

Compatibilità sovranazionale e interna del rito appalti super-accelerato.

di Alessandro Costa

Data di pubblicazione: 1-9-2019

1. L'onere dell'immediata impugnazione dell'ammissione alla gara degli altri concorrenti ad una gara pubblica, previsto dal comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a., non contrasta né con il diritto europeo, a condizione che i provvedimenti emessi in tale fase siano accompagnati dall'esposizione dei motivi pertinenti così da garantire che gli interessati possano conoscere dei vizi di legittimità eventualmente verificatisi, né con i principi costituzionali, non essendo ingiustificatamente lesivo del diritto a contestare in giudizio gli atti della pubblica amministrazione garantito dal combinato disposto dei più volte citati artt. 24 e 113 Cost.

Guida alla lettura

Nonostante il rito super-accelerato in materia appalti sia stato mandato in soffitta dal D.L. 32/2019 (Decreto Sblocca cantieri convertito con la Legge 14 giugno 2019 n. 55) attraverso l'abrogazione dei commi 2 *bis* e 6 *bis* dell'art. 120 c.p.a., la giurisprudenza continua a manifestare interesse verso la materia.

Richiamando la pronuncia della Corte di Giustizia 14 febbraio 2019 in causa C-54/18, la V sezione del Consiglio di Stato afferma che l'onere di impugnare l'ammissione di un concorrente alla gara risulta pienamente compatibile con il diritto europeo. Nel dettaglio alcun contrasto è intravedibile tra il rito in esame e i principi di accessibilità ed efficacia dei ricorsi (sanciti dagli artt. 1 par. 3 e 2 *quater* della Direttiva 89/665, così come modificati dalla successiva Direttiva 2007/66), a condizione che i provvedimenti emessi in tale fase siano accompagnati dall'esposizione dei motivi pertinenti, così da garantire che gli interessati possano conoscere dei vizi di legittimità eventualmente verificatisi, sia pure nell'ipotesi in cui per effetto dell'inutile decorso del termine previsto per reagire in sede giurisdizionale ogni ulteriore contestazione rimanga preclusa.

Ad analoghe conclusioni la Corte giunge anche in relazione alla conformità del rito speciale appalti con i principi costituzionali, in specie quelli di cui agli artt. 24 e 113 Cost. l'idoneità del rito sulle ammissioni ad attribuire al ricorrente un'apprezzabile utilità rende evidente che la scelta legislativa non è ingiustificatamente lesiva del diritto a contestare in giudizio gli atti della p.a. garantito dal combinato disposto dei più volte citati artt. 24 e 113 Cost., al contrario costituendo un ragionevole bilanciamento tra le contrapposte esigenze dell'impresa partecipante alla gara e della amministrazione appaltante.

Anche nell'interpretazione adeguatrice data dalla Corte di Lussemburgo il comma 2 *bis* dell'art.

120 c.p.a. risulta conforme con i principi costituzionali interni: il ricorso infatti non risulta impedito dalla previsione di un termine di 30 giorni rispetto ad un atto di cui si conoscano le sottostanti ragioni.

Ad una differente conclusione non induce neppure la considerazione che l'eventuale accoglimento dell'impugnazione non attribuirebbe al ricorrente l'utilità finale connessa alla procedura di gara. Come ampiamente sostenuto dalla Plenaria del 26 aprile 2018 n. 4, infatti, *“se da un lato l'accertamento di una causa di esclusione di un competitore per il medesimo contratto pubblico rappresenta comunque un vantaggio in vista del conseguimento del medesimo risultato ultimo, dall'altro si determina un regime di relativa stabilità del provvedimento di aggiudicazione con la preclusione a far valere nei confronti dell'atto finale di gara eventuali vizi di fasi precedenti”*.

In chiusura il Supremo Consesso amministrativo passa ad analizzare il *dies a quo* del termine per l'impugnazione, al riguardo precisando che precedentemente alle modifiche introdotte dal D.lgs. 19 aprile 2017 n. 56 (primo correttivo al Codice dei contratti pubblici 2016), a seguito delle quali si è sancita espressamente la necessità della pubblicazione ai fini della decorrenza del termine per azionare il rimedio di cui all'art. 120 comma 2 *bis* c.p.a., non vi sono ragioni sufficienti per applicare anche al provvedimento di ammissione alla gara la regola generale sulla conoscibilità dell'atto e sulla sua lesività. Conseguentemente nel regime anteriore all'entrata in vigore del citato correttivo va ritenuta sufficiente ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione la conoscenza comunque avvenuta dell'ammissione (es. durante la seduta di gara).

Ad onor del vero, la sezione richiama un opposto orientamento secondo cui la conoscenza acquisita in forme differenti dalla pubblicazione del provvedimento di ammissione è ritenuta comunque irrilevante anche nel regime antecedente all'entrata in vigore del D.lgs. 56/2017 (cfr. Cons. Stato, sez. III, 29 marzo 2019, n. 2079).

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 604 del 2018, proposto da Apkappa s.r.l. (già A.P. Systems s.r.l.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gabriele Pafundi e Cataldo Giuseppe Salerno, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Giulio Cesare, n. 14;

contro

Comune di Santa Marinella, in persona del commissario straordinario, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Orlando, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Sistina, n. 48;

Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Santa Marinella, Manziana, Trevignano Romano e Ladispoli, non costituita in giudizio;

nei confronti

We-Com s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Vitali, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, viale delle Milizie, n. 38;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 11410/2017, resa tra le parti;

FATTO

1. La Apkappa s.r.l. propone appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio in epigrafe, con cui è stato respinto il suo ricorso per l'annullamento degli atti della procedura di affidamento in appalto dei servizi informativi ed informatici del Comune di Santa Marinella, aventi ad oggetto la fornitura e l'attivazione di un sistema informativo integrato con gli applicativi erogato in modalità ASP/SAAS (*cloud computing*), dotato di una banca dati unica per tutte le applicazioni e la gestione centralizzata, di cui al bando pubblicato dalla Centrale unica di committenza tra i Comuni di Santa Marinella, Manziana, Trevignano Romano e Ladispoli il 10 febbraio 2017.

2. All'esito della selezione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la gara era stata aggiudicata alla We - Com s.r.l. (con determinazione del Comune di Santa Marinella n. 52 del 1° giugno 2017). Con il ricorso di primo grado la Apkappa (all'epoca A.P. Systems s.r.l.), unica altra concorrente, collocatasi al secondo posto della graduatoria, ha censurato: l'ammissione alla gara della We - Com, perché priva delle certificazioni ISO 272001 e ISO 9001 richieste dalla normativa di gara (primo motivo); l'aggiudicazione a favore della predetta We - Com, perché la verifica da parte della commissione di gara della rispondenza del prodotto informatico offerto alle esigenze dell'amministrazione in seduta riservata non era stata compiutamente verbalizzata (secondo motivo), per difetto di motivazione nell'attribuzione dei punteggi per le offerte tecniche, a causa dell'indeterminatezza dei relativi criteri e l'insufficiente specificazione in sub-criteri e

sub-punteggi, oltre che per mancata previsione di una forcella di punteggio tra il minimo e il massimo, ai sensi dell'art. 95, comma 8, del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (terzo motivo).

3. Con la sentenza in epigrafe il Tribunale adito ha:

- dichiarato inammissibile il motivo concernente l'ammissione alla gara dell'aggiudicataria, perché *«non proposto con il rito super-accelerato di cui al comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a.»*;

- affermato che il medesimo motivo sarebbe stato in ogni caso irricevibile, perché proposto con ricorso notificato il 12 giugno 2017, oltre il termine di 30 giorni decorrente *«dal momento della comunicazione ad ogni concorrente della ammissione degli altri competitori»*, avvenuta nel caso di specie in occasione della seduta di gara n. 1 del 3 aprile 2017, e che in ogni caso la conoscenza della medesima ammissione poteva essere fatta risalire alla seduta di gara dell'11 aprile 2017, alla quale *«la stazione appaltante aveva invitato entrambe le concorrenti a presentarsi per la seduta dimostrativa»* dei sistemi informatici da ciascuna offerti;

- respinto il secondo motivo, sul rilievo che la dimostrazione delle caratteristiche del prodotto offerto *«non rientrava nei criteri di valutazione delle offerte»*, per cui nessuna verbalizzazione era dovuta;

- respinto la prima censura del terzo motivo di ricorso, sulla base del fatto che *«i 7 criteri di valutazione delle offerte tecniche sono in parte articolati in distinti sotto-criteri, talvolta accompagnati anche da specifici sotto-punteggi e, in ogni caso, dettagliatamente descritti con l'indicazione, per ciascuno di essi, degli elementi qualitativi delle offerte tecniche da prendere in considerazione per la concreta applicazione dei criteri nella fase valutativa»*; dichiarato inammissibile la seconda censura del medesimo motivo *«in quanto oscura e incomprensibile»*.

4. Con l'appello la Apkappa (nuova denominazione della A.P. Systems) ripropone i motivi della propria impugnazione, a suo avviso malamente apprezzati ed ingiustamente respinti.

5. Si sono costituiti in resistenza il Comune di Santa Marinella e la We – Com.

6. Quest'ultima ha proposto appello incidentale, contenente le censure del proprio ricorso incidentale "escludente" già proposto in primo grado e dichiarato dal Tribunale amministrativo improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse in conseguenza del rigetto del ricorso principale della A.P. Systems.

DIRITTO

1. La We – Com ha eccepito l'inammissibilità del ricorso di primo grado, a causa del fatto che la A.P. System ha con esso impugnato non già l'aggiudicazione definitiva della gara, emessa invece nelle more del presente appello, con determinazione n. 49 del 28 febbraio 2018 del Comune di Santa Marinella, ma la prodromica approvazione dei verbali di gara di cui alla sopra

citata determinazione della Centrale unica di committenza n. 52 del 1° giugno 2017.

2. L'eccezione è infondata.

3. Col provvedimento impugnato il Comune di Santa Marinella, oltre ad approvare i verbali di gara e la graduatoria finale redatta dalla commissione giudicatrice, ha anche approvato «*la proposta di aggiudicazione alla Società WE-COM S.r.l.*» del servizio posto a gara (così il punto n. 3 del dispositivo). Nel medesimo atto l'amministrazione ha quindi dato atto «*che provvederà all'aggiudicazione definitiva successivamente alla verifica dei requisiti di cui all'art. 80 del decreto legislativo 50/2016...*» (punto n. 4 del dispositivo). La sopravvenuta determinazione n. 49 del 28 febbraio 2018 è stata quindi resa all'esito della «*verifica del possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara, al fine di avere riscontro dell'insussistenza di cause di esclusione a contrarre con la P.A. da parte di We Com Srl*». Con essa si è dato atto che «*l'aggiudicazione provvisoria*», disposta a favore di quest'ultima con la parimenti citata determinazione n. 52 del 1° giugno 2017, «*è divenuta efficace in seguito ad esito positivo della verifica*».

4. Tanto premesso in fatto, l'approvazione degli atti di gara compiuti dalla commissione giudicatrice e della proposta di aggiudicazione dalla stessa formulata (che nel vigore del previgente codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, era definita aggiudicazione provvisoria) ha sostanza di aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'art. 32, comma 5, del codice dei contratti pubblici, ovvero di atto conclusivo della procedura di gara, con cui l'amministrazione individua il proprio contraente. Sono per contro irrilevanti e non vincolanti per questo giudice le qualificazioni formali date dal Comune di Santa Marinella ai propri atti.

5. Deve quindi concludersi che l'interesse per la A.P. System ad impugnare gli atti della procedura di affidamento è sorto con la determinazione n. 52 del 1° giugno 2017 del Comune di Santa Marinella, in conformità ai principi affermati dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza 31 luglio 2012, n. 31 (pur nel vigore del previgente codice dei contratti pubblici, ma con affermazioni di principio valide anche per quello attualmente in vigore), secondo cui il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva decorre per gli altri concorrenti dal momento in cui essi hanno ricevuto la comunicazione di quest'ultimo provvedimento, e non dal momento, eventualmente successivo, in cui la stazione appaltante abbia concluso con esito positivo la verifica del possesso dei requisiti di gara in capo all'aggiudicatario. Come ha chiarito l'organo di nomofilachia della giurisprudenza amministrativa, anche prima che di divenire efficace per effetto della positiva verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, l'aggiudicazione definitiva da un lato fa sorgere in capo al concorrente selezionato «*una aspettativa (...) alla stipulazione del contratto di appalto, che è ex lege subordinata all'esito positivo della verifica; nel contempo, il medesimo atto produce nei confronti degli altri partecipanti alla gara un effetto immediato, consistente nella privazione definitiva, salvo interventi in autotutela della stazione appaltante o altre vicende comunque non prevedibili né controllabili, del "bene della vita" rappresentato dall'aggiudicazione della gara*». Rispetto a quanto affermato dall'Adunanza plenaria va aggiunto che eventuali vizi della successiva fase di verifica dei requisiti di partecipazione potranno essere eventualmente fatti valere con motivi aggiunti rispetto a quelli proposti con ricorso contro l'aggiudicazione definitiva, il quale è comunque necessario per l'ammissibilità dell'impugnazione degli atti di

gara.

6. Passando all'esame dei motivi dell'appello della Apkappa si osserva quanto segue.

7. Con il primo motivo viene riproposta la censura diretta a sostenere che la We – Com avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, perché priva delle certificazioni di qualità ISO 272001:2013 e ISO 9001:2008 richieste ai fini della relativa partecipazione (al disciplinare di gara, lett. B4, pagina 7). Si sostiene che il Tribunale avrebbe errato nel ritenere la censura inammissibile perché non proposta nelle forme del c.d. rito sulle ammissioni alla gara ex art. 120, comma 2-*bis*, cod. proc. amm. (oggi abrogato), senza delibare le questioni di costituzionalità da essa sollevate nei confronti di tale disposizione nella propria memoria conclusionale. A quest'ultimo riguardo, la Apkappa ribadisce che con tale disposizione sarebbero vanificati i principi di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale affermati per i ricorsi contro gli atti di procedure di affidamento di contratti pubblici dalla direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007 (*di modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici*), oltre che il diritto di azione contro gli atti amministrativi, sancito dagli artt. 24 e 113 della Costituzione. Ciò nella misura in cui per effetto della norma censurata l'onere di impugnare gli atti di gara è anticipato alla fase di ammissione dei concorrenti, anche se è incerto se essi diverranno poi aggiudicatari e dunque nessuna utilità si è consolidata; ed è per contro impedito di fare valere i vizi relativi alla medesima fase in via derivata rispetto all'atto conclusivo della procedura di gara.

8. Con il secondo motivo d'appello è censurata la dichiarazione di irricevibilità del medesimo motivo concernente l'ammissione alla gara della controinteressata We – Com; secondo l'appellante, il giudice di primo grado non si sarebbe avveduto che tale ammissione non era mai stata pubblicata ai sensi dell'art. 29 del codice dei contratti pubblici e che pertanto in assenza di tale insostituibile adempimento, come statuito dalla giurisprudenza amministrativa, non era possibile per essa appellante sapere se la We - Com fosse o meno in possesso dei requisiti di partecipazione. Si aggiunge che solo con la pubblicazione in data 1° giugno 2017 nell'albo pretorio *on-line* del provvedimento di aggiudicazione, recante l'approvazione dei verbali di gara, tale conoscenza è stata acquisita.

9. I motivi, che possono essere esaminati congiuntamente, perché concernenti entrambi l'ammissibilità della censura relativa ai requisiti di partecipazione alla gara dell'aggiudicataria, sono infondati.

10. Sulla compatibilità del c.d. rito sulle ammissioni introdotto con l'allora vigente art. 120, comma 2-*bis*, cod. proc. amm. con i principi di diritto euro-unitario stabiliti per le procedure di ricorso contro atti di procedure di affidamento di contratti pubblici si è pronunciata la Corte di Giustizia, con ordinanza del 14 febbraio 2019, nella causa C-54/18 (*Cooperativa Animazione Valdocco*). La Corte di giustizia ha affermato che l'onere di impugnare l'ammissione di un concorrente alla gara è compatibile con il diritto europeo, osservando in particolare che non vi è contrasto tra il c.d. rito sulle ammissioni alla gara ed i principi di accessibilità ed efficacia dei ricorsi sanciti dagli artt. 1, par. 3, e 2 *quater* della direttiva 89/665, come modificati dalla sopra citata direttiva 2007/66, a condizione che i provvedimenti emessi in tale fase siano

accompagnati dall'esposizione dei motivi pertinenti, così da garantire che gli interessati possano conoscere dei vizi di legittimità eventualmente verificatisi, ed anche se per effetto dell'inutile decorso del termine previsto per reagire in sede giurisdizionale ogni ulteriore contestazione sia preclusa (cfr. in particolare i §§ 38 e 49).

11. Se pertanto sulla questione relativa alla conformità del rito sulle ammissioni ex art. 120, comma 2-*bis*, cod. proc. amm. con il diritto sovranazionale vi è un precedente specifico in termini sulle questioni sollevate dalla Apkappa, tale da rendere la questione chiara e non più rimediabile, ad analoghe conclusioni deve giungersi anche in relazione ai dubbi di costituzionalità sollevati dalla medesima appellante.

Nell'interpretazione adeguatrice data dalla Corte di giustizia la disposizione di legge nazionale ora richiamata risulta infatti conforme anche con il diritto di azione nei confronti degli atti contro la pubblica amministrazione: infatti il ricorso non è impedito dalla previsione di un termine di 30 giorni rispetto ad un atto di cui si conoscano le sottostanti ragioni.

A diversa conclusione non induce il fatto che l'eventuale accoglimento dell'impugnazione contro di esso non attribuirebbe al ricorrente l'utilità finale connessa alla procedura di gara. Infatti da un lato, l'accertamento di una causa di esclusione di un competitore per il medesimo contratto pubblico rappresenta comunque un vantaggio in vista del conseguimento del medesimo risultato ultimo; dall'altro lato si determina così un regime di relativa stabilità del provvedimento di aggiudicazione, con la preclusione a fare valere nei confronti dell'atto finale di gara eventuali vizi di fasi precedenti (a questo riguardo si rinvia ai rilievi svolti dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza 26 aprile 2018, n. 4). L'idoneità del rito sulle ammissioni ad attribuire al ricorrente un'apprezzabile utilità rende evidente che la scelta legislativa non è ingiustificatamente lesiva del diritto a contestare in giudizio gli atti della pubblica amministrazione garantito dal combinato disposto dei più volte citati artt. 24 e 113 della Costituzione, ma costituisce un ragionevole bilanciamento tra contrapposte esigenze dell'impresa partecipante e dell'amministrazione. Le questioni sollevate in relazione a tali parametri normativi vanno pertanto considerate manifestamente infondate ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*).

12. Ciò che occorre invece accertare alla luce dei principi di diritto espressi dalla Corte di giustizia è se nel caso concreto la A.P. System sia venuta a conoscenza dell'ammissione alla gara dell'aggiudicataria We – Com e delle ragioni a base di tale provvedimento.

13. Dalla lettura degli atti di gara la prova in questione può dirsi raggiunta.

14. Va innanzitutto richiamato il verbale della seduta di gara pubblica del 3 aprile 2017 (n. 1), in cui la commissione giudicatrice, alla presenza dei delegati delle due uniche concorrenti, ha verificato l'integrità e tempestività delle due buste pervenute per la partecipazione alla procedura di gara e, aperte le stesse, ne ha accertato il contenuto, di cui è verbalizzato l'elenco dettagliato. Inoltre, accertata la regolarità della documentazione contenuta nei plichi è stata disposta l'ammissione alla gara dei medesimi concorrenti.

Al termine della seduta la documentazione medesima è stata reinserita nei plichi per la successiva fase di valutazione delle offerte tecniche, cui sono state dedicate le sedute riservate da 2 a 4.

Nella seduta pubblica dell'11 maggio 2017, n. 5, la commissione giudicatrice ha dato lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche ed aperto le buste contenenti le offerte economiche; ha quindi attribuito i punteggi per queste ultime, formato conseguentemente la graduatoria di gara e formulato la proposta di aggiudicazione a favore della We - Com. Nel verbale relativo a tale seduta il delegato dell'odierna appellante – di cui quest'ultima non disconosce nel presente contenzioso il potere rappresentativo nei propri confronti - ha quindi fatto rilevare che la società proposta per l'aggiudicazione era priva delle certificazioni di qualità richieste dal disciplinare di gara ai fini della relativa partecipazione. A tale segnalazione la commissione ha replicato che la società avrebbe dovuto proporre l'impugnazione nel termine di 30 giorni dalla seduta pubblica in cui l'aggiudicataria è stata ammessa alla gara.

15. Sulla base delle risultanze di prova così descritte deve ritenersi che la A.P. System fosse a conoscenza della possibile causa di esclusione dalla gara della We – Com sin dalla prima seduta, quando cioè il plico recante la documentazione amministrativa di quest'ultima è stato aperto alla presenza dei delegati delle imprese partecipanti e nell'ambito di quella della medesima controinteressata sono effettivamente risultate mancanti le certificazioni di qualità richieste dal disciplinare di gara; il tutto come si ricava dal dettagliato elenco di cui al verbale.

Il dato di carattere storico è convergente poi con l'inferenza logica: tra la prima seduta di gara e la quinta, in cui il delegato dell'odierna appellante ha sollevato la questione, si sono svolte le sedute riservate dedicate alla valutazione delle offerte tecniche, per cui non è configurabile l'ipotesi alternativa della conoscenza della carenza del requisito partecipativo sopravvenuta nelle more della gara ed acquisita *aliunde*.

16. Posto dunque che già nella prima seduta di gara la commissione ha disposto in modo espresso l'ammissione delle due concorrenti sulla base della sopra descritta verifica documentale, deve concludersi che da tale momento quella interessata avrebbe potuto proporre ricorso ai sensi dell'art. 120, comma 2-*bis*, più volte citato.

17. A questo riguardo è irrilevante il fatto, dedotto da Apkappa nel secondo motivo d'appello, che il provvedimento di ammissione non sia stato pubblicato nelle forme previste dall'art. 29 del codice dei contratti pubblici. La necessità di tale adempimento ai fini del decorso del termine per proporre ricorso è stata infatti sancita dal decreto correttivo del medesimo codice, di cui al decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, mentre la gara oggetto del presente giudizio è stata pacificamente indetta in epoca precedente. Non è pertanto applicabile l'indirizzo giurisprudenziale richiamato dalla Apkappa a sostegno delle proprie censure che invece attribuisce a tale adempimento pubblicitario carattere indefettibile affinché possa decorrere il termine per impugnare l'altrui ammissione alla gara e per converso nega che lo stesso possa essere surrogato dalla presenza di un rappresentante dell'impresa concorrente alla seduta di gara in cui l'ammissione viene disposta (indirizzo da ultimo riaffermato da Cons. Stato, III, 17 giugno 2019, n. 4025, 25 febbraio 2019, n. 1312; V, 15 maggio 2019, n. 3151, 5 aprile 2019, n. 2243, 11 febbraio 2019, n. 985, 27 dicembre 2018, n. 7256, 7 novembre 2018, n. 6292, 22

ottobre 2018, n. 6005).

18. Deve peraltro segnalarsi che in alcune pronunce di questo stesso Consiglio di Stato la conoscenza acquisita in forme diverse dalla pubblicazione del provvedimento di ammissione è stata ritenuta comunque irrilevante anche nel regime antecedente all'entrata in vigore del citato correttivo (cfr. Cons. Stato, III, 29 marzo 2019, n. 2079; V, 8 gennaio 2019, n. 173). Tuttavia, prima che sia stata sancita in modo espresso la necessità della pubblicazione ai fini della decorrenza del termine per azionare il rimedio ex art. 120, comma 2-bis, cod. proc. amm. non vi sono ragioni sufficienti, legate all'esigenza di non sacrificare eccessivamente il diritto di difesa in giudizio, per applicare anche al provvedimento di ammissione alla gara le regole generali sulla conoscibilità dell'atto e della sua lesività. Sintomatica in questo senso è proprio la fattispecie oggetto del presente giudizio, in cui a fronte di una conoscenza acquisita nella prima seduta di gara e poi manifesta in occasione dell'ultima seduta, una volta concretizzatosi l'esito per l'originaria ricorrente sfavorevole della gara, la pubblicazione dei provvedimenti di ammissione non avrebbe fornito alla stessa alcuna conoscenza dell'illegittimità dell'altrui partecipazione alla gara ulteriore rispetto a quella ottenuta tramite la partecipazione alla prima seduta. Rispetto a comportamenti che nei termini finora descritti risultano opportunistici si palesano allora le esigenze di celere definizione del quadro dei legittimi partecipanti alla gara e di stabilità relativa degli atti dell'amministrazione aggiudicatrice espressi dall'Adunanza plenaria nella sentenza 26 aprile 2018, n. 4, sopra richiamata.

19. Alla luce dei rilievi finora svolti rimane conseguentemente rimessa agli apprezzamenti di carattere discrezionale dell'amministrazione medesima valutare se agire in autotutela, a fronte di una carenza delle certificazioni di qualità comunque emergente dalla documentazione di gara e risultante dal più volte menzionato elenco di cui al verbale della prima seduta di gara.

20. Con il terzo motivo d'appello viene riproposta la censura di carenza di motivazione nei giudizi concernenti le offerte tecniche, in cui la commissione di gara sarebbe incorsa allorché, avvalendosi della facoltà prevista dal disciplinare di gara, ha svolto la verifica dimostrativa della conformità dei programmi le esigenze tecniche dell'amministrazione comunale di Santa Marinella (nella seduta riservata del 20 aprile 2017, n. 3). La Apkappa sottolinea al riguardo che con formule stereotipate il verbale della seduta in questione si limita a dare atto che la commissione giudicatrice «*procede alla visione della DEMO*», senza ulteriore aggiunta, ed in particolare senza esporre gli esiti cui la visione della versione dimostrativa ha condotto, con conseguente violazione delle «*regole minimali di trasparenza, corre[tte]zza e di buona amministrazione*», oltre che dell'autovincolo alla verbalizzazione delle operazioni di gara derivante dal punto 14 del disciplinare. Con la medesima censura viene anche riprosto l'assunto secondo cui la dimostrazione di conformità dei programmi informatici offerti andava fatta in seduta pubblica, in modo da garantire il contraddittorio con i concorrenti.

21. Il motivo è infondato.

La verbalizzazione limitatasi a dare atto della verifica delle versioni dimostrative dei programmi informatici dei concorrenti è coerente con la natura dell'atto compiuto dalla commissione, di accertamento della sola corrispondenza dei programmi offerti rispetto alle esigenze minime dell'amministrazione aggiudicatrice. Come infatti sottolineato dal giudice di primo grado in

questa occasione non si è svolta alcuna valutazione delle offerte medesime che potesse richiedere, per ragioni di trasparenza e di ricostruzione del percorso decisionale dell'organo di gara, un'ulteriore grado di dettaglio nel riportare le operazioni svolte.

22. In ogni caso la Apkappa non può ritenersi lesa dalla modalità di documentazione delle attività di gara adottata dalla commissione: in primo luogo perché la verifica è stata per lei positiva; inoltre perché la stessa appellante non pone nemmeno in discussione che l'offerta dell'aggiudicataria We – Com sia idonea dal punto di vista tecnico rispetto alle esigenze del Comune di Marinella, laddove è proprio l'aggiudicataria a sollevare nei confronti della medesima Apkappa censure di questo tenore nel proprio appello incidentale.

23. La censura rimane dunque ad un livello di astrattezza e di formalismo tali da non prospettare alcuna invalidità che possa essere occorsa in questa fase di gara, nemmeno allorché con essa si lamenta il mancato ricorso alla pubblicità delle sedute.

24. Con il quarto motivo d'appello la Apkappa ripropone la censura di violazione dell'art. 95, comma 8, del codice dei contratti pubblici, a causa del fatto che ai fini della valutazione delle offerte tecniche i criteri previsti non sono stati articolati in sub-criteri e corrispondenti sub-punteggi e *«soprattutto, di una forcilla tra il minimo e il massimo dei punteggi e sub punteggi da assegnare»*, in modo da rendere il giudizio formulato sufficientemente motivato. Secondo l'appellante il Tribunale, nel respingere il motivo sulla base del rilievo che *«i 7 criteri di valutazione delle offerte tecniche sono in parte articolati in distinti sottocriteri, talvolta accompagnati anche da specifici sotto-punteggi e, in ogni caso, dettagliatamente descritti con l'indicazione, per ciascuno di essi, degli elementi qualitativi delle offerte tecniche da prendere in considerazione per la concreta applicazione dei criteri nella fase valutativa»*, avrebbe reso una motivazione *«puramente tautologica e generica»*. La Apkappa ribadisce pertanto che, malgrado siano stati previsti per le offerte tecniche *«sette criteri di valutazione e 18 sottocriteri»*, l'attribuzione del punteggio in forma numerica sarebbe nel caso di specie insufficiente a ricostruire come la discrezionalità tecnica della commissione di gara sia stata in concreto esercitata; viene inoltre sottolineato che l'amministrazione non avrebbe comunque esplicitato le ragioni della mancata previsione della *«forcilla in cui lo scarto tra minimo e massimo sia adeguato»*, ai sensi del citato art. 95, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, e che il Tribunale amministrativo avrebbe errato nel ritenere tale censura inammissibile perché formulata in modo oscuro ed incomprensibile.

25. Anche questo motivo è infondato, in tutti i profili articolati.

26. La griglia di criteri prevista dal disciplinare per la valutazione delle offerte tecniche deve innanzitutto ritenersi sufficientemente analitica e tale da rendere sufficiente il punteggio numerico nella relativa applicazione. Sono stati infatti enucleati al riguardo 7 criteri per gli 80 punti massimi previsti, relativi ai seguenti aspetti: descrizione del progetto, miglorie, sicurezza, piano di formazione e giornate formative, assistenza e manutenzione, cronoprogramma, grado di digitalizzazione dei procedimenti di competenza dell'ente con le soluzioni proposte. Ciascuno dei criteri di valutazione ora elencati è corredato da un'esplicazione dell'oggetto del giudizio valutativo di competenza della commissione e, tranne che per gli ultimi due, con l'ulteriore previsione di sub-criteri con i relativi sub-punteggi.

27. Fermo restando che la suddivisione di criteri in sub-criteri con i relativi fattori ponderali è oggetto di una facoltà discrezionale dell'amministrazione, come si evince dal secondo periodo dell'art. 95, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 («*Per ciascun criterio di valutazione prescelto possono essere previsti, ove necessario, sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi*»; cfr. anche la giurisprudenza conforme da ultimo ribadita da Cons. Stato, V, 5 aprile 2019, n. 2242), gli assunti della Apkappa sono in ogni caso smentiti *per tabulas*; né si vede quale ulteriore grado di dettaglio la griglia dei criteri di valutazione avrebbe dovuto raggiungere (né d'altronde lo stesso appellante l'ha indicato).

28. Del pari, è oggetto di facoltà discrezionale della stazione appaltante prevedere per l'attribuzione del punteggio una «*forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato*», ai sensi del medesimo art. 95, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, per cui, contrariamente a quanto sostiene l'appellante, l'amministrazione non è tenuta a motivare la scelta di non avvalersi di tale facoltà.

29. L'appello principale deve pertanto essere respinto.

30. L'appello incidentale deve conseguentemente essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

31. La peculiarità delle questioni controverse giustifica la compensazione delle spese di causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli principale e incidentale, come in epigrafe proposti, respinge il primo e dichiara improcedibile il secondo e compensa le spese di causa.

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