

**N. 00102/2014REG.PROV.COLL.
N. 02291/2013 REG.RIC.
N. 03317/2013 REG.RIC.**



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2291 del 2013, proposto da:

SEPI - Studi e Progetti di Informatica - s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Nilo e Marco Palieri, con domicilio eletto presso lo studio del dott. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria n. 5;

contro

ASL di Foggia, rappresentata e difesa dall'avv. Enrico Follieri, con domicilio eletto presso lo studio Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;

nei confronti di

GPI s.p.a., in proprio e quale mandataria del r.t.i. costituito con I&T Servizi s.r.l., Informatica e Tecnologia s.r.l. e Innovazione e Tecnologie s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Vinti e Dario Capotorto, con domicilio eletto presso lo studio Vinti & Associati in Roma, via Emilia n.

88;

I&T Servizi s.r.l.; Informatica e Tecnologia s.r.l.;

Svimservice s.p.a., in proprio e quale mandataria del costituendo r.t.i. con Engineering Ingegneria Informatica s.p.a. e Solgenia Italia s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Stefano Gattamelata, con domicilio eletto presso l'avv. Stefano Gattamelata in Roma, via di Monte Fiore n. 22;

Solgenia Italia s.p.a.; Engineering Ingegneria Informatica s.p.a.;

sul ricorso numero di registro generale 3317 del 2013, proposto da:

Engineering Ingegneria Informatica s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso l'avv. Massimiliano Brugnoletti in Roma, via Antonio Bertoloni n. 26/b;

contro

ASL di Foggia, rappresentata e difesa dall'avv. Enrico Follieri, con domicilio eletto presso lo studio Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;

nei confronti di

GPI s.p.a., in proprio e quale mandataria del r.t.i. costituito con I&T Servizi s.r.l., Informatica e Tecnologia s.r.l. e Innovazione e Tecnologie s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Vinti e Dario Capotorto, con domicilio eletto presso lo studio Vinti & Associati in Roma, via Emilia n. 88;

Svimservice s.p.a., in proprio e quale mandataria del costituendo r.t.i. con Engineering Ingegneria Informatica s.p.a. e Solgenia Italia s.p.a.;

per la riforma

quanto al ricorso n. 2291 del 2013:

della sentenza del T.a.r. Puglia - Bari: Sezione I n. 00423/2013, resa tra le parti, concernente aggiudicazione di gara per progettazione, realizzazione e gestione del sistema informativo automatizzato ASL Foggia di cui alla delibera Dir. Gen. ASL FG 19 luglio 2012 n. 1162 .

quanto al ricorso n. 3317 del 2013:

della sentenza del T.a.r. Puglia - Bari: Sezione I n. 00422/2013, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di progettazione, gestione e manutenzione sistema informatico automatizzato - risarcimento danni

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ASL di Foggia, di GPI s.p.a. e di Svimservice s.p.a;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2013 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Nilo, Palieri, Follieri, Fedeli su delega di Vinti, Capotorto, Gattamelata e Brugnoletti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con bando dell'11 febbraio 2011 l'ASL di Foggia indiceva una gara per l'affidamento quinquennale, prorogabile di un anno, della progettazione, gestione e manutenzione del sistema informativo automatizzato aziendale, da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Partecipavano il r.t.i. SEPI s.p.a.-Fastweb s.p.a.-ISED s.p.a., il r.t.i. GPI s.p.a.-I&T Servizi s.r.l.- Informatica e Tecnologia s.r.l. ed il r.t.i. Svimservice s.p.a.-Engineering Ingegneria Informatica s.p.a.-Solgenia Italia s.p.a..

La gara era aggiudicata in favore del r.t.i. GPI.

2.- Con ricorso davanti al TAR per la Puglia SEPI, mandataria del r.t.i., terzo classificato e gestore uscente, impugnava la deliberazione di aggiudicazione 19 luglio 2012 n. 1162/G del Direttore generale dell'ASL, i verbali di gara, il bando, il disciplinare e gli altri atti connessi. GPI presentava ricorso incidentale.

2.1.- Con sentenza 20 marzo 2013 n. 423 della sezione prima il ricorso incidentale era accolto, in relazione alla censura di non conformità alle prescrizioni di gara delle referenze bancarie prodotte da SEPI, Fastweb e ISED, in quanto inidonee a comprovare il possesso della capacità finanziaria ed economica "per sostenere il servizio in oggetto"; il ricorso principale era perciò dichiarato inammissibile e SEPI era condannata al pagamento delle spese di causa in favore sia di GPI che dell'ASL.

2.3.- Con atto inoltrato per la notifica il 27 marzo 2013 e depositato il 29 seguente SEPI ha appellato l'indicata sentenza, chiedendone la sospensione dell'esecuzione anche in via d'urgenza.

A sostegno dell'appello ha dedotto:

a.- Sulla sentenza appellata

1) Violazione e malgoverno degli artt. 41 e 46 del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione e malgoverno della *lex specialis*: punto III.2.2 del bando e punto 1.3. lett. G, del disciplinare. Travisamento dei fatti e sviamento. Violazione del *favor participationis*.

L'interpretazione della clausola del disciplinare da parte del TAR è formalistica ed ingiustificata. La previsione, pur formalmente dettata a pena di esclusione, va infatti ricondotta alle usuali clausole di stile utilizzate dalle stazioni appaltanti ed è intesa a garantire l'affidabilità e solidità dell'impresa,

senza necessità che le referenze bancarie riportino pedissequamente ed inderogabilmente la dizione letterale recata dal disciplinare. Nella specie, le referenze prodotte erano indirizzate all'ASL e in oggetto era fatto esplicito riferimento alla gara in questione; d'altra parte, la capacità economica e finanziaria del concorrente era da comprovarsi mediante le dichiarazioni concernenti il fatturato per servizi analoghi nel triennio anteriore e copia dei bilanci, sicché la generica espressione "a pena di esclusione", non tutelando alcun interesse pubblico sostanziale, avrebbe dovuto essere interpretata in coerenza col principio del *favor participationis*. Se, poi, residuavano dubbi sulla portata delle referenze, l'ASL avrebbe potuto e dovuto chiedere chiarimenti senza tenere di violare la *par condicio*, anche perché pure gli altri concorrenti avevano prodotto referenze di contenuto analogo.

b.- Sui provvedimenti amministrativi impugnati: riproposizione dei seguenti motivi di primo grado, non esaminati dal TAR:

1) Violazione del bando (II.2.1) e del disciplinare di gara (pag. 13). Violazione dei principi in materia di offerte incomplete o condizionate. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti. Eccesso di potere per sviamento.

Pur essendo prevista una durata quinquennale del contratto, con un eventuale sesto anno di proroga, GPI ha suddiviso il costo di acquisizione del sistema in sei anni, anziché in cinque, quindi avrebbe dovuto essere esclusa per aver formulato un'offerta condizionata alla proroga del contratto, ossia ad un evento futuro ed incerto.

2) Violazione degli artt. 2702 e 2703 cod.civ.. Violazione del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti.

La fideiussione prodotta da GPI è inidonea perché rilasciata da un semplice dipendente della banca in forza di procura speciale non allegata al documento né richiamata. Analogamente è per la fideiussione prodotta da Svimservice, che inoltre contiene la limitazione, non prevista dalla *lex specialis*, dell'automatica estinzione trascorsi 30 giorni dall'aggiudicazione a terzi.

3) Violazione del disciplinare di gara, paragrafi III.2.2 e III.2.3. Violazione dell'art. 37, co. 4 e 13, del d.lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti. Incongruità fra quota di partecipazione e quota di esecuzione del servizio.

Per entrambi i raggruppamenti primi qualificati difetta la corrispondenza tra la quota di qualificazione, quota di partecipazione e quota di esecuzione dell'appalto.

4) Violazione del disciplinare di gara (paragrafo 1.5, pag. 9). Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti.

La busta n. 3 di entrambe le controinteressate, destinata a contenere l'offerta economica e lo schema di contratto sottoscritto dal legale rappresentante per accettazione, non era corredata dal documento di riconoscimento del sottoscrittore.

5) Violazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti. Eccesso di potere per sviamento.

GPI ha reso le dichiarazioni sull'insussistenza di causa ostantive alla stipula solo con riferimento alla persona giuridica e non ai legali rappresentanti, mentre la Svimservice non ha reso le prescritte dichiarazioni con riferimento a tre procuratori *ad negotia*, dotati di ampi poteri rappresentativi.

6) Violazione del disciplinare di gara (pagg. 8, paragrafo 1.4, e 13). Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti.

Svimservice non ha firmato o siglato alcuno degli allegati al progetto tecnico.

7) Violazione degli artt. 2 e 37 del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione della legge n. 287 del 1990 e dei principi in materia di concorrenza e di libero mercato. Eccesso di potere per sviamento ed ingiustizia manifesta.

GPI e Svimservice vantavano da soli i requisiti di ammissione alla gara, quindi avrebbero dovuto esserne escluse in quanto partecipanti come raggruppamento. L'assenza di formali divieti nel bando ne comporta l'illegittimità.

8) Violazione della *lex specialis*. Violazione dell'art. 75 d.lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti.

Le certificazioni di qualità delle mandanti Informatica e Tecnologia s.r.l., I&T Servizi s.r.l. e Engineering s.p.a. erano scadute nel corso del procedimento concorsuale, sicché i raggruppamenti GPI e Svimservice avrebbero dovuto essere esclusi.

9) Violazione del disciplinare di gara, paragrafo G. Violazione dell'art. 41, co. 1, lett. a), del d.lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti.

Le referenze bancarie prodotte da GPI e Svimservice erano generiche attestazioni di stima e fiducia, dunque inidonee allo scopo richiesto dalla *lex specialis*.

10) Violazione dei principi di conservazione e segretezza delle offerte. Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Violazione degli artt. 2 e 78 del d.lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere per sviamento. Violazione degli

artt. 1 - 3 della legge n. 241 del 1990.

I verbali di gara non indicano le misure utilizzate per garantire la segretezza e la custodia dei plichi. Ciò è tanto più grave in considerazione dell'avvicinarsi di quattro custodi diversi.

11) Violazione degli artt. 18, 19, 38, 47, 76 del d.P.R. n. 445 del 2000. Violazione dell'art. 48, co. 2, del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione della *lex specialis*. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti.

Entrambe le controinteressate avrebbero dovuto essere escluse per non aver prodotto la documentazione comprovante il possesso dei requisiti in originale o copia autentica corredata da idonea dichiarazione attestante la conformità all'originale e per altri vizi, tardività o incompletezze di detta documentazione.

12) Violazione degli artt. 84, 86-89 del d.lgs. n. 163 del 2006. Incompetenza. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti. Eccesso di potere per sviamento ed ingiustizia manifesta.

L'anomalia delle offerte era stata valutata dal responsabile del procedimento e non dalla commissione giudicatrice. L'offerta di GPI era economicamente insostenibile in relazione a vari aspetti.

13) Violazione degli artt. 2 e 83, co. 4, del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione della *lex specialis*. Violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti.

La commissione non ha indicato sulla base di quali caratteristiche ha assegnato i punteggi a ciascun elemento del progetto tecnico.

14) Violazione degli allegati "E" e "B" del disciplinare di gara e del punto 1.4. Violazione del disciplinare tecnico. Violazione dell'art. 25 della legge regionale n. 25 del 2007. Eccesso di potere per perplessità ed irrazionalità.

Dovendo inserire tre unità di personale da assumere, precedentemente non conteggiate, l'ASL non ha riaperto i termini per la presentazione delle offerte, bensì disposto la modifica d'ufficio in tal senso dell'offerta dell'aggiudicatario aumentando da 55 a 58 i dipendenti ed assumendo essa il costo delle tre unità.

C.- Sulle spese di lite.

È ingiusto ed ingiustificato il ristoro delle spese legali accordato anche all'ASL, soccombente sostanziale quale autore dei provvedimenti ritenuti illegittimi.

2.4.- GPI, Svimservice e l'ASL si sono costituite in giudizio ed anche in successive memorie hanno svolto controdeduzioni. Svimservice ha altresì segnalato di aver proposto pur essa avverso la stessa procedura di gara ricorso analogamente definito con declaratoria di inammissibilità a seguito di ricorso incidentale di GPI con riferimento anche all'assunta inidoneità delle proprie referenze. GPI ha inoltre riproposto i seguenti motivi, assorbiti dal TAR, del proprio ricorso incidentale intesi all'esclusione di SEPI:

1) Violazione del punto 1.3, lett. a), del disciplinare di gara (pag. 4), ove si prescrive che la cauzione provvisoria deve contenere l'impegno del garante a rinnovare la garanzia nel caso in cui al momento della scadenza non sia ancora stato stipulato il contratto. Violazione e falsa applicazione dell'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006.

La cauzione provvisoria di SEPI prevede l'obbligo del rinnovo non per il lasso di tempo intercorrente tra l'aggiudicazione ed il contratto, ma solo qualora "al momento della scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione", nonché la cessazione automatica della sua efficacia nel

caso in cui il contraente non risulti aggiudicatario o secondo in graduatoria, in difformità dal cit. art. 75 che esclude automatismi di svincolo.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, co. 1, lett. B), c) ed m-ter), del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione dei principi generali in tema di pubbliche gare. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza di motivazione, travisamento dei presupposti di fatto e diritto.

SEPI, Fastweb ed ISED hanno omesso le prescritte dichiarazioni per gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e dei cessati dalla carica.

3) Violazione dell'art. 38, co. 1, lett. B), c) ed m-ter), del d.lgs. n. 163 del 2006 sotto diversi altri profili.

SEPI, Fastweb ed ISED hanno omesso le dichiarazioni relative agli elencati soggetti titolari di cariche e qualifiche rilevanti, nonché gli stessi di nominativi di alcuni di tali soggetti.

4) Violazione e falsa applicazione degli artt. 86 e 87 del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 26, co. 6, del d.lgs. n. 81 del 2008.

SEPI non ha indicato specificamente nell'offerta economica gli oneri per la sicurezza aziendali.

2.5.- Mentre in sede d'urgenza la domanda cautelare è stata accolta, in sede collegiale è stata respinta. Chiesta da parte dell'appellante la revoca del provvedimento cautelare, la relativa domanda è stata dichiarata inammissibile.

2.6.- In vista dell'udienza del 14 giugno 2013, con memorie del 29 maggio e 3 giugno SEPI e GPI hanno insistito nelle proprie tesi e richieste, nonché replicato alle difese avversarie.

Con istanza del giorno seguente SEPI ha chiesto il rinvio della trattazione dell'appello in relazione a nuova rimessione all'Adunanza plenaria della

questione della rilevanza in materia di gara del ricorso incidentale cosiddetto escludente.

Una nuova domanda cautelare, depositata da SEPI il 5 agosto 2013, è stata respinta.

In vista dell'udienza del 3 dicembre 2013, con memorie del 15 e 16 novembre 2013 GPI e SEPI hanno nuovamente insistito nelle proprie tesi e richieste, reciprocamente replicando con memorie del 21 seguente.

3.- Come accennato da Svimservice, costituitasi nell'appello riassunto appena sopra, anche la medesima, in proprio e quale mandataria del costituendo r.t.i. secondo classificato, impugnava l'aggiudicazione, tutti i verbali di gara ed il disciplinare, nella parte in cui prevede l'algoritmo per l'assegnazione dei punteggi economici, nonché la graduatoria definitiva approvata con deliberazione 19 luglio 2012 n. 1162/G del Direttore generale dell'ASL; chiedeva inoltre il risarcimento del danno. Pure in tale giudizio GPI presentava ricorso incidentale.

3.1.- Con sentenza 20 marzo 2013 n. 422 della sezione prima il ricorso incidentale era accolto, in relazione alla censura di violazione del principio di necessaria corrispondenza tra quota di qualificazione, quota di partecipazione e quota di esecuzione nell'ambito del r.t.i. (in quanto il bando, con clausola non impugnata, richiedeva alla mandataria il possesso del 60% dei requisiti richiesti, mentre Svimservice ha dichiarato di eseguire il contratto per il 52,76%), nonché alla censura di non conformità alle prescrizioni di gara delle referenze bancarie prodotte da Solgenia (in quanto inidonee a comprovare il possesso della capacità finanziaria ed economica "per sostenere il servizio in oggetto"). Il ricorso principale era perciò dichiarato inammissibile. Per completezza d'indagine, il TAR precisava che

i primi tre motivi aggiunti, diretti a contestare l'ammissione dell'aggiudicataria GPI, erano comunque inammissibili poiché il loro accoglimento avrebbe condotto all'aggiudicazione a SEPI e non a Svimservice. Infine, Svimservice era condannata al pagamento delle spese di causa in favore sia di GPI che dell'ASL.

3.2.- Con atto inoltrato per la notifica il 19 aprile 2013, notificato il 26 e 29 aprile e depositato il 3 maggio seguente Engineering Ingegneria Informatica s.p.a., mandataria nel costituendo r.t.i. capeggiato da Svimservice, ha appellato l'indicata sentenza, chiedendone la sospensione dell'esecuzione. L'istanza cautelare è stata poi riunita al merito fissato per l'udienza del 4 giugno 2013.

A sostegno dell'appello ha dedotto:

Parte I – Sull'infondatezza dei motivi di ricorso incidentale accolti dal TAR.

1) *Errores in procedendo*. Errata applicazione dei principi espressi dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 e del principio comunitario di parità delle armi.

Nell'esaminare prioritariamente il ricorso incidentale, il TAR non si è avveduto che le medesime violazioni erano state commesse da GPI. In ogni caso, erano da esaminarsi prioritariamente le proprie doglianze dirette ad investire l'intera procedura, dunque nell'interesse alla sua rinnovazione.

2) *Errores in iudicando*. Violazione e falsa applicazione dell'art. 37, co. 4 e 13, del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione per errata interpretazione delle clausole III.2.2 e III.2.3 del bando di gara. Violazione del principio del favor participationis. Insufficiente motivazione.

Nella formulazione vigente al momento della gara, il cit. art. 37, co. 4 e 13, prevede la corrispondenza tra le parti del servizio da eseguire da parte di

ciascun raggruppato coincidano con la quota di partecipazione, nulla prescrivendo circa la corrispondenza di tali quote con la quota dei requisiti di accesso. Del resto, da un lato il TAR fa riferimento a “lavori” mentre la gara ha ad oggetto “servizi”; dall’altro lato non v’è disposizione di gara che richieda detta corrispondenza e sono inammissibili le interpretazioni estensive della *lex* che incidano negativamente sulla posizione dei concorrenti.

3) *Errores in iudicando*. Violazione dell’art. 41, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione del punto 1.3, lett. G, del disciplinare. Violazione dell’art. 46, comma 1 e comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006.

Gli atti di gara non imponevano alcun contenuto specifico delle referenze e bancarie e quelle di Solgenia comprovano pienamente la sua capacità economica e finanziaria per svolgere il servizio; se mai, la stazione appaltante avrebbe dovuto chiedere chiarimenti. In ogni caso, la pretesa genericità di quelle referenze non avrebbe potuto condurre all’esclusione del r.t.i., stante la tassatività delle cause di esclusione.

Parte 2 – Sulla fondatezza dei motivi del ricorso principale non esaminati dal TAR.

A) Sulla illegittima ammissione alla gara del r.t.i. GPI

4) *Errores in iudicando*. Violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 46 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Il raggruppamento avrebbe dovuto essere escluso poiché la sua domanda di partecipazione era priva delle dichiarazioni personali dei rispettivi amministratori e soggetti cessati dalla carica nel precedente triennio, avendo ciascuna impresa dichiarato l’insussistenza di cause di esclusione solo nei riguardi di se stessa. Né il sottoscrittore ha reso la dichiarazione per se

stesso e neppure si è assunto la responsabilità in relazione ai soggetti cessati almeno con la pur insufficiente formula “per quanto a conoscenza”.

5) *Errores in iudicando*. Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione del principio di corrispondenza tra quote di qualificazione e quote di esecuzione da parte del r.t.i..

Mentre nel caso del r.t.i. Svimservice le partecipanti erano tutte in possesso di requisiti di partecipazione maggiori rispetto a quelli richiesti dalla gara, nel r.t.i. GPI la partecipante I&T, pur avendo una quota di qualificazione del 7,94%, ha dichiarato la superiore quota di esecuzione del 10%.

6) *Errores in iudicando*. Violazione e falsa applicazione del punto 2.A del disciplinare, relativo alla valutazione del progetto tecnico del r.t.i. GPI. Eccesso di potere per contraddittorietà nei punteggi assegnati.

È contraddittorio il punteggio di “discreto” assegnato a GPI per i sub-criteri A1.1 e A1.2, a fronte del punteggio di sufficiente assegnato con la stessa motivazione ai sub-criteri A2.2 e A2.4.

7) *Errores in iudicando*. Violazione e falsa applicazione degli artt. 86, comma 3 bis, e 87, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006. Mancata indicazione dei costi per la sicurezza.

GPI avrebbe dovuto essere escluso per non aver indicato nell'offerta economica i costi per la sicurezza da rischio aziendale, come prescritto dalle norme in rubrica ed a prescindere dalla mancanza di previsione al riguardo nella legge di gara.

Sull'interesse della appellante.

8) *Errores in iudicando*. Violazione dell'art. 100 c.p.c.. Violazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Erroneamente il TAR ha affermato il difetto di interesse ai primi tre motivi

aggiunti, concernenti la mancata esclusione di GPI, poiché in caso di accoglimento sarebbe SEPI e non Svimservice a conseguire l'aggiudicazione. Di contro, l'esclusione di GPI avrebbe comportato la rideterminazione della valutazione, tenendo conto dei concorrenti rimasti, non solo dell'offerta economica, ma anche di quella tecnica; né è possibile dimostrare quale punteggio tecnico SEPI avrebbe ottenuto in tal caso.

Peraltro, anche l'algoritmo è stato censurato in primo grado con censure qui riproposte.

Non vi è norma che imponga di rifare il conteggio dei punti dell'offerta economica quando la procedura sia ormai conclusa con l'aggiudicazione provvisoria, posto che in caso di esito negativo della verifica in capo all'aggiudicatario la stazione appaltante è tenuta ad aggiudicare al secondo graduato per principi di economicità, concentrazione e celerità.

Sulla illegittimità della procedura di gara.

9) *Erroris in iudicando*. Violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006. Illegittimità dell'art. 2 del disciplinare di gara consente l'algoritmo per l'assegnazione del punteggio all'offerta economica. Illogicità manifesta. Violazione del principio di proporzionalità e degli auto vincoli.

L'algoritmo attribuisce un peso sproporzionato alla componente economica rispetto a quella tecnica, tanto da rendere inutile il prescelto criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

10) *Erroris in iudicando*. Violazione e falsa applicazione dell'allegato E al disciplinare, lett. q. Illegittimità delle delibere D.G. n. 1163 del 20 luglio 2011 e n. 12 del 12 gennaio 2012 di modifica dell'elenco (allegato B al disciplinare di gara) del personale da assumere in forza della clausola di salvaguardia. Eccesso di potere per perplessità dell'azione amministrativa.

A seguito di due sentenze del TAR, ad offerte già pervenute l'Azienda ha modificato gli atti di gara aggiungendo ai 55 indicati altri 3 lavoratori da assumere in caso di aggiudicazione, indicando contraddittoriamente che il numero era comunque di 55 unità. La modifica ha comportato l'errata calibratura dell'offerta già presentata. Ciò avrebbe imposto all'amministrazione di fornire chiarimenti e, a maggior ragione, di riaprire i termini per la presentazione delle offerte onde permetterne l'adeguamento alle mutate esigenze.

11) *Erroris in iudicando*. Violazione dei principi generali di obbligo di custodia e segretezza delle offerte, nonché di *par condicio* dei concorrenti. Violazione dell'art. 87 Cost. e dell'art. 78 del d.lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere per assenza di trasparenza e di certezza dell'azione amministrativa. Si asserisce che la custodia è avvenuta in luogo sicuro ed inaccessibile a terzi, ma è passata in modo automatico e silente in capo alla responsabilità di quattro persone, senza che mai sia indicato il luogo di custodia né le cautele adottate. Non vale opporre che non sia stata dedotta alcuna manomissione dei plichi.

12) Sulla condanna alle spese.

La sanzione non tiene conto del reale andamento del processo e risulta estremamente gravosa, tenuto conto del necessario pagamento del contributo unificato tale da rendere ancor più difficoltoso l'accesso alla giustizia.

3.3.- GPI e l'Azienda si sono costituite in giudizio e, la prima con successiva memoria, hanno svolto eccezioni e controdeduzioni. In particolare, GPI ha eccepito l'inammissibilità dell'appello sia in quanto Engineering non era parte del giudizio di primo grado, instaurato da

Svimservice in proprio e quale mandataria di “costituendo” r.t.i., quindi non abilitata ad agire in nome e per conto delle partecipanti, sia in applicazione del principio giurisprudenziale secondo cui la rinuncia della mandataria all’espletamento del servizio rende improcedibile il ricorso della mandante sia per l’annullamento dell’aggiudicazione ad altrui che per il risarcimento del danno. Ha altresì eccepito l’improcedibilità dell’appello per incompletezza del contraddittorio, non essendo stato chiamato in giudizio il concorrente collocatosi al terzo posto della graduatoria, controinteressato rispetto al chiesto annullamento dell’intera procedura.

Inoltre GPI ha riproposto il proprio motivo incidentale dichiarato assorbito e non esaminato dal primo giudice, rubricato “violazione e falsa applicazione dell’art. 38, comma 1, lett. b), c) ed m), del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, violazione dei principi generali in tema di pubbliche gare, eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza di motivazione, travisamento dei presupposti di fatto e diritto”, secondo cui il r.t.i. Svimservice avrebbe dovuto essere escluso per non essere stato dichiarato il possesso dei requisiti c.d. morali dei tre procuratori della stessa Svimservice e di due della Solgenia, muniti di ampi poteri di rappresentanza.

3.4.- In vista dell’udienza pubblica del 14 giugno 2013 (all’esito della quale è stato disposto il rinvio della trattazione) con memorie del 29 maggio 2013 Engineering ha confutato le eccezioni e le controdeduzioni avversarie, mentre GPI ha insistito soprattutto nell’eccezione di inammissibilità per carenza di legittimazione attiva all’appello. Entrambe hanno prodotto repliche in data 6 giugno 2013.

3.5.- Con atto inoltrato per le notifiche il 28 giugno 2013 Engineering ha nuovamente avanzato istanza cautelare, alla quale hanno controdedotto sia

GPI che l'ASL di Foggia, a cui l'istante ha replicato. La domanda è stata respinta con ordinanza 25 luglio 2013 n. 2850.

3.6.- Infine, in vista dell'udienza del 3 dicembre 2013 GPI ed Engineering hanno prodotto memorie e repliche in date 15 e, rispettivamente, 22 novembre 2013.

4.- In via preliminare, va disposta la riunione dei due appelli di cui innanzi, proposti avverso sentenze che riguardano la stessa gara, stante l'evidente connessione oggettiva e, sia pur parzialmente, soggettiva.

5.- Ancora in via preliminare, va esaminata l'eccezione di inammissibilità dell'appello di Engineering sollevata da GPI sotto due profili, il primo dei quali si basa sul disposto dell'art. 102 cod. proc. amm., nel rilievo che l'attuale appellante non fosse stata parte nel giudizio di primo grado.

5.1.- L'appellante oppone che, per pacifica giurisprudenza, come la mandataria è legittimata ad agire in giudizio anche nell'interesse delle mandanti ed anche senza il perfezionamento del rapporto di mandato con rappresentanza, così lo è la mandante, legittimata altresì ad impugnare la sentenza sfavorevole, non impugnata dalla mandataria, non potendo esserle precluso di proporre appello sulla base della propria autonoma legittimazione, ricollegabile all'interesse di cui è titolare all'interno del raggruppamento stesso e, d'altra parte, le ragioni che nella specie hanno condotto la mandataria a non appellare (quali anche il costo del contributo unificato) non possono andare a discapito delle altre imprese, pena il diniego di giustizia. Peraltro, Svimservice ha proposto il ricorso di primo grado non solo in proprio, ma pure in qualità di mandataria del r.t.i. di cui ella con Solgenia era mandante, ossia anche nell'interesse delle mandanti, a nulla rilevando il mancato perfezionamento del rapporto di mandato con

rappresentanza; di qui l'introduzione in primo grado del proprio interesse sostanziale poiché in caso di esito favorevole del ricorso si sarebbero prodotti effetti concreti per tutte le imprese facenti parte del costituendo r.t.i., in particolare sostanziandosi l'obbligo di costituire il raggruppamento e conferire mandato per la stipula del contratto con l'Amministrazione. Il che dimostra la legittimazione dei soggetti che subiscono gli effetti di una pronuncia ad esperire i mezzi di impugnazione necessari per evitare che tali effetti si consolidino per l'inerzia altrui.

5.2.- Al riguardo, si osserva che non è dubbia la sussistenza di legittimazione di ciascuna impresa componente di un'a.t.i. costituita o costituenda ad agire in giudizio individualmente, nonché, nel caso di ricorso proposto insieme ad altre partecipanti all'associazione temporanea, ad appellare la pronuncia sfavorevole anche ove taluno degli iniziali litisconsorti non impugni esso stesso la stessa pronuncia ovvero rinunci all'appello in corso di causa (cfr., tra le più recenti, Cons. St., Sez. VI, 10 maggio 2013 n. 2563, richiamata da Engineering).

Nella fattispecie in esame, tuttavia, non è in discussione tale profilo, né quello della sussistenza di un reale interesse sostanziale a porre rimedio a detta pronuncia ed a conseguire vantaggi concreti dalla sua riforma. Il problema si pone, invece, in relazione alla proposizione del ricorso di primo grado da parte della sola Svimservice, in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento, cioè in relazione alla possibilità o meno di qualificare come parte la mandante Engineering, ancorché non sia stata formalmente litisconsorte nel giudizio in tal modo instaurato da Svimservice.

5.3.- Il Collegio ritiene di dover dare soluzione negativa a siffatta questione,

trattandosi – come detto – di raggruppamento “costituendo”, ossia in presenza del solo “impegno” di ciascuna delle tre imprese, in caso di aggiudicazione, “a costituirsi in raggruppamento temporaneo, conformandosi alla disciplina di cui all’art. 37 del D.Lgs. 163/2006, conferendo mandato collettivo speciale con rappresentanza alla Impresa Svimservice S.p.A., qualificata come capogruppo, la quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e delle mandanti”.

È evidente, invero, come in assenza del mandato con rappresentanza anche processuale conferito alla mandataria, di cui al cit. art. 37, co. 14 ss., la dizione “in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con Engineering Ingegneria Informatica S.p.a. e Solgenia Italia S.p.a.”, utilizzata da Svimservice nell’epigrafe del ricorso e del successivo atto di motivi aggiunti, non vale a far ritenere che il ricorso fosse collettivo e dare, perciò, veste di parte nel giudizio di primo grado anche ad Engineering.

In altri termini, la spendita da parte di Svimservice della qualità di designata capogruppo mandataria del costituendo r.t.i. non può che assumere il solo significato di precisare la posizione della ricorrente e non è idonea a manifestare la rappresentanza processuale delle mandanti, poiché alla stessa Svimservice non era già stato conferito il relativo potere dalle mandanti medesime.

Diversamente opinando, si ammetterebbe la sostituzione processuale in violazione dell’art.81 cod. proc. civ., secondo cui nessuno può fare valere in giudizio in nome proprio un diritto altrui se non nei casi espressamente previsti dalla legge (cfr., tra le più recenti, Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2012 n. 1301 e sez. V, 29 dicembre 2009 n. 8918). E, d’altra parte, ai sensi del precedente art. 77 il procuratore non può stare in giudizio per il

preponente se tale potere non gli è stato conferito espressamente e per iscritto; tanto a maggior ragione in mancanza di procura, destinata ad essere contenuta nel mandato con rappresentanza, ma certamente non presente nel predetto “impegno”.

5.4.- Escluso che Engineering fosse parte nel giudizio davanti al TAR, va altresì esclusa la sua legittimazione a proporre appello, stante il disposto dell'art. 102 cod. proc. amm. che riconosce tale legittimazione alle “parti fra le quali è stata pronunciata la sentenza di primo grado”, nonché all'interventore “soltanto se titolare di una posizione giuridica autonoma”, mentre Engineering non aveva spiegato intervento e, del resto, sarebbe stata titolare di posizione giuridica di cointeresse.

5.5.- Le conclusioni così raggiunte non si contrappongono alla giurisprudenza richiamata dall'appellante, che non ne conforta gli assunti.

In particolare, la (già citata) sentenza n. 2563 del 2013 della Sezione sesta, nel ritenere che la legittimazione ad appellare di impresa membro del raggruppamento costituito o costituendo non viene meno qualora altra impresa dello stesso raggruppamento non impugni la sentenza sfavorevole o rinunci all'appello, chiarisce che in quel caso si trattava di due imprese mandanti “iniziali litisconsorti”, talché “quali ricorrenti in primo grado (assieme alla mandataria) e dunque quali parti del giudizio di primo grado, a norma dell'art. 102, comma 1, cod. proc. amm. sono, anche formalmente, legittimate a proporre appello”.

L'affermazione, poi, che la legittimazione all'appello dev'essere individuata in base al criterio della soccombenza, cioè dev'essere riconosciuta, anche per evidenti ragioni di economia processuale, alle parti che ricevono effetti pregiudizievoli dalla sentenza di primo grado, è riferita al soggetto il quale

non abbia partecipato al giudizio di primo grado ma che avrebbe la possibilità di esperire il rimedio dell'opposizione di terzo in quanto portatore di una posizione sostanziale differenziata, autonoma ed incompatibile con quella accertata dalla sentenza di accoglimento del TAR, in ordine al mantenimento in vita dell'atto annullato (Cons. St., sez. III, 25 marzo 2013 n. 1656). Come si è detto, Engineering era invece cointeressata all'annullamento (negato dal TAR) degli atti impugnati da Svimservice, dunque onerata ad impugnare in via autonoma gli stessi atti, con conseguente inconfigurabilità nei suoi riguardi della posizione che abiliterebbe all'opposizione di terzo.

5.6.- In definitiva, l'appello della stessa Engineering va dichiarato inammissibile, in accoglimento della corrispondente eccezione di GPI, senza che ovviamente occorra esaminare gli altri aspetti della controversia. Tuttavia la peculiarità e la novità della questione trattata consigliano la compensazione tra le parti presenti delle spese del grado.

6.- Quanto all'appello di SEPI, in cui GPI ha riproposto i motivi del proprio ricorso incidentale assorbiti dal TAR, la definizione dell'appello stesso presuppone l'esame del tema concernente il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale con cui si contesta la legittimazione del ricorrente principale censurando la sua ammissione alla gara; tema già oggetto della nota pronuncia 7 aprile 2011 n. 4 dell'Adunanza plenaria, ma la questione le è stata nuovamente rimessa con ordinanze 15 aprile 2013 n. 2059 della Sezione quinta e 17 maggio 2013 n. 2681 della Sezione sesta, quest'ultima per profili che più rilevano in questa sede.

Tenuto conto della vincolatività del principio di diritto enunciato nella predetta pronuncia ma anche della già avvenuta nuova rimessione, che

potrebbe dar luogo ad un diverso esito, nell'imminenza dell'intervento della relativa decisione la Sezione reputa opportuno differire la trattazione dell'appello ora in parola a data da destinarsi, che sarà fissata successivamente alla pubblicazione della decisione stessa.

Naturalmente, la regolazione delle spese va rinviata al definitivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, così dispone:

- a.- riunisce i medesimi appelli;
- b.- dichiara inammissibile l'appello proposto da Engineering Ingegneria informatica s.p.a; spese compensate;
- c.- non definitivamente pronunciando sull'appello proposto da SEPI s.p.a., ne rinvia la trattazione come da motivazione;
- d)spese al definitivo.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2014

IL SEGRETARIO

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