

SENTENZE OGGIPA

Publicato il 21/05/2018
N. 03033/2018REG.PROV.COLL.
N. 04577/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 4577 del 2017, proposto da Ostello Bello s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Federico Boezio, con domicilio eletto presso lo studio Maria Stefania Masini, in Roma, via A. Gramsci, n. 24;

contro

Comune di Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Mandarano, Stefania Pagano, Emilio Luigi Pregnotato, Sabrina Maria Licciardo, Danilo Parvopasso, Sara Pagliosa e Giuseppe Lepore, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Polibio, n. 15; Gastameco s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Monti e Silvia Lazzarino, con domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons, in Roma, via Cicerone, n. 44;

nei confronti

Hotel Maison Casa Borella s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia – Milano, Sez. I, n. 00815/2017, resa tra le parti, concernente la concessione del diritto di superficie su un immobile di proprietà del Comune di Milano.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Milano e della Gastameco s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 aprile 2018 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Sciacca, in dichiarata delega di Boezio, Pregnotato e Monti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Milano ha indetto una gara per l'affidamento in concessione del diritto di superficie su un immobile di sua proprietà ubicato in Ripa di Porta Ticinese n. 83, sottoposto a vincolo dalla Direzione Generale per i Beni Culturali e Paesaggistici della Lombardia.

In base al bando l'assegnatario avrebbe dovuto provvedere alla riqualificazione complessiva dello stabile, incluso il recupero architettonico, e al successivo utilizzo del medesimo per l'esercizio dell'attività ricettiva e di attività complementari ed integrative rispetto ad essa.

A tali fini i concorrenti avrebbero dovuto presentare una proposta concernente la conservazione, il recupero e la riqualificazione del bene.

2. All'esito della valutazione delle offerte pervenute la gara è stata aggiudicata all'ATI fra la Gastameco s.r.l. (capogruppo) e la Hotel Maison Casa Borella s.r.l. (d'ora in avanti solo ATI Gastameco).

Ritenendo l'aggiudicazione illegittima la Ostello Bello s.r.l. l'ha impugnata con ricorso e successivi motivi aggiunti al TAR Lombardia, il quale con sentenza 10/4/2017, n. 815 (sez. I), ha respinto il gravame.

3. Avverso la sentenza la Ostello Bello ha proposto appello.

Per resistere al ricorso si sono costituiti in giudizio il Comune di Milano e la Gastameco.

Con successive memorie tutte le parti hanno illustrato le proprie tesi difensive.

4. Alla pubblica udienza del 19/4/2018 la causa è passata in decisione.

5. Può prescindere dall'esame delle eccezioni di rito sollevate dalle parti appellate essendo l'appello da respingere nel merito.

6. Col primo motivo l'appellante censura l'impugnata sentenza nella parte in cui ha dichiarato improcedibili, per sopravvenuta carenza d'interesse, il primo e il quarto motivo del ricorso introduttivo del giudizio in considerazione dell'intervenuta approvazione del progetto di recupero dell'ATI Gastrameco da parte della Soprintendenza Belle Arti e Paesaggio di Milano.

Deduce l'appellante che il Tribunale avrebbe travisato il senso delle doglianze, atteso che avrebbe formato oggetto di contestazione il fatto che la proposta che ha ottenuto l'aggiudicazione è stata necessariamente modificata in modo sostanziale sulla base dei suggerimenti della Soprintendenza (intervenuti prima che quest'ultima la valutasse ufficialmente) perché non conforme a prescrizioni e vincoli stabiliti dalla stessa Soprintendenza e dal bando (art. 6), di modo che non avrebbe potuto essere positivamente valutata dalla Commissione di gara.

La lagnanza è da condividere nella parte in cui è diretta a contestare la pronunciata improcedibilità del primo motivo, stante l'evidente interesse dell'odierna appellante a far accertare se la proposta dell'aggiudicataria fosse o meno conforme alle prescrizioni della *lex specialis*.

La doglianza va, dunque, affrontata nel merito e risulta infondata.

L'art. 2 del bando disponeva che i *"progetti dovranno prevedere la riqualificazione complessiva dell'immobile, ossia il suo recupero architettonico ... sia la sua rifunzionalizzazione, garantendo un utilizzo ottimale di tutte le sue parti e delle aree pertinenziali. I progetti dovranno conformarsi con quanto previsto ai successivi articoli e nell'allegato Documento Preliminare alla Progettazione (DPP) (Allegato A)"*.

Il suddetto DPP ha dettato gli *"indirizzi progettuali"* così descrivendoli: *"Recuperare l'edificio sia dal punto di vista architettonico mediante interventi finalizzati alla valorizzazione della tipologia a casa di ringhiera tipica dell'ambito dei Navigli, sia dal punto di vista funzionale tramite l'inserimento di unità ricettiva-ostello affiancata da attività indipendenti dalla funzione principale che fungano da filtro tra la funzione privata interna e quella pubblica esterna."*

Per la realizzazione dell'ostello dovranno essere rispettati tutti i requisiti richiesti dalla normativa per questa tipologia di attività

Essendo l'immobile sottoposto a vincolo diretto, il progetto di recupero dovrà essere sottoposto alla preventiva autorizzazione delle competenti Soprintendenze ai sensi dell'art. 21, commi 4 e 5 del D. Lgs. 42/2004 s.m.i.. I lavori, le opere e le nuove destinazioni d'uso, da individuarsi nel programma di rifunzionalizzazione, non dovranno in ogni caso comportare interventi invasivi e distruttivi tali da alterare la spazialità e le caratteristiche distributive e tipologiche originarie dei beni assicurando altresì la loro integrità ai sensi dell'art. 29, comma 4, del D.Lgs. citato così come riportato nel provvedimento di autorizzazione all'alienazione ..."

I successivi artt. 10 e 12 del medesimo bando stabilivano a loro volta che i concorrenti dovessero presentare, ai fini della partecipazione alla selezione, non un vero e proprio progetto, nemmeno allo stadio di preliminare, ma un mero studio di fattibilità degli interventi di recupero e riuso proposti.

Solo dopo l'aggiudicazione il concorrente prescelto avrebbe dovuto produrre il vero e proprio progetto di recupero edilizio, come si ricava inequivocabilmente dall'art. 13, lett. b), del bando, e solo quest'ultimo avrebbe dovuto superare il successivo vaglio della Soprintendenza per i Beni Culturali e Paesaggistici della Lombardia, come emerge dall'art. 6, comma 3, del bando.

Orbene, come si ricava dall'art. 14, comma 1, del D.P.R. 5/10/2010, n. 207, lo studio di fattibilità, ha, per sua natura, un grado di approfondimento minimale, traducendosi in una relazione illustrativa atta ad esporre, a grandi linee, gli aspetti fondamentali dei lavori da eseguire secondo quanto specificato nella citata norma. E' pertanto connaturale all'essenza stessa dello studio di fattibilità l'evenienza che nelle successive fasi della progettazione possano intervenire modifiche e integrazioni, salvo che queste non comportino un completo e totale stravolgimento dell'idea di massima iniziale.

Quindi, contrariamente a quanto dedotto dall'appellante:

a) lo studio di fattibilità proposto dall'ATI Gastameco non era contrario né al bando, né alle prescrizioni della Soprintendenza o perlomeno non sono stati evidenziati specifici aspetti di contrasto;

b) la non perfetta coincidenza tra studio di fattibilità e successivo progetto di recupero è del tutto connaturale al diverso grado di dettaglio dei due tipi di elaborati.

7. Il mezzo di gravame va invece dichiarato inammissibile nella parte in cui è diretto a contestare il capo dell'impugnata sentenza con cui è stata dichiarata l'improcedibilità del quarto motivo del ricorso introduttivo del giudizio.

Con tale motivo l'odierna appellante aveva censurato il punteggio attribuito all'offerta tecnica dell'ATI Gastameco con riferimento alla voce di cui all'art. 12, punto B.3, del bando (ribasso rispetto ai prezzi massimi previsti dal bando), assumendo che la Commissione giudicatrice avesse premiato le addizioni volumetriche previste dalla detta concorrente senza tener conto della possibilità che la Soprintendenza non le autorizzasse. Rispetto al contenuto della censura prospettata in primo grado risulta del tutto influente far accertare, così come dedotto in appello, che la Commissione abbia *"illegittimamente considerato il progetto/studio di fattibilità conforme alle prescrizioni e ai vincoli stabiliti dalla Soprintendenza, violando le prescrizioni del bando ..."*, perché ciò non costituiva oggetto della doglianza proposta in primo grado.

Il motivo d'appello è, comunque, infondato in quanto constatata l'intervenuta autorizzazione delle dette addizioni volumetriche da parte della Soprintendenza, correttamente il Tribunale ha ritenuto la censura improcedibile.

8. Col secondo mezzo di gravame l'appellante denuncia l'errore asseritamente commesso dal giudice di prime cure nel respingere la prima e la seconda (*rectius* sesta) doglianza del ricorso per motivi aggiunti *"stante l'estraneità della soprintendenza alla procedura di gara e la soggezione della stessa alle previsioni di cui all'art. 21, d.lgs. n. 42/2004 che non sono state affatto violate per la circostanza che sia stato valutato un progetto cui sono state apportate modifiche rispetto a quello presentato alla commissione di gara"*.

La contestata motivazione non sarebbe condivisibile in quanto con la prima doglianza, diversamente da quanto ritenuto dal Tribunale, non sarebbe stata censurata la determinazione della Soprintendenza di approvare un progetto diverso da quello risultato vincitore della selezione e comunque indebitamente modificato con l'assistenza della stessa Soprintendenza, bensì la presentazione da parte dell'ATI Gastameco:

a) in prima battuta di uno studio di fattibilità che prevedeva una *"nuova costruzione"* (consistente in un ampliamento dell'immobile *"mediante l'aggiunta di un volume trasparente in aderenza al foyer-reception dell'Ostello"*)

b) successivamente di un progetto, definito dalla stessa concorrente di *"manutenzione straordinaria nella fase iniziale e di restauro e risanamento conservativo nella fase principale"*, che, in contrasto con la detta definizione, con gli artt. 3, 6 e 12 del bando, con l'art. 3 del D.P.R. n. 380/2001, con l'art. 27 della L.R. n. 12/2005 e con le NTA del PGT di Milano, contemplava ancora una *"nuova costruzione"*.

Il Tribunale avrebbe, inoltre, travisato il contenuto dei due motivi laddove ha affermato che il progetto della controinteressata *"sarebbe stato indebitamente modificato con l'assistenza della soprintendenza stessa"*.

Difatti non avrebbe considerato che l'assistenza tecnica fatta oggetto di contestazione non è quella data alla controinteressata in sede di rilascio dell'autorizzazione finale, ma quella concessa in via di fatto che è risultata decisiva al fine di rendere il progetto dell'aggiudicataria compatibile con le prescrizioni del bando.

La doglianza non merita accoglimento.

Con le indicate censure di primo grado (prima e sesta del ricorso per motivi aggiunti) la Ostello Bello ha impugnato la determinazione della Soprintendenza per aver approvato un progetto diverso da quello risultato aggiudicatario e per aver posto *"in essere interventi di correzione o aiuto del privato al fine di rendere il progetto consono ai criteri e alle valutazioni che la stessa Soprintendenza applica per rilasciare autorizzazioni e nullaosta"*. Orbene, l'unico compito della Soprintendenza era quello di valutare se il progetto sottoposto al suo esame (ovvero quello redatto dopo l'aggiudicazione) fosse compatibile con le prescrizioni di vincolo inerenti al bene e nessuna norma di gara o del bando imponeva che tale progetto non subisse modifiche, anche suggerite, in un'ottica collaborativa, dalla stessa autorità statale, rispetto alla proposta valutata dalla Commissione di gara (che come sopra chiarito si sostanziava in un mero studio di fattibilità).

9. Col terzo motivo l'appellante lamenta che il Tribunale avrebbe errato a ritenere che non occorresse la verbalizzazione del giudizio espresso da ciascun componente della Commissione esaminatrice in relazione ad ognuno dei parametri di valutazione.

Nel caso di specie infatti l'esplicitazione del giudizio emesso da ciascun commissario sarebbe stata espressamente prevista e disciplinata dalla Commissione nella formulazione dei criteri per l'attribuzione dei punteggi.

Il motivo è infondato.

Né la *lex specialis* della gara, né i criteri di massima per l'attribuzione dei punteggi fissati dalla Commissione giudicatrice stabilivano che dovessero essere esternati e verbalizzati i giudizi emessi da ciascun singolo commissario.

Il Tribunale ha fatto pertanto corretta applicazione della massima giurisprudenziale secondo cui nelle: *“gare pubbliche non sussiste l'obbligo della specifica indicazione dei punteggi attribuiti dai singoli commissari, trattandosi di formalità interna relativa ai lavori della Commissione esaminatrice, i cui giudizi, ai fini della verbalizzazione e della pubblicità esterna, sono sufficientemente documentati con la sola attribuzione del voto complessivo finale”* (Cons. Stato, Sez. V, 14/2/2018, n. 952; Sez. III, 8/9/2015, n. 4209; Sez. IV, 16/2/2012, n. 810).

10. Col quarto mezzo di gravame si denuncia l'errore commesso dal Tribunale nel dichiarare irricevibile la terza censura del ricorso per motivi aggiunti con la quale era stato dedotto che l'offerta dell'ATI Gastameco avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver proposto un ampliamento dell'immobile (consistente nell'aggiunta di un volume trasparente in aderenza al foyer- reception) non consentito perché modificativo della sagoma del bene e perché in contrasto con la normativa urbanistica avendo il lotto esaurito la sua capacità edificatoria. Secondo l'appellante tale motivo sarebbe stato prospettato sin dal ricorso introduttivo, costituendo la doglianza contenuta nei motivi aggiunti una mera specificazione.

Il motivo è infondato.

Infatti è vero che il ricorso introduttivo faceva riferimento alla presenza di *“nuovi volumi”*, ma sempre in maniera generica senza mai specificare quali fossero i nuovi ingombri di cui si censurava l'illegittima previsione, così da rendere sotto questo profilo inammissibile la censura.

Solo con la terza doglianza del ricorso per motivi aggiunti (notificato nel settembre 2016) l'appellante ha specificato che la contestazione riguardava *“il volume trasparente in aderenza al foyer-reception dell'ostello”*, ma ciò ha fatto quand'ormai era trascorso il termine decadenziale, tenuto conto che, come correttamente rilevato dal Tribunale, la presenza del nuovo volume doveva ritenersi nota all'appellante quantomeno dal 7/7/2015, data in cui la medesima ha depositato in giudizio la relazione tecnica allegata all'offerta dell'ATI Gastameco la quale contemplava siffatto volume.

11. Con un ulteriore motivo si censura l'impugnata sentenza nella parte in cui ha dichiarato inammissibile la quarta doglianza dei motivi aggiunti con la quale era stata dedotta l'illegittima presentazione da parte della controinteressata di due progetti diversi.

Il Tribunale ha basato la decisione sulla mancata impugnazione del provvedimento in data 23/9/2016 col quale il Comune avrebbe approvato lo schema di convenzione al quale sarebbe stato allegato il progetto di recupero dell'ATI Gastameco.

Tuttavia l'amministrazione comunale non avrebbe adottato alcun atto di approvazione del nuovo progetto, né avrebbe approvato la convenzione.

In ogni caso, la pronuncia di inammissibilità sarebbe stata erronea anche se il progetto modificato fosse stato approvato, atteso che sarebbe stato chiaro l'intendimento della Ostello Bello di contestare la divergenza tra il progetto approvato dalla Commissione di gara e quello sottoposto all'esame della Soprintendenza.

Del resto il Tribunale ha espressamente esaminato il motivo di gravame affermando che: *“Dalla lettura del bando si rinvengono una pluralità di elementi che consentono di escludere che lo schema progettuale che i concorrenti erano chiamati ad allegare all'offerta tecnica dovesse avere un livello di dettaglio tale da essere successivamente imm modificabile ... Se è da ritenersi che tale facoltà incontri un limite, legato alla necessità che non sia eluso il rispetto delle regole e dei principi a base dell'evidenza pubblica, laddove sia apportata un modifica sostanziale ai caratteri essenziali dell'offerta, un tale limite, nel caso di specie, non può dirsi superato”*. L'affermazione secondo cui il detto *“limite”* non risulterebbe superato, peraltro non motivata, non sarebbe però condivisibile in quanto il progetto dell'ATI Gastameco avrebbe ottenuto l'aggiudicazione solo perché in contrasto con le prescrizioni del bando e della Soprintendenza.

La censura, fondata quanto alla contestata pronuncia di inammissibilità, atteso che non risulta dimostrata l'intervenuta approvazione del progetto, è comunque infondata nel merito.

Ed invero per un verso nel motivo d'appello non risultano specificati quali sarebbero gli elementi di contrasto tra la proposta dell'ATI Gastameco e le prescrizioni del bando e della Soprintendenza e per altro verso, come più sopra chiarito, le modifiche apportate alla proposta allegata all'offerta nella successiva fase della progettazione non costituiscono fonte di illegittimità.

12. Il ricorso va, in definitiva, respinto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che la Sezione ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Sussistono eccezionali ragioni, connesse alla peculiarità e complessità delle questioni affrontate, per disporre l'integrale compensazione di spese e onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 15/05/2018

N. 02894/2018REG.PROV.COLL.

N. 01379/2018 REG.RIC.

N. 01382/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1379 del 2018, proposto dalla Leonardo s.p.a., in proprio e quale mandataria del R.T.I. con Dedalus s.p.a., nonché della Dedalus s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Dover Scalera, Fabrizio Pietrosanti e Tommaso Paparo e con questi elettivamente domiciliate in Roma, Via di Santa Teresa, n. 23, presso lo studio degli avvocati Fabrizio Pietrosanti e Tommaso Paparo,

contro

Lombardia Informatica s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Gennaro Terracciano, presso il cui studio in Roma, Piazza di San Bernardo, n. 101, è elettivamente domiciliata, nonché

nei confronti

Santer Reply s.p.a., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con Kpmg Advisory s.p.a. e Intersystems Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Gottardo, Stefano Cassamagnaghi e Vincenzo Caputi Iambrenghi e con questi elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avvocato Vincenzo Caputi Iambrenghi in Roma, via Vincenzo Picardi, n. 4/b,

Kpmg Advisory s.p.a., in proprio e quale mandante del RTI costituendo con Santer Replay s.p.a. e Intersystems Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio, Intersystems Italia s.r.l., in proprio e quale mandante del RTI costituendo con Santer Replay s.p.a. e KPMG Advisory s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio,

sul ricorso numero di registro generale 1382 del 2018, proposto dalla Santer Reply s.p.a., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con Kpmg Advisory s.p.a. e Intersystems Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Gottardo, Stefano Cassamagnaghi e Vincenzo Caputi Iambrenghi e con questi elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avvocato Vincenzo Caputi Iambrenghi in Roma, via Vincenzo Picardi, n. 4/b,

contro

Lombardia Informatica s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Gennaro Terracciano, presso il cui studio in Roma, Piazza di San Bernardo, n. 101, è elettivamente domiciliata, nonché

nei confronti

Leonardo s.p.a., in proprio e quale mandataria del R.T.I. con Dedalus s.p.a., nonché della Dedalus s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Dover Scalera, Fabrizio Pietrosanti e Tommaso Paparo e con questi elettivamente domiciliate in Roma, Via di Santa Teresa, n. 23, presso lo studio degli avvocati Fabrizio Pietrosanti e Tommaso Paparo,

per la riforma,

per entrambi gli appelli n. 1379 del 2018 e 1382 del 2018:

della sentenza del Tar Lombardia, Milano, sez. IV, n. 2225 del 23 novembre 2017, non notificata, che, previa declaratoria di infondatezza del ricorso incidentale proposto da Santer Reply s.p.a., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con Kpmg Advisory s.p.a. e Intersystems Italia s.r.l., ha accolto in parte il ricorso principale proposto dalla Leonardo s.p.a., ordinando il riesame delle offerte tecniche di tutti i concorrenti da parte di una nuova Commissione di gara.

Visti i ricorsi in appello nn. 1379 del 2018 e 1382 del 2018 e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione, nei giudizi nn. 1379 del 2018 e 1382 del 2018, di Lombardia Informatica s.p.a.;

Visto l'atto di costituzione, nel giudizio 1379 del 2018, di Santer Reply s.p.a., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con Kpmg Advisory s.p.a. e Intersystems Italia s.r.l.;

Visti tutti gli atti delle cause;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 maggio 2018 il Cons. Giulia Ferrari e uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato in data 15 dicembre 2015 la Lombardia Informatica s.p.a. ha indetto una procedura ristretta, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (massimo 70 punti attribuibili all'offerta tecnica e massimo 30 punti all'offerta economica), per l'affidamento, quanto al Lotto 1, dei servizi di progettazione, realizzazione, installazione, gestione operativa, manutenzione ed evoluzione della Nuova Piattaforma Regionale di Integrazione (NPRI) per gli Enti Sanitari lombardi; quanto al Lotto 2, della gestione, assistenza e manutenzione dell'attuale Piattaforma Regionale di Integrazione (PRI).

Con riferimento ai 70 punti per il merito tecnico, la lettera di invito ha previsto che “per rendere omogenea l’attribuzione dei punteggi discrezionali alle diverse offerte, si è deciso di assegnare ad ognuna delle voci inerenti i singoli aspetti dell’offerta da valutare, un punteggio pesato in funzione dell’importanza della singola voce nell’ambito dell’offerta complessiva. Pertanto sono stati previsti cinque giudizi da attribuire alle singole voci oggetto di valutazione e segnatamente: a) insufficiente, nel caso in cui il concorrente non offra uno o più dei moduli funzionali aggiunti di cui al paragrafo 2 del modello di offerta tecnica; b) scarso, nel caso di trattazione incompleta o comunque con un modesto livello di approfondimento, senza un adeguato livello di dettaglio; c) discreto, nel caso di trattazione completa e con un accettabile livello di approfondimento e di dettaglio; d) buono, nel caso di trattazione completa e accurata e con un buon livello di approfondimento e di dettaglio; e) ottimo, nel caso di trattazione approfondita e con un livello di dettaglio elevato, che soddisfi pienamente quanto richiesto per la valutazione.

Ad ognuno di detti giudizi corrisponde l’assegnazione alla singola voce del punteggio, calcolato applicando i seguenti coefficienti al punteggio massimo previsto: a) insufficiente, 0%; b) scarso, 25%; c) discreto, 50%; d) buono, 75%; e) ottimo, 100%.

All’esito della procedura il Lotto 1 è stato aggiudicato al costituendo Raggruppamento con capogruppo la Santer Reply s.p.a. (d’ora in poi, Santer), con 95,15 punti (di cui 69,09 punti per l’offerta tecnica e 26,06 punti per quella economica); secondo graduato il Raggruppamento con capogruppo la Leonardo s.p.a. (d’ora in poi, Leonardo), con 94,66 punti (di cui 70 punti per l’offerta tecnica e 24,66 punti per quella economica).

In data 24 maggio 2017, la società Leonardo ha inviato alla stazione appaltante istanza di riesame dell’avvenuta aggiudicazione, sul rilievo che la valutazione di entrambe le offerte tecniche del Raggruppamento aggiudicatario e del secondo graduato – nella parte attinente ai sottocriteri da 2 a 8 del primo criterio (id est, “Panoramica complessiva dell’iniziativa – visione e interpretazione delle esigenze di RL, LI e ES e strategie evolutive di lungo termine per i servizi offerti”) - era stata espressa con assegnazione di un punteggio errato, in quanto incoerente con il giudizio sintetico unitario espresso dalla Commissione. Per il sottocriterio “prontezza della soluzione” sono stati attribuiti 8,00 punti (1,2 - 1,2 - 1,2 - 1,2 - 1,2 - 1,2 - 0,8) laddove, in ragione del giudizio rispettivamente espresso (Ottimo – Ottimo – Buono – Buono – Buono – Buono – Buono) avrebbero dovuto essere attribuiti i seguenti punteggi parziali: 1,2 - 1,2 - 0,9 - 0,9 - 1,2 - 0,9 - 0,6, per un totale di punti 6,9. Allo stesso modo, anche alla Leonardo erano stati attribuiti erroneamente per il profilo della c.d. “prontezza della soluzione”, i seguenti punteggi: 1,2 - 0,6 - 0,6 - 1,2 - 1,6 - 1,2 - 0,8, per un totale di punti 7,2, laddove, in ragione del giudizio rispettivamente espresso (Buono – Buono – Buono – Buono – Ottimo – Buono – Buono), avrebbero dovuto essere attribuiti i seguenti corretti punteggi parziali: 0,9 - 0,9 - 0,9 - 0,9 - 1,6 - 0,9 - 0,6, per un totale di punti 6,7.

Dunque, applicando i punteggi corretti, Santer avrebbe dovuto ottenere un punteggio tecnico pari a punti 48,25 mentre il Raggruppamento Leonardo un punteggio tecnico pari a punti 49,50 che, riparametrati, avrebbero condotto, rispettivamente, ad un punteggio tecnico pari a 68,23 (e non più 69,09) per Santer e 70,00 per il Raggruppamento Leonardo, con la conseguenza che Leonardo avrebbe conservato il totale di 94,66 punti mentre il Raggruppamento Santer avrebbe conseguito un totale di 94,29 punti in luogo dei 95,15 punti originariamente attribuitole.

2. Con ricorso notificato il 27 maggio 2017 il Raggruppamento Leonardo ha impugnato dinanzi al Tar Milano l’aggiudicazione del Lotto 1, denunciando l’erronea attribuzione dei punteggi.

L'adito Tar Milano, sez. IV, con sentenza n. 2225 del 23 novembre 2017, previa reiezione del ricorso incidentale proposto dal Raggruppamento Santer, ha accolto il ricorso principale limitatamente alla domanda di annullamento con esso formulato ma, invece di disporre l'aggiudicazione della procedura in favore del Raggruppamento Leonardo-Dedalus, ha ordinato il riesame delle offerte tecniche di tutti i concorrenti da parte di una nuova Commissione di gara.

3. Avverso detta sentenza Leonardo ha proposto appello (n. 1379 del 2018), notificato e depositato il 21 febbraio 2018, deducendo che, nella parte in cui dispone affinché la nuova Commissione di gara provveda a "una nuova valutazione delle offerte già presentate" e al loro "riesame", lede ingiustamente l'interesse del Raggruppamento con capogruppo Leonardo ove la "nuova valutazione delle offerte" e il loro "riesame" dalla medesima imposti nel delineato piano conformativo siano da intendersi volti alla integrale riedizione, contraria al principio di conservazione degli atti, delle attività di giudizio e non alla mera traduzione del giudizio già reso nei punteggi che necessariamente ne conseguono mediante operazioni numeriche prive di discrezionalità. Che tale sia l'interpretazione, che della decisione del Tar è stata data, ne è prova il ricorso proposto dalla stazione appaltante Lombardia informatica con richiesta di chiarimenti ex art. 112, comma 5, c.p.a., dichiarato inammissibile dal Tar Milano con sentenza n. 938 del 6 aprile 2018.

Avverso l'impugnata sentenza n. 2225 del 23 novembre 2017 Leonardo deduce:

Erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., per mancata corrispondenza tra chiesto e pronunciato - Violazione dell'art. 111, comma 6, Cost.; erronea applicazione delle regole che presiedono all'esercizio del potere giudicante per intrinseca contraddittorietà - Violazione del principio dispositivo e del principio di segretezza delle offerte.

Dall'accoglimento del motivo proposto avverso l'attribuzione dei punteggi il Tar avrebbe dovuto far conseguire l'aggiudicazione della gara a Leonardo.

Per l'effetto devolutivo del giudizio di appello, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., il Raggruppamento Leonardo ripropone le eccezioni ed i motivi dichiarati assorbiti ovvero respinti senza motivazione dalla sentenza appellata, in quanto, ove esaminati, anch'essi condurrebbero all'aggiudicazione del contratto a Leonardo:

a) Violazione falsa applicazione di norme di legge e di principi generali immanenti nell'ordinamento (quali prima indicati all'art. 83, d.lgs. n. 163 del 2006 ed ora codificati agli artt. 83 e 95, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 in relazione alle prescrizioni dell'art. 13.2 della lettera di invito; nonché in relazione agli artt. 3 e 97 Cost.) - Erroneità per macroscopico errore materiale della Commissione di gara e difetto di istruttoria, eccesso di potere per sviamento - Illegittimità derivata.

Ove non sussista il denunciato errore materiale nell'attribuzione del punteggio relativo ai sottocriteri da 2 a 8 del Criterio 1 "Specifiche funzionali e architettura applicativa - moduli funzionali di base" e i punti assegnati per il "Grado di prontezza della soluzione" siano da considerarsi corretti, essi allora sono stati illegittimamente espressi senza previo autonomo giudizio e correlata valutazione (essendo quella espressa allora riferibile soltanto al profilo della "qualità" della soluzione) e, comunque, con palese contrarietà alle dichiarazioni di prontezza delle soluzioni rispettivamente fatte o non fatte da ciascuno dei Raggruppamenti concorrenti, primo e secondo classificato.

c) Illogicità manifesta e contraddittorietà - Violazione falsa applicazione della lex specialis, errata applicazione dei criteri di aggiudicazione e attribuzione del punteggio rispetto all'effettivo contenuto dell'offerta dell'ATI controinteressata - Errore per difetto di istruttoria - Eccesso di potere per disparità di trattamento.

In via ulteriormente gradata, ove il presente motivo non risulti assorbito dai precedenti, occorre osservare che i provvedimenti impugnati risultano illegittimi poiché dalla lettura dei punteggi attribuiti rispettivamente alle offerte dell'Ati Leonardo – Dedalus e della costituenda Ati Santer Reply, non è possibile ricostruire l'iter logico seguito dai commissari con riferimento al criterio della prontezza, per il quale la lettera di invito è carente di specifiche indicazioni per l'attribuzione del relativo punteggio.

d) Ulteriore profilo di illogicità manifesta e contraddittorietà - Violazione e falsa applicazione della lex specialis, errata applicazione dei criteri di aggiudicazione e attribuzione del punteggio rispetto all'effettivo contenuto dell'offerta dell'ATI controinteressata - Errore per difetto di istruttoria - Eccesso di potere per disparità di trattamento.

Ancora in via ulteriormente gradata, a riprova della illegittimità dell'operato della Commissione, evidentemente viziato per eccesso di potere e contraddittorietà, il Raggruppamento Leonardo rileva la circostanza che essa ha applicato regole disomogenee anche nel valutare l'offerta della medesima aggiudicataria laddove, senza alcuna giustificazione, dinanzi a medesimi deficit dichiarativi, alcune volte ha attribuito all'offerta di Santer un punteggio pieno e altre volte un punteggio ridotto sino al 75%.

Infine, con riferimento al ricorso incidentale proposto in primo grado da Santer, Leonardo ne aveva esclusa la portata paralizzante, e ciò anche in considerazione del fatto che, in subordine, troverebbero accoglimento le censure dedotte in ordine al vuoto di disciplina degli atti di gara, tale da consentire l'esercizio arbitrario di valutazioni ponderali delle offerte.

4. Avverso la stessa sentenza della sez. IV del Tar Milano n. 2225 del 23 novembre 2017 la ricorrente incidentale il Raggruppamento Santer ha proposto appello (n. 1382 del 2018), notificato il 12 febbraio 2018 e depositato il successivo 21 febbraio, deducendo:

a) Error in iudicando per violazione e falsa applicazione dell'art. 49, d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 88, d.P.R. n. 207 del 2010 - Violazione della lex specialis di gara - Violazione del principio di par condicio - Eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di motivazione e di istruttoria.

Con il primo motivo di ricorso incidentale, Santer aveva censurato la genericità e indeterminatezza dei contratti di avvalimento prodotti in sede di gara dal Raggruppamento Leonardo.

Ha errato il Tar che non ha ritenuto fondato detto motivo atteso che non vi è alcuna indicazione in merito alle risorse strumentali, materiali ed immateriali, e professionali messe a disposizione, non potendosi ritenere, sotto questo profilo, sufficiente quanto indicato nei contratti.

b) Error in iudicando per violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 46, d.lgs. n. 163 del 2006 - Violazione della lex specialis di gara e del capitolato tecnico - Violazione dell'art. 97 Cost. e del principio di buon andamento - Violazione del principio di par condicio - Eccesso di potere per travisamento,

contraddittorietà, erroneità dei presupposti, difetto di motivazione e di istruttoria.

Il Raggruppamento Leonardo avrebbe dovuto essere escluso per evidenti carenze dell'offerta tecnica, non rispettosa – in particolare – di quanto stabilito dal Capitolato tecnico in relazione alle “Funzionalità obbligatorie”.

Sul punto la sentenza del giudice di primo grado è del tutto priva di motivazione e gravemente erronea nelle sue apodittiche statuizioni.

L'accoglimento di uno dei due motivi del ricorso incidentale avrebbe reso inammissibile/improcedibile il ricorso principale proposto da Leonardo, in quanto soggetto legittimamente escluso dalla gara.

Ad ogni modo, la sentenza impugnata è altresì illegittima anche laddove accoglie il ricorso principale di primo grado di Leonardo, sia pur limitatamente al solo primo motivo, per:

c) Error in iudicando per violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara - Violazione dell'art. 83, d.lgs. n. 163 del 2006 - Illogicità, irragionevolezza.

La sentenza del Tar non è condivisibile nella parte in cui ha accolto il primo motivo del ricorso principale, affermando che la Commissione non avrebbe rispettato le regole di attribuzione del punteggio previste nella lex specialis, avendo formulato due punteggi diversi per la qualità della soluzione proposta e per il grado di prontezza, applicando le relative percentuali, pur a fronte di un unico giudizio descrittivo.

Ed invero, il giudizio motivazionale espresso dalla Commissione si riferisce esclusivamente al punteggio assegnato in relazione al merito tecnico dell'offerta, e ad esso infatti corrisponde sempre.

d) Error in iudicando per violazione dell'art. 83, d.lgs. n. 163 del 2006 - Violazione della lex specialis di gara e del capitolato tecnico - Violazione dell'art. 97 Cost, e del principio di buon andamento - Violazione del principio di par condicio - Eccesso di potere per travisamento, contraddittorietà, illogicità, erroneità dei presupposti, difetto di motivazione e di istruttoria.

Con il terzo motivo del ricorso incidentale Santer ha censurato l'attribuzione dei punteggi relativi all'offerta tecnica di Leonardo. Il Tar ha ritenuto inammissibile il motivo in quanto, essendo disposto il riesame delle offerte, la censura non è supportata da concreto interesse “essendo inerente agli atti di gara compiuti in una fase procedimentale successiva a quella dalla quale la procedura di gara dovrà ripartire per effetto della fondatezza del ricorso principale”.

Diversamente da quanto affermato dal giudice di primo grado sussiste tuttavia l'interesse di Santer a coltivare la censura. In particolare, come rilevato in primo grado, nella denegata ipotesi in cui si dovessero interpretare quelli mancanti nell'offerta di Leonardo come elementi non obbligatori dell'offerta tecnica, e quindi tali da non comportarne l'esclusione dalla gara, in ogni caso, le evidenti e plurime lacune contenute nell'offerta del Raggruppamento avversario avrebbero dovuto condurre la Commissione ad attribuire un punteggio tecnico certamente inferiore a quello effettivamente assegnato a Leonardo.

5. Si è costituita, nei giudizi nn. 1379 del 2018 e 1382 del 2018, Lombardia Informatica s.p.a., che ha sostenuto l'infondatezza dell'appello n. 1379 del 2018 e la parziale fondatezza dell'appello n. 1382 del

2018.

6. Si è costituita, nel giudizio n. 1379 del 2018, la Santer Reply s.p.a., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con Kpmg Advisory s.p.a. e Intersystems Italia s.r.l., che ha sostenuto l'infondatezza dell'appello.

7. Si è costituita, nel giudizio n. 1382 del 2018, la Leonardo s.p.a., in proprio e quale mandataria del RTI con Dedalus s.p.a., nonché la Dedalus s.p.a., che hanno sostenuto l'infondatezza dell'appello.

8. Alla pubblica udienza del 10 maggio 2018 le cause nn. 1379 del 2018 e 1382 del 2018 sono state trattenute per la decisione.

DIRITTO

1. Va preliminarmente disposta la riunione degli appelli nn. 1379 del 2018 e 1382 del 2018, stante la loro connessione soggettiva ed oggettiva, essendo impugnati con entrambi la stessa sentenza del Tar Lombardia, Milano, sez. IV, n. 2225 del 23 novembre 2017 che, previa declaratoria di infondatezza del ricorso incidentale proposto da Santer Reply s.p.a. (d'ora in poi, Santer), in proprio e in qualità di mandataria del costituendo Rti con Kpmg Advisory s.p.a. e Intersystems Italia s.r.l. (appellante nel ricorso n. 1382 del 2018), ha accolto in parte il ricorso principale proposto dalla Leonardo s.p.a. (d'ora in poi, Leonardo), già Finmeccanica s.p.a., in proprio e quale mandataria del Rti con Dedalus s.p.a., nonché la Dedalus s.p.a. (appellante nel ricorso n. 1379 del 2018), ordinando il riesame delle offerte tecniche di tutti i concorrenti da parte di una nuova Commissione di gara.

Il Collegio – chiarito, in punto di fatto, che alla gara per il Lotto 1 (servizi di progettazione, realizzazione, installazione, gestione operativa, manutenzione ed evoluzione della Nuova Piattaforma Regionale di Integrazione (NPRI) per gli Enti Sanitari lombardi), oggetto del presente contenzioso, hanno chiesto di partecipare nove concorrenti, tre dei quali hanno superato la fase di prequalifica – ritiene di principiare il proprio esame dal ricorso incidentale proposto in primo grado da Santer, e riproposto con l'appello n. 1382 del 2018, aggiudicataria della gara con 95,15 punti (di cui 69,09 punti per l'offerta tecnica e 26,06 punti per quella economica), gara alla quale si è collocato al secondo posto il Raggruppamento con capogruppo la Leonardo s.p.a., con 94,66 punti (di cui 70 punti per l'offerta tecnica e 24,66 punti per quella economica).

L'infondatezza dell'appello proposto dal Raggruppamento con capogruppo la Leonardo e, di contro, la fondatezza dell'appello proposto da Santer consentono di soprassedere dall'esame delle eccezioni in rito sollevate dal Raggruppamento Leonardo in ordine al rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale al fine di stabilirne l'ordine di esame.

2. Con il primo motivo Santer ha affermato che il Raggruppamento con capogruppo Leonardo avrebbe dovuto essere escluso per aver prodotto contratti di avvalimento generici. In particolare, al fine di soddisfare il possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale di cui alle lett. c) e lett. d) del punto III.2.3 del Bando di gara, la mandataria Leonardo s.p.a. aveva dichiarato di avvalersi della mandante Dedalus s.p.a., in qualità di impresa ausiliaria; quanto, invece, al requisito di cui alla lett. e) dello stesso punto III.2.3 del Bando, Leonardo aveva dichiarato di avvalersi dell'ausiliaria Deloitte Consulting s.r.l..

Il motivo non è suscettibile di positiva valutazione.

Quanto al contratto stipulato con la mandante Dedalus s.p.a., i requisiti di cui la Leonardo si è avvalsa sono: lett. c), “aver regolarmente eseguito, negli ultimi tre esercizi approvati alla data di pubblicazione del presente bando, servizi pari a € 2.500.000,00 (duemilionicinquecentomila/00) IVA esclusa, inerenti l’integrazione di sistemi informativi di Enti Sanitari, pubblici o privati, che includano attività di progettazione e realizzazione di sistemi informativi di Enti Sanitari. Almeno uno dei suddetti servizi dovrà comprendere attività di integrazione delle applicazioni dipartimentali dell’Ente con un’anagrafe assistiti centralizzata aziendale e con un repository clinico per la documentazione sanitaria degli assistiti anch’esso centralizzato a livello aziendale. Sono considerati validi ai fini della presente valutazione solo servizi/progetti che includono l’implementazione di integrazioni secondo standard internazionali tra cui HL7 V2 e successive, e/o CDA2, SOA/Webservice. Sono escluse dalla valorizzazione dei servizi/progetti le licenze d’uso software e l’hardware”; lett. d), “aver regolarmente eseguito, negli ultimi tre esercizi approvati alla data di pubblicazione del presente bando, almeno un servizio di progettazione e realizzazione di sistemi per la cooperazione applicativa tra il sistema informativo di un Ente Sanitario con i sistemi informativi regionali o nazionali per quanto riguarda almeno uno dei seguenti ambiti: gestione imaging, gestione della refertazione, reti di patologia, gestione anagrafiche assistiti o gestione prescrizioni. Il concorrente dovrà presentare l’elenco dei servizi prestati, con indicazione degli importi, delle date e dei destinatari pubblici o privati. Sono escluse dalla valorizzazione dei servizi/progetti le licenze d’uso software e l’hardware”.

La Dedalus si è obbligata a mettere a disposizione della Finmeccanica (divenuta poi Leonardo s.p.a.) per tutta la durata dell'appalto: “il fatturato afferente le referenze oggetto del presente avvalimento; il proprio apparato organizzativo aziendale, per quanto riguarda almeno le risorse professionali facenti parte di: Ufficio Gare, Ufficio Vendite, Ufficio Qualità, Direzione Finanziaria; le capacità e le competenze tecniche acquisite nel campo dell'Informatica Sanitaria e, in particolare, nella lavorazione delle commesse le cui referenze e relativi fatturati sono oggetto di avvalimento; risorse professionali, con specifiche competenze acquisite sulle tematiche oggetto dell'avvalimento e dotate degli strumenti e mezzi necessari per lo svolgimento delle attività previste (telefono cellulare aziendale, portatile aziendale, accesso alle banche dati Dedalus ed alle piattaforme di collaboration, ...); verranno a tal fine messe a disposizione almeno le seguenti figure: Project Manager, Product Manager, Analisti Senior e Junior, Sviluppatori Senior e Junior, Formatori, Sistemisti; e, più in generale, tutti gli strumenti, risorse materiali e immateriali - nessuna esclusa - di cui la Società Finmeccanica S.p.A. è carente, nell'ambito dei requisiti di Capacità Tecnica meglio descritti nei paragrafi precedenti”.

Quanto, invece, al contratto stipulato con la Deloitte Consulting s.r.l., va ricordato che il requisito di cui la Leonardo si è avvalsa è: lett. e) del punto III.2.3 del Bando di gara, “aver regolarmente eseguito, negli ultimi tre esercizi approvati alla data di pubblicazione del presente bando, servizi di demand management in ambito sanitario e socio-sanitario, ovvero

attività tra le seguenti: business analysis/consulting, governo del sistema informativo, definizione dei requisiti, change management, che abbiano, complessivamente, un valore pari o superiore a € 2.000.000,00 (duemilioni/00), IVA esclusa. Sono escluse dalla valorizzazione dei servizi/progetti le licenze d’uso software e l’hardware”.

La Deloitte Consulting s.r.l. si è impegnata a mettere a disposizione “a) il proprio apparato organizzativo relativo al requisito di cui sopra, nella misura necessaria a consentire a Finmeccanica l'esecuzione del servizio. In particolare, con specifico riferimento ai servizi oggetto del requisito, Deloitte fornirà almeno i seguenti profili professionali: Business Consultant Manager; Business Consultant Senior; Business

Consultant Junior; Esperto Tecnologie; Architetto dei Sistemi Informativi; Analista Funzionale; b) mezzi e attrezzature idonee allo svolgimento dei servizi in questione; c) in particolare Deloitte fornirà risorse professionali dotate di: strumenti personali quali PC e telefono cellulare; accesso ai sistemi di knowledge sharing aziendali, in particolare 'Deloitte Knowledge Exchange', ed alle 'competence community' globali specifiche per il bando in essere, in particolare quella di 'Technology Services' and 'Life Science & Healthcare Nerve Center'; accesso agli strumenti di collaboration, in particolare eRoom, strumento che consente la collaborazione con il cliente nel corso del progetto".

Rispetto ai requisiti richiesti entrambi i contratti di avalimento appaiono tutt'altro che generici.

Giova premettere che il contratto di avalimento, di cui all'art. 49, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (in vigore al momento dello svolgimento della procedura in esame), consente ad un operatore, che sia privo di elementi esperenziali o requisiti economici, di partecipare alle procedure di gara e, d'altra parte, garantisce adeguatamente l'Amministrazione, sia nella fase genetica, potendo verificare documentalmente l'effettività dell'impegno dell'ausiliaria, sia nella fase esecutiva, condividendo ausiliata ed ausiliaria la responsabilità nell'esecuzione dell'appalto (comma 4 dell'art. 49 cit.: "Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto").

Proprio in considerazione della ratio sottesa a tale contratto, ai fini della sua validità, è necessario che l'impegno assunto dall'ausiliaria non si limiti a dichiarazioni di carattere meramente "cartolare e astratto", ma deve necessariamente risolversi nella concreta messa a disposizione delle necessarie risorse e dell'apparato organizzativo (Cons. St., A.P., 4 novembre 2016, n. 23; id., sez. V, 22 gennaio 2015, n. 275; id. 23 ottobre 2014, n. 5244).

Si tratta, del resto, di contenuti la cui pregnanza e vincolatività vengono oggi confermati dall'art. 89, comma 1, del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), secondo cui "il contratto di avalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dell'impresa ausiliaria".

Esaminando nel concreto gli specifici contenuti dei contratti in parola e gli impegni con gli stessi assunti, deve concludersi nel senso della complessiva conformità del contratto di avalimento intercorso fra l'ausiliata Finmeccanica e le imprese ausiliarie rispetto al pertinente paradigma normativo e giurisprudenziale. Entrambi i contratti indicano i requisiti di cui l'ausiliata era carente, ed al contempo specificano – elencandoli – i mezzi ed il personale messi a disposizione dall'ausiliaria.

3. Con il secondo motivo del ricorso incidentale la Santer afferma che il Raggruppamento Leonardo avrebbe dovuto essere escluso per carenze dell'offerta tecnica presentata, in quanto non rispettosa – in particolare – di quanto stabilito dal Capitolato tecnico in relazione alle c.d. "Funzionalità obbligatorie". Dei 198 requisiti obbligatori di tali Funzionalità il Raggruppamento Leonardo ne avrebbe dichiarati solo 169, omettendo in tal modo di pronunciarsi su 29 elementi (id est, sul 14,65% degli elementi richiesti). In doverosa applicazione dell'art. 9 della Lettera di invito (secondo cui "saranno esclusi dalla procedura i concorrenti che presentino: Offerte che non rispettino i requisiti richiesti dal Capitolato tecnico a pena di esclusione") il Raggruppamento avrebbe dovuto, dunque, essere escluso.

Nell'atto di appello Santer elenca le significative carenze riscontrate: a) tra le "Funzionalità obbligatorie a

supporto della visualizzazione della storia clinica del paziente” mancherebbe: a1) la funzionalità di “Supportare l’utilizzo di documenti pdf (form) compilabili predefiniti”, contenendo l’offerta del RTI Leonardo solo la possibilità di supportare .pdf standard, mentre i .pdf compilabili richiedono specifici strumenti, peraltro onerosi; a2) la funzionalità di “Rappresentazione tabellare di una serie di risultati selezionati per un paziente estratto da più referti o dati di laboratorio e che possono essere definiti a livello aziendale o di singolo utente (tipologia di medico)”, che prevede una rappresentazione tabellare all’interno del visualizzatore della storia clinica del paziente, mentre l’offerta del Rti Leonardo si riferisce alla (diversa e non pertinente) funzionalità di estrazione dati dal Repository; b) tra le “Funzionalità a supporto della gestione ambulatoriale” manca: b1) la funzionalità di “Produrre documenti non firmati con possibilità di essere firmati in seguito”, che il RTI Leonardo ha offerto solo in relazione all’ambito PRESCR (ricette) e che non è automaticamente utilizzabile nella funzione AMB (referti ambulatoriali); b2) la funzionalità di “Importare da fonti e con formati diversi dizionari a supporto della compilazione selezionabili in funzione della categoria”, che il Rti Leonardo ha offerto solo a supporto della gestione Codifiche Aziendali, e che, rispetto a quest’ultima, ha oggetto e scopo diverso; c) tra le “Apposite funzioni di “amministrazione” o back-office” manca la “Funzionalità di consultazione, inserimento, modifica dei singoli record”, prevista nell’offerta di Leonardo solo come funzione di “front office” (id est, insieme delle strutture di un’organizzazione che gestiscono l’interazione con il cliente) di supporto alle codifiche aziendali ad uso del personale sanitario, mentre ciò che viene richiesto dal Capitolato è una funzionalità di “back office” (id est, sportello per accoglienza clienti), ad uso del personale tecnico delle strutture ICT dell’Azienda ospedaliera.

Come ricordato da Santer, l’art. 9 della Lettera di invito ha previsto l’esclusione dalla procedura di concorrenti che presentino “Offerte che non rispettino i requisiti richiesti dal Capitolato tecnico a pena di esclusione”. Il punto 4 del Capitolato speciale, dedicato alle “Specifiche funzionali e tecniche della nuova piattaforma di integrazione” ha introdotto la distinzione tra “Funzionalità obbligatorie” e “Funzionalità opzionali”. Nelle “Funzionalità obbligatorie” rientrano “i servizi e le funzioni che il concorrente deve obbligatoriamente prevedere nella soluzione proposta, pena l’esclusione della gara”; nelle “Funzionalità opzionali” sono compresi “i servizi e le funzioni soggetti a valutazione aggiuntiva da parte della Stazione appaltante”.

Quindi, ai sensi del combinato disposto dell’art. 9 della Lettera di invito e del punto 4 del Capitolato speciale la carenza, nell’offerta tecnica, di “Funzionalità obbligatoria” determina l’esclusione del concorrente, non potendo una valutazione complessivamente favorevole dell’offerta stessa sopperire a tale totale mancanza, che la stazione appaltante ha ritenuto – con una prescrizione autovincolante – essenziale ai fini dell’ottimizzazione del servizio appaltato.

Corollario obbligato di tale premessa è, dunque, che solo la mancanza assoluta nell’offerta della “Funzionalità obbligatoria” comporta l’esclusione dalla gara, mentre una minore attinenza e rispondenza alla richiesta del Capitolato inciderà sul punteggio alla stessa voce assegnato, valutazione sulla quale la stazione appaltante ha ampia discrezionalità.

Costituisce infatti giurisprudenza consolidata del giudice amministrativo che nelle gare pubbliche di appalto, che prevedono il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte tecniche costituisce espressione di un’ampia discrezionalità tecnica, con conseguente insindacabilità del merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla Commissione, ove non inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta (Cons. St., sez. V, 14 febbraio 2018, n. 952; id., sez. III, 14 novembre 2017, n. 5258; id. 25 novembre 2016, n. 4990; id., sez. IV, 26 agosto 2016, n. 3701).

Ciò chiarito, rileva il Collegio che esaminando – come correttamente ha fatto la stazione appaltante – l'intera offerta tecnica di Leonardo, nella sostanza le "Funzionalità obbligatoria", di cui la Santer denuncia la carenza, si evincono.

Ed invero:

a) quanto alla funzionalità di "Supportare l'utilizzo di documenti pdf (form) compilabili predefiniti", nell'ambito della "Funzionalità obbligatorie a supporto della visualizzazione della storia clinica del paziente", a pag. 18 dell'offerta tecnica, nel cap. 1.3. "La gestione Integrata delle informazioni (dati, documenti informatici, episodi clinici, percorso del paziente, storia clinica del cittadino, consensi...)" è chiarito che "la gestione dei documenti sanitari si basa su componenti software cooperanti, tra i quali assumono particolare rilievo i moduli Npri-XDS-Registry e Npri-XDS-Repository. Queste due componenti, costituenti il modulo XDS, cuore della soluzione funzionale all'archiviazione documentale, implementano le funzionalità previste dagli omonimi attori protagonisti del profilo d'integrazione IHE-XDS.b, su cui si fonda il paradigma di condivisione/gestione documentale implementato dall'engine X-Value. Il componente Npri-XDS-Repository offre le funzionalità base di archiviazione e recupero di un certo documento a partire da un suo riferimento. Il componente Npri-XDS-Registry rappresenta l'indice documentale. La soluzione Npri-XDS è in grado di gestire documenti e relativi metadati, sia firmati che no, aderenti ai seguenti formati principali: documenti non strutturati; documenti Acrobat (.pdf); documenti Word e similari (.doc, .rtf, ecc.); documenti strutturati; documenti in formato HL7/CDA2; altri formati XML proprietari; classi/Oggetti DICOM". Aggiungasi che a pag. 20 è previsto che "La soluzione proposta affianca ai moduli preposti all'archiviazione rappresentati da Npri-CDR, Npri-XDS Registry e Npri-XDS Repository il modulo Npri-Viewer che fornisce un'interfaccia di accesso unica alle informazioni in essi archiviate".

b) quanto alla funzionalità di "Rappresentazione tabellare di una serie di risultati selezionati per un paziente estratto da più referti o dati di laboratorio e che possono essere definiti a livello aziendale o di singolo utente (tipologia di medico)", nell'ambito della "Funzionalità obbligatoria a supporto della visualizzazione della storia clinica del paziente", a pag. 18 è chiarito che "Per supportare adeguatamente scenari d'uso (sinottici, graficazioni, statistiche e monitoraggio degli andamenti, ecc.) che prevedano la 'manipolazione' del dato singolo, piuttosto che quella dell'informazione aggregata, viene reso anche disponibile un servizio di estrazione e persistenza dei dati presenti nei documenti in una base dati denominata Clinical Data Repository (NPRI-CDR) preposta alla gestione delle risorse strutturate secondo i modelli HL7 FHIR. L'estrazione dei dati avviene al momento dell'archiviazione del documento sull'infrastruttura XDS e ogni informazione atomica è archiviata sul modulo NPRI-CDR continuando a mantenere un puntatore alla fonte documentale di origine mantenuta all'interno dei moduli NPRI-XDS-Registry/Repository. Le informazioni 'atomiche' presenti nel NPRI-CDR e nei moduli Registry/Repository possono essere archiviate, accedute e visualizzate singolarmente o in forma aggregata attraverso il componente Viewer (descritto di seguito), modellato e personalizzato su casi d'uso specialistici. La strutturazione delle informazioni si basa sullo standard HL7 FHIR che combina le migliori caratteristiche di HL7 Versione 2, Versione 3 e del CDA andando a sfruttare le più recenti tecnologie del mondo WEB. FHIR definisce un set di elementi modulari denominati "Risorse" che rappresentano i concetti clinici nella loro granularità. La soluzione offerta dal modulo NPRI-CDR è adatta per l'uso in un'ampia varietà di contesti applicativi che possono andare dalle applicazioni mobile per smartphone alla condivisione dei dati tra diversi sistemi EMR alla alimentazione di sistemi di controllo epidemiologici. Tramite il modulo NPRI-CDR, la soluzione proposta diventa anche abilitante per la gestione di tutta una serie di dati clinici da parte di componenti interni o applicazioni esterne, la fruizione

dei quali altrimenti non sarebbe così agevole tramite i soli profili d'integrazione IHE nativi"; ancora, nella tabella di pagg. 21-23 risultano le voci "Fornire strumenti configurabili a supporto dell'estrazione dei dati per l'alimentazione di sistemi terzi (es. database scientifici)" (pag. 22) e, soprattutto, "Stampare o esportare in diversi formati (Excel, pdf, etc.) un sommario della storia clinica del paziente o le informazioni relative ad alcuni episodi" (pag. 23);

c) quanto alla funzionalità di "Produrre documenti non firmati con possibilità di essere firmati in seguito" nell'ambito della "Funzionalità a supporto della gestione ambulatoriale", nel cap. "1.4.3. Funzionalità a supporto dell'esecuzione dell'attività di prescrizione", al punto 5 è previsto "5. Firma (multipla o singola, a seconda del numero di ricette generate dall'algoritmo) - una volta fascicolate le impegnative, sono pronte per essere firmate tramite i servizi SISS di firma digitale e registrate sul Dominio Centrale del SISS per gli opportuni invii ai sistemi regionali e ministeriali. In questa fase di interscambio di messaggi via ESB con i servizi SISS, viene recepito ed associato l'Identificativo Univoco della Prescrizione – IUP e, nel caso di Ricetta Elettronica, anche il Numero di Ricetta Elettronica - NRE";

d) quanto alla funzionalità di "Importare da fonti e con formati diversi dizionari a supporto della compilazione selezionabili in funzione della categoria", nell'ambito della stessa "Funzionalità a supporto della gestione ambulatoriale", nel prg. "1.2.2. Funzionalità a supporto della gestione Codifiche Aziendali" si legge che "L'esigenza di migliorare efficienza ed efficacia nella gestione dei processi sanitari determina una domanda di interoperabilità semantica ben evidente nelle organizzazioni regionali che hanno la responsabilità di facilitare il trasferimento elettronico di informazioni sanitarie. Il software proposto, indicato con Npri-Terminologie consente di ridurre i costi di integrazione dei sistemi informati-ci a supporto dei processi di accoglienza e assistenza sanitaria, e, nel complesso, migliorare affidabilità, rapporto costo-efficacia, sorveglianza e adeguatezza dei servizi socio/sanitari erogati dalle strutture pubbliche. Il sistema recepisce ed implementa lo standard CTS2 (Common Terminology Services Version 2), definito ad aprile 2015 congiuntamente da HL7 e OMG. CTS2 specifica servizi e modelli informativi per la definizione, manutenzione e fruizione di risorse terminologiche come vocabolari controllati, ontologie, transcodifiche (mappe), 'value set' (dizionari derivati aggregando sottoinsiemi di altri vocabolari) per tutta la durata del loro ciclo di vita. Accanto ai servizi CTS2, è disponibile una API Restful che implementa il protocollo HL7 FHIR esponendo in questo modo le risorse terminologiche che diventano fruibili anche usando questo standard. L'aderenza a CTS2 consente di esporre servizi standard per la risoluzione dei vari casi d'uso. Questi servizi ed il modello dati sottostante sono indipendenti dalla complessità della terminologia trattata, spaziando da un semplice dizionario composto da chiave & descrizione a complesse strutture dati come SNOMED-CT, LOINC, ICD-n");

e) quanto alla funzionalità di "consultazione, inserimento, modifica dei singoli record", nell'ambito delle "Apposite funzioni di "amministrazione" o "back-office", a pag. 14 della succitata offerta si evince che "La console Npri-Terminologie fornisce uno strumento completo di interazione avanzata per la gestione delle risorse terminologiche. Con questo strumento, che opera utilizzando esclusivamente i servizi web già descritti, è possibile creare, navigare, interrogare, importare ed esportare le strutture terminologiche definite nel succitato Normative Standard CTS2 Versione 1.2: Code System e Code System Version, Value Set, Value Set Definition, Resolved Value Set, Map e Map Version. Tramite la console grafica è possibile: effettuare ricerche 'full text' sulle risorse terminologiche; effettuare importazione ed esportazione di terminologie in formato CSV definendo, tramite GUI, quali proprietà ed in che ordine queste devono apparire; automatizzare la produzione di una nuova versione di Mapping tra due diverse terminologie, anche in evoluzione da versioni precedenti. La gestione delle terminologie non coinvolge solo

problematiche di aggiornamento e consultazione. La gestione di risorse distribuite e complesse richiede strumenti per definire, specializzare e attuare politiche di classificazione ed attribuzione di ruoli che coinvolgono Strutture organizzative, Utenti umani, Applicazioni. A questo scopo la console consente di: modellare l'attribuzione di competenza delle risorse terminologiche tramite la definizione di Unità Organizzative su cui ripartire le attività di gestione; configurare Utenti umani, Utenti applicativi e Risorse terminologiche alle Unità Organizzative. Configurare Politiche di accesso per abilitare gli utenti ad operare, con un ruolo specifico e su specifiche risorse o unità organizzative, nelle modalità permesse dal ruolo a loro assegnato; definizione di Ruoli associati ad insiemi definiti di Autorizzazioni; definire gerarchie di Unità organizzative tali che gli Utenti associati ad una Unità abbiano visibilità su tutte le Risorse terminologiche associate alle Strutture organizzative di livello superiore nella gerarchia; inoltre ai fini della configurazione dei nodi in federazione; definire i Servizi di Sottoscrizione alle risorse terminologiche; configurare i Servizi di Notifica di disponibilità o revisione delle risorse terminologiche. Servizi di Receive, Delivery e Transcoding automatico di risorse terminologiche con protocolli e formati standard (XML, CSV, HL7 MasterFile...) al fine di ricevere/consegnare da/alle applicazioni gli aggiornamenti apportati; a corredo dei servizi sopra citati, la console visualizza i report e gli allarmi dai Servizi di Monitoraggio, Alerting sull'invio-consegna degli aggiornamenti sottoscritti dagli Utenti Applicativi il tutto perfettamente integrato con Npri-Bpm e Npri-Esb. L'insieme delle caratteristiche sopra citate colloca Npri-Terminologie sul mercato dei sistemi di gestione terminologica rappresenta una proposizione unica ed avanzata sul mercato". A pag. 16 dell'offerta è poi prevista "Ricerca parziale anche fonetica usando meccanismi di indicizzazione intelligente".

In conclusione, da questo sommario esame di alcuni stralci dell'offerta tecnica del Raggruppamento Leonardo si evince la presenza delle previsioni della "Funzionalità obbligatoria" mentre, come si è detto, la maggiore o minore rispondenza alla richiesta della stazione appaltante incide sul punteggio alla stessa voce attribuito. In altri termini, l'offerta di Leonardo è stata correttamente ammessa, mentre la possibile minore performance della soluzione prospettata, rispetto a quanto richiesto dal Capitolato, avrebbe dovuto influire sul punteggio attribuito.

4. Il quarto motivo dell'appello del costituendo Raggruppamento Santer (terzo motivo del ricorso incidentale, dichiarato inammissibile) afferma l'illegittima sopra valutazione dell'offerta tecnica di Leonardo, ove i vizi denunciati con il secondo motivo non si traducano in una carenza nell'offerta di elementi essenziali quanto, piuttosto, in una sua minore pregevolezza.

Preliminarmente il Collegio ricorda quanto già affermato sub 3, e cioè che la valutazione delle offerte tecniche da parte della Commissione giudicatrice costituisce apprezzamento connotato da chiara discrezionalità tecnica, sì da rendere detta valutazione insindacabile (Cons. St., sez. III, 29 marzo 2018, n. 2013; id., sez. V, 2 marzo 2018, n. 1294), salvo che non sia macroscopicamente viziata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità, arbitrarietà o travisamento di fatto, che nel caso di specie non si rinvencono.

La lettera di invito (punto 13.2) ha previsto cinque giudizi da attribuire alle singole voci oggetto di valutazione: a) insufficiente, nel caso in cui il concorrente non offra uno o più dei moduli funzionali aggiunti di cui al par. 2 del modello di Offerta tecnica; b) scarso, in caso di trattazione incompleta o comunque con un modesto livello di approfondimento, senza un adeguato livello di dettaglio; c) discreto, in caso di trattazione completa e con un accettabile livello di approfondimento e di dettaglio; d) buono, in caso di trattazione completa e accurata e con un buon livello di approfondimento e di dettaglio; e) ottimo, in caso di trattazione approfondita e con un livello di dettaglio elevato che soddisfi pienamente quanto richiesto per la valutazione.

L'offerta di Leonardo, nella parte oggetto di contestazione non ha mai raggiunto il giudizio massimo di ottimo, che è stato dato in caso di trattazione completa e con ampio dettaglio e di massima aderenza al Capitolato (v. giudizio in relazione alla "Funzionalità di orchestrazione, definizione e monitoraggio di processi"). Ne consegue che non appare manifestamente illogico e irrazionale – tale quindi da consentire la sostituzione del giudizio di questo Collegio alla valutazione ampiamente discrezionale della stazione appaltante – la valutazione di "buono" o "discreto" in relazione ad una voce che, eventualmente, non soddisfa totalmente tutte le esigenze previste nel Capitolato.

5. Il terzo motivo dell'appello è volto, invece, a censurare il capo della sentenza del giudice di primo grado, che ha accolto il primo motivo del ricorso principale perché sarebbe stata data, in relazione al criterio "Specifiche funzionali e architettura applicativa. Moduli funzionali base", erronea applicazione alla lettera di invito (punto 13.2) che individuava il criterio di attribuzione del punteggio tecnico.

Da rilevare che tale capo di sentenza è anche oggetto del primo motivo dell'appello n. 1379 del 2018, affermando il Raggruppamento Leonardo che, dall'erronea applicazione – accertata dal giudice di primo grado – della lex specialis di gara in relazione alle modalità di attribuzione del punteggio tecnico sarebbe dovuta conseguire l'aggiudicazione della gara in favore dello stesso Raggruppamento Leonardo, e non una nuova valutazione delle offerte tecniche rimesse ad una diversa Commissione.

Il motivo di appello del costituendo Raggruppamento Santer è fondato.

La questione sottoposta al giudice di primo grado dal Raggruppamento Leonardo, e da questi ritenuta fondata, è circoscritta al criterio "Specifiche funzionali e architettura applicativa. Moduli funzionali base", in relazione al quale sono previsti un totale di 24 punti per otto sottovoci. Di queste, il punteggio da attribuire a sette sottovoci (dalla seconda all'ottava) è sdoppiato.

In particolare, per sette sottovoci – (a) Anagrafica pazienti, assistibili, operatori e collaboratori e Codifiche Aziendali, con punteggio massimo pari a 3; b) Gestione Integrata delle informazioni, con punteggio massimo pari a 3; c) Supporto ai processi, con punteggio massimo pari a 3; d) Funzionalità a supporto della gestione della messaggistica HL7, con punteggio massimo pari a 3; e) Funzionalità di orchestrazione, definizione e monitoraggio dei processi, con punteggio massimo pari a 4; f) Funzionalità di sviluppo nuove componenti, con punteggio massimo pari a 3; g) Gestione dei consensi, autenticazioni e autorizzazioni e monitoraggio, con punteggio massimo pari a 2) – il 60% del punteggio massimo è assegnabile all'aspetto tecnico dell'offerta, mentre il 40% al grado di prontezza della soluzione.

Come si è detto, la lettera di invito (punto 13.2) ha previsto che "per rendere omogenea l'attribuzione dei punteggi discrezionali alle diverse offerte, si è deciso di assegnare ad ognuna delle voci, inerenti i singoli aspetti dell'offerta da valutare, un punteggio pesato in funzione dell'importanza della singola voce nell'ambito dell'offerta complessiva. Pertanto, sono stati previsti cinque giudizi da attribuire alle singole voci oggetto di valutazione, e segnatamente: a) insufficiente; b) scarso; c) discreto; d) buono; e) ottimo.

A ciascuna di dette valutazioni corrisponde l'applicazione di specifici coefficienti, e cioè al giudizio "insufficiente" corrisponde la percentuale 0%; al giudizio "scarso" la percentuale del 25%; al giudizio "discreto" la percentuale del 50%; al giudizio "buono" la percentuale del 75%; al giudizio "ottimo" la percentuale del 100%.

Il punteggio assegnato ad ognuna di queste sottovoci è calcolato applicando i predetti coefficienti al punteggio massimo previsto per ciascuna delle sottovoci. Questo criterio è determinante al fine del decidere: si attribuisce il giudizio sintetico e questo viene “tradotto” in punteggio numerico facendo riferimento alla percentuale applicata al punteggio massimo previsto dalla lex specialis di gara per ogni sottovoce.

Esaminando la valutazione, che la Commissione ha svolto di questa voce dell’offerta tecnica, si può rilevare che il valore ponderato attribuito ai singoli sub-criteri di valutazione (0%; 25%; 50%; 75%; 100%), per tutti i tali sub-criteri, corrisponde sempre al giudizio espresso nell’ultima colonna (insufficiente; scarso; discreto; buono; ottimo) con riferimento alla parte di punteggio proporzionale riferita all’aspetto tecnico dell’offerta, e non anche a quello della prontezza della soluzione. In altri termini, l’ultima colonna (nella quale viene espresso il giudizio non numerico: insufficiente; scarso; discreto; buono; ottimo) è riferita solo alla parte di punteggio proporzionale attinente all’aspetto tecnico dell’offerta (60% del punteggio massimo).

E’ altrettanto evidente che per ogni sottovoce la Commissione, attenendosi doverosamente alla lex specialis di gara, ha assegnato un doppio punteggio, valutando l’aspetto tecnico dell’offerta e il grado della sua pronta soluzione.

Il giudice di primo grado ha ritenuto, con motivazione non condivisibile, che la mancanza del giudizio sintetico con riferimento all’aspetto del “grado di prontezza della soluzione” abbia finito per falsare la valutazione complessiva, per giunta rendendo anche poco comprensibile come in effetti la Commissione abbia proceduto, tanto da ordinare un nuovo esame delle offerte ad opera di una diversa Commissione.

Così certamente non è perché il giudizio sintetico è stato reso seppure non è stato scritto, per la ragione della presenza, nello specchietto ove dovevano essere apposti i giudizi per le sette sottovoci in questione, di una sola colonna per il giudizio sintetico in luogo di due, presenti invece per i punteggi numerici; il punteggio numerico, che si legge, è pari alla percentuale di tale giudizio reso (sebbene non scritto), calcolata sui punti massimi attribuiti per la sottovoce. Il giudizio sintetico espresso è servito quindi alla Commissione per calcolare il relativo punteggio da attribuire a ciascuna voce oggetto di valutazione.

Dunque, contrariamente a quanto ha affermato il Tar, non è stato scelto di tradurre in motivazione sintetica il solo punteggio attribuito all’aspetto tecnico dell’offerta, finendo così per svilire la valutazione data alla prontezza della soluzione proposta dall’offerente. Per tutte le sette sottovoci è stato attribuito un diverso giudizio sintetico – uno scritto e l’altro no – ma entrambi sono stati “tradotti” in giudizi numerici, la cui sommatoria ha determinato il punteggio totale assegnato al criterio “Specifiche funzionali e architettura applicativa. Moduli funzionali base”.

Il terzo motivo dell’appello proposto da Santer è dunque fondato, con conseguente riforma della sentenza del Tar Milano n. 2225 del 2017 che – in accoglimento del ricorso proposto dal Raggruppamento Leonardo – aveva annullato l’aggiudicazione ordinando una nuova valutazione delle offerte ad opera di una diversa Commissione.

6. Passando all’esame dell’appello n. 1379 del 2018, proposto dalla Leonardo s.p.a., in proprio e quale mandataria del RTI con Dedalus s.p.a., e dalla Dedalus s.p.a., il primo motivo è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Come si è detto sub 5, Leonardo non aveva ritenuto pienamente soddisfacente dei propri interessi l'accoglimento del primo motivo dell'atto introduttivo nella parte in cui da tale pronuncia il giudice di primo grado non aveva fatto conseguire l'aggiudicazione ma l'obbligo di riesame delle offerte.

L'accoglimento del terzo motivo dell'appello n. 1382 del 2018, proposto dal costituendo Raggruppamento Santer – e, dunque, l'accertamento che la Commissione ha ben operato nel valutare le sette sottovoci del criterio "Specifiche funzionali e architettura applicativa. Moduli funzionali base" – fa venire meno l'interesse a censurare gli effetti che il Tar aveva fatto derivare dalla sua decisione.

7. Passando all'esame degli altri profili di doglianza, che in primo grado erano stati assorbiti, con il secondo, terzo e quarto motivo, che per ragioni di ordine logico possono essere esaminati congiuntamente, Leonardo afferma che - ove il denunciato errore materiale nell'attribuzione del punteggio relativo ai sottocriteri da 2 a 8 del criterio "Specifiche funzionali e architettura applicativa - moduli funzionali di base" e i punti assegnati al "grado di prontezza della soluzione" siano da considerarsi corretti - essi allora sarebbero stati illegittimamente espressi in quanto carenti dell'autonomo giudizio e correlata valutazione (essendo quella espressa allora riferibile soltanto al profilo della "qualità" della soluzione) e, comunque, contrari alle dichiarazioni di prontezza delle soluzioni rispettivamente fatte o non fatte da ciascuno dei Raggruppamenti concorrenti, primo e secondo classificato. Aggiunge l'appellante che l'offerta tecnica dell'aggiudicataria, per la parte relativa al "grado di prontezza della soluzione", sarebbe stata in alcuni casi sovrastimata perché sarebbe stato attribuito un punteggio (in luogo di "zero") anche quando nell'offerta mancava totalmente tale dichiarazione.

Anche questi motivi non sono suscettibili di positiva valutazione per le ragioni esplicitate sub 6, non essendo assecondabile l'assunto secondo cui la valutazione è avvenuta in modo non trasparente.

Come si è detto, il giudizio sintetico è stato espresso anche con riferimento al grado di prontezza della soluzione, anche se non è leggibile ma è facilmente evincibile con un calcolo a contrario, e cioè partendo dal giudizio numerico. La valutazione, come è stato chiarito sub 3, è espressione di un potere discrezionale, insindacabile ove non inficiato da macroscopici errori di fatto e da illogicità manifesta (Cons. St., sez. V, 14 febbraio 2018, n. 952; id., sez. III, 14 novembre 2017, n. 5258), vizi questi non configurabili nel caso all'esame del Collegio né evidenziati dall'appellante sotto l'aspetto della palese irrazionalità. Né tale irrazionalità può rinvenirsi nell'aver la Commissione attribuito un punteggio (in luogo di "zero") anche quando nell'offerta del costituendo Raggruppamento Santer mancava totalmente tale dichiarazione. Nel valutare l'offerta occorre leggere la stessa nel suo complesso perché alcuni aspetti, che si riferiscono ad un criterio, potrebbero essere rinvenuti in una parte differente rispetto al punto in cui tale criterio è trattato. E' lo stesso modus operandi che ha consentito alla Commissione di considerare presenti nell'offerta di Leonardo parti delle "Funzionalità obbligatorie" che Santer, nel ricorso incidentale proposto in primo grado e nell'appello n. 1382 del 2018, aveva denunciato come carenti, chiedendo l'esclusione del Raggruppamento dalla gara. Aggiungasi che il grado di prontezza della soluzione può essere evinto dalla Commissione, anche se non trattato esplicitamente in un paragrafo, da un insieme di altri elementi della stessa offerta.

Giova peraltro ricordare, come già chiarito nel corso dell'esame dell'appello proposto dal costituendo Raggruppamento Santer, che la valutazione dell'offerta tecnica sconta anche profili di incompletezza delle "Funzionalità obbligatorie" che, seppure non possono portare ad escludere l'offerta perché l'elemento

richiesto dalla stazione appaltante non è carente del tutto, tuttavia incidono sul punteggio assegnato.

8. L'appello n. 1379/2018 deve dunque essere respinto.

Sussistono giusti motivi, in ragione della complessità della vicenda contenziosa, per compensare tra le parti in causa le spese e gli onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza),

definitivamente pronunciando sugli appelli nn. 1379 del 2018 e 1382 del 2018, come in epigrafe proposi: a) li riunisce; b) accoglie l'appello n. 1382 del 2018, proposto dalla Santer Reply s.p.a., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con Kpmg Advisory s.p.a. e Intersystems Italia s.r.l. e, per l'effetto, riforma la sentenza del Tar Lombardia, Milano, sez. IV, n. 2225 del 23 novembre 2017; c) respinge l'appello n. 1379 del 2018, proposto dalla Leonardo s.p.a., in proprio e quale mandataria del R.T.I. con Dedalus s.p.a., nonché della Dedalus s.p.a..

Compensa tra le parti in causa le spese e gli onorari del grado di giudizio

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto al numero di registro generale 505 del 2018, proposto da Research Consorzio Stabile s.c.a.r.l. in proprio e in qualità di capogruppo e mandataria della costitutenda ATI, Schiavo & C. s.p.a. in proprio e in qualità di mandante della costitutenda ATI, in persona dei propri legali rappresentanti, Arch. Antonio Maio, rappresentati e difesi dagli avvocati Andrea Abbamonte e Barbara Del Duca, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Andrea Abbamonte in Roma, via degli Avignonesi, 5;

contro

Mostra D'Oltremare s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Russo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luigi Napolitano in Roma, via Sicilia, 50;

nei confronti

Impresa Brancaccio costruzioni s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Vosa e Giuliana Vosa, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maria Alessandra Sandulli, in Roma, c.so Vittorio Emanuele II, 349;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Prima) n. 05199/2017, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Mostra D'Oltremare s.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dalla Brancaccio Costruzioni s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 marzo 2018 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Andrea Abbamonte, Barbara Del Duca, Giuseppe Russo e Paolo Vosa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Mostra d'Oltremare s.p.a. indiceva una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto integrato per l'esecuzione dei lavori di "Restauro e Consolidamento della Torre delle Nazioni e progettazione esecutiva del restauro Sala Dorica" per un importo di € 6.441.509,40 di cui € 6.416.509,40 per lavori e € 250.000,00 per la progettazione definitiva ed esecutiva.

1.1. Il disciplinare di gara prevedeva quale requisito tecnico - professionale per l'attività di progettazione esecutiva del restauro della Sala Dorica: "A1) di aver svolto negli ultimi dieci anni servizi di cui all'art. 252 del D.P.R. 207/2010 relativi a lavori appartenenti alla classe e categoria dei lavori cui si riferiscono i lavori da affidare E22 per un importo totale non inferiore ad € 500.000,00; A2) avere svolto, negli ultimi dieci anni, due servizi di cui all'art. 252 del D.P.R. 207/2010 relativi a lavori appartenenti alla classe e categoria dei lavori cui si riferiscono i lavori da affidare E22 per un importo totale non inferiore ad € 250.000,00 ciascuno"; alla lett. D) era previsto: "Nel caso di progettista indicato o associato dall'impresa sia rappresentato da un raggruppamento di tipo orizzontale tra soggetti di cui all'art. 90 lett. g) del D.Lgs. 163/06, al capogruppo è richiesto il possesso dei suddetti requisiti nella misura minima del 40%, mentre la percentuale rimanente deve essere posseduta cumulativamente dalle mandanti".

1.2. Il criterio di aggiudicazione del contratto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi degli artt. 81 e 83 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, razione temporis applicabile, con il riconoscimento di 20 punti agli elementi quantitativi (15 per il prezzo e 5 per il tempo di esecuzione) e di 80 punti per gli elementi qualitativi suddivisi in due voci: A "Soluzioni finalizzate a migliorie prestazionali delle opere" e B "Organizzazione e sicurezza nel cantiere e manutenzione".

2. La procedura si concludeva con il provvedimento 10 febbraio 2017 prot. 12/17 di aggiudicazione a favore della Brancaccio costruzioni s.p.a.; quest'ultima, ai fini della progettazione esecutiva della Sala Dorica, aveva indicato come progettisti il raggruppamento temporaneo tra professionisti da costituirsi tra l'arch. Stefano de Pretis, in qualità di capogruppo mandatario, e lo studio associato IA2, l'ing. Fabio Locascio e l'arch. Nicoletta Pettiroso in qualità di mandanti.

2.1. L'offerta dell'aggiudicataria è stata sottoposta a valutazione di anomalia all'esito della quale è stata considerata attendibile e congrua.

3. Il provvedimento di aggiudicazione era impugnato dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Campania dall'Ati Research consorzio stabile s.c.a.r.l. e da Schiavo & C. s.p.a. in proprio e quali componenti dell'Ati costituendo, nonché dall'arch. Antonio Maio, sulla base di tre motivi, con ricorso che assumeva numero di Rg. 928/17.

Con il primo motivo era contestata la mancanza dei requisiti di qualificazione in capo ai componenti del raggruppamento temporaneo tra professionisti indicato dall'aggiudicataria per la progettazione esecutiva prevista dal bando; si affermava, infatti, che i requisiti speciali richiesti dal bando erano stati allegati e dimostrati solamente dal capogruppo arch. de Pretis e non dagli altri componenti del raggruppamento.

Con il secondo e il terzo motivo era contestato l'operato della commissione aggiudicatrice rispettivamente, quanto all'assegnazione dei punteggi con il metodo aggregativo compensatore di cui all'Allegato G del D.P.R. n. 207 del 2010, e quanto agli esiti del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

3.1. In giudizio si costituivano Mostra d'Oltremare s.p.a. e Brancaccio costruzioni s.p.a.; quest'ultima proponeva ricorso incidentale, fondato anch'esso su tre motivi. Con il primo motivo la controinteressata sosteneva l'inidoneità rispetto all'oggetto di gara (restauro di bene sottoposto a vincolo – categoria E22) dei servizi di progettazione per lavori presentati dal capogruppo del raggruppamento temporaneo dei progettisti indicato dalla ricorrente a comprova del requisito di qualificazione richiesto dal bando. Con il secondo motivo era contestata l'idoneità del contratto di avvalimento stipulato tra la mandante Schiavo & C. s.p.a. ed il Consorzio stabile Compart s.c.a.r.l. per la categoria OG2, classifica VIII; infine, con il terzo motivo era contestata l'assenza del requisito relativo alla categoria di progettazione E22 in capo alla professionista associata al raggruppamento temporaneo di progettisti.

4. Accadeva, intanto, che la stazione appaltante, con provvedimento 31 marzo 2017 n. 40/17, operata la verifica del possesso dei requisiti dichiarati ai sensi dell'art. 48 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, disponeva l'esclusione dell'Ati Research Consorzio stabile s.c.a.r.l. dalla procedura ritenendo non dimostrato il possesso del requisito di qualificazione di cui al punto A2 del disciplinare di gara.

5. Il provvedimento di esclusione era impugnato dall'Ati Research consorzio stabile s.c.a.r.l. da Schiavo & C. s.p.a. e dall'arch. Antonio Maio con autonomo ricorso articolato in cinque motivi. Nel giudizio (che assumeva il numero di Rg. 1760/17) si costituivano la Mostra d'Oltremare s.p.a. e la Brancaccio costruzioni s.p.a. che concludevano per il rigetto del ricorso.

6. Il Tribunale amministrativo, riuniti i ricorsi per ragioni di connessione soggettiva ed oggettiva, confermava la legittimità del provvedimento di esclusione dell'Ati Research consorzio stabile s.c.a.r.l. adottato dalla Mostra d'Oltremare s.p.a., e, per questo, respingeva e dichiarava in parte inammissibile il ricorso con numero di Rg. 1760/17, avente ad oggetto il provvedimento di esclusione; di seguito dichiarava inammissibile per carenza di interesse il ricorso con numero di Rg. 928/17 avente ad oggetto l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione a favore della Brancaccio costruzioni s.p.a. e improcedibile l'impugnazione incidentale proposta in quest'ultimo giudizio dalla controinteressata.

7. Propongono appello Research consorzio stabile s.c.a.r.l. e Schiavo & C. s.p.a. in proprio e quali componenti dell'Ati costituendo, nonché l'arch. Antonio Maio; resistono la Mostra d'Oltremare s.p.a. e la Brancaccio costruzioni s.p.a. che ha proposto anche appello incidentale condizionato. Le parti hanno depositato memorie in vista dell'udienza di merito nonché memorie di replica. All'udienza del 22 marzo 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo le società appellanti lamentano la violazione di legge (art. 84 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) e la violazione dei principi di trasparenza, imparzialità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

1.1. Gli appellanti contestano la sentenza di primo grado per aver escluso la sussistenza della situazione di incompatibilità prospettata nel primo motivo di ricorso del RUP che aveva adottato il provvedimento di esclusione dalla procedura, arch. Iole Lianza.

A parere delle imprese appellanti, l'arch. Lanza non avrebbe potuto assumere il ruolo di RUP della procedura avendo già presieduto la commissione aggiudicatrice fino alla fase dell'aggiudicazione, per essere, poi, nominata in sostituzione del precedente RUP arch. Stabile sospeso dal servizio a seguito di ordinanza di custodia cautelare: l'art. 84, comma 4, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, argomentano gli appellanti, nel vietare al RUP di assumere il ruolo di presidente della commissione aggiudicatrice, vieterebbe anche l'opposto ossia al presidente della commissione aggiudicatrice di assumere il ruolo di RUP per evitare che questo possa essere condizionato nelle sue scelte, specie se la verifica dei requisiti avvenga a distanza di tempo dall'aggiudicazione.

1.2. Sotto altro profilo gli appellanti, evidenziato che il provvedimento di esclusione era stato adottato quando era già noto il contenuto del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione e del ricorso incidentale della controinteressata, sostengono che il giudice di primo grado non avrebbe debitamente considerato il "macroscopico potenziale conflitto di interessi" dell'arch. Lanza per il quale quest'ultima avrebbe dovuto astenersi anche in applicazione della previsione di cui all'art. 6bis della l. 7 agosto 1990, n. 241, come modificata dalla l. 6 novembre 2012, n. 190.

2. Costruzioni Brancaccio s.p.a., prendendo posizione sul motivo di appello, ne ha evidenziato l'inammissibilità nella parte in cui è evocato il conflitto di interessi dell'arch. Lanza in quanto censura nuova non prospettata nel ricorso introduttivo del giudizio.

3. Il motivo di appello è in parte infondato e in parte inammissibile.

3.1. La sentenza impugnata ha escluso la sussistenza di una situazione di incompatibilità del RUP arch. Iole Lianza per essere stata in precedenza componente della commissione aggiudicatrice sulla base di tre considerazioni che possono essere così sintetizzate: a) la giurisprudenza amministrativa (il richiamo è alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 24 luglio 2017, n. 3646) ha ritenuto che nessuna causa di incompatibilità valevole per i membri della commissione di gara – quale l'aver svolto altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente

al contratto del cui affidamento si tratta – può essere estesa al responsabile del procedimento; b) l'art. 84, comma 4, d.lgs. 163 cit. è una norma di stretta interpretazione che non può essere applicata "a ritroso", oltre che "ad efficacia biunivoca"; c) l'attività di verifica del possesso dei requisiti dichiarati sulla base della documentazione fornita (in questo caso anche all'esito delle richieste di chiarimenti formulate dal RUP) non presenta caratteri di discrezionalità amministrativa, trattandosi di attività di tipo vincolato in punto di accertamento di fatto.

3.2. La sentenza va condivisa, sia pure con alcune precisazioni.

L'art. 84, comma 4, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 dispone: "I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta". Risulta dai verbali della procedura versati in atti che l'arch. Iole Lanza ha assunto, almeno fino alla fase di verifica dell'anomalia delle offerte, il ruolo di componente della commissione esaminatrice (e non, dunque, di presidente come si legge nell'appello), per poi essere nominata, in seguito alla sospensione dal servizio dell'arch. Stabile, Responsabile del procedimento ed aver, in questa veste, effettuato la verifica del possesso dei requisiti dichiarati da parte delle imprese concorrenti.

3.3. Si tratta, allora, di valutare se ricorra una situazione di incompatibilità tra il ruolo di componente della commissione esaminatrice e quello di RUP assunto successivamente alla conclusione della fase di verifica di anomalia delle offerte.

3.4. Il Collegio, condividendo la sentenza di primo grado, esclude l'esistenza di tale condizione di incompatibilità.

Non importa stabilire se la disposizione citata consenta o meno al RUP di assumere il ruolo di componente della commissione aggiudicatrice – questione sulla quale si riscontrano oscillazioni giurisprudenziali e, da ultimo, un orientamento rivolto ad escludere l'automatica incompatibilità del RUP per accedere ad una verifica caso per caso (cfr. il parere reso da questo Consiglio di Stato, 2 agosto 2016, n. 1767 sulla proposta di Linee guida Anac in materia di "Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni" ove, con riferimento all'art. 77, comma 4, d.lgs. 8 aprile 2016, n. 50 (nuovo codice dei contratti pubblici), è detto "Si osserva al riguardo che la disposizione che in tal modo viene interpretata (e in maniera estremamente restrittiva) è in larga parte coincidente con l'articolo 84, comma 4 del previgente 'Codice' in relazione al quale la giurisprudenza di questo Consiglio aveva tenuto un approccio interpretativo di minor rigore, escludendo forme di automatica incompatibilità a carico del RUP, quali quelle che le linee-guida in esame intendono reintrodurre (sul punto ex multis: Cons. Stato, V, n. 1565/2015)", nonché le precedenti pronunce Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 2014, n. 5441 e sez. III, 5 novembre 2014, n. 5456, esempi di contrapposte visioni della medesima questione) – poiché la vicenda in esame presenta una peculiarità: la nomina del componente della commissione a RUP è posteriore allo svolgimento delle attività della commissione esaminatrice, concluse con la verifica di anomalia delle offerte.

3.5. A parere del Collegio, in questo caso, non si pone questione di incompatibilità tra l'incarico di RUP e quello di componente della commissione; la ratio del divieto posto dall'art. 84, comma 4, d.lgs. 163 cit. è quella di garantire l'imparzialità dei componenti la commissione aggiudicatrice al momento della valutazione delle offerte, preservando l'integrità del giudizio da possibili condizionamenti indotti dai precedenti interventi sugli atti di gara (la redazione del progetto o del bando di gara, innanzitutto).

Medesima esigenza non ricorre, allora, nel caso in cui la fase di valutazione delle offerte è conclusa, poiché il giudizio è stato liberamente espresso dai componenti, né può pensarsi che lo stesso potesse essere influenzato dalla prospettiva – nel caso in esame, peraltro, assolutamente imprevedibile – di essere nominato RUP a chiusura della fase valutativa.

3.6. Rileva, inoltre, la considerazione esposta in sentenza per la quale l'attività che si assume essere stata svolta dall'arch. Lanza in condizione di incompatibilità, vale a dire la verifica del possesso dei requisiti dichiarati dalle imprese in gara ai sensi dell'art. 48 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ha carattere di mero accertamento e non implica valutazione discrezionali; anche a voler accedere ad una interpretazione ampliativa del divieto posto dall'art. 84, comma 4, cit., pertanto, vanno escluse ragioni di incompatibilità.

4. Con il medesimo motivo di appello è stato contestato alla sentenza di primo grado di non aver riconosciuto il “macroscopico potenziale conflitto di interessi” nel quale si trovava l’arch. Lanza, in ragione dell’impugnazione da parte della Research consorzio stabile s.c.a.r.l. dei verbali redatti dalla commissione aggiudicatrice, della quale, come ormai noto, aveva fatto parte in qualità di componente.

4.1. La censura, come evidenziato dalla Brancaccio costruzioni s.p.a., è inammissibile in quanto proposta, per la prima volta, in sede di appello; non è dato riscontrare, nel ricorso introduttivo del giudizio alcun passaggio nel quale è evocato il conflitto di interessi dell’arch. Lanza, così come in precedenza esposto.

5. Con il secondo motivo gli appellanti lamentano la violazione di legge (artt. 97 Cost., 20, commi 3 e 4 l. 109/1994; 46, 47, 48, 49 e 63 comma 7, 66 commi 3 e 4 d.P.R. 554/1999, 252 d.lgs. 163/06; 168, comma 11 e 263 comma 2 e 357 comma 9 d.P.R. 207/2010) nonché eccesso di potere per difetto di motivazione, carenza di istruttoria, erroneità dei presupposti, travisamento.

5.1. Gli appellanti propongono come motivo di appello un motivo di ricorso (il secondo) rimasto assorbito dalla sentenza di primo grado.

5.2. Il giudice di primo grado, infatti, ha dichiarato assorbito il secondo motivo di ricorso – di censura del provvedimento di esclusione per aver ritenuto non valutabile quale requisito di qualificazione in favore del arch. Maio il progetto da questi predisposto per la procedura di appalto integrato indetta dal Comune di Capua al fine di progettazione e riqualificazione del Museo Campano – dopo aver ritenuto infondato il quarto motivo di ricorso; il provvedimento di esclusione impugnato contiene una duplice ragione (ratio decidendi), il Tribunale ha ritenuto che, infondato il motivo riguardante una delle due, non residuava più alcun interesse del ricorrente all’esame dell’altra poiché non avrebbe potuto comunque ottenere la rimessione in gara.

6. Il motivo di appello è inammissibile.

6.1. Gli appellanti non contestano la scelta del giudice di primo grado di procedere all’assorbimento del secondo motivo di ricorso per aver respinto il quarto, ma ne ripropongono il contenuto come motivo di appello.

6.2. Ciò comporta che l’assorbimento operato dal primo giudice va tenuto fermo e, di conseguenza, il motivo di appello, convertito in motivo di ricorso riproposto ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., va esaminato solo se ritenuti fondati gli altri motivi di appello.

7. Con il terzo motivo gli appellanti lamentano la violazione di legge (artt. 3 comma 8 d.P.R. 34/2000, 17, comma 1, lett. d) e L. 109/1994 e della normativa di gara) nonché difetto di motivazione e di istruttoria, violazione del favor participationis.

7.1. Gli appellanti contestano la sentenza di primo grado per aver respinto il quarto motivo del ricorso di primo grado rivolto a censurare il provvedimento di esclusione dalla procedura in quanto il RUP aveva ritenuto non provata la quota di progettazione eseguita dall’arch. Maio nell’ambito dell’appalto integrato per la progettazione definitiva ed esecutiva dei lavori di riqualificazione del Museo Campano di Capua.

7.2. Nella domanda di partecipazione era stato dichiarato che la precedente progettazione dell’arch. Maio aveva avuto ad oggetto un’opera del valore di € 1.800.000,00, per la categoria 1E, tale da integrare il requisito richiesto dal bando di € 600.000,00 per la progettazione di categoria 1E; dalla documentazione presentata, tuttavia, era emerso che l’attività di progettazione era stata svolta insieme all’arch. Rosa Carafa, senza che fosse possibile evincere la quota eseguita dall’uno e dall’altro. Ai chiarimenti richiesti era seguita la trasmissione di ulteriore documentazione, ritenuta dal RUP non idonea a dimostrare con evidenza la quota di progettazione riferibile a ciascuno degli architetti firmatari del progetto.

7.3. La sentenza impugnata ha confermato il provvedimento di esclusione: per utilizzare ai fini curriculari il pregresso servizio di progettazione svolto congiuntamente, la ricorrente avrebbe dovuto dimostrare la quota eseguita da ciascun architetto e i documenti a tal fine prodotti, peraltro solo successivamente alla richiesta di

chiarimenti formulata dal RUP, – la certificazione rilasciata dall'impresa Pasquale Mastronimico del 3 settembre 2008 capogruppo dell'Ati che aveva eseguito i lavori presso il Museo Campano e l'atto notarile di costituzione dell'Ati del 24 settembre 2007 – non erano a tal fine idonei; l'affermazione per la quale la quota di esecuzione è stata del 50% cadauno, conclude la sentenza, resta senza prova.

7.4. Gli appellanti contestano la sentenza: la documentazione versata in atti dimostra che "I due professionisti hanno svolto la prestazione professionale redigendo compiutamente e sottoscrivendo, il progetto ed assumendone la "integrale paternità", come risulta del resto dalla certificazione rilasciata dall'impresa Mastronimico"; le attività sono state, dunque, affidate per intero ai due professionisti che hanno operato congiuntamente (come co-progettisti) e, dunque, deve ritenersi imputabile a ciascuno di essi il 100% della progettazione eseguita o, quanto meno, il 50% della stessa (nel caso sufficiente ad integrare il requisito richiesto dal bando).

8. Il motivo non è fondato e va respinto.

8.1. Non è in discussione l'assunto della sentenza di primo grado che in caso di precedenti servizi ex art. 263, comma 2, d.P.R. 207 cit. svolti congiuntamente ad altri professionisti il requisito sussiste solo per la quota di esecuzione imputabile a chi intenda spenderlo per partecipare ad altra gara; si discute, invece, se sia possibile trarre dalla documentazione versata in atti convincimento nel senso che la quota di esecuzione del precedente servizio corrisponda al 100% per aver gli architetti incaricati operato come co-progettisti o, quanto meno, al 50% per ciascuno di essi.

8.2. Ritiene il Collegio che la sentenza impugnata merita conferma sul punto.

I documenti richiamati dagli appellanti dimostrano che l'arch. Maio e l'arch. Carafa hanno svolto una serie di attività riconducibili alla progettazione definitiva ed esecutiva dei lavori di riqualificazione del Museo campano di Capua, ma non definiscono in quote l'attività dell'uno e dell'altro, né il 100% del servizio può automaticamente conseguire alla qualifica di co-progettista, come pretenderebbero gli appellanti, trattandosi di definizione che non implica la necessaria esecuzione dell'intero progetto o di una percentuale preminente.

In questo senso, è corretto affermare, come fatto dalla sentenza appellata, che i documenti presentati a seguito della richiesta di chiarimenti formulata dal RUP non sono idonei a dimostrare che ciascuno degli architetti ha eseguito il 50% dell'attività di progettazione.

9. Con l'ultimo motivo gli appellanti contestano la sentenza di primo grado "con riferimento all'escussione della cauzione provvisoria e alla segnalazione all'Anac: violazione degli artt. 6, comma 11, 48, comma 1 e 75, comma 6, d.lgs. 163/2006 – violazione del principio di proporzionalità".

9.1. Il motivo di appello è rivolto a contestare la sentenza di primo grado per aver respinto il quinto motivo di ricorso con il quale le imprese si dovevano dell'avvenuta escussione della cauzione provvisoria a seguito del provvedimento di esclusione dalla procedura; secondo gli appellanti l'escussione della polizza di gara in seguito a provvedimento di esclusione può avvenire solo a condizione che la stazione appaltante rilevi nelle ragioni dell'esclusione una qualche forma di responsabilità dell'offerente/dichiarante; responsabilità che, nel caso di specie, si assume del tutto mancante.

9.2. La sentenza impugnata ha respinto il motivo di ricorso sulla base dell'orientamento giurisprudenziale per il quale l'incameramento della cauzione discende in maniera automatica dalla previsione dell'art. 75, comma 6, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 per il quale la "garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario"; è, infatti, chiaro – ribadisce il giudice di primo grado – che il concorrente che partecipa alla gara in carenza dei requisiti richiesti, a prescindere dal fatto che tale carenza sia ascrivibile a sua colpa, ha pregiudicato la possibilità di stipulare il contratto per fatto proprio.

9.3. Secondo gli appellanti la sentenza avrebbe, in questo modo, avallato un forma di sanzione "automatica" che non ha riscontro nell'art. 75 cit., e che, comunque, è in contrasto con i principi di diritto comune quali l'art. 2043 Cod. civ. e gli artt. 2 e ss. T.U. 689/81, che richiedono la responsabilità del soggetto sanzionato.

10. Il motivo è infondato e va respinto.

10.1. L'art. 48, comma 1, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 prevede che: "Quando tale prova non è fornita (si intende: quella dei requisiti che sono stati precedentemente dichiarati dall'impresa in sede di offerta, n.d.s.) ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'autorità per i provvedimenti di cui all'art. 6, comma 11."

Contrariamente a quanto sostenuto dagli appellanti, la disposizione instaura una precisa correlazione tra una condotta imputabile al concorrente – di non aver fornito la prova delle dichiarazioni rese o dato una prova idonea – e l'escussione della cauzione.

La cauzione (e la correlativa escussione) non è una sanzione che colpisce il concorrente per il comportamento tenuto, ma una garanzia per il corretto adempimento degli obblighi assunti dagli operatori economici in relazione ad una partecipazione ad una gara di appalto, ivi compresi, naturalmente, la dimostrazione del possesso dei requisiti dichiarati in sede di offerta e per i quali è avvenuta la ammissione alla gara.

Tali considerazioni spiegano i principi consolidati della giurisprudenza amministrativa in ordine alla cauzione provvisoria:

- la finalità dell'istituto è quella di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese, di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta (cfr. Cons. Stato, sez. V, 31 agosto 2016, n. 3751);

- l'incameramento della cauzione provvisoria è conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, e, come tale, non suscettibile di valutazioni discrezionali da parte dell'amministrazione in relazione ai singoli casi concreti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5806; sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5709; sez. V, 28 agosto 2017, n. 4086; Adunanza plenaria, 29 febbraio 2016, n. 5);

- in particolare, l'incameramento della cauzione è insensibile ad eventuali valutazioni volte ad evidenziare la non imputabilità a colpa della violazione che ha dato causa all'esclusione.

10.2. La mancanza di responsabilità dell'offerente/dichiarante nel caso dei requisiti dichiarati dall'arch. Maio in sede di presentazione dell'offerta è, dunque, profilo irrilevante ai fini dell'escussione della polizza, cui la stazione appaltante può procedere per il solo fatto di aver legittimamente deciso l'esclusione per mancanza dei requisiti dichiarati.

11. A chiusura del discorso, e senza recedere dai principi richiamati, rileva, comunque, il Collegio che, nel caso di specie, le ragioni a sostegno del provvedimento di esclusione sono direttamente riconducibili ad un comportamento dell'operatore.

In sede di presentazione dell'offerta, infatti, è stato speso quale requisito professionale un pregresso servizio – la progettazione dei lavori di riqualificazione del Museo campano di Capua – non utilizzabile in base al chiaro dettato normativo.

Il suddetto progetto, nella procedura in cui era stato presentato, risultava sì valutato dalla commissione di gara, ma non aggiudicato, laddove invece, l'art. 263, comma 2, d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 richiede che, per valere ai fini curricolari, il progetto deve essere "iniziato, ultimato ed approvato" nel decennio o nel quinquennio la data di pubblicazione del bando; né è corretta la tesi delle appellante (esposta nel secondo motivo di appello dichiarato inammissibile) per la quale è sufficiente che il progetto sia stato esaminato dalla commissione aggiudicatrice perché possa essere utilizzato a fini curricolari.

È vero, invece, che il chiaro riferimento all' "approvazione" può spiegarsi nel senso che il progetto può essere speso quale requisito professionale in successive procedure solamente se esaminato e preferito agli altri dalla commissione aggiudicatrice (come chiarito con ampiezza di argomenti da Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2015, n.

2567: “La disposizione da ultimo riportata, come risulta all'esito di una interpretazione letterale e teleologica, contiene due diversi precetti. Il primo precetto riguarda i servizi di progettazione che, inseriti nell'ambito di una procedura amministrativa, siano stati formalmente "approvati" dal committente pubblico che, ad esempio, si è determinato nel senso di aggiudicare la gara al soggetto cui quei servizi si riferiscono. In questo caso non rileva che successivamente all'approvazione i lavori relativi alla progettazione non siano stati realizzati.”).

12. In conclusione, l'appello deve essere respinto e la sentenza di primo grado integralmente confermata, ivi compresa la statuizione in ordine alla inammissibilità del ricorso con il quale era richiesto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione a favore di Brancaccio costruzioni s.p.a.

12.1. L'appello incidentale proposto dalla Brancaccio costruzioni s.p.a., in quanto condizionato all'accoglimento dell'appello principale – e, comunque, rivolto a riproporre i motivi già esposti in primo grado in via incidentale – resta assorbito dal rigetto dell'appello principale.

13. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna Research consorzio stabile s.c.a.r.l., Schiavo & C. s.p.a. e arch. Maio in solido tra loro al pagamento delle spese del presente grado del giudizio, che liquida in complessivi € 5.000,00 oltre accessori e spese di legge, da corrispondere in parti uguali a favore della Mostra d'Oltremare s.p.a. e della Brancaccio costruzioni s.p.a.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 14/05/2018
N. 02867/2018REG.PROV.COLL.
N. 00272/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 272 del 2018, proposto da:

First Aid One Italia, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Carmelo Pietro Russo e Francesco Stallone, con domicilio eletto presso lo studio Andrea Scuderi in Roma, via Stoppani, 1;

contro

Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Mantova, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Corrado Pavarini e Paolo Migliaccio, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Cosseria n. 5;

nei confronti

- Soccorso Azzurro Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Fulvio Ingaglio La Vecchia, con domicilio eletto presso lo studio Maria Rita Marchese in Roma, via Magliano Sabina n. 22;

- Cda Studio Legale Tributario, Croce Rossa Italiana - Comitato Locale di Mantova, Pubblica Assistenza Volontaria Croce Verde Mantova Onlus, tutti non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lombardia - Sez. Staccata di Brescia, Sezione I, n. 1277/2017, resa tra le parti, concernente l'esclusione dell'offerta presentata da First Aid One Italia e l'aggiudicazione a Soccorso Azzurro Coop. Sociale (in R.T.I. con Croce Rossa Italiana – Comitato locale di Mantova e Pubblica Assistenza Volontaria Croce Verde Mantova Onlus) della gara per l'affidamento del servizio trasporti sanitari interspedalieri con ambulanza, occorrenti alla A.S.S.T. di Mantova;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Socio Sanitaria Territoriale di Mantova e di Soccorso Azzurro Cooperativa Sociale – Onlus;

Visto l'appello incidentale depositato l'1.2.2018 da Soccorso Azzurro Cooperativa Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 marzo 2018 il Cons. Giorgio Calderoni e uditi per le parti gli avvocati Carmelo Pietro Russo, Paolo Migliaccio, Corrado Pavarini e Fulvio Ingaglio La Vecchia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue;

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto alla Sezione staccata di Brescia del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, l'attuale appellante First Aid One Italia Coop. sociale (d'ora in poi, anche solo: First Aid)

impugnava le seguenti deliberazioni del Direttore generale dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale "Carlo Poma" di Mantova:

* 20 giugno 2017, n. 687 con cui – dopo ampio sub procedimento di verifica dell'anomalia, caratterizzato da ripetute richieste di chiarimenti della stazione appaltante e dallo svolgimento di approfondimenti istruttori richiesti anche a uno studio esterno (C.D.A.: Consulenza e Direzione Aziendale di Mantova) e vista la Relazione del Rup in pari data – è stata disposta l'esclusione della medesima appellante dalla gara (da aggiudicarsi all'offerta economicamente più vantaggiosa) per l'affidamento quadriennale dell'appalto dei servizi di trasporto sanitario programmato interospedaliero, procedura all'esito della quale First Aid si era classificata al primo posto (offerta di un canone quadriennale di € 2.949.500,16 e conseguimento del massimo del punteggio tecnico ed economico: rispettivamente p. 40 e p. 60, per un totale di 100); seguita al secondo posto dall'attuale appellata Soccorso Azzurro Coop. Sociale (canone annuale quadriennale di € 2.995.932,00, con attribuzione di 59,07 punti per la componente economica e 31,20 punti per l'offerta tecnica, per un totale di p. 90,27);

* 26 giugno 2017, n. 725, di aggiudicazione della gara in favore di Soccorso Azzurro.

2. Il TAR ha respinto il ricorso di First Aid e dichiarato improcedibile il ricorso incidentale di Soccorso Azzurro, ritenendo in sintesi che:

- è possibile affermare che lo scostamento dai minimi tabellari è rivelatore di inattendibilità e anti-economicità se sia consistente e rilevante, riscontrandosi una divergenza quantitativamente significativa (nel caso di First Aid: del 32%);
- è ravvisabile la diretta violazione dell'art. 2 comma 5 della L. 381/91, in quanto, sempre nel caso di First Aid, 1/3 della prestazione è svolta da volontari;
- quanto all'offerta Soccorso Azzurro, essa ha esibito un costo orario per gli operatori pari a 18,84 € all'ora, in linea con le tabelle ministeriali ed evidenziato la complementarietà del ruolo dei volontari (incidenza attorno al 18%); mentre per le altre voci dell'offerta Soccorso Azzurro la sentenza fornisce motivazioni di congruità: cfr. capi da 3.4. a 3.8. della relativa esposizione in diritto.

3. Appellando la citata sentenza Tar Brescia n. 1277/2017, First Aid dichiara di riproporre alcune censure non esaminate dal TAR (ampia coincidenza tra le memorie ASST e Soccorso Azzurro prodotte in primo grado; repentina adesione, in sede procedimentale, di ASST al – pur erroneo – rilievo contenuto nel ricorso incidentale di primo grado di Soccorso Azzurro, relativamente alla necessaria qualifica di autista soccorritore per tutti gli addetti; "ostacoli" frapposti da ASST al rilascio di copia del Regolamento interno di Soccorso Azzurro, richiesta da First Aid); e passa, poi, ad articolare i seguenti motivi di appello:

I. eccesso di potere per perplessità della motivazione, contraddittorietà e disparità di trattamento, in quanto:

- la sentenza gravata non avrebbe colto che l'Amministrazione non ha effettivamente valutato, in nessuna delle fasi del procedimento (consultiva, propositiva, deliberante) l'offerta di First Aid: in particolare, non vi sarebbe stato, da parte del RUP, alcun accenno di autonomo apprezzamento, né di valutazione degli elementi compositivi dell'offerta che lo studio CDA aveva rinviato all'Amministrazione; né vi sarebbe stata alcuna disamina degli elementi che giustificavano lo scostamento dalle tabelle ministeriali, che nemmeno CDA avrebbe compiuto;

- la stessa sentenza si caratterizzerebbe per una funzione di supplenza dei provvedimenti impugnati;

- le sue conclusioni sarebbero, comunque, infondate nel merito, sostenendosi che l'offerta First Aid, alla stregua dei calcoli e dei correttivi sul costo del personale indicati nell'atto di appello e nell'apposita perizia giurata prodotta, sarebbe conforme alle tabelle ministeriali di riferimento;

- in taluni passaggi, la sentenza di primo grado sarebbe giunta a riscrivere l'offerta del RTI Soccorso Azzurro "in modo tale da renderla plausibile", così incorrendo nell'asserita disparità di trattamento rispetto a First Aid;

- in particolare, la sentenza avrebbe ritenuto, per Soccorso Azzurro, accettabile l'allocazione tra le spese generali del costo per le ore lavorate nei servizi a chiamata, mentre per First Aid la possibilità di includere il TFR tra le stesse spese generali sarebbe stata invece immotivatamente negata; e ugualmente avrebbe ritenuto possibile per Soccorso Azzurro l'«affinamento del quadro economico durante il procedimento di verifica dell'anomalia», qualificando, viceversa, come modifica dell'offerta la progressiva specificazione delle tipologie di lavoratori utilizzati, effettuata da First Aid;

ancora, la sentenza avrebbe «trasformato», secondo generici principi di plausibilità e verosimiglianza, un servizio di stazionamento permanente in un servizio di pronta reperibilità;

- inoltre, dall'offerta formulata da Soccorso Azzurro emergerebbe una discrepanza tra il numero dei dipendenti dichiarati nell'offerta tecnica e quelli che secondo la tabella ministeriale possono realisticamente essere impiegati tenendo conto delle 1.548 ore massime che possono essere lavorate in un anno da ciascun lavoratore dipendente;

II. violazione dell'art. 2 comma 5 della l. 381/91 e dell'art. 2 comma 3 della l. 266/91, sotto il seguente duplice profilo:

II.1. la questione del rapporto volontari/dipendenti sul monte ore dell'offerta First Aid sarebbe stata esaminata nella relazione CDA ma, diversamente da quanto opinato nella pronuncia gravata, non sarebbe stata fatta propria né dalla relazione del RUP né, di conseguenza, dal provvedimento di esclusione dell'appellante che a quest'ultima rinvia; né sarebbe sufficiente, sotto questo profilo, il richiamo a detta relazione contenuto nella proposta 20 giugno del RUP, poiché quest'ultima non farebbe un generico e integrale rinvio alla relazione CDA, riportando, anzi, soltanto la parte inerente allo scostamento rilevato per il costo del lavoro e testualmente riproducendone il contenuto: in definitiva, il RUP avrebbe fatto testuale riferimento solo al costo del lavoro, tralasciando i rimanenti elementi individuati dallo studio CDA.

Ciò non sarebbe casuale, perché se la percentuale di incidenza del lavoro volontario riscontrabile nell'offerta di Soccorso Azzurro fosse calcolata comprendendo nel computo l'apporto volontario complessivamente riferibile all'ATI (e, dunque, le prestazioni non remunerate rese da Croce Rossa e da Croce Verde), essa sarebbe di poco inferiore (28,59%) a quella del 32% rilevata a proposito di First Aid e persino superiore (33,63%) ove ragguagliata ai dati disaggregati dell'offerta aggiudicataria e alle attività di trasporto programmato, per le quali ben 12.626 ore su 37.543 sono prestate a titolo di volontariato, pari appunto a oltre 1/3.

II.2. First Aid aveva evidenziato nel proprio ricorso di primo grado che il raggruppamento secondo classificato intendeva impiegare soci lavoratori che agiscono in qualità di volontari per un massimo di 36 ore mensili pro-capite, in aggiunta al monte ore contrattualmente previsto (pari a 165 al mese), in forza di un Regolamento interno; ma tale previsione confliggerebbe con l'art. 2, comma 3, della l. n. 266/1991, ai sensi del quale «la qualità di volontario è incompatibile con qualsiasi forma di rapporto di lavoro subordinato o autonomo e con ogni altro rapporto di contenuto patrimoniale con l'organizzazione di cui fa parte»; né, diversamente da quanto affermato dal primo Giudice, potrebbe essere ritenuta di carattere speciale e, dunque, prevalente sul comma 3, la disposizione di cui al successivo quinto comma dell'art. 2, secondo cui «... le prestazioni dei soci volontari possono essere utilizzate in misura complementare e non sostitutiva rispetto ai parametri di impiego di operatori professionali previsti dalle disposizioni vigenti». Invero, il divieto posto dall'art. 2, comma 3 della l. n. 266/1991 sarebbe funzionale ad evitare che rapporti di lavoro dipendente possano essere dissimulati in forma di rapporto volontario ed esprimerebbe, quindi, precetti di ordine pubblico, con la conseguenza che la disposizione di cui al comma 5 seguente sarebbe non speciale, ma recessiva.

Peraltro, dopo la riforma introdotta dalla l. n. 142/2001, come modificata dalla l. 30/2003, la legge n. 381/1991 non consentirebbe, ma escluderebbe la possibilità che, nelle cooperative sociali come Soccorso Azzurro, i soci lavoratori possano svolgere, in favore della stessa cooperativa, prestazioni a titolo di

volontariato.

4. In questo grado del giudizio si sono costituite l'Azienda Socio Sanitaria Territoriale (ASST) "Carlo Poma" di Mantova e la Cooperativa Sociale Soccorso Azzurro, che in pari data (23 gennaio 2018) hanno depositato due rispettive memorie difensive.

In particolare, mentre Soccorso Azzurro si è concentrata sulla domanda cautelare proposta (e poi rinunciata) dall'appellante, l'ASST di Mantova ha:

- eccepito l'inammissibilità in grado di appello di giustificazioni, motivi e documenti mai proposti nel corso del sub-procedimento di valutazione del sospetto di anomalia e nel giudizio di primo grado, come le giustificazioni relative all'imputazione dello scatto di anzianità biennale, della previdenza complementare e dell'indennità di turno;

- ripercorso analiticamente il sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta First Aid;

- preso, comunque, in considerazione gli ulteriori elementi giustificativi presentati da quest'ultima col ricorso in appello, osservando che si tratta di giustificazioni che non mutano la valutazione di anomalia dell'offerta e concludendo che "nessun dubbio può residuare sul fatto che il costo del lavoro indicato da First Aid One si discosta in misura considerevole dai parametri di riferimento".

Successivamente (29 gennaio 2018), Soccorso Azzurro ha depositato un'ulteriore memoria difensiva in cui ha riproposto "i contenuti delle difese già svolte nel precedente grado di giudizio, siccome non esaminate", riproducendo le originarie memorie del 2.8.2017 e del 2.10.2017, nelle quali viene ulteriormente descritto nei dettagli il sub procedimento di anomalia e si analizzano, altrettanto nei dettagli, le due offerte classificate al primo e secondo posto.

5. In data 1.2.2018, Soccorso Azzurro ha, altresì, depositato ampio ricorso incidentale, auto-definito di carattere escludente e con il quale chiede, a sua volta, la riforma della sentenza n. 1277/2017 del T.A.R. Lombardia – Brescia, relativamente:

- al capo 3.3 della sentenza, nel quale cui il T.A.R. ha vagliato, sia pure rigettandole, le censure mosse dalla ricorrente principale (oggi appellante principale), all'offerta del RTI Soccorso Azzurro in punto di asserita violazione del divieto di utilizzo del personale dipendente, in funzione volontaria (di cui anche al punto II.2. dell'attuale appello principale), per inammissibilità del motivo di ricorso e, conseguentemente, in rito, per l'omessa pronuncia di inammissibilità, stante che il Regolamento interno della Cooperativa prevede la possibilità, per i soli soci lavoratori, di espletare attività di volontariato per un numero massimo di n. 36 ore/mese ed è assistito da specifico Provvedimento di Certificazione ex lege 276/2003 (19 luglio 2011, n. 35/161 della Fondazione universitaria M. Biagi), non autonomamente impugnato dinanzi al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 80 comma 5 della stessa legge;

- al capo 4. (in cui il ricorso incidentale proposto in primo grado è stato ritenuto improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse), con la precisazione: "per l'ipotesi in cui il Collegio dovesse ritenere fondato il ricorso in appello R.G. n. 272/2018".

Anche in questo scritto difensivo, Soccorso Azzurro ha riproposto espressamente "le eccezioni e difese svolte in primo grado" e ha chiesto, altresì, che sia dichiarata, ex art. 75 D.P.R. n. 445/2000, la decadenza della First Aid One Italia dall'ammissione alla gara e dalle sue fasi successive.

6. A tale ricorso incidentale, First Aid ha controdedotto (altrettanto diffusamente) con memoria difensiva depositata (unitamente a documentazione) in data 28 febbraio 2018 e nella quale, in particolare:

- deduce di aver, comunque, censurato il Regolamento interno nel proprio ricorso di primo grado;

- deduce, altresì, che un problema di autonoma impugnazione della certificazione nemmeno si porrebbe, poiché, ai sensi del primo comma del citato art. 80, il ricorso nei confronti dell'atto di certificazione andrebbe proposto presso l'autorità giudiziaria, di cui all'articolo 413 del codice di procedura civile;

- nega il carattere escludente del predetto appello incidentale e insiste per l'accoglimento del proprio appello principale.

7. Il giorno successivo 1 marzo 2018, Soccorso Azzurro ha, a sua volta, depositato ampia documentazione, e documenti sono stati prodotti anche da First Aid il 6 marzo 2018.

Infine, in vista dell'odierna udienza pubblica tutte le parti hanno dimesso ulteriori scritti difensivi, e nell'ordine:

- il 5 marzo 2018, ASST Mantova ha chiesto la reiezione dell'appello principale e la declaratoria di inammissibilità dell'appello incidentale, evidenziando, in particolare, che il costo orario indicato da First Aid in € 9,11 era inferiore al minimo salariale indicato nelle Tabelle ministeriali (€ 18,84), in misura superiore al 50% e che, anche tenendo conto delle riduzioni conseguenti alle "nuove giustificazioni" adottate in sede di appello principale, lo scostamento rimarrebbe superiore ad € 9, ancora indicativo di anomalia, poiché ASST contesta la possibilità di tener conto dell'<unica voce di costo di valore significativo>, riferita all'indennità di turno riduzione, in quanto non si comprenderebbe, in che termini e in quale misura, l'impiego dei volontari migliorerebbe le turnazioni di lavoro;
- il 6 marzo 2018, Soccorso Azzurro ha depositato una memoria in cui evidenzia che "risulta depositata in appello una perizia tecnica (...) sulla incongruità dell'offerta della Soccorso Azzurro mai depositata in primo grado, né dettata da esigenze sopravvenute al primo giudizio"; e che "del pari esordiscono per la prima volta in appello censure fin qui mai svolte, additive ed innovative delle giustificazioni all'offerta economica rese in fase di analisi";
- il 9 marzo 2018, Soccorso Azzurro ha, altresì, specificamente replicato alle difese svolte da First Aid in relazione all'appello incidentale e ha rappresentato che, come da dichiarazione recentemente resa da AREU (Azienda Regionale Emergenza Urgenza) Lombardia, di tutto il personale indicato in sede di gara da First Aid, solo "quattro persone hanno ultimato l'intero percorso formativo di 120 ore" e "hanno l'abilitazione al soccorso sanitario extra ospedaliero";
- il 10 marzo 2018, Soccorso Azzurro ha depositato una seconda memoria di specifica replica alla memoria 28 febbraio 2018 di First Aid;
- lo stesso 10 marzo 2018, anche quest'ultima ha prodotto propria memoria di replica, in cui eccepisce la tardività dell'appello incidentale di Soccorso Azzurro e deduce che l'ASST Carlo Poma avrebbe inviato ad AREU un elenco di operatori diverso da quello prodotto da First Aid relativamente alla gara di cui si controverte e invece relativo al personale in servizio per il c.d. "contratto ponte" in essere tra le parti (e pur più oneroso), rappresentando, al riguardo, la propria disponibilità all'esperimento di eventuali mezzi istruttori, nelle forme previste dall'art. 19 c.p.a..

8. Indi all'odierna udienza pubblica, la causa è passata in decisione, previa discussione orale tra i difensori delle parti, nel corso della quale si è fatto richiamo anche al nuovo Codice del Terzo Settore di cui al D. Lgs. 117/2017 e la difesa di First Aid ha chiesto la pubblicazione del dispositivo.

9. All'esito di tale richiesta è stato, pertanto, pubblicato il dispositivo n. 1971/2018, del seguente tenore: << il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così decide:

1. respinge l'appello principale di First Aid One Italia Coop. Sociale;
2. dichiara improcedibile l'appello incidentale di Soccorso Azzurro Cooperativa Sociale;
3. compensa fra le parti le spese del presente grado di giudizio>>.

Di seguito vengono, quindi, esposte le motivazioni relative al suddetto dispositivo.

10. In primo luogo, occorre soffermarsi sui profili in rito del presente grado di giudizio, ovvero sui rapporti tra appello incidentale proposto da Soccorso Azzurro e appello principale proposto da First Aid.

10.1. Al riguardo, il Collegio rileva che il carattere logicamente e giuridicamente subordinato dell'appello incidentale emerge dalla sua stessa sua epigrafe, laddove – se pur con specifico riferimento all'impugnazione del capo 4 della sentenza di primo grado – si precisa espressamente che tale impugnativa è proposta "per l'ipotesi in cui il Collegio dovesse ritenere fondato il ricorso in appello R.G. n. 272/2018".

10.2. E' ben vero che analoga precisazione non compare a proposito dell'impugnazione del precedente capo 3.3. della sentenza di primo grado, ma in questo caso il carattere subordinato anche di tale impugnativa consegue alla constatazione che essa riguarda un capo di sentenza deciso, nel merito e non in rito, in senso favorevole alla qui appellante incidentale.

Ora, se sussiste indubitabilmente un interesse di quest'ultima a censurare siffatta (pur favorevole) statuizione di merito, al fine di ottenere una pronuncia del Giudice d'appello anche sui profili di inammissibilità delle domande proposte da controparte in primo grado (così salvaguardandosi un più ampio ventaglio di possibili pronunce giudiziali reiettive di tali domande), è altrettanto evidente che un simile interesse continua a permanere solo una volta che il Giudice d'appello abbia manifestato un diverso avviso, rispetto alla statuizione di merito resa sul punto dalla sentenza gravata.

10.3. Stante, dunque, il carattere logicamente e giuridicamente subordinato dell'appello incidentale, la presente disamina inizierà da quello principale.

Il quale non risulta fondato per le ragioni che seguono.

11. In primo luogo, si rivelano condivisibili gli essenziali snodi argomentativi di carattere giuridico sui quali poggia la sentenza appellata.

11.1. A partire dalla soluzione data a quello che esattamente, al punto 2.1. di quest'ultima, è definito il principale tema controverso (quello del costo orario del lavoro), soluzione giuridica che si rinviene nei vari punti in cui si articola il precedente capo 1 della suddetta pronuncia: ovvero che - se lo scostamento del costo del lavoro rispetto ai valori ricavabili dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi, non può comportare, di regola e di per sé, un giudizio di inattendibilità - esso è, tuttavia, rivelatore di inattendibilità e anti-economicità se sia consistente e rilevante, riscontrandosi, cioè, una divergenza quantitativamente significativa.

Nello stesso alveo interpretativo si colloca la costante giurisprudenza di questo Consiglio (richiamata anche nella sentenza appellata), della quale è sufficiente menzionare gli arresti successivi alla pubblicazione (25 ottobre 2017) della medesima sentenza e a loro volta contenenti richiami a ulteriori precedenti; e cioè:

- per la sez. V, 7/02/2018, n. 811, secondo cui gli scostamenti del costo del lavoro rispetto ai valori medi delle tabelle ministeriali possono essere ritenuti anomali se eccessivi e tali da compromettere l'affidabilità dell'offerta; e 18/12/2017, n. 5939, per la quale "in sostanza devono considerarsi anormalmente basse solo le offerte che si discostino in modo evidente dai costi medi del lavoro indicati nelle tabelle predisposte dal Ministero del lavoro in base ai valori previsti dalla contrattazione collettiva";
- per questa Sezione, 15/01/2018, n. 188, che riprende la stessa locuzione della sentenza n. 811/2018; e 13/03/2018, n. 1609, secondo cui "perché possa dubitarsi della (...) congruità" di un'offerta "occorre che le discordanze siano considerevoli e palesemente ingiustificate".

Alla stregua di tali principi, la sentenza n. 1609/2018 da ultimo citata non ha ad. es. ritenuto considerevole uno scostamento dello 0,80%.

11.2. Anche la seconda affermazione di carattere generale contenuta al punto 3 della sentenza gravata (quella per cui il giudizio di anomalia richiede una motivazione rigorosa ed analitica solo ove si concluda in senso negativo, mentre in caso positivo non occorre che la relativa determinazione sia fondata su un'articolata esternazione delle ragioni a supporto, ripetitiva delle giustificazioni ritenute attendibili) risulta conforme alle consolidate acquisizioni della giurisprudenza di questo Consiglio.

Basterà qui ricordare la decisione pubblicata lo stesso giorno della sentenza del Tar Brescia qui appellata: cioè Sez. V, 25/10/2017, n. 4912, secondo cui la valutazione favorevole circa le giustificazioni dell'offerta sospetta di anomalia non richiede un particolare onere motivazionale, mentre è richiesta una motivazione più approfondita laddove l'amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall'impresa, in tal modo disponendone l'esclusione (con ulteriore richiamo a Cons. Stato, V, 2 dicembre 2015, n. 5450).

11.3. La stessa consonanza con le acquisizioni cui è pervenuta la giurisprudenza amministrativa di primo e secondo grado si rinviene nella sentenza gravata, rispetto alla più specifica questione dalla stessa affrontata e relativa alla violazione dell'art. 2 comma 5 legge 381/1991: invero, già con sentenza 12/03/2012, n. 1369 la Quinta Sezione di questo Consiglio aveva ritenuto che l'impiego di soci volontari non retribuiti non implica di per sé una non rispondenza agli obiettivi di qualità del servizio esigibili dalla stazione appaltante, purché si tratti di un contributo "marginale" nell'economia complessiva del servizio (in quel caso meno del 5%: 20 ore su 586 totali).

Mentre in seguito, prima il T.A.R. Piemonte e poi - alla vigilia dell'odierna pubblica udienza - il T.A.R. Veneto hanno rispettivamente ribadito che:

* la suddetta, particolare disciplina limita l'utilizzo di prestazioni di soci volontari (che non deve essere sostitutiva rispetto ai parametri di impiego di operatori professionali previsti dalle disposizioni vigenti) nella gestione di servizi da effettuarsi in applicazione dei contratti stipulati con amministrazioni pubbliche (Tar Piemonte, sez. I, 17/03/2016, n. 368, non appellata);

*l'attività dei volontari deve essere di norma complementare rispetto a quella dei lavoratori impiegati nel servizio, e in particolare deve essere di regola di supporto dei soli lavoratori svantaggiati, e non può comunque spingersi sino a divenire strutturalmente sostitutiva dell'attività degli operatori professionali, essendo imprescindibile l'individuazione di ragionevoli limiti a tale ingerenza al fine di preservare un determinato standard qualitativo e di professionalità della prestazione offerta (T.A.R. Veneto, sez. I, 21/03/2018, n. 319).

Quest'ultima, recentissima pronuncia, ha, così, ritenuto nel caso al suo esame che l'impiego strutturale di sei soci volontari per sostituire le assenze di 101 lavoratori (di cui soltanto 32 svantaggiati) per un numero di ore pari ad oltre il 10% del monte ore complessivo, fosse stato ragionevolmente considerato dalla stazione appaltante eccessivo e sproporzionato rispetto al ruolo naturale dei soci volontari all'interno della cooperativa e nell'esecuzione di un appalto, inducendola logicamente a ravvisare per tale ragione l'anomalia dell'offerta.

12. Una volta accertata l'esattezza delle enunciazioni in diritto della sentenza di primo grado, si tratta di verificare la correttezza o meno delle valutazioni dalla stessa compiute in punto di fatto.

12.1. Circa l'anzidetto punto centrale della controversia (costo orario del lavoro dichiarato da First Aid), la valutazione in concreto contenuta al punto 2.2. della medesima sentenza (di divergenza "eclatante" rispetto ai parametri delle tabelle ministeriali) non pare in alcun modo censurabile, in quanto al precedente capo 2.1. risulta evidenziato che lo scostamento tra il costo orario First Aid, integrato dagli oneri previdenziali ed assistenziali (€ 11,83) e quello minimo (€ 18,84), indicato nella tabella ministeriale con riferimento allo stesso livello di inquadramento (C1), ammonta a poco più di 7 euro orari, pari ad oltre il 37%.

Si è, cioè, in presenza di un differenziale superiore di oltre 40 volte a quello ritenuto non considerevole (e, dunque, ammissibile) dall'ultima pronuncia in ordine di tempo resa in materia da questa Sezione (n. 1609/2018, sopra citata al capo 11.1.).

Si tratta di un divario di fatto incolmabile e che non può, con tutta evidenza, essere colmato da quelli che pure la sentenza appellata definisce (al punto 2.3.) "accorgimenti virtuosi" quali: il ricorso alla "flessibilità" ex art. 52 CCNL, al "turno supplementare", ai turni di 12 ore; l'incentivazione della produttività, mediante programmazione di ferie e permessi; l'utilizzo di operatori c.d. jolly; ovvero tramite le ulteriori voci di riduzione del costo del lavoro elencate al successivo punto 2.5. della sentenza: rivalutazione TFR; certificazione secondo norma 011SAS 18001 (pur prodotta per la prima volta solo nel corso del giudizio di primo grado); sgravi contributivi per l'assunzione di quindici autisti soccorritori.

Quanto, infine, alle ulteriori voci "compensative" indicate - di nuovo per la prima volta e con rinvio ad apposita perizia giurata - nel primo motivo di appello (corretta imputazione dello scatto di anzianità

biennale, dei contributi INPS, della rivalutazione del TFR; espunzione della previdenza complementare e dell'indennità di turno, perché non prevista la prima o non erogabile la seconda, stante il contributo dei volontari), per esse risulta fondata, e va pertanto accolta, l'eccezione di inammissibilità formulata dall'ASST Carlo Poma, in quanto si tratta di giustificazioni "nuove" e mai rappresentate da First Aid alla stazione appaltante in sede sub-procedimentale di verifica dell'anomalia.

12.2. Analogamente a quanto appena osservato per il costo orario, il punto 2.4. della sentenza del Tar Brescia evidenzia poi - in ordine allo specifico fattore "lavoro volontario", addotto da First Aid - come quasi 1/3 della prestazione (il 32%) sia svolta da volontari: anche in questo caso si tratta di una soglia ampiamente superiore alla percentuale del 5% considerata, viceversa, marginale (eppertanto rientrante nella previsione di "complementarietà" di cui al quinto comma dell'art. 2 legge 381/1991) dalla sentenza n. 1369/2012 di questo Consiglio, citata al precedente capo 11.3.

Non sussiste, pertanto, in riferimento all'offerta First Aid, la violazione del medesimo art. 2 comma 5, denunciata con il profilo II.1. del secondo motivo di appello.

12.3. Nel medesimo profilo viene, altresì e nuovamente, riproposto quello che si potrebbe definire un argomento difensivo "trasversale" all'intero atto di appello: vale a dire quello per cui, enunciando la propria proposta, la relazione del RUP non avrebbe fatto un generico e integrale rinvio all'analisi dello studio CDA, ma riportato soltanto la parte inerente allo scostamento rilevato per il costo del lavoro, testualmente riproducendone il contenuto, per cui degli elementi presi in esame da Cda (tra cui la questione del rapporto volontari/dipendenti sul monte ore dell'offerta First Aid), il RUP avrebbe fatto espresso riferimento solo a quello relativo al costo del lavoro, tralasciando i rimanenti.

Su tale argomento occorre, pertanto, soffermarsi.

Al riguardo il Collegio osserva che:

i) la relazione rassegnata dal Rup il 20 giugno 2017 così letteralmente si esprime nelle proprie conclusioni: "quanto a First Aid One Italia sulla scorta della relazione di CDA (più volte richiamata, ed alla quale comunque si fa rinvio) emerge che il costo orario indicato ...".

Ora, è certamente vero che la frase appena riportata prosegue dando conto solo delle risultanze relative al suddetto costo orario di First Aid; ma è altrettanto incontestabile che, nel proprio incipit, figura un rinvio incondizionato e privo di limitazione o specificazione alcuna alla relazione di CDA, per cui non si può inferirne che si tratti di un rinvio parziale e "mirato" all'unica questione del costo orario;

ii) a sua volta, la deliberazione in pari data del Direttore generale, impugnata in primo grado, contiene:

* nelle proprie premesse, i seguenti passaggi:

- si dichiara vista "la Relazione conclusiva del RUP riferita a detto sub-procedimento, in atti, in data 20/6/2017, nonché tutta quanta la documentazione a supporto nella stessa richiamata";
- si prende atto (terzultimo capoverso) del "percorso motivazionale e dei vari elementi a supporto ivi dettagliatamente indicati";

* nel dispositivo:

- al punto 2 si dà atto che, come risulta (ancora) dalla Relazione del RUP, a carico dell'offerta prodotta dalla prima classificata, First Aid One Italia, cooperativa sociale, è stato avviato e concluso procedimento di verifica dell'anomalia, ai sensi dell'art. 97 del D.Lgs. n. 50/16;
- al punto 3, si esclude, "per quanto indicato nella Relazione del R.U.P.", l'offerta della stessa prima classificata, in quanto anomala, ai sensi dell'art. 97, quinto comma, D. Lgs 50/2016.

Di nuovo, si è in presenza di un rinvio complessivo e non condizionato alla Relazione del Rup e alla documentazione di supporto (tra cui, naturalmente, l'analisi CDA) in essa richiamata.

In virtù di questo rinvio per relationem di duplice grado (rinvio, si ripete: non parziale, né limitato, né condizionato) alla consulenza di CDA, si deve, pertanto, concludere che tutti i rilievi in essa formulati all'offerta First Aid siano stati recepiti tanto nelle conclusioni del Rup, quanto nella deliberazione

direttoriale di esclusione dalla gara della stessa First Aid: e, tra questi, “la questione del rapporto volontari/dipendenti sul monte ore dell’offerta First Aid”, che quest’ultima riconosce espressamente - al profilo II.1. - esser stata esaminata nella relazione CDA.

Dunque, l’argomento “trasversale” de quo si rivela destituito di fondamento.

12.4. Conseguentemente, occorre escludere che sia stata svolta sull’anzidetta questione - da parte del primo Giudice - attività di “supplenza”, sostitutiva, cioè, di quella non compiuta dall’Amministrazione, come First Aid pure deduce, per la verità, non solo a questo proposito, ma anche in altri passi del proprio atto di appello, in tal modo dispiegando un vero e proprio ulteriore argomento di carattere trasversale.

In realtà, così come si è appurato che - nella complessiva istruttoria espletata (con l’ausilio di una consulenza esterna) in seno al sub-procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta First Aid - esiste su tale questione un preciso accertamento di carattere tecnico, senza che il primo Giudice vi abbia sostituito la propria valutazione, allo stesso modo occorre escludere che la sentenza appellata abbia colmato presunti “vuoti” motivazionali dei provvedimenti impugnati, essendosi mantenuta tutta la disamina svolta dal primo Giudice nell’esclusivo e doveroso ambito di una esaustiva analisi del fatto e degli atti di causa, indispensabile per valutare l’attendibilità o meno delle censure dedotte nel ricorso di primo

12.5. Quanto alle censure svolte da First Aid nel presente atto di appello, si può, a questo punto, trarre dalle considerazioni che precedono una prima conclusione: quella dell’infondatezza di tutti profili di gravame concernenti il giudizio di anomalia dell’offerta della stessa First Aid.

12.6. Stessa conclusione di infondatezza o, meglio di inconsistenza, si impone a proposito del gruppo di censure di primo grado (sintetizzate in apertura del precedente capo 3), riproposte in questa sede di appello siccome non espressamente esaminate dalla pronuncia che ha definito quel grado di giudizio: invero, più che di censure dotate di giuridica pregnanza, si tratta di prospettazione di elementi di contorno o di “colore” che esauriscono la propria rilevanza sul piano meramente comportamentale delle controparti (nel processo: forte affinità di tesi difensive) ovvero della stazione appaltante, sia nell’ambito del procedimento (di gara), sia in seno alla fase incidentale di accesso agli atti di gara.

Dunque, tali argomenti in alcun modo sono idonei a far mutare il segno della conclusione di infondatezza cui si è pervenuti al precedente capo 12.5.

13. Restano, così, da esaminare le censure relative al giudizio di non anomalia dell’offerta di Soccorso Azzurro, variamente distribuite in tutti i profili di gravame dedotti nell’atto di appello First Aid, ma sostanzialmente unite da un preciso filo conduttore: quello della disparità di trattamento.

13.1. Al riguardo, la prima osservazione che si impone riguarda l’assenza del presupposto indispensabile per la denuncia di un simile vizio, ovvero la necessaria comparabilità delle situazioni prese a raffronto.

Orbene, nel caso di specie, tra le offerte First Aid e Soccorso azzurro gli elementi obiettivi di differenziazione prevalgono all’evidenza su quelli di affinità. Tre su tutti:

- a) nella più volte citata relazione 20 giugno 2017, il RUP ha espressamente precisato che - mentre per la prima classificata (First Aid) la verifica di anomalia costituiva un “obbligo di legge”, stante l’automatismo ex comma 3, art. 97 D. Lgs. 5072016 - la verifica a carico della seconda classificata (Soccorso Azzurro) non era obbligatoria <in quanto i punti attribuiti alla “qualità” (31,20) non superano i 4/5 dei punti massimi a disposizione (40), per cui detto sub-procedimento è stato attivato per doveroso approfondimento ed in forza del principio generale di cui al - successivo - comma 6 (“La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”);
- b) non solo: anche all’offerta economica di Soccorso Azzurro non è stato attribuito il punteggio massimo, in quanto la stessa era superiore (euro 2.995.932 per il quadriennio) a quella First Aid (€ 2.949.500,16); dunque, l’offerta economica di Soccorso Azzurro era quella più vicina (anche se non di molto) all’importo a base d’asta stabilito dall’ASST (€ 3.400.000,00) e, dunque e anche sotto questo profilo, oggettivamente (un poco) meno sospettabile di anomalia;

c) ma l'elemento decisivo è sicuramente rappresentato dal prezzo orario offerto da Soccorso azzurro, assolutamente coincidente con quello delle tabelle ministeriali, mentre quello di First Aid se ne discosta sensibilmente, come sopra riscontrato.

13.2. Con vari argomenti del proprio atto di appello, la stessa First Aid cerca di scalfire la complessiva attendibilità/sostenibilità di tale prezzo orario, ma così come nel caso della propria offerta è risultato incolmabile il divario rispetto al valore indicato nelle tabelle ministeriali, nel caso di quella di Soccorso Azzurro risulta, inversamente, non rovesciabile l'obiettivo dato di partenza costituito dal pieno rispetto del suddetto valore: e ciò tanto più in quanto, l'esito del (non necessario) sub-procedimento di anomalia esperito nei confronti di Soccorso Azzurro è stato positivo, con conseguente depotenziamento degli obblighi motivazionali in capo alla stazione appaltante (come da pacifica giurisprudenza richiamata al precedente capo 11.2) e, di riflesso, del conseguente controllo giurisdizionale (già di per sé di natura assolutamente estrinseca in subiecta materia) da parte del Giudice amministrativo.

13.3. Ebbene, nel caso dell'offerta Soccorso Azzurro, l'analisi CDA in data 23 giugno 2017 - ampiamente ripresa nelle conclusioni della relazione RUP 26 giugno 2017 e (di nuovo e con un rinvio per relationem di doppio grado) dalla deliberazione direttoriale n. 725 in pari data, di affidamento del servizio a Soccorso Azzurro - contiene le seguenti, inequivoche affermazioni:

- "il costo orario annuo del personale per la gestione complessiva del servizio indicato, pari a € 492.650,00, corrisponde alla somma del costo orario per le ore indicate";
- "i valori dei costi orari e la suddivisione degli stessi sono in linea con i costi risultanti dalle tabelle ministeriali. Diversamente peraltro non potrebbe essere, in quanto la costruzione dei costi indicati nell'offerta dalla concorrente è stata fatta partendo dalle tabelle ministeriali medesime";
- segue la disamina relativa "agli altri costi prospettati dal concorrente per la fornitura del servizio" e, infine, si perviene alla conclusione che "le giustificazioni presentate (comprehensive delle successive integrazioni) non lasciano ravvisare evidenti elementi di anomalia".

13.4. Alcuni degli elementi in contrario addotti nell'ultima parte del primo motivo di appello per supportare il vizio di disparità di trattamento (non correttezza dell'inserimento del servizio notturno e festivo svolto da Soccorso Azzurro nel monte ore del servizio urgente; altra non corretta previsione del costo per le ore lavorate nei servizi a chiamata nell'ambito della voce "spese generali"; sottostima del costo del personale impiegato nel servizio urgente) risultano di carattere formale ovvero di ridotta (potenziale) incidenza sulla determinazione del costo orario, per cui devono essere disattesi.

A sua volta, l'ultimo elemento ivi indicato (testualmente "a definitivo suggello della lamentata iniquità nella valutazione delle rispettive offerte delle contendenti") deve essere disatteso per il differente ma assorbente rilievo che siffatto argomento difensivo - tanto nella sua espressa formulazione (discrepanza tra il numero dei dipendenti dichiarati nell'offerta tecnica depositata e quelli corrispondenti alle 1.548 ore massime che possono essere lavorate in un anno da ciascun lavoratore), quanto nei minuziosi termini in cui è prospettato (con più tabelle dimostrative) - nel ricorso di primo grado proposto da First Aid: dunque, la sua proposizione solo in sede di appello incorre nella violazione del divieto dei nova sancito dall'art. 104 c.p.a., cosicché tale deduzione non può trovare ingresso nel presente grado di giudizio (cfr. da ultimo: Consiglio di Stato, sez. IV, 19/03/2018, n. 1717).

13.5. Restano, così, da esaminare le questioni relative al lavoro volontario contemplato nell'offerta di Soccorso Azzurro.

13.5.1. Per quanto concerne quella di cui si occupa il motivo II.2. dell'appello First Aid (e cioè: il lavoro volontario prestato - per un massimo di 36 ore mensili - dai soci lavoratori di Soccorso Azzurro), non sono ravvisabili le violazioni di legge in esso denunciate, poiché tale possibilità è prevista nel vigente Regolamento interno della Cooperativa, il cui contenuto è stato regolarmente certificato ai sensi dell'art. 83, comma 1 D. Lgs. 276/2003 con provvedimento 19 luglio 2011 della Fondazione universitaria Marco

Biagi.

13.5.2. Al riguardo, il punto 11 della scheda istruttoria ad esso allegata riconosce espressamente che “la disciplina di cui all’art. 4 del regolamento relativa all’attività di volontariato del socio lavoratore è da considerarsi conforme alla legge e in particolare non contrasta con le disposizioni di cui alle leggi n. 266/1991, 381/1991 e 142/2001”.

13.5.3. Ebbene, se - nel sistema di cui al citato D. Lgs. 276 - l'atto di certificazione acquista un vero e proprio effetto di “certazione legale” del singolo rapporto di lavoro certificato (non solo nei confronti delle sue parti ma anche dei terzi), nondimeno la certificazione di un regolamento come quello in esame vale a conferirgli una particolare attestazione di conformità a legge: in particolare, secondo la giurisprudenza che finora si è pronunciata al riguardo (Tribunale Milano, 5 marzo 2013; Tribunale Milano, 8 aprile 2013, n.1384, sez. lav.) gli effetti della certificazione vengono meno solo a seguito dell'accoglimento di uno dei ricorsi di cui all'art. 80, d.lgs. n. 276/2003 e, sino ad allora, non solo le parti e i terzi, ma anche il giudice investito di altra domanda è vincolato agli effetti della certificazione.

In particolare, il Tribunale milanese ha ritenuto che, ove non fosse stato previamente impugnato l'atto di certificazione e fatti cessare i suoi effetti, non sarebbe stato nemmeno possibile contestare davanti al giudice ordinario la causale contrattuale, oggetto di certificazione.

13.5.4. Siffatta previetà difetta, all’evidenza, anche nel caso di specie: e in ogni caso First Aid avrebbe dovuto dimostrare - ben al di là della semplice affermazione di aver comunque censurato nel proprio ricorso di primo grado il regolamento interno di Soccorso Azzurro - che il ricorso proposto al Tar Brescia per l’annullamento degli atti della gara de qua rientrava anche nei canoni di cui all’art. 80 comma 5 (“ricorso contro l'atto certificatorio per violazione del procedimento o per eccesso di potere”).

13.5.5. In mancanza, non resta che ritenere ex se rispettoso del disposto di cui all’art. 2 comma 5 della l. 381/91 l’apporto di lavoro volontario in seno alla prestazione complessivamente svolta da Soccorso Azzurro nell’ambito del RTI: e ciò perché la relativa percentuale di incidenza (senz’altro non irrilevante: attorno al 18%) sul monte ore complessivo, così come evidenziata al capo 3.3. della sentenza gravata, corrisponde perfettamente all’anzidetto rapporto (su scala mensile) tra lavoro volontario/lavoro retribuito prefigurato nel Regolamento interno della Cooperativa, debitamente certificato.

13.5.6. Regolamento interno di cui First Aid non ha affatto dedotto di essere dotata: il che segnala un’ulteriore, obiettiva differenza tra le rispettive situazioni delle due Cooperative sociali.

13.6. Esclusivamente per queste ultime, poi, si pone la questione della necessaria complementarietà del lavoro volontario, riguardando solo le cooperative sociali l’anzidetta norma invocata da First Aid (il citato art. 2 comma 5 della l. 381/91): dal cui raggio d’azione sono quindi eccettuate le due organizzazioni di volontariato associate in RTI con Soccorso Azzurro (Croce Rossa Mantova; Pubblica Assistenza Volontaria Croce Verde-Mantova).

Né è rilevabile nei loro confronti alcuna violazione dell’altra norma invocata da First Aid (art. 2 comma 3 della legge 266/1991, ora abrogata dal Codice 2017 del Terzo settore), in quanto dalla relazione CDA 23 giugno 2017, non contestata sul punto da First Aid, emerge che:

- Croce Rossa opera nel RTI con soli volontari;
- all’interno di Croce Verde i dipendenti sono retribuiti secondo la tabella ministeriale;
- e, soprattutto, che Croce Rossa e Croce Verde dichiarano che “non sosterranno costi a titolo di rimborsi a favore dei volontari impiegati in servizio”.

13.7. Anche le censure rivolte da First Aid nei confronti dell’offerta del RTI appellato devono, pertanto, essere disattese.

14. Conclusivamente, l’appello principale deve essere respinto, con conseguente conferma della sentenza gravata, secondo le precisazioni e integrazioni motivazionali che precedono.

Stante il rilevato carattere subordinato dell’appello incidentale di Soccorso Azzurro, quest’ultimo va

dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse: il che dispensa il Collegio dall'esaminare l'eccezione di tardività dello stesso, sollevata da First Aid.

Dall'esposizione che precede emergono tratti di peculiarità della controversia tali da giustificare l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così decide:

1. respinge l'appello principale di First Aid One Italia Coop. Sociale;
2. dichiara improcedibile l'appello incidentale di Soccorso Azzurro Cooperativa Sociale;
3. compensa fra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giorgio Calderoni, Consigliere, Estensore

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1084 del 2017, proposto da Antonino Pezzo, rappresentato e difeso dall'avvocato Nicola Carratelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Mariagemma Talerico in Catanzaro, via Schipani n. 110;

contro

Comune di Sant'Onofrio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Caruso Frezza, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Rosa Maria Laria in Catanzaro, Vico 3° Gelso Bianco n. 12;

nei confronti

Universita' degli Studi della Calabria - Dipartimento Ing. Informatica, Modellistica, Elettronica e Sistemistica, Pasquale Romano Mazza non costituiti in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensiva:

a) della determinazione n.75 del 27.6.2017;

b) della deliberazione della Giunta Comunale del Comune di Sant'Onofrio n.50 del 29.6.2017;

c) della determinazione n.200 del 28.12.2016;

d) della determinazione n.35 del 21.03.2017;

e) della determinazione n.57 dell'11.5.2017;

f) nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ed in particolare della deliberazione della Giunta Comunale n.47 del 22.6.2017.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Sant'Onofrio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 marzo 2018 il dott. Pierangelo Sorrentino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La controversia in esame investe la legittimità dell'annullamento in autotutela, da parte del Comune di Sant'Onofrio, di una determinazione firmata dall'allora responsabile dell'area tecnica dell'Ente, con la quale è stato conferito un incarico professionale al ricorrente per un compenso di € 35.000,00 (oneri previdenziali inclusi, oltre IVA), concernente la "progettazione, direzione lavori,[...] collaudo, rilievi, indagini e prove di laboratorio per verifiche sismiche, ed attività connesse alla funzione di coordinatore per la progettazione in materia di sicurezza dei lavori, relativamente all'intervento di miglioramento sismico della sede del Comune di Sant'Onofrio" (determinazione n.118 del 20 luglio 2016).

1.1. Hanno formato oggetto di gravame, inoltre, gli atti che, nel prosieguo, hanno riguardato la realizzazione dell'intervento di miglioramento sismico, vale a dire, in particolare, la presa d'atto dell'annullamento d'ufficio da parte della Giunta comunale, la determina di affidamento all'Università della Calabria di "indagini strumentali" nonché l'assegnazione ad altro professionista della progettazione di fattibilità tecnica ed economica, definitiva ed esecutiva, dell'intervento in parola.

2. Gli atti sono stati censurati dal ricorrente per violazione delle norme sul procedimento amministrativo (artt. 1, 3, 21 septies, 21 octies e 21 noniesl. 7 agosto 1990 n.241), sull'ordinamento degli enti locali (art. 51 l. 9 giugno 1990, n. 142 e art. 107 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267) e del codice dei contratti pubblici (artt.30, 32, 34 e 36 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) nonché per eccesso di potere ("per difetto di motivazione, per difetto di presupposti e per difetto di istruttoria, per illogicità, per irragionevolezza, per contraddittorietà e per sviamento dalla causa tipica").

3. Ha dedotto il ricorrente, con il primo motivo, che l'atto annullato in via di autotutela non è affetto da nullità ex art. 21 septiesl. 241/1990 non essendo riscontrabili mancanze "strutturali" né difetto assoluto di attribuzione atteso che "il potere esercitato con la determina n. 118/2016 rientrava perfettamente nelle previsioni di cui all'art. 107 del d.lgs. n. 267/2000". In tale direzione ha pure contestato che la cit. delibera possa qualificarsi "nulla o inesistente" sulla scorta delle cause indicate dal Comune di Sant'Onofrio, quali la mancata iscrizione nel bilancio del finanziamento ottenuto per l'effettuazione degli interventi di miglioramento sismico, la mancanza del parere di regolarità contabile relativamente alla determina, l'omessa pubblicazione nell'albo pretorio e l'omessa protocollazione interna nonché, infine, la asserita violazione dell'art. 36 del d.lgs. 50/2016. La determina attributiva dell'incarico, oltre a non essere nulla o inesistente, non sarebbe neanche annullabile a mente del secondo comma dell'art. 21 octies della l. 241/1990 posto che "i rilievi formulati [...] attengono, appunto, a pretese carenze nella fase procedimentale (acquisizione visti, pubblicazione, etc.)".

3.1. Né, argomenta ancora il ricorrente, ragioni di illegittimità della determina di incarico possono derivare dalla (presunta) violazione degli artt. 51 della l. 142/1990 e 107 del d.lgs. 267/2000, concernenti le attribuzioni dei dirigenti. Contrariamente a quanto indicato negli atti impugnati – segnatamente il provvedimento di annullamento d'ufficio(suba) e la presa d'atto della Giunta (subb) – la determina annullata non necessitava, infatti, della preventiva "ispirazione" da parte dell'organo politico, anche in considerazione dell'avvenuto finanziamento dell'opera da parte della Regione Calabria e della sollecitazione, da parte del Dipartimento Regionale, a compiere gli adempimenti necessari per l'avvio della procedura.

4. Con il secondo e il terzo motivo di ricorso viene denunciato il vizio di eccesso di potere e, relativamente agli atti impugnati suba) e b), anche l'illegittimità per difetto di motivazione quanto alla sussistenza effettiva di interesse pubblico all'annullamento, in via di autotutela, della menzionata determinazione. Ulteriori censure afferiscono alla violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 36 d.lgs. 50/2016 e alla contraddittorietà e all'illogicità manifesta del provvedimento in autotutela, per avere il Comune "revocato" l'incarico al ricorrente e affidato lo stesso, con aggravio di costi, ad altri soggetti in palese contrasto col principio di economicità sancito dal codice dei contratti pubblici.

5. Costitutosi, il Comune di Sant'Onofrio ha puntualmente controdedotto rispetto a tutti i motivi di ricorso e ne ha chiesto la reiezione perché infondato.

6. Con ordinanza del 26 ottobre 2017 questo Tribunale ha rigettato l'istanza cautelare proposta dall'arch. Pezzo ritenendo l'atto attributivo dell'incarico al ricorrente "gravemente viziato per mancata osservanza delle regole di contabilità, oltre che in contrasto con il principio di rotazione nel conferimento degli incarichi professionali".

7. In vista dell'udienza di merito del 31 gennaio 2018 le parti hanno prodotto memorie riaffermando, in buona sostanza, le ragioni già in precedenza esplicitate, sottese alle rispettive domande, e hanno insistito per l'accoglimento delle conclusioni formulate.

8. All'udienza del 28 marzo 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

9. Il ricorso è infondato e non merita accoglimento.

9.1. Va posto subito in rilievo che il Collegio ritiene decisivo, ai fini del riconoscimento della illegittimità della determina annullata in autotutela, l'avvenuta violazione del principio di rotazione nel conferimento degli incarichi professionali, non trovando obiettiva giustificazione a mente degli artt. 30 e 36 del d.lgs. 50/2016 l'attribuzione, per la terza volta nell'arco di soli 3 anni, con affidamento diretto, di un ulteriore incarico professionale al ricorrente.

9.1.1. La latitudine applicativa del principio – che ha come scopo precipuo di evitare che il carattere discrezionale della scelta si traduca in uno strumento di favoritismo e si estrinseca mediante l'affidamento, preferibilmente e ove possibile, a soggetti diversi da quelli che in passato hanno svolto il servizio – è ampia e ricomprende già la fase della individuazione degli operatori cui indirizzare gli inviti. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che esso possa configurarsi in termini di "obbligo per le stazioni appaltanti di non invitare il gestore uscente, nelle gare di lavori, servizi e forniture negli appalti cd sotto soglia, al fine di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato" (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079; Consiglio di Stato, sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125). In ogni caso, al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, "il principio di rotazione comporta in linea generale che l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e debba essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento" (Consiglio di Stato, sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; Consiglio di Stato, sez. VI, 31 agosto 2017, n. 412).

9.1.2. Nel caso, come quello di specie, dell'affidamento diretto ex art. 36, comma 1, lett. a), d.lgs 50/2016, il suddetto principio opera al momento dell'assegnazione del contratto. In tema, in modo chiaro, nelle linee guida ANAC n. 4 (delibera 26 ottobre 2016, n. 1097), si legge che "il rispetto del principio di rotazione espressamente sancito dall'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 fa sì che l'affidamento al contraente uscente abbia carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale più stringente". La stazione appaltante, o il RUP, quindi, nel momento in cui propone al responsabile del servizio l'affidamento, è tenuta a indicare la motivazione di tale scelta "in considerazione o della riscontrata effettiva assenza di alternative ovvero del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e in ragione della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento, anche tenendo conto della qualità della prestazione". In modo altrettanto perentorio, nel parere del Consiglio di Stato n. 1329 del 13 settembre 2016 espresso sullo schema di linee guida relative all'affidamento sotto soglia, è scritto che "ben diverso è il caso dell'affidamento all'operatore economico uscente dove, ad avviso del Collegio, appare non sufficiente imporre un onere motivazionale più stringente, quando, invece, dovrebbe darsi conto del carattere del tutto eccezionale sia della reiterazione dell'invito alla procedura sia del riaffido dell'appalto allo stesso operatore economico, ad esempio a fronte di riscontrata effettiva assenza di alternative, non potendosi dimenticare il rispetto, tra gli altri, del principio di rotazione sancito specificamente dalla legge (art. 36, comma 1). Assai spesso, del resto, è proprio negli affidamenti all'operatore uscente che il fenomeno corruttivo si annida nella sua dimensione meno facilmente accertabile".

In sostanza, la decisione di affidare un ulteriore incarico al ricorrente, secondo le convergenti indicazioni della giurisprudenza, del parere espresso dal Consiglio di Stato e dalla stessa ANAC, doveva essere motivata, a

differenza di quanto avvenuto nel caso di specie, in modo particolarmente efficace e persuasivo dando conto delle specifiche ragioni, ove sussistenti, legittimanti la – vistosa – deroga al principio di rotazione. Del tutto insufficienti, pertanto, sotto tale profilo, i generici riferimenti, contenuti nella determina annullata, alla “adeguata competenza tecnico-professionale maturata con riferimento alla [...] prestazione richiesta per l’incarico”.

9.2. L’impugnata determina di annullamento d’ufficio interviene inoltre su un provvedimento assunto in palese violazione delle norme, dettate dal d.lgs 267/2000, che disciplinano l’iter procedimentale necessario per l’assunzione di validi impegni di spesa da parte dell’ente comunale, configurandosi quale atto di “gestione fuori bilancio”, espressamente vietato ex art. 162, comma 4, T.U. Enti locali.

9.2.1. Il conferimento dell’incarico è avvenuto in difetto delle condizioni richieste dall’art. 191, comma 1, T.U. cit. per “effettuare spese” da parte degli enti locali, vale a dire la sussistenza del previo impegno contabile in bilancio e l’attestazione della relativa copertura finanziaria. L’art. 191 del T.U. subordina l’effettuazione di qualsiasi spesa da parte di province, comuni e comunità montane alla previa adozione di delibere autorizzative degli impegni contabili regolarmente assunti nel rispetto delle previsioni di bilancio informate al canone del pareggio (in assenza delle quali è previsto il ricorso ad un procedimento discrezionale di ricognizione postuma del debito da parte dell’ente locale ex art. 194). In assenza dell’impegno contabile registrato sul competente capitolo del bilancio di previsione e dell’attestazione della copertura finanziaria, “il rapporto obbligatorio intercorre, ai fini della controprestazione e per la parte non riconoscibile ai sensi dell’art. 194, comma 1, lett. e), tra il privato fornitore e l’amministratore, funzionario o dipendente che hanno consentito la fornitura” (art. 191, comma 4). L’inosservanza delle prescrizioni contabili e delle forme ritenute fondamentali da parte del legislatore comporta quindi la personale responsabilità di chi ha disposto la spesa non potendo gli amministratori sovrapporre o sostituire le proprie scelte a quelle assunte dagli organi deliberanti attraverso, ad esempio, irrituali conferimenti di incarichi (cfr., ex multis, Cassazione civile, sez. I, 4 gennaio 2017, n. 80; Cassazione civile, sez. III, ordinanza, 19 maggio 2017, n. 12608).

9.2.2. Nel caso di specie è incontestato che la determina del 20 luglio 2016, attributiva dell’incarico al ricorrente, addirittura preceda l’approvazione del bilancio di previsione del Comune di Sant’Onofrio e non è parimenti dubbio che il finanziamento regionale destinato all’intervento di miglioramento sismico è stato iscritto nel bilancio comunale il successivo 18 novembre, con la delibera della Giunta Comunale n. 48 del 18 novembre 2016, poi ratificata dal Consiglio Comunale in data 29 dicembre 2016.

10. Conclusivamente, nel caso in esame, l’affidamento dell’incarico concernente il “miglioramento sismico” della sede del Comune di Sant’Onofrio – conferito dal responsabile del competente servizio comunale in macroscopica violazione delle norme contabili racchiuse nel d.lgs 267/2000 – è stato effettuato su basi fiduciarie del tutto disancorate dal segnalato criterio di rotazione della scelta operata, avendo questa premiata, con motivazione assolutamente inconsistente se non di mera forma, il concorrente già affidatario di servizi analoghi negli anni precedenti.

Tanto è sufficiente per configurare l’illegittimità del provvedimento annullato d’ufficio, così superando le censure sollevate con il primo motivo di ricorso.

11. Evidente, poi, che nessuno spazio applicativo può trovare la “sanatoria”, invocata dal ricorrente, di cui al secondo comma, primo periodo, dell’art. 21 octiesl. 241/1990, trattandosi, anzitutto, di atto non vincolato e comunque venendo in rilievo, con riferimento al principio di rotazione, vizi incidenti sul processo decisionale e sulla stessa individuazione del destinatario dell’incarico e pertanto violazioni di carattere sostanziale, direttamente incidenti sulla correttezza dell’esercizio del potere discrezionale da parte dell’Amministrazione. Analogamente è a dirsi circa l’impraticabilità della convalida, pure essa invocata dal ricorrente, posto che, considerata la natura di affidamento diretto ad persona dell’atto annullato e la conclamata violazione del principio di rotazione, condurrebbe alla reiterazione del vizio del provvedimento originario.

12. L’atto di autotutela, per altro verso, con ciò venendo al secondo e terzo motivo di ricorso, è immune dal vizio di eccesso di potere, è motivato – anche con riferimento alla necessità di evitare “infondati affidamenti” su atti amministrativi illegittimi e conseguenti, possibili indebiti esborsi di pubblico denaro – e in definitiva, quindi, è

assunto nel rispetto delle previsioni di cui all'art. 21 noniesl.241/1990. Non hanno fondamento neppure le censure relative alla violazione del principio di economicità sull'esclusivo presupposto della maggiore spesa impegnata dal Comune di Sant'Onofrio per effetto dell'annullamento dell'incarico al ricorrente, avendo l'ente del tutto legittimamente deciso – “onde garantire la migliore efficacia dell'intervento progettuale” – di coinvolgere strutture universitarie nell'espletamento dello stesso e di strutturare l'attività commissionata “per competenze specialistiche”. La ontologica diversità degli incarichi attribuiti al Dipartimento di ingegneria ed elettronica dell'Università della Calabria e all'ing. Mazza consente infine di superare l'obiezione del ricorrente relativa alla violazione dell'art. 36 d.lgs 50/2016 per superamento della “soglia” di € 40.000 ivi contemplata ai fini dell'affidamento diretto.

13. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore dell'amministrazione che liquida in complessivi euro 2.000,00 oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 28 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Referendario, Estensore

Roberta Mazzulla, Referendario

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 332 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da Edil Alta S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Zoppolato, Giovanni Nardelli, con domicilio "digitale" come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio "fisico" *ex lege* presso la Segreteria della Sezione in Brescia, Via Zima n. 3;

Pavoni S.p.A., Ls Ingegneria S.r.l., Nord Milano Consult S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Giovanni Nardelli, Maurizio Zoppolato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio "fisico" *ex lege* presso la Segreteria della Sezione in Brescia, Via Zima n. 3; contro

Azienda Servizi Val Trompia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Roberto Ferraresi, Giorgio Lezzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio "fisico" *ex lege* presso la Segreteria della Sezione in Brescia, Via Zima n. 3; A2a S.p.A., non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

Ricorso introduttivo:

- della nota trasmessa via pec il 16/3/2018, recante l'esclusione della ricorrente dalla procedura negoziata per l'affidamento dei lavori di realizzazione di un impianto di depurazione di acque reflue a concessione (bs);
- della nota 26/2/2018, di richiesta di chiarimenti;
- di ogni altro atto e/o provvedimento conseguente o connesso, inclusi, per quanto occorrer possa:
 - il punto iii.2.2) "capacità economica e finanziaria" dell'avviso di gara, ove lo stesso fosse interpretato nel senso attribuitogli dalla stazione appaltante di pretendere che il requisito minimo del fatturato globale debba essere posseduto anche dalle imprese mandanti incaricate della progettazione;
 - i chiarimenti, se ed in quanto ritenuti lesivi e i verbali di gara ove esistenti e, allo stato, comunque non noti;
- di ogni ulteriore atto o provvedimento, ai predetti connesso, presupposto e/o consequenziale ancorché non conosciuto, ivi incluso l'eventuale provvedimento di aggiudicazione nelle more emesso, nonché l'eventuale nota di rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela nelle more comunicata;

e per la declaratoria di inefficacia del contratto ove già stipulato, con conseguente subentro ex art. 122 cpa; e per la condanna al risarcimento del danno in forma specifica mediante riammissione alla gara, o in via subordinata per equivalente.

motivi aggiunti:

per l'annullamento

- della relazione relativa alle operazioni di gara dell'8/3/2018;
- di ogni altro atto presupposto, connesso o conseguente.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Servizi Val Trompia S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2018 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Considerato:

- che si controverte di una procedura selettiva indetta per un appalto integrato nei settori speciali, comprensivo di prestazioni di lavori e di progettazione, per la realizzazione di un impianto di depurazione per acque reflue civili nel Comune di Concesio;
- che le prestazioni oggetto di affidamento sono state suddivise tra *“la progettazione esecutiva e redazione di pratiche autorizzative”*, con un valore a base d’asta pari ad € 340.000,00, e la realizzazione dei lavori di costruzione dell’impianto di depurazione, di importo stimato a base d’asta pari ad € 25.722.512,29;
- che il punto III.2.2 del bando – rubricato *“Capacità economica e finanziaria”* – prescriveva ai concorrenti il conseguimento, nei migliori cinque anni del decennio antecedente la pubblicazione del bando, di un fatturato globale non inferiore ad € 50.000.000,00;
- che, in caso di R.T.I., tale requisito avrebbe dovuto essere posseduto *“nella misura minima del 60% da parte della mandataria e del 20% da parte di ogni impresa mandante, tenuto conto che il R.T.I. nel suo complesso deve possedere la totalità del requisito relativo al fatturato”*;

Evidenziato:

- che la ricorrente ha partecipato alla procedura in costituendo R.T.I., nell’ambito del quale Edil Alta s.r.l., in veste di mandataria, si impegnava a svolgere il 70% dei lavori, mentre Pavoni S.p.A. quale mandante, assumeva il restante 30% dei lavori;
- che le altre mandanti LS Ingegneria s.r.l.s. e Nord Milano Consult s.r.l. si impegnavano invece ad eseguire le distinte attività di progettazione (per una quota, rispettivamente, del 51% e del 49%);
- che sia la mandataria Edil Alta che la mandante Pavoni dichiaravano di avere conseguito, ciascuna, un fatturato superiore ad € 50.000.000,00 maturato nel frangente temporale prescritto dalla *lex specialis*;

Atteso:

- che, con la nota impugnata, l’ATI è stata esclusa in quanto le mandanti LS Ingegneria s.r.l.s. e Nord Milano Consult s.r.l. sono risultate prive del requisito di fatturato globale nella misura richiesta alle mandanti (pari al 20% minimo, ossia 10.000.000 €);
- che l’art. 84 comma 7 lett. a) del D. Lgs. 50/2016 legittima la richiesta, negli appalti superiori ad € 20.000.000,00, oltre alla certificazione SOA, della dimostrazione di *“una cifra d’affari in lavori pari a due volte l’importo a base d’asta, che l’impresa deve avere realizzato nei migliori cinque anni dei dieci antecedenti la data di pubblicazione del bando”*;
- che, ad avviso di parte ricorrente, coerentemente a quanto stabilito dal legislatore statale la previsione della *lex specialis* riguarda esclusivamente le Società esecutrici di lavori, sicché è solo ad esse che deve riferirsi il requisito di fatturato globale previsto dal bando (per un minimo del 60% da parte della mandataria e del 20% da parte di ogni mandante), e non può essere esteso alle Società di progettazione;
- che alle imprese costruttrici sarebbe rimessa la dimostrazione dei requisiti di esecuzione dei lavori, secondo il modello dell’ATI orizzontale ovvero dell’ATI verticale, mentre i progettisti assumerebbero il ruolo dei mandanti secondo il modello verticale, dovendo conseguentemente possedere i requisiti solo per l’esecuzione delle prestazioni (di ingegneria) di relativa competenza;
- che affiorerebbe l’ulteriore contraddizione per cui l’Ente non ha, nel contempo, chiesto ai progettisti la qualificazione SOA, necessaria per l’esecuzione dei lavori, ma solo la percentuale minima del 20% per il fatturato totale (requisito *“aggiuntivo”* rispetto alla qualificazione SOA, contemplato per l’esecuzione dei lavori di particolare entità);
- che risulterebbe palesemente contrario alle norme del diritto comunitario (art. 58 della Direttiva n. 2014/24/UE) e interno (art. 83 comma 2 del D. Lgs. 50/2016) pretendere dalle Società di progettazione, chiamate nella specie a svolgere un’attività il cui valore a base d’asta è stimato in € 340.000,00, il possesso di un fatturato globale pari ad almeno € 10.000.000,00 (circa trenta volte il valore stesso della progettazione);
- che tale interpretazione del bando sarebbe incompatibile con il principio di proporzionalità dei requisiti di partecipazione dei concorrenti, rispetto alle prestazioni assunte da questi ultimi;

Tenuto conto:

- che, secondo la difesa di Azienda Servizi Val Trompia, il requisito di capacità economica era chiaro nell’imporre ai concorrenti il possesso di una determinata soglia di fatturato globale, senza alcuna distinzione – né espressa, né implicita – tra le prestazioni relative ai lavori e quelle concernenti la progettazione;
- che, a suo avviso, il bando era inequivoco nel prevedere che, in caso di partecipazione in ATI, ciascun soggetto indicato quale componente del raggruppamento (senza alcuna differenziazione rispetto alla specifica tipologia di prestazioni singolarmente assunte) avrebbe dovuto possedere in proprio una quota minima di detto fatturato globale, pari per le mandanti al 20%;

- che a tale conclusione si dovrebbe pervenire alla luce del tenore letterale della clausola e del fatto che la stessa *lex specialis*, quando ha inteso differenziare i requisiti secondo le specifiche attività assunte dalle raggruppate, lo ha previsto espressamente (cfr. punto III.2.3 del bando sulla capacità tecnica);
- che lo stesso raggruppamento avversario avrebbe serbato, in corso di gara, una condotta inequivocabilmente attestante la piena consapevolezza in ordine all'operatività del requisito, come dimostra il tentativo di integrazione *ex post* dello stesso attraverso l'istituto dell'avvalimento;

Rilevato:

- che, per pacifica giurisprudenza, devono essere impugnate tempestivamente le sole clausole del bando o della lettera di invito che stabiliscono requisiti di partecipazione di cui il ricorrente non è munito, stante la loro idoneità a ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto in quanto esattamente identificate, preesistenti alla gara e non condizionate dal suo svolgimento (cosiddette clausole immediatamente escludenti), nonché quelle che impongano, ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara e che comportino l'impossibilità, per l'interessato, di accedere alla procedura ed il conseguente arresto procedimentale (T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV – 4/5/2018 n. 1218);
- che, in questi casi, già la pubblicazione del bando genera una lesione della situazione giuridica per chi intenderebbe partecipare alla competizione, ma non può farlo a causa della barriera all'ingresso a quello specifico mercato provocata da clausole del bando per lui insuperabili, perché immediatamente escludenti o che assume irragionevoli o sproporzionate per eccesso (T.A.R. Piemonte, sez. I – 29/1/2018 n. 133; T.A.R. Lazio Roma, sez. I-ter – 13/4/2018 n. 1401; T.A.R. Lazio Roma, sez. III – 16/3/2018 n. 3002);
- che ciò comporta per l'aspirante aggiudicatario un arresto procedimentale, perché gli si rendono inconfigurabili successivi atti applicativi utili (Consiglio di Stato, sez. V – 26/6/2017 n. 3110; T.A.R. Campania Napoli, sez. III – 18/1/2018 n. 399);
- che l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (cfr. 28/4/2018 n. 4) ha recentemente ribadito che solo le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo (potendo essere impugnate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura);

Dato atto:

- che, nello specifico, la clausola di cui al punto III.2.2 del bando assumeva valore immediatamente escludente rispetto alla domanda di partecipazione della ricorrente;
- che, infatti, il dato letterale della prescrizione è inequivoco nell'imporre il requisito del fatturato globale, nel caso di RTI, *“nella misura minima del 60% da parte della mandataria e del 20% da parte di ogni impresa mandante”*;
- che non affiora alcun elemento a sostegno di un'interpretazione restrittiva della portata soggettiva del requisito del 20%, nel senso di limitarlo alle sole mandanti che svolgessero attività di costruzione (e non di progettazione);
- che, d'altro canto, proprio il riscontro fornito dall'ATI concorrente dopo l'impulso dato dall'Azienda al soccorso istruttorio accredita la tesi della chiarezza della prescrizione del bando, assumendo il punto III.2.2 l'univoco significato di imporre a ciascuna mandante del RTI il possesso della soglia minima di fatturato richiesto (20%);
- che, infatti, nel testo del contratto di avvalimento in atti (doc. 4 Azienda resistente) le mandanti LS Ingegneria s.r.l.s. e Nord Milano Consult s.r.l., nel tentativo di “sanare” la carenza del requisito, dichiarano nelle premesse di non possedere la totalità dei requisiti di capacità economico-finanziaria prescritti dalla *lex specialis*, da cui deriva la necessità di raggiungere il fatturato minimo richiesto di 10.000.000 € mediante integrazione della cifra d'affari disponibile;
- che, per il resto, la determinazione dell'Azienda sull'inidoneità della documentazione prodotta dalla parte ricorrente non è stata ritualmente censurata;

Evidenziato:

- che, in definitiva, in accoglimento dell'eccezione sollevata nella memoria di costituzione di Azienda Servizi Val Trompia, il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti sono irricevibili nella parte diretta a contestare la legittimità della clausola del bando, perché impugnata oltre il termine di trenta giorni dalla relativa pubblicazione, avvenuta l'8/12/2017;
- che, conseguentemente, i gravami sono inammissibili nella parte in cui si dolgono del provvedimento di esclusione e degli atti correlati – compresa la relazione delle operazioni di gara dell'8/3/2018 – perché l'atto presupposto (punto III.2.2 del bando) si è consolidato per mancata tempestiva impugnazione;

- che, in conclusione, la pretesa avanzata in giudizio deve essere rigettata;
- che le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando dichiara in parte irricevibili e in parte inammissibili il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti in epigrafe.

Condanna parte ricorrente a corrispondere all'amministrazione resistente la somma di 2.500 € a titolo di compenso per la difesa tecnica, oltre a oneri di legge.

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore