N. 02522/2014 REG.PROV.COLL.
N. 07789/2013 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7789 del 2013, proposto da:

Hp Enterprise Services Italia Srl, in proprio e in qualità di mandataria designata del costituendo raggruppamento con Selex ES spa, Infordata spa ed il Consorzio Reply Pubblic Sector, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maurizio Zoppolato e Marco Napoli, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Zoppolato & Associati in Roma, via del Mascherino, 72;

contro

Ministero della Salute, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Accenture Spa, in proprio e in qualità di designata mandataria di costituendo RTI con Almaviva –The Italian Innovation Company spa, Engineerng Ingegneria Informatica spa e Telecom Italia spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Damiano Lipani, Luigi Mazzoncini, Filippo Lattanzi e Francesco Saverio Cantella, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Vittoria Colonna, 40;

per l'annullamento

della determina del 1° luglio 2013, con la quale il Direttore Generale del Sistema Informativo e Statistico del Ministero della Salute ha aggiudicato definitivamente all'odierna controinteressata la gara per "l'affidamento del servizio di gestione e sviluppo del Sistema Informativo Sanitario Nazionale";

del disciplinare di gara nella parte in cui stabilisce l'impiego della formula $PEi = PEmax * [1 - (POi / BA)^n]$ ai fini dell'attribuzione dei 30 punti previsti per la valutazione delle offerte economiche;

di ogni altro atto ad essi preordinato, presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, con particolare riferimento alla totalità dei verbali della procedura; e ciò sia in relazione alle operazioni di esame e valutazione delle offerte tecniche e all'assegnazione dei relativi punteggi, sia in ordine alla decisione di ammettere alla selezione il rti capeggiato da

Accenture,
e per la conseguente condanna
dell'Amministrazione intimata al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente economico;

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Salute e di Accenture Spa;
Viste le memorie difensive;
Visto il ricorso incidentale prodotto da Accenture spa;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore designato per l'udienza pubblica del giorno 15 gennaio 2014 il cons. Domenico Lundini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

I. Con bando di gara del 14.8.2012, il Ministero della Salute ha indetto una procedura aperta per l'affidamento, con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006, del "servizio di gestione e sviluppo del Sistema Informativo Sanitario Nazionale", per la durata di 5 anni e per un importo a base d'asta di € 50.509.919,00.
Con ricorso notificato il 31.7.2013 l'istante (in proprio e in qualità di mandataria di costituenda ATI) HP Enterprise

Services Italia Srl (che ha partecipato senza esito positivo alla gara predetta, di cui è risultata aggiudicataria l'altra sola concorrente ATI Accenture spa) chiede l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione della gara stessa nonché del relativo disciplinare, con richiesta altresì di condanna della P.A. al risarcimento dei danni subiti.

Deduce, a supporto dell'impugnativa, una censura in via principale volta a contestare la formula impiegata dalla stazione appaltante per l'attribuzione del punteggio economico e ad ottenere l'aggiudicazione, un'analoga censura in via subordinata avverso la predetta formula volta ad ottenere almeno la declaratoria di illegittimità radicale della procedura, un ulteriore profilo di doglianza finalizzato all'esclusione dell'ATI aggiudicataria per violazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), del Codice dei Contratti pubblici ed infine una articolata censura relativa alla fase di valutazione delle offerte tecniche delle due concorrenti da parte della Commissione di gara.

II. L'Amministrazione e la controinteressata sono costituite in giudizio e controdeducono ex adverso con diffuse memorie difensive. Accenture spa produce anche un ricorso incidentale (depositato il 12.9.2013). La ricorrente replica ed insiste nei propri assunti con memorie depositate il 18.10.2013 e il 24.12.2013.

Alla pubblica udienza del 15.1.2014 la causa è passata in

decisione.

III. Premesso quanto sopra, il Collegio si deve anzitutto occupare del ricorso incidentale mosso dall'aggiudicataria Accenture spa (finalizzato all'esclusione dalla gara de qua del RTI HP Enterprise Services Italia), che è fondato e da accogliere, alla stregua delle seguenti considerazioni:

1) l'ATI HP doveva essere anzitutto esclusa dalla gara, come correttamente dedotto dalla ricorrente incidentale, per non aver indicato nella sua offerta economica i costi della sicurezza afferenti all'esercizio dell'attività imprenditoriale delle singole imprese raggruppate (c.d. costi di sicurezza aziendali). Anche a prescindere, invero, dall'opinione giurisprudenziale, peraltro largamente diffusa ed alla quale anche questo TAR in una recente pronuncia ha avuto modo di aderire (cfr. Sez. III quater, n. 4952/2013) -secondo cui i detti costi, sulla scorta del dato normativo di cui agli artt. 86 e 87 co. 4 del Codice dei contratti e dell'art. 26 co. 6 del d.lgs. 81/2008, hanno la valenza di un elemento essenziale dell'offerta a norma dell'art. 46 co. 1 bis del Codice dei contratti, la cui mancanza rende la stessa incompleta e come tale, già solo per questo, suscettibile di esclusione (in termini, CdS, Sez. III, n. 4622 del 28.8.2012), senza che possa giustificarsi la loro mancata indicazione in ragione del fatto che la lex specialis non li abbia espressamente previsti e richiesti, in quanto il carattere immediatamente precettivo delle norme di

legge che tali costi prescrivono di indicare distintamente, comporta che esse sono idonee come tali ad eterointegrare le regole della singola gara, ai sensi dell'art. 1374 c.c., e a imporre, in caso di loro inosservanza, l'esclusione dalla procedura- sta di fatto che nella specie il disciplinare di gara (art. 2) richiamava espressamente, per condizioni, requisiti e modalità del servizio, il Documento standard di valutazione dei rischi da interferenza (DVRI standard) predisposto dalla stazione appaltante. Analogamente, anche il Disciplinare Tecnico (a sua volta richiamato dal Disciplinare ed avente "lo scopo di illustrare ai partecipanti alla gara la documentazione elaborata dal MdS per la presentazione dell'offerta tecnico – economica": v. par. 1) ricomprendeva nella "documentazione di base", vale a dire nella "documentazione di riferimento per lo svolgimento della gara" (par. 2.1.), anche il DVRI. Ebbene, quest'ultimo prescriveva espressamente l'obbligo per ciascuna impresa di elaborare, per i costi della sicurezza aziendale, il proprio Documento di Valutazione dei Rischi e di indicare "specificamente" i detti costi nell'offerta. In merito venivano tra l'altro richiamati gli artt. 18 e 26, comma 6, del D.Lgs. n. 81/2008 e 86, comma 3 bis, e 87 del D.Lgs. n. 163/2006 (cfr. par. 1). Analoga prescrizione era poi contenuta nel par. 6 del Disciplinare predetto, ove si ribadiva che: "I costi sostenuti dall'Aggiudicataria per mettere in atto le misure di sicurezza

afferenti l'esercizio della propria attività, da indicare specificamente nell'offerta, sono a carico dell'Aggiudicataria stessa e devono essere congrui rispetto a quelli desumibili dai prezzari o dal mercato". Tali disposizioni (richiamate dunque chiaramente ed espressamente nella lex specialis della gara nel suo complesso) sono peraltro riproduttive di un adempimento obbligatorio previsto dalla legge a presidio di un interesse essenziale della stazione appaltante. Pertanto, anche in assenza di clausola espressa (e comunque l'art. 5 del disciplinare stabiliva che ogni mancanza o carenza di documenti e dichiarazioni sarebbero stati valutati ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, del Codice dei Contratti Pubblici), si trattava di prescrizione inerente ad elementi essenziali dell'offerta, da intendersi quindi senz'altro posta a pena di esclusione. Né in contrario nella specie potrebbe valorizzarsi la mancanza nel modulo predisposto dalla stazione appaltante per la presentazione dell'offerta economica di uno spazio per l'indicazione dei citati costi, dal momento che il detto modulo, a fronte delle precise suddette prescrizioni, contenute nella lex specialis, doveva essere integrato e i costi di sicurezza, in applicazione di prescrizioni di legge e della lex specialis, dovevano essere comunque specificamente indicati, così come del resto non a caso ha fatto l'ATI aggiudicataria. La particolare qualificazione, d'altra parte, delle imprese partecipanti ad importanti gare pubbliche d'appalto (come quella

di cui trattasi) postula nelle imprese stesse un onere di attenzione adeguato, tale da consentire comunque la corretta interpretazione, nella loro organicità, delle norme di gara (e di quelle legislative applicabili e sovraordinate), anche al di là di parziali imperfezioni e tratti di apparente equivocità. La censura esaminata è quindi condivisibile e, stante il tenore complessivo, sopra rappresentato e descritto della lex specialis (che in punto di costi di sicurezza aziendali non era affatto silente), non può ravvisarsi, come adombrato dalla ricorrente principale nei propri scritti difensivi, alcuna violazione di principi di concorrenzialità e proporzionalità;

2) nulla in punto di fatto e di diritto viene poi controdedotto dalla ricorrente principale in ordine all'altra censura di violazione dell'art. 38 comma 1 lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006, formulata dalla ricorrente incidentale per mancata dichiarazione (prescritta a pena di esclusione sulla base di principi affermati dalle note sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10/2012 e n. 21/2012) di insussistenza delle condizioni di cui alla norma predetta con riguardo agli amministratori e direttori tecnici delle società cedenti (Seicos spa, Amtec spa, Italdata Ingegneria dell'Idea spa) incorporate dalla mandante Selex Elsag spa (oggi a sua volta incorporata in Selex ES) dell'ATI HP nell'anno antecedente la pubblicazione del bando di gara. In assenza di difese e giustificazioni relative a quanto

sopra (con rappresentazione di circostanze concrete eventualmente idonee a neutralizzare, con riferimento al caso di specie, la portata dei principi interpretativi affermati dall'Adunanza Plenaria nelle sopra citate pronunce, quanto meno con riferimento ad elementi atti ad escludere nei soggetti predetti l'assenza dei requisiti di cui trattasi) anche per la censura in questione potrebbe profilarsi la possibilità di accoglimento. Dall'approfondimento della problematica con essa posta ai fini del riconoscimento di un'ulteriore causa di esclusione dalla gara della ricorrente principale, il Collegio ritiene peraltro di prescindere, dato che il ricorso incidentale è comunque da accogliere anche semplicemente all'esito dell'esame, sopra compiuto, della sua prima censura.

IV. L'accoglimento del ricorso incidentale non determina, tuttavia, nel caso di specie, il radicale difetto di legittimazione della ricorrente principale, dal momento che la gara in questione ha visto concorrere tra di loro due sole partecipanti e la stessa ricorrente principale HP Enterprise Services Italia formula a sua volta censure volte ad ottenere l'esclusione dell'aggiudicataria dalla gara e/o la ripetizione della procedura. Ed in effetti, tenuto anche conto dell'intervento della pronuncia della Corte di Giustizia U.E., sez. X, 4 luglio 2013 in causa C 100/12 e della nota efficacia ultra partes delle sentenze (ex art. 267 Trattato U.E.) della Corte di Giustizia interpretative del diritto

comunitario (Cassazione civile sez. trib.,11 dicembre 2012, n. 22577; id. sez. lav., 30 agosto 2004, n. 17350), il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria non può comportare di norma il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito della medesima gara, essendo ciascun concorrente, in definitiva, portatore di analogo e speculare interesse legittimo all'esclusione dell'offerta dell'altro (in termini v. TAR Lazio, III, 16/12/2013, n. 10863).

V. Passando quindi all'esame del ricorso principale, se ne devono anzitutto disattendere il primo e il secondo motivo, che si esaminano congiuntamente.

All'esito dei lavori della Commissione, dalla sommatoria dei punteggi per l'offerta economica e per l'offerta tecnica, è risultato primo classificato il RTI Accenture con 84,33/100 punti (di cui 66,16 punti su 70 per l'offerta tecnica e 18,17 punti su 30 per quella economica) e secondo classificato il RTI HP con 82,82/100 punti (di cui 55,82 punti su 70 per l'offerta tecnica e 27,00 su 30 per quella economica). Le censure all'esame vertono sui criteri di valutazione dell'offerta economica, ritenendo la ricorrente che la stazione appaltante abbia individuato una formula di calcolo del punteggio economico illegittima, in quanto non prevista dal Regolamento di cui al DPR n. 207/2010 (Allegato P) e comunque intrinsecamente irrazionale.

Al riguardo rileva in contrario la Sezione quanto segue:

a) dato fondamentale di partenza da sottolinearsi, per la soluzione della questione sollevata dalla ricorrente, è quello che, ad avviso della Sezione stessa, l'elencazione delle formule di calcolo del punteggio per l'offerta economica contenute nell'Allegato P al DPR n. 207/2010 è meramente esemplificativa, indicativa, non tassativa e comunque non tale da elidere la possibilità di scelta tecnico discrezionale da parte della Stazione appaltante di formule anche diverse da quelle previste e di formule altresì anche risultanti dalla combinazione e dall'adattamento di quelle espressamente contemplate da legislatore nel citato Allegato. Depone in tal senso la stessa formulazione letterale dell'Allegato medesimo ("Il calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa può essere effettuato utilizzando a scelta della stazione appaltante uno dei seguenti metodi indicati nel bando di gara o nella lettera di invito: I) uno dei metodi multicriteri o multiobiettivi che si rinvengono nella letteratura scientifica quali, ad esempio, il metodo analityc hierarchy process (AHP)....."). Il riferimento alla "possibilità" e non la previsione di un obbligo assoluto, così come il cenno all'"esemplificazione" dei metodi di valutazione, avvalorano l'orientamento pacifico della giurisprudenza amministrativa, persistente anche nella vigenza del citato regolamento, per cui nelle gare pubbliche l'Amministrazione

gode di ampia discrezionalità nella scelta della formula da impiegare per la valutazione dell'offerta economica (v. CdS, V, n. 3239/2013);

b) nel caso di specie la legittimità dell'utilizzo da parte della Stazione appaltante di formule alternative rispetto a quelle previste dall'All. P sopra citato è stata riconosciuta anche dell'AVCP che con parere del 28.10.2011 ha ribadito che i criteri di cui al predetto Allegato sono facoltativi e la stazione appaltante ne può individuare altri previsti dalla letteratura scientifica o altri, purchè ragionevoli, congegnati mediante correttivi alle formule previste dal ripetuto Allegato;

c) il carattere ampiamente discrezionale della scelta da parte dell'Amministrazione della formula di attribuzione del punteggio economico è stata ribadito dall'AVCP nel parere n. 100 del 27.6.2012 ove, ancora una volta, si è precisato come la disamina del testo normativo consenta di escludere il carattere cogente delle prescrizioni normative, con la precisazione che semmai risvolti patologici possono derivare, non dalla semplice diversità della formula utilizzata rispetto a quelle contemplate dalla norma regolamentare, quanto piuttosto dalla sua concreta inidoneità a costituire corretto metodo di ponderazione degli elementi di valutazione dell'offerta;

d) è pertanto, nel caso all'esame, priva di fondamento anche l'asserzione di parte ricorrente secondo cui l'Amministrazione,

una volta optato per il metodo "aggregativo – compensatore" descritto nell'allegato P, era vincolata alla scelta di una delle due formule ivi menzionate nell'ambito del criterio stesso. Infatti, dalla non vincolatività delle formule descritte nell'allegato stesso deriva di per sé la legittimità dell'utilizzo di qualsiasi criterio di calcolo, purchè previsto dalla letteratura scientifica e non irragionevole;

e) la "formula parabolica" impiegata dall'Amministrazione risponde poi ai detti requisiti, tenuto conto delle particolarità tecniche del servizio in affidamento. Invero, una delle caratteristiche di tale formula è quella di disincentivare sconti eccessivi sul prezzo, in quanto l'incremento di punteggio ottenibile in corrispondenza di prezzi molto bassi risulta essere minimo. In questo modo la competizione tende a concentrarsi su un intervallo di prezzi più ristretto, vicino alla base d'asta. Si tratta di una opzione legittima quando l'Amministrazione già reputa abbastanza congruo il valore identificato nella base d'asta, rispetto alla quale, pena la compromissione della qualità dei servizi richiesti, non si aspetta scostamenti eccessivi. Nel caso di specie, come risultava espresso anche nella determina a contrarre, la qualità dei servizi costituiva interesse prioritario dell'Amministrazione, per cui la formula parabolica costituiva metodo particolarmente adeguato correlativamente alle dette esigenze; d'altra parte il livello qualitativo di assoluta rilevanza

richiesto dalla stazione appaltante per il servizio da affidare emerge ictu oculi dalla documentazione depositata in giudizio dalla difesa erariale e ad esso si è accompagnato evidentemente un congegno valutativo delle offerte economiche teso a contenere i ribassi eccessivi ed a concentrare quindi i partecipanti precipuamente sugli aspetti qualitativi;

f) è acquisito dunque che la stazione appaltante possa scegliere con ampia discrezionalità la formula da utilizzare per il punteggio dell'offerta economica, a condizione che i criteri prescelti siano coerenti con l'oggetto dell'appalto, le regole di gara non siano poi tali da annullare il rilievo dell'offerta economica nella ponderazione dei fattori idonei a determinare l'aggiudicazione e purchè non si pervenga al risultato paradossale di assegnare il maggior punteggio complessivo ad un'offerta più elevata di altre. Ciò, peraltro, sicuramente non si è verificato nel caso di specie. Né è condivisibile il profilo di doglianza dell'istante secondo cui la formula in questione avrebbe appiattito i punteggi conseguibili, impedendo l'utilizzo dell'intero "range" di 30 punti teoricamente previsto e impropriamente spostato il baricentro sulle valutazioni qualitative e discrezionali della Commissione, consentendo oltretutto, con la formula prescelta (di tipo "indipendente"), il calcolo ex ante del punteggio conseguibile. Invero: la Commissione ha utilizzato 27 dei 30 punti disponibili (tanti

sono infatti i punti assegnati alla ricorrente contro i 18,17 attribuiti al RTI aggiudicatario); né la ricorrente può pretendere il massimo punteggio, dal momento che non necessariamente l'offerta risultata migliore in una gara di appalto è la migliore offerta possibile negli intendimenti della stazione appaltante (cfr. CdS, VI, n. 3404/2009); lo scarto dei punteggi economici, 8,83 punti su 30, è risultato percentualmente significativo e comunque (se si ha riguardo alle suindicate caratteristiche dell'appalto) non tale da svilire il rilievo delle offerte economiche appiattendo l'esito del relativo confronto; se è vero poi che il punteggio massimo di 30 avrebbe potuto essere conseguito soltanto con un ribasso del 58,42%, sta di fatto che comunque tale punteggio massimo era teoricamente conseguibile e che, stando a quanto rimarca il Ministero in sede difensiva, in virtù delle caratteristiche della formula parabolica, già con uno sconto del 30% si ottiene il punteggio 29,15, mentre con uno sconto del 40% si ottiene un punteggio di 29,82; il fatto che, come senza repliche precisa l'Amministrazione, con un ulteriore sconto del 5,43% rispetto a quello praticato la parte ricorrente avrebbe vinto la gara dimostra che il meccanismo di calcolo del punteggio economico (e conseguentemente del punteggio totale) non era, nei fatti, "proibitivo" per l'operatore che avesse voluto puntare in misura rilevante sui punti disponibili per la parte economica dell'offerta;

g) circa la critica, poi, ad una formula che, in contrasto con i principi di segretezza delle offerte, consenta alle ditte concorrenti, sulla base di un mero calcolo matematico, l'immediata individuazione del massimo punteggio attribuibile alla propria offerta economica, si tratta di questione sulla quale la giurisprudenza ha già avuto modo di pronunciarsi, affermando tra l'altro "che la conoscenza, da parte dei concorrenti, dell'offerta con cui ottenere il miglior punteggio economico non può avere rilievo determinante sull'esito della gara con riferimento alla necessaria sommatoria di tale punteggio con quello tecnico, che resta di contenuto incerto e considerato che, comunque, i concorrenti si trovano tutti nella medesima condizione ai fini della valutazione delle norme di gara per cui non può ipotizzarsi alcuna discriminazione tra gli stessi" (CdS, V, n. 5952/2010);

h) fermo restando, inoltre, che le regole seguite non hanno, nel caso, affatto azzerato o irrazionalmente appiattito il rilievo dell'offerta economica nell'economia dell'appalto, non si può non confermare che è comunque legittimo (in quanto riservato alla scelta discrezionale della stazione appaltante) l'utilizzo di una formula che scoraggi ribassi economici eccessivi cui corrisponderebbero, inevitabilmente (nella non illogica prefigurazione dell'Amministrazione), scadimenti qualitativi di una prestazione di cui, come nella specie, sia particolarmente

importante il livello tecnico qualitativo e di eccellenza richiesto. Né l'utilizzo della formula parabolica in questione, viste le caratteristiche della prestazione, appare al Collegio aver oltre misura alterato le regole di gara dell'offerta economicamente più vantaggiosa, essendo comunque rimasto integro, pur con gli accorgimenti derivanti dall'utilizzo della formula in contestazione, il rilievo del prezzo nell'economia complessiva della gara de qua;

i) deve poi rimarcarsi, ad abundantiam, con riferimento alla prima delle censure all'esame, come in ogni caso la ricorrente non avrebbe potuto pretendere, stante la non vincolatività delle formule e dei metodi previsti dall'Allegato P al DPR n. 207/2010, che l'Amministrazione, in caso di riconoscimento dell'illegittimità (che non sussiste) della formula utilizzata, dovesse proseguire la gara portandola a compimento con una qualsiasi delle altre formule previste dal citato Allegato, in quanto l'Amministrazione sarebbe restata invece pur sempre libera di scegliere un metodo di computo del punteggio economico ancora diverso, da ciò derivando anche profili di carenza di interesse alla suddetta richiesta azionata dall'istante.

Le censure esposte vanno quindi respinte.

VI. E' poi infondata, ad avviso del Collegio, anche la censura mossa dalla ricorrente nel terzo motivo del ricorso e con la quale l'impresa istante, richiamando l'orientamento interpretativo

dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 10 del 4.5.2012 e n. 21 del 7.6.2012) formatosi sull'obbligo di dichiarazione, per l'impresa concorrente in una pubblica gara d'appalto, ex art. 38 comma 1 lett. c), del D.Lgs. n. 163/2006, anche per gli amministratori e i direttori tecnici delle società o imprese cedute alla concorrente medesima ovvero nella stessa fuse o incorporate, assume che a fronte di un bando di gara pubblicato il 14.8.2012 (quindi successivo alle predette pronunce) nel caso di specie le dichiarazioni di gara del RTI controinteressato difettano di qualunque accenno al possesso (o meno) del requisito in questione, ex art. 38, comma 1, lett. c), per gli amministratori e i direttori tecnici delle società cedenti o incorporate, tenuto conto che:

- in data 29.9.2011 è stata deliberata la fusione tra la mandante dell'ATI aggiudicataria Telecom Italia (incorporante) e Telecom Italia Audit and Compliance Services Soc. Cons. (incorporata);
- il 1° agosto 2012 Telecom Italia si è fusa per incorporazione con SAIAT Società Attività Intermedie Ausiliarie (incorporata);
- il 2 agosto 2012 Engineering (altra mandante dell'ATI aggiudicataria) ha acquistato l'intero complesso aziendale di Opera 21 Nord Ovest srl a socio unico.

Ad avviso della ricorrente, per la carenza delle dette dichiarazioni, l'ATI Accenture doveva essere dunque esclusa dalla gara.

Reputa invece il Collegio, anche sulla base delle attente difese sul punto dell'aggiudicataria ed alla luce di una considerazione sostanzialistica della conferente normativa e della vicenda concreta, che i rilievi come sopra mossi possano essere disattesi, alla stregua delle seguenti considerazioni:

1) quanto alla fusione per incorporazione di SAIAT, evidenzia correttamente la controinteressata che con la delibera, citata dalla ricorrente, del 1° agosto 2012, è stato solo approvato il progetto di fusione ai sensi dell'art. 2502 c.c.. Peraltro, a norma dell'art. 2503, co. 1, c.c., la fusione può essere attuata solo dopo 60 gg. dalla iscrizione nel registro delle imprese della delibera di approvazione, ex art. 2502 bis c.c., potendo entro tale termine opporsi i creditori e gli obbligazionisti. Solo dopo l'iscrizione nel Registro delle imprese, ai sensi dell'art. 2504 bis, co. 2, c.c., l'operazione produce i suoi effetti. Nella specie, la fusione è stata attuata con atto notarile del 18.10.2012, iscritto il 29.10.2012. Ne consegue, da un lato, che la fusione in questione si è compiutamente realizzata dopo la pubblicazione del bando di gara (14/22.8.2012) e comunque in data successiva alle dichiarazioni, ex art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, rese il 22.10.2012, e dall'altro, che l'operazione non poteva assumere alcuna rilevanza ai fini delle dichiarazioni medesime, che dovrebbero infatti riguardare, per quanto qui interessa, gli amministratori di società fuse nell'anno antecedente il bando

stesso (stante l'equiparazione/identificazione con gli amministratori cessati nel medesimo arco di tempo, ex art. 38 sopra citato);

2) con riguardo alla fusione per incorporazione di Telecom Italia Scarl, anche in questo caso il rilievo mosso è infondato, dal momento che per il dott. Aldo Minucci, che fino al perfezionamento della fusione ricopriva la carica di Presidente e legale rappresentante della predetta società, la dichiarazione in questione (relativa al possesso dei necessari requisiti di idoneità morale), ricoprendo egli attualmente la carica di Vice Presidente di Telecom Italia spa, è stata, con riferimento a tale veste, regolarmente prodotta in gara e pertanto ciò impone di considerare integralmente assolto l'onere dichiarativo comunque riferibile a tale soggetto. Quanto al dott. Federico Maurizio D'Andrea, all'epoca Vice Presidente di TI Audit, Consigliere e Direttore Generale (cui fa riferimento la ricorrente nella memoria depositata il 18.10.2013), occorre anzitutto rilevare che nel ricorso introduttivo (regolarmente notificato) la censura era genericamente limitata ad amministratori e direttori tecnici. Solo in memoria la contestazione viene estesa alla specifica posizione soggettiva di cui trattasi. E peraltro, il dott. D'Andrea, come risulta dalle visure camerali in atti, non era amministratore né direttore tecnico di TI Audit (figura non prevista nella struttura organizzativa della detta società fusa), e d'altra parte, nella

qualità di Consigliere Vice Presidente era rappresentante dell'impresa in questione (per il caso di assenza o impedimento del Presidente), ma non amministratore (non risultando essergli stati attribuiti, nella qualità predetta di Vice Presidente, i poteri gestori relativi all'attività sociale spettanti per legge e per statuto al Presidente). Gli obblighi dichiarativi ex art. 38 più volte citato presuppongono invece la compresenza, nei soggetti interessati ("amministratori muniti di potere di rappresentanza"), dei poteri gestionali oltre che rappresentativi. Né a tal fine possono, nel caso in esame, prendersi in considerazione le facoltà (per il vero di notevole portata) attribuite al D'Andrea come Direttore Generale, in quanto i direttori generali, sebbene siano soggetti, ai sensi dell'art. 2396 cod. civ. - quando vengono nominati dall'assemblea o dal Consiglio di amministrazione in base a disposizione dell'atto costitutivo - alle medesime norme disciplinanti le responsabilità degli amministratori, non si identificano con questi ultimi, né fanno parte dell'organo amministrativo della società, ma configurano un distinto organo con compiti di direzione interna, amministrativa o tecnica (cfr. TAR CT n. 2006/2009). In assenza di una prescrizione della lex specialis che a tali soggetti (diversi dagli amministratori e dai direttori tecnici) estenda l'onere dichiarativo in questione, esso dunque non può riguardarli per la posizione rivestita di Direttori Generali. Inoltre la giurisprudenza ritiene che " il

potere del direttore generale di rappresentare verso l'esterno la società (sia egli nominato dall'assemblea, ovvero per disposizione dell'atto costitutivo) può ritenersi sussistente solo in conseguenza di una specifica attribuzione ricevuta in tal senso dall'organo amministrativo, ovvero quando tale potere inerisca, intrinsecamente, alla natura stessa dei compiti affidatigli. In tutti gli altri casi, il potere rappresentativo.... deve ritenersi insussistente, esplicando il direttore generale una attività meramente interna od esecutiva" (giurisprudenza costante, cfr. Cassazione civile, sez. III, 27 aprile 2007 n. 10096; Cassazione civile, sez. II, 15 novembre 2006 n. 24298; Cassazione civile , sez. lav., 12 dicembre 2003 n. 18995). Nel caso poi (come è in effetti quello di cui trattasi) in cui i poteri rappresentativi e gestori siano stati formalmente attribuiti al Direttore Generale, la sua posizione deve essere assimilata, per ciò che attiene agli obblighi di dichiarazione dell'impresa partecipante alla gara in ordine ai requisiti di moralità (art. 38, lett. b) e c), del d.lgs. n. 163 del 2006), a quella dei soggetti che non rivestono la qualifica formale di amministratore o di direttore tecnico, e che tuttavia in virtù di procura conferita sono in grado di impegnare la compagine sociale nei confronti dei terzi. Di tale questione (con particolare riferimento ai procuratori delle società) si è ex professo risolutivamente occupata l'Adunanza Plenaria del CdS (decisione 16/10/2013 n. 23) la quale, pur riconoscendo che tali

figure, quando assommano i poteri di amministratore di fatto e di rappresentante della società, rientrano nel novero dei soggetti richiamati dall'art. 38, co. 1 lett. c) del D.Lgs. n. 163/2006, tuttavia ha precisato che "qualora la lex specialis non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta non già per la mera omessa dichiarazione ex art. 38 cit., ma soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione". Nella specie stante la mancanza della detta comminatoria, assume rilievo nel caso di specie, ai fini della regolarità della posizione di cui trattasi, l'assenza di elementi ostativi penali (come da incontestate dichiarazioni in atti dello stesso dott. D'Andrea). Solo ad abundantiam, dunque, è appena il caso di precisare che in ogni caso l'omessa dichiarazione dei requisiti degli amministratori TI Audit non lascia emergere (secondo quanto in generale appare postulato dall'Adunanza Plenaria nella decisione n. 10/2010, ai fini del riconoscimento dell'obbligo di dichiarazione) alcun intento elusivo dei divieti di partecipazione alle gare pubbliche, atteso che detta società svolgeva, per statuto, una mera funzione di controllo interno delle società del gruppo Telecom; era dunque mera società strumentale Telecom; né poteva partecipare (e non ha mai partecipato) a gare per aggiudicazione di appalti esterni;

3) resta da esaminare la vicenda relativa all'acquisizione del ramo

d'azienda di Opera 21 Nord Ovest da parte di Engineering (mandante dell'ATI aggiudicataria della gara de qua). L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 10/2012), giustifica l'obbligo di dichiarazione ex art. 38, co. 1, lett. c), del D:lgs. n. 163/2006, riferito agli amministratori delle società o imprese o rami di imprese cedute (e acquisite quindi dalla partecipante alla gara), in quanto tali soggetti sono qualificabili come amministratori "cessati" dell'impresa cessionaria nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara e quindi rientranti nel disposto della norma suddetta. Il presupposto condizionante sotteso a tale interpretazione del dato normativo è che si tratti tuttavia, si afferma nella medesima pronuncia, di casi "in cui affiori l'intento di eludere la norma in relazione a vicende in atto o prevedibili" ovvero quello di "impedire anche solo la possibilità di inquinamento dei pubblici appalti di lavori, servizi e forniture derivante dalla partecipazione alle relative procedure di affidamento di soggetti di cui sia accertata la mancanza di rigore comportamentale con riguardo a circostanze gravemente incidenti sull'affidabilità morale e professionale". Ebbene, nel caso di specie, come plausibilmente afferma la controinteressata nelle proprie difese: non risultano indici della continuità gestionale dell'azienda ceduta nella azienda cessionaria ai fini della partecipazione alla gara de qua per eludere la rigorosa normativa di partecipazione riferita ai

requisiti degli amministratori; l'Amministratore e legale rappresentante di Opera 21 risulta immune da pregiudizi penali e ha conservato tra l'altro la sua carica nella cedente; la cessione del ramo d'azienda, come ora a posteriori può ritenersi denotato, secondo quanto fatto presente dalla difesa della controinteressata, anche da una sentenza del luglio 2013 di ammissione di Opera 21 (holding del gruppo originariamente titolare del ramo d'azienda ceduto) al procedimento di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi ex D.Lgs. n. 270/99, è avvenuta nell'ambito di un'ampia operazione societaria volta al salvataggio del gruppo, per cui essa non cela alcun intento elusivo specifico dei vincoli posti dal ripetuto art. 38. Soggiunge peraltro la controinteressata, al fine di avvalorare l'autonomia e discontinuità gestionale di cedente e cessionaria, che Opera 21 , anche dopo la cessione, ha continuato a partecipare a pubbliche gare d'appalto.

In aggiunta a ciò, rileva il Collegio che nella lex specialis disciplinante la gara de qua non era previsto l'obbligo dei concorrenti di dichiarare i requisiti ex art 38, co. 1 lett. c) più volte citato specificamente anche per gli amministratori e direttori tecnici delle aziende acquisite per cessione, sicchè, tenuto conto di ciò e del fatto che la gara si è svolta a ridosso della pronuncia suddetta dell'Adunanza Plenaria (da poco intervenuto all'epoca del bando), non può non applicarsi il

principio affermato nella medesima decisione (n. 20/2012) per cui, come già sopra rilevato, "in caso di mancata presentazione della dichiarazione e sempre che il bando non contenga al riguardo una espressa comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione" (vedi anche CdS, III, n. 1494/2013; V, n. 6061/2012; VI, n. 541/2013; V, n. 911/2013; VI, n. 311/2013).

L'assenza di cause di esclusione di cui alla dichiarazione effettuata a posteriori dall'Amministratore di Opera 21 Nord Ovest e depositata in giudizio dalla controinteressata, impedisce dunque, sulla base anche di tutte le circostanze, particolarità del caso e considerazioni sopra esposte, che possa accogliersi la censura mossa ai fini dell'esclusione della controinteressata dalla gara de qua. La doglianza va quindi disattesa.

VII. Dato poi l'accoglimento del ricorso incidentale "escludente", la ricorrente principale non ha più alcun interesse all'esame del quarto motivo, che riguarda la valutazione delle offerte tecniche ma non (stando alla stessa formulazione delle censure mosse) l'ammissione della controinteressata alla gara (o alla prosecuzione della stessa) o profili volti ad inficiare in radice la gara stessa.

Il ricorso principale deve essere quindi respinto, anche nella parte concernente gli aspetti risarcitori.

Conclusivamente pronunciando sulla controversia, il Collegio accoglie il ricorso incidentale e respinge quello principale, come sopra precisato.

La complessità e peculiarità delle questioni esaminate inducono tuttavia a compensare, tra le parti, spese ed onorari.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e su quello incidentale, accoglie quest'ultimo e respinge il primo, come da motivazione.

Compensa spese ed onorari.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere, Estensore

Giuseppe Sapone, Consigliere

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/03/2014

IL SEGRETARIO

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