

N. 00733/2011 REG.PROV.COLL.
N. 04309/2010 REG.RIC.
N. 04616/2010 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 Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

A) - sul ricorso numero di registro generale 4309 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Soc. Auselda Aed Group S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Benedetto Giovanni Carbone, Giampiero Fumel e Luca Domenico Scordino, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via degli Scipioni, 288;

contro

INPS - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, rappresentato e difeso dagli avv.ti Gaetano De Ruvo, Lidia Carcavallo e Francesca Ferrazzoli, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via della Frezza 17; INAIL - Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro, rappresentato e difeso dagli avv.ti Vincenzo Pone e Bettino Torre, con domicilio eletto presso lo studio

del primo in Roma, via IV Novembre, 144;

nei confronti di

Soc. Poste Link S.c.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con Soc. Almaviva - The Italian Innovation Company S.p.a., Soc. ED Contact S.r.l., Elsag Datamat S.p.a. e IBM Italia S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via Principessa Clotilde, 2; Soc. Transcom Worldwide S.p.a., Soc. Visiant Contact Centre S.r.l., Soc. Visiant Galyleo S.p.a., riunite in A.T.I., rappresentate e difese dagli avv.ti Gennaro Terracciano, Raffaele Titomanlio e Vincenzo Barrasso, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, largo Arenula, 34;

B) - sul ricorso numero di registro generale 4616 del 2010, proposto da:

Soc. Omega S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Marcello Anastasio Pugliese e Guido Anastasio Pugliese, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via G. Antonelli, 47;

contro

INPS - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, rappresentato e difeso dagli avv. Gaetano De Ruvo, Lidia Carcavallo e Francesca Ferrazzoli, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via della Frezza 17; INAIL - Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro, rappresentato e difeso dagli avv.ti Vincenzo

Pone e Bettino Torre, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via IV Novembre, 144;

nei confronti di

Soc. Poste Link S.c.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con Soc. Almaviva - The Italian Innovation Company S.p.a., ED Contact S.r.l., Elsag Datamat S.p.a. e IBM Italia S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde, 2; Soc. Transcom Worldwide S.p.a. e Soc. Visiant Contact Centre S.r.l., Soc. Visiant Galyleo S.p.a. riunite in A.T.I., rappresentate e difese dagli avv.ti Gennaro Terracciano e Vincenzo Barrasso, con domicilio eletto presso il primo in Roma, largo Arenula, 34;

Soc. Auselda Aed Group S.p.a., in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con Omeda S.p.a., non costituita;

per l'annullamento, previa sospensione

quanto al ricorso n. 4309 del 2010:

del provv.to INPS 17.3.2010 n. 139 con cui è stata disposta l'esclusione della ricorrente dalla procedura ristretta per l'affidamento della fornitura di soluzioni e servizi di contact center multicanale per l'erogazione di servizi informatici e dispositivi all'utenza dell'INPS e dell'INAIL, -nonché della determinazione INPS. Direz. Centrale Risorse 17.3.2010 n. 140 con cui è stata aggiudicata la gara al R.T.I.-Transcom, nonché per il risarcimento danni;

quanto al ricorso n. 4616 del 2010:

del provv.to INPS 17.3.2010 n. 139 con cui è stata disposta l'esclusione della ricorrente dalla procedura ristretta per l'affidamento della fornitura di soluzioni e servizi di contact center multicanale per l'erogazione di servizi informatici e dispositivi all'utenza dell'INPS e dell'INAIL, nonché della determinazione INPS, Direz. Centrale Risorse 17.3.2010 n. 140 con cui è stata aggiudicata la gara al R.T.I.-Transcom, nonché per il risarcimento danni;

Visti entrambi i ricorsi nonché i motivi aggiunti al ricorso n. 4309/2010, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in entrambi i giudizi dell'INPS - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale e dell'INAIL - Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro, nonché di Soc. Poste Link S.c.r.l. e di Soc. Transcom Worldwide S.p.a.;

Visto il ricorso incidentale proposto da Transcom Worldwide S.p.a. in ciascuno dei due giudizi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti di entrambe le cause;

Designato relatore in entrambe le cause nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2010 il Consigliere Lydia Ada Orsola Spiezia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara pubblicato sulla G.U.R.I. del 27 ottobre 2008

l'INPS ha indetto una gara d'appalto con procedura ristretta per l'aggiudicazione, con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, della fornitura per 3 anni di soluzioni e servizi di contact center multicanale per l'erogazione di servizi informativi e dispositivi alle utenze dell'INPS e dell'INAIL, per la fornitura delle necessarie risorse professionali ed infrastrutture, nonché per la progettazione e prestazione dei servizi professionali, operatori, di sviluppo software e fornitura e gestione dell'infrastruttura; l'importo base del servizio (senza opzioni) era fissato in euro 148.662.650,00 (IVA esclusa).

Alla gara, dopo la fase di prequalifica, furono invitati a partecipare 4 costituenti R.T.I., fissando la data di scadenza al 4 maggio 2009, poi prorogata dapprima a 11 maggio 2009 e di poi (quando il R.T.I. Auselda aveva già presentato il plico dell'offerta) al 15 maggio 2009; differimento comunicato dapprima con fax e poi con telegramma, dando la facoltà alle concorrenti di ritirare le offerte eventualmente già presentate.

Esaminate le offerte, nella seduta del 3 sett. 2009 la Commissione stilò la graduatoria finale, collocando al primo posto R.T.I. Transcom Worldwide S.p.a. con punti 95,33, al secondo posto R.T.I. Poste Link con 91,89 punti ed al terzo posto R.T.I. Auselda con 76,79 punti.

Con nota 8 sett. 2009 l'INPS informava l'Auselda e le altre concorrenti che la gara era aggiudicata provvisoriamente al R.T.I. Transcom, ma poi, in data 1° ott. 2009, comunicava la sospensione

della stessa aggiudicazione fino alla definizione del procedimento aperto (su istanza di Auselda) dalla Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (A.V.C.P.) circa la legittimità della seconda proroga del termine di presentazione delle offerte (che aveva consentito la partecipazione alla gara della Transcom e di Poste Link).

Quindi con parere 17 dicembre 2009 n. 160, l'A.V.C.P. riteneva illegittima la seconda proroga, con la conseguenza che il termine ultimo di presentazione delle offerte doveva intendersi quello già fissato per il giorno 11 maggio 2009 e che la stazione appaltante era invitata a far conoscere le proprie determinazioni entro i successivi 30 giorni.

1.1. Successivamente, invece, l'INPS procedeva alla verifica dei requisiti dichiarati dalle imprese partecipanti e di poi comunicava all'Auselda R.T.I., con nota 17.3.2010 n. 4732, l'esclusione dalla gara per l'asserita mancanza del requisito del fatturato specifico per servizi analoghi nel triennio 2005-2007 in capo all'Auselda e del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. c, D.Lgs. n. 163/2006 in capo al legale rappresentante della mandante Omega S.p.a.; quindi la stazione appaltante (dopo aver informato l'Autorità che la problematica della seconda proroga era stata superata a seguito dell'esclusione dell'Auselda R.T.I.) con nota 18 marzo 2010 comunicava ai partecipanti che la gara era stata aggiudicata definitivamente alla Transcom S.p.a. R.T.I., salve le verifiche in corso di completamento,

mentre, infine, con nota 22 aprile 2010 consentiva al R.T.I. Auselda l'accesso (già richiesto più volte dal marzo 2010) a tutti gli atti di gara (fissandolo in data 27 aprile 2010, salvo, poi, a rinviarlo a causa dell'opposizione di Transcom R.T.I. e di Poste Link che richiedevano l'oscuramento di una parte della stessa documentazione esibita in sede di verifica dei requisiti).

1.2. L'Auselda, però, da un lato, ritenendo di essere stata illegittimamente esclusa e, dall'altro, contestando la legittimità della proroga del termine e della partecipazione alla gara di Transcom e Poste Link, ha proposto il ricorso n. R.G. 4309/2010 chiedendo l'annullamento, previa sospensione, sia della determinazione INPS, Dir. Centr. Risorse Strum. n. 139 sia di quella n. 140, entrambe del 17 marzo 2010 (che, rispettivamente, avevano disposto l'esclusione dell'Auselda e l'aggiudicazione definitiva della gara alla Transcom S.p.a. R.T.I.), nonché degli atti tutti della procedura di gara, compresi, ove necessario, bando e lettera d'invito.

Avverso il provvedimento di esclusione, con cinque articolati motivi, vengono dedotte censure di eccesso di potere sotto molteplici profili, nonché di violazione degli artt. 37, comma 19, 38, comma 1, lett. c, 41, 42, comma 3, e 48 del D.Lgs. n. 163/2006, ed infine degli artt. 71, 47 e 48 D.P.R. n. 445/2000.

Inoltre, nell'ambito del quinto motivo, la ricorrente eccepisce l'illegittimità costituzionale dell'art. 38, comma 1, lett. c, con riferimento agli artt. 3-25-27 e 77 Cost.ne, ove di tale disposizione si

dia una lettura di ampia portata (e cioè relativa a tutte le ipotesi di reato, non limitandola – invece - alle vicende del biennio precedente il bando di gara, nonché a condanne inflitte anche in epoca anteriore alla entrata in vigore del Codice sugli appalti del 2006).

Di poi, avverso la mancata esclusione di Transcom R.T.I. e Poste Link R.T.I. e la determinazione di aggiudicazione definitiva, la Auselda S.p.a. deduce, altresì, ulteriori censure di eccesso di potere e violazione di legge con plurimi articolati motivi volti a dimostrare, in primo luogo, l'illegittimità della seconda proroga del termine per la presentazione delle offerte ed, in secondo luogo, la sussistenza di più presupposti per l'esclusione delle offerte dell'aggiudicataria e della seconda classificata a causa della mancanza delle dichiarazioni relative agli amministratori cessati dalla carica, dei requisiti economico-finanziari e tecnici richiesti dal bando e della cauzione da presentarsi nelle forme prescritte; al motivo C.2.3 viene censurata anche la *lex specialis* di gara.

Infine, al motivo E, vengono censurate per eccesso di potere e violazione artt. 22 e 24 legge n. 241/1990 ed art. 13 D.Lgs. n. 163/2006 anche le limitazioni opposte all'accesso agli atti di gara.

In via istruttoria, inoltre, la ricorrente Auselda ha chiesto di ordinare alla stazione appaltante l'accesso integrale agli atti di gara ovvero di disporre l'esibizione in giudizio.

Precisando le conclusioni, quindi, la ricorrente ha chiesto l'annullamento della propria esclusione, nonché l'aggiudicazione della

gara, previa dichiarazione di illegittimità della seconda proroga del termine, nonché, ove necessario, previa rimessione alla Corte Cost.le della questione di legittimità cost.le dell'art. 38 nei termini sopra illustrati, ovvero, in via subordinata, ha chiesto di annullare l'aggiudicazione a Transcom e l'intera gara, procedendo alla sua rinnovazione; infine ha chiesto il risarcimento dei danni ingiusti patiti mediante la reintegrazione in forma specifica, oppure, in via subordinata, per equivalente economico, da quantificarsi in corso di giudizio oppure anche in via equitativa secondo i parametri indicati da questo Giudice, purchè in misura non inferiore al 10% dell'offerta presentata.

1.3. Si è costituito in giudizio l'INPS che, dopo aver preliminarmente eccepito il carattere immediatamente lesivo della seconda proroga del termine per presentare le domande, ha chiesto il rigetto del ricorso, insistendo sulla sussistenza delle cause di esclusione dell'offerta della ricorrente; inoltre ha fatto presente che, nel frattempo, la ricorrente ha avuto accesso alla documentazione di gara.

Si è costituito in giudizio anche l'INAIL, che, preliminarmente eccepita la carenza di legittimazione passiva, ha chiesto la propria estromissione dal giudizio e, nel merito, il rigetto del ricorso.

Si è costituita anche Poste Link Soc. coop. a r.l., in qualità di seconda classificata, che ha, in primo luogo, eccepito l'inammissibilità delle censure avverso la seconda proroga del termine di presentazione dell'offerta, in quanto l'Auselda era stata esclusa essa stessa dalla

gara, e di poi, con riguardo alla pretesa mancanza dell'attestazione ex art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 (per gli amm.ri cessati dalla carica), ne ha altresì eccepito la tardività, la carenza d'interesse e l'infondatezza in punto di fatto; parimenti, per le altre censure dedotte da Auselda avverso la partecipazione alla gara di Poste Link, la medesima ne ha contestato sia la stessa ammissibilità per carenza d'interesse sia la fondatezza, concludendo per il rigetto del ricorso.

1.4. Nelle more della trattazione dell'istanza di sospensione l'aggiudicatario R.T.I., di cui Transcom Worldwide S.p.a. è mandataria (unitamente alle due mandanti), ha proposto ricorso incidentale (notificato il 7 giugno 2010) avverso l'ammissione alla gara del costituendo R.T.I. di cui è mandataria la ricorrente principale, deducendo, con sei articolati motivi, vizi di violazione di legge ed eccesso di potere che, sotto plurimi profili, ne comporterebbero l'illegittimità con specifico riferimento, tra l'altro, alle disposizioni di cui alla Sez. III – 2.1. (condizioni di partecipazione) del bando di gara.

Pertanto la ricorrente incidentale conclude, chiedendo la dichiarazione di improcedibilità del ricorso principale in virtù della fondatezza del ricorso incidentale proposto e, comunque, il suo rigetto.

1.4.1. Inoltre con memoria difensiva (sempre in data 7 giugno) la Transcom ha, altresì, eccepito l'inammissibilità del ricorso principale sia per violazione del termine di giorni 30 stabilito dal D.Lgs. n.

53/2010, art. 8 (avendo la stazione appaltante comunicato alla stessa in data 17 marzo 2010 la esclusione dalla gara, mentre il ricorso è stato proposto solo in data 5 maggio 2010) sia per carenza d'interesse, essendo stata l'Auselda esclusa dalla gara sia per carenza di legittimazione attiva (avendo proposto il ricorso in proprio, e non come mandataria di R.T.I.) e passiva della Transcom e delle altre mandanti, intimate come membri di un R.T.I. costituendo, mentre l'R.T.I. si è costituito fin dal 30.3.2010.

Nel merito, comunque, l'aggiudicataria ha puntualmente controdedotto alle avverse censure formulate nel ricorso principale, chiedendo il rigetto del ricorso; in via istruttoria, poi, la controinteressata ha chiesto il deposito in giudizio di tutti i documenti e gli atti inerenti al procedimento di gara.

1.5. Con memoria dell'8 giugno 2010 l'Auselda ha replicato alle censure formulate con il ricorso incidentale, chiedendone il rigetto ed insistendo, invece, per l'accoglimento del ricorso principale.

Con memoria del 4 giugno 2010 l'INAIL, dopo aver eccepito la tardiva impugnazione della seconda proroga del termine di presentazione delle offerte, ha replicato alle avverse censure, negando la sussistenza in capo alla ricorrente principale anche dell'interesse strumentale alla ripetizione della gara, trattandosi di un concorrente già escluso; inoltre l'INAIL fa presente che, nelle more del giudizio, le parti in causa hanno avuto accesso alla documentazione di gara richiesta; infine, chiede il rigetto anche della

domanda risarcitoria per genericità ed assenza della colpa.

Con ordinanza cautelare 9 giugno 2010 n. 2515 questa Sezione, ritenendo verosimilmente fondato il ricorso incidentale, ha respinto l'istanza di sospensione delle determinazioni INPS nn. 139 e 140 del 17 marzo 2010.

1.6. In data 5 luglio 2010 Auselda S.p.a. depositava, altresì, motivi aggiunti (notificati il 21 giugno 2010), avendo avuto accesso in data 21 maggio presso l'INPS agli atti relativi alla verifica del possesso dei requisiti tecnico finanziari in capo alle imprese classificate ai primi due posti; con tali motivi veniva censurata, sotto ulteriori profili, la mancata esclusione dalle medesime dalla gara per asserita carenza dei requisiti in questione.

1.7. Infine con memoria del 4 ottobre 2010 la ricorrente principale Auselda, dopo aver ampiamente illustrato le censure già formulate sia avverso la propria esclusione dalla gara, sia avverso la seconda proroga del termine di presentazione delle offerte sia avverso l'ammissione alla gara delle due contro interessate classificate al primo e secondo posto, ha insistito per l'accoglimento del ricorso principale e per il rigetto del ricorso incidentale proposto da R.T.I. Transcom.

Invece la stazione appaltante ha ribadito le eccezioni e le controdeduzioni, insistendo per il rigetto del ricorso in quanto, innanzitutto, la ricorrente sarebbe stata legittimamente esclusa.

Infine anche l'aggiudicataria ha meglio illustrato il ricorso incidentale

nonché le repliche all'atto introduttivo ed ai motivi aggiunti della ricorrente principale, insistendo per il rigetto del ricorso principale e dei motivi aggiunti in quanto inammissibili ed infondati.

Con ordinanza cautelare 9.6.2010 n. 2515 questa Sezione ha respinto l'istanza di sospensione dei provvedimenti impugnati, fissando la trattazione della causa alla udienza del 20 ottobre 2010.

1.8. Avverso gli stessi provvedimenti impugnati da Auselda W. S.p.a. (tra cui innanzitutto le due determinazioni INPS del 17 marzo 2010 n. 139 e n. 140) ha proposto ricorso (R.G 4616/2010) anche Omega S.p.a., mandante nel R.T.I. di cui Auselda W. S.p.a. è mandataria, chiedendone l'annullamento, previa sospensione, con i seguenti quattro articolati motivi:

1) violazione dell'art. 71 D.P.R. n. 445/2000 e della lex specialis di gara, nonché eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e disparità di trattamento.

La verifica compiuta dalla stazione appaltante della veridicità delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti sarebbe stata in realtà volta ad eludere la determinazione dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti pubblici che si era espressa negativamente circa la legittimità della seconda proroga del termine per la presentazione delle offerte, disposta dalla stazione appaltante quanto il R.T.I. Auselda-Omega risultava essere l'unica impresa partecipante; inoltre tale verifica sarebbe stata effettuata al di fuori dell'ambito di corretta applicazione dell'invocato art. 71 D.P.R. n. 445/2000.

2) Eccesso di potere per erronea valutazione dei fatti, illogicità e sviamento.

La stazione appaltante avrebbe dovuto escludere dalla gara sia i R.T.I. Transcom e Post Link che avevano presentato le loro offerte dopo la seconda proroga ritenuta illegittima da parte della Autorità di Vigilanza con nota 18 gennaio 2010.

3 e 4) Violazione dell'art. 38 comma 1, lett. c, D.Lgs. n. 163/2006 e del par. III° - 2.1. del bando di gara, nonché eccesso di potere per irragionevolezza.

La stazione appaltante avrebbe illegittimamente chiesto la conferma non delle dichiarazioni già rese dai rappresentanti legali della società ricorrente, ma del possesso dei requisiti sul nuovo amm.re nominato in corso di gara ed, inoltre, non avrebbe tenuto in alcuna considerazione la circostanza che la brevità dell'incarico (4 dic. 2009 – 29 genn. 2010) escludeva qualsiasi incidenza della situazione personale del suddetto sulla moralità professionale dell'impresa.

Infine la ricorrente (principale) Omega S.p.a. ha chiesto il risarcimento dei danni in forma specifica oppure, in via subordinata, quello per equivalente in forma pecuniaria nell'importo da quantificarsi in corso di causa oppure in via equitativa.

Con successiva memoria del giugno 2010 la Omega S.p.a. ha, tra l'altro, rappresentato che l'assemblea degli azionisti nella seduta del 26 maggio 2010 aveva incaricato il Presidente di promuovere nei confronti del sig. Massa l'azione civile di responsabilità sociale.

1.8.1. Si è costituito in giudizio l'INPS – stazione appaltante che, replicando alle avverse censure del ricorrente principale, ha chiesto il rigetto del ricorso, rilevandone altresì profili di inammissibilità per carenza d'interesse poiché, da un lato, lo stesso provvedimento di esclusione non sarebbe stato censurato per il rilevato difetto del requisito del fatturato minimo richiesto, mentre, dall'altro, la censurata seconda proroga non potrebbe essere lesiva nei confronti del raggruppamento legittimamente escluso dalla gara.

Si è costituito anche l'INAIL che ha preliminarmente eccepito la propria carenza di legittimazione passiva, atteso che la procedura di gara sarebbe stata effettuata esclusivamente dall'INPS, unico soggetto appaltante; ha, quindi, chiesto la estromissione propria dal giudizio; poi con successiva memoria ha eccepito la tardività del ricorso principale (con riferimento alla seconda proroga del termine per la presentazione della domanda di partecipazione) e nel merito ha chiesto il rigetto sia della domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati sia di quella di risarcimento.

Con atto di costituzione meramente formale Poste Link (seconda classificata) ha chiesto il rigetto del ricorso.

Con memoria difensiva del giugno 2010 l'aggiudicataria ha preliminarmente eccepito la tardività del ricorso principale in quanto notificato solo il 15 maggio 2010, e cioè oltre il termine di giorni 30 introdotto dal D.Lgs. 20.3.2010 n. 53 (su G.U. 12 aprile 2010) già in vigore dal 27 aprile 2010; inoltre ne ha eccepito l'inammissibilità per

carezza di legittimazione attiva (in quanto proposto in proprio) e passiva (delle singole imprese partecipanti al R.T.I., in quanto tale Raggruppamento si era costituito fin dal 30 marzo 2010), nonché per carezza d'interesse con riguardo all'annullamento dell'aggiudicazione, essendo stata esclusa dalla stessa gara legittimamente; nel merito, poi, con puntuali repliche l'aggiudicataria ha controdedotto alle avverse censure, negando altresì la sussistenza in capo alla ricorrente principale (terza in graduatoria provvisoria e poi esclusa dalla gara) di un interesse strumentale alla ripetizione della medesima; infine l'aggiudicataria ha chiesto che il collegio disponga a carico della stazione appaltante il deposito in originale di tutti i documenti relativi al procedimento di gara in controversia.

1.9. Peraltro, in data 4 giugno 2010, l'aggiudicatario raggruppamento ha consegnato per la notifica anche un ricorso incidentale volto ad azionare ulteriori motivi di esclusione del R.T.I. Auselda-Omega, deducendo vizi di violazione di legge ed eccesso di potere (avverso la disposta ammissione alla gara), illustrati in sei articolati mezzi di impugnazione (analoghi a quelli già formulati nel ricorso incidentale proposto nel giudizio di cui al ricorso principale R.G. 4309/2010 sopra illustrato).

1.10. Con ordinanza cautelare 9 giugno 2010 n. 2514 questa Sezione ha respinto l'istanza di sospensione dei provvedimenti impugnati con riferimento alle plurime condanne comminate all'amm.re unico in carica tra dicembre 2009 e gennaio 2010 i cui effetti non risultavano

estinti neanche per riabilitazione.

Con memorie difensive dell'ottobre 2010, da un lato, la ricorrente incidentale - aggiudicataria ha riepilogato le proprie argomentazioni, mentre, dall'altro, la stazione appaltante, richiamate le eccezioni già svolte, nel merito ha insistito per il rigetto del ricorso principale.

Chiamati entrambi i ricorsi alla pubblica udienza del 20 ottobre 2010 ed uditi i difensori presenti per le parti, i medesimi sono andati in decisione.

In data 28 ottobre 2010 è stato pubblicato, su entrambe le cause riunite, il dispositivo n. 230/2010 ai sensi dell'art. 120 Codice Processo Amm.vo.

2. Quanto sopra premesso in fatto, in via preliminare i due ricorsi vanno riuniti per trattarli congiuntamente per evidenti ragioni di connessione oggettiva e soggettiva, atteso che i medesimi sono stati proposti avverso la medesima procedura di gara e da parte di due imprese facenti parte dello stesso R.T.I..

2.1. Inoltre, considerato che il bando di gara è stato emanato dall'INPS e che la procedura è stata effettuata da tale Istituto che poi l'ha conclusa con la determinazione n. 140/2010 adottata dal direttore centrale Risorse strumentali, appare fondata l'eccezione di carenza di legittimazione passiva sollevata dall'INAIL, intimata in giudizio (dai ricorrenti principali) con gli atti introduttivi di entrambi i giudizi indicati in epigrafe; l'INAIL, infatti, si configura solo come l'utilizzatore finale, per la propria utenza, dei servizi contact center

multicanale oggetto della gara.

Pertanto va disposta l'estromissione dell'INAIL da entrambi i giudizi da definire.

2.2. Sotto il profilo sostanziale giova far presente che la controversia all'esame concerne la gara comunitaria indetta dall'INPS con bando pubbl. su G.U. 27 ottobre 2008 per l'affidamento mediante procedura ristretta, e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della fornitura di soluzioni e servizi di contact center multicanale per l'erogazione di servizi informativi e dispositivi all'utenza dell'INPS e dell'INAIL, nonché della fornitura delle necessarie risorse professionali e delle varie tipologie di infrastrutture necessarie e dei relativi servizi di assistenza e gestione; servizi estensibili ad altri enti pubblici durante la vigenza contrattuale; la durata dell'appalto era fissata in mesi 36 dall'aggiudicazione ed il prezzo a base di gara in euro 148.622.650,00.

Nella graduatoria provvisoria predisposta dalla commissione di gara nella seduta del 3 sett. 2009 il R.T.I. Transcom si è classificato al 1° posto (con punti 95,33, di cui punti 56,75 per la qualità tecnica e con un'offerta di euro 98.622.190,00), mentre al secondo posto si collocava il R.T.I. Poste Link con punti 91,89, di cui punti 57,50 per la qualità tecnica e con un'offerta di euro 84.716.000,00 + 13.850.000,00 + 5.420.800,00) ed al terzo posto il R.T.I. Auselda (con punti 76,79, di cui punti 40,50 per la qualità tecnica e con un'offerta economica di euro 80.900.000,00 + 13.517.500,00 +

4.742.920,00).

La procedura di gara, comunque, si concludeva con la determinazione INPS 17 marzo 2010 n. 140, che aggiudicava il servizio al R.T.I. – Transcom, primo classificato, e con la determinazione INPS 17 marzo 2010 n. 139 che disponeva l'esclusione dalla gara del R.T.I. Auselda A.G. S.p.a. per mancanza di alcuni dei requisiti prescritti per partecipare.

2.3. Passando, quindi, al profilo processuale, il Collegio, quanto al primo dei due ricorsi in epigrafe, prende atto che con il ricorso incidentale l'aggiudicataria ha censurato la stessa ammissione alla fase di qualifica della ricorrente principale Auselda A.G. S.p.a. e, pertanto, prende in esame per primo il ricorso incidentale poiché l'eventuale fondatezza del medesimo comporterebbe l'improcedibilità del ricorso principale (R.G. 4309/2010) per sopravvenuta carenza dell'interesse sia diretto all'annullamento dell'aggiudicazione sia strumentale alla rinnovazione della intera procedura di gara: è infatti, evidente che il ricorrente principale, la cui esclusione sia riconosciuta legittima, non ha alcuna posizione legittimante (al pari di qualsiasi altro soggetto partecipante) a dedurre vizi che porterebbero alla riedizione della gara (giurisprudenza consolidata, v. ex multis C.d.S., IV, 26 marzo 2009 n. 7441, nonché, per la priorità di trattazione rispetto al ricorso principale C.d.S., VI, 19 giugno 2009 n. 4147 e A.P. 10 nov. 2008 n. 11, ex multis).

2.4. Il ricorso incidentale appare fondato per i profili di seguito

illustrati (motivi primo, secondo, terzo e quinto).

In primo luogo in fase di prequalifica, secondo quanto agli atti, la società Omega S.p.a. (in posizione di mandante nel costituendo R.T.I. di cui Auselda S.p.a. era mandataria) ha dichiarato la mancanza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c, del Codice dei contratti (vedi dichiarazione del 14 nov. 2008); invece, dalle verifiche effettuate successivamente all'aggiudicazione provvisoria del 3 sett. 2009, (in conformità alla prescrizione della lettera d'invito, par. 5) la stazione appaltante ha rilevato che nel periodo dal 4 dic. 2009 al 29 gen. 2010, presso tale società svolgeva le funzioni di amm.re unico il sig. Claudio Massa il quale aveva riportato, nel periodo dal 1995 al 2006, 12 condanne (inflitte con sentenze irrevocabili di vari giudici penali) per reati di vario genere tra cui l'omesso versamento di ritenute previdenziali, la omessa denuncia di rapporti di lavoro, l'emissione di assegni a vuoto, la spendita di carte di pubblico credito falsificate, la violazione delle leggi finanziarie per una pena complessiva pari ad anni 3 e mesi 6 di reclusione e multe per circa euro 30.000,00 oltre l'interdizione dai pubblici uffici e l'incapacità di contrarre con la P.A..

Pertanto (secondo quanto fondatamente si deduce nel terzo motivo) la società mandante ed, insieme ad essa, l'intero R.T.I. Auselda doveva essere escluso sia perché, in contrasto con l'art. 38 D.P.R. n. 163/2006 citato e con la specifica prescrizione della lex specialis di gara, non aveva indicato le condanne per reati incidenti sulla moralità

professionale della impresa, riportate dall'amm.re unico in carica nominato dopo l'aggiudicazione provvisoria sia perché, in effetti, la mandante aveva, comunque, reso una dichiarazione mendace ai sensi del D.P.R. n. 445/2000, sanzionata con la perdita del beneficio connesso alla attestazione non veritiera e, quindi, nel caso di specie con la configurabilità dei presupposti per comminare l'esclusione dalla gara della stessa impresa ad altro ulteriore titolo.

Tra l'altro dall'esame degli atti è emerso che (a seguito di specifica richiesta della stazione appaltante del 5 febb. 2010) l'Auselda (mandataria) con nota 12 febbraio 2010 aveva trasmesso alla stazione appaltante una nuova dichiarazione del 10 febb. 2010 a firma dell'amm.re unico della mandante Omega S.p.a. (Claudio Marcello Massa) che confermava di non versare in nessuna delle cause di esclusione dell'art. 38 D.lgs. n. 163/2006: ma tale dichiarazione confermativa non solo non è veritiera (come risulta dal certificato del Casellario giudiziario), ma, altresì, è stata rilasciata dall'amm.re unico Massa che fin dal 29 gennaio, a seguito di dimissioni, era stato sostituito da Lo Jucco Domenico.

Né può essere rilevante la brevità del periodo di conferimento dell'incarico, atteso che la permanenza dei requisiti di partecipazione era richiesta per l'intero periodo di svolgimento della gara (e, per l'aggiudicataria, anche del servizio affidato).

In ogni caso la stazione appaltante nella determinazione di esclusione ha puntualmente compiuto la valutazione sulla gravità dei reati

commessi dal suddetto amm.re unico, precisando che “singolarmente e complessivamente considerati, per la loro natura e per il fatto di essere ripetuti nel tempo, appaiono tali da incidere sulla moralità professionale”.

Inoltre appare fondata anche la censura di violazione dell’art. 38 D.lgs. n. 163/2006 e del punto 3°.2.1. del bando di gara, dedotta nell’ambito del primo e secondo articolato motivo del ricorso incidentale.

Infatti, in sede di prequalifica, il Consigliere delegato dell’Auselda S.p.a. (con atto del 18 nov. 2008) ha semplicemente dichiarato che l’impresa “non versa in nessuna delle cause di esclusione contemplate dall’art. 38 comma 1, del D.lgs. n. 163/2006”, limitandosi ad indicare le generalità degli amm.ri in carica ed omettendo qualsiasi riferimento al direttore tecnico in carica nonché ai soggetti cessati dalle suddette cariche nel triennio precedente, mentre presso la stessa società dal 2005 al 2008 aveva rivestito la carica di consigliere delegato il sig. Acconcia Pio, così come, fino all’epoca della fase di prequalifica, le funzioni di direttore generale con poteri di rappresentanza erano state svolte dal dr. Lovatini Giampaolo (soggetto menzionato solo nel maggio 2009 nella successiva prescritta dichiarazione resa ex par. 22, 3° bando in occasione della presentazione dell’offerta).

Analogo rilievo va fatto con riguardo alla dichiarazione ex art. 38 citato presentata dalla mandante Omega S.p.a. che non indica gli

amministratori cessati dalla carica nel triennio precedente, quali il sig. Galli Guglielmo che fino al gennaio 2007 era anche direttore amm.vo.

Infine, con specifico riferimento all'offerta tecnica presentata dal R.T.I. Auselda, appare fondata anche la censura di violazione dell'art. 37, comma 4, D.lgs. n. 163/2006 e del par. 5 lettera d'invito (di cui al quinto motivo): infatti nell'offerta l'Auselda individua sommariamente le specifiche parti del servizio della cui esecuzione ciascuna delle imprese raggruppate è incaricata, suddividendo in sole tre voci il complesso oggetto dell'appalto e riferendo a tali voci la ripartizione dell'esecuzione del servizio con mandante Omega.

Sul punto della necessità, fin dal momento di presentazione dell'offerta, della specifica indicazione della ripartizione delle prestazioni fra le varie imprese costituenti il R.T.I. la giurisprudenza prevalente si è chiaramente espressa, rappresentando che solo in tal guisa, in sede di esame delle offerte, la stazione appaltante può valutare le proposte modalità di esecuzione e la rispondenza di queste alle regole di buona tecnica ed alle specifiche risorse professionali e strumentali del soggetto del raggruppamento deputato alla specifica prestazione (vedi in tali sensi ex multis C.d.S. V, 22 ott. 2009 n. 6458 e 28 ago. 2009 n. 5098, nonché C.G.A. 22 aprile 2009 n. 297).

In particolare, poi, la necessità della indicazione di tale riparto di compiti, nel caso di specie, risulta vieppiù rafforzata dai criteri di

valutazione dell'offerta tecnica, (fissati dal par. IV. 2.1. del bando di gara) i quali possono essere correttamente applicati soltanto nel caso in cui il raggruppamento partecipante alla gara abbia indicato le modalità operative e le risorse umane e strumentali con cui ciascun membro del raggruppamento interviene nella realizzazione delle varie prestazioni.

Per economia di mezzi il Collegio assorbe le altre censure e profili di censura dal cui esame la ricorrente incidentale non trarrebbe ulteriore vantaggio.

Per le esposte considerazioni, quindi, il ricorso incidentale (proposto da R.T.I. Transcom Worldwide S.p.a. nell'ambito del giudizio instaurato con ricorso principale R.G. 4309/2010) va accolto e, per l'effetto, vanno annullati gli atti del procedimento di prequalifica e la lettera d'invito alla gara trasmessa da INPS alla ricorrente principale in data 10 marzo 2009 n. 17; in conseguenza il ricorso principale – atto introduttivo e motivi aggiunti – va dichiarato improcedibile per carenza sopravvenuta d'interesse.

Passando ad esaminare il ricorso R.G. 4616/2010 proposto dalla Omega S.p.a. (mandante del R.T.I. di cui Auselda S.p.a. è mandataria), la controversia concerne le stesse determinazioni n. 139 e n. 140 del 17 marzo 2010 con cui l'INPS ha disposto, da un lato, l'esclusione del R.T.I. Auselda S.p.a. dalla gara e, dall'altro, l'aggiudicazione definitiva della gara medesima al R.T.I. Transcom W. S.p.a..

Anche nell'ambito di questo giudizio l'aggiudicataria Transcom W. S.p.a. ha proposto ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara del R.T.I. Auselda – Omega, deducendone l'illegittimità con argomentazioni analoghe a quelle già sviluppate nell'altro ricorso incidentale già sopra esaminato.

Peraltro, poiché in questo giudizio la Omega S.p.a., ricorrente principale, contesta l'esclusione dalla gara disposta anche a causa del difetto del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. c del D.lgs. n. 163/2006 in capo al proprio legale rappresentante sig. Claudio Massa, il Collegio, per economia di mezzi, ritiene di esaminare direttamente il ricorso principale (pur in presenza del ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria) – a prescindere dalle eccezioni di tardività ed inammissibilità sollevate da INPS e dell'aggiudicataria – poiché il medesimo è chiaramente infondato alla luce delle statuizioni già sopra pronunciate in argomento in occasione dell'esame del ricorso incidentale proposto dalla stessa aggiudicataria nell'ambito del giudizio introdotto con il ricorso R.G. 4309/2010 sopra trattato.

3.1.. Infatti (come si è sopra illustrato) correttamente la stazione appaltante ha escluso il R.T.I. Auselda-Omega, anche per il riscontrato difetto del requisito, di cui all'art. 38, comma 1, lett. c, del D.lgs. n. 163/2006, in capo al sig. Claudio Massa, amm.re unico con rappresentanza della Omega S.p.a. nel periodo dal 4 dic. 2009 al 29 gen. 2010, avendo rilevato dal certificato del Casellario giudiziario

che il suddetto aveva subito 12 condanne (nel periodo dal 1995 al 2006) per reati gravi ritenuti idonei ad incidere sulla moralità professionale dell'impresa concorrente alla gara; condanne di cui non vi era alcuna menzione nella dichiarazione apposita resa in corso di gara in data 10 febb. 2010 (a seguito di specifica richiesta di conferma da parte della stazione appaltante) dal suddetto ex amministratore unico, che, pur non essendo più in carica, aveva attestato "di non versare in nessuna delle cause di esclusione contemplate dall'ex art. 38 del D.Lvo n. 163 del 16 aprile 2006" con evidente riferimento al periodo dicembre 2009 – 29 gennaio 2010 di esercizio delle proprie funzioni e senza cenno alcuno alla intervenuta nomina di un nuovo amm.re unico a seguito delle proprie dimissioni. Né giova alla Omega S.p.a. invocare la delibera 26 maggio 2010 con cui l'assemblea societaria ha dato mandato al presidente di promuovere l'azione sociale di responsabilità contro il sig. Massa, trattandosi di un'iniziativa intervenuta 3 mesi dopo l'esclusione dalla gara.

3.2. Pertanto si può concludere che la rilevata mancanza del requisito della moralità professionale in capo ad uno degli amministratori (dotati di poteri di rappresentanza) della Omega S.p.a. (impresa mandante del R.T.I. Auselda) è sufficiente a giustificare la disposta esclusione dalla gara di tale raggruppamento, tenuto anche conto che la stessa non è neppure titolare di un interesse strumentale al rinnovo della procedura.

Quindi, per economia di mezzi, il Collegio (a prescindere dall'esame degli altri motivi di impugnazione sia dell'esclusione dalla gara sia dalla aggiudicazione definitiva) respinge il ricorso principale (R.G. 4616/2010) e conseguentemente dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria.

4. Riepilogando, previa riunione dei due ricorsi in epigrafe per connessione oggettiva e soggettiva, in via preliminare va dichiarata la carenza di legittimazione passiva dell'INAIL in entrambi i giudizi, disponendone in conseguenza l'estromissione; nel merito, poi, quanto al ricorso R.G. 4309/2010, accoglie il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria, nei sensi di cui in motivazione, e, per l'effetto, annulla gli atti del procedimento di prequalifica e la lettera di invito della ricorrente principale, mentre in conseguenza dichiara improcedibile il ricorso principale in toto; quanto, poi, al ricorso R.G. 4916/2010, respinge in toto il ricorso principale, dichiarando, pertanto, improcedibile il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria.

Date le peculiari caratteristiche dello svolgimento della procedura di gara, ricorrono giusti motivi per compensare integralmente le spese di lite tra le parti per entrambi i ricorsi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater) definitivamente pronunciando sui due ricorsi, come in

epigrafe proposti, previa riunione dei medesimi, preliminarmente dichiara la carenza di legittimazione passiva dell'INAIL in entrambi i giudizi e pertanto lo estromette dai medesimi; nel merito, poi, quanto al ricorso R.G. 4309/2010, accoglie il ricorso incidentale nei sensi di cui in motivazione e conseguentemente dichiara improcedibile il ricorso principale; quanto al ricorso R.G. 4916/2010, respinge il ricorso principale, dichiarando improcedibile quello incidentale.

Spese di lite compensate tra tutte le parti costituite per entrambi i ricorsi.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Carlo Taglienti, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/01/2011

IL SEGRETARIO

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