

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 18/02/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28948-il-ricorso-alla-procedura-negoziata-senza-bando-di-gara-appare-il-frutto-di-una-scelta-illogica>

Autore: Lazzini Sonia

Il ricorso alla procedura negoziata senza bando di gara, appare il frutto di una scelta illogica

Tar Lazio, Roma, 16.01.2010 n. 286

il ricorso alla procedura negoziata senza bando di gara, appare il frutto di una scelta illogica

Ciò denota chiaramente come Consip non avesse affatto, ex ante, elementi per considerare di immediata evidenza la circostanza che solo l'aggiudicataria potesse renderle il servizio/prestazione in questione. In tale situazione, nulla dunque autorizzava Consip a omettere la gara assistita dalle necessarie garanzie di imparzialità e predeterminazione del prodotto richiesto, nonché dei criteri di valutazione delle relative offerte dei concorrenti

Quanto sopra, in sostanza, contrasta con i basilari principi, regolatori della materia dei pubblici contratti, di trasparenza, par condicio e concorrenzialità, non ricorrendo quindi un'ipotesi di legittima applicazione dell'art. 57 co. 2 lett. b) del D.Lgs. n. 163/2006: i

in definitiva, il ricorso alla procedura negoziata senza bando di gara, appare nel caso in esame il frutto di una scelta illogica, fondata su istruttoria carente e poco trasparente nella fase delle indagini preliminari di mercato, mentre la stessa specificazione delle esigenze dell'Amministrazione e del prodotto ad esse confacente risultano illogicamente individuati a posteriori, con motivazione insufficiente e incongrua, riferita peraltro non alla scelta in se stessa, ex ante, della trattativa privata, ma alla scelta ex post della negoziazione con un particolare soggetto individuato solo all'esito di una complessa e lunga indagine di mercato

In particolare, la giurisprudenza in analoghi casi ha avuto modo di rilevare che quando manchi, come nella specie, un bando di gara in grado di creare aspettative giuridiche in capo a soggetti terzi, la stessa scelta del modulo della trattativa privata da esperirsi con una sola prescelta società si pone alla stregua di un mero atto preparatorio dell'unico provvedimento dotato di effettiva forza lesiva, ovvero della definitiva aggiudicazione, in grado di ledere la sfera di altri soggetti eventualmente interessati all'assegnazione dell'appalto, mentre le eventuali statuizioni che si collocano a monte di essa non sono destinate, di per sé, ad esplicare autonomi effetti se non sia portata a compimento la procedura nella sua interezza. Invero, fino a che il procedimento è in itinere esso può anche non concludersi, mentre la lesione e la definitiva preclusione delle aspettative di eventuali altri operatori del settore è in grado di manifestarsi solo con l'aggiudicazione all'esito del procedimento.

L'atto di affidamento di un appalto a trattativa privata è pacificamente riconosciuto alle imprese operanti in un determinato settore, anche se non abbiano presentato domanda di partecipazione (vedi CdS, V, 10.9.2009, n. 5426): prima dell'aggiudicazione la lesione della ricorrente ancora non si era realizzata, conseguendone nella specie l'ammissibilità e la tempestività della contestazione della procedura azionata, dapprima, con il ricorso introduttivo all'esito della procedura stessa con la relativa aggiudicazione, e poi ritualmente e correttamente specificata e integrata i con motivi aggiunti formulati dopo il deposito degli atti procedimentali e la conoscenza di essi da parte della ricorrente medesima.

La giurisprudenza, anche comunitaria, ha da tempo chiarito che si tratta di una procedura (la stazione appaltante ha aggiudicato il contratto con una procedura negoziata senza bando di gara, ai sensi dell'art. 57, comma 2, lettera b), del D.Lgs. n. 163/2006) che deroga al normale principio di concorrenzialità che domina la materia degli appalti pubblici, e che pertanto i casi in cui essa è legislativamente

consentita sono tassativi e da interpretarsi restrittivamente, con onere dell'Amministrazione di motivare espressamente la sussistenza dei presupposti giustificativi (vedi Corte di Giustizia CE, 8.4.2008, n. 337; I, 2.6.2005, n. 394; II, 13.1.2005, n. 84; I, 14.10.2004, n. 340; II, 14.9.2004, n.385; V, 10.4.2003, n. 20). La motivazione circa la necessità della trattativa con unico imprenditore deve essere rigorosa e non inficiata da vizi logici. Non basta, ad esempio, affermare che un insieme di lavori è complesso e delicato per dimostrare che esso deve necessariamente venire affidato ad un solo imprenditore (Co: Giu. CE n. 385/2004); né basta ai detti fini affermare che i lavori o il servizio o la fornitura abbiano caratteristiche tecniche particolari. Occorre invece dimostrare che un determinato soggetto sia l'unico imprenditore nella Comunità a disporre del "know how" necessario per eseguire la prestazione (Co. Giu. CE n. 394/05). Sulla base di quanto è stato autorevolmente affermato in giurisprudenza (cfr. CdS, IV, n. 2728/2000) deve ritenersi che i presupposti ricorrano soltanto quando si tratti di qualità talmente particolari dell'impresa da farla apparire, sia sotto il profilo delle maestranze altamente specializzate, sia per gli strumenti tecnologici di cui dispone, sia per il prodotto o il servizio offerto, come l'unica in grado di eseguire un'opera o una prestazione dalle caratteristiche tecniche assolutamente particolari, sì che la disposizione citata "trova applicazione in casi del tutto anomali, quali quelli di prestazioni infungibili o rese in posizioni monopolistiche" (vedi decisione citata).

Nella specie l'Amministrazione ha ampiamente motivato, negli atti procedimentali cennati, il ricorso alla procedura negoziata senza bando di gara, ma la motivazione resa non appare convincente.

Anzitutto, invero, come esattamente deduce la ricorrente, l'ipotesi normativa ex art. 57 co. 2 lett. b) del Codice dei Contratti, correttamente e dunque restrittivamente interpretata, può operare solo se è sufficientemente chiaro a priori che ne ricorra il presupposto applicativo, e non invece se occorre una profonda e complessa indagine comparativa e di mercato per giungere a una siffatta conclusione. La logica insita nella norma, che eccezionalmente deroga al principio della gara, è quella di non imporre una gara, appunto, il cui esito sia pressoché scontato a priori perché solo un operatore è in grado di assicurare la prestazione richiesta.

In casi del genere, insomma, l'unicità del fornitore dev'essere certa prima di addivenire a trattativa privata, e la "indagine di mercato" può avere il solo scopo di acquisire la certezza di tale unicità o di escluderla. Nel caso, invece, come il Collegio ritiene sia stato quello di specie, di fornitore unico individuato mediante caratteristiche dell'oggetto palesate a posteriori, dopo un'indagine di mercato, come conformi alle necessità dell'amministrazione, la trattativa privata non è consentita, perché altrimenti l'obbligo delle gare sarebbe vanificato, e la postuma dichiarazione delle proprie esigenze da parte dell'Amministrazione si presterebbe a giustificare qualsiasi scelta effettuata, appunto, senza gara (CdS, V, 7.11.2007, n. 5766). Invero, se occorre -con tempi oltretutto, come nella specie, ampiamente eccedenti quelli ordinariamente occorrenti per lo svolgimento di una gara pubblica- un gravoso e profondo procedimento comparativo circa le caratteristiche di diversi prodotti, in funzione del soddisfacimento delle esigenze dell'Amministrazione, allora la pubblica gara costituisce la sede naturale di tali valutazioni. Anche perché, valutazioni comparative tra imprese che non conducano a risultati di immediata evidenza devono avvenire in un quadro di pubblicità, predeterminazione di criteri, imparzialità, concorrenzialità.

A tal proposito, va considerato che dagli atti di causa risulta come l'inquadramento delle tematiche di rilievo e le corrispondenti decisioni tecniche di Consip sono maturate in corso di procedura (al riguardo la ricorrente rimarca punti significativi, come quello della scelta tra una "piattaforma" e una "applicazione", tra un maggiore outsourcing o insourcing, o come lo stesso tema della cessione del cd. "codice sorgente").

In effetti, dagli atti stessi di avvio dell'indagine di mercato, non risultava affatto quali fossero il prodotto e i servizi specifici richiesti da Consip, e sono state quindi richieste alle imprese informazioni circa la propria offerta in via del tutto astratta, sul piano tecnico e commerciale, senza riferimento alle particolari esigenze di Consip, di modo che Ricorrente (ma anche, presumibilmente, gli altri operatori interpellati) non sono stati neppure posti in condizione di formulare una pre-ipotesi di offerta sulla base di indicazioni concrete di esigenze e/o preferenze da parte di Consip, la quale, a quanto risulta almeno

dagli atti depositati in giudizio, ha maturato e rivelato tali esigenze solo all'esito dell'indagine di mercato e della sperimentazione condotte. La motivazione, in sostanza, è stata formulata non ai fini della scelta del tipo di procedura, ma, all'esito dell'istruttoria tra le imprese interpellate, per dar conto della preferenza accordata ad una di esse (cfr. per l'illegittimità della trattativa, in casi del genere, CdS, V, n. 6797 del 31.12.2007).

Merita di essere segnalata la sentenza numero 286 del 16 gennaio 2010 emessa dal Tar Lazio, Roma ed in particolare il seguente passaggio

Sotto altro profilo, la norma suddetta appare violata perché a ben vedere, dall'istruttoria tecnica condotta da Consip, il servizio-prodotto offerto da controinteressata veniva ritenuto "preferibile", "più idoneo", ma non assolutamente, effettivamente e oggettivamente "unico", come richiesto dalla norma di cui si è fatta applicazione. La pretesa unicità è emersa in effetti solo all'esito dell'istruttoria ed essa appare in realtà apoditticamente enunciata, mentre significative, in senso contrario, appaiono le risultanze del parere Cnipa (che riassume e riporta, in sostanza, gli esiti dell'istruttoria Consip) in cui si legge che il ricorso alla negoziazione diretta sarebbe giustificato dalle seguenti ragioni:

- a) "le esigenze della Consip possono essere soddisfatte preferibilmente da una soluzione applicativa piuttosto che da una piattaforma..."; dunque "preferibilmente", non "esclusivamente";
- b) "le caratteristiche ...della soluzione applicativa esaminata consentono di avere un prodotto specifico rispondente alle esigenze.....e allo stesso tempo un prodotto flessibile"; dunque non un prodotto unico e assolutamente infungibile;
- c) "la soddisfazione delle esigenze evidenziate è perseguibile con maggiore efficacia attraverso il trasferimento della proprietà del codice sorgente della soluzione applicativa"; quindi anche il trasferimento del codice sorgente rappresenta solo un ritenuto elemento di maggiore efficacia, non invece di unicità e infungibilità; il che rende irrilevante il fatto che dalle indagini di mercato svolte non risultassero altri operatori disponibili alla vendita del codice sorgente. A questo proposito, peraltro, non può non sottolinearsi come negli atti di interpello delle imprese in sede di

indagine di mercato, non era stata chiaramente e d espressamente chiesta la disponibilità alla vendita del codice sorgente in rapporto a specifiche esigenze in proposito rappresentate di Consip. Quest'ultima invece, senza indicazioni circa il senso che avrebbe attribuito alle risposte delle imprese e circa le conseguenze che ne avrebbe tratto, ha formulato, come lamenta la ricorrente, generiche ed astratte domande , tra cui quella volta ad ottenere la descrizione dell'attuale offerta commerciale, nonché a sapere se fossero previste variazioni della politica commerciale nel breve e nel medio periodo.

In presenza di tali generiche domande la descrizione, come da parte di Ricorrente, della propria offerta commerciale standard (senza riferimenti alla cessione del codice sorgente, di principio non contemplata) non è significativa ai fini pretesi dalla P.A., come sarebbe stato se fosse stato chiaramente chiesto se, a fronte di una gara per un contratto come quello di cui trattasi, l'impresa interpellata sarebbe stata disposta a prevedere anche la cessione del codice sorgente. E Ricorrente, non a caso, appreso da Consip il negativo rilievo attribuito alla non disponibilità alla cessione predetta, ha precisato e rimarcato, sia in sede procedimentale che giurisdizionale, che tale mancanza di disponibilità, da parte sua, in realtà non sussiste affatto. Sostanzialmente, l'aver dunque Consip dedotto tale non disponibilità da risposte a domande generiche, rivela difetto ed erroneità di istruttoria, oltre che illogicità, come esattamente dedotto dall'istante;

d)"la soluzione applicativa prescelta è pienamente conforme alla normativa in materia di accessibilità, a differenza delle altre soluzioni". Queste, peraltro (rimarca correttamente la ricorrente) sono solo quelle di Ariba e di Oracle. Inoltre, l'ostacolo alla piena conformità non appare insuperabile, essendo semplicemente questione di costi, tempi e investimenti (dove la non unicità assoluta del prodotto "pienamente conforme"). Ciò senza considerare poi che la piena conformità, come fa notare la ricorrente, non sussiste nemmeno per la soluzione prescelta (a pag 14

del doc. 5 depositato dalla P.A. si evidenzia soltanto, invero, per il prodotto della controinteressata, un minor grado di non conformità rispetto ai prodotti Ariba e Oracle) e ciò comunque non esclude che una piena conformità vi possa essere per i prodotti di altre imprese, come Ricorrente, non sottoposte a sperimentazione; e)”...l’acquisizione....consente vantaggi tanto immediatiquanto differiti...; la proprietà del codice sorgente rende possibile il riuso..”; considerazioni queste che ancora una volta nulla dicono circa l’unicità – infungibilità effettiva del prodotto individuato.

Del tutto apodittica, quindi, alla stregua di quanto sopra, si rivela perciò l’affermazione, inserita nel medesimo contesto, per cui “..le indagini di mercato hanno permesso di acquisire la ragionevole certezza dell’unicità del prodotto Pleiade e della sua piena rispondenza alle esigenze Consip”; senza considerare che l’unicità del prodotto, peraltro emersa a posteriori sulla base di una sommaria ed astratta indagine di mercato, è cosa diversa dall’infungibilità, e che l’idoneità a soddisfare le esigenze della P.A. non è escluso che possa sussistere anche per altri prodotti.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 286 del 16 gennaio 2010, emessa dal Tar Lazio, Roma

N. 00286/2010 REG.SEN.

N. 10113/2008 REG.RIC.



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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso, integrato da motivi aggiunti, numero di registro generale 10113 del 2008, proposto da:

Soc Ricorrente Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Luigi Cocchi e Mario Sanino, e presso quest'ultimo elettivamente domiciliata, in Roma, v.le Parioli, 180;

contro

-Soc Consip Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Guarino, con domicilio eletto presso lo stesso, in Roma, p.zza Borghese, 3;

-Cnipa - Centro Nazionale per l'Informatica nella pubblica amministrazione, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato;

-Presidenza del Consiglio dei ministri, in persona del Presidente p.t.;rappresentata e difesa dall'Avvocatura dello Stato;

nei confronti di

Soc controinteressata Spa, n.c.;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

DEGLI ATTI DI AGGIUDICAZIONE A controinteressata DEL CONTRATTO/ACCORDO RELATIVO AI SERVIZI TELEMATICI PER GLI ACQUISTI DELLA P.A.;

nonché di ogni ulteriore atto presupposto, preparatorio, connesso e conseguente, ivi compresi gli atti della procedura di selezione informale di mercato svolta;

e di tutti i documenti (gravati con motivi aggiunti) depositati in giudizio da Consip a corredo della propria memoria difensiva;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soc Consip Spa, di Cnipa e della PCM;

Viste le memorie difensive delle parti costituite;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore designato, per l'udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2009, il dott. Domenico Lundini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale dell'udienza suddetta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Prospetta, Ricorrente spa, nel ricorso in epigrafe, di essere impresa leader nello sviluppo, nell'applicazione e nella commercializzazione di soluzioni informatiche per gli acquisti mediante procedure di gara delle pubbliche amministrazioni e nel settore privato, di vantare numerosi e importanti clienti in Italia e in Europa (tra i quali il Governo del Regno Unito, con un diritto di esclusiva per quattro anni) e di essere primario operatore del settore.

Soggiunge di essere stata chiamata a partecipare, da Consip SpA, con invito in data 7.11.2006, a una atipica procedura, che inizialmente aveva ritenuto dover essere utilizzata per l'individuazione di una soluzione tecnologica informatica da porre a base di un successivo pubblico appalto di forniture o servizi. Più precisamente, si trattava dello sviluppo di una strategia di rinnovo della gara per l'affidamento della gestione del sistema informativo a supporto del programma di razionalizzazione della spesa della pubblica amministrazione, dei servizi di monitoraggio, manutenzione, sviluppo, manutenzione del software personalizzato, assistenza per l'esercizio, dei servizi professionali, dei servizi di contact center e della

realizzazione di un sistema di customer relationship management, già aggiudicata ad un'impresa con contratto in scadenza nell'agosto 2008 (così l'invito a pag. 5/11).

Dall'invito, prosegue l'istante, si desumeva che Consip, viste le recenti modifiche normative inerenti al regime dei contratti delle p.a., con particolare riguardo alle previsioni legate all'uso dell'informatica nelle procedure di aggiudicazione, e vista altresì la continua evoluzione tecnologica del settore, intendesse «effettuare una indagine di mercato dell'offerta quale ricognizione dell'offering dei diversi produttori di tecnologia in termini di caratteristiche dei prodotti offerti, servizi connessi, prezzo e variabili di pricing».

Precisa ancora la ricorrente che l'iniziativa non è stata preceduta da alcun bando, né dalla predeterminazione di requisiti partecipativi, specifiche tecniche, criteri di aggiudicazione, essendo state semplicemente richieste informazioni varie sulle caratteristiche dell'impresa (modello di business, specializzazione, fatturato, prodotti, clientela, ecc.), tra cui, ma del tutto in astratto, anche indicazioni circa la strutturazione dell'offerta economica (senza riferimento, peraltro, ad alcun contratto o oggetto specifico, né a specifiche esigenze di Consip) ed altri dati relativi a prezzi praticati e servizi resi.

2. Forniti i dati e le informazioni richiesti, Ricorrente, come la stessa assume, non ha più saputo nulla per lungo tempo, fino a che, a seguito di richiesta di informazioni, ha ricevuto una nota Consip 25.1.2008, da cui è emerso essere stata preferita una soluzione diversa, sulla base di criteri sommariamente, genericamente ed ex post esplicitati.

Ha quindi, prima, adito l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici con una richiesta di parere (peraltro mai reso a causa della proposizione del ricorso in epigrafe) ex art. 6 del D.Lgs. n. 163/2006, e poi, avendo appreso dell'affidamento del servizio alla controinteressata controinteressata, ha impugnato dinanzi a questo

TAR l'aggiudicazione e gli atti della procedura, contestandoli inizialmente sulla base dei seguenti motivi:

-Violazione degli artt. 38 ss., 54, 58, 83, 103, 105 (e all'occorrenza 124) del D.Lgs. n. 163/2006, dell'art. 1 del D.Lgs. n. 6/2007 e dell'art. 1 del D.Lgs. n. 113/2007, nonché dei principi generali desumibili anche dall'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006 in tema di pubblicità, trasparenza, non discriminazione e concorrenza nell'ambito delle gare per l'affidamento dei pubblici appalti.

Eccesso di potere per disparità di trattamento, travisamento dei fatti e difetto di istruttoria.

Violazione dell'art. 3 della L. n. 241/900 e difetto di motivazione.

-Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, difetto del presupposto, disparità di trattamento. Violazione dell'art. 3 L. n. 241/1990 e difetto di motivazione.

-Violazione dell'art. 57 del D.Lgs. n. 163/2006. Violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990 e difetto di motivazione.

3.Successivamente, a seguito del deposito, da parte dell'Amministrazione, a corredo di memoria difensiva, in data 24.11.2008, di atti e documenti della procedura, la ricorrente ha formulato e notificato motivi aggiunti (depositati il 30.12.2008), articolando 5 ulteriori mezzi di impugnativa, come segue rubricati:

a)Violazione dell'art. 57 del D.Lgs. n. 163/2006. Violazione dei principi di imparzialità, par condicio, libera prestazione dei servizi, concorrenzialità nell'affidamento dei contratti pubblici e predeterminazione, in modo noto e conoscibile per gli interessati, dei criteri di selezione delle offerte e di aggiudicazione.

b)Eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto del presupposto, travisamento dei fatti, illogicità, irragionevolezza. Violazione del principio di proporzionalità. Violazione sotto altro profilo dell'art. 57.2 lett. b) del d.lgs. n. 163/2006.

c)Violazione dell'art. 97 Cost. e dei principi di imparzialità e buon andamento. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione dell'art. 3 L. n. 241/1990.

d)Eccesso di potere per contraddittorietà. Violazione dell'art. 3 L. n. 241/1990 e difetto di motivazione.

e)Difetto di istruttoria. Violazione dell'art. 3 L. n. 241/90 e difetto di motivazione. Ha anche chiesto il risarcimento dei danni.

L'Amministrazione, costituita in giudizio, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso, controdeducendo comunque ex adverso, con apposite ed ampie memorie difensive.

L'istante a sua volta, con ulteriori scritti difensivi, depositati il 2.1.2009 e il 4.12.2009, ha insistito nelle censure mosse, chiedendo l'annullamento degli atti impugnati, ed in particolare di quelli che hanno comportato l'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata e di quelli che hanno giudicato non adeguati la ricorrente e i suoi prodotti estromettondendola dalla procedura, ma anche di quelli di impostazione generale della procedura stessa, in difformità dalle garantistiche norme comunitarie e nazionali corrispondenti.

4.Posto quanto sopra, il Collegio deve farsi anzitutto carico delle questioni di irricevibilità e inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti, con riferimento sia alle relative eccezioni dell'Amministrazione, sia a profili rilevabili d'ufficio.

Al riguardo va precisato che Consip ha sostanzialmente intrapreso, come poi è emerso a posteriori, ai fini dell'individuazione dell'aggiudicatario del sistema di e-Procurement per gli acquisti della pubblica amministrazione, una procedura negoziata previa indagine di mercato. La ricorrente ha partecipato a tale indagine ma all'esito di essa è stata esclusa dall'ulteriore corso procedimentale, come da note Consip n. 1350 del 25.1.2008 e n. 6498 del 16.4.2008, essendole stato con esse comunicato che l'offerta Ricorrente evidenzierebbe "una minore corrispondenza

alle esigenze della componente “Mercato Elettronico” e che “le esperienze di supporto” della ricorrente stessa “alle implementazione di progetti di e-procurement” sarebbero maturate “prevalentemente nell’ottica della fornitura di servizio in modalità ASP” (mentre “il modello di acquisizione e gestione dei servizi tecnologici di e-procurement del Programma di Razionalizzazione della spesa della P.A. vede ad oggi la proprietà e titolarità delle infrastrutture hardware e software da parte del MEF e l’acquisizione di servizi di gestione e manutenzione”).

Ha fatto anche sapere, Consip, che l’attività di sperimentazione delle tecnologie disponibili (cui Ricorrente non è stata ammessa) iniziata ad aprile 2007 si era conclusa a ottobre 2007 e che era stata individuata all’esito della procedura una soluzione da sottoporsi peraltro “al parere di congruità tecnico-economica del CNIPA”.

Dalle note predette, risultava dunque ben chiaro che la ricorrente era stata esclusa dopo l’indagine di mercato; che essa pertanto non era stata ammessa a partecipare alla fase sperimentativa di benchmark (cui erano state in effetti chiamate a partecipare tre diverse imprese tra cui l’aggiudicataria); che era stata infine individuata una soluzione (ovvero prescelta un’impresa); che l’aggiudicazione peraltro ancora non vi era stata, essendo necessario il parere del CNIPA sulla soluzione suddetta.

In sostanza, le note sopra citate del 25.1.2008 e del 16.4.2008 erano immediatamente lesive per la ricorrente, determinando in quest’ultima la conoscenza sicura dell’avvenuta estromissione dalla procedura, ed esse pertanto, sotto questo limitato profilo, dovevano essere subito impugnate, nei prescritti termini decadenziali di 60 gg dalla conoscenza stessa. Invece, il ricorso in esame è stato proposto soltanto il 29.10.2008, ben oltre i termini consentiti, che la ricorrente ha lasciato infatti inesorabilmente decorrere (dopo aver proposto sulla questione istanza di parere all’AVLP sin dal 20.5.2008).

Né la pendenza del procedimento di aggiudicazione poteva giustificare le attese dell'istante, dato che la esclusione di quest'ultima, come chiaramente emergeva dalle ripetute note, era definitiva e irretrattabile, mentre il parere del CNIPA riguardava l'aggiudicazione, appunto, ovvero la scelta dell'impresa tra le tre sottoposte a sperimentazione, ovvero ancora, come sarà appresso meglio chiarito, la scelta del tipo di procedura selettiva, ma esso non poteva comunque condurre a determinazioni tali da rimettere in gioco la ricorrente nell'ambito di una procedura negoziata ormai portata avanti e dalla quale l'istante era stata decisamente tagliata fuori.

Il ricorso in parte qua è dunque inammissibile. Né potrebbe accordarsi, ai fini dell'impugnativa specifica, la rimessione in termini per errore scusabile, con valorizzazione a detti fini della mancata indicazione, nei ripetuti atti comunicati alla destinataria, del termine per il ricorso e dell'autorità cui era possibile ricorrere. Infatti, dato il chiaro tenore e l'evidente portata lesiva degli atti stessi, nella specie non risultava comunque ragionevolmente apprezzabile una qualche giustificata incertezza sugli strumenti e le modalità di tutela utilizzabili da parte del destinatario dei ripetuti atti, la cui mancata impugnazione nei termini di legge non appare quindi scusabile.

5. Diverse considerazioni debbono essere svolte, in punto di ammissibilità, per quella parte dell'impugnazione e relativi motivi di censura che si riferiscono non già all'estromissione dell'istante dalla procedura negoziata, ma, ben più radicalmente, al tipo di procedura stessa, ovvero alla scelta, da parte dell'Amministrazione, in luogo delle procedure concorrenziali e garantistiche previste e disciplinate dalla normativa nazionale e comunitaria (con previa pubblicazione di un bando di gara e chiara fissazione e predeterminazione di requisiti di partecipazione, specifiche tecniche, criteri di aggiudicazione), di un

procedimento derogatorio consistente in una forma di trattativa privata non preceduta da bando di gara.

Con le doglianze che si appuntano avverso tale derogatoria procedura, l'istante denuncia l'illegittimità in radice delle opzioni dell'Amministrazione, facendo valere il proprio interesse strumentale a rimettere in discussione le scelte stesse, ai fini del proprio possibile coinvolgimento partecipativo in sede di riedizione degli atti secondo procedure aperte e concorrenziali.

Ebbene, mentre l'interesse della ricorrente a partecipare con profitto al prosieguo della procedura concretamente attuata dalla P.A. si è definitivamente consumato con la scadenza dei termini per l'impugnazione dell'esclusione, l'interesse, in qualità quanto meno di operatore del settore, a contestare la scelta del modulo della trattativa privata (in luogo di quello concorsuale) è insorto e poteva essere fatto valere solo al momento dell'aggiudicazione.

Sotto tale secondo profilo, è quest'ultima invero la determinazione lesiva che si pone quale atto conclusivo della procedura di cui si tratta e che, pertanto, avrebbe dovuto costituire - come ha costituito - oggetto di impugnativa nei prescritti termini decadenziali. Altre determinazioni, invece (peraltro all'epoca non conosciute dall'istante), relative alla trattativa privata e che si collocavano a monte dell'aggiudicazione, costituendone meri atti prodromici, non immediatamente lesivi della sfera dell'interessata, non potevano costituire oggetto di immediata impugnativa, stante il difetto di ogni interesse attuale e concreto in tal senso se prima non fosse intervenuto l'atto conclusivo della procedura stessa. In particolare, la giurisprudenza (vedi CdS, V, 10.5.1999, n. 546) in analoghi casi ha avuto modo di rilevare che quando manchi, come nella specie, un bando di gara in grado di creare aspettative giuridiche in capo a soggetti terzi, la stessa scelta del modulo della trattativa privata da esperirsi con una sola prescelta società si pone alla stregua di un mero atto preparatorio dell'unico provvedimento dotato di effettiva

forza lesiva, ovvero della definitiva aggiudicazione, in grado di ledere la sfera di altri soggetti eventualmente interessati all'assegnazione dell'appalto, mentre le eventuali statuizioni che si collocano a monte di essa non sono destinate, di per sé, ad esplicare autonomi effetti se non sia portata a compimento la procedura nella sua interezza. Invero, fino a che il procedimento è in itinere esso può anche non concludersi, mentre la lesione e la definitiva preclusione delle aspettative di eventuali altri operatori del settore è in grado di manifestarsi solo con l'aggiudicazione all'esito del procedimento.

Né può ritenersi nella specie ostativo al riconoscimento dell'ammissibilità dell'impugnativa del prescelto modulo procedimentale, il consolidamento dell'esclusione da esso, poiché se l'interesse a contestare l'atto di affidamento di un appalto a trattativa privata è pacificamente riconosciuto alle imprese operanti in un determinato settore, anche se non abbiano presentato domanda di partecipazione (vedi CdS, V, 10.9.2009, n. 5426), a maggior ragione va riconosciuta la legittimazione a Ricorrente che nel procedimento stesso in qualche modo è stata pure coinvolta. Né osta all'ammissibilità suddetta il giudizio espresso dalla P.A. sul prodotto di Ricorrente, che ben potrebbe essere diverso, invero, all'esito di una normale gara di appalto con predeterminazione di requisiti, esigenze, specifiche tecniche e prestazionali.

L'ammissibilità del ricorso si appalesa poi sotto un ulteriore fondamentale aspetto, se si tiene conto che con i provvedimenti del 25.1.2008 e del 16.4.2008 era stato comunicato alla ricorrente che il procedimento non era ancora concluso, dovendo essere acquisito sulla soluzione prescelta, il parere di congruità tecnico economica del CNIPA.

La lesione, dunque, derivante dall'assegnazione del servizio con il modulo della procedura negoziata senza bando di gara, per la ricorrente non era ancora sussistente prima dell'intervento del parere suddetto, tenuto conto che:

A)il CNIPA ben poteva, in ipotesi, ritenere completamente inadeguata sotto l'aspetto propriamente tecnico o sotto quello economico, o sotto entrambi i profili, l'offerta controinteressata e quella delle altre due imprese ammesse a sperimentazione, e indurre quindi CONSIP a non assegnare affatto il contratto a conclusione della specifica procedura intrapresa;

B)il CNIPA ben poteva, inoltre, nell'ambito delle sue valutazioni, ritenere inadeguate le modalità di scelta del contraente, ovvero lo stesso ricorso, per l'appalto di cui trattasi, al modulo della procedura negoziata senza bando di gara, e indurre quindi Consip, con un suo eventuale parere negativo, a desistere dall'ulteriore corso della procedura secondo le dette modalità. Invero, il parere obbligatorio di congruità tecnico-economica reso dal CNIPA ai sensi dell'art. 8 del decreto legislativo 12 febbraio 1993, n. 39, si estende, per regolamentazione espressa dello stesso CNIPA (cfr., in proposito, le relative determinazioni generali e di indirizzo e in particolare la circolare n. 47 del 4 luglio 2005: paragrafo 4, Sez. A, punto 6; Sez. B punto 13; paragrafo 7), al controllo delle stesse modalità di scelta del contraente, dovendo tra l'altro la stazione appaltante espressamente relazionare in proposito all'organo consultivo, dando conto della coerenza di tali modalità con le norme - comunitarie e nazionali - e, in caso di trattativa privata, indicando la specifica previsione normativa legittimante il ricorso alla trattativa stessa ed esplicitando le circostanze tecniche e fattuali integranti i presupposti richiesti dalla previsione medesima. D'altra parte, la competenza del CNIPA in materia di congruità giuridico amministrativa delle procedure risulta per tabulas dagli stessi artt. 12, comma 2 lettera a), nonché 15 comma 1, del D.Lgs. n. 39/1993.

Pertanto, prima dell'aggiudicazione, assunta previa acquisizione del necessario parere del CNIPA, la lesione della ricorrente ancora non si era realizzata, conseguendone nella specie l'ammissibilità e la tempestività della contestazione

della procedura azionata, dapprima, con il ricorso introduttivo all'esito della procedura stessa con la relativa aggiudicazione, e poi ritualmente e correttamente specificata e integrata i con motivi aggiunti formulati dopo il deposito degli atti procedurali e la conoscenza di essi da parte della ricorrente medesima.

6. Passando al merito, il ricorso deve essere accolto, alla stregua delle seguenti considerazioni.

L'Amministrazione, come risulta dagli atti depositati in giudizio il 24.11.2008 (tra cui, in particolare, le relazioni CONSIP 20.2.2008, il parere CNIPA 26.6.2008, le determinazioni CONSIP del 3 e dell'11.7.2008), ha aggiudicato il contratto con una procedura negoziata senza bando di gara, ai sensi dell'art. 57, comma 2, lettera b), del D.Lgs. n. 163/2006. Questa norma consente di non esperire la pubblica gara "qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato".

La giurisprudenza, anche comunitaria, ha da tempo chiarito che si tratta di una procedura che deroga al normale principio di concorrenzialità che domina la materia degli appalti pubblici, e che pertanto i casi in cui essa è legislativamente consentita sono tassativi e da interpretarsi restrittivamente, con onere dell'Amministrazione di motivare espressamente la sussistenza dei presupposti giustificativi (vedi Corte di Giustizia CE, 8.4.2008, n. 337; I, 2.6.2005, n. 394; II, 13.1.2005, n. 84; I, 14.10.2004, n. 340; II, 14.9.2004, n.385; V, 10.4.2003, n. 20).

La motivazione circa la necessità della trattativa con unico imprenditore deve essere rigorosa e non inficiata da vizi logici. Non basta, ad esempio, affermare che un insieme di lavori è complesso e delicato per dimostrare che esso deve necessariamente venire affidato ad un solo imprenditore (Co: Giu. CE n. 385/2004); né basta ai detti fini affermare che i lavori o il servizio o la fornitura abbiano caratteristiche tecniche particolari. Occorre invece dimostrare che un

determinato soggetto sia l'unico imprenditore nella Comunità a disporre del "know how" necessario per eseguire la prestazione (Co. Giu. CE n. 394/05). Sulla base di quanto è stato autorevolmente affermato in giurisprudenza (cfr. CdS, IV, n. 2728/2000) deve ritenersi che i presupposti ricorrano soltanto quando si tratti di qualità talmente particolari dell'impresa da farla apparire, sia sotto il profilo delle maestranze altamente specializzate, sia per gli strumenti tecnologici di cui dispone, sia per il prodotto o il servizio offerto, come l'unica in grado di eseguire un'opera o una prestazione dalle caratteristiche tecniche assolutamente particolari, sì che la disposizione citata "trova applicazione in casi del tutto anomali, quali quelli di prestazioni infungibili o rese in posizioni monopolistiche" (vedi decisione citata).

Nella specie l'Amministrazione ha ampiamente motivato, negli atti procedimentali cennati, il ricorso alla procedura negoziata senza bando di gara, ma la motivazione resa non appare convincente.

Anzitutto, invero, come esattamente deduce la ricorrente, l'ipotesi normativa ex art. 57 co. 2 lett. b) del Codice dei Contratti, correttamente e dunque restrittivamente interpretata, può operare solo se è sufficientemente chiaro a priori che ne ricorra il presupposto applicativo, e non invece se occorre una profonda e complessa indagine comparativa e di mercato per giungere a una siffatta conclusione. La logica insita nella norma, che eccezionalmente deroga al principio della gara, è quella di non imporre una gara, appunto, il cui esito sia pressoché scontato a priori perché solo un operatore è in grado di assicurare la prestazione richiesta.

In casi del genere, insomma, l'unicità del fornitore dev'essere certa prima di addivenire a trattativa privata, e la "indagine di mercato" può avere il solo scopo di acquisire la certezza di tale unicità o di escluderla. Nel caso, invece, come il Collegio ritiene sia stato quello di specie, di fornitore unico individuato mediante caratteristiche dell'oggetto palesate a posteriori, dopo un'indagine di mercato,

come conformi alle necessità dell'amministrazione, la trattativa privata non è consentita, perché altrimenti l'obbligo delle gare sarebbe vanificato, e la postuma dichiarazione delle proprie esigenze da parte dell'Amministrazione si presterebbe a giustificare qualsiasi scelta effettuata, appunto, senza gara (CdS, V, 7.11.2007, n. 5766). Invero, se occorre -con tempi oltretutto, come nella specie, ampiamente eccedenti quelli ordinariamente occorrenti per lo svolgimento di una gara pubblica- un gravoso e profondo procedimento comparativo circa le caratteristiche di diversi prodotti, in funzione del soddisfacimento delle esigenze dell'Amministrazione, allora la pubblica gara costituisce la sede naturale di tali valutazioni. Anche perché, valutazioni comparative tra imprese che non conducano a risultati di immediata evidenza devono avvenire in un quadro di pubblicità, predeterminazione di criteri, imparzialità, concorrenzialità.

Nella specie l'indagine di mercato ha preso avvio nel 2006 e l'aggiudicazione è giunta a luglio 2008. Sono occorsi circa due anni per stabilire l'unicità del prodotto controinteressata. Si è fatto ricorso, in questi due anni, a ricerche di analisti, interviste e indagini relative ad imprese operanti sul mercato. Si è formata anche una short list (come la definisce la ricorrente) di tre operatori con i quali è stata fatta una sperimentazione affidata a quattro livelli di analisi.

Ciò denota chiaramente come Consip non avesse affatto, ex ante, elementi per considerare di immediata evidenza la circostanza che solo controinteressata potesse renderle il servizio/prestazione in questione. In tale situazione, nulla dunque autorizzava Consip a omettere la gara assistita dalle necessarie garanzie di imparzialità e predeterminazione del prodotto richiesto, nonché dei criteri di valutazione delle relative offerte dei concorrenti.

A tal proposito, va considerato che dagli atti di causa risulta come l'inquadramento delle tematiche di rilievo e le corrispondenti decisioni tecniche di Consip sono maturate in corso di procedura (al riguardo la ricorrente rimarca punti significativi,

come quello della scelta tra una “piattaforma” e una “applicazione”, tra un maggiore outsourcing o insourcing, o come lo stesso tema della cessione del cd. “codice sorgente”).

In effetti, dagli atti stessi di avvio dell’indagine di mercato, non risultava affatto quali fossero il prodotto e i servizi specifici richiesti da Consip, e sono state quindi richieste alle imprese informazioni circa la propria offerta in via del tutto astratta, sul piano tecnico e commerciale, senza riferimento alle particolari esigenze di Consip, di modo che Ricorrente (ma anche, presumibilmente, gli altri operatori interpellati) non sono stati neppure posti in condizione di formulare una pre- ipotesi di offerta sulla base di indicazioni concrete di esigenze e/o preferenze da parte di Consip, la quale, a quanto risulta almeno dagli atti depositati in giudizio, ha maturato e rivelato tali esigenze solo all’esito dell’indagine di mercato e della sperimentazione condotte. La motivazione, in sostanza, è stata formulata non ai fini della scelta del tipo di procedura, ma, all’esito dell’istruttoria tra le imprese interpellate, per dar conto della preferenza accordata ad una di esse (cfr. per l’illegittimità della trattativa, in casi del genere, CdS, V, n. 6797 del 31.12.2007).

Quanto sopra, in sostanza, contrasta con i basilari principi, regolatori della materia dei pubblici contratti, di trasparenza, par condicio e concorrenzialità, non ricorrendo quindi un’ipotesi di legittima applicazione dell’art. 57 co. 2 lett. b) del D.Lgs. n. 163/2006.

7.Sotto altro profilo, la norma suddetta appare violata perché a ben vedere, dall’istruttoria tecnica condotta da Consip, il servizio-prodotto offerto da controinteressata veniva ritenuto “preferibile”, “più idoneo”, ma non assolutamente, effettivamente e oggettivamente “unico”, come richiesto dalla norma di cui si è fatta applicazione. La pretesa unicità è emersa in effetti solo all’esito dell’istruttoria ed essa appare in realtà apoditticamente enunciata, mentre significative, in senso contrario, appaiono le risultanze del parere Cnipa (che

riassume e riporta, in sostanza, gli esiti dell'istruttoria Consip) in cui si legge che il ricorso alla negoziazione diretta sarebbe giustificato dalle seguenti ragioni:

a)“le esigenze della Consip possono essere soddisfatte preferibilmente da una soluzione applicativa piuttosto che da una piattaforma...”; dunque “preferibilmente”, non “esclusivamente”;

b)“le caratteristiche ...della soluzione applicativa esaminata consentono di avere un prodotto specifico rispondente alle esigenze.....e allo stesso tempo un prodotto flessibile”; dunque non un prodotto unico e assolutamente infungibile;

c)“la soddisfazione delle esigenze evidenziate è perseguibile con maggiore efficacia attraverso il trasferimento della proprietà del codice sorgente della soluzione applicativa”; quindi anche il trasferimento del codice sorgente rappresenta solo un ritenuto elemento di maggiore efficacia, non invece di unicità e infungibilità; il che rende irrilevante il fatto che dalle indagini di mercato svolte non risultassero altri operatori disponibili alla vendita del codice sorgente. A questo proposito, peraltro, non può non sottolinearsi come negli atti di interpello delle imprese in sede di indagine di mercato, non era stata chiaramente e d espressamente chiesta la disponibilità alla vendita del codice sorgente in rapporto a specifiche esigenze in proposito rappresentate di Consip. Quest'ultima invece, senza indicazioni circa il senso che avrebbe attribuito alle risposte delle imprese e circa le conseguenze che ne avrebbe tratto, ha formulato, come lamenta la ricorrente, generiche ed astratte domande , tra cui quella volta ad ottenere la descrizione dell'attuale offerta commerciale, nonché a sapere se fossero previste variazioni della politica commerciale nel breve e nel medio periodo.

In presenza di tali generiche domande la descrizione, come da parte di Ricorrente, della propria offerta commerciale standard (senza riferimenti alla cessione del codice sorgente, di principio non contemplata) non è significativa ai fini pretesi dalla P.A., come sarebbe stato se fosse stato chiaramente chiesto se, a fronte di una

gara per un contratto come quello di cui trattasi, l'impresa interpellata sarebbe stata disposta a prevedere anche la cessione del codice sorgente. E Ricorrente, non a caso, appreso da Consip il negativo rilievo attribuito alla non disponibilità alla cessione predetta, ha precisato e rimarcato, sia in sede procedimentale che giurisdizionale, che tale mancanza di disponibilità, da parte sua, in realtà non sussiste affatto. Sostanzialmente, l'aver dunque Consip dedotto tale non disponibilità da risposte a domande generiche, rivela difetto ed erroneità di istruttoria, oltre che illogicità, come esattamente dedotto dall'istante;

d) "la soluzione applicativa prescelta è pienamente conforme alla normativa in materia di accessibilità, a differenza delle altre soluzioni". Queste, peraltro (rimarca correttamente la ricorrente) sono solo quelle di Ariba e di Oracle. Inoltre, l'ostacolo alla piena conformità non appare insuperabile, essendo semplicemente questione di costi, tempi e investimenti (dove la non unicità assoluta del prodotto "pienamente conforme"). Ciò senza considerare poi che la piena conformità, come fa notare la ricorrente, non sussiste nemmeno per la soluzione prescelta (a pag 14 del doc. 5 depositato dalla P.A. si evidenzia soltanto, invero, per il prodotto della controinteressata, un minor grado di non conformità rispetto ai prodotti Ariba e Oracle) e ciò comunque non esclude che una piena conformità vi possa essere per i prodotti di altre imprese, come Ricorrente, non sottoposte a sperimentazione;

e) "...l'acquisizione....consente vantaggi tanto immediatiquanto differiti...; la proprietà del codice sorgente rende possibile il riuso.."; considerazioni queste che ancora una volta nulla dicono circa l'unicità – infungibilità effettiva del prodotto individuato.

Del tutto apodittica, quindi, alla stregua di quanto sopra, si rivela perciò l'affermazione, inserita nel medesimo contesto, per cui "...le indagini di mercato hanno permesso di acquisire la ragionevole certezza dell'unicità del prodotto Pleiade e della sua piena rispondenza alle esigenze Consip"; senza considerare che

l'unicità del prodotto, peraltro emersa a posteriori sulla base di una sommaria ed astratta indagine di mercato, è cosa diversa dall'infungibilità, e che l'idoneità a soddisfare le esigenze della P.A. non è escluso che possa sussistere anche per altri prodotti.

8. In definitiva, il ricorso alla procedura negoziata senza bando di gara, appare nel caso in esame il frutto di una scelta illogica, fondata su istruttoria carente e poco trasparente nella fase delle indagini preliminari di mercato, mentre la stessa specificazione delle esigenze dell'Amministrazione e del prodotto ad esse confacente risultano illogicamente individuati a posteriori, con motivazione insufficiente e incongrua, riferita peraltro non alla scelta in se stessa, ex ante, della trattativa privata, ma alla scelta ex post della negoziazione con un particolare soggetto individuato solo all'esito di una complessa e lunga indagine di mercato.

Il che evidenzia l'illegittimità dell'aggiudicazione e della procedura a monte di negoziazione diretta, per violazione dell'art. 57 comma 2 lettera b) del D.Lgs. n. 163/2006.

In base alle esposte considerazioni, e con assorbimento dei motivi di censura non esaminati, il proposto ricorso e i relativi motivi aggiunti vanno accolti in parte, con annullamento per l'effetto degli atti suddetti. Per il resto il ricorso, con specifico riferimento all'impugnativa dell'esclusione dell'istante dalla procedura, va dichiarato inammissibile. Del pari inammissibile, per assoluta genericità, va dichiarata la domanda risarcitoria formulata nei motivi aggiunti.

La complessità delle questioni trattate e la parziale reciproca soccombenza giustificano l'integrale compensazione, tra le parti, di spese e onorari.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, III, accoglie in parte il ricorso e i motivi aggiunti di cui in epigrafe, ed annulla, per l'effetto, gli atti impugnati, nei limiti e nei sensi specificati in motivazione.

Dichiara per il resto inammissibile il ricorso, come pure specificato in motivazione.

Compensa le spese e gli onorari.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio del 16 dicembre 2009 e dell'8.1.2010, con l'intervento dei Signori:

Bruno Amoroso, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere, Estensore

Mario Alberto di Nezza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/01/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO