

Publicato il 01/04/2021

N. 03929/2021 REG.PROV.COLL.
N. 03240/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3240 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Atlantica Digital S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Piergiuseppe Venturella, Francesco Verrastro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Piergiuseppe Venturella in Roma, via San Sebastianello n. 9;

contro

Rai - Radiotelevisione Italiana S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Aristide Police, Filippo Degni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Aristide Police in Roma, viale Liegi, 32;

nei confronti

Eustema S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Domenico Greco, Pierpaolo Salvatore Pugliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e

domicilio eletto presso lo studio Pierpaolo Salvatore Pugliano in Roma, largo Messico 7;

Engineering Ingegneria Informatica S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Elia Barbieri, Stefano Vinti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

Aggiudicazione secondo Lotto gara per Servizi a progetto per lo sviluppo dei sistemi informativi RAI (gara n. 7462814)

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da EUSTEMA S.P.A. il 3\6\2020 :

in via principale: del provvedimento n. 32 del 2 aprile 2020 – comunicato con nota del 3 aprile 2020 – in parte qua, ossia nella parte in cui la RAI – dopo aver comunicato l'aggiudicazione definitiva in favore del RTI Engineering-Eustema – ha collocato al secondo posto della graduatoria il RTI di cui fa parte la ricorrente principale che ha ottenuto 99,628 punti, anziché escluderlo; dei verbali di gara in parte qua, ossia nella parte in cui la RAI ha valutato positivamente l'offerta del RTI di cui fa parte la ricorrente principale che ha ottenuto 99,628 punti, anziché escluderlo; di tutti i verbali di gara e segnatamente del verbale di seduta riservata dell'8 gennaio 2020 in parte qua, ossia nella parte in cui la RAI ha valutato con un solo punto, anziché 2 i progetti presentati dal RTI Engineering-Eustema per il criterio 2.8 del paragrafo 18.1.1 del Disciplinare di gara.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da ENGINEERING INGEGNERIA INFORMATICA S.P.A. il 4\6\2020 :

in via principale

- del provvedimento n. 32 del 2 aprile 2020, Prot AD/2020/0005010/P/C, comunicato con nota del 3 aprile 2020 – nella parte in cui la RAI dà atto e ratifica la graduatoria che vede la collocazione al secondo posto del RTI

ATOS Italia-Atlantica Digital-Fincons Spa, anziché rilevarne l'illegittima ammissione e la doverosa esclusione, nonché nella parte in cui approva l'operato della Commissione anche con riguardo alle valutazioni tecniche sia del RTI ATOS sia del RTI EII (doc. 13 in atti);

- del provvedimento del 11 ottobre 2019 (elenco ammessi-esclusi non noto);

- di tutti i verbali di gara, di seduta pubblica e riservata in parte qua, ossia nella parte in cui la RAI ha valutato positivamente l'offerta del RTI di cui fa parte la ricorrente principale che ha ottenuto 99,628 punti, anziché escluderlo (in particolare dei verbali: della I seduta pubblica del 23 settembre 2019; della I seduta riservata del 30 settembre 2019; della II seduta pubblica del 7 novembre 2019; della II seduta riservata del 17 dicembre 2019; verbale della III seduta riservata del 8 gennaio 2020; verbale della III seduta pubblica del 12 febbraio 2020, e di ogni altro verbale relativo alla valutazione dell'offerta del RTI ATOS Italia, e delle relative schede di valutazione, nonché della graduatoria provvisoria);

- dei verbali di seduta pubblica e riservata, relativi alla valutazione dell'offerta tecnica del RTI Engineering Ingegneria Informatica-Eustema, in particolare di quelli relativi alle sedute del 17 dicembre 2019 e del 8 gennaio 2020, della scheda di valutazione e di tutti gli atti e verbali conseguenti;

in via subordinata, cioè condizionatamente al non accoglimento della domanda spiegata in via principale con il presente ricorso incidentale:

- di tutti gli Atti di gara e precisamente, Bando, Disciplinare, Capitolato, Verbali, Aggiudicazione come meglio specificato nel corpo del presente atto, nella misura in cui siano intese come preclusive di certificazioni Vaadin superiori;

- di tutti gli Atti di gara e precisamente, Bando, Disciplinare (e, segnatamente, dell'art. 8), Capitolato, FAQ nn. 5 e 6 e 24, Verbali, Aggiudicazione, con conseguente richiesta di annullamento integrale della gara e obbligo della sua riedizione, esclusivamente qualora si dovesse ritenere fondato il ricorso principale e in particolare l'asserita illegittimità dell'utilizzo dell'avvalimento

per la dimostrazione del possesso delle certificazioni Vaadin e, di converso, non dovesse ritenersi fondato il presente ricorso incidentale volto ad ottenere l'esclusione della ricorrente principale e/o comunque la declaratoria di inammissibilità del ricorso principale per difetto di interesse e mancata prova di resistenza.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da ATLANTICA DIGITAL SPA il 22\6\2020 :

Aggiudicazione secondo Lotto gara per Servizi a progetto per lo sviluppo dei sistemi informativi RAI (gara n. 7462814)

Per quanto riguarda il controricorso incidentale presentato da ATLANTICA DIGITAL SPA il 13\7\2020:

Aggiudicazione secondo Lotto gara per Servizi a progetto per lo sviluppo dei sistemi informativi RAI (gara n. 7462814)

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Rai - Radiotelevisione Italiana S.p.A. e di Eustema S.p.A. e di Engineering Ingegneria Informatica S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2021, tenutasi secondo le modalità di cui all'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020 conv. in legge n.176 del 2020, la dott.ssa Silvia Piemonte, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 4 maggio 2020 e depositato il successivo 7 maggio, la Società ricorrente ha chiesto l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l'affidamento di un accordo quadro, ai sensi dell'art. 54 comma 3 del d.lgs. n. 59/2015, avente ad oggetto i "Servizi a Progetto per lo sviluppo dei Sistemi Informativi RAI (Lotto 2)" disposta in favore del Raggruppamento Temporaneo di Imprese, costituito dalle controinteressate Società Engineering – Ingegneria Informatica SpA e

Eustema SpA, con conseguente declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e subentro da parte del Costituendo RTI secondo classificato, di cui la ricorrente espone di essere costituenda mandante.

Unitamente al ricorso veniva presentata istanza ex art. 116 co. 2 c.p.a. avverso il diniego di accesso alla documentazione di gara.

La ricorrente adduceva cinque motivi di ricorso, oltre uno specifico relativo all'istanza di accesso:

I. *“Illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione e falsa applicazione dell’art. 89, D. Lgs. 50/2016 e del par. 8 del Disciplinare di gara, nonché per eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, sviamento”*.

Contestava in particolare l'attribuzione di 2 punti all'aggiudicataria per avere offerto un team di lavoro con due risorse certificate Vaadin 7 Developer, le quali tuttavia sarebbero state acquisite tramite avvalimento da altre società. Ne sarebbe pertanto risultata violata la disposizione di cui all'art. 89, D. lgs. 50/2016, la quale prevede che possa farsi ricorso all'istituto dell'avvalimento al solo al fine di *“dimostrare il possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all’art. 83, comma 1, lett. b) e c) del Codice”* e non anche per acquisire elementi oggetto di valutazione ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico.

Con la conseguenza che una volta annullata l'attribuzione illegittima dei due punti il costituendo RTI, illegittimamente aggiudicatario, vedrebbe ridotto il proprio punteggio a 97,652 punti, e per l'effetto il costituendo RTI con la ricorrente Atlantica Digital SpA, mandante, e Atos Italia SpA mandataria, avendo conseguito il punteggio di 99,628 si vedrebbe assegnata la prima posizione e, pertanto, l'aggiudicazione.

La stessa ricorrente ad ogni modo dichiarava di aver anch'essa usufruito di un contratto di avvalimento per una risorsa certificata Vaadin 7 Developer, ottenendo in sede di valutazione dell'offerta tecnica 1 punto, pertanto, a rigore e come eccepito sia dalle controinteressate che dalla società resistente,

anche nei confronti del RTI di cui è costituenda mandataria la ricorrente, il punteggio finale di 99,628 avrebbe dovuto subire la decurtazione di un punto. Tuttavia secondo la prospettazione di parte ricorrente, pur applicandosi tale decurtazione, ne conseguirebbe comunque l'attribuzione della prima posizione e l'aggiudicazione nei confronti del RTI della ricorrente (poiché alla controinteressata sarebbe invece da decurtare due punti, per la medesima ragione).

II. *“Illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione e falsa applicazione dell’art. 89, D. Lgs. 50/2016 e del par. 8 del Disciplinare di gara, nonché per eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, sviamento”*.

La censura investe la nota del 30 aprile 2020 con la quale la Stazione appaltante ha respinto l'istanza di annullamento in autotutela presentata dalla ricorrente per far valere i vizi di cui al punto precedente. Nella nota di riscontro la Stazione appaltante avrebbe rappresentato sostanzialmente che tutti i concorrenti hanno potuto utilizzare l'avvalimento, come previsto alla risposta al quesito n. 5, rispetto alla quale gli stessi hanno manifestato accettazione senza condizione o riserva alcuna, al pari di tutte le norme e disposizioni contenute nella documentazione di gara e le “Dichiarazioni integrative” di cui i chiarimenti costituiscono parte integrante.

La ricorrente contesta che non vi sarebbe stata affatto acquiescenza, né accettazione a fronte di una clausola illegittima e comunque affatto chiara.

III. *“Illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione e falsa applicazione dell’art. 89, D. Lgs. 50/2016 e dei par. 8 e 18.1. e del Disciplinare di gara, nonché per eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, sviamento”*.

Nella denegata ipotesi in cui si dovesse ritenere che legittimamente i concorrenti hanno potuto fare uso dell'istituto dell'avvalimento, il contratto di avvalimento stipulato da Eustema SpA con Jacala, sarebbe nullo perché prevedendo l'uso di una risorsa Vaadin 7 o superiore, sarebbe incerto

nell'oggetto ed inoltre non risponderebbe tassativamente a quanto previsto dal bando che contemplava esclusivamente la certificazione Vaadin 7 e non altre equivalenti, neppure se superiori.

IV. *“Illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione e falsa applicazione del par. 16 del Disciplinare di gara nonché per eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, sviamento violazione della par condicio tra i concorrenti, disparità di trattamento irragionevolezza manifesta”*.

L'offerta tecnica dell'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa perché la relazione ivi contenuta avrebbe ecceduto il limite dimensionale tassativamente previsto nella Guida alla redazione dell'Offerta Tecnica allegata al disciplinare di gara.

V. *“Eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, sviamento violazione della par condicio tra i concorrenti, disparità di trattamento irragionevolezza manifesta, violazione del principio di economicità efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa”*.

Sarebbe illegittima la disposizione contenuta nell'art. 23 del Disciplinare di Gara in base alla quale la verifica delle certificazioni richieste dal Capitolato tecnico e quelle per l'attribuzione dei punteggi sarebbero state prodotte dal concorrente e quindi verificate dalla Stazione appaltante all'atto della stipula del contratto.

1.2 Inoltre la ricorrente presentava in sede di ricorso anche istanza ex art. 116 cp.a. avverso il diniego di accesso alla documentazione inerente il subprocedimento di verifica di anomalia e quella relativa all'esame della documentazione amministrativa.

1.3 In data 13 maggio 2020 si costituivano le controinteressate Eustema spa, nella sua qualità di mandante del RTI composto con Engineering Ingegneria Informatica S.p.A., e la stessa Engineering Ingegneria Informatica S.p.A. , depositando ciascuna una memoria con cui chiedevano di respingere il ricorso perché infondato.

1.4 Si costituiva, altresì, la Società resistente in data 15 maggio 2020 chiedendo il rigetto delle altrui pretese.

1.5 In vista della camera di consiglio del 20 maggio 2020 parte ricorrente ha insistito con memoria per l'accoglimento del ricorso e le due controinteressate depositato memorie con le quali sostanzialmente entrambe hanno eccepito l'inammissibilità del ricorso poiché anche la ricorrente Atlantica ha fatto uso dell'avvalimento per acquisire un punto per la medesima certificazione e rappresentato comunque l'infondatezza dello stesso.

Anche la resistente Rai ha presentato memoria in data 18 maggio 2020 con la quale ha insistito per il rigetto del ricorso e depositato documentazione relativa alla gara.

1.6 In accoglimento dell'istanza di parte ricorrente la camera di consiglio del 20 maggio 2020 è stata rinviata all'8 luglio 2020.

1.7 La controinteressata Eustema ha proposto ricorso incidentale, depositato il 3 giugno 2020, con il quale ha sollevato in via principale l'illegittimità dell'ammissione alla gara del RTI diretto da Atos, da cui discenderebbe la stessa inammissibilità/improcedibilità del ricorso principale per difetto d'interesse e mancata prova di resistenza.

La mandataria del RTI di cui fa parte la ricorrente, per la dimostrazione del fatturato specifico, avrebbe fatto uso di un contratto di avvalimento "nullo" in quanto generico e gratuito, peraltro corredato da una procura legittimante i poteri del sottoscrittore/procuratore della società ausiliaria redatta in lingua straniera.

Inoltre la stessa ricorrente Atlantica – che contesta l'avvalimento delle certificazioni Vaadin del RTI aggiudicatario, sostenendo che dal punteggio vadano eliminati i 2 punti assegnati per le suddette certificazioni – ha utilizzato anch'essa un contratto di avvalimento con una società terza e pure un accordo quadro di fornitura, con un soggetto titolare di partita IVA, comunque terzo rispetto alla società concorrente.

Infine Eustema rivendicava un ulteriore punteggio concernente il criterio 2.8 del paragrafo 18.1.1 del Disciplinare di gara, derivandone così un maggior scarto rispetto alla ricorrente tale da rendere inammissibile per difetto d'interesse il ricorso principale poiché anche nel caso di decurtazione dei punti relativi all'avvalimento la attuale aggiudicataria manterrebbe la prima posizione in ragione dell'attribuzione di tale ulteriore punteggio, illegittimamente non considerato dalla commissione.

Proponeva inoltre ulteriori motivi, tuttavia subordinati e condizionati nell'ipotesi di accoglimento del ricorso principale e contestuale rigetto dei motivi di ricorso incidentale adottati in via principale.

1.8 Anche la controinteressata Engineering presentava ricorso incidentale in data 4 giugno 2020, sostanzialmente riproponendo le censure dell'altra controinteressata.

1.9 Con memoria depositate il 22 giugno 2020 la Engineering ha insistito per il rigetto del ricorso e prima ancora dell'istanza cautelare e di quella avverso il diniego di ostensione perché infondate.

In pari data la resistente RAI ha depositato memoria con cui ha, in particolare, insistito per l'infondatezza dell'istanza di accesso documentale a fronte di tutta la documentazione prodotta in atti.

1.10 Sempre in data 22 giugno 2020 la ricorrente ha proposto ricorso per motivi aggiunti per i medesimi motivi del ricorso principale avverso il Verbale "I seduta riservata" del 30.9.2019 relativo all'apertura della busta amministrativa e alla verifica della documentazione presentata da ciascun concorrente in occasione del quale il Seggio di gara, ha ritenuto ammissibile i contratti di avvalimento presentati della Mandataria Engineering e della mandante Eustema.

1.11 Il 27 giugno 2020 la ricorrente depositava memoria di replica con la quale insisteva in particolare per l'accoglimento dell'istanza ex art. 116 c.p.a.

1.12 La resistente Engineering con memoria del 6 luglio 2020 replicava ai i motivi aggiunti della ricorrente e depositava il controricorso incidentale che

nelle more la ricorrente le aveva notificato. Anche la resistente RAI, l'altra controinteressata e la ricorrente stessa, in data 6 luglio 2020 depositavano memorie con le quali rispettivamente insistevano per le ragioni già in gran parte esposte nei precedenti atti.

1.13 All'esito della camera di consiglio dell'8 luglio con ordinanza n. 4698 veniva respinta l'istanza di accesso proposta dalla ricorrente e fissata per la trattazione del ricorso nel merito, ai sensi dell'art. 55 comma 10 c.p.a., la pubblica udienza del 24 febbraio 2021.

1.14 In data 13 luglio 2020 parte ricorrente ha depositato "controricorso incidentale" con il quale ha impugnato l'approvazione dell'aggiudicazione definitiva con cui ha eccepito nuovi vizi nell'attribuzione del punteggio all'aggiudicataria:

"Illegittimità degli atti impugnati per violazione e falsa applicazione dell'art. 18.1. del disciplinare di gara, nonché sotto il profilo dell'eccesso di potere sotto il profilo di carenza dei presupposti, difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, sviamento ed illogicità manifesta".

Il disciplinare di gara prevedeva in maniera tassativa che il concorrente avrebbe potuto produrre un massimo di quattro profili per l'attribuzione del punteggio di cui al criterio sub 2.7 e un massimo di due progetti per l'attribuzione del punteggio di cui al criterio sub 2.8., le controinteressate invece avrebbero presentato nove profili e quattro progetti, eccedendo così il numero massimo di profili e progetti che potevano essere prodotti. Tanto renderebbe improcedibili e comunque inammissibili le doglianze declinate con i ricorsi incidentali e relative al maggior punteggio richiesto per tale voce dalle Società controinteressate.

1.15 Da ultimo, in prossimità dell'udienza del 24 febbraio 2021 tutte le parti costituite hanno depositato memoria e memoria di replica.

La Engineering ha presentato altresì istanza di discussione da remoto cui si è opposta la ricorrente ritenendo che la numerosità, articolazione e approfondimento degli scritti rendessero non necessario un supplemento di contraddittorio orale sulle questioni controverse.

Con decreto presidenziale n. 579 del 19 febbraio 2021 è stata accolta la domanda di discussione da remoto “Ritenuto che la necessità di approfondimento in contraddittorio orale dei presupposti in fatto e in diritto della fattispecie oggetto del contendere”.

1.16 All’udienza del 24 febbraio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso principale è infondato nei termini di cui di seguito indicati, quelli incidentali presentati dalla controinteressate sono improcedibili, mentre i ricorsi per motivi aggiunti proposti dalla ricorrente sono l’uno improcedibile e l’altro irricevibile perché tardivo.

2.1 In via preliminare vanno disattese le eccezioni di inammissibilità del ricorso principale sollevate dalla Società resistente.

La mancata tempestiva impugnazione della risposta fornita dalla RAI in sede di chiarimenti sulla possibilità di ricorrere all’avalimento ai fini dell’attribuzione dei punteggi tecnici PT1 e successivi del paragrafo a pag. 38 del disciplinare di gara non costituisce causa di inammissibilità (rectius di irricevibilità) irricevibilità in ragione della natura non escludente del chiarimento in questione.

Difatti ai fini della eventuale necessità di impugnare i chiarimenti forniti dall’Amministrazione in ordine alla portata della disciplina di gara la giurisprudenza, cui questo Collegio, non intende discostarsi ha già avuto modo di precisare che “*A prescindere dal contenuto dichiarativo o innovativo, si tratta di stabilire se il chiarimento impugnato fosse suscettibile di incidere da subito sulla posizione giuridica dell’interessata.*” (Cons. Stato, sez. III, 1° febbraio 2017 n. 431).

Nel caso di specie è indubbio addirittura la portata di maggior favore che il ricorso all’avalimento consentiva a tutti i partecipanti alla gara tra cui anche il ricorrente.

Parimenti non può ritenersi che l’aver usufruito della portata di maggior favore di tale chiarimento e prima ancora della clausola presente nel disciplinare di gara, abbia comportato acquiescenza ad una eventuale

illegittimità della stessa con conseguente preclusione per il ricorrente di impugnarla.

Anche al riguardo valga sinteticamente richiamare l'orientamento giurisprudenziale in base al quale “.. *in applicazione del principio (affermato da ultimo ad es. da Consiglio di Stato, III, sentenza n. 2507 del 10 giugno 2016) per cui “nelle gare pubbliche l'accettazione delle regole di partecipazione non comporta l'inoppugnabilità di clausole del bando regolanti la procedura che fossero, in ipotesi, ritenute illegittime, in quanto una stazione appaltante non può mai opporre ad una concorrente un'acquiescenza implicita alle clausole del procedimento, che si tradurrebbe in una palese ed inammissibile violazione dei principi fissati dagli artt. 24, comma 1, e, 113 comma 1, Cost., ovvero nella esclusione della possibilità di tutela giurisdizionale (Consiglio di Stato, sez. V, 16 novembre 2015, n. 5218 e 5 novembre 2014, n. 5479; sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 749).” L'argomentazione vale a fortiori per una acquiescenza esplicita che sia richiesta dalla legge di gara quale condizione per la partecipazione alla gara stessa, come avvenuto nel caso di specie. Dall'applicazione di tale principio discende coerentemente l'illegittimità della clausola della *lex specialis* che imponeva ai concorrenti l'accettazione dei chiarimenti, rettificamente dichiarata dal Giudice di primo grado.” (Cons. Stato sez. V, 22 novembre 2017 n. 5438).*

3. Sempre in via preliminare va invece accolta l'eccezione di inammissibilità del “controricorso incidentale”, da qualificarsi in realtà quale “ricorso per motivi aggiunti” notificato in data 3 luglio 2020 e depositato il successivo 13 luglio, da parte ricorrente e con il quale è stata impugnata l'approvazione dell'aggiudicazione definitiva, eccependosi nuovi vizi relativi all'attribuzione del punteggio all'aggiudicataria, relativi al superamento dei limiti previsti nel disciplinare nella produzione di “massimo di quattro profili per l'attribuzione del punteggio di cui al criterio sub 2.7” e “massimo di due progetti per l'attribuzione del punteggio di cui al criterio sub 2.8.”.

Tale ricorso è palesemente inammissibile perché con esso si sollevano tardivamente (oltre il termine decadenziale di trenta giorni) profili di illegittimità afferenti le valutazioni dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria da

parte della Commissione, già noti nei contenuti e nelle conclusioni alla ricorrente (l'offerta tecnica di Engineering ed ulteriore documentazione di gara tra cui i verbali della Commissione risultano depositati in giudizio in data 18 maggio 2020) e non dipendenti dal ricorso incidentale promosso dall'aggiudicatario, come invece sostenuto.

4. Tanto premesso, e tenuto conto della pluralità dei mezzi esperiti dalle parti in senso incrociato, ritiene il Collegio, in prospettiva logica e giuridica, di dover muovere dalla disamina delle censure del ricorso principale, non potendosi ritenere, in aderenza a CGE 5 settembre 2019 C-333-18, che l'eventuale fondatezza dei ricorsi incidentali, qualificati come escludenti dalle controinteressate, possano portare ad una dichiarazione di irricevibilità o improcedibilità del ricorso principale.

“Si è, infatti, condivisibilmente da ultimo evidenziato in giurisprudenza che il ricorso principale deve essere esaminato per primo, potendo la sua eventuale infondatezza determinare l'improcedibilità del ricorso incidentale. Si dà, in altri termini, priorità al gravame principale e ciò in quanto, mentre l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale non potrebbe in ogni caso comportare l'improcedibilità del ricorso principale, l'eventuale infondatezza del ricorso principale consentirebbe di dichiarare l'improcedibilità del ricorso incidentale, con conseguente economia dei mezzi processuali. Infatti, ove fosse respinto il ricorso principale, con conseguente formazione del giudicato sulla legittimità della aggiudicazione controversa, il controinteressato, vale a dire l'aggiudicatario, avendo reso intangibile la soddisfazione del proprio interesse, non potrebbe nutrire alcun ulteriore interesse all'accoglimento del ricorso incidentale” (cfr. da ultimo Cons. St., sez. IV, 10 luglio 2020, n. 4431).

4.1 Nel merito parte ricorrente lamenta in primo luogo l'utilizzo del c.d. “avvalimento premiale”, ossia la praticabilità dell'utilizzo dell'istituto anche ai fini del riconoscimento di un punteggio maggiore nella valutazione dell'offerta tecnica e, nel caso di specie, ai fini dell'attribuzione del punteggio previsto alla voce P.T. 2 (Skills&Competences risorse dedicate

all'espletamento del servizio) relativa ai componenti il gruppo di lavoro con specifiche e esperienze professionali.

Parte ricorrente sembra lamentare al riguardo in primo luogo una asserita non previsione nel disciplinare e una diversa reale portata dei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante che non avrebbero consentito un tale avvalimento, si tratta tuttavia di censure palesemente infondate alla luce del fatto incontrovertibile che sia la ricorrente, sia il RTI aggiudicatario hanno fatto ricorso a contratti di avvalimento in sede di attribuzione del punteggio per la valutazione dell'offerta tecnica non risultandone peraltro alcuna violazione della par condicio tra concorrenti.

Maggior pregio ai fini di un approfondimento merita invece la censura laddove, anche richiamando parte della Giurisprudenza, sostiene l'illegittimità stessa dell'avvalimento premiale.

Si tratta di una censura incrociata poiché sia il RTI della ricorrente che il RTI aggiudicatario hanno conseguito un punteggio rispettivamente di 1 punto e di 2 punti, in sede di valutazione dell'offerta tecnica, per risorse certificate Vaadin 7 Developer messe a disposizione con contratti di avvalimento, per cui nel caso in cui tale attribuzione di punteggio dovesse ritenersi illegittima dovrebbe trovare parziale accoglimento sul punto anche il ricorso incidentale delle controinteressate. La posizione della ricorrente tuttavia ne risulterebbe comunque migliorata perché la decurtazione ad essa applicabile sarebbe solo di un punto con conseguente aggiudicazione della gara.

La censura non è fondata.

Il Collegio ritiene in primo luogo analizzare la portata della disposizione sull'avvalimento ed entro quali limiti debba ritenersi l'illegittimità del c.d. avvalimento premiale, per poi rilevare come nel caso di specie il contratto di avvalimento non si discosti in termini sostanziali da un mero contratto di acquisizione di personale esterno per l'esecuzione dell'appalto.

L'avvalimento, quale istituto di derivazione comunitaria (cfr. CGE, sentenza 14 aprile 1994 in causa 389/92 -cd. Ballast-) trova origine nella possibilità di

un concorrente di dimostrare il possesso di requisiti per la partecipazione ad una gara tramite una società del suo gruppo di appartenenza, consentendo in tal modo l'ampliamento della partecipazione concorrenziale. L'istituto ha trovato una sua codificazione normativa, prima comunitaria e poi nazionale, con riferimento specifico dunque alla materia degli appalti o più in generale dei contratti pubblici.

Attualmente la disciplina di riferimento è contenuta nell'art. 89 del d.lgs. 50 del 2016, il quale si occupa dell'utilizzabilità di siffatto istituto nella fase di selezione delle offerte (Sezione II del Capo III "Svolgimento delle procedure per i settori ordinari") prevedendo al comma 1 che l'operatore economico possa *"..soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara... avvalendosi delle capacità di altri soggetti..."*.

Come ha avuto modo di precisare il Consiglio di Stato (Sez. V, 23 marzo 2021 n. 2526), nell'intento di ricondurre negli esatti termini *"la problematica dell'avalimento c.d. premiale"*: *"..la (concreta) funzione dell'avalimento (che ne fonda e, ad un tempo, ne limita la meritevolezza sul piano civilistico dei programmati assetti negoziali e la legittimità sul piano pubblicistico della dinamica procedimentale evidenziale) si specifica in relazione alla sua chiarita attitudine a dotare un operatore economico (che ne fosse privo) dei requisiti economico-finanziari, delle risorse professionali e dei mezzi tecnici "necessari per partecipare ad una procedura di gara"*.

Sta in ciò (di là dalla distinzione tra avalimento operativo ed avalimento tutorio, rispettivamente operanti sul piano della prestazione divisata o della mera funzione di garanzia della serietà e qualità dell'offerta) il fondamento, diffusamente ribadito in giurisprudenza (cfr., da ultimo, la ricordata Cons. Stato n. 1881/2020), del divieto dell'avalimento (meramente) premiale, il cui scopo (che trasmoda in alterazione, piuttosto che di implementazione, della logica concorrenziale) sia, cioè, esclusivamente quello di conseguire (non sussistendo alcuna concreta necessità dell'incremento delle risorse) una migliore valutazione dell'offerta.

Appare, in altri termini, dirimente la circostanza che il ricorso all'istituto operi a favore di un operatore che, in difetto, sarebbe effettivamente privo dei requisiti di partecipazione (alla cui acquisizione è, per tal via, concretamente funzionale l'apporto operativo dell'impresa ausiliaria) ovvero di chi – potendo senz'altro concorrere, avendone mezzi e requisiti – miri esclusivamente a alla (maggior) valorizzazione della (propria) proposta negoziale: nel qual caso la preclusione deve essere, propter tenorem rationis, correlata all'abuso di avvalimento, che lo trasforma, di fatto, in un mero escamotage per incrementare il punteggio ad una offerta cui nulla ha concretamente da aggiungere la partecipazione ausiliaria.

Con più lungo discorso, appare del tutto fisiologica l'eventualità che l'operatore economico concorrente ricorra all'avvalimento al fine di conseguire requisiti di cui è carente e, nello strutturare e formulare la propria offerta tecnica, contempra nell'ambito della stessa anche beni prodotti o forniti dall'impresa ausiliaria ovvero mezzi, attrezzature, risorse e personale messi a disposizione da quest'ultima: nel qual caso è evidente che i termini dell'offerta negoziale devono poter essere valutati ed apprezzati in quanto tali, con l'attribuzione dei relativi punteggi, nella prospettiva di una effettiva messa a disposizione della stazione appaltante all'esito dell'aggiudicazione e dell'affidamento del contratto.

Deve, per contro, ritenersi precluso che il concorrente si avvantaggi, rispetto agli altri, delle esperienze pregresse dell'ausiliaria, ovvero di titoli o di attributi spettanti a quest'ultima (che, in quanto tali, non qualificano operativamente ed integrativamente il tenore dell'offerta e non siano, perciò, oggetto di una prospettica e specifica attività esecutiva): ciò che, appunto, deve segnatamente dirsi nella ipotesi in cui il concorrente possenga già, in proprio, le risorse necessarie per l'esecuzione della commessa e ricorra all'ausilio all'esclusivo (ed evidentemente immeritevole) fine di conseguire un mero punteggio incrementale, cui non corrisponderebbe una reale ed effettiva qualificazione della proposta.

Del resto, a diversamente opinare, non solo si negherebbe la stessa ratio proconcorrenziale dell'istituto, ma si finirebbe per contraddire il canone di par condicio dei competitori, per i quali non sussistono, sul piano generale, preclusioni di sorta alla possibilità di indicare, nell'offerta, beni prodotti da altre imprese ovvero mezzi, personale e risorse, la cui disponibilità fosse acquisita in forza di contratti di subappalto o di subfornitura o di qualunque altro tipo di contratto idoneo.

In questo senso, anzi, trova piena giustificazione la genericità tipologica che connota, per espressa opzione positiva, l'avvalimento, il cui tratto essenziale (fatto palese dalla evidente labilità connotativa della relativa formula linguistica) è proprio quello della irrilevanza, per la stazione appaltante, della natura dei rapporti sottostanti tra il concorrente ausiliato e l'impresa ausiliaria, in quanto ciò che occorre accertare è solo che il primo dimostri di poter disporre, a qualsiasi titolo, dei mezzi della seconda.

Se così è, non è esatto l'assunto, che dà corpo alla tesi dell'appellante, per cui l'avvalimento rilevi soli ai fini della qualificazione e non anche (alle riassunte condizioni) per la valutazione dell'offerta (come accaduto nel caso di specie)".

Appare quindi utile distinguere tra l'effetto giuridico dell'avvalimento che consente in base al richiamato art. 89 (comma 1 primo periodo) ai concorrenti, che ne sarebbero privi, di "appropriarsi" di requisiti di partecipazione in possesso di altri soggetti, e la portata più ampia anche in termini di effetti giuridici che il contratto di avvalimento può avere, potendo avere ad oggetto non solo tali requisiti, sia anche la messa a disposizione di risorse (comma 1 ultimo periodo) per l'esecuzione dell'appalto al pari di quanto avviene con altri contratti idonei a consentire all'impresa concorrente di utilizzare risorse ad essa esterne.

In questo contesto la valutazione ai fini dell'attribuzione del punteggio delle risorse utili all'esecuzione del contratto, acquisite mediante un contratto di avvalimento, non può ritenersi ex se violativo dei limiti posti al primo periodo del comma 1 dell'art. 89, il quale restringe il campo di applicazione dell'istituto dell'avvalimento che potremmo definire "puro", ossia quello finalizzato unicamente ad "avvalersi" di requisiti di soggetti terzi, alla fase della partecipazione e la cui *ratio* è quella di scongiurare una distorsione dell'istituto per ottenere valutazioni incrementali di titoli non posseduti con una alterazione evidente del mercato.

Allorchè invece, come in questo caso, il contratto di avvalimento è utilizzato per qualificare in termini sostanziali l'offerta tecnica consentendo

l'inserimento di personale dotato di specifica professionalità nel Gruppo di lavoro della concorrente, vengono meno le ragioni stesse del divieto.

Nel caso di specie, infatti, i contratti di avvalimento, oggetto di censura in maniera incrociata sia con il ricorso principale che con i ricorsi incidentali, hanno chiaramente ad oggetto la messa a disposizione da parte dell'ausiliaria di personale dotato di specifica professionalità (attestata da certificazione) e non una astratta attribuzione di un titolo o di esperienze pregresse dell'ausiliaria tale da risolversi nell'indebito riconoscimento di un mero punteggio incrementale per le ausiliate.

Peraltro la connotazione in tali termini dei contratti di avvalimento, nel caso di specie, li rende sostanzialmente uguali ad analoghe forme contrattuali usate per l'acquisizione della disponibilità di personale, non inserito già nell'organizzazione dell'ausiliata, come lo stesso accordo quadro stipulato dalla ricorrente con un fornitore persona fisica e il contratto avente ad oggetto il distacco di un dipendente presso il RTI aggiudicatario. Con la conseguenza che se fosse valido il ragionamento a supporto delle censure in esame, non essendo consentito alle concorrenti in nessun modo di acquisire risorse di personale esterno, avrebbero dovuto decurtarsi tutti i punteggi conseguiti con il ricorso a contratti di tal fatta e non solo quelli relativi ai contratti di avvalimento.

Ne consegue l'infondatezza delle relative censure e la piena legittimità dell'attribuzione dei punteggi per le risorse acquisite mediante contratti di avvalimento.

5. Palesemente infondato è altresì il terzo motivo del ricorso principale.

Secondo la prospettazione della ricorrente il contratto di avvalimento stipulato da Eustema SpA con Jacala, sarebbe nullo perché prevedendo l'uso di una risorsa Vaadin 7 o superiore, sarebbe incerto nell'oggetto ed inoltre non risponderebbe tassativamente a quanto previsto dal bando che contemplava esclusivamente la certificazione Vaadin 7 e non altre equivalenti.

Il Collegio rileva che la formula utilizzata nel contratto di avvalimento in questione non appare affatto incerta nell'oggetto. Essa prevede infatti l'utilizzo di una risorsa "Senior Developer con Certificazione Vaadim 7 o superiore".

Parte ricorrente censura in particolare la possibilità che la certificazione possa essere "superiore" a quella Vaadim 7, cui espressamente rinvia il disciplinare senza alcuna formula di equiparazione.

Dirimente ai fini della infondatezza della censura è la considerazione che la versione "superiore" della certificazione non identifica un prodotto diverso, ma semplicemente l'evoluzione della medesima certificazione (di modo che il più contiene il meno) e non venendo neppure in rilievo i principi in materia di equipollenza delle specifiche tecniche di cui all'art. 68 del d.lgs. n. 50 del 2016.

6. Con il quarto motivo la ricorrente sostiene che l'offerta tecnica dell'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa perché la relazione ivi contenuta avrebbe ecceduto il limite dimensionale tassativamente previsto nella Guida alla redazione dell'Offerta Tecnica allegata al disciplinare di gara.

Sul punto sia sufficiente richiamare la Giurisprudenza amministrativa, la quale ha ritenuto in tema di superamento del limite massimo di pagine imposto dal disciplinare di gara per la redazione dei documenti componenti l'offerta, che *"è giusta ragione di censura del provvedimento di aggiudicazione solo se previsto a pena di esclusione dalla procedura di gara e non invece nel caso in cui si preveda solamente che le pagine eccedenti non possano essere considerate dalla commissione "ai fini della valutazione dell'offerta", poiché, in tale ultimo caso, il ricorrente deve fornire prova anche solo presuntiva – ma certo non limitata a mere congetture sull'operato della commissione giudicatrice – che la violazione si sia tradotta in un indebito vantaggio per il concorrente a danno dell'altro"* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2020, n. 6875;V, 2 ottobre 2020, n. 5777).

Nel caso di specie, oltre alla considerazione eccepita dalla società resistente per cui non sarebbe corrispondente alla realtà tale violazione dei limiti dimensionali, manca proprio la previsione nel disciplinare della sanzione della

esclusione: il disciplinare di gara prevedeva a pena d'esclusione la presentazione della relazione e non il rispetto dei limiti dimensionali riportati peraltro nel modulo di cui all'allegata "Guida alla redazione dell'offerta tecnica", solo in termini di indicazione posta tra parentesi in corrispondenza di ciascuna voce.

Quel che si intendeva sanzionare con l'esclusione, allora, non era il superamento del numero massimo di righe consentito (max 100), ma la carenza stessa della relazione tecnica, nonché offerte incomplete e/o parziali (pag. 2 della Guida).

Pertanto, prescindendo dalla verifica in concreto dell'effettivo superamento punto per punto dei limiti dimensionali, in conformità al principio di tassatività delle cause di esclusione, la censura deve essere ritenuta infondata.

7. L'ultimo motivo relativo all'illegittimità della disposizione contenuta nell'art. 23 del Disciplinare di gara in base alla quale la verifica delle certificazioni richieste dal Capitolato tecnico e quelle per l'attribuzione dei punteggi sarebbero state prodotte dal concorrente e quindi verificate dalla Stazione appaltante solo all'atto della stipula del contratto, oltre ad essere inammissibile perché non sorretto da alcun interesse della ricorrente o almeno esso non emerge dalla censura, è comunque da ritenersi improcedibile.

La Società resistente ha infatti chiarito nel corso del giudizio di aver acquisito la relativa documentazione e che risulta in atti la disponibilità da parte dell'Aggiudicatario delle certificazioni oggetto di avvalimento.

9. Per le medesime ragioni sopra esposte infondato è il ricorso per motivi aggiunti depositato in data 22 giugno 2020 con il quale la ricorrente ha chiesto l'annullamento del Verbale "I seduta riservata" del 30.9.2019 relativo all'apertura della busta amministrativa ed alla verifica della documentazione presentata da ciascun concorrente in occasione del quale il Seggio di gara, ha ritenuto ammissibile i contratti di avvalimento presentati delle controinteressate Engineering ed Eustema.

10. L'infondatezza del ricorso principale e di quello per motivi aggiunti, nonché l'irricevibilità dell'ulteriore ricorso per motivi aggiunti del 13 luglio 2020, consentono di ritenere improcedibili i ricorsi incidentali.

11. Sussistono eccezionali ragioni per compensare integralmente le spese del presente giudizio tra tutte le parti, in ragione della complessità e novità delle questioni giuridiche trattate in materia di avvalimento c.d. "premiale".

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, respinge il ricorso principale, dichiara improcedibili nei termini di cui in motivazione il ricorso per motivi aggiunti depositato il 22 giugno 2020 e i ricorsi incidentali, nonché dichiara irricevibile nei termini di cui in motivazione il ricorso per motivi aggiunti depositato il 13 luglio 2020.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Ugo De Carlo, Consigliere

Silvia Piemonte, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Silvia Piemonte

IL PRESIDENTE
Giuseppe Daniele

IL SEGRETARIO