

Tar Lazio, sezione terza, sentenza n. 12540 del 31 ottobre 2019

Corrispettivo di gara – Insindacabilità – Contestazione soltanto per illogicità evidente

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1368 del 2019, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

.....S.r.l., S.c.a r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti
pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dello stesso
avv. in Roma, via

contro

..... S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata
e difesa dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri
di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio in Roma, via

nei confronti

..... S.p.A., in proprio e nella qualità di mandataria del RTI Costituito con
.....S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e
difesa dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. in Roma, via;
.....S.p.A, S.p.A, S.p.A non costituite in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento di aggiudicazione della procedura aperta indetta da per l'Istituzione di un Accordo Quadro per la fornitura di Servizi professionali per le attività di IT Service Improvement dei Servizi Postali di Tracciatura e Logistica Integrata – Lotto 2, comunicata con nota in data 27.12.2018 (doc. 1);
- dei verbali di gara ancora non noti, compreso quello con cui, successivamente all'attribuzione dei punteggi tecnici ed economici, è stato riesaminato il punteggio tecnico attribuito alla seconda classificata con l'attribuzione di un ulteriore punto alla medesima e conseguente modifica della graduatoria provvisoria in suo favore;
- della lex specialis nella parte in cui, per il lotto 2, determina la base d'asta in euro 15.489.300,00.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati daS.R.L. il 4.3.2019:

- del provvedimento di aggiudicazione della procedura aperta indetta da per l'Istituzione di un Accordo Quadro per la fornitura di Servizi professionali per le attività di IT Service Improvement dei Servizi Postali di Tracciatura e Logistica Integrata – Lotto 2, comunicata con nota in data 27.12.2018 (doc. 1);
- di tutti verbali della Commissione di gara e, in particolare, dei verbali nn.7 e 11;
- del chiarimento reso il 9.2.2018 in relazione al quesito n.32, concernente il criterio di valutazione AQLITR_REQ_190
- di qualsiasi ulteriore atto presupposto, connesso e consequenziale.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di S.p.A. e di S.p.A., in proprio e nella qualità di Mandataria del Rti Costituito conS.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 luglio 2019 il dott. Claudio Vallorani e uditi per le parti i difensori: per la parte ricorrente gli Avv.ti, per

S.p.A., in proprio e nella qualità di mandataria del RTI costituito conS.p.A., l'Avv. M. Di Carlo e per S.p.A. gli Avv.ti

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con bando spedito per la pubblicazione in data 15.12.2017 (doc. 2 ric.), indicava una procedura aperta per l'istituzione di un Accordo Quadro per la fornitura di servizi professionali per le attività di IT Service Improvement dei Servizi Postali di Tracciatura e Logistica Integrata, articolato in due lotti non cumulabili:

- il Lotto 1 relativo ai Servizi Postali di Tracciatura;
- il Lotto 2 relativo ai Servizi Postali di Logistica Integrata.

La procedura, svoltasi secondo modalità telematica, prevedeva l'aggiudicazione dell'accordo quadro all'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di punti, fino al 70% del punteggio complessivo, all'offerta tecnica e fino al 30% all'offerta economica (vedi doc.3 ric.).

Le due società odierna ricorrenti –S.r.l. (di seguito, semplicemente,) e S. c. a r. l. (di seguito anche) - partecipavano, nella qualità di mandanti del costituendo RTI con S.p.a. (mandataria), alla competizione relativa all'affidamento del Lotto 2 (Servizi di Logistica Integrata), alla quale partecipavano altri due concorrenti (il costituendo RTI con capogruppo S.p.a. ed il costituendo RTI con capogruppo Leonardo S.p.a.).

2. All'esito dell'attribuzione dei punteggi tecnici ed economici, il Raggruppamento (a cui partecipavano le due mandanti oggi ricorrenti) risultava primo in graduatoria con un punteggio complessivo pari a 78,888 punti, seguito da vicino dal RTI S.p.a. che aveva ottenuto 78,653 punti.

La Commissione di gara, tuttavia, riteneva di dover riesaminare l'attribuzione del punteggio tecnico nei confronti della seconda classificata a causa di un possibile errore commesso nell'assegnazione del punteggio tecnico e, pertanto, riconvocati i concorrenti in una nuova seduta pubblica tenutasi in data del 29.11.2018 (vedi doc. 4 ric.), comunicava la sua decisione di attribuire alla seconda classificata un ulteriore punto, relativo al punteggio tecnico afferente alla valutazione dei "Requisiti Tabellari".

3. La conseguente correzione della graduatoria comportava lo scorrimento del RTI S.p.a. dal secondo al primo posto in graduatoria, con correlativa retrocessione al secondo posto della ricorrente la quale, con nota in data 12/12/2018 (vedi doc. 5), chiedeva il riesame del punteggio tecnico attribuito al RTI,,, atteso che il medesimo RTI, a suo dire, avrebbe presentato documentazione idonea al conseguimento del massimo punteggio previsto, in relazione allo stesso criterio di valutazione (*"Requisiti Tabellari"*); nella stessa nota evidenziava anche che l'importo a base d'asta per il lotto 2 (euro 15.489.300,00) sarebbe stato sproporzionatamente superiore rispetto ad un obiettivo prezzo di mercato e che una congrua rettifica in riduzione del medesimo avrebbe consentito *"... di eliminare una palese irregolarità restituendo all'offerta economica, nell'interesse pubblico in ragione delle enormi differenze di prezzo, la dimensione raccomandata dalla giurisprudenza richiamata e preservando le espletate fasi procedurali in ossequio ai principi di conservazione degli atti giuridici e di economicità dell'azione amministrativa...."*.

4. La predetta istanza di riesame rimaneva inesitata e, in data 27.12.2018, perveniva alle società ricorrenti la comunicazione di aggiudicazione del Lotto 2 in favore del RTI spa.

5. Per non incorrere nella decadenza dal termine di impugnazione (in attesa di conoscere i documenti di gara tempestivamente richiesti alla S.A. con apposita istanza di accesso), le due società in epigrafe (ma non anche la mandataria

S.p.a.), con ricorso notificato in data 25.1.2019 e depositato il successivo giorno 30, hanno impugnato il provvedimento di aggiudicazione in favore del RTI, ammettendo di avere articolato parte delle censure “al buio” e, riservandosi di proporre successivi motivi aggiunti, non appena conosciuti gli atti di gara e, in particolare, gli atti e le valutazioni alla base della attribuzione dei punteggi tecnici agli operatori concorrenti.

6. Questi i motivi di gravame:

I. *“Eccesso di potere per difetto di istruttoria, erroneità dei presupposti, manifesta illogicità e irragionevolezza, disparità di trattamento, relativamente alla valutazione del criterio afferente ai “Requisiti Tabellari”*: la Commissione ha concluso che alla seconda classificata andava attribuito un ulteriore punto, in relazione al possesso di una certificazione Microsoft che era sfuggita alla precedente valutazione; sostiene parte ricorrente che anch’essa avrebbe dovuto conseguire il massimo (16) dei punti attribuibili, in quanto la stazione appaltante *“ha certamente errato nell’attribuzione del relativo punteggio al RTI di cui fanno parte le ricorrenti e comunque nell’attribuzione alla controinteressata di un punteggio superiore a quello attribuibile in base ai criteri di gara”*;

II. *“Eccesso di potere per difetto di istruttoria, erroneità dei presupposti, manifesta illogicità e irragionevolezza, disparità di trattamento, relativamente alla valutazione del criterio afferente ai “Requisiti su base Discrezionale”*: secondo la generica affermazione delle società ricorrenti, le valutazioni relative a tali *“Requisiti”* sarebbero viziate sia nella valutazione e attribuzione di un punteggio inferiore (di quello che si sarebbe dovuto attribuire) al RTI di cui fanno parte le ricorrenti, sia per quanto concerne la valutazione e l’attribuzione di un punteggio superiore a quello che avrebbe dovuto conseguire il RTI aggiudicatario;

III. *“Violazione di legge per inosservanza degli artt. 30 e 35 del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, erroneità dei presupposti e manifesta irragionevolezza e illogicità”*: per il Lotto 2, il bando ed il CSO hanno posto a base di gara un valore stimato di

euro 15.489.300,00; trattasi di valore incongruo per eccesso in quanto avrebbe avuto l'effetto di differenziare di soli 6,78 punti (sui 30 a disposizione per l'offerta economica), due offerte che in termini assoluti si differenziavano invece nettamente, per un importo pari ad Euro 1.949.589,75 (l'offerta dell'aggiudicatario ammontava infatti Euro 8.814.376,45 mentre quella del RTI era di Euro 6.864.786,70), in quanto il RTI delle ricorrenti aveva proposto un ribasso del 55,7%, mentre il RTI un ribasso pari al 43,1%; secondo parte ricorrente è possibile sulla base della "lex specialis" individuare il numero delle risorse umane richieste dalla S.A. ed esprimibili in termini di giorni uomo: 37.900 per i servizi a task (progetti) e 2.520 per quelli a canone; il canone giornaliero medio per risorsa previsto dalla S.A. ai fini della formazione dell'importo a base di gara sarebbe pari ad Euro 383,21, da ritenere sproporzionatamente elevato "*sia in relazione ai prezzi obiettivi del mercato, sia in relazione al prezzo di aggiudicazione di precedenti identiche gare*" (..... cita alcune recenti gare indette da per servizi analoghi); sulla base della relazione tecnica allegata al ricorso, il prezzo obiettivo di mercato per i servizi oggetto dell'affidamento in questione si attesterebbe intorno ad Euro 11.019.391, corrispondenti ad una tariffa giornaliera media pari ad Euro 272,62; l'effetto di una base d'asta sproporzionatamente elevata è stato quello di "*appiattare*" il differenziale tra i punteggi economici, in quanto, al crescere dell'importo a base d'asta, la differenza tra i ribassi percentuali delle offerte, rispetto allo stesso importo a base d'asta, tende a diminuire, facendo corrispondentemente diminuire la differenza tra i punteggi economici calcolati con la formula (impiegata nella specie) della "*interpolazione lineare*"; l'ente aggiudicatore sarebbe quindi incorso in difetto di istruttoria in quanto non avrebbe svolto alcuna adeguata indagine sul prezzo di mercato, quale punto di riferimento, per quanto non vincolante, o su utili elementi conoscitivi, anche in riferimento ad analoghe gare bandite da altre amministrazioni; richiamando quanto affermato in principio da alcune pronunce (cita Cons. Stato,

III, 10 maggio 2017, n. 2168 e Tar Reggio Calabria n. 418/2018), le ricorrenti deducono che il potere discrezionale della P.A. di definire l'importo a base d'asta non è libero od assoluto, ma è sindacabile attraverso i parametri della logicità e della ragionevolezza dell'azione amministrativa nella misura in cui non venga contestualizzato o filtrato attraverso una corretta analisi di mercato ed una attenta valutazione dei prezzi; secondo le ricorrenti, peraltro, la rettifica della base d'asta non renderebbe necessario il rinnovo delle operazioni di gara e, pertanto, le medesime fanno valere il loro interesse strumentale alla completa riedizione procedimentale, soltanto nella denegata ipotesi in cui non si ritenesse ammissibile che la stazione appaltante possa limitarsi ad una semplice rettifica della base d'asta, sulla base della censure in esame.

7. Si sono costituite per resistere al ricorso sia S.p.a., che la controinteressata S.p.a.-.

8. Rinvia la camera di consiglio già fissata, su richiesta delle istanti che anticipavano la loro intenzione di proporre motivi aggiunti a seguito del loro accesso agli atti della gara messi a disposizione dalla S.A., con atto depositato il 4.3.2019 (riportante nell'intestazione il solo riferimento alla e non anche all'altra mandante del RTI, (e, dunque, soltanto ad una delle due iniziali ricorrenti) sono stati proposti i seguenti motivi aggiunti:

1) *Eccesso di potere per erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria, manifesta illogicità e irragionevolezza, relativamente alla valutazione del criterio afferente ai "Requisiti Tabellari" AQLITR_REQ_199. In subordine: violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e par condicio, ed eccesso di potere per disparità di trattamento:* la ricorrente allega e documenta che (capogruppo) aveva indicato nell'offerta tecnica, in relazione al requisito tabellare suddetto, la figura professionale di un proprio dipendente in possesso di certificazione "ORACLE SOA Suite 11g Certified Implementation Specialist" (doc.18 ric.), la quale avrebbe dovuto comportare l'assegnazione di un

punteggio tabellare pari ad 1 (decisivo stante il ridotto “gap” tra i punteggi riportati dai primi due raggruppamenti); ma il seggio di gara non ha assegnato alcun punteggio per la risorsa menzionata, con la seguente motivazione: “... alla società non è stato riconosciuto un punteggio relativamente ad una certificazione Oracle sulla scorta di un parere fornito dall’Ente Certificatore Oracle, su richiesta del responsabile del procedimento, con il quale il citato Ente ha dichiarato che la certificazione prodotta dalla società era di livello diverso dalla certificazione richiesta nella documentazione di gara o meglio, come precisato, testualmente, dall’ente quella richiesta nella documentazione di gara e quella prodotta da “sono diverse e separate” (Allegato 14 – Richiesta di chiarimenti sulla certificazione Oracle).”; in realtà, sostiene la ricorrente, quella citata costituisce la versione aggiornata della stessa certificazione contemplata dal Capitolato Speciale, il quale, invero, fa riferimento alla “Oracle Service Oriented Architecture Infrastructure Implementation Certified Expert”, ormai obsoleta; la validità della certificazione esibita da, peraltro, sarebbe stata confermata “ex ante” da in sede di risposta al quesito n. 4 (doc. 17 ric.); la decisione del seggio di gara sarebbe dunque immotivata e violerebbe il principio della integrazione postuma della “lex specialis” come conferma la circostanza che il RTI ha invece ottenuto 1 punto in relazione al requisito in discorso, pur non avendo esibito neanche un certificato nominalmente corrispondente a quello prescritto dal Capitolato (si tratta della certificazione “ORACLE SOA Suite 12c Certified Implementation Specialist”); in realtà entrambe le certificazioni esibite dai due RTI in competizione costituiscono versioni successive della certificazione “Oracle Service Oriented Architecture Infrastructure Implementation Certified Expert” prevista dal Capitolato, sicché è stato illegittimo l’aver negato soltanto al RTI il punto spettante per tale certificazione;

2) “Violazione della lex specialis ed eccesso di potere per erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, manifesta illogicità e irragionevolezza, in relazione alla valutazione del criterio Dimensionamento del Team, afferente ai “Requisiti su base discrezionale”.

“Illegittimità del chiarimento reso in risposta al quesito 32 per violazione della lex specialis ed eccesso di potere per manifesta illogicità e irragionevolezza”:

..... deduce che:

- il RTI di cui essa fa parte ha offerto un team con un dimensionamento esattamente corrispondente a quello stimato da Poste (vedi doc.22), ottenendo un punteggio pari a 3,238 (vedi verbale n.7, confermato dal verbale n. 11, doc. 19), mentre il RTI, nonostante abbia offerto un effort inferiore a quello stimato da Poste (vedi doc.23), ha conseguito (in modo incomprensibile) un punteggio superiore, pari a 3,619 (vedi verbale n.7, confermato dal verbale n. 11, doc. 19);
- non è dato comprendere la ragione per la quale al RTI, che ha esattamente rispettato il parametro previsto (dal quale era possibile discostarsi ma motivando), non è stato attribuito il massimo punteggio (4 punti), mentre è stato attribuito un punteggio, addirittura, superiore all'aggiudicataria nonostante abbia proposto un effort inferiore;
- lo scostamento dal parametro di gara è stato motivato dal RTI, nella propria Relazione Tecnico-Organizzativa, in modo del tutto generico, facendo riferimento alla esperienza maturata presso il cliente e nei servizi oggetto dell'appalto; l'assegnazione del maggior punteggio alla controinteressata, in ogni caso, sarebbe stata irragionevole anche sotto questo profilo, atteso che sia che vantano esperienza specifica e capacità tecnica non certo inferiore, complessivamente, rispetto al RTI aggiudicatario;
- le circostanze addotte al fine di giustificare il minor dimensionamento per effort offerto risulterebbero ulteriormente illogiche in quanto le medesime circostanze sarebbero state autonomamente valorizzate in applicazione di altri criteri del Capitolato quali Organizzazione, Flessibilità ecc.;
- in definitiva le motivazioni portate dalla controinteressata a sostegno del minor dimensionamento per effort, non solo risultavano inidonee ad ottenere una

valutazione positiva per l'attribuzione di un punteggio, ma, a tutto concedere, potevano determinare l'attribuzione di un punteggio comunque inferiore a quello attribuibile all'offerta (quale è quella delle ricorrenti) caratterizzata da un effort maggiore;

- è illegittimo il chiarimento reso in merito all'elemento di valutazione in discorso dalla S.A. in risposta al quesito n. 32 (doc. 25 ric.), in quanto avrebbe negato la stessa portata del dimensionamento stimato da Poste come parametro di riferimento.

3.1) *Eccesso di potere per erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, manifesta illogicità e irragionevolezza, in relazione alla valutazione del criterio "Schede di progetto ambito Logistica Integrata", afferente ai "Requisiti su base discrezionale"*: con riguardo al requisito AQLITR_REQ_191 (Schede di progetto ambito Logistica Integrata) - il quale ammetteva il concorrente a presentare n. 2 schede di progetti precedentemente eseguiti nell'ambito della Logistica Integrata - parte ricorrente contesta che la Commissione di gara (vedi verbale n.7, confermato dal verbale n. 11, doc. 19 ric.) si sarebbe limitata ad indicare il punteggio complessivo per il criterio in questione conseguito dai concorrenti, senza evidenziare i cinque sub-punteggi che concorrevano alla formazione del punteggio complessivo (afferenti, rispettivamente a: aderenza del progetto, grado di complessità, innovazione, numero e tipologia di utenti, importo economico); di qui il difetto di motivazione e in ogni caso l'incongruità del punteggio attribuito al RTI rispetto a quello attribuito al RTI aggiudicatario per lo stesso criterio; entrambi i raggruppamenti, infatti, hanno presentato una scheda relativa al Progetto Nuovo Prenotazione Spedizioni (NPSO), già realizzato per; in detto Progetto è stata in realtà la e non la a gestire la piattaforma come unico fornitore di riferimento;

3.2.) *"Illegittima omessa esclusione dell'aggiudicataria per dichiarazione non veritiera. Violazione degli artt. 75 d.P.R. n. 445/2000 e 80, comma 5, lett.f-bis) e lett.c) del d.lgs. n. 50/2016"*: l'aggiudicataria, in relazione al sub criterio 5 (Importo economico del

progetto descritto), ha dichiarato un importo economico pari ad Euro 606.091,83 (vedi doc. 26 ric.), il quale non sarebbe veritiero, in quanto in esso è compreso anche l'ammontare di una fattura emessa dalla ma da riferire, in realtà, a prestazione eseguita interamente dalla che, a suo tempo, ha contestato l'emissione di detta fattura e segnalato il fatto all'Organismo di Vigilanza istituito presso; la cointro-interessata, pertanto, doveva essere esclusa dalla gara;

4) *Illegittima omessa esclusione dell'aggiudicataria per violazione della lex specialis, con riferimento al punto 10 del Capitolato Speciale d'Oneri e al punto 3.5.1. del Capitolato Tecnico*: il Capitolato Speciale d'Oneri, al punto 10, prevedeva espressamente che: *“Saranno escluse dalla gara le offerte nelle quali siano sollevate eccezioni e/o riserve di qualsiasi natura alle condizioni di servizio specificate negli atti di gara nonché alle condizioni minime e/o inderogabili stabilite nella presente lettera, nel CSO e nei documenti allegati, ovvero che siano sottoposte a condizione e/o che sostituiscano, modifichino e/o integrino le predette condizioni di fornitura”*; inoltre secondo il Capitolato Tecnico (punto 3.5.1., doc. 8) *“L'impresa dovrà garantire, per ciascuna Figura Professionale, il rispetto di tutti i requisiti minimi obbligatori, pena la risoluzione del contratto”*; dall'offerta tecnica del RTI emergerebbero vistose carenze rispetto ai requisiti di gara, con riguardo all'organizzazione, che non sarebbe aderente alle prescrizioni imposte atteso che: a) tutti gli sviluppi relativi ai 28 sistemi vengono riferiti ad un'unica figura di Project Manager; b) i ruoli descritti per le figure del “RU-CL” (Resp. Unico Coordinamento Lavori) e dei Team Leader non rispettano quanto previsto nei requisiti minimi: AQLITR_REQ_123, AQLITR_REQ_125 e AQLITR_REQ_126;

c) inoltre non sarebbero rappresentate, nell'organizzazione esposta nella relazione tecnica del RTI controinteressato, diverse figure condivise tra i vari progetti e che quindi dovevano essere inserite nell'organizzazione relativa all'espletamento del servizio;

d) nella propria Relazione Tecnica, inoltre, il RTI introduce la figura denominata “*Responsabile Unico di Coordinamento Lavori (RU-CL)*”, che non è prevista dalla documentazione di gara;

e) anche le figure: del *Release Manager*, del *Quality Manager* e del *Resource Manager* non sono previste dalla documentazione di gara, né risultano correlate con figure in essa esplicitamente previste: la mancata correlazione dei profili offerti con quelli previsti dalla disciplina di gara determina l'impossibilità di accertare il rispetto del requisito “*AQLITR_REQ_116*” laddove prevede espressamente che “*Una risorsa può ricoprire solo una figura professionale*”.

9. Hanno prodotto articolate memorie (anche) avverso i motivi aggiunti sia che S.p.a., le quali, preliminarmente rilevano:

- l'inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso in quanto la mandataria, titolare della partecipazione maggioritaria al costituendo RTI di cui fanno parte le ricorrenti, oltre a non avere impugnato gli atti della gara, ha esplicitamente dichiarato, in data 18.2.2019, a di non avere rilievi sulla procedura adottata in generale né sull'operato della Commissione, in tal modo manifestando acquiescenza all'aggiudicazione a favore della contro-interessata (doc. 19 Poste);

- l'inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso per motivi aggiunti in quanto proposto dalla sola, mentre il ricorso era stato proposto, oltre che da anche da; stante la diversità dei motivi proposti tra le due società, coincidenti limitatamente a quelli articolati nel ricorso introduttivo, sarebbero venute meno le due condizioni che, secondo giurisprudenza più che consolidata, rendono ammissibile un ricorso collettivo e cioè: l'identità dei motivi tra i più ricorrenti e l'assenza di conflitti anche potenziali di interessi tra i medesimi;

- con riguardo al motivo III del ricorso introduttivo, relativo alla eccessiva e immotivata quantificazione dell'importo a base di gara (il quale avrebbe provocato

un appiattimento nel valore differenziale tra i punteggi relativi alle offerte economiche), viene eccepita la tardività del gravame, trattandosi di censura avverso una clausola della *“lex specialis”* immediatamente lesiva, che le imprese interessate avevano l'onere di impugnare senza attendere l'esito della gara.

10. In esito alla camera di consiglio del 20.3.2019 con ordinanza n. 1842/2019 la Sezione ha ritenuto che le contrapposte esigenze, anche cautelari, delle parti potevano trovare adeguata considerazione mediante la sollecita fissazione dell'udienza di merito ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a.

11. In vista della pubblica udienza le parti in causa hanno provveduto a depositare ulteriori documenti, memorie conclusionali e note di replica.

Alla pubblica udienza fissata per il giorno 17 luglio 2019, la causa, dopo ampia discussione, è stata trattenuta in decisione.

12. Debbono essere affrontati per evidenti ragioni di priorità logico-giuridica le eccezioni preliminari di inammissibilità / improcedibilità sollevate da e

12.1 In merito agli effetti da ricondurre a quanto dichiarato dalla mandataria che, in sede di richiesta di accesso agli atti da parte della controinteressata, affermava, tra le altre cose, *“...di non avere rilievi, alla luce delle informazioni in nostro possesso, sulla procedura adottata in generale e sull'operato della Commissione di gara che riteniamo corretto”*, il Collegio osserva che la dichiarazione menzionata comporta senza dubbio una rinuncia all'impugnazione degli atti di gara da parte della capogruppo mandataria del costituendo RTI, il che è nel diritto della stessa la quale può liberamente decidere se assumere o non assumere iniziative a propria tutela avverso l'esito avverso della procedura competitiva, promovibili sia in via autonoma, sia coordinandosi con le altre imprese del costituendo RTI. Come correttamente osservato dalla difesa di parte ricorrente, tuttavia, la rinuncia all'azione non implica né determina alcun effetto sull'impegno contrattuale sostanziale che la ha assunto quale

capogruppo/mandataria del costituendo RTI, in quanto detto impegno non risulta né risolto per mutuo consenso delle parti né cessato nei suoi effetti per altra causa e, pertanto, rimane pienamente valido e vincolante per la (e per le altre imprese componenti il costituendo RTI) a prescindere dalla determinazione da essa assunta di non proporre l'azione impugnatoria.

Al riguardo si osserva che “...la legittimazione ad agire in giudizio della singola impresa in associazione - sia essa mandante o mandataria e sia che il raggruppamento sia stato già costituito al momento dell'offerta o debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione - è riconosciuta dal consolidato e pressoché univoco indirizzo della giurisprudenza amministrativa (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 5 giugno 2012, n. 3314; Cons. Stato, sez. VI, 8 ottobre 2008, n. 4931). Il raggruppamento temporaneo di imprese non istituzionalizza, invero, un soggetto diverso dalle singole imprese che aggregano le proprie potenzialità economiche, con capacità di rappresentanza degli interessi del gruppo a mezzo di organi all'uopo costituiti. La singola impresa è, quindi, titolare in corso di gara di una posizione di interesse legittimo al regolare svolgimento della procedura, che può tutelare anche in caso di inerzia delle altre imprese associate a proporre congiunta impugnativa. Il gravame proposto dalla singola impresa in associazione non è, inoltre, sfornito di interesse al ricorso. La presentazione dell'offerta da parte del raggruppamento da costituire reca l'impegno reciproco delle imprese in associazione, in caso di aggiudicazione della gara, a conferire mandato ad una di esse, qualificata come capogruppo, alla stipula del contratto. Si tratta di posizione di obbligo il cui assolvimento è esigibile nei confronti delle altre imprese associate in caso di esito favorevole dell'impugnativa e che, in caso di inadempimento, espone l'impresa che aveva prestato il consenso alla costituzione dell'a.t.i. ATI a possibili pretese risarcitorie. Tanto basta a suffragare la tesi della legittimazione della singola impresa in associazione a reagire nei confronti di della violazione di regole che presiedono il procedimento di aggiudicazione...” (Cons. Stato, VI, 8 febbraio 2013, n.714).

Ne consegue che ciascuna impresa partecipante, anche se semplice mandante, può sempre, sia prima che dopo la formale costituzione del RTI, proporre impugnazione

contro gli atti e i risultati della gara d'appalto, essendo titolare di autonoma legittimazione ad agire nell'ambito del raggruppamento di imprese. Mentre, con riguardo alla dichiarazione di acquiescenza alla gara da parte della mandataria, resta fermo il fatto che, ai sensi dell'art. 48, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, sebbene il raggruppamento non sia stato ancora costituito, gli operatori economici che ne andranno a far parte (ivi compresa la futura impresa mandataria) hanno formalizzato, tra di loro e nei confronti della S.A., l'impegno a conferire, in caso di aggiudicazione della gara, mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificato come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti.

Da tale impegno di natura contrattuale e fonte di responsabilità in caso di inadempimento, la non può dirsi sciolta per effetto della dichiarazione sopra riportata che si limita a manifestare la volontà (legittima) di non assumere iniziative impugnatorie senza però poter comportare alcun effetto sull'impegno predetto.

12.2 Ferma restando la piena ammissibilità del ricorso proposto dalle sole mandanti, è ora da esaminare l'ulteriore questione sollevata relativamente all'ammissibilità dei motivi aggiunti in quanto proposti, a dire di, soltanto dalla e non anche dall'altra mandante (anch'essa ricorrente nella fase iniziale),

Al riguardo il Collegio ritiene che, anche a prescindere dall'accertamento (invero, problematico) relativo alla qualificazione in termini di "*mero errore materiale*" della omessa indicazione, nell'epigrafe dei motivi aggiunti, degli estremi della (con menzione soltanto di una delle due ricorrenti originarie, vale a dire la), le domande proposte ex art. 43 c.p.a., seppur riferite alla sola, restino pienamente ammissibili in quanto:

- esse investono i medesimi provvedimenti impugnati con il ricorso e non atti ulteriori;

- seppur non vi è identità dei motivi (tra ricorso e ricorso per motivi aggiunti), è però evidente che quelli proposti successivamente ex art. 43 c.p.a. si pongono in rapporto di progressiva specificazione rispetto alle censure articolate inizialmente da entrambe le imprese “mandanti” nei motivi I e II, atteso che i motivi aggiunti specificano, alla luce della documentazione acquisita da in sede di accesso ai documenti di gara, quanto già sommariamente denunciato, in termini generici, nel ricorso, sempre con riguardo ai dedotti errori di valutazione compiuti dalla Commissione di gara, sia nell’attribuzione dei punti relativi ai “Requisiti Tabellari”, sia con riguardo all’assegnazione del punteggio afferente ai “Requisiti su base discrezionale”;

- quanto precede dimostra che non vi può essere alcun conflitto di interessi tra le due società originarie ricorrenti, entrambe titolari di una posizione sostanziale (e processuale) omogenea in quanto mosse dall’interesse comune di ottenere l’annullamento dell’aggiudicazione disposta in favore del RTI, onde ottenere il subentro nell’affidamento del costituendo RTI di cui fanno parte;

- la sostanziale omogeneità dell’interesse azionato esclude un conflitto di interessi tra e nel raffronto tra motivi iniziali e aggiunti e consente l’esame nel merito di questi ultimi, anche ove si ritengano materialmente proposti dalla sola

- va detto, infine che, anche a prescindere dai profili sopra trattati, in ogni caso rientra nella fisiologia del giudizio proposto collettivamente da più soggetti cointeressati alla caducazione del provvedimento, *“la scelta di ciascun ricorrente di proseguire l’azione attraverso la partecipazione agli atti di impulso processuale rimessi all’iniziativa di parte ovvero, anche, di proporre motivi aggiunti, rinunciare al giudizio o dichiarare il difetto sopravvenuto d’interesse, senza che tali evenienze siano tali da refluire sull’ammissibilità dell’intero ricorso o da determinarne l’estinzione o l’improcedibilità. Invero, costituisce principio generale quello secondo cui nel ricorso collettivo, proposto a tutela di posizioni soggettive autonome e scindibili,*

l'iniziativa processuale di ciascun ricorrente non può giovare né pregiudicare la posizione degli altri ricorrenti (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 20/06/1996, n. 797)" (TAR Napoli, V, 27 febbraio 2016, n. 1087).

12.3 In merito alla asserita tardività del motivo III del ricorso introduttivo, il quale investe la quantificazione dell'importo a base di gara e, dunque, una clausola della "*lex specialis*", in tesi, immediatamente lesiva e, quindi, da impugnare doverosamente nell'immediato, senza poter attendere l'esito (favorevole o meno) della gara, si osserva quanto segue:

i. le società ricorrenti contestano che la base d'asta individuata dalla S.A. sia "*enormemente sovrastimata come del resto già evidenziano i ribassi che hanno potuto offrire sia l'aggiudicataria (43,1%), che le deducenti (55,7%)*", il che sarebbe sintomatico di un non corretto esercizio della pur ampia discrezionalità di cui dispone la S.A., che non può però operare arbitrariamente senza tener conto, come sarebbe avvenuto nella specie, dell'obbiettivo costo del servizio e di ogni utile elemento conoscitivo ricavabile anche da analoghe gare bandite nel passato, le quali proverebbero che il costo medio giornaliero per risorsa impiegata sarebbe notevolmente inferiore rispetto agli euro 383,21, desumibili sulla base del prezzo posto a base di gara; la sovrastima della base d'asta avrebbe comportato una "*indebita svalutazione dell'elemento prezzo*", nonostante il notevole divario tra il prezzo offerto dal RTI delle ricorrenti e quello del RTI aggiudicatario (v. pag. 5 – 9 ric.);

ii. secondo la nozione estensiva di "*clausola escludente*", delineata in via ricostruttiva dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 26 aprile 2018, n. 4, che sul punto richiama la giurisprudenza formatasi in argomento all'interno delle coordinate a suo tempo fissate dall'Adunanza Plenaria n. 1 del 2003, possono farsi rientrare nel genus delle "*clausole immediatamente escludenti*" (ovvero dei "*bandi e degli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi*", di cui all'art., 120, comma 5, c.p.a.) le seguenti fattispecie:

- a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (si veda Cons. Stato sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671);
 - b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così l'Adunanza Plenaria n. 3 del 2001);
 - c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980);
 - d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293);
 - e) clausole impositive di obblighi *contra ius* (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222);
 - f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.);
 - g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421);
- iii. la clausola che fissa la base d'asta sul quale le imprese sono tenute ad offrire i rispettivi ribassi, a rigore, non è riconducibile a nessuna delle ipotesi di elaborazione giurisprudenziale sopra elencate; trattasi di importo che non ha impedito la formulazione di un offerta e la cui *"irragionevolezza"* ed *"eccessività"* (nei termini contestati dalla ricorrente) non ha impedito alla stessa di formulare un'offerta

conveniente e ragionevole, ma ha rivelato soltanto “*ex post*”, alla conclusione della competizione, la sua portata lesiva per avere fortemente ridotto la distanza, in termini di punteggio, tra le offerte economiche degli operatori concorrenti, nonostante, in termini assoluti, l’importo proposto dal costituendo RTI delle odierne ricorrenti fosse di molto inferiore a quanto offerto dal RTI, stante un differenziale tra le due offerte economiche pari ad Euro 1.949.589,75;

iv. può dunque concludersi, sulla scorta di quanto affermato dall’Adunanza Plenaria n. 4 del 2018, che, al momento della pubblicazione del bando, il RTI, nonostante potesse percepire immediatamente il carattere (in tesi) eccessivo del valore stabilito da, non poteva però considerare la clausola immediatamente lesiva in quanto in quel momento era del tutto incerto ed aleatorio l’esito della gara e non poteva certamente escludersi un esito vittorioso (come dimostra in modo evidente il ridottissimo “gap” tra i punteggi finali rispettivamente conseguiti dal RTI e dal RTI);

v. diversamente opinando si imporrebbe all’offerente di denunciare la clausola del bando “...*sulla scorta della preconsigliata di una futura ed ipotetica lesione, al fine di tutelare un interesse (quello strumentale alla riedizione della gara), certamente subordinato rispetto all’interesse primario (quello a rendersi aggiudicatario), del quale non sarebbe certa la non realizzabilità*” (Ad. Plenaria cit. par. 19.2.2.);

vi. il Collegio non può pertanto che concludere nel senso che “*debba trovare persistente applicazione l’orientamento secondo il quale le clausole non escludenti del bando vadano impugnate unitamente al provvedimento che rende attuale la lesione (id est: aggiudicazione a terzi), considerato altresì che la postergazione della tutela avverso le clausole non escludenti del bando, al momento successivo ed eventuale della denegata aggiudicazione, secondo quanto già stabilito dalla decisione dell’Adunanza plenaria n. 1 del 2003, non si pone certamente in contrasto con il principio di concorrenza di matrice europea, perché non lo oblitera, ma lo adatta alla realtà dell’incedere del*

procedimento nella sua connessione con i tempi del processo.” (Cons. Stato, Ad. Plen. 4 del 2018).

12.5. Sebbene ammissibile e non tardivo, tuttavia il motivo afferente alla base d’asta (terzo motivo del ricorso introduttivo, identificato come “B.III”) assume ruolo necessariamente subordinato rispetto agli altri motivi del ricorso e aggiunti, in quanto non è pensabile che, una volta modificata una clausola fondamentale della “*lex specialis*”, le operazioni di gara non debbano essere rinnovate “in toto”, ivi compresa la riedizione del bando di gara, trattandosi di una fondamentale disposizione destinata a conformare e condizionare la formulazione delle offerte economiche di ogni potenziale concorrente.

Non è pertanto accoglibile la pretesa (prospettata come principale dalle ricorrenti) di procedere alla riduzione della base d’asta evitando il rinnovo delle varie fasi e attività procedimentale già espletate, ivi comprese le offerte economiche con i ribassi già proposti dagli operatori concorrenti. La censura è pertanto ammissibile soltanto come censura subordinata al mancato accoglimento delle restanti censure che investono il provvedimento di aggiudicazione, siccome formulata a tutela “*dell’interesse strumentale delle ricorrenti ad una completa riedizione procedimentale*” (pag. 12 ric.).

13. Può a questo punto procedersi all’esame del merito.

Chiarito il carattere subordinato del motivo di ricorso afferente alla determinazione della base d’asta, il cui esame va quindi posticipato rispetto alla verifica di fondatezza dei restanti motivi (anche di quelli articolati nell’atto per motivi aggiunti), il Collegio rileva che sia il primo (A.I) che il secondo (A.II) motivo di ricorso sono stati entrambi proposti da parte ricorrente allo scopo dichiarato di tutelarsi contro eventuali decadenze, nell’attesa di conoscere gli atti di gara e, in particolare, la documentazione afferente all’offerta del RTI aggiudicatario.

Le censure astrattamente e genericamente articolate nei primi due motivi di ricorso sono state compiutamente sviluppate nei motivi aggiunti, sicché appare superfluo esaminare i due motivi introduttivi in modo sperato ed autonomo rispetto ai motivi aggiunti, stante lo stretto collegamento esistente tra i primi ed i secondi.

14. Può quindi procedersi alla trattazione congiunta del primo motivo di ricorso e del primo motivo aggiunto, entrambi afferenti all'insufficiente punteggio tecnico assegnato al RTI per i "Requisiti Tabellari" e, in particolare, per il requisito "*AQLITR_REQ_199*" del Capitolato Speciale, riguardante, come visto, la certificazione "*Oracle Service Oriented Architecture Infrastructure Implementation Certified Expert*", di cui doveva essere in possesso una delle figura professionali offerte (il "*data architect*"), per ottenere, con valutazione automatica, un punto, che sarebbe invece stato illegittimamente negato dalla Commissione di gara. Quest'ultima non avrebbe infatti considerato rilevante la certificazione "*ORACLE SOA Suite 11g Certified Implementation Specialist*" di cui era in possesso il "*Solution Architect*" dell'....., sig. Stelvio Ceccotti; la nominata certificazione costituiva, ad avviso di, una versione aggiornata ed immediatamente successiva della certificazione (ormai obsoleta) prescritta dal requisito tecnico in discorso e, pertanto, trattandosi di certificazione equipollente alla "*Oracle Expert*", avrebbe dovuto comportare l'assegnazione di un punto in più (rivelatosi decisivo), in favore del RTI

Il motivo non può essere accolto, in quanto, sulla base delle informazioni richieste dal RUP all'Ente certificatore Oracle (da ritenere probanti in quanto provenienti dallo stesso Ente che rilascia questo tipo di attestazioni di competenza tecnica), sia la "*Oracle SOA Suite 11g Specialist*", sia la "*Oracle SOA Suite 11c Specialist*", costituiscono, in effetti, le due versioni successive (e, dunque, sostitutive) della precedente certificazione *Oracle Expert*, menzionata dal requisito tabellare prescritto dalla "*lex specialis*", la quale però non viene più rilasciata dal 2013. Tuttavia,

sulla base di quanto emerso dall'istruttoria di causa (vedi il citato parere dell'Ente certificatore Oracle del 16.7.2018, acquisito dalla Commissione di gara, doc. 18 controint.), la ragione della mancata assegnazione del punteggio non riguarda la tipologia di certificazione in sé, la "11g", in effetti posseduta dal dipendente della, bensì il distinto profilo dei diversi livelli in cui ciascuna certificazione va ad articolarsi. Anche per la citata "Oracle SOA Suite 11g Specialist", come per le diverse certificazioni succedutesi (sebbene il termine "specialist" utilizzato per identificare "in toto" la certificazione in discussione possa ingenerare qualche equivoco), sono previsti dalla Oracle diversi livelli di competenza: "Junior Associate; Associate; Professional; Master; Specialist; Expert". Quindi le certificazioni a confronto fanno entrambe riferimento ad una medesima certificazione ma una di livello Expert, l'altra di livello Specialist (parere Oracle citato). La certificazione di livello "expert", posseduta sia dal RTI aggiudicatario che dal terzo operatore partecipante, è superiore a quella di livello "specialist", posseduta da, Ma il livello "expert" era proprio quello preteso dal Capitolato Tecnico mediante il requisito in discorso, che non ha dimostrato di possedere, in quanto la figura professionale da essa proposta è un "Oracle certified specialist" (e non un "expert"). Appare pertanto legittima, in quanto basata su un presupposto di fatto oggettivo e apprezzabile, la mancata attribuzione del punto previsto per il requisito tabellare in questione (denominato "AQLITR_REQ_199" nel Capitolato Speciale).

Il motivo va dunque respinto.

15. Con il secondo motivo aggiunto, come visto, contesta la presunta erroneità del punteggio che la Commissione giudicatrice ha attribuito al RTI ricorrente con riferimento al requisito discrezionale AQLITR_REQ_190; parte ricorrente, in particolare, sostiene che il punteggio per il dimensionamento offerto dal concorrente, variabile da 0 a 4, doveva essere attribuito in ragione della sua coerenza con il dimensionamento stimato da; a suo avviso, "il RTI di cui

fanno parte le ricorrenti ha offerto un team con un dimensionamento esattamente corrispondente a quello stimato da Poste ..., ottenendo un punteggio pari a 3,238 ..., mentre il RTI che ha offerto un effort inferiore a quello stimato da Poste ..., ha conseguito un punteggio superiore pari a 3,619”, di qui la contestazione relativa alla “manifesta illogicità e incoerenza che inficia la valutazione al riguardo compiuta dalla Commissione di gara”.

Il Collegio non ritiene il motivo convincente.

Si deve partire dalla premessa che il requisito AQLITR_REQ_190 del Capitolato Speciale d’Oneri costituisce, espressamente, oggetto di valutazione discrezionale, senza che operino automatismi che vincolino l’attività della Commissione, chiamata ad operare nel solo rispetto dei noti e generali limiti di principio costituiti dalla logicità, dalla ragionevolezza e assenza di errori di fatto, entro i quali possono e devono esplicitarsi, in generale, le valutazioni tecniche delle Commissioni di gara. Nel Capitolato, con riguardo al requisito tecnico “*de quo*” si legge che “*Ai fini dell’attribuzione del punteggio (max 4 punti) sarà valutata la coerenza con il dimensionamento stimato da, tenendo conto, in caso di scostamento, delle evidenze a supporto delle motivazioni che hanno determinato lo scostamento*”. E’ importante sottolineare che l’attribuzione del punteggio è modulata in funzione della coerenza (e non dell’identità) tra l’ “*effort*” proposto ed il dimensionamento stimato da, senza che la disposizione vincoli la Commissione ad attribuire il punteggio massimo all’ipotesi in cui il dimensionamento offerto sia del tutto coincidente con quello programmato dall’ente aggiudicatore. Invero la possibilità di uno scostamento motivato e giustificato, anche in senso migliorativo, rispetto al dimensionamento ritenuto “*normale*” dalla legge di gara implica che tale scostamento, oltre ad essere legittimo, possa anche essere apprezzato positivamente e comportare un punteggio migliore.

Lo stesso Capitolato Speciale d'Oneri, nell'illustrare al paragrafo 3 le modalità di determinazione dei coefficienti da utilizzare nella formula di calcolo dei punteggi relativi ai requisiti discrezionali, prevedeva una graduazione dei giudizi in termini di:

- Ottimo (quando gli elementi e le indicazioni contenute nell'offerta tecnica soddisfino in modo assoluto quanto indicato ai fini dell'assegnazione del relativo punteggio), con coefficiente 1,00;
- Distinto (quando gli elementi e le indicazioni contenute nell'offerta tecnica soddisfano pienamente quanto indicato ai fini dell'assegnazione del relativo punteggio), coefficiente 0,70;
- Buono (soddisfazione adeguata del requisito), coeff. 0,50;
- Discreto (soddisfazione "discreta"), coeff. 0,30;
- Sufficiente (o assente): nessun elemento migliorativo rispetto alle richieste di cui ai documenti di gara 0,00.

Nella specie, la Commissione giudicatrice, nel valutare la *coerenza* del team offerto dai concorrenti con il dimensionamento stimato da, non doveva quindi limitarsi ad una verifica meramente quantitativa (un "*conteggio*") delle risorse messe a disposizione dagli operatori economici (*effort*), ma, piuttosto, era chiamata a considerare anche le competenze e l'esperienza maturate in capo a dette risorse, così da poter valutare se, nel suo complesso, il team proposto fosse idoneo (e in che misura) a fare fronte alle esigenze della Stazione appaltante, valorizzando, se del caso, la composizione del gruppo in grado di apportare ad esso, a livello qualitativo, un "*quid pluris*".

La formulazione della disposizione del Capitolato in termini di "coerenza" e non di "totale aderenza" rispetto al dimensionamento ipotizzato da, la graduazione dei giudizi in termini qualitativi e aperti (soddisfazione "assoluta" oppure "piena" ecc. del requisito), la mancanza di automatismi nell'assegnazione dei punteggi, il carattere "*expressis verbis*" discrezionale del requisito in parola (stante

l'inserimento del requisito tra quelli a valutazione discrezionale), sono tutti elementi che concorrono a ritenere che erano valutabili dalla Commissione i diversi elementi qualitativi che connotavano il team di lavoro o il relativo *"skill mix"*. Nella specie ha sicuramente influito la maggiore esperienza professionale (*"seniority"*) delle diverse figure che andavano a comporre il gruppo di lavoro offerto dal RTI

In definitiva la corrispondenza tra il dimensionamento previsto da Poste Italiana e quello offerto dalla concorrente non costituiva l'unico parametro di riferimento ai fini della valutazione del requisito *"de quo"* e non era destinata, detta corrispondenza, ad assicurare l'attribuzione del massimo dei punti (pari a 4); questa era peraltro l'interpretazione della clausola fornita *"ex ante"* proprio dalla S.A. che, nel rispondere ad un quesito - e cioè se sarebbe stato attribuito *"il punteggio massimo di 4 punti, in caso il concorrente avesse offerto un dimensionamento del team, in termini di N. di risorse e effort (n. giornate), uguale a quello stimato da nei documenti di gara"* - rispondeva testualmente: *"no, si ribadisce quanto previsto al requisito AQLITR_REQ_190"*.

Sul piano della motivazione del punteggio attribuito, per il requisito in discorso, al RTI, si deve sottolineare che, le ragioni del minore dimensionamento offerto, venivano evidenziate, con sufficiente precisione, nella Relazione Tecnica prodotta dal Raggruppamento in corso di gara (doc. 6 controint.), nella quale si dà conto diffusamente dell'ottimizzazione del dimensionamento del team, atteso che il RTI dimostra di avere puntato sulla qualità della prestazione, offrendo un team di lavoro composto da risorse con *"seniority"* (esperienza specifica) e *"skill"* (capacità, abilità) superiori rispetto a quelle richieste dalla lex specialis, prevedendo, al contempo, una, invero, ben modesta riduzione dell'effort, giustificata dalla volontà di non maggiorare in modo eccessivo l'offerta economica, attraverso l'aggravamento dei costi derivanti dall'inserimento di risorse con seniority più elevata (vedi doc. 6 controint., dep. 18.2.2019).

16. Con riguardo al terzo dei motivi aggiunti (afferente alla valutazione del requisito relativo alla presentazione di n. 2 schede descrittive di analoghi servizi eseguiti in passato dal concorrente), come visto, parte ricorrente deduce che la avrebbe presentato una scheda relativa al medesimo progetto indicato dal RTI aggiudicatario (trattasi del progetto NPSO, realizzato per da e da nell'ambito di un precedente accordo quadro). In sostanza si duole della esigua differenza (pari a 0,05 punti) tra i punteggi, rispettivamente conseguiti dai concorrenti posti a raffronto: alla luce dei sub-criteri di cui ai numeri 2 e 3, la ricorrente allega di avere gestito la piattaforma come unico fornitore di riferimento (seppur coadiuvata dalla propria ausiliaria IT Resources per la sola esecuzione), dalle iniziali fasi di analisi al primo rilascio in esercizio dell'innovativo *stack* tecnologico. La controinteressata, invece, non avrebbe introdotto o gestito alcun elemento di reale innovazione limitandosi a far migrare, secondo "roadmap" e supporto tecnologico già definiti, nella nuova piattaforma, prodotti precedentemente gestiti tramite la vecchia.

16.1. La censura, invero, concerne elementi dell'offerta sottoposti a valutazione altamente tecnica e, quindi, assoggettabili a sindacato giurisdizionale soltanto in presenza di palese illogicità o irragionevolezza della valutazione ovvero travisamento dei fatti, profili che, evidentemente, non ricorrono nella specie.

La controinteressata, invero, in punto di fatto, con allegazioni puntuali, ha confutato la deduzione ricorsuale secondo la quale avrebbe svolto, con riguardo al Progetto NPSO (nella gestione del quale è subentrata a), un'attività di "*mera migrazione sulla nuova piattaforma di prodotti precedentemente gestiti tramite il "vecchio" sistema*"., viceversa, allega che, dopo essere subentrata a nella conduzione del progetto (cfr. mem. contoint. 18.3.2019, pag. 20 e ss.):

- ha dovuto sottoporre il sistema ad una profonda reingegnerizzazione, peraltro tuttora in corso, destinata anche a correggere "*le innumerevoli storture nell'applicazione*

delle tecnologie adoperate, che rendevano il sistema instabile e non in grado di sopportare i volumi di traffico a cui doveva essere sottoposto una volta a regime”;

- la reingegnerizzazione ha richiesto la ri-progettazione e lo sviluppo: di tutti i processi di elaborazione delle prenotazioni relativamente sia a flussi di tipo sintetico e analitico, sia di posta registrata e non registrata (STA, STS, PostaEasy, Posta Time, Posta Massiva, Posta Target), erogati attraverso i diversi canali WEB, FTP, BPI; di tutti i processi di integrazione verso i sistemi SACSIS, SAPLES, SAPEM, TGC, SGU, ADC, WFM, EQWEB con relativi meccanismi di recupero automatico o comunque assistito (al posto di meccanismi manuali); - di tutti *“i flussi di mediazione tra NPSO e gli altri sistemi che, non essendo opportunamente organizzati e monitorati, non risultavano manutenibili”;* della *“logica applicativa esposta mediante servizi, in quanto in contrasto con le più elementari linee guida per il disaccoppiamento tra i diversi componenti del sistema previsti dall’architettura adottata, con il risultato che ogni piccola modifica al modello dati interno al sistema si rifletteva immediatamente sulle interfacce esposte verso le altre componenti applicative, sia interne che esterne, obbligando anche gli altri sistemi a continui cicli di sviluppo, collaudo, certificazione e messa in produzione”;* della base dati del sistema, inidoneo a contenere sia quantitativamente, sia qualitativamente i dati del sistema ecc.

Gli elementi tecnici e fattuali allegati dalla, benché anch’essi non soggetti a valutazione intrinseca da parte di questo Giudice, appaiono tuttavia convincenti al fine di dimostrare l’infondatezza della premessa di base da cui muove la censura in esame, e cioè l’affermazione secondo cui l’attività descritta nella scheda della, afferente al Progetto NPSO, non avrebbe avuto alcun elemento di innovazione o creatività sul piano tecnologico. Tale tesi “minimalista” non corrisponde all’effettiva attività progettuale ed esecutiva svolta dalla

Ciò appare sufficiente per ritenere infondata la censura di cui al terzo motivo aggiunto in quanto essa non dimostra che, nella valutazione della Commissione, siano stati travalicati i limiti della logicità e della ragionevolezza nell’aver assegnato

un punteggio pressoché uguale alle schede progetto rispettivamente esibite da e da, anche alla luce del fatto che si trattava di servizi analoghi svolti in stretta successione di tempo dalle due imprese, in favore della stessa S.A. e, dunque, alla stessa ben noti.

16.2. Quanto al sub-criterio dell’*“Importo economico del progetto descritto”*, si osserva che la differenza tra i valori del progetto dichiarati dall’uno e dall’altro concorrente non è significativa, mentre non appare dimostrata con argomenti perspicui come controparte sia giunta ad affermare che avrebbe avuto diritto alla assegnazione (solo per tale sub-criterio) di almeno 0,27 punti ulteriori.

Quanto alla non veridicità dell’importo del progetto, quantificato dal RTI in Euro 606.091,83, somma nella quale sarebbe stata indebitamente computata anche una fattura (la n. 688 del 30 marzo 2017, di circa euro 20.000,00) della quale avrebbe in seguito verificato l’indebita emissione da parte di (riferendosi essa, in realtà, a prestazioni che eseguite unicamente dalla Società ricorrente), il Collegio non può non rilevare il dato cronologico, per cui, alla data del 20 marzo 2018, termine ultimo per la presentazione delle offerte, la fattura contestata da appariva ancora esistente e *“regolare”*, poiché la relativa nota di credito (con conseguente azzeramento del relativo importo e sottrazione di esso dal fatturato afferente al servizio) è intervenuta soltanto in data successiva.

Da ciò consegue che la dichiarazione, al momento della presentazione dell’offerta in gara, doveva ritenersi formalmente corretta per l’importo nel senso che non poteva ancora ritenersi, fino a quel momento, non veritiero il fatturato come dichiarato, alla luce dei dati contabili della società.

Quanto alle ragioni (mero errore, condotta intenzionale, sovrapposizione di attività o altro) alla base dell’indebita emissione, l’assenza – per quanto consta al Collegio - di attività istruttorie successive e di contestazioni formali da parte di Poste, non consente di aderire alle conclusioni a cui perviene parte ricorrente ai fini

dell'accertamento di condotte scorrette meritevoli della sanzione espulsiva nell'ambito della presente gara.

Pertanto, anche sotto il profilo da ultimo esaminato, il motivo va respinto.

17. Con il quarto (ed ultimo) motivo aggiunto, parte ricorrente lamenta la mancata esclusione dalla gara del RTI aggiudicatario, nonostante fosse incorso nella violazione del punto 10 del Capitolato Speciale d'Oneri e del punto 3.5.1. del Capitolato Tecnico, per avere offerto una organizzazione non aderente alle prescrizioni imposte dalla stazione appaltante. Il requisito in argomento era denominato "AQLITR_REQ_188" e si riferiva alla Organizzazione del Fornitore – Organizzazione di cui al paragrafo 5.2.1 del CSO – Capitolato tecnico, in quanto tale esso rientrava tra i requisiti oggetto di valutazione discrezionale (fino ad un massimo di 16 punti, ai sensi della Tabella 3, lotto 2, Par. 3 CSO, doc. 3 ric.). Ne consegue che, in ipotesi, il mancato soddisfacimento del requisito avrebbe comportato la mancata attribuzione del punteggio ma non l'esclusione dalla gara.

Il Capitolato prevedeva, infatti, che ogni soggetto partecipante alla gara dovesse descrivere (in un massimo di 15 pagine) l'organizzazione per l'erogazione dei servizi oggetto dell'appalto, con indicazione dei razionali e delle risorse impiegate (n. di risorse offerte per i servizi a task e relativo effort, figure professionali, profili di interazione) (vedi pag. 16 CSO). Il medesimo documento prefissava i relativi sub-criteri, rimettendo al concorrente la libertà di elaborare la risposta.

Per tale requisito sia il RTI delle ricorrenti, sia il RTI, hanno ottenuto il medesimo punteggio pari a 10,182.

Come correttamente eccepito da Poste, tale aspetto dell'offerta non era riconducibile alla diversa fattispecie di cui al paragrafo 10 del CSO (Cause di esclusione) richiamato da parte ricorrente, in quanto non sostanzia, in alcun modo, una modifica e/o integrazione delle condizioni minime e/o inderogabili a cui fa riferimento il suddetto paragrafo.

Con riferimento a quanto contestato dalla ricorrente il Collegio osserva che i ruoli delle figure professionali indicati nel documento prodotto dal RTI in relazione al requisito in argomento sono funzionali alla descrizione del modello organizzativo proposto, mentre l'indicazione del team di lavoro, prescritta per i servizi "a task", è contenuta nel paragrafo 3.3 del "Documento descrittivo della Organizzazione del Fornitore" (doc. 28 res.), nonché nella "Scheda di Dimensionamento team".

Pertanto, il motivo in esame è infondato in quanto non considera la diversa funzione cui è preposto il documento esplicativo dell'organizzazione del team di lavoro ai fini dell'attribuzione del punteggio per il requisito "AQLITR_REQ_188" (CSO pag. 16), rispetto alle funzione assolta dal distinto documento nel quale l'impresa partecipante è chiamata a dichiarare il possesso dei requisiti minimi richiesti nel CSO nel Capitolato tecnico, funzione assolta dal documento "*Requisiti minimi obbligatori*", prodotto anche dal RTI (doc. 29 res.).

Quanto precede è sufficiente a dimostrare l'infondatezza del motivo esaminato.

18. L'infondatezza di tutti motivi sopra esaminati impone, infine, la trattazione del motivo sviluppato nel ricorso principale, relativo alla erronea/illegittima determinazione della base d'asta che sarebbe eccessivamente elevata, al punto tale da avere distorto la competizione di gara, provocando un appiattimento dei valori dei prezzi offerti in termini di ribasso percentuale sulla base d'asta, che, nel concreto, avrebbe penalizzato il RTI, autore del ribasso più elevato tra i tre concorrenti in gara (motivo B.III del ricorso principale)

Per quanto già sopra rilevato il motivo deve rapportarsi al solo interesse strumentale delle ricorrenti alla riedizione della gara, non essendo pensabile il mantenimento delle operazioni di gara già espletate e la cristallizzazione delle offerte già presentate dalle concorrenti, una volta che venisse rideterminata una fondamentale "regola del gioco" quale è il valore stimato a base di gara di cui al punto 2.6) del bando.

Orbene, nell'esame del motivo si deve partire dal presupposto, largamente condiviso dalla giurisprudenza, secondo cui la determinazione del valore di stima è, in linea di principio, insindacabile, salvo la prova del ricorrere di illogicità evidenti stante la necessità che la (pur ampia) discrezionalità tecnica di cui la S.A appaltante dispone, ai sensi dell'art. 35, commi 6-8, d.lgs. n. 50 del 2016, nella fissazione del valore stimato di un appalto, non si trasformi in arbitrio e prescinda totalmente dagli elementi ricavabili dal contesto economico di riferimento (vedi TAR Abruzzo, Pescara, n. 27/2016).

Ciò premesso, si osserva che i servizi oggetto della gara in questione devono essere erogati a *"task"*, con la conseguenza che, come eccepito dalla Stazione appaltante nella memoria prodotta in fase cautelare, *"la metrica utilizzata per la misura dei servizi nell'ambito della fornitura in parola è il 'Type of Work' (TOW) per le attività a 'task' di sviluppo e manutenzione evolutiva straordinaria e non è il numero di giorni persona"*, non potendosi, dunque, configurare una fornitura Time and Material, ossia basata sulle giornate/uomo.

Il numero di giornate/uomo indicato dalla Stazione appaltante rappresenta una stima meramente indicativa, non vincolante, finalizzata principalmente a fornire un parametro oggettivo per valutare esclusivamente l'ammissibilità delle offerte, non potendo, invece, integrare – come preteso dalle ricorrenti – il parametro da considerare ai fini della corretta individuazione della base d'asta.

Non a caso in una delle risposte rese dalla Stazione appaltante (pubblicata il 9 febbraio 2017) si puntualizzava che *"per i soli servizi a task, è possibile modificare il numero di risorse e il numero di gg/persona offerti sia in aumento che in diminuzione, ma rispettando le percentuali di skill mix indicati nel CSO – Capitolato tecnico. Non sono previste percentuali massime di scostamento"*.

Non corrisponde dunque al vero la rigida base di partenza da cui muove parte ricorrente (v. pag. 6 ric.), secondo cui in termini *"pratici"* la gara avrebbe ad oggetto

la fornitura di un numero di risorse umane con varie professionalità per un totale di euro 40.420 giorni/uomo per i servizi “*a task*” (progetti) e 2.520 per quelli a canone, di modo che si dovrebbe pervenire ad un valore matematico sicuro o, quanto meno, ad un “range” alquanto limitato tra un minimo ed massimo, con valori in entrambi i casi notevolmente più bassi rispetto agli euro 15.489.300,00 previsti per il Lotto 2. Come eccepito dall’ente resistente (v. pag. 21 della memoria per l’udienza), in realtà, la metrica utilizzata per la misura dei servizi è il “*Type of Work*” (TOW) per le attività “*a task*” di sviluppo e manutenzione evolutiva straordinaria e non il numero di giorni/persona. Ogni TOW è definito mediante la descrizione delle attività previste, dal driver di volume e dal relativo sistema di misurazione, a cui si aggiungono 36 canoni mensili di servizi di presidio.

Ad avviso del Collegio le obiezioni di natura tecnico-economica di parte ricorrente non appaiono concludenti, nel senso che si collocano nell’area dell’opinabile e non pervengono alla soglia in cui possa dirsi provata la palese illogicità o la macroscopica irragionevolezza del valore prescelto dalla S.A. rispetto alle dinamiche del mercato di riferimento, con particolare riguardo alle gare simili già espletate da Poste o da altri “grandi” enti aggiudicatori. Va altresì osservato che i requisiti previsti nel Capitolato Tecnico in relazione ai profili e alle figure professionali richiesti erano espressamente qualificati quali requisiti obbligatori *minimi* per la fornitura: ne deriva che anche l’inquadramento professionale indicato nello stesso Capitolato non poteva che essere considerato quale requisito obbligatorio minimo, la cui osservanza, pertanto, non impediva ai concorrenti di offrire risorse con inquadramento più elevato, purché risultasse comunque garantita la sostenibilità dell’offerta economica in relazione alle risorse proposte.

Ne consegue che i prezzi derivanti dagli inquadramenti contrattuali costituiscono variabili dell’offerta economica, certamente non parametri di riferimento per la determinazione dell’importo a base di gara, la cui definizione avviene considerando,

piuttosto, parametri di natura soggettiva (quali, a titolo esemplificativo, la qualità delle prestazioni attese, le conoscenze richieste, la formazione necessaria, ecc.): da qui l'inconsistenza della censura ricorsuale relativa alla mancata esplicitazione dei parametri attraverso i quali si è pervenuti all'individuazione dei valori assunti.

Che le conclusioni a cui perviene la ricorrente, anche con l'ausilio del proprio consulente di parte (vedi relazione tecnica di parte sub 14 ric.) non siano idonee a dimostrare, con certezza o alta probabilità, il carattere eccessivo della base d'asta, lo dimostrano diversi elementi di fatto allegati dall'ente resistente e dalla controinteressata. In particolare nella relazione tecnica di parte del 18.2.2019 (doc. 15 controit.) si perviene alla opposta (e non implausibile) conclusione che *“a fronte delle considerazioni sopra riportate le nostre analisi evidenziano valori di riferimento del mercato uguali o mediamente superiori a quelle a base d'asta del capitolato di per la “Procedura aperta in modalità telematica per l'istituzione di un Accordo Quadro per la fornitura di servizi professionali per le attività di IT Service Improvement dei Sistemi Postali di Tracciatura e di Logistica Integrata – Lotto 2”*. Ciò sulla base dell'analisi di numerosi riferimenti oggettivi relativi a procedure pubbliche di affidamento di servizi analoghi a quelli per cui è causa, quali: - MIT Outsourcing – Affidamento dei servizi di gestione e sviluppo del sistema informativo del Dipartimento per i Trasporti, la Navigazione, gli Affari Generali e il Personale; - Equitalia – Gara per servizi di sviluppo e manutenzione software e di assistenza specialistica; - Procedura ristretta per l'affidamento dei servizi di *cloud computing*, di sicurezza, di realizzazione di portali e servizi on-line e di cooperazione applicativa per le PA; - Gara per l'affidamento dei servizi di sviluppo, manutenzione e gestione del sistema informativo di Consob; - Gara a procedura negoziata per la progettazione e sviluppo ed esercizio dei sistemi commerciali, di vendita e CRM di Trenitalia SpA; - Revisione accordo in essere con fornitore del Gruppo FS (Osservatorio prezzi 2017); - Dati interni di benchmark storico con base dati di oltre 25 gare.

Per quanto precede neanche il motivo da ultimo trattato può essere accolto.

19. Alla luce di tutto quanto sopra esposto e argomentato il ricorso e i motivi aggiunti proposti debbono essere respinti in quanto infondati nel merito.

La peculiarità della fattispecie, la sua complessità tecnica e la novità di molte delle questioni trattate possono giustificare, in via di eccezione, la compensazione delle spese di lite tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, respinge sia i prima che i secondi.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 luglio 2019

L'ESTENSORE
Claudio Vallorani

IL PRESIDENTE
Giuseppe Daniele

IL SEGRETARIO