

Pubblicato il 14/04/2022

N. 00845/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00338/2021 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 la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 338 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

ATOS Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgia Romitelli e Roberta Moffa, con domicilio digitale eletto presso la loro casella PEC come da Registri di Giustizia;

contro

MM S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Danilo Tassan Mazzocco e Alfonso Polillo, con domicilio digitale eletto presso la loro casella PEC come da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-, in proprio e quale mandataria del RTI con -OMISSIS- e -OMISSIS-, e -OMISSIS-, in proprio e quale mandante del RTI predetto, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Elia Barbieri, Stefano Vinti e Chiara Carosi, con domicilio digitale eletto presso la loro casella PEC come da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Raffaele Ferola in Milano, via Vivaio, n. 22;

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita;

per l'annullamento

I) quanto al ricorso introduttivo:

a) della nota n. -OMISSIS- del 29.12.2020, notificata alla Ricorrente a mezzo pec in data 30.12.2020, a firma del Responsabile Gestione Acquisiti, avente ad oggetto: “procedura negoziata a seguito di sistema di qualificazione per l'affidamento del servizio di gestione ed evoluzione delle applicazioni e delle infrastrutture ICT di MM S.p.A. CIG -OMISSIS-” con cui è stata comunicata ai sensi dell'art. 76, comma 5, del D.lgs. 50/2016 l'aggiudicazione della gara a favore di -OMISSIS- (in qualità di mandataria), -OMISSIS- (in qualità di mandante) e -OMISSIS- (in qualità di mandante);

b) del provvedimento, non noto negli estremi e nel contenuto, con cui è stata disposta l'aggiudicazione in favore del Costituendo RTI;

c) del provvedimento n. -OMISSIS- del 2.11.2020, a firma del Direttore Appalti e Acquisti, recante “annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione PG MM del 04.09.2020 e contestuale provvedimento di riammissione alla gara” tramite cui la Resistente ha riammesso alla Gara il Costituendo RTI, conosciuto dalla Ricorrente

solo in data 19.01.2021;

d) di tutti i verbali di gara ed in particolare: i) del verbale di gara n. 1 del 16.07.2020 “attestante l'apertura delle buste telematiche contenenti la documentazione amministrativa”; ii) del verbale di gara n. 2 del 13.11.2020 nella parte in cui la Resistente ha riammesso alla Gara il Costituendo RTI controinteressato; iii) dei verbali I, II, III e IV delle sedute riservate della Commissione aventi ad oggetto la valutazione delle offerte tecniche dei concorrenti, nonché della griglia di valutazione, conosciuti dalla Ricorrente solo in data 19.01.2021;

e) di tutta l'offerta del costituendo RTI Controinteressato, ancorché non nota integralmente;

f) nonché di tutta la legge di gara e segnatamente dell'Avviso di gara, della Lettera d'invito, del Capitolato speciale, nonché di ogni altro provvedimento costituente la *lex specialis* di gara e di tutti i suoi allegati nella misura in cui i parametri di valutazione delle offerte tecniche non sono idonei a circoscrivere in modo adeguato il giudizio della Commissione;

g) di ogni altro atto e/ provvedimento presupposto e/o connesso e/o consequenziale ancorché non noto negli estremi e nel contenuto, con riserva espressa di formulare motivi aggiunti all'esito dell'integrale accesso agli atti; con conseguente rifacimento della graduatoria e conseguente attribuzione ad Atos Italia S.p.A. della posizione di prima in graduatoria, previa eventuale dichiarazione di inefficacia del contratto qualora venisse nelle more stipulato con il Costituendo RTI., con espressa dichiarazione di disponibilità al subentro negli stessi ex artt. 122 e 124, co. 2, c.p.a. e, in subordine, annullamento dell'intera procedura di gara facendosi valere l'interesse alla riedizione della stessa;

nonché per la condanna in caso di parziale inefficacia del contratto, al risarcimento per equivalente del danno che potrà emergere in corso di causa per la sola eventuale parte residua ovvero, qualora il Collegio si determini al mantenimento in vita del contratto eventualmente stipulato, per la condanna all'integrale risarcimento del danno che sin d'ora si quantifica in un importo pari al 5,41 % del valore del prezzo offerto in sede di gara da Atos Italia S.p.A.;

nonché per l'annullamento ex art. 116 c.p.a.

h) della nota di MM S.p.A, ricevuta in data 19.01.2021, nella parte in cui la Resistente ha opposto un parziale diniego tacito all'accesso alla documentazione di gara ed in particolare all'offerta tecnica del Costituendo RTI di cui all'istanza trasmessa dalla Ricorrente in data 31.12.2020;

i) del provvedimento non noto negli estremi e nel contenuto con cui MM S.p.A. ha accolto l'opposizione del Costituendo RTI all'ostensione dell'offerta integrale e, quindi, ha rigettato parzialmente l'istanza di accesso presentata in data 31.12.2020 dalla Ricorrente;

j) del silenzio diniego della Resistente sul sollecito all'istanza di accesso trasmesso dalla Ricorrente in data 2.02.2021, a mezzo del portale telematico;

e per l'accertamento

del diritto della Ricorrente a prendere visione ed accedere a tutti i documenti dell'offerta avversaria, nessuno escluso, richiesti con note del 31.12.2020 e del 2.02.2021,

con conseguente condanna

della Resistente, ai sensi dell'art. 116, comma 4, c.p.a., a consentire l'esibizione integrale dei documenti richiesti;

II) quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato il 16 aprile 2021:

- a) del provvedimento n. prot. -OMISSIS- del 25.03.2021, a firma del Direttore Generale, dott. -OMISSIS- avente ad oggetto “Riesame requisiti di cui all'art. 80 del d.lg. n. 50/16 in capo al RTI costituito da -OMISSIS- (mandataria) - -OMISSIS- (mandante) --OMISSIS- (mandante)” depositato in giudizio da MM S.p.A. lo scorso 29.03.2021;
- b) del provvedimento, non noto negli estremi e nel contenuto, con cui MM S.p.A. ha deliberato di procedere con la sottoscrizione, in data 12.02.2021, del contratto d'appalto con il Costituendo RTI;
- c) del contratto d'appalto “n. -OMISSIS- per l'affidamento del servizio di gestione ed evoluzione delle applicazioni e delle infrastrutture ICT di MM S.p.A.” sottoscritto in data 12.02.2021 tra MM S.p.A. e il Costituendo RTI conosciuto dalla Ricorrente a seguito del deposito in giudizio, in data 8.03.2021, da parte di MM S.p.A.;
- d) di ogni altro atto e/ provvedimento presupposto e/o connesso e/o consequenziale ancorché non noto negli estremi e nel contenuto, con riserva espressa di formulare motivi aggiunti all'esito dell'integrale accesso agli atti;

III) quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato il 28 settembre 2021:

- a) della comunicazione avente ad oggetto “evasione accesso agli atti Atos Italia S.p.A.” (suddivisa in “Parte 1”; “Parte 2” E “Parte 3 Ultimo Invio”), “Gara n.-OMISSIS- procedura negoziata a seguito di sistema di qualificazione per l'affidamento del servizio di gestione ed evoluzione delle applicazione e infrastrutture ICT di MM S.p.A.”, inviata da MM S.p.A. alla Ricorrente in data 15.07.2021 tramite il sistema di acquisti telematici, con cui la Stazione Appaltante ha trasmesso la

documentazione oggetto dell'istanza ex art. 116 c.p.a. annessa al ricorso;
b) di tutta la documentazione trasmessa con la predetta comunicazione del 15.07.2021 e, in particolare, dell'offerta tecnica del Costituendo RTI;
c) di ogni altro atto e/ provvedimento presupposto e/o connesso e/o consequenziale ancorché non noto negli estremi e nel contenuto, con riserva espressa di formulare motivi aggiunti all'esito dell'integrale accesso agli atti;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Mm S.p.A. e delle controinteressate -OMISSIS- e -OMISSIS-;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2022 la dott.ssa Valentina Mameli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con avviso di gara pubblicato sulle GUCE il 30 settembre 2019 MM S.p.A. ha indetto il “Sistema di qualificazione n. 8/2019. Servizi di *Application maintenance* (AMS), *System maintenance* (SM) e Monitoraggio dei sistemi informativi gestionali di MM.”

Successivamente, in data 19 maggio 2020 la stazione appaltante ha inviato la lettera d’invito agli operatori economici qualificatisi per la partecipazione alla gara n. -OMISSIS-, ex art. 58 del D.lgs. 50/2016, avente ad oggetto “procedura negoziata a seguito di sistema di qualificazione per l’affidamento del servizio di gestione ed evoluzione

delle applicazioni e delle infrastrutture ICT di MM S.P.A. (CIG - OMISSIS- - numero gara -OMISSIS-)”, di valore pari ad € 14.880.000,00, IVA esclusa ed una durata pari a 63 mesi.

La gara ha previsto, quale criterio di valutazione delle offerte, quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa *ex art 95*, comma 2, del D.lgs. 50/2016, prevedendo l’attribuzione di massimo 80 punti all’offerta tecnica e massimo 20 punti all’offerta economica.

In relazione alla valutazione dell’offerta tecnica la lettera di invito ha indicato 7 criteri di valutazione (A. valutazione del modello di servizio *Customer Service Desk*; B. Valutazione del modello di servizio *Application maintenance*; C. Valutazione del modello di servizio Gestione Infrastrutture; D. Valutazione dei servizi di Monitoraggio, *Control Room* e SOC; E. Valutazione della Transizione iniziale; F. Valutazione strumenti innovativi a supporto del servizio; G Esperienza professionale del *Service Manager*), con relativi punteggi massimi attribuibili.

In particolare, la lettera d’invito ha dettagliato le griglie di valutazione per ciascun criterio prevedendo 1 punto corrispondente a ottimo, 0,40 sufficiente e 0 scarso, indicando analiticamente i parametri valutativi per l’espressione di ciascun giudizio.

Alla gara hanno partecipato, tra gli altri, il RTI controinteressato che è risultato aggiudicatario con un totale di 81,11 punti (di cui 63,90 punti per l’offerta tecnica e 17,21 per l’offerta economica) e la ricorrente ATOS Italia S.p.A., seconda in graduatoria con un totale di 74,30 punti (di cui 54, 30 punti per l’offerta tecnica e 20 punti per l’offerta economica).

Successivamente alla ricezione della comunicazione di aggiudicazione

ricevuta in data 30 dicembre 2020, la ricorrente ha presentato istanza di accesso agli atti in data 31 dicembre 2020 al fine di prendere visione di tutta la documentazione di gara e dell'integrale offerta del Controinteressato.

Il successivo 19 gennaio 2021 la stazione appaltante ha riscontrato l'istanza della ricorrente, trasmettendo: i) il diniego opposto dal costituendo RTI; ii) i verbali di gara e la busta amministrativa del Costituendo RTI, iii) il provvedimento di annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione che era stato disposto nei confronti del costituendo RTI e il contestuale provvedimento di riammissione alla gara del costituendo RTI, nonché iv) l'ordinanza cautelare n. -OMISSIS- assunta da questa Sezione nell'ambito del ricorso rubricato al numero RG -OMISSIS-.

Ed invero la ricorrente ha così appreso che la stazione appaltante aveva escluso il RTI controinteressato aggiudicatario per violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.lgs. 50/2016, essendo emerso il coinvolgimento della mandataria in rilevanti indagini avviate dalla Procura di Milano, a seguito delle quali alcuni suoi dipendenti erano stati sottoposti alla misura di custodia cautelare. Il controinteressato tuttavia ha impugnato l'esclusione e questo Tribunale, con l'ordinanza n. -OMISSIS-, ha accolto la domanda cautelare per difetto di motivazione del provvedimento di esclusione impugnato.

Indi la stazione appaltante, con provvedimento n. -OMISSIS- del 2 novembre 2020, ha disposto in autotutela l'annullamento del provvedimento di esclusione riammettendo in gara il RTI controinteressato.

Con nota del 29 dicembre 2021 la stazione appaltante ha aggiudicato la

gara al controinteressato RTI.

La ricorrente ha impugnato con il ricorso in epigrafe tali provvedimenti, chiedendone l'annullamento, previa tutela cautelare.

Si sono costituiti in giudizio sia MM s.p.a. sia il raggruppamento controinteressato, resistendo ricorso di cui hanno contestato la fondatezza con separata memoria.

Con ordinanza n. 288 del 12 marzo 2021 questo Tribunale ha accolto la domanda cautelare ai fini del riesame, rilevando l'assenza di "*congrua istruttoria e esaustiva motivazione, quale esito di una, appunto, autonoma valutazione dell'Amministrazione*", che aveva fatto mero e pedissequo rinvio al provvedimento cautelare di questo Tribunale assunto nell'ambito del ricorso RG n. -OMISSIS-.

In esecuzione dell'ordinanza n. 288/2021 la stazione appaltante ha adottato il provvedimento 25 marzo 2021 prot. -OMISSIS- con cui, dopo diffusa valutazione circa le circostanze rilevanti nella vicenda in esame, ha valutato di confermare comunque l'affidabilità e l'idoneità professionale del RTI aggiudicatario.

Avverso tale provvedimento la ricorrente ha proposto ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 16 aprile 2021, accompagnato da domanda cautelare.

Con ordinanza n. 433 del 30 aprile 2021 questa Sezione ha respinto la domanda cautelare.

Alla camera di consiglio del 28 aprile 2021 il Tribunale ha esaminato e trattenuto in decisione l'istanza *ex art. 116 comma 2 c.p.a.* presentata dalla ricorrente con l'atto introduttivo del giudizio.

Con ordinanza n. 1526 del 22 giugno 2021 il Collegio ha accolto l'istanza ordinando alla stazione appaltante di consentire l'ostensione

delle “*richieste di chiarimenti della stazione appaltante al RTI controinteressato e le relative risposte, oscurati i dati non ostensibili*”.

Con ricorso per motivi aggiunti depositato in data 28 settembre 2021 la ricorrente ha impugnato la documentazione ottenuta in sede di accesso agli atti, a seguito dell’ordinanza predetta, integrando, come meglio si dirà *infra*, il secondo motivo del ricorso introduttivo.

In vista della trattazione nel merito le parti hanno depositato scritti difensivi insistendo nelle rispettive conclusioni.

Indi la causa è stata chiamata e trattenuta in decisione all’udienza pubblica del 12 gennaio 2021.

Il ricorso all’esame si inserisce in una complessa vicenda che ha avuto per oggetto la procedura di gara indetta da MM s.p.a. per l’affidamento del servizio di gestione ed evoluzione delle applicazioni e delle infrastrutture ICT della società medesima.

A seguito dell’apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa la stazione appaltante ha appreso dell’esistenza, a carico di dipendenti delle società -OMISSIS-(mandataria) e -OMISSIS-(mandante), di indagini per reati di corruzione per atto contrario ai doveri d’ufficio e turbata libertà degli incanti, e della conseguente applicazione di misure di custodia cautelare. La stazione appaltante ha quindi escluso dalla gara il RTI controinteressato che ha impugnato la determinazione con ricorso RG -OMISSIS-, chiedendone l’annullamento previa tutela cautelare.

Con ordinanza cautelare n. -OMISSIS- questo Tribunale ha sospeso il provvedimento di esclusione.

A seguito del provvedimento cautelare la stazione appaltante ha annullato in autotutela la propria precedente determinazione di

esclusione del RTI controinteressato, riammettendo, per l'effetto, il concorrente alla procedura di gara con la conseguente prosecuzione della valutazione delle offerte (provvedimento n. 65009 del 2 novembre 2020). La gara è stata quindi aggiudicata alle odierne controinteressate.

Con il ricorso in epigrafe la ricorrente, seconda graduata, ha impugnato, unitamente all'aggiudicazione, il provvedimento di autotutela.

Questo Tribunale ha accolto la domanda cautelare (ordinanza n. 288 del 12 marzo 2021), ordinando il riesame, avendo rilevato che *“il provvedimento di autotutela non risulta fondato su un'autosufficiente motivazione, facendo mero rinvio alle (così definite) “osservazioni” formulate da questa Sezione con l'ordinanza n. -OMISSIS-”*.

A seguito dell'ordine di riesame, in esecuzione dell'ordinanza cautelare, la stazione appaltante ha adottato il provvedimento del 19 marzo 2021 con cui, prendendo posizione su diversi profili della vicenda, come meglio si dirà *infra*, ha confermato la valutazione di affidabilità e idoneità professionale dell'operatore.

Tale provvedimento è stato impugnato con ricorso per motivi aggiunti depositato in data 16 aprile 2021.

Il Collegio ritiene di esaminare congiuntamente i motivi di gravame di cui al ricorso introduttivo e al ricorso per motivi aggiunti volti contro la decisione di riammettere in gara il RTI. Invero il provvedimento del 19 marzo 2021 è stato assunto in esecuzione dell'ordinanza cautelare ed è confermativo del precedente provvedimento 2 novembre 2020. Le relative determinazioni vanno quindi esaminate e lette unitariamente come espressione concorrente della volontà della stazione appaltante di riammettere in gara le società controinteressate. Inoltre la vicenda procedimentale e processuale si è dispiegata in modo tale da imporre un

esame congiunto.

Con il primo mezzo del ricorso introduttivo la ricorrente ha dedotto la violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della L. n. 241/90 per carenza assoluta di motivazione, dell'art. 21 *nonies* della L. n. 241/1990, dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.lgs. 50/2016, dell'art. 30 del D.lgs. 50/20216, dell'art. 97 Cost., del principio di efficacia ed efficienza della Pubblica Amministrazione, del principio di trasparenza, *par condicio* e non discriminazione nonché l'eccesso di potere per difetto assoluto d'istruttoria e di motivazione: il provvedimento del 2 novembre 2020 sarebbe privo di motivazione, che non potrebbe essere sopperita dal rinvio all'ordinanza cautelare n. -OMISSIS-. E ciò tanto più a fronte di una vicenda penale grave e rilevante ai fini dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.lgs. 50/2016, che, di contro, avrebbe dovuto condurre alla conferma del provvedimento di esclusione.

Con il primo mezzo del ricorso per motivi aggiunti, proposto avverso il provvedimento del 25 marzo 2021 di conferma della riammissione in gara delle società controinteressate, assunto a seguito dell'ordinanza cautelare di riesame, la ricorrente ha dedotto la violazione e falsa applicazione dell'art. 80 del D.lgs. 50/2016, l'eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità e abnormità manifesta, nonché per integrazione postuma della motivazione: nel provvedimento di riesame l'unica asserita ragione d'interesse pubblico posta alla base dell'esercizio dell'autotutela sarebbe quella della "speditezza della procedura" che però sarebbe un interesse recessivo rispetto al preminente interesse pubblico finalizzato a garantire la regolarità della gara. Non vi sarebbe traccia nel provvedimento di riesame di un'autonoma valutazione sulla tipologia dei reati contestati non solo ai

singoli, ma anche alla mandataria. La stazione appaltante avrebbe sminuito il ruolo assunto dai dipendenti delle società erroneamente concludendo per l'assenza di una "*diretta riferibilità delle condotte contestate alla società -OMISSIS-*". Il fatto stesso che un ente sia iscritto nel registro degli indagati postulerebbe la sussistenza di indizi di colpevolezza a suo carico, da intendersi sia in termini di percezione di un beneficio economico diretto in conseguenza dei contestati reati, sia quale inidoneità del Modello 231 a prevenire la realizzazione di siffatti illeciti. Le ulteriori asserzioni circa l'irrilevanza delle due pregresse risoluzioni contrattuali sarebbero apodittiche e svincolate rispetto all'oggetto del presente giudizio e della causa di esclusione che rileva nel caso di specie. Quanto alla ritenuta idoneità delle misure di *self cleaning* la Stazione Appaltante si sarebbe limitata a prendere atto, del tutto acriticamente, dell'elenco delle misure dissociative formulato dal costituendo RTI, e avrebbe illegittimamente preso in considerazione le ulteriori asserite misure dissociative elencate dalla controinteressata successivamente alla proposizione del ricorso introduttivo e, quindi, poste in essere successivamente alla presentazione dell'offerta, così incorrendo in un'integrazione postuma della motivazione del provvedimento di autotutela. In ogni caso le asserite misure dissociative non sarebbero idonee ad assicurare l'affidabilità del sostituendo RTI. I motivi sopra sintetizzati possono essere esaminati congiuntamente, dovendosi precisare che la carenza di motivazione (di cui al primo mezzo del ricorso introduttivo), rilevata da questo Tribunale con l'ordinanza cautelare n. 288 del 12 marzo 2021 con cui è stato disposto il riesame, è stata superata, avendo la stazione appaltante con il provvedimento del 25 marzo 2021 preso posizione su tutti i profili della

vicenda.

Si tratta allora di verificare se tale motivazione sia sufficiente e idonea a giustificare la riammissione in gara delle società controinteressate.

Ad avviso del Collegio il provvedimento assunto non si presta ad essere censurato sotto i profili dedotti dalla ricorrente con il primo mezzo del ricorso per motivi aggiunti.

Come anticipato, il provvedimento si fonda su una motivazione articolata e puntuale, assunta all'esito di un riesame degli elementi già a disposizione della stazione appaltante nonché di ulteriori circostanze di fatto che concorrono a sostenere le valutazioni circa la dissociazione della società controinteressata dai fatti penalmente rilevanti che hanno coinvolto alcuni dipendenti.

In particolare risulta che la stazione appaltante abbia valutato che i fatti di rilevanza penale oggetto delle indagini hanno coinvolto dipendenti della società privi di potere di rappresentanza, amministrazione e indirizzo nella gestione della società stessa. Tali dipendenti, dopo essere stati sottoposti a provvedimento disciplinare, sono stati licenziati ovvero sono stati incaricati di mansioni che non comportano attività con clienti esterni e con la pubblica amministrazione. Il dipendente che era preposto alla gestione tecnica (comunque privo di poteri di rappresentanza) è stato rimosso dall'incarico.

La stazione appaltante ha poi valutato che, in considerazione delle misure adottate dalla società per dissociarsi dai fatti penalmente rilevanti e delle misure di *self cleaning* poste in essere, l'ente certificatore DNV-GL, che già nel 2019 aveva rilasciato alla società la certificazione ISP 37001 "Sistemi di gestione per la prevenzione della corruzione", dopo aver effettuato due specifici *audit* ha concluso non rilevando profili di

non conformità: *“in base al campionamento effettuato il sistema di gestione è considerato efficace e conforme allo standard; il certificato rimane valido in quanto durante l’audit non sono state identificate non conformità; in conseguenza dell’esito positivo dell’Audit non è necessario un audit di follow up”*.

Anche un organismo indipendente quindi ha verificato l’idoneità del modello di gestione ai fini della prevenzione di fenomeni di corruzione.

MM s.p.a. ha poi ritenuto che l’iscrizione nel registro degli indagati della società ex D.lgs. 231/2001 non fosse di per sé e automaticamente significativa dell’affidabilità dell’operatore in assenza di misure cautelari interdittive. In proposito il *team* legale investigativo indipendente incaricato da -OMISSIS- di verificare il proprio modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del citato D.lgs. 231/2001 ha ritenuto il predetto modello *“aggiornato con riferimento alle fattispecie di reato contro la pubblica Amministrazione”*, con una *“attuazione continua nel tempo”*.

La stazione appaltante ha inoltre considerato le risoluzioni in danno della ricorrente da parte di ATM spa, rilevando che le stesse sono state correlate ai fatti oggetto di indagine, e non costituiscono un automatico indice di inaffidabilità. Peraltro ha valutato trattarsi di contratti stipulati nel 2018 rispetto ai quali, prima delle vicende penali (ed in particolare dell’ordinanza di custodia cautelare del GIP del Tribunale di Milano del 13 giugno 2020) nessuna contestazioni di inadempimento era stata avanzata dalla stazione appaltante ATM s.p.a.

Alla luce delle valutazioni operate da MM s.p.a. con il provvedimento del 25 marzo 2021 e sopra sinteticamente riportate, ad avviso del Collegio la stazione appaltante ha esercitato compiutamente e

motivatamente la discrezionalità di cui gode ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del D.lgs. n. 50/2016.

Va in proposito ricordato che nelle gare pubbliche il giudizio su gravi illeciti professionali è espressione di ampia discrezionalità da parte dell'Amministrazione, cui il legislatore ha voluto riconoscere un rilevante margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore. Ne consegue che il sindacato che il giudice amministrativo è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della "non pretestuosità" della valutazione degli elementi di fatto compiuta (nella specie, la non manifesta abnormità, contraddittorietà o contrarietà a norme imperative di legge nella valutazione degli elementi di fatto) e non può pervenire ad evidenziare una mera "non condivisibilità" della valutazione stessa (Consiglio di Stato sez. V, 27 ottobre 2021, n.7223; *idem* 3 giugno 2021, n. 4248).

Anche la giurisprudenza eurounitaria (cfr. sentenza della Corte di giustizia UE del 19 giugno 2021, adottata a definizione della causa n. 41/2018) ha di recente avuto modo di affermare che *"l'art. 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti,*

sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce".

Tale arresto conferma il principio generale per cui la stazione appaltante ben può valutare, per mezzo di un giudizio discrezionale ed autonomo, l'affidabilità degli offerenti in qualsiasi fase della procedura.

Nel caso di specie le valutazioni compiute da MM s.p.a., a seguito dell'ordine di riesame, appaiono esaustive, non pretestuose e supportate da adeguati elementi concreti, che le rendono logicamente sostenibili.

In conclusione il primo motivo del ricorso introduttivo e il primo motivo del ricorso per motivi aggiunti depositato il 16 aprile 2021 non meritano accoglimento.

Il Collegio passa ora ad esaminare il secondo mezzo del ricorso introduttivo unitamente al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 28 settembre 2021 che ne costituisce uno sviluppo e una integrazione.

Entrambi si riferiscono ai criteri di valutazione posti dalla lettera di invito e applicati dalla Commissione.

Con il ricorso introduttivo la ricorrente ha dedotto la violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del D.lgs. 50/2016, dell'art. 3 della L. n. 241/90, dell'art. 9 della Lettera d'Invito, dell'art. 97 Cost., del principio di efficacia ed efficienza della Pubblica Amministrazione, nonché l'eccesso di potere per difetto assoluto d'istruttoria e illogicità manifesta e lo sviamento di potere: la gara in questione ha ad oggetto i servizi di manutenzione ed evoluzione delle applicazioni gestionali e delle infrastrutture di proprietà della stessa Stazione Appaltante; il contratto ha ad oggetto diverse tipologie di prestazioni tutte caratterizzate da elevati tecnicismi. Ciononostante, la stazione appaltante avrebbe optato esclusivamente per la previsione di parametri di valutazione di natura discrezionale. I parametri di valutazione stabiliti dalla lettera di invito

sarebbero altresì generici, tali da non permettere ai concorrenti di comprendere ciò che i commissari avrebbero valutato favorevolmente né di comprendere, *ex post*, il giudizio sulla base del quale la Commissione ha attribuito il punteggio numerico riportato nei verbali di gara. In alcuni casi il parametro valutativo sarebbe il medesimo, sia per il coefficiente “1” che per il coefficiente “0,40”. Inoltre in nessun verbale delle sedute riservata della commissione si troverebbe una motivazione che invece sarebbe stata necessaria nel caso di specie per sopperire all’assoluta genericità dei parametri valutativi.

Con il ricorso per motivi aggiunti proposto a seguito di accesso agli atti la ricorrente, dopo aver ribadito la genericità e la discrezionalità dei criteri di valutazione stabiliti dalla stazione appaltante, ha dedotto che la disamina dell’offerta tecnica avversaria (per quanto oscurata in alcune sue parti) non consentirebbe di cogliere le differenze esistenti con la propria offerta e l’*iter* valutativo svolto dalla commissione nell’attribuzione del differente punteggio.

Anche tali mezzi di gravame non meritano accoglimento.

Va premesso che la lettera di invito ha specificato che la valutazione dell’offerta tecnica (cui potevano essere attribuiti 80 punti) sarebbe avvenuta secondo sette (macro)criteri:

- A. valutazione del modello di servizio Customer Service Desk (max 10 punti);
- B. Valutazione del modello di servizio Application maintenance (max 15 punti);
- C. Valutazione del modello di servizio Gestione Infrastrutture (max 15 punti);
- D. Valutazione dei servizi di Monitoraggio, Control Room e SOC (max

10 punti);

E. Valutazione della Transizione iniziale (max 10 punti);

F. Valutazione strumenti innovativi a supporto del servizio (max 10 punti);

G Esperienza professionale del Service Manager (max 10 punti).

Il contenuto di ogni singolo criterio è stato diffusamente esplicitato nella lettera di invito. A titolo di mero esempio, il criterio B - Modello di servizio *Application Maintenance* è stato così descritto nel contenuto richiesto: *“Ciascun Concorrente dovrà descrivere in modo articolato ed esaustivo il modello di servizio di Application Maintenance, in particolare:*

- *l'organizzazione dei servizi di base e addizionali e modello operativo / organizzativo di Delivery proposto (presidio on-site/nearshore/offshore);*
- *le matrici RACI e le modalità di relazione con la Committente;*
- *la produzione di KPI finalizzati al controllo del servizio e reportistica di supporto associata;*
- *la composizione del team e le competenze;*
- *le modalità di presa in carico e la verifica di esercibilità delle nuove applicazioni;*
- *Definizione delle modalità di escalation nei confronti della Committente per il monitoraggio della chiusura di tutti i ticket e di comunicazione eventi di fault o disservizi applicativi (comprese attività pianificate) durante le finestre di servizio e non;*
- *i processi di change management e i trasporti in produzione;*
- *iniziative finalizzate alla stabilizzazione del portafoglio applicativo in esercizio e al contenimento dei costi di esercizio;*
- *il processo di aggiornamento degli asset applicativi;*

- *Approccio e metodologie di processo e degli strumenti per consentire di efficientare il testing in termini di efficacia (riduzione della difettosità in produzione) e di efficienza (es: test automation);*
- *le modalità di escalation nei confronti della Committente per il monitoraggio della chiusura di tutti i ticket e di comunicazione eventi di fault o disservizi infrastrutturali (comprese attività pianificate) durante le finestre di servizio e non;*
- *ulteriori elementi migliorativi che possono qualificare la proposta”.*

Dunque gli elementi di contenuto delle offerte tecniche oggetto di valutazione sono stati analiticamente dettagliati nella lettera di invito.

Così i parametri valutativi, indicati all’art. 9 della medesima lettera di invito, ove ad ogni giudizio (ottimo, sufficiente, scarso) è stato attribuito un coefficiente (rispettivamente 1,00; 0,40; 0,00) declinato in analitici parametri valutativi, distinto a seconda dei criteri, da un lato i criteri A, B, C e D, e dall’altro specifici per i criteri E, F e G.

A titolo di esempio il giudizio “ottimo” per i criteri A, B, C e D corrisponde ai seguenti parametri valutativi:

“- organizzazione del servizio descritta in modo dettagliato ed efficace; descrizione esaustiva di tutti i servizi richiesti:

- *matrice RACI descritta in modo corretto e chiaro;*
- *descrizione esaustiva e centrata dei KPI;*
- *descrizione dettagliata e corretta delle modalità di escalation nei confronti della Committente;*
- *descrizione dettagliata e corretta dei processi e di quanto richiesto all’interno dell’elemento di valutazione;*
- *presenza di elementi innovativi che possono migliorare l’erogazione dei servizi”.*

Ad avviso del Collegio non è fondatamente sostenibile affermare che i criteri, così come descritti, e la loro declinazione nei parametri valutativi siano generici. Anzi, la stazione appaltante ne ha esplicitato il contenuto in termini assai analitici.

Inoltre la corrispondenza tra il giudizio, il coefficiente e la previa individuazione di altrettanto dettagliati parametri valutativi rende il punteggio attribuito e, in ultima analisi, la complessiva valutazione delle singole componenti dell'offerta intellegibili, senza alcuna necessità di ulteriore motivazione.

La stazione appaltante ha strutturato il sistema di attribuzione del punteggio tecnico in modo articolato e trasparente, scomponendo il giudizio di ogni singolo profilo di esame in sotto-elementi, per i quali ciascun giudizio di valore risulta accompagnato da una descrizione verbale dettagliata. Facendo fedele applicazione di questo sistema, la Commissione ha operato una valutazione che appare ricostruibile *ex post* nell'*iter* logico seguito.

Il secondo mezzo del ricorso introduttivo ed il ricorso per motivi aggiunti depositato il 28 settembre 2021 sono dunque infondati e vanno rigettati.

Resta da esaminare il secondo mezzo del ricorso per motivi aggiunti depositato il 16 aprile 2021 con cui la ricorrente ha dedotto la violazione e falsa applicazione dell'art. 32, commi 9 e 11, del D.lgs. 50/2016, dell'art. 76, comma 5 del D.lgs. 50/2016, dell'art. 30 del D.lgs. 50/20216, dell'art. 97 Cost., nonché del principio di leale collaborazione e trasparenza e non discriminazione, effettività ed efficienza: il contratto è stato stipulato il 12 febbraio 2021. Ragioni di effettività e di efficienza avrebbero imposto alla stazione appaltante - nelle more della decorrenza

del termine per l'impugnazione rideterminato alla luce dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria n. 12/2020 (secondo cui la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la "dilazione temporale" quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti oggetto dell'istanza di accesso agli atti che non risultano pubblicati sul profilo del committente) - di adeguare il termine di cui all'art. 32, comma 9, del D.lgs. 50/2016 in funzione dell'effettiva decorrenza del termine d'impugnazione che può essere diverso da caso a caso. In caso contrario, infatti, sarebbe violato lo *stand still* processuale previsto dal comma 11 del citato art. 32, con la conseguenza che all'operatore economico verrebbe preclusa una piena ed effettiva tutela giurisdizionale.

Come già anticipato in sede cautelare, il motivo è infondato.

Ai sensi dell'art. 32, comma 9 del D.lgs. n. 50/2016 "*Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione*".

La disposizione stabilisce, quindi, espressamente il *dies a quo* della decorrenza del termine dilatorio di cui si discute nella data di comunicazione del provvedimento di aggiudicazione.

Non è contestato che tale termine sia stato rispettato.

Diversamente da quanto ritenuto dalla ricorrente, l'interpretazione di cui alla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 12/2020 è esclusivamente riferibile al termine di impugnazione degli atti, e risponde al principio di garanzia del diritto di difesa (che può essere compiutamente esercitato solo a fronte della piena conoscenza dell'atto e quindi dal momento in cui la piena conoscenza si è verificata), ma non può estendersi a termini diversi, quale quello di cui all'art. 32 comma 9 D.lgs. 50/2016.

Tale disposizione infatti connette il decorso del termine per la stipulazione del contratto all'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione, quindi ad una circostanza oggettiva, certa e governabile dalla sola stazione appaltante, nell'ottica di un contemperamento tra l'esigenza di tutela, in particolare cautelare, degli interessi legittimi dei concorrenti e quella di una pronta esecuzione degli affidamenti delle commesse pubbliche. Tale equilibrio verrebbe meno se si facesse dipendere il termine di *stand still* per la sottoscrizione del contratto dall'accesso agli atti dei concorrenti e dalla relativa acquisizione documentale, determinandosi la totale incertezza circa l'inizio dell'esecuzione degli affidamenti pubblici.

Verrebbe in sostanza vanificata la celerità della procedura e del rito processuale cui è improntata la materia delle commesse pubbliche, senza che tale esito sia giustificato alla luce delle chiare disposizioni applicabili.

In conclusione, per le ragioni che precedono il ricorso introduttivo e i due ricorsi per motivi aggiunti devono essere rigettati.

Tenuto conto della complessità della vicenda e del complessivo andamento processuale, le spese di giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, li rigetta.

Spese compensate.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del

Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte controinteressata.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Fabrizio Fornataro, Consigliere

Valentina Santina Mameli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Valentina Santina Mameli

IL PRESIDENTE

Domenico Giordano

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.