

L'indicazione dei costi di sicurezza aziendali per un servizio di ordine prevalentemente intellettuale tra vecchio e nuovo Codice

di Christian Longo

Data di pubblicazione: 8-9-2020

1. Per le attività oggetto di appalto relative prevalentemente a servizi di natura intellettuale, l'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 esclude, in ragione della loro evidenza scarsa o nulla significatività, l'obbligo di indicazione dei costi di sicurezza nell'offerta economica.

Guida alla lettura:

La Sentenza dell'autorevole giudice amministrativo suggerisce di ripercorrere brevemente l'evoluzione normativa riferita alla quantificazione dei costi della sicurezza, tra articolo 87, comma 4 del D.Lgs. n.163 del 2006 e l'attuale art. 95, comma 10 del D.Lgs. n. 50/2016.

Nella ricostruzione dei fatti, si legge nel dispositivo proposto, all'epoca dello svolgimento della gara (gara per l'affidamento dei servizi di conduzione dell'infrastruttura ICT del Ministero dell'Economia e delle Finanze), la disciplina di riferimento era contenuta nell'art. 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, per cui sarebbe stata necessaria una specifica previsione della disciplina di gara per procedere all'esclusione, laddove, nel caso di specie, tale previsione, per la mancata indicazione degli oneri di sicurezza, non è rinvenibile, né può essere ricondotta alla previsione generale di cui all'allegato 3 del disciplinare di gara (cfr. sul punto Corte di giustizia UE, sez. VI, 10 novembre 2016, C-697/15, C-162/16 Spinoso; Ad plen., n. 19 del 2016).

Diversamente, l'attuale art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 ha reso obbligatoria l'indicazione dei costi di sicurezza aziendali nell'offerta economica e da tale norma emerge la natura essenziale della indicazione nell'offerta dei dati relativi al costo del lavoro.

Facendo un passo indietro, attraverso la lettura della sentenza di primo grado (T.A.R. Lazio, Sez. III, 9 novembre 2015, n. 12576), l'originario ricorso proposto poneva l'accento sulla violazione dell'art. 87 comma 4 del d.lgs. n. 163/2006, poiché il RTI controinteressato aveva fornito in gara una indicazione degli oneri di sicurezza aziendali pari a zero euro, e, successivamente, in sede di verifica di anomalia della sua offerta, aveva specificato il costo medesimo nella percentuale dello 0,0154% del valore della fornitura; inoltre, nel corso delle stesse operazioni di verifica, il RTI IBM non avrebbe dato conto dell'elemento perequativo della retribuzione dei dipendenti impiegati nella commessa, pari a circa 500,00 euro l'anno.

La disamina del quadro normativo generale risulta interessante per comprendere l'evoluzione che lo stesso giudice espone, anche coinvolgendo la Corte di Giustizia dell'Unione europea.

In particolare, l'indirizzo giurisprudenziale pacifico del tempo (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 2 maggio 2019, Lavorgna, C-309/18) ha cristallizzato un significativo principio secondo cui, per le gare indette nella vigenza del nuovo Codice di Contratti pubblici, la mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali concreta la violazione della specifica prescrizione imposta dal richiamato art. 95, comma 10 del D.Lgs. n. 50/2016.

Ma si pone un altro problema - al di là della effettiva indicazione di un importo utile per comprendere la natura degli oneri di sicurezza aziendali - ed esso si ricollega alla tipologia del servizio da svolgere e per il quale è stata bandita una apposita gara.

Sul punto, la Giurisprudenza è stata chiara, precisando che l'assenza o la minima significatività di costi per la sicurezza aziendale per un servizio di ordine prevalentemente intellettuale quale quello oggetto del giudizio non può dirsi incongruo (cfr. Cons. Stato, VI, 8 maggio 2017, n. 2098; Cons. Stato, V, 17 gennaio 2017, n. 223).

Da qui, si richiama l'attenzione su quanto statuito, in particolare, dal Consiglio di Stato (Cons. Stato, V, marzo 2016, n. 1051), secondo il quale: "La consulenza assicurativa s'esaurisce in se stessa, ossia costituisce l'oggetto essenziale e (per chi riconosca la categoria concettuale) il contenuto esclusivo del contratto, senza essere comportare in via complementare, strumentale ed accessoria l'esecuzione di prestazioni materiali che espongano (ad esempio: l'attività di progettazione di oo.pp.) il personale ad eventuali rischi o pericoli. In definitiva i servizi in questione non presentano i rischi specifici cui applicare la disposizione contenuta all'art. 87, comma 4, d.lgs n. 163/2006 e gli arresti giurisprudenziali richiamati in sentenza (Cons. St., ad. plen. 3 e 9 del 2015) che, testualmente, riguardano i costi inerenti alla sicurezza aziendale per l'esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto oggetto d'appalto. Che, oltretutto, diversamente da quanto reputa la società appellata, non sono teleologicamente assimilabili ai costi intesi a garantire lo standard legale di sicurezza della sede aziendale ove i dipendenti svolgono le mansioni cui sono ordinariamente addetti. Né l'onere dichiarativo di costi ontologicamente - ancor prima che giuridicamente - insussistenti è prescritto dall'art. 18 del capitolato speciale. La disposizione a riguardo non commina alcuna sanzione espulsiva dalla gara e richiama letteralmente "...i costi della sicurezza afferenti la propria attività ai sensi dell'art. 87 comma 4, del d.lgs. n. 163/2006.." che l'attività per come (in concreto) esercitata - per le considerazioni appena espresse - non comporta affatto".

Ciò che risulta dirimente è, al contrario, la verifica sulla congruità in merito alla dichiarazione di oneri interni per la sicurezza pari a zero, come tra l'altro precisato dal Consiglio di Stato con la sentenza, Cons. Stato, Sez. V, 19 gennaio 2017, n. 223, secondo il quale, richiamato anche dallo stesso Consesso (Cons. Stato, Sez. VI, 8 maggio 2017, n. 2098), l'indicazione di oneri interni per la sicurezza pari a zero in un caso di appalto di servizio di ordine intellettuale non comporta di per sé l'esclusione della concorrente per motivi di ordine formale, ed in particolare per violazione dell'art. 87, comma 4 del d.lgs. n. 163/2006 e del bando di gara conforme alla norma, dovendosi piuttosto valutare in concreto se tale dichiarazione sia congrua.

Tale percorso giurisprudenziale si può anche rinvenire nel nuovo quadro normativo, ex art. 95, comma 10 dell'attuale Codice dei Contratti Pubblici, secondo il quale: *“Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)”*.

Per tale evidenza, nella sentenza in commento si precisa che: le attività oggetto di appalto sono prevalentemente servizi di natura intellettuale, per i quali lo stesso art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 esclude, in ragione della loro evidenza scarsa o nulla significatività, l'obbligo di indicazione dei costi di sicurezza nell'offerta economica.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10110 del 2015, proposto dalla HP Enterprise Services Italia S.r.l. (ora Enterprise Services Italia S.r.l.), in proprio e quale designata mandataria del costituendo RTI con Open System S.r.l. e Olisistem ITQ Consulting S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, nonché di Open System S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale designata mandante del costituendo RTI con HP Enterprise Services Italia s.r.l. e Olisistem ITQ Consulting s.p.a., rappresentati e difesi dagli avvocati Marco Napoli, Maurizio Zoppolato e Giancarlo Sorrentino, con domicilio eletto presso lo studio dei primi due in Roma, via del Mascherino, n. 72;

contro

la Consip S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Satta e Anna Romano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Filippo Satta Romano & associati in Roma, Foro Traiano, n. 1/A;

il Ministero dell'economia e delle finanze, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

la IBM Italia S.p.a., in persona dell'avvocato Marco Osvaldo Tartau, in qualità di mandataria del costituito RTI con le mandanti Sistemi Informativi s.r.l., Insirio S.p.a., Teleco S.p.a. e KPMG Advisory s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Vincenzo Caputi Iambrenghi e Stefano Cassamagnaghi, con domicilio eletto presso lo studio Vincenzo Caputi Iambrenghi in Roma, via Vincenzo Picardi n. 4/B;

la Sogei S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

e con l'intervento di

la Olisistem ITQ Consulting s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giancarlo Viglione, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Lungotevere dei Mellini, n. 17;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per il Lazio, Sezione Terza, n. 12576 del 9 novembre 2015.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Consip s.p.a., del Ministero dell'economia e delle finanze, della IBM Italia s.p.a. e della Olisistem ITQ Consulting s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 maggio 2020 - svoltasi in conferenza video ed audio, ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, del decreto legge n. 18 del 2020, convertito nella legge n. 27 del 2020 - il Cons. Roberto Caponigro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Consip, con un bando di gara spedito per la pubblicazione in GUCE il 30 ottobre 2013, ha indetto una procedura aperta, ai sensi del d.lgs. n. 163 del 2006, per l'affidamento in due lotti, per la durata di 36 mesi, dei servizi di conduzione dell'infrastruttura ICT del Ministero dell'Economia e delle Finanze, con un valore a base d'asta di euro 35.600.000,00 per il lotto 1.

1.1. La stazione appaltante, in data 19 dicembre 2014, ha aggiudicato il lotto 1 al RTI composto da IBM Italia Spa, mandataria, e Sistemi Informativi Srl, Insirio Spa, Teleco Spa e

KPMG Advisory Srl, mandanti (di seguito anche RTI IBM).

1.2. Il R.T.I. costituendo composto da HP Enterprise Services Italia Srl, designata mandataria, e da Olisistem ITQ Consulting Spa e Open System Srl, designate mandanti (di seguito anche RTI HP), si è classificato in seconda posizione.

1.3. Alla gara hanno partecipato anche i RTI capeggiati, rispettivamente, da Almviva Spa e da Fujitsu Technology Spa.

2. Con il ricorso n. 1387 del 2015, la HP Enterprise Services Italia Srl (ora Enterprise Services Italia Srl) e la Open System Srl hanno impugnato innanzi al T.a.r. per il Lazio l'aggiudicazione disposta in favore del Raggruppamento primo in graduatoria.

3. RTI IBM ha proposto ricorso incidentale chiedendo, nei limiti dell'interesse, l'annullamento del provvedimento in data 19 dicembre 2014, nella parte in cui la Consip, aggiudicando la procedura ed approvando i verbali di gara, ha incluso nella graduatoria finale anche il costituendo RTI HP.

4. Il giudice di primo grado, con la sentenza n. 12576 del 9 novembre 2015, ha accolto il ricorso incidentale proposto dal controinteressato e, per l'effetto, ha annullato il provvedimento con esso impugnato ed ha dichiarato improcedibile il ricorso principale.

5. Con il ricorso in appello R.G. n. 10110 del 2015, RTI HP ha impugnato la sentenza del TAR, articolando i seguenti motivi di doglianza:

5.1. *Sull'infondatezza del ricorso incidentale di prime cure: Erroneità della sentenza per violazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006.*

Il bando di gara è stato pubblicato il 30 ottobre 2013, il termine di scadenza per la presentazione delle offerte è stato fissato al 17 dicembre 2013, l'operazione di affitto di azienda tra Olisistem (affittante) e Worksys Srl (affittuaria) si è realizzata il 27 dicembre 2013 ed ha acquistato efficacia il 1° gennaio 2014 e l'aggiudicazione definitiva è stata disposta il 19 dicembre 2014, sicché, all'epoca della presentazione dell'offerta, Olisistem non avrebbe potuto considerare gli amministratori della Worksys alla stregua di "cessati dalla carica nell'anno antecedente la pubblicazione del bando".

La Olisistem, in altri termini, sarebbe stata tenuta a dichiarare i precedenti penali di tutti i soggetti che, avendo rivestito il ruolo di amministratore con poteri di rappresentanza (anche nell'ambito di aziende affittate o cedute), fossero cessati dall'incarico tra il 30 ottobre 2012 e il 30 ottobre 2013 ovvero avessero mantenuto tale veste alla data di pubblicazione del bando per cessare dalla carica prima della presentazione dell'offerta, per cui non avrebbe avuto alcun onere dichiarativo in relazione all'affitto di azienda in questione.

La Olisistem non avrebbe nemmeno mai perduto in corso di gara il requisito morale di partecipazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, atteso che l'impresa non deve avere amministratori cessati dalla carica "nell'anno antecedente la

pubblicazione del bando” che abbiano riportato condanne incidenti sulla moralità professionale dell’impresa stessa.

Il presupposto a base della decisione dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 2012 sarebbe che il cessionario paga per le condanne irrogate all’amministratore della cedente in ragione dell’incidenza nella procedura di gara delle utilità che il concorrente-cessionario ha acquisito con la cessione o l’affitto del ramo o dell’azienda, laddove, nel caso di specie, le utilità connesse al ramo d’azienda non possono in alcun modo giovare al cessionario sul piano della sua partecipazione alla gara.

La Olisistem, inoltre, promuovendo un’azione di responsabilità sociale ex art. 2476 c.c. con connessa e conseguente azione risarcitoria, si sarebbe dissociata dalla condotta penalmente rilevante sanzionata nei confronti del soggetto cessato dalla carica.

Nulla potrebbe essere fondatamente rimproverato all’odierna appellante anche sotto l’aspetto dei soli oneri dichiarativi gravanti sui partecipanti.

Sulla inammissibilità dell’avverso ricorso incidentale e comunque sulla natura non escludente del motivo accolto dal TAR: erroneità della sentenza per omessa pronuncia e violazione dell’art. 34, comma 2, c.p.a.

La IBM avrebbe dovuto sviluppare un’espressa censura, dolendosi del fatto che la stazione appaltante, pur conoscendo le vicende relative ad Olisistem, l’ha mantenuta in gara.

L’accoglimento del motivo incidentale si sarebbe risolto in un indebito intervento sostitutivo da parte del giudice di primo grado rispetto al potere valutativo della Consip in ordine alla moralità della Olisistem.

Il motivo incidentale accolto avrebbe potuto al più tendere a far dichiarare l’obbligo della Consip di valutare nella specifica gara la posizione del RTI HP con riferimento alla vicenda che ha riguardato la Olisistem, sicché la sentenza appellata sarebbe erronea in quanto riconoscerebbe all’azione incidentale una immediata e diretta portata escludente.

Ancora sull’illegittimità ed erroneità della sentenza.

Il primo giudice non avrebbe considerato e dato il giusto rilievo all’attività dissociativa posta in essere dalla Olisistem; la sua dissociazione nei confronti dell’amministratore della società cedente sarebbe stata debitamente rappresentata e documentata in primo grado e costituirebbe un fatto nuovo, rispetto alle vicende già definite dal Tar, poiché le pregresse valutazioni della Consip si sarebbero fondate su una situazione fattuale nella quale Olisistem non aveva ancora avviato azione di responsabilità nei confronti dell’amministratore cessato.

In caso di acquisto successivo alla scadenza del termine per la presentazione delle domande, dovrebbe comunque darsi la possibilità alla cessionaria incolpevole di dissociarsi e di porre in essere atti di discontinuità, tali da consentirle la permanenza in gara nonostante la “contaminazione”.

5.2. Sulla fondatezza del ricorso principale di prime cure.

Il T.a.r. per il Lazio, accogliendo il ricorso incidentale proposto dalla IBM, non ha esaminato nel merito il ricorso principale, per cui l'appellante ha riproposto le censure di cui al ricorso originario, di seguito sinteticamente descritte:

Sulla mancata esclusione dell'odierna appellata. Violazione dei requisiti minimi fissati dal capitolato.

Il RTI IBM avrebbe presentato un'offerta tale da assicurare presso il Dipartimento del Tesoro il servizio di Office Support e Mobile dal lunedì al venerdì dalle ore 9.00 alle ore 20.00 e non dalle ore 8.00 alle ore 20.00 come invece disposto dal capitolato.

Sulla violazione del punto III.2.3 lett. b) del bando di gara: violazione dei principi generali in materia di procedure ad evidenza pubblica, carenza di istruttoria, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto.

Si sarebbe dovuto escludere il RTI IBM per mancanza del certificato ISO 9001 da parte della mandante Teleco.

Sarebbe stata violata la delibera AIPA n. 49/2000, nonché sussisterebbe la violazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Sull'azzeramento degli oneri della sicurezza aziendali nell'offerta dell'odierna appellata.

Il RTI IBM ha quantificato i costi della sicurezza aziendali, ex art. 87, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006, in euro zero; detta quantificazione, nel sub-procedimento di verifica della congruità, sarebbe significativamente mutata, tanto da giungere ad euro 3.326,12 (ossia lo 0,0154% del valore della commessa).

L'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza, nella gara in questione, sarebbe stato assistito da una espressa comminatoria di esclusione ai sensi del disciplinare e del suo allegato 3.

I costi per la sicurezza da c.d. rischio specifico sarebbero un "elemento essenziale" dell'offerta di gara anche ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, d.lgs. n. 163 del 2006, con la conseguenza che, una volta indicato, il dato numerico vincolerebbe il candidato al pari di ogni altra parte della medesima offerta; in caso contrario dovrebbe ritenersi modificata l'offerta di gara..

Sul mendacio della Sistemi Informativi.

Dopo l'ammissione alla gara del RTI IBM e dopo la definizione della graduatoria conclusiva della procedura, la Sistema Informativi, mandante del RTI IBM, ha comunicato alla Consip che, diversamente da quanto dichiarato in origine, uno dei suoi ex procuratori aveva riportato una condanna passata in giudicato. Si tratterebbe di un mendacio dal quale sarebbe dovuto discendere l'immediata esclusione dell'appellata dalla procedura.

Sulla erronea valutazione dell'offerta di IBM.

Con riferimento al primo motivo di ricorso, le medesime considerazioni, in via gradata, porterebbero a ritenere che la Commissione, nella fase di attribuzione dei punteggi tecnici, avrebbe dovuto tenere conto del mancato rispetto dei requisiti minimi inderogabili stabiliti dal capitolato in relazione alle fasce orarie previste per le attività di Office Support e Mobile per il Dipartimento del Tesoro.

La valutazione espressa dalla Commissione in ordine ai criteri J4 e J5 si mostrerebbe incongrua ed illegittima anche sotto altri profili.

Violazione dei principi generali in materia di certezza e determinabilità dell'offerta.

La controinteressata avrebbe prodotto un'offerta perplessa e generica.

5.3. Le appellanti hanno altresì chiesto, per l'eventualità che il danno non sia risarcibile in forma specifica, il risarcimento per equivalente economico.

6. La Consip e la IBM Italia S.p.a., con ampie ed articolate memorie, hanno contestato i motivi di doglianza proposti ed hanno concluso per il rigetto del gravame.

6.1. La IBM ha anche eccepito la tardività della contestazione delle disposizioni della *lex specialis* per asserita violazione delle indicazioni contenute nella delibera AIPA 49/2000.

6.2. La IBM ha altresì riproposto il secondo motivo del ricorso incidentale, assorbito in primo grado, volto a sostenere che l'offerta del RTI HP doveva essere esclusa in quanto non rispondente alle caratteristiche richieste dalla *lex specialis*.

7. L'appellante ha eccepito la tardività della riproposizione di tale motivo ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a.

8. Il Ministero dell'economia e delle finanze si è costituito in giudizio per resistere al ricorso.

9. La Olisistem ITQ Consulting Spa. è intervenuta nel giudizio.

10. L'istanza cautelare è stata respinta con l'ordinanza di questa Sezione 20 gennaio 2016, n. 165.

11. Con l'ordinanza 6 giugno 2016, n. 2397, questa Sezione ha sospeso il giudizio con la seguente motivazione:

“Rilevato che:

a) nei confronti della sentenza impugnata in questa sede è pendente un separato appello, proposto dalla società Olisistem ITQ Consulting s.p.a. (N.R.G. 1219/2016); l'udienza pubblica di discussione è fissata al 15 dicembre 2016;

b) in relazione al punto delle conseguenze della mancata separata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, dedotta nel ricorso principale e rinnovata nel presente appello, alcuni Tribunali amministrativi regionali hanno sollevato di fronte alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale ex art. 267 T.F.U.E. (T.A.R. Piemonte, sez. II, ordinanza 16 dicembre 2015, n. 1745; T.A.R. Molise, sez. I, sentenza 12 febbraio 2016, n. 77; T.A.R. Marche, ordinanza 19 febbraio 2016, n. 104; tutte con riferimento anche ad analoga questione sollevata dal C.G.A.R.S. con ordinanza 15 gennaio 2015, n. 1);

c) nell'attuale controversia viene in questione l'art. 38, comma 1, lett. c), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, riguardo al quale il Consiglio di Stato, sez. VI, ha sollevato di fronte alla Corte G.U.E. la questione pregiudiziale, sospendendo il giudizio in attesa della relativa decisione (ordinanza 21 marzo 2016, n. 1160);

d) impregiudicata ogni altra questione di rito e di merito, appare opportuno disporre la c.d. "sospensione impropria" del presente giudizio, in applicazione dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del complessivo processo (in conformità di quanto ha stabilito, rispetto alla parallela e analoga vicenda di una questione di legittimità costituzionale pendente, l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato con ordinanza 15 ottobre 2014, n. 28), sino a che la Corte G.U.E. abbia deciso la questione sub c), fermo restando che per la prosecuzione del giudizio medesimo si applicherà l'art. 80 c.p.a.."

Le parti hanno depositato altre memorie a sostegno ed illustrazione delle rispettive difese.

12. Con la successiva sentenza non definitiva 5 novembre 2018, n. 6261, questa Sezione – riuniti i giudizi R.G. n. 10110 del 2015 e R.G. n. 1219 del 2016, in quanto le impugnazioni sono state proposte avverso la stessa sentenza del Tar Lazio n. 12576 del 2015 - ha dichiarato inammissibile, per carenza di interesse, il ricorso in appello R.G. n. 1219 del 2016 proposto da Olisistem ITQ Consulting Spa. ed ha nuovamente sospeso il giudizio di cui all'appello R.G. n. 10110 del 2015, con la seguente motivazione:

“Alla gara in discorso, come detto, hanno partecipato, oltre ai raggruppamenti temporanei di imprese con mandatarî IBM ed HP, altri due RTI capeggiati, l'uno, da Almaviva S.p.a., l'altro, da Fujitsu Technology S.p.a.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con l'ordinanza 11 maggio 2018, n. 6, ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la seguente questione pregiudiziale:

“se l'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, possa essere interpretato nel senso che esso consente che allorché alla gara abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione) sia rimessa al Giudice, in virtù dell'autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell'interesse dedotto con il ricorso principale

da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, utilizzando gli strumenti processuali posti a disposizione dell'ordinamento, e rendendo così armonica la tutela di detta posizione soggettiva rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte (art. 112 c.p.c.), prova dell'interesse affermato (art. 2697 cc), limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei alla lite (art. 2909 cc)".

Pertanto, venendo in rilievo nella definizione della presente controversia proprio la questione della persistenza o meno dell'interesse al ricorso principale quando si riveli fondato il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicataria in una gara alla quale abbiano partecipato più di due concorrenti, il Collegio, impregiudicata ogni altra decisione in rito, nel merito e sulle spese, ritiene di sospendere il giudizio, con la precisazione che, una volta emessa la decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, il giudizio potrà essere proseguito ai sensi dell'art. 80 c.p.a."

13. La Enterprise Services Italia Spa e la Open System Srl, essendo stata depositata la sentenza della Corte di giustizia UE, X Sezione, del 5 settembre 2019, resa sulla causa C-333/18, hanno presentato istanza per la prosecuzione del giudizio ex art. 80 c.p.a.

14. Le parti hanno depositato altre memorie a sostegno ed illustrazione delle rispettive difese.

15. All'udienza del 28 maggio 2020, svoltasi in conferenza video ed audio ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, del decreto legge n. 18 del 2020, convertito nella legge n. 27 del 2020, la causa è stata trattenuta per la decisione.

16. Il contratto triennale di appalto del lotto 1 tra l'RTI IBM e la Sogei è stato stipulato in data 19 novembre 2015, per cui la controversia oggi in esame assume carattere esclusivamente risarcitorio, in quanto il "bene della vita" cui aspirano le appellanti non potrebbe più essere attribuito loro in forma specifica, essendo stato eseguito il contratto di appalto, ma potrebbe essere solo risarcito per equivalente patrimoniale.

17. La Corte di giustizia dell'Unione Europea, decima Sezione, con la sentenza 5 settembre 2019, pronunciata nella causa C-333/18, ha deciso la questione rimessa dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con ordinanza n. 6 del 2018.

La Corte di giustizia ha così statuito:

"L'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente,

venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi”.

Pertanto, il giudice europeo ha stabilito che a prescindere dal numero dei concorrenti partecipanti alla gara e dall'ordine di esame dei 'gravami incrociati escludenti', il ricorso principale e quello incidentale devono essere entrambi esaminati, in quanto - anche se l'offerta del ricorrente principale sia giudicata irregolare - l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe constatare l'impossibilità di scegliere un'altra offerta regolare e procedere di conseguenza all'indizione di una nuova procedura di gara, vale a dire che, qualora il ricorso dell'offerente non prescelto fosse giudicato fondato, l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe prendere la decisione di annullare gli atti della procedura e di avviare una nuova procedura di affidamento, in considerazione del fatto che le restanti offerte regolari non corrispondono sufficientemente alle attese dell'amministrazione stessa (cfr. paragrafi 27 e 28 della citata sentenza della Corte di giustizia della Unione Europea).

In tal modo, è stata riaffermata la giuridica rilevanza di interessi legittimi “eterogenei” nello svolgimento delle gare pubbliche di appalto, essendo stato ritenuto meritevole di tutela sia l'interesse legittimo “finale” ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, sia l'interesse legittimo “strumentale” alla partecipazione ad un eventuale procedimento di gara rinnovato e ciò in quanto l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe prendere la decisione di annullare gli atti del procedimento e di avviare un nuovo procedimento di affidamento dell'appalto.

18. Ne consegue che - non potendo l'accoglimento del gravame incidentale determinare l'improcedibilità del gravame principale, continuando ad esistere in capo al ricorrente principale la titolarità dell'interesse legittimo strumentale alla eventuale rinnovazione della gara, anche nel caso in cui alla stessa abbiano partecipato altre imprese, estranee al rapporto processuale – il rapporto di priorità logica tra ricorso principale ed incidentale deve essere rivisto rispetto a quanto ritenuto dalla giurisprudenza sinora prevalente, nel senso che il ricorso principale deve essere esaminato per primo, potendo la sua eventuale infondatezza determinare l'improcedibilità del ricorso incidentale

In altri termini, l'*ordo questionum* impone oggi di dare 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 (*rectius*: sulla non illegittimità sulla base dei motivi dedotti) 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.

19. Il ricorso principale proposto in primo grado dalla HP Enterprise Services Italia s.r.l. e dalla

Open System s.r.l. è infondato.

19.1. Con il primo motivo, il RTI HP ha sostenuto che il RTI IBM avrebbe presentato un'offerta tale da assicurare presso il Dipartimento del Tesoro il servizio di Office Support e Mobile dal lunedì al venerdì dalle ore 9.00 alle ore 20.00 e non dalle ore 8.00 alle ore 20.00 come invece disposto dal capitolato.

La tesi non può essere condivisa.

La tabella, di cui alle pagg. 29 e 30 della relazione tecnica del RTI IBM, con cui è mostrata la struttura di erogazione, con il dimensionamento in termini di FTE (Full Time Equivalent) per ciascun servizio e contesto, apparentemente, non riporta, nell'orario tra le 8.00 e le 9.00, la presenza di personale per garantire la funzione di "office support mobile (DT)".

Tuttavia, è plausibile ritenere che, come sostenuto dal Raggruppamento interessato, si sia trattato di un errore materiale, derivante da un problema di incolonnamento.

Infatti, per tutti gli altri servizi, la fascia oraria tra le 8.00 e le 9.00 è presidiata in maniera sensibilmente più consistente di quella compresa tra le 19.00 e le 20.00, sicché è verosimile presumere che i valori della colonna "8.00/9.00" siano stati riprodotti nella colonna successiva, vale a dire quella "9.00/10.00", e così a scalare.

D'altra parte, che il RTI, e con esso ciascuna delle imprese raggruppate, si fosse impegnato a garantire il servizio anche in quella fascia oraria non può essere messo in dubbio, atteso che:

- a pag. 3 della relazione tecnica, è specificato che "Per tutto quanto non espressamente citato nella presente relazione tecnica, si assume che il RTI accetti integralmente quanto indicato dalla Committente, sia nel Capitolato sia nei restanti atti di gara";

- a pag. 6 della relazione tecnica, alla voce J13 – Estensione dell'orario di servizio standard per i servizi a canone - è indicato che "il RTI si impegna, per l'intera durata contrattuale, ad erogare servizi oltre le fasce orarie di servizio standard per 20 ore servizio/mese per ciascun contesto di erogazione (DT e RGS), senza alcun onere per la Committente/Amministrazione e senza attingere al plafond di ore servizio compresi nei corrispettivi";

- a pag. 31 della relazione tecnica, al paragrafo relativo all'organizzazione dei servizi "a canone" al termine della fase di startup della fornitura, è precisato che "il RTI assicura in questa fase la completa erogazione delle attività come descritte nel Capitolato tecnico di gara, cioè garantisce l'operatività dei vari team di presidio ed il funzionamento e l'efficienza dell'infrastruttura ICT affidata in gestione, garantendone il costante allineamento con l'evoluzione tecnologica del mercato ICT attraverso l'esecuzione delle attività tecniche di competenza e garantendo agli utenti la disponibilità e le prestazioni dei servizi da essa ospitati";

- a pag. 34 della relazione tecnica, è specificato che, nel dettaglio, a regime, la proposta del RTI e di adottare il seguente flusso operativo: "se l'evento non è riconducibile ad attività in

carico al Centro Servizi o l'evento richiede una escalation di secondo livello, il ticket viene assegnato al team di presidio durante l'orario 8.00 – 20.00 dei giorni lavorativi o ai sistemisti in reperibilità, allertati telefonicamente, se fuori orario”;

- ciascun componente del RTI, nella propria “dichiarazione necessaria” ha dichiarato “di aver preso piena conoscenza della documentazione di gara prendendo atto e accettando le norme che regolano la procedura di gara e, quindi, l’aggiudicazione, nonché di obbligarsi, in caso di aggiudicazione, ad osservarla in ogni sua parte e di aver preso piena conoscenza della documentazione di gara e che i beni e i servizi offerti rispettano tutti i requisiti minimi in essa indicati”.

In definitiva, nessuna violazione del capitolato o del disciplinare di gara può rilevarsi circa il servizio di *Office Support* e Mobile che il RTI aggiudicatario si è impegnato a fornire presso il Dipartimento del Tesoro.

19.2. Con il secondo motivo, il RTI HP ha sostenuto che la controparte doveva essere esclusa per mancanza del certificato ISO 9001 da parte della mandante Teleco.

In particolare, sarebbe stato violato il punto III.2.3. lett. b) del bando di gara.

Tale clausola ha previsto le informazioni e le formalità necessarie per valutare la conformità ai requisiti di capacità tecnica e dispone per il lotto 1: la certificazione EN ISO 9001:2008 per “Servizi di help desk”, in corso di validità rilasciata da un ente di certificazione accreditato ACCREDIA, o da altro ente di accreditamento firmatario degli accordi di mutuo riconoscimento nel settore specifico (lett. a); la certificazione EN ISO 9001:2008 per “Servizi di gestione di sistemi”, in corso di validità rilasciata da un ente di certificazione accreditato ACCREDIA, o da altro ente di accreditamento firmatario degli accordi di mutuo riconoscimento nel settore specifico (lett. b).

La doglianza non è fondata.

19.2.1. In primo luogo, va rilevato che al punto 25 della dichiarazione necessaria per l'ammissione alla gara, il RTI IBM ha specificato che la partecipazione alla gara viene effettuata congiuntamente da: IBM Italia S.p.a. (mandataria); Sistemi Informativi S.r.l. (mandante); INSIRIO S.p.a. (mandante); KPGM S.p.a. (mandante); Teleco S.p.a. (mandante).

In caso di partecipazione al lotto 1, la Teleco S.p.a. si è impegnata ad eseguire i seguenti servizi: Conduzione infrastruttura ITC; Gestione dei servizi utente (T&M); Progetti infrastrutturali e tecnologici (T&M); Servizio esteso conduzione infrastruttura ICT.

La Teleco, quindi, non si è impegnata ad eseguire il Service Desk (per il quale aveva formulato impegno la sola mandataria), sicché non era tenuta a fornire la relativa certificazione.

Diversamente, sussisteva l'obbligo di fornire la certificazione EN ISO 9001:2008 per “Servizi di gestione dei sistemi”, previsto dal punto III.2.3. lett. b) del bando di gara.

In proposito, può ritenersi che, in corso di gara, la Società abbia assolto tale adempimento sulla base delle seguenti evidenze:

- l'ente certificatore SGS, con certificato n. IT11/0525, ha attestato che il sistema di gestione per la qualità di Teleco Spa è stato verificato e risulta conforme ai requisiti della norma ISO 9001:2008 valutato secondo le prescrizioni del documento ACCREDIA RT-05;
- con lo stesso certificato, l'ente ha specificato che lo scopo della certificazione è la seguente: progettazione, installazione e manutenzione di impianti e sistemi integrati per telecomunicazioni, settore EA: 28B (tale settore concerne le imprese di installazione, conduzione e manutenzione di impianti);
- SGS, in data 12 dicembre 2013, ha atteso che il certificato n. IT11/052 rilasciato a Teleco Spa, con validità dall'8 luglio 2011 fino all'8 luglio 2014, avente scopo "progettazione, installazione e manutenzione di impianti e sistemi integrati per telecomunicazioni", risulta valido alla data della presente dichiarazione e che, in data odierna, SGS Italia s.p.a., con un audit addizionale, ad integrazione delle evidenze degli audit precedenti, si è accertata dell'esecuzione dei servizi di help desk, di gestione sistemi e di sviluppo e gestione di sistemi informatici;
- SGS, in data 23 gennaio 2014 ha ribadito la validità del certificato n. IT11/052 rilasciato a Teleco s.p.a. dall'8 luglio 2011 fino all'8 luglio 2014 senza sospensioni/interruzioni dello stesso subentrate nel periodo;
- SGS, in data 5 febbraio 2014, nel ribadire ancora una volta la validità del certificato rilasciato a Teleco s.p.a., ha anche specificato che l'attività dell'organizzazione comprende anche i processi di esecuzione dei servizi di help-desk, di sviluppo e gestione di sistemi informatici per quanto pertinenti allo scopo di certificazione.

Sulla base di tali evidenze documentali, deve ritenersi che la Teleco s.p.a. abbia fornito la certificazione relativa ai "Servizi di gestione dei sistemi" richiesta dal bando.

19.2.2. Né, in proposito, può assumere rilievo la delibera AIPA 49/2000, con la conseguente necessità della certificazione di qualità nel settore di accreditamento IAF/EA 33 in capo a tutti i componenti del Raggruppamento.

Infatti, deve convenirsi con la appellata che nessuna efficacia prescrittiva a pena di esclusione può essere attribuita alla delibera AIPA (oggi Agenzia per l'Italia digitale) nell'ambito degli appalti pubblici, per cui il contenuto della richiamata delibera non può essere ritenuto cogente e costituire fonte di eterointegrazione della disciplina di gara, al punto da sacrificare il principio del *favor participationis*, cardine basilare della tutela della libertà di concorrenza tra le imprese (sulla impossibilità di configurare, in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, fattispecie al di fuori del vecchio codice dei contratti pubblici, del regolamento e della legge cfr. Ad. plen. n. 9 del 2014).

Di qui, l'irrelevanza, ai fini del presente giudizio, della questione che, in via subordinata, l'IBM

ha chiesto fosse rimessa alla Corte di giustizia dell'Unione europea, vale a dire se sia conforme all'interpretazione del diritto dell'Unione europea una regolamentazione, quale la delibera AIPA n. 49/2000, che restringa alle sole imprese munite della certificazione di qualificazione UNI EN ISO 9001:2008, nello specifico settore IAF/EA 33, la partecipazione ad appalti cc.dd. "di grande rilievo" nell'ambito dell'affidamento dei servizi di conduzione dell'infrastruttura ICT del tipo di quelli oggetto della procedura ad evidenza pubblica in questione.

19.2.3. Va da sé, inoltre, che, in presenza di chiarimenti relativi ad una documentazione già prodotta, nessuna violazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163 del 2006 può configurarsi dato che i termini ivi previsti disciplinano la fase del controllo a campione e non quella relativa alla giustificazione delle offerte.

19.3. Il RTI HP ha sostenuto che il Raggruppamento aggiudicatario ha quantificato i costi della sicurezza aziendali, ex art. 87, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006, in euro zero; detta quantificazione, nel sub-procedimento di verifica della congruità, sarebbe significativamente mutata, tanto da giungere ad euro 3.326,12 (ossia lo 0,0154% del valore della commessa).

In particolare, l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza, nella gara in questione, sarebbe stato assistito da una espressa comminatoria di esclusione ai sensi del disciplinare e del suo allegato 3 ed i costi per la sicurezza da c.d. rischio specifico sarebbero un "elemento essenziale" dell'offerta di gara anche ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, d.lgs. n. 163 del 2006, con la conseguenza che, una volta indicato, il dato numerico vincolerebbe il candidato al pari di ogni altra parte della medesima offerta.

Le doglianze non sono persuasive per plurimi profili.

Il concorrente, come risulta dalla nota del 17 giugno 2014, nelle giustificazioni rese relativamente all'offerta presentata per il lotto 1, con riferimento alla quantificazione pari ad euro zero dei costi della sicurezza, ha rappresentato che *"in relazione all'appalto oggetto di affidamento non sussistono costi aziendali specifici per la sicurezza che le società del Raggruppamento devono sopportare in aggiunta alla quota parte dei costi di sicurezza generali riferibili comunque all'appalto di cui si tratta"* e che *"alla luce di quanto sopra, anche la quota parte dei costi di sicurezza generali riconducibile all'appalto di servizi in oggetto, è sostanzialmente inesistente e del tutto trascurabile in relazione all'importo del servizio, in quanto quantificabile in 0,0154% del valore della fornitura"*.

Nel verbale n. 42 del 10 luglio 2014 di verifica in contraddittorio delle offerte anomale, inoltre, l'incaricato del costituendo RTI ha insistito nel considerare "irrisori" i costi della sicurezza che il Raggruppamento ha dovuto sostenere ed ha puntualizzato che, nel considerare il costo come irrisorio, si è tenuto anche conto dei servizi operativi, svolti presso l'Amministrazione.

In primo luogo, occorre rilevare che il segno zero è comunque rappresentativo di un valore, in quanto indicativo dell'assenza di costi e, quindi, risponde all'esigenza di chiarezza cui è preordinata l'offerta economica.

In presenza di un costo del tutto irrisorio, la circostanza che lo stesso sia stato apprezzato come zero anziché come un valore minimo è sostanzialmente indifferente e, comunque, non altera la complessiva entità ed attendibilità dell'offerta presentata.

Inoltre, all'epoca dello svolgimento della gara, la disciplina *de qua* era contenuta nell'art. 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, per cui sarebbe stata necessaria una specifica previsione della disciplina di gara per procedere all'esclusione, laddove, nel caso di specie, tale previsione, per la mancata indicazione degli oneri di sicurezza, non è rinvenibile, né può essere ricondotta alla previsione generale di cui all'allegato 3 del disciplinare di gara (cfr. sul punto Corte di giustizia UE, sez. VI, 10 novembre 2016, C-697/15, C-162/16 *Spinosa*; Ad plen., n. 19 del 2016).

Diversamente, l'attuale art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 ha reso obbligatoria l'indicazione dei costi di sicurezza aziendali nell'offerta economica e da tale norma emerge la natura essenziale della indicazione nell'offerta dei dati relativi al costo del lavoro.

Di talché, è ormai acquisito, dopo la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 2 maggio 2019, Lavorgna, C-309/18, l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui, per le gare indette nella vigenza del nuovo codice dei contratti pubblici, la mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali concreta la violazione della specifica prescrizione imposta dall'articolo 95, comma 10, e la conseguente esclusione dalla gara.

Sotto altro profilo, la giurisprudenza ha già avuto modo di negare che l'indicazione di oneri interni per la sicurezza pari a zero comporti l'esclusione della concorrente per motivi di ordine formale.

Infatti, allorché un importo a questo titolo sia indicato, e sebbene questa indicazione sia di ordine negativo, nel senso che nessuna spesa la concorrente sosterebbe per questa voce, ogni questione di verifica del rispetto dei doveri concernenti la salute e sicurezza sul lavoro si sposta dal versante dichiarativo a quello sostanziale, concernente la congruità di una simile quantificazione (cfr. Cons. Stato, V, 17 gennaio 2017, n. 223).

In altri termini, l'assenza o la minima significatività di costi per la sicurezza aziendale per un servizio di ordine prevalentemente intellettuale quale quello oggetto del giudizio non può dirsi incongruo (cfr. Cons. Stato, VI, 8 maggio 2017, n. 2098; Cons. Stato, V, 17 gennaio 2017, n. 223, Cons. Stato, V, marzo 2016, n. 1051).

Infatti, le attività oggetto di appalto sono prevalentemente servizi di natura intellettuale, per i quali lo stesso art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 163 del 2006 esclude, in ragione della loro evidenza scarsa o nulla significatività, l'obbligo di indicazione dei costi di sicurezza nell'offerta economica.

19.4. Con il quarto motivo dell'originario ricorso di primo grado, il RTI HP ha sostenuto che, dopo l'ammissione alla gara del RTI IBM e dopo la definizione della graduatoria conclusiva della procedura, la Sistema Informativi s.r.l., mandante del RTI IBM, ha comunicato a Consip che, diversamente da quanto dichiarato in origine, uno dei suoi ex procuratori aveva riportato

una condanna passata in giudicato; secondo la prospettazione della parte, si tratterebbe di un mendacio dal quale sarebbe dovuta discendere l'immediata esclusione dell'appellata dalla procedura.

La tesi non può essere condivisa.

L'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, *ratione temporis* vigente, aveva previsto l'esclusione dalla gara in caso di pronuncia di una determinata tipologia di sentenze o decreti emessi nei confronti degli "amministratori muniti di potere di rappresentanza" di una società di capitali.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in ordine alla posizione dei procuratori *ad negotia*, con la sentenza 16 ottobre 2013, n. 23, ha così statuito:

"Ai fini della verifica dell'assenza delle cause di esclusione dalla gara l'art. 38, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006 enuclea fra gli amministratori quelli "muniti di potere di rappresentanza". Detti soggetti, in rapporto di rappresentanza organica, sono abilitati, a formulare dichiarazioni negoziali che obbligano la società nei confronti dei terzi ed a compiere tutte le operazioni necessarie all'attuazione dell'oggetto sociale,

Con la locuzione di "amministratori muniti del potere di rappresentanza" l'art. 38 lett. c) ha inteso, quindi, riferirsi ad un'individuata cerchia di persone fisiche che, in base alla disciplina codicistica e dello statuto sociale, sono abilitate ad agire per l'attuazione degli scopi societari e che, proprio in tale veste qualificano in via ordinaria, quanto ai requisiti di moralità e di affidabilità, l'intera compagine sociale.

In diverso modo si atteggia la posizione del procuratore ad negotia

Questa figura è eventuale e non necessaria nell'assetto istituzionale delle società di capitali. Elemento differenziale fra gli amministratori ed i procuratori ad negotia è che ai primi è, di norma, affidata l'attività gestoria dell'impresa con potere di rappresentanza generale, mentre i secondi, oltre a derivare il proprio potere dalla volontà (di regola) degli amministratori, operano di massima nell'interesse societario per oggetto limitato e soggiacciono al controllo di chi ha conferito la procura.

Nella modulazione degli assetti societari la prassi mostra tuttavia l'emersione, in talune ipotesi, di figure di procuratori muniti di poteri decisionali di particolare ampiezza e riferiti ad una pluralità di oggetti così che, per sommatoria, possano configurarsi omologhi, se non di spessore superiore, a quelli che lo statuto assegna agli amministratori. Anche in questo caso, come sottolineato nella stessa ordinanza di remissione, si pone l'esigenza di evitare, nell'ottica garantista dell'art. 38, comma 1, lett. c), che l'amministrazione contratti con persone giuridiche governate in sostanza, per scelte organizzative interne, da persone fisiche sprovviste dei necessari requisiti di onorabilità ed affidabilità morale e professionale, che si giovino dello schermo di chi per statuto riveste la qualifica formale di amministratore con potere di rappresentanza.

A ben vedere, in altre parole, in tal caso il procuratore speciale finisce col rientrare a pieno titolo nella figura cui si richiama l'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, poiché da un lato si connota come amministratore di fatto ai sensi dell'art. 2639, comma 1, cod. civ. e, d'altro lato, in forza della procura rilasciatagli, assomma in sé anche il ruolo di rappresentante della società, sia pure eventualmente solo per una serie determinata di atti'.

Nella fattispecie in esame, per quanto evidenziato dalla Consip e non efficacemente contraddetto da controparte, non sussistevano gli elementi per ritenere il procuratore della Sistemi Informativi s.r.l. munito di poteri di rappresentanza tali da rendere obbligatoria la sua dichiarazione ai sensi della richiamata norma di legge e da legittimare la conseguente esclusione del Raggruppamento.

Infatti, è stato posto in rilievo che, dall'organigramma della società, si evince che il detto soggetto era in una posizione gerarchicamente subordinata a quella del direttore vendite che, a sua volta, si trovava in una posizione gerarchicamente subordinata al direttore generale.

La stazione appaltante, secondo quanto dalla stessa rappresentato in giudizio, non si sarebbe limitata ad una indagine formale, ma ha verificato in concreto i poteri che il procuratore cessato poteva esercitare, individuando che il potere indicato nella procura notarile di "sottoscrivere e presentare domande di partecipazione a gare d'appalto e firmare tutte le dichiarazioni necessarie e quant'altro richiesto dall'Ente appaltante" è in realtà un potere esecutivo e non gestionale, in quanto il procuratore cessato non avrebbe potuto predisporre alcuna offerta impegnativa per la Società senza l'assenso del Direttore Vendite che, a sua volta, avrebbe dovuto riferire al Direttore Generale.

Ne consegue che, non essendo assimilabile ad un amministratore di fatto, il procuratore cessato in discorso non avrebbe dovuto rendere alcuna dichiarazione ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006.

Di qui, l'infondatezza delle prospettate doglianze.

19.5. Per quanto attiene alle censure mosse in ordine all'attribuzione del punteggio tecnico all'offerta del RTI IBM (sviluppate nel quinto e sesto motivo del ricorso originario di primo grado), è sufficiente fare riferimento alle considerazioni formulate al capo 19.1. della presente sentenza per escludere il mancato rispetto dei requisiti minimi inderogabili stabiliti dal capitolato in relazione alle fasce orarie previste per le attività di Office Support e Mobile per il Dipartimento del Tesoro.

Inoltre, per quanto concerne gli ulteriori profili dedotti, occorre considerare che l'attribuzione del punteggio tecnico tiene conto di una pluralità di fattori, di tipo qualitativo e quantitativo, oggetto di valutazione e, quindi, è caratterizzata dall'esercizio di discrezionalità tecnica che, nel caso di specie, non può ritenersi, sulla sola base degli elementi evidenziati, viziata da manifesta illogicità.

D'altra parte, non sussiste alcun elemento per ritenere che una diversa attribuzione del punteggio tecnico avrebbe portato ad una prevalenza in graduatoria del RTI HP sul RTI IBM a

fronte di una differenza dell'offerta economica di oltre 2.500.000 euro, che ha consentito al RTI IBM di conseguire un punteggio definitivo sensibilmente più elevato.

19.5.1. Priva di adeguato supporto probatorio, infine, si rivela la doglianza proposta dal RTI HP, secondo cui la controinteressata avrebbe prodotto un'offerta perplessa e generica.

20. Il ricorso principale proposto in primo grado dal RTI HP, in conclusione, è infondato e deve essere respinto, anche, ovviamente, in ragione della non accertata illegittimità dell'azione amministrativa, in relazione alla domanda di risarcimento per equivalente patrimoniale.

21. Di conseguenza, deve essere dichiarato improcedibile, non potendo l'interessata conseguire più alcuna utilità dal suo eventuale accoglimento, il ricorso incidentale proposto in primo grado dal RTI IBM

22. Per tali ragioni, l'appello proposto dal RTI HP deve essere respinto e, per l'effetto, deve essere confermata, con integrale diversa motivazione, la sentenza appellata.

23. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in euro 20.000,00 (ventimila/00), oltre accessori di legge, sono poste a carico, in solido ed in parti uguali (ciascun per euro 10,000), di HP Enterprise Services Italia S.r.l (ora Enterprise Services Italia s.r.l). e di Open System S.r.l. ed a favore, in parti uguali (ciascuno per euro 10.000), della Consip e della IBM Italia s.p.a; le spese del giudizio sono invece compensate nei confronti del Ministero dell'economia e delle finanze e della Olisistem ITQ Consulting

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, definitivamente pronunciando, respinge l'appello in epigrafe (R.G. n. 10110 del 2015) e, per l'effetto, conferma, con integrale diversa motivazione, la sentenza impugnata.

Condanna le appellanti al pagamento delle spese del giudizio come da motivazione.

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