

Consiglio di stato, sezione quinta, sentenza n. 7389 del 28 ottobre 2019

OEKV – Formula punteggio economico indipendente/parabolica – Marginale il prezzo rispetto alla qualità dell'offerta

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10496 del 2018, proposto das.p.a. in proprio e quale mandataria del R.T.I. con s.p.a.,s.p.a., Italia 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;

contro

....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

.....Italia s.r.l., in proprio e quale mandataria del R.T.I. con Abramo Customer Care s.p.a., Ecosfera Servizi s.r.l. e Postel s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Marco Napoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

nei confronti

Fastweb s.p.a., in proprio e quale mandante del R.T.I. con Al maviva s.p.a. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Guarino ed Elena Cerchi, con domicilio fisico eletto presso il loro studio in Roma, via Giulio Caccini, 1;

sul ricorso numero di registro generale 703 del 2019, proposto da Fastweb s.p.a. in proprio e quale mandante del costituendo R.T.I. con Al maviva e Infoblu s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Guarino ed Elena Cerchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Guarino in Roma, via Giulio Caccini, 1;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

..... s.p.a. in proprio e quale mandante del R.T.I. cons.p.a., Italia s.p.a., s.p.a., s.r.l., s.p.a., non costituiti in giudizio;
.....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;

per la riforma

quanto al ricorso n. 10496 del 2018:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (sezione Terza) n. 10686/2018, resa tra le parti;

quanto al ricorso n. 703 del 2019:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (sezione Terza) n. 10681/2018, resa tra le parti;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, dellaItalia s.r.l. e dis.p.a.;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 giugno 2019 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A)1.- Con ricorso iscritto *sub* n. 10496/2018 del R.G., il R.T.I. con mandataria las.p.a. ha interposto appello nei confronti della sentenza 6 novembre 2018, n. 10686 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. III, che ha accolto il ricorso principale proposto dallaItalia s.r.l. e dichiarato inammissibile per carenza di interesse il ricorso incidentale della stessa, dichiarando per l'effetto l'inefficacia del contratto stipulato.

Il giudizio ha ad oggetto la determina dirigenziale in data 7 febbraio 2018 con la quale il, Dipartimento per i Trasporti, la Navigazione, gli Affari Generali ed il Personale ha aggiudicato al costituendo R.T.I. con capogruppo las.p.a. l'appalto per l'affidamento dei “servizi di gestione e sviluppo del Sistema Informativo del Dipartimento per i Trasporti, la Navigazione, gli Affari Generali ed il Personale”, procedura indetta con bando inviato per la pubblicazione in data 28 giugno 2017, nonché la *lex specialis*, in particolare nella parte in cui prevede che per

l'assegnazione del punteggio economico venga impiegata una formula matematica "parabolica" ed "indipendente" [$F_i = 1 - (1-R)^5$] (dove F_i è il coefficiente attribuito all'offerta i -esima, R è il valore numerico assoluto dello sconto di ciascun offerente rispetto alla base d'asta, cioè il ribasso percentuale dell'offerta i -esima, e 5 è l'esponente, di modo che il valore 1- il ribasso d'asta venga elevato alla quinta potenza) che non consente l'utilizzo dell'intero possibile differenziale (da 1 a 30 punti) previsto per la valutazione dell'elemento prezzo.

Il criterio di aggiudicazione prescelto dal bando era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione al punteggio tecnico di un massimo di punti 70 ed a quello economico di un massimo di punti 30.

All'esito del procedimento la graduatoria ha visto al primo posto il R.T.I. con punti 87,72, al secondo il R.T.I. con punti 87,34, al terzo il R.T.I. Enterprise con punti 86,50.

2. - Con il ricorso in primo grado il R.T.I.Italia s.r.l. ha impugnato l'aggiudicazione della gara in favore del R.T.I., unitamente alle prescrizioni del disciplinare relative alle modalità di assegnazione del punteggio alle offerte economiche, deducendo in particolare l'irragionevolezza dell'algoritmo prescelto, l'illegittima valutazione di talune parti dell'offerta tecnica, nonché l'illegittima attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche con particolare riguardo alla "organizzazione per la gestione del servizio" ed alla "gestione della qualità del servizio"; con successivi motivi aggiunti ha dedotto l'esistenza di una situazione di conflitto di interessi in cui sarebbe venuto a trovarsi il sig., dipendente della mandante del R.T.I. (la s.p.a.), in ragione della consulenza contestualmente prestata ad altro soggetto (il R.T.I.) incaricato di supportare l'Amministrazione nella predisposizione della documentazione di gara.

A sua volta, il R.T.I.ha esperito ricorso incidentale deducendo la carenza di interesse al ricorso principale del raggruppamento Enterprise, che doveva essere

escluso in ragione dell'anomalia della sua offerta, basata sull'impiego di risorse professionali il cui inquadramento (da CCNL) sarebbe incompatibile rispetto alle responsabilità ed al ruolo affidato (con particolare riguardo alle figure apicali), ciò comportando un'indebita sottostima del costo dello stesso personale.

3. - La sentenza appellata ha accolto il ricorso principale ed i motivi aggiunti del R.T.I. Enterprise, dichiarando altresì inammissibile per carenza di interesse il ricorso incidentale del R.T.I., nella considerazione del suo carattere non escludente. Ha ritenuto altresì che il ricorso incidentale sia anche infondato nel merito, atteso che le valutazioni operate dalla Commissione di gara in ordine all'anomalia dell'offerta non risultano affette da profili di manifesta irragionevolezza od illogicità. La sentenza, poi, affermata la tempestività del ricorso principale in ragione del carattere non escludente delle clausole della *lex specialis* gravate, lo ha accolto, nell'assunto dell'irragionevolezza del criterio previsto dalla *lex specialis* per la valutazione dell'offerta economica, il quale si fonda su di un algoritmo, espressione della combinazione di una formula indipendente e di una formula parabolica, determinante un improprio appiattimento dei punteggi concernenti le offerte economiche, e sterilizzazione dell'incidenza dei ribassi, con l'effetto che l'aggiudicazione della gara è venuta a dipendere dalla valutazione dell'offerta tecnica. La sentenza di primo grado, con riguardo alla posizione del sig., ha rilevato che è stato dipendente della s.r.l. (mandataria del R.T.I.) cui il Ministero aveva affidato i servizi di supporto alla predisposizione degli atti della gara in esame ed al contempo dipendente della s.p.a., (mandante del R.T.I.), ciò enucleando un'ipotesi di conflitto di interessi ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. n. 50 del 2016.

4.- Con il ricorso in appello il R.T.I.s.p.a. ha dedotto l'erroneità della sentenza di prime cure, riproponendo il suo ricorso incidentale ritenuto inammissibile e comunque infondato, ed allegando poi la tardività ed infondatezza

del primo motivo del ricorso principale del R.T.I., volto a contestare la formula matematica di valutazione dell'offerta economica, nonché la tardività ed infondatezza del primo motivo aggiunto sul conflitto di interessi.

5. - La s.p.a., quale mandante del R.T.I. che ha partecipato alla gara in esame, risultando secondo graduato, ha proposto appello incidentale autonomo avendo appreso (dal ricorso per motivi aggiunti del R.T.I.) della situazione di conflitto di interessi a carico del R.T.I. risultatato aggiudicatario, allegando però, diversamente dal R.T.I., che tale patologica condizione non comporta l'annullamento del procedimento di gara, ma la sanzione dell'esclusione del concorrente interessato ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. d) ed e), del d.lgs. n. 50 del 2016; ha dunque chiesto la riforma della statuizione di primo grado che ha accolto il motivo sulla formula di attribuzione del punteggio dell'offerta economica, e la parziale riforma della statuizione sul conflitto di interessi del dott., nella considerazione che l'effetto di tale situazione debba essere quello dell'esclusione del R.T.I., e non già dell'annullamento della gara.

6. - Si è costituito in resistenza il R.T.I.s.p.a. concludendo per la reiezione dell'appello principale e la declaratoria di inammissibilità od in subordine di infondatezza dell'appello incidentale del R.T.I.

7. - Si è altresì costituito in giudizio il Ministero delle Infrastrutture e di Trasporti chiedendo l'accoglimento dell'appello.

B) 8. - Con il ricorso iscritto *sub* n. 703/2019 del R.G. s.p.a., quale mandante del R.T.I. con mandataria s.p.a., ha proposto appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. III, 6 novembre 2018, n. 10681, che ha dichiarato irricevibile il ricorso del suo raggruppamento avverso la determina dirigenziale in data 7 febbraio 2018 con cui il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha aggiudicato al R.T.I.s.p.a. “i servizi di gestione e sviluppo del Sistema Informativo del Dipartimento dei Trasporti, la Navigazione, gli Affari

generali ed il Personale”, nonché inammissibile per carenza di interesse il ricorso incidentale del R.T.I.Italia s.r.l.

....., venuta a conoscenza, con i motivi aggiunti, svolti nel giudizio dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, dal R.T.I. della situazione di conflitto di interesse in capo all’aggiudicataria, in relazione alla posizione del sig., ha proposto il predetto ricorso, assumendo che il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

Il R.T.I.Italia, a sua volta, ha proposto ricorso incidentale volto all’annullamento dell’intera *lex specialis* di gara come conseguenza dell’accertamento della situazione di conflitto di interesse del dott. nella predisposizione degli atti di indizione della procedura di gara.

9. - La sentenza appellata, accogliendo l’eccezione della parti resistenti, ha dichiarato irricevibile il ricorso del R.T.I. nell’assunto che il ricorso avrebbe dovuto essere esperito entro il termine decadenziale decorrente dalla originaria comunicazione dell’aggiudicazione, di cui alla determinazione ministeriale in data 7 febbraio 2018, non potendo assumere rilievo, ai fini del radicamento dell’interesse, il successivo momento della proposizione dei motivi aggiunti da parte del raggruppamento; ha precisato la sentenza che *«se si addivenisse alla tesi sostenuta da parte ricorrente, secondo cui occorrerebbe valorizzare una evenienza di mero fatto quale è la proposizione di censure in separato giudizio, si finirebbe per rimettere la decorrenza del termine stesso non ad una data certa, ma all’iniziativa di qualsiasi altro concorrente, utile anche per altro soggetto non tempestivamente attivatosi; quanto sopra, in violazione non solo dei ricordati parametri di celerità e certezza, ai quali si ispira la disciplina nazionale e comunitaria di procedure ad evidenza pubblica, ma anche di principi generali consolidati, in tema di inidoneità del sopravvenuto interesse a ricorrere a determinare la riapertura dei termini decadenziali già decorsi»*. La sentenza ha altresì dichiarato inammissibile per carenza di interesse il ricorso incidentale del raggruppamento

10. - Con il presente appello ha dedotto l'erroneità della sentenza nell'assunto che il suo ricorso di primo grado debba ritenersi tempestivo in ragione non già di una mera evenienza di fatto, ma della sopravvenuta conoscenza di una serie di circostanze e di documenti versati in atti dal raggruppamento di cui non avrebbe potuto avere altrimenti contezza; ha dunque reiterato i motivi di primo grado.

11. - Si sono costituiti in resistenza il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, nonché il R.T.I.s.p.a. chiedendo, il primo, la conferma della legittimità dei provvedimenti adottati, ed il secondo la reiezione dell'appello con riproposizione delle eccezioni di primo grado.

12. - Si è altresì costituito in resistenza il R.T.I.Italia s.r.l. proponendo anche appello incidentale condizionato (all'accoglimento dell'appello principale di) finalizzato ad ottenere l'annullamento dell'intera procedura di gara.

13. - All'udienza pubblica del 27 giugno 2019 le cause sono state trattate in decisione.

DIRITTO

1.- Deve essere preliminarmente disposta, ai sensi dell'art. 70 Cod. proc. amm., la riunione per connessione dei ricorsi in appello iscritti *sub* nn. 10496/2018 e 703/2019 del R.G.

2. - Principiando dalla disamina del ricorso n. 10496/2018 del R.G., con il primo motivo dell'appello principale il R.T.I. reitera, alla stregua di critica alla sentenza, il proprio ricorso incidentale di primo grado, volto a dimostrare la carenza di legittimazione al ricorso (principale) del raggruppamento per anomalia della sua offerta (anche nella prospettiva del mancato superamento della prova di resistenza).

Il motivo è infondato.

La sentenza di prime cure ha rilevato anzitutto, condivisibilmente, che la censura volta a contestare l'anomalia dell'offerta non costituisce motivo escludente, comportando, se del caso, la rinnovazione del giudizio di anomalia.

Tale circostanza è assorbente ai fini del decidere, atteso che risulta terza graduata. Dirimente è anche la constatazione della tardività del ricorso incidentale, notificato a mezzo PEC in data 24 aprile 2018, a fronte del ricorso introduttivo notificato, sempre via PEC, in data 8 marzo 2018, nel mancato rispetto del termine dimidiato inferibile dal combinato disposto degli artt. 42, comma 1, e 120, comma 5, Cod. proc. amm.

Ad ogni modo, esaminandone il merito, l'appellante deduce che il raggruppamento ha dichiarato che il personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto è inquadrabile in categorie che, al più, sono di settimo livello del C.C.N.L. metalmeccanici e/o del livello a2p o b del contratto di comparto Poste Italiane, applicato da, assolutamente inadeguate almeno con riguardo alle figure, di inequivoca matrice dirigenziale, del RCF-responsabile del contratto del fornitore e del responsabile operativo (di quest'ultimo lamenta anche che non sia inferibile il livello contrattuale di inquadramento); tali circostanze, enucleanti incongruenze tra i *curricula*, rendono, ad avviso di, inaffidabile l'offerta del R.T.I. per sottostima del costo del lavoro.

Si tratta di un argomento che non evidenzia una macroscopica irragionevolezza od illogicità dell'offerta, in quanto il costo indicato per tali due figure apicali è parametrato ai giorni di impiego ai fini dell'esecuzione del contratto, sì da non essere valutabile ai fini dell'inquadramento contrattuale. Si intende dire che il costo indicato per tali due figure dirigenziali è espresso in giorni/risorsa ed indica pertanto la sola quota-parte del costo complessivo che l'azienda sostiene impiegando il personale anche in altre commesse.

3. - Il secondo motivo dell'appello principale censura la statuizione di prime cure che ha accolto la censura sull'illegittimità della formula adottata dal Ministero per l'attribuzione del punteggio economico (c.d. indipendente parabolica); deduce il raggruppamento la tardività di tale motivo, che avrebbe imposto l'immediata impugnazione della *lex specialis* recante disposizioni irragionevoli preclusive del calcolo della convenienza economica dell'operatore partecipante alla gara, o comunque formule errate; nel merito allega, con ampia estensione argomentativa, che la formula utilizzata è legittima, contemplata anche dalle Linee Guida A.N.A.C. n. 2, di cui alla delibera n. 1005 del 21 settembre 2016, peraltro non fatte oggetto di gravame, ed ha la finalità di incentivare in misura progressivamente minore i ribassi, al raggiungimento di una soglia di "credibilità" economica.

Il motivo è fondato nei termini che seguono.

Va premesso anzitutto che il motivo non è stato tardivamente proposto in primo grado, in quanto la clausola del disciplinare contemplante tale formula di attribuzione del punteggio economico non è immediatamente escludente in quanto non concernente requisiti di partecipazione, è comprensibile nella sua portata (nè è dedotta la presenza di "errori matematici" di funzionamento), non irragionevole al punto da precludere il calcolo di convenienza, né impositiva di obblighi *contra ius*, con la conseguenza che è stata correttamente impugnata unitamente al provvedimento di aggiudicazione (in termini Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4, e, già in precedenza, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1).

Con questa precisazione, va peraltro ritenuta non condivisibile la statuizione di accoglimento di primo grado, basata sul rilievo che, a fronte di una differenza in termini economici tra l'offerta e quella di bene euro 7.953.665,31 (pari ad euro 81.936.465,96 – euro 73.982.800,65), il differenziale di punteggio tra le due offerte è stato di appena 1,33 su una base di 30 (rispettivamente di 28,00 e 26,67).

Ed invero, nonostante la indubbia problematicità della questione oggetto di scrutinio, non appare condivisibile l'assunto di primo grado secondo cui sarebbe stata irragionevolmente svuotata di rilievo la componente economica dell'offerta.

Osserva il Collegio come la formula utilizzata dalla stazione appaltante al fine di attribuire il richiamato punteggio, sebbene opinabile, non sia irragionevole.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la stazione appaltante gode di ampia discrezionalità nel determinare le formule in base alle quali attribuire il punteggio per la valutazione dell'offerta economica (tra le tante, Cons. Stato, III, 11 gennaio 2019, n. 276; V, 10 aprile 2018, n. 2185; V, 10 agosto 2016, n. 3579).

Ora, seppure la formula “indipendente - parabolica (od esponenziale)”, con l'esponente pari a 5, limita le differenziazioni tra le varie offerte economiche, a fronte di ribassi apprezzabilmente diversi, non può tuttavia sostenersi che escluda un collegamento proporzionale tra l'entità del ribasso ed il punteggio attribuito. Ed infatti ad una differenza tra le due offerte corrispondente al 5 per cento della base d'asta, lo scarto di punteggio tra le due proposte (1,33) ha rappresentato circa il 4,5 per cento del totale dei punti assegnabili all'offerta economica.

Ha rilevato la giurisprudenza più recente (Cons. Stato, V, 2 settembre 2019, n. 6065; V, 10 aprile 2018, n. 2185) che non appare corretto ritenere che l'unico legittimo criterio di attribuzione del punteggio economico sia quello che assegna il punteggio massimo al maggiore ribasso ed un punteggio pari a zero al minore ribasso. Anche applicando tale criterio infatti, che pure consente una maggiore estensione del punteggio nel *range* attribuito all'offerta economica, si avrebbe l'effetto di produrre estreme valorizzazioni delle offerte economiche anche ove il minimo ribasso e quello massimo si differenziassero per pochi punti percentuali.

Pur nell'ambito dell'opinabilità della scelta, sottratta, sotto tale profilo, al sindacato giurisdizionale, deve dunque ritenersi che il criterio, in questa sede contestato, è finalizzato a rendere marginale il peso degli elementi economici, o, meglio, il valore

ponderale della progressione del ribasso ai fini dell'aggiudicazione (nell'ambito di un criterio di aggiudicazione che riserva comunque il trenta per cento del punteggio all'offerta economica), allo scopo, evidente, di attribuire importanza centrale alle componenti qualitative dell'offerta (così Cons. Stato, V, 23 novembre 2018, n. 6639). L'attenzione sulle componenti qualitative si giustifica in un appalto ad elevato tasso tecnico, come quello oggetto di controversia.

Giova aggiungere che il punteggio economico può essere graduato secondo criteri di proporzionalità o di progressività, a condizione che siano trasparenti ed intellegibili; questi requisiti sono rispettati nella vicenda in esame in quanto la formula matematica "indipendente" adottata consentiva ad ogni concorrente di individuare *ex ante* il punteggio che sarebbe stato applicato alla propria offerta, a prescindere da quelle degli altri concorrenti, ed, ancora prima, di evincere il c.d. punto di flesso, oltre il quale l'offerta non è conveniente.

Giova aggiungere che la "formula indipendente" contestata è espressamente contemplata nelle Linee Guida n. 2 dell'A.N.A.C. in tema di offerta economicamente più vantaggiosa, approvate con delibera n. 1005 in data 21 settembre 2016, e successivamente aggiornate con delibera n. 424 del 2 maggio 2018.

4. - Con il terzo, complesso ed articolato motivo dell'appello principale il R.T.I. ha poi censurato la statuizione di accoglimento dei motivi aggiunti concernenti la situazione di conflitto di interessi fondato sul contributo fornito dal dott. alla STS, società incaricata di supportare il Ministero nella fase di redazione della *lex* di gara in merito ad alcuni dati storici riguardanti il precedente servizio, allorchè il medesimo era anche dipendente *part-time* della, mandante del raggruppamento aggiudicatario. Allega l'appellante l'irricevibilità dei motivi aggiunti di primo grado, notificati il 24 aprile 2018, e dunque dopo 76 giorni dall'aggiudicazione definitiva, laddove, al contrario, l'email del 16 febbraio 2017, come pure quella del 2 agosto 2016 hanno come destinataria anche la società

Entrprise (allora denominata HPE); il raggruppamento ha inoltre proposto istanza di accesso al Ministero in data 6 marzo 2018 per acquisire elementi sulla presenza del nel *team* che aveva redatto la *lex specialis*, da tale momento dimostrando di avere avuto comunque conoscenza della situazione viziante il procedimento. Nel merito l'appellante (principale) contesta poi che la circostanza per cui il dott., chiamato a fornire informazioni esclusivamente sull'andamento pregresso del Service Desk (SD) acquisite in forza del precedente ruolo di monitore del contratto svolto da, sia idonea ad alterare la regolarità della procedura e l'imparzialità del confronto, violando l'art. 42 del d.lgs. n. 50 del 2016, perseguendo un interesse economico in quanto dipendente della Aggiunge il raggruppamento che non era il raggruppamento a potersi dolere di carenze informative, peraltro indimostrate, essendo il fornitore uscente del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, e che comunque il dott. non ha mai fatto parte del gruppo di lavoro costituito per lo svolgimento dell'attività di supporto nella predisposizione degli atti di gara relativi alla procedura controversa; in ogni caso la violazione dell'art. 42 sul conflitto di interesse non comporterebbe come conseguenza l'annullamento della gara.

Il motivo è infondato.

Sotto il profilo della tardività, ritiene il Collegio che gli argomenti svolti dall'appellante non siano idonei a superare la statuizione di primo grado che ancora la conoscenza dello stato viziante alla partecipazione alle sedute di gara, in assenza di riferibilità della "documentazione informatica" ad un soggetto munito del potere di rappresentanza della società

Sul piano, dunque, probatorio, non può escludersi che l'approfondimento anche sulle email sia stato effettuato dalla ricorrente in primo grado successivamente al non proficuo esperimento dell'accesso (azionato con istanza del 6 marzo 2018 dal contenuto informativo, con correlato riferimento dubitativo alla posizione del

.....) nei confronti del Ministero. L'esito dell'accesso esclude, sotto altro profilo, che in connessione con lo stesso possa essere intervenuta la piena conoscibilità della situazione del dott., e, di riflesso, del raggruppamento aggiudicatario.

Giova richiamare, a sostegno della ritenuta infondatezza dell'assunto dell'irricevibilità del motivo di primo grado, il consolidato indirizzo giurisprudenziale alla stregua del quale la verifica della piena conoscenza dell'atto lesivo da parte del ricorrente, al fine di individuare la decorrenza del termine decadenziale per la proposizione del ricorso giurisdizionale, deve essere cauta e rigorosa, non potendo basarsi su mere supposizioni ovvero su deduzioni, pur sorrette da apprezzabili argomentazioni logiche. La prova della tardività dell'impugnazione incombe sulla parte che la eccepisce, secondo i generali criteri di riparto del relativo onere e deve essere assistita da rigorosi ed univoci riscontri oggettivi, dai quali possa arguirsi con assoluta certezza il momento della piena conoscenza dell'atto o del fatto (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 11 maggio 2018, n. 2834; IV, 22 maggio 2012, n. 2974).

4.1. - Quanto alla configurabilità del conflitto di interessi, il punto di partenza, come condivisibilmente rilevato dal primo giudice, non può che essere quello per cui il dott., per quanto è dato evincere dalle email versate in atti (specie quelle in data 14 febbraio ed in data 16 febbraio 2017 del dott. di STS), ha partecipato o comunque avuto conoscenza di atti concernenti la fase di redazione degli atti di gara per conto di STS allorchè era anche dipendente della società (mandante del raggruppamento aggiudicatario) come responsabile del servizio "Service Desk" e "Call Center". L'appellante pone, piuttosto, in evidenza come il rapporto di lavoro subordinato del con sia intercorso dal 2015 al 2018, mentre dal 2012 al 2015 ne è stato collaboratore a progetto, ed al contempo che il non è stato dipendente di STS, ma alla stessa legato da un incarico consulenziale, affermando

peraltro, in modo distonico rispetto a quanto inferibile dalle email, che le di lui conoscenze sarebbero relative al vecchio contratto.

Da tali atti sembra emergere, piuttosto, che il dott. abbia svolto attività di raccolta, analisi e rendicontazione dei dati relativi ai servizi “Call Center” e “Service Desk”, e dunque acquisito informazioni concernenti il volume delle prestazioni erogate e la qualità dei servizi; è difficilmente contestabile come tali elementi abbiano rilievo anche per il servizio che è poi stato oggetto della gara controversa.

Si ha che il dott., come risulta da un accertamento in concreto, è stato dipendente della s.r.l. (mandataria del R.T.I. Consulting) od almeno suo consulente, ed in quanto tale può ricomprendersi tra il “personale” (di un prestatore di servizi) intervenuto nello svolgimento della procedura di aggiudicazione, secondo quanto richiesto dall’art. 42, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, dovendosi interpretare tale locuzione normativa in senso ampio (come ad altro fine affermato da Cons. Stato, V, 11 luglio 2017, n. 3415).

Allo stesso tempo, il, in quanto dipendente della, mandante del R.T.I., è potenzialmente portatore di un interesse finanziario, economico, o personale che può essere percepito come minaccia alla sua imparzialità nella procedura di affidamento, in tale guisa risultando integrata la fattispecie di cui all’art. 42 del d.lgs. n. 50 del 2016 (Cons. Stato, V, 11 luglio 2017, n. 3415). L’esistenza di un rapporto di lavoro non può che essere considerato espressione di un interesse personale, enucleando la disciplina del conflitto di interessi una fattispecie di pericolo (Cons. Stato, III, 14 gennaio 2019, n. 355).

Il conflitto di interessi non presuppone la realizzazione di un vantaggio competitivo, ma il potenziale rischio di minaccia alla imparzialità amministrativa.

Si tratta ora di verificare gli effetti della riscontrata situazione di conflitto di interessi, che, ad avviso del raggruppamento, non determina l’annullamento della gara,

ma la sola esclusione dell'operatore, secondo quanto asseritamente inferibile dall'art. 80, comma 5, lett. d), del d.lgs. n. 50 del 2016.

Rileva il Collegio come, in linea di principio, il conflitto di interessi, anche nella configurazione generale di cui all'art. 6-*bis* della legge n. 241 del 1990, ove non "sanato" con l'astensione o diversamente "risolto", comporta l'illegittimità del provvedimento viziato dall'incompatibilità, *melius* dal difetto di legittimazione, tendenzialmente riconducibile nell'ambito del vizio di incompetenza. Ciò vale anche a perimetrare la diversa disciplina dell'art. 80, comma 5, lett. d), il quale enuclea una situazione in cui il conflitto di interessi è originariamente emerso, tanto che l'esclusione viene disposta in via residuale allorchè la stessa non sia diversamente risolta, in conformità di quanto disposto dall'art. 57, comma 4, lett. e), della direttiva 2014/24/UE (ed analogo è il contesto di inquadramento dell'art. 67 del d.lgs. n. 50 del 2016, che appare funzionale a tutelare la concorrenza e la parità di trattamento nel caso delle consultazione preventive). Ma se il conflitto di interessi è evidenziato in una fase più avanzata del procedimento di gara, od addirittura successivamente all'aggiudicazione, non può che trovare applicazione la misura demolitoria, che, secondo la regola generale, colpisce il provvedimento viziato dal conflitto di interessi.

Nello specifico dello scrutinato procedimento di gara l'effetto demolitorio concerne la *lex specialis* di gara, perché è proprio questa ad essere stata elaborata con il contributo (potenzialmente "interessato") del dipendente di un'impresa concorrente, con l'inevitabile corollario che ne risultano inficiati tutti gli atti di gara conseguenti.

5. - Alla stregua di quanto esposto l'appello principale, seppure non risulta viziata la formula matematica di attribuzione del punteggio all'offerta economica, è infondato, in ragione dell'accertata situazione di conflitto di interessi coinvolgente il raggruppamento aggiudicatario.

6. - Procedendo ora alla disamina dell'appello incidentale autonomo di s.p.a., lo stesso censura la sentenza di prime cure nell'assunto che la situazione di conflitto di interessi a carico del raggruppamento (conosciuta dall'appellante incidentale a seguito della proposizione dei motivi aggiunti da parte di) non comporti l'annullamento del procedimento di gara, ma la sanzione dell'esclusione del concorrente interessato ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. d) ed e), del d.lgs. n. 50 del 2016; ha dunque chiesto la riforma della statuizione di primo grado che ha accolto il motivo sulla formula di attribuzione del punteggio dell'offerta economica, e la parziale riforma della statuizione sul conflitto di interessi del dott., nella considerazione che l'effetto di tale situazione sia l'esclusione del R.T.I., e non già l'annullamento della gara.

L'appello incidentale è inammissibile per due essenziali ragioni.

La prima è legata alla tardività dell'impugnativa, da parte di, dell'aggiudicazione in favore del raggruppamento, accertata con la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. 10681 del 2018, resa su separato ricorso di (peraltro, se non si volesse tenere conto dell'esito di tale pronuncia, dovrebbe evidenziarsi un ulteriore profilo di inammissibilità della domanda di, costituita dalla preclusione del *ne bis in idem* rispetto al medesimo *thema decidendum*); la seconda ragione è legata alla circostanza per cui nel presente giudizio non ha proposto, in primo grado, ricorso incidentale al fine di ottenere l'esclusione dalla gara dell'operatore versante in condizioni di conflitto di interessi o comunque l'annullamento dell'aggiudicazione in suo favore, e non è dunque ora legittimata ad appellare la statuizione di accoglimento dei motivi aggiunti, svolgendo, in tale guisa, una domanda nuova, e per di più di mero accertamento.

7. - Alla stregua di quanto esposto, con riguardo al ricorso n. 10496/2018 del R.G., l'appello principale del R.T.I. va respinto, mentre quello incidentale autonomo di va dichiarato inammissibile.

8. - Procedendo ora allo scrutinio del ricorso iscritto *sub* n. 703/2019 del R.G., del quale l'appellante ha chiesto la riunione con il ricorso iscritto *sub* n. 10496/2018 del R.G., sinora trattato, giova ricordare come con lo stesso s.p.a., quale mandante del R.T.I. con mandataria s.p.a., abbia proposto appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. III, 6 novembre 2018, n. 10681, che ha dichiarato irricevibile il ricorso del suo raggruppamento avverso la determina dirigenziale in data 7 febbraio 2018 con cui il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha aggiudicato al R.T.I.s.p.a. “i servizi di gestione e sviluppo del Sistema Informativo del Dipartimento dei Trasporti, la Navigazione, gli Affari generali ed il Personale”, nonché inammissibile per carenza di interesse il ricorso incidentale del R.T.I.Italia s.r.l.

L'assunto di è che il suo ricorso di primo grado debba ritenersi tempestivo in ragione della sopravvenuta conoscenza (all'esito della proposizione dei motivi aggiunti da parte del raggruppamento in altro giudizio) di una serie di circostanze e di documenti versati in atti dal raggruppamento di cui non avrebbe potuto, pur facendo uso dell'ordinaria diligenza, avere altrimenti conoscenza (in quanto concernenti corrispondenza *inter alios*), e che attenevano ad una circostanza per la stessa società rilevante, in quanto idonea a dimostrare la situazione di conflitto di interessi in cui versava il raggruppamento aggiudicatario della procedura di gara in cui era risultata seconda graduata.

Il motivo, seppure problematico, è infondato.

La sentenza appellata ha, al riguardo, sottoposto a bilanciamento il principio di effettività della tutela giurisdizionale, di matrice anche eurounitaria, e l'esigenza di una celere definizione delle controversie connesse agli atti di gara, concludendo poi

nel senso che *«se si addivenisse alla tesi sostenuta da parte ricorrente, secondo cui occorrerebbe valorizzare una evenienza di mero fatto quale è la proposizione di censure in un separato giudizio, si finirebbe per rimettere la decorrenza del termine stesso non ad una data certa, ma all'iniziativa di qualsiasi altro concorrente, utile anche per altro soggetto non tempestivamente attivatosi; quanto sopra, in violazione non solo dei ricordati parametri di celerità e certezza, ai quali si ispira la disciplina nazionale e comunitaria in materia di procedure ad evidenza pubblica, ma anche di principi generali consolidati, in tema di inidoneità del sopravvenuto difetto di interesse a ricorrere a determinare la riapertura dei termini decadenziali già decorsi»*.

Le argomentazioni svolte da, seppure serie, non riescono a scalfire la statuizione di prime cure, che trova conferma anche nella giurisprudenza comunitaria; in particolare, la sentenza della Corte Giust. U.E. , V, 8 maggio 2014, in causa C-161/13 (Idrodinamica), ha ritenuto che *«in applicazione del principio della certezza del diritto, in caso di irregolarità asseritamente commesse prima della decisione di aggiudicazione dell'appalto, un offerente è legittimato a proporre ricorso di annullamento contro la decisione di aggiudicazione soltanto entro il termine specifico previsto a tal fine dal diritto nazionale, salvo espressa disposizione del diritto nazionale a garanzia di tale diritto di ricorso, conformemente al diritto dell'Unione»*.

La giurisprudenza ha peraltro ritenuto tardivo il ricorso intervenuto dopo la decorrenza del termine di trenta giorni dall'aggiudicazione anche se viziata da condotte penalmente rilevanti di cui si è acquisita contezza con la notizia delle indagini penali, affermando il consolidato indirizzo secondo cui, poiché il procedimento di scelta del privato contraente si conclude con l'aggiudicazione, relativamente alla quale il termine per proporre l'impugnazione decorre dalla conoscenza degli elementi essenziali di tale atto, non può assumere alcun rilievo la conoscenza sopravvenuta di nuovi vizi, la quale semmai può giustificare la proposizione di motivi aggiunti, ma non consente la riapertura dei termini per proporre l'impugnazione in via principale (così Cons. Stato, IV, 20 gennaio 2015, n.

143). E' stato chiarito come la distinzione tra vizi evincibili dagli atti del procedimento (per i quali il *dies a quo* decorre con la comunicazione dell'aggiudicazione) e altri vizi percepibili *aliunde* (per i quali dovrebbe farsi riferimento al momento dell'effettiva conoscenza) non trova fondamento nel diritto positivo.

9. - La reiezione dell'appello principale rende improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse l'appello incidentale condizionato del R.T.I.Italia s.r.l.

10. - Ne consegue che, in ordine al ricorso n. 703/2019 del R.G., l'appello principale va respinto, mentre l'appello incidentale va dichiarato improcedibile.

11. - La particolare complessità della controversia integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra tutte le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, così decide : a) riunisce i ricorsi iscritti *sub* nn. 10496/2018 e 703/2019 del R.G.; b) quanto al ricorso n. 10496/2018 del R.G., respinge l'appello principale e dichiara inammissibile l'appello incidentale; c) quanto al ricorso n. 703/2019 del R.G., respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale; d) compensa tra tutte le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 giugno 2019

L'ESTENSORE
Stefano Fantini

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO