cui in motivazione; dispone una verifica per gli accertamenti di cui in parte motiva.

Nomina, a tal fine, quale verificatore, il direttore del dipartimento di informatica dell'Università di Roma La Sapienza o altro docente da questi all'uopo delegato, che provvederà agli accertamenti sopra descritti.

Assegna al verificatore un termine di giorni 60 (sessanta), decorrenti dalla comunicazione della presente pronuncia, per l'effettuazione delle operazioni di verifica e per il deposito, presso la segreteria della Sezione, di una apposita relazione sulle operazioni poste in essere e sulle risultanze delle medesime.

Assegna alle parti il termine di giorni venti dalla scadenza del termine per il deposito della relazione per depositare osservazioni scritte alla predetta relazione.

Fissa in Euro 2.500,00 l'anticipo per le spese di verifica, da corrispondere al verificatore ai fini delle relative operazioni, che pone provvisoriamente a carico della parte appellante.

Dispone che copia della presente ordinanza sia comunicata, a cura della Segreteria, oltre che alle parti, al verificatore nominato d'ufficio.

Riservata ogni ulteriore decisione, fissa per il proseguo l'udienza del 10 giugno 2014.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Nicola Russo, Consigliere, Estensore

Diego Sabatino, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozzi, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/02/2014

IL SEGRETARIO

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