



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 120 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 1297 del 2014, proposto da:
ECOTER S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda
associazione temporanea di imprese con le società mandanti CIVITA CULTURA
S.r.l. e CLES S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata
e difesa dagli avv.ti Sergio Caracciolo e Francesca Consolata Mancini ed
elettivamente domiciliata presso lo Studio del primo dei suindicati difensori in
Roma, Via Michele Mercati, n. 42;

contro

il MINISTERO DEI BENI E DELLE ATTIVITA' CULTURALI E DEL
TURISMO, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso
dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la cui sede è domiciliato per legge in
Roma, Via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti di

DELOITTE CONSULTING S.r.l. e STRUTTURA S.r.l., in persona dei rispettivi rappresentanti legali pro tempore, rappresentate e difese dagli avv.ti Damiano Lipani, Francesca Sbrana e Luigi Mazzoncini ed elettivamente domiciliate presso lo Studio dei suindicati difensori in Roma, Via Vittoria Colonna, n. 40;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia

- del decreto 20 dicembre 2013 del direttore del Servizio III con il quale il Ministero ha aggiudicato, in via definitiva, al RTI controinteressato il servizio di assistenza tecnica di cui al bando di gara CIG 52354638B, pubblicato sulla GURI n. 87 del 26 luglio 2013;
- del verbale della seduta di gara del 15 ottobre 2013, nella parte in cui la commissione ha ammesso alla gara il RTI controinteressato, seppur privo dei requisiti minimi previsti dal Codice dei contratti pubblici e dall'art. 10 del disciplinare di gara;
- dei verbali della gara del 6-12 ottobre 2013, nella parte in cui la commissione di gara ha attribuito i punteggi alle offerte tecniche del RTI controinteressato e del RTI ricorrente;
- del verbale del 18 novembre 2013, nella parte in cui la commissione ha proposto al Ministero l'aggiudicazione in favore del RTI controinteressato;
- delle relazioni del RUP prot. nn. 47085 e 47086 del 19 dicembre 2013, con la quale il RUP ha negato la sussistenza dei presupposti per annullare in autotutela l'aggiudicazione provvisoria in favore del RTI controinteressato;

- della nota del RUP prot. n. 47111 del 19 dicembre 2013 e di tutti gli atti presupposti e conseguenti, nella parte in cui il RUP ha accertato, in capo al RTI aggiudicatario, il possesso dei requisiti dichiarati in gara;

- di ogni altro atto comunque connesso, precedente o successivo, preparatorio o consequenziale rispetto a quelli sopra espressamente impugnati, con particolare riferimento ai punti 3.2.3 e 3.2.4 del bando di gara ed agli artt. 7 e 10 del disciplinare di gara, nella parte concernente la ripartizione dei requisiti nel caso di RTI, qualora interpretati in maniera diversa da quanto sostenuto nel presente ricorso;

nonché per la declaratoria

di inefficacia del contratto di appalto de quo, ove nelle more stipulato e del diritto al subentro da parte del RTI ricorrente;

e, in via subordinata, per la condanna

del Ministero resistente al risarcimento dei danni, subiti e subendi, occorsi al RTI ricorrente a causa dei provvedimenti impugnati.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti la costituzione dell'Amministrazione intimata e delle società controinteressate nonché i documenti da queste prodotti;

Visto il ricorso incidentale proposto dalle controinteressate;

Esaminate le ulteriori memorie, anche di replica, con i documenti prodotti;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 maggio 2014 il dott. Stefano Toschei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

FATTO e DIRITTO

1. – Premette la società Ecoter S.r.l., quale capogruppo mandataria del costituendo RTI con le società Civita Cultura S.r.l. e Cles S.r.l. (d'ora in poi, per brevità, RTI ECOTER) di aver partecipato alla procedura per l'affidamento dei servizi professionali di assistenza tecnica e supporto all'attuazione del Progetto operativo ed assistenza tecnica "Rete per la governance delle politiche culturali" 2012-2015, nell'ambito del Programma operativo nazionale governance e assistenza tecnica (PON GAT) 2007-2013 (Obiettivo operativo 2.4) relativo alle Regioni dell'obiettivo convergenza (Calabria, Campania, Puglia e Sicilia) per la durata di 19 mesi ed un importo complessivo, a base di gara, di € 1.300.000,00, bandito dal Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo (d'ora in poi, per brevità, MIBACT).

Soggiunge che, attesa la scelta di aggiudicare la selezione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa da individuarsi mediante l'assegnazione di un massimo di 70 punti per l'offerta tecnica ed un massimo di 30 punti per l'offerta economica, tra i requisiti di partecipazione la legge speciale di gara richiedeva, a pena di esclusione, la insussistenza delle cause di esclusione indicate nell'art. 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, con l'ulteriore precisazione, all'ultimo periodo dell'art. 10, punto 1, del disciplinare di gara, che "la falsità, l'omissione o l'incompletezza delle dichiarazioni da rendersi ai sensi dell'art. 38 del Codice degli appalti costituiscono motivo di esclusione dalla presente gara".

Precisa ancora il RTI ECOTER che sempre il disciplinare di gara, all'art. 10, punto 4, richiedeva che il concorrente attestasse il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria, prescritti dal bando al punto 3.2.3 con particolare riferimento al possesso:

- a) di un fatturato globale non inferiore ad € 2.000.000,00 nel triennio 2009-2011;
- b) di un fatturato specifico “per servizi di assistenza tecnica a programmi comunitari finanziati da fondi strutturali (FESR, FSE)”, di cui all'art. 3.2.2, lett. b) del bando di gara, non inferiore ad € 1.500.000,00.

L'art. 10 del disciplinare, al punto 5, richiedeva che i concorrenti attestassero inoltre il possesso del requisito di capacità tecnico-professionale di cui al punto 3.2.4 del bando, consistente nell'aver realizzato “almeno tre servizi di assistenza tecnica allo sviluppo di programmi cofinanziati da Fondi della UE (FESR, FSE) prestati in favore di amministrazioni centrali e/o periferiche nel triennio 2010-2011-2012”.

Specificava poi il bando di gara (ai punti 3.2.3 e 3.2.4) che, in caso di partecipazione di concorrenti in RTI, i requisiti di fatturato ed i requisiti di capacità tecnico professionale “devono essere posseduti in misura maggioritaria dalla mandataria rispetto alle mandanti”, mentre l'art. 7 del disciplinare disponeva che “(...) pena l'esclusione, i requisiti soggettivi e oggettivi di qualificazione sono richiesti per ciascuna delle imprese riunite in RTI: i requisiti di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-professionali sono richiesti al RTI nel suo complesso, fermo restando che l'impresa mandataria dovrà possedere tali requisiti in misura maggioritaria rispetto alle mandanti”.

Concludeva il RTI ECOTER sviluppando la sequenza di richiami alle regole di gara utili al fine di poter poi dispiegare i motivi di ricorso con ulteriori indicazioni

inerenti le modalità di predisposizione dell'offerta tecnica. In argomento il RTI ricorrente ricorda che con riferimento al contenuto della "Busta B, Offerta tecnica, n. 3" il disciplinare rimandava, per indicare quali requisiti dovessero essere riferiti, a pena di inammissibilità, in capo al Gruppo di lavoro (GdL), all'art. 5 del capitolato tecnico che, a propria volta, specificava che "i componenti del GdL non dovranno avere in essere altri contratti con il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo". A tal proposito il disciplinare richiedeva (sia al punto 2 a pagina 14 che al punto 3 a pagina 15) la presentazione di "curricula" senza indicazione dei nominativi e la produzione di una busta nella quale detti "curricula" dovevano essere resi individuabili attraverso l'elenco dei nominativi a cui corrispondevano e tale busta avrebbe dovuto essere aperta in fase di aggiudicazione.

2. – Chiarito quanto sopra il RTI ECOTER riferisce che alla selezione ebbero a partecipare tre concorrenti in RTI (Deloitte, Ecoter e Meridiana) e che la procedura si è sviluppata in una serie di sedute pubbliche nel corso delle quali alla prima, del 15 ottobre 2013 la commissione ha proceduto ad aprire i plichi e le relative buste contenenti i documenti amministrativi e gli altri atti necessari a dimostrare il possesso dei requisiti generali di partecipazione e alle due successive sedute, tenutesi il 6 ed il 12 ottobre 2013, la commissione ha provveduto ad attribuire i punteggi tecnici.

Specifica il RTI ricorrente che in questa fase, relativamente al criterio di adeguatezza del Gruppo di lavoro in ordine alle competenze e qualificazioni possedute, con riguardo alle attività previste dal capitolato tecnico offerte per lo svolgimento del servizio, la commissione di gara ebbe ad attribuire 5,40 punti (sul massimo di 9 previsti per tale voce) al RTI DELOITTE e 7,20 punti allo stesso RTI ricorrente.

Sempre quest'ultimo aggiunge che, quanto ai punteggi tecnici complessivi, la commissione di gara attribuiva il punteggio di 48,60 punti (sui 70 previsti per la valutazione dell'offerta tecnica) al RTI DELOITTE, assegnando 55,80 punti al RTI ECOTER), mentre per quanto concerne la valutazione dell'offerta economica al RTI DELOITTE venivano assegnati 30 punti (sui 30 disponibili) e al RTI ECOTER 22,28 punti.

Ricorda a questo punto la parte ricorrente che, in ragione dei suindicati punteggi assegnati, la commissione ebbe a stilare la graduatoria provvisoria ponendo al primo posto il RTI DELOITTE con un complessivo di 78,60 punti (sui 100 a disposizione), al secondo posto il RTI ECOTER con 78,08 punti (e quindi distanziato dal primo per uno scarto di soli 0,52 punti) e al terzo posto il RTI MERIDIANA con un complessivo di 63,15 punti.

3. – Narra il RTI ECOTER di avere verificato, già prima che intervenisse l'aggiudicazione definitiva della gara, come la partecipazione alla selezione del primo classificato nella graduatoria provvisoria fosse inficiata da diversi deficit emergenti dalla mera lettura dell'offerta economica presentata quali:

1) la indicazione di un costo per giornata uomo degli esperti inseriti nel GdL (gruppo di lavoro) inferiore ai livelli minimi pubblicati nelle tabelle del Ministero del lavoro per analoghe mansioni e responsabilità e ciò in aperta violazione dell'art. 10, punto 7, lett. b) del disciplinare di gara;

2) l'assenza dei prezzi unitari (suddivisi per costi, quali quello del personale, delle spese generali, dell'utile, delle spese di trasferta, ecc) la cui puntuale indicazione era richiesta, a pena di esclusione all'art. 10 del disciplinare di gara.

Riferisce ancora la parte ricorrente di avere denunciato tali deficit partecipativi al RUP il quale, con le note nn. prot. 47985 e 47086 del 19 dicembre 2013 ha escluso

che vi potessero essere i presupposti per un intervento in autotutela da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, chiarendo nella successiva nota n. 47111 del 19 dicembre 2013 che in sede di verifica circa la veridicità di quanto dichiarato dal RTI DELOITTE con riferimento ai requisiti indicati nell'art. 48 del Codice dei contratti pubblici non si era rilevato alcun profilo problematico; di talché il Ministero, con decreto del 20 dicembre 2013, procedeva ad aggiudicare definitivamente la gara al RTI DELOITTE.

4. – Successivamente (in data 16 gennaio 2014) rispetto all'adozione dell'aggiudicazione definitiva, l'odierno RTI ricorrente esercitava il diritto di accesso agli atti della procedura ormai definita, all'esito del quale rilevava l'emersione di diversi profili di patologia che afferiscono alla partecipazione alla gara dell'aggiudicatario, segnalandosi nello specifico che:

1) con riferimento ai requisiti di ordine generale la mandataria DELOITTE ha omesso di rendere le dichiarazioni ex art. 38 del Codice dei contratti pubblici indicate al comma 1, lett. b) e c) con espresso riferimento agli amministratori, direttori tecnici e cessati dalla carica operanti presso la società Cofin S.r.l., fusa per incorporazione in data 27 dicembre 2012;

2) con riferimento ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale la mandante del RTI aggiudicatario, STRUTTURA S.r.l., ha dichiarato: a) rispetto al fatturato globale di 2.000.000,00 di euro richiesto dal bando, di avere realizzato un fatturato complessivo di € 780.000,00 e quindi inferiore al 47% costituente la quota di partecipazione detenuta nel RTI dalla mandante medesima; b) rispetto al fatturato specifico pari ad € 1.500.000,00 un fatturato pari a "0,00 (zero)" violando in tal modo la prescrizione di cui all'art. 7 del disciplinare (oltre che al punto 3.2.3 del bando) che imponeva alla mandante, nel caso di partecipazione di RTI, di possedere comunque una quota dei requisiti

richiesti, consentendone eventualmente il possesso in misura minore rispetto alla mandataria; c) rispetto al requisito di capacità tecnico-professionale, consistente nell'aver svolto almeno tre servizi simili a quelli previsti nel bando, di non avere mai eseguito alcun servizio simile a quello in affidamento, violando anche in questo caso la prescrizione di cui all'art. 7 del disciplinare di gara;

3) con riferimento al requisito di capacità tecnico-professionale, la mandataria DELOITTE ha dichiarato di avere svolto n. 4 servizi di assistenza tecnica (AT) dei quali tre non validi quali requisiti utili per la partecipazione alla gara, ed in particolare: a) il servizio AT per la realizzazione delle attività regionali del Piano di riorganizzazione e rafforzamento delle capacità per la gioventù, realizzato per conto del Dipartimento della gioventù della Presidenza del Consiglio dei ministri; b) il servizio di sperimentazione e sviluppo innovazioni organizzative e funzionali all'attuazione dei programmi e dei progetti di sviluppo complessivo, finanziato nell'ambito del PON GAT Asse II (POAT per le Regioni obiettivo convergenza); c) il servizio di AT per la realizzazione delle azioni di sistema a favore delle aree sotto-utilizzate, relativamente alla efficiente attuazione degli Accordi di programma quadro (APQ), realizzato per conto del Dipartimento della gioventù della Presidenza del Consiglio dei ministri;

4) con riferimento alla valutazione delle offerte tecniche, in sede di accesso documentale, si è potuta riscontrare la circostanza che l'apertura della busta contenente i nominativi dei componenti del GdL non è avvenuta, per come invece era previsto dal capitolato tecnico, nella fase di aggiudicazione della selezione, di talché, con riferimento al RTI aggiudicatario, la conclusione della procedura è avvenuta senza che fosse stata verificata effettivamente la sussistenza o meno dei contratti professionali con il Ministero degli esperti indicati dal RTI DELOITTE

nel GdL. Inoltre alcuni componenti indicati dal RTI aggiudicatario nel GdL non risultano in possesso dei requisiti minimi prescritti nell'art. 5 del capitolato tecnico, errando così la commissione nel valutare l'offerta tecnica presentata dal RTI aggiudicatario con particolare riferimento ai criteri sub "B" indicati nella Tabella degli elementi di valutazione facente parte del disciplinare di gara. Infine la commissione, con riferimento al criterio B.4 ("competenze aggiuntive offerte") ha attribuito quattro punti all'offerta del RTI DELOITTE, così sopravvalutandola rispetto alla offerta del RTI ricorrente, alla quale ha attribuito solo 3,2 punti nonostante quest'ultima offerta fosse evidentemente migliore rispetto a quella del concorrente avversario;

5) con riferimento all'offerta economica si è riscontrata la già segnalata assenza dell'indicazione dei prezzi unitari, per come richiesti dall'art. 10 del disciplinare nonché l'anomalia complessiva dell'offerta.

5. - Le suindicate indicazioni costituiscono il contenuto di sette motivi di gravame con i quali il RTI ricorrente ha inteso contestare la legittimità dell'aggiudicazione disposta in favore del RTI DELOITTE che, anzi, non doveva neppure essere ammesso alla gara, costituendo tale denuncia il presupposto della richiesta di annullamento dell'atto di aggiudicazione principalmente impugnato

A tale richiesta il RTI ricorrente aggiunge la domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto, qualora lo stesso nel corso del processo dovesse essere stipulato tra le parti e la dichiarazione della disponibilità a subentrare nel medesimo contratto. Aggiunge infine, in via subordinata, la domanda risarcitoria per i danni patiti a seguito della non aggiudicazione in suo favore della selezione.

6. – Si è costituito in giudizio il MIBACT replicando punto per punto ai motivi di doglianza dedotti dal RTI ECOTER e confermando il corretto svolgimento della

procedura nonché l'insussistenza dei profili patologici indicati dal RTI ricorrente, chiedendo quindi la reiezione del gravame.

7. – L'aggiudicatario della gara in questione, intimato tempestivamente in giudizio quale controinteressato, si è costituito nel processo controdeducendo alle censure indicate dal RTI ECOTER e confermando la sussistenza di tutti i requisiti di partecipazione alla gara.

Al contrario, riferisce il RTI odierno controinteressato, che anch'esso ha esercitato il diritto di accesso agli atti di gara, all'esito dell'indagine sulla documentazione della procedura acquisita presso il Ministero si è persuaso dell'errore commesso dalla commissione di gara che non ha escluso dalla partecipazione alla stessa, come invece avrebbe dovuto, il RTI ECOTER essendo questo, in realtà, carente nel possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione alla selezione dalla legge speciale di gara; in ogni caso l'offerta presentata dal RTI ECOTER avrebbe dovuto essere valutata diversamente dalla commissione, attribuendo alla stessa un punteggio inferiore rispetto a quello poi riconosciute.

Per tale ragione il RTI DELOITTE spiegava ricorso incidentale affidandolo ai seguenti tre motivi di impugnazione:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006 nonché dell'art. 10, punto 1, del disciplinare di gara, eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento e sviamento, in quanto il RTI ECOTER avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per omessa allegazione delle dichiarazioni di cui all'art. 38 citato con riguardo all'affitto del ramo di azienda dalla Airst S.p.a. alla Civita Cultura S.r.l. avvenuto in data 25 ottobre 2012 e quindi nell'anno antecedente rispetto allo svolgimento della procedura selettiva in questione, il che comporta che il RTI ECOTER, con riferimento alla mandante CIVITA CULTURA, avrebbe

dovuto presentare la dichiarazione di insussistenza delle condizioni impeditive alla partecipazione di cui all'art. 38, in particolare comma 1, lett. b), c) ed m-ter) del Codice dei contratti pubblici anche con riguardo agli amministratori e direttori tecnici della società locatrice Airest, dichiarazione che non è stata resa;

2) violazione e falsa applicazione degli artt. 46, comma 1-bis, 86 e 87 del decreto legislativo n. 163 del 2006 nonché, ob relationem, dell'art. 26 del decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81, eccesso di potere per difetto di istruttoria, disparità di trattamento, travisamento e sviamento, perché il RTI ECOTER avrebbe dovuto essere escluso dalla gara (oltre a quanto indicato nel primo motivo di ricorso incidentale) anche per non avere specificato, nella propria offerta economica, i costi della sicurezza connessi ai rischi dell'attività propria dell'appaltatore, vale a dire i c.d. rischi propri o c.d. costi di sicurezza aziendale, avendo l'odierna parte ricorrente inserito nella propria offerta tali dati "unitamente ai costi di struttura e di logistica e non in una voce a parte, rendendo impossibile la loro esatta quantificazione: donde la doverosa esclusione dalla procedura" (così, testualmente, a pag. 8 del ricorso incidentale spiegato dal RTI DELOITTE). Posto che tale adempimento è presidio di un interesse essenziale della stazione appaltante, la mancata specifica indicazione dei c.d. costi della sicurezza propri nell'offerta avrebbe dovuto produrre l'esclusione immediata del concorrente ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici e quindi pur in assenza di una specifica clausola di esclusione indicata nella legge speciale di gara e senza alcuna possibilità di sanatoria;

3) violazione, falsa applicazione dell'art. 13 del disciplinare di gara in ordine alla valutazione dell'offerta tecnica, eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, disparità di trattamento, travisamento e sviamento, giacché l'esito dell'esercitato diritto di accesso agli atti di gara ha svelato la evidente incongruità di

alcuni punteggi tecnici attribuiti dalla commissione sia all'offerta del RTI ricorrente che a quella del RTI aggiudicatario. In particolare, con riferimento al criterio B1 (qualificazione ed esperienza del coordinatore scientifico e del coordinatore tecnico-operativo) il RTI DELOITTE ha ottenuto un punteggio pari a 2,40 rispetto al massimo previsto in 4 punti, mentre al RTI ECOTER è stato riconosciuto tale massimo punteggio e ciò incongruamente tenuto conto che, con precipuo riferimento alla figura del coordinatore tecnico-operativo, dal curriculum dei componenti del GdL proposti ben si poteva evincere come quelli indicati dal RTI DELOITTE hanno una caratura professionale se non superiore almeno pari a quella dei componenti indicati dal RTI ECOTER. Inoltre, con riferimento al criterio B3 (adeguatezza dell'impegno del GdL in termini di giornate-uomo con riferimento alle attività da realizzare) la commissione ha attribuito lo stesso punteggio ai due concorrenti nonostante emergesse una considerevole differenza nel numero delle giornate-uomo offerte, posto che il RTI DELOITTE ha offerto 4.230 giornate-uomo rispetto alle 3.100 richieste dal bando e 1.220 aggiuntive, mentre il RTI ECOTER ne ha offerte 3.260 sulle 3.100 richieste dal bando e solo 160 quale proposta di offerta migliorativa.

Posto che tutte le censure avanzate da parte ricorrente non trovano fondamento alcuno mentre vanno accolte le censure mosse con il ricorso incidentale, in questi sensi il RTI DELOITTE formulava la propria richiesta al Tribunale tendente ad ottenere la reiezione del ricorso principale anche in ragione della fondatezza di quello incidentale.

8. – Tutte le parti costituite producevano memorie, anche di replica, con relativi documenti.

Concordata in sede cautelare la riunione al merito della relativa istanza, la controversia è stata decisa alla udienza pubblica del 29 maggio 2014, in

conseguenza della quale veniva pubblicato il dispositivo n. 5926 del 4 giugno 2014, le cui motivazioni venivano ulteriormente approfondite nella successiva camera di consiglio del 14 luglio 2014.

9. – Il Collegio deve preliminarmente occuparsi dell'ormai noto dilemma interpretativo circa il prioritario scrutinio del ricorso incidentale spiegato dal controinteressato aggiudicatario di una procedura c.d. ad evidenza pubblica rispetto al ricorso principale proposto dal concorrente collocatosi al secondo posto nella graduatoria definitiva stesa dalla stazione appaltante, tenendo peraltro conto che alla procedura in esame ha partecipato anche un altro RTI concorrente, posizionatosi al terzo posto e con un punteggio che lo vede distante da quello attribuito al secondo, oggi parte ricorrente.

Pur ritenendo il Collegio che la soluzione da ultimo predicata in sede di interpretazione nomofilattica dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (con la sentenza 25 febbraio 2014 n. 9) sia meritevole di ulteriori approfondimenti, atteso che pare aberrante che per meccanismi meramente processuali possa corrersi il rischio di ritenere legittimamente affidata una commessa pubblica ad una ditta aggiudicataria, la cui prevalenza nella selezione sia stata contestata dal secondo classificato e diretto concorrente della stessa (per non esservi ulteriori concorrenti ammessi alla gara), senza che il richiesto scrutinio di legittimità possa essere svolto dal giudice amministrativo sol perché l'accoglimento del ricorso incidentale proposto in via reattiva dal medesimo aggiudicatario rende impossibile al (e, nel contempo, impenetrabile per il) giudice amministrativo ogni ulteriore (doverosa) indagine sulla effettiva legittimità dell'aggiudicazione disposta dalla stazione appaltante, mantenendo inevaso il dubbio sulla effettiva correttezza della procedura svolta e meritevolezza dell'aggiudicatario medesimo (ed in ciò aderendo parzialmente la decisione dell'Adunanza plenaria del 2014 al suo noto precedente

di cui alla sentenza 7 aprile 2011 n. 4, nonostante il richiamo formulato dalla Corte di giustizia UE nella c.d. sentenza Fastweb del 4 luglio 2013), si è nondimeno convinti nel poter aderire a quella parte della interpretazione fatta propria dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 9 del 2014 che, pur valutando come necessario il prioritario scrutinio del ricorso incidentale c.d. paralizzante, considera nello stesso tempo doveroso e necessario anche lo scrutinio del ricorso principale nel caso in cui alla gara non abbiano partecipato soltanto i due contendenti protagonisti del contenzioso giurisdizionale avente ad oggetto la legittimità dell'intervenuta aggiudicazione.

10. - Al fine di offrire maggior chiarezza in ordine a tale posizione assunta dal Collegio ed applicata al presente processo va segnalato che:

a) il giudice ha il dovere di decidere la controversia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 76, comma 4, c.p.a. e 276, comma 2, c.p.c., secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito e, fra le prime, la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione;

b) nel giudizio di primo grado vertente su una procedura di gara, deve, pertanto, essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente, che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che (come nel caso di specie) avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione (con la precisazione, che l'esame prioritario del ricorso principale è, comunque, ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile);

c) nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale non va esaminato prima del ricorso principale allorché non presenti carattere escludente; tale evenienza si verifica se il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale;

d) nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell'amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale - ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale;

e) in ogni caso il giudice amministrativo deve scrutinare comunque il ricorso principale nel caso in cui alla gara abbia partecipato un terzo concorrente la cui partecipazione non sia stata posta nel nulla né amministrativamente né giudizialmente, permanendo in tale ipotesi l'esigenza dell'ordinamento ad una verifica definitiva sulla legittimità dell'intervenuta aggiudicazione non avendo alcun interesse il terzo concorrente, superstite nella graduatoria ed estraneo alla contesa giudiziale, ad agire per poter provocare la riedizione della gara (nel caso di accoglimento del ricorso incidentale c.d. paralizzante).

Orbene, nel caso di specie, per un verso, con il primo motivo proposto con il ricorso incidentale è stata dedotta, in modo specifico, una causa escludente afferente ai requisiti generali ex art. 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e, segnatamente, al possesso requisito di moralità professionale con riferimento agli amministratori, legali rappresentanti e direttori tecnici [di cui alle previsioni recante nel comma 1, lett. b), c) e m-ter) del suddetto articolo del Codice dei contratti pubblici] da dichiararsi nel corso della fase di ammissione dei concorrenti alla gara

con specifico riguardo alla società Airst S.p.a., i cui riferimenti debbono ritenersi attratti alla selezione bandita dal MIBACT grazie alla circostanza che detta società si è resa locatrice per l'affitto di ramo d'azienda in favore della CIVITA CULTURA, mandante del RTI ECOTER. Va poi aggiunto che pure con il secondo motivo di ricorso incidentale il ricorrente incidentale sostiene l'illegittimità della procedura di gara per mancata esclusione del RTI odierno ricorrente per profili diversi da quelli suindicati; mentre il terzo motivo dedotto nel ricorso incidentale non può allocarsi nella categoria delle doglianze "paralizzanti" atteso che in esso si contesta la non corretta distribuzione dei punteggi alle offerte presentate, con disfavore verso il medesimo ricorrente incidentale, dalla commissione di gara.

Per altro verso però anche il RTI ricorrente ha espresso forti dubbi sulla mancata esclusione dalla gara del RTI che poi sarà dichiarato aggiudicatario, per mancanza dei requisiti di ordine generale, tanto che ha formulato distinti motivi di impugnazione dell'aggiudicazione fondandoli sulla carenza in capo al RTI aggiudicatario dei requisiti di ordine generale ex art. 38 del Codice dei contratti pubblici, sostenendo inoltre altre violazioni della legge speciale di gara indicate dalla stessa a pena di esclusione.

11. - Il surriferito parallelismo tra i contenuti delle censure c.d. paralizzanti espresse dai ricorrenti, principale ed incidentale, ne anestetizza la loro capacità di stravolgimento della sequenza di scrutinio dei ricorsi da parte del Collegio, rendendo dunque doveroso l'esame prioritario del ricorso principale e solo successivo di quello incidentale, peraltro condizionato dalla fondatezza del primo (pena la sua dichiarazione di inammissibilità), visto che la selezione non aveva annoverato nella qualità di concorrenti soltanto i due RTI oggi protagonisti del presente contenzioso, ma aveva visto la presenza anche del RTI MERIDIANA,

posizionatosi al terzo posto della graduatoria, con significativo distacco di punteggio dai prime due.

Ne consegue che la eventuale caduta dell'interesse del ricorrente principale ad ottenere tutela, provocata dall'eventuale accoglimento del ricorso incidentale (pur se, come si è sopra osservato, il Collegio ribadisce la inadeguatezza di una siffatta soluzione nonostante sia accolta dall'Adunanza plenaria), non renderebbe comunque irrilevante esaminare se l'intervenuta aggiudicazione sia, sotto altri profili, conforme o meno al diritto ovvero se sussistano vizi della procedura (cui il ricorrente non aveva titolo a contestare), capaci di travolgere l'intera gara giacché, nella fattispecie sub iudice, erano, comunque, collocati in graduatoria tre RTI concorrenti (e non i soli due RTI odierne parti processuali), con la conseguenza che l'aggiudicatario e il secondo classificato non sono i soli concorrenti rimasti in gara e, nel caso di loro esclusione, gli stessi comunque non sarebbero stati titolati ad agire per la riedizione della gara, poiché sarebbe subentrato il terzo RTI concorrente, la cui ammissione alla gara non è stata contestata da alcuna delle parti processuali e che è rimasto estraneo al giudizio.

12. – A questo punto può avviarsi lo scrutinio dei motivi di doglianza dedotti nel ricorso principale.

Con il primo motivo il RTI ECOTER premette che il disciplinare di gara, all'art. 10, punto 4, richiedeva che il concorrente attestasse il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria, prescritti dal bando al punto 3.2.3 con particolare riferimento al possesso:

a) di un fatturato globale non inferiore ad € 2.000.000,00 nel triennio 2009-2011;

b) di un fatturato specifico “per servizi di assistenza tecnica a programmi comunitari finanziati da fondi strutturali (FESR, FSE)”, di cui all’art. 3.2.2, lett. b) del bando di gara, non inferiore ad € 1.500.000,00.

Più puntualmente l’art. 10 del disciplinare, al punto 5, richiedeva che i concorrenti attestassero inoltre il possesso del requisito di capacità tecnico-professionale di cui al punto 3.2.4 del bando, consistente nell’aver realizzato “almeno tre servizi di assistenza tecnica allo sviluppo di programmi cofinanziati da Fondi della UE (FESR, FSE) prestati in favore di amministrazioni centrali e/o periferiche nel triennio 2010-2011-2012”.

Il RTI ricorrente sostiene che il RTI aggiudicatario non ha dimostrato di “avere svolto almeno tre servizi di assistenza tecnica allo sviluppo di programmi cofinanziati da Fondi della UE (FESR, FSE) prestati in favore di Amministrazioni centrali e/o periferiche nel triennio 2010-2011-2012” (così, testualmente, il punto 3.2.4 del bando di gara).

Nello specifico e con riferimento al requisito di capacità tecnico-professionale parte ricorrente afferma che la mandataria DELOITTE ha dichiarato di avere svolto n. 4 servizi di assistenza tecnica (AT) dei quali tre non spendibili per ottemperare alle richieste del bando di gara. Infatti, mentre il servizio indicato per quarto nella offerta del RTI DELOITTE risulta in linea con quanto richiesto dal bando, gli altri tre non lo sarebbero ed in particolare, per questi ultimi:

A) il servizio AT per la realizzazione delle attività regionali del Piano di riorganizzazione e rafforzamento delle capacità per la gioventù, realizzato per conto del Dipartimento della gioventù della Presidenza del Consiglio dei ministri (indicato nella dichiarazione di cui all’art. 10 punto 5 del disciplinare di gara come primo);

B) il servizio di AT per la realizzazione delle azioni di sistema a favore delle aree sotto-utilizzate, relativamente alla efficiente attuazione degli Accordi di programma quadro (APQ), realizzato per conto del Dipartimento della gioventù della Presidenza del Consiglio dei ministri (indicato nella dichiarazione di cui all'art. 10 punto 5 del disciplinare di gara come secondo);

C) il servizio di sperimentazione e sviluppo innovazioni organizzative e funzionali all'attuazione dei programmi e dei progetti di sviluppo complessivo, finanziato nell'ambito del PON GAT Asse II (POAT per le Regioni obiettivo convergenza) per il Dipartimento della Funzione pubblica (indicato nella dichiarazione di cui all'art. 10 punto 5 del disciplinare di gara come terzo).

Puntualizza ancora il RTI ECOTER che la non spendibilità dei primi tre servizi dichiarati dal RTI odierno controinteressato deriva dalle seguenti circostanze (tutte tratte dalla lettura della documentazione allegata, con riferimento a ciascuno dei servizi in questione, alla dichiarazione resa in adempimento delle prescrizioni di cui al disciplinare di gara e analiticamente riprodotta dalla parte ricorrente alle pagg. 15-17 della memoria conclusiva):

A) il primo servizio similare si compendia in attività che non sono assimilabili ad una vera e propria assistenza tecnica, come invece veniva richiesto dall'art. 7 del disciplinare di gara, ma presentano carattere di "azioni di sistema" e ciò si deduce dalla lettura dell'oggetto di detto servizio, prestato in favore del Dipartimento della gioventù (della Presidenza del Consiglio dei ministri), che si traduce in un progetto di studio per definire un processo di riorganizzazione e di rafforzamento della "capacità per la gioventù", lontano dal "servizio similare" richiesto dal bando e dal disciplinare;

B) il secondo servizio è stato cofinanziato non da Fondi strutturali (FESR/FSE) ma da Fondi nazionali (CIPE) e sotto tale versante non corrisponde a quanto richiesto dal disciplinare, tenuto conto che le modalità di gestione dei Fondi nazionali sono molto diverse rispetto a quelle relative ai Fondi strutturali in termini di procedure, di regolamenti, di norme di attuazione, di protocolli di rendicontazione, con la conseguenza che l'esperienza che deriva dalla gestione di un servizio cofinanziato da fondi strutturali non è equiparabile a quella provocata dalla gestione di un servizio cofinanziato da fondi nazionali;

C) il terzo servizio ha ad oggetto un progetto/intervento e non una assistenza tecnica. Si tratta nella specie del servizio di “sperimentazione e sviluppo innovazioni” effettuato in favore delle Regioni nell'ambito del P.O.A.T., mirato al miglioramento delle competenze del personale e delle modalità di gestione del complesso delle risorse (comunitarie e nazionali) che afferiscono alle Regioni con finalità di sviluppo (messa a punto di tavoli interregionali per la creazione del consenso dei manager regionali agli obiettivi del progetto, analisi e riprogettazione delle prassi organizzative delle Regioni, monitoraggio del cambiamento intervenuto nelle Regioni).

L'amministrazione resistente e il RTI DELOITTE controdeduce affermando che le prescrizioni del bando non imponevano la dimostrazione di avere svolto servizi di assistenza tecnica di “contenuto identico” rispetto al servizio oggetto di affidamento, ma “servizi similari”.

13. – In ordine al primo motivo di gravame il Collegio ritiene di dover considerare fondate, per una parte dei profili segnalati, le censure dedotte dal RTI ricorrente.

Centrale appare essere, ai fini del corretto scrutinio del primo motivo di ricorso, l'esatta esegesi delle espressioni recate dalla legge speciale di gara in ordine alla

dichiarazione di avere svolto servizi di assistenza analoghi a quello oggetto della procedura di affidamento.

L'art. 10 del disciplinare di gara, recante l'indicazione dei requisiti e documentazione per la presentazione delle offerte, al punto 5 prescriveva che i soggetti concorrenti avrebbero dovuto produrre nella Busta A una dichiarazione sostitutiva resa ai sensi del D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445 recante l'elenco "di almeno 3 servizi simili di assistenza tecnica allo sviluppo di programmi cofinanziati da Fondi della UE (FESR, FSE) prestati in favore di Amministrazioni centrali e/o periferiche e realizzato o in corso di svolgimento nel triennio 2010-2011-2012 (...)"

Il bando di gara nella sezione 3, al punto 3.2.4 (Capacità tecnica e professionale) stabilisce a propria volta che: "A pena di esclusione, l'offerente deve comprovare a mezzo di dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà resa dal legale rappresentante ai sensi del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, con allegata fotocopia del documento di identità in corso di validità del sottoscrittore medesimo: "a) di aver realizzato o in corso di svolgimento almeno 3 servizi di assistenza tecnica allo sviluppo di programmi co-finanziati da Fondi della UE (FESR, FSE) prestati in favore di Amministrazioni centrali e/o periferiche nel triennio 2010-2011-2012 (...)"

Come può facilmente verificarsi in sede di comparazione tra le due indicazioni prescrittive, il bando e il disciplinare indicano come requisito necessario per la partecipazione alla gara la dichiarazione relativa allo svolgimento di "almeno tre servizi di assistenza tecnica (...)co-finanziati da Fondi della UE (FESR, FSE) prestati in favore di Amministrazioni centrali e/o periferiche nel triennio 2010-2011-2012", punendo con l'esclusione dalla gara chi non avesse reso la

dichiarazione (ovvero ne avesse reso una dai contenuti non coincidenti con quanto stabilito dalla legge speciale di gara).

Ne consegue che la dichiarazione, per essere valida e conforme alle prescrizioni della legge di gara, avrebbe dovuto dimostrare che l'attività svolta in favore di amministrazioni centrali e/o periferiche nel triennio 2010-2011-2012:

A) si compendiasse in una attività di assistenza tecnica;

B) fosse relativa ad iniziative co-finanziate da Fondi della UE (FESR, FSE).

14. – Al fine di perimetrare esattamente il significato della locuzione “assistenza tecnica”, espressione che definisce il tratto più rilevante che il servizio “dichiarato” deve contenere per considerarsi, non identico ma, “similare” a quello oggetto della selezione qui in esame, al fine di poter dimostrare la capacità tecnico-professionale dei concorrenti da ammettersi in gara, tenuto comunque conto che l'assistenza tecnica non costituisce l'unica linea di attività da svolgersi per l'effettuazione del servizio che il MIBACT intendeva affidare, ma comunque dello svolgimento di (almeno 3) servizi che la ricomprendono (effettuati nel triennio 2010-2011-2012) doveva comunque darsi dimostrazione per poter essere ammessi alla gara, occorre richiamare (come fa la parte odierna ricorrente alle pagg. 5 e 6 della memoria di replica del 17 maggio 2014) i contenuti dell'Allegato II al Regolamento n. 1828 del 2006.

Detto regolamento comunitario, all'Allegato II, reca la classificazione degli interventi dei Fondi per il periodo 2007-2013. Per quel che rileva ai fini della decisione in ordine alla prima censura dedotta dalla parte ricorrente va detto che:

A) la macrocategoria di intervento “assistenza tecnica” è suddivisa in due sottocategorie e, più precisamente, la n. 85 “Preparazione, attuazione, sorveglianza e ispezioni” e la n. 86 “Valutazione e studi; informazione e comunicazione”;

B) la macrocategoria di intervento “consolidamento delle capacità istituzionali a livello nazionale, regionale e locale” indica solo una sottocategoria, la n. 81 “Meccanismi volti a migliorare l’elaborazione di politiche e programmi efficaci, il controllo e la valutazione a livello nazionale, regionale e locale, e potenziamento delle capacità di attuazione delle politiche e dei programmi”.

E’ pur vero, per come sostiene il RTI controinteressato che la realizzazione dei servizi oggetto dell’affidamento in questione si sviluppa su cinque differenti linee (cfr. pagg. 21 e 22 della memoria del RTI DELOITTE del 12 maggio 2014):

1) linea 1: attività a supporto della definizione del nuovo quadro della politica di coesione 2014-2020, con particolare riferimento ad attività di programmazione e definizione di documentazione strategica;

2) linea 2: attività di accompagnamento a grandi progetti e/o progetti integrati da realizzare nell’ambito della programmazione 2007-2013, con riferimento ad attività di analisi e valutazioni di iniziative progettuali, animazione territoriale e attivazione partenariale, supporto amministrativo e procedurale di criteri di selezione/ammissibilità delle proposte progettuali, supporto all’elaborazione di bandi e capitolati di gara, ecc.;

3) linea 3: attività di studio e ricerca collegate agli ambiti di azione del POAT MIBAC, ivi incluse attività di analisi e valutazione economico-finanziaria di possibili iniziative di sviluppo del patrimonio culturale, attività di ricerca, analisi e studio su tematiche culturali;

4) linea 4: supporto alla definizione e progettazione di una base statistico-informativa, ivi intendendosi la definizione di un sistema di monitoraggio statistico-informativo dei dati relativi al patrimonio culturale;

5) linea 5: supporto scientifico alla realizzazione di pubblicazioni e convegni, alla diffusione e al trasferimento di buone pratiche, con particolare riferimento alle attività di diffusione delle informazioni, della conoscenza e delle buone pratiche in materia di gestione dei beni culturali, tramite la realizzazione di convegni, workshops, pubblicazioni, ecc.

Purtuttavia l'affermazione che il RTI DELOITTE esprime nelle sue difese (in particolare a pag. 22 della memoria del 12 maggio 2014), secondo la quale “nessuna delle linee di servizio sopra citate richiede, da parte della Stazione appaltante, la realizzazione di attività di controllo di I° e II° livello degli interventi finanziati o di gestione delle procedure di assegnazione dei finanziamenti”, non può essere condivisa dal momento che, quantomeno con riferimento alla “linea di servizio 2”, tra quelle sopra elencate, le attività di “accompagnamento a grandi progetti e/o progetti integrati da realizzate nell’ambito del programma 2007-2013”, caratterizzato quest’ultimo dall’utilizzo di Fondi comunitari per come si è già riferito nonché di “supporto amministrativo e procedurale, definizione di criteri di selezione/ammissibilità delle proposte progettuali, supporto all’elaborazione di bandi e capitolati di gara, ecc.”, rientrano certamente nell’ambito delle funzioni in cui si sviluppa, tra l’altro, la “assistenza tecnica” di cui alla legge speciale della procedura qui in esame. Di talché quest’ultima, pur non pretendendo che i concorrenti dimostrino di avere svolto servizi “identici” ma “similari” rispetto a quello in affidamento, imponeva che comunque i partecipanti alla selezione avrebbero dovuto dimostrare, per essere ammessi alla stessa, di essere in grado di svolgere compiutamente “anche” le attività che rientrano nella categoria della “assistenza tecnica”, intesa secondo i parametri più sopra delineati, manifestando una esperienza in tale settore almeno triennale e caratterizzata dall’aver svolto almeno tre servizi che ricomprendevano, tra le varie linee di servizio, anche quella della ridetta “assistenza tecnica”.

15. – Specificato quanto sopra in ordine alla interpretazione che può offrirsi in merito alle espressioni contenute nella legge speciale di gara e, quindi, definiti i tratti del tipo di dichiarazione richiesta ai concorrenti, si può ora scrutinare la fondatezza o meno delle contestazioni espresse dal RTI ECOTER in merito ai “servizi analoghi” dichiarati dal RTI DELOITTE.

Dei quattro servizi indicati nella dichiarazione dal RTI aggiudicatario:

- il secondo indicato, vale a dire il Servizio di assistenza tecnica alla Presidenza del Consiglio dei ministri-Dipartimento della gioventù, per la realizzazione delle azioni di sistema a favore delle aree sottoutilizzate, relativamente alla efficiente attuazione degli Accordi di programma quadro (APQ), per il MIBACT non può considerarsi utile in quanto non è stato co-finanziato da Fondi della UE (in tal senso, lealmente, a pag. 15 della memoria difensiva depositata dalla stessa difesa erariale) e tale conclusione è indirettamente (ed altrettanto lealmente) condivisa dalla stessa controinteressata (si leggano in proposito le pagg. da 23 a 26 della memoria del 12 maggio 2014 depositata dal RTI DELOITTE);

- il quarto servizio, vale a dire Assistenza tecnica all'autorità di gestione del programma operativo interregionale (POI) “Energie rinnovabili e risparmio energetico”, obiettivo convergenza 2007-2013, espletato in favore della Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento affari regionali, non è posto in contestazione dal RTI ricorrente.

I dubbi, a parere di quest'ultimo, residuano (oltre che con riferimento al secondo servizio dichiarato dal RTI aggiudicatario, ma in ordine al quale si è appena detto) anche sul primo e sul terzo dei servizi dichiarati dal RTI DELOITTE.

16. - Il primo servizio (seguendo sempre l'ordine di elencazione con il quale il RTI aggiudicatario ha reso la dichiarazione sui servizi svolti) è relativo al “Servizio di

assistenza tecnica per la realizzazione delle attività regionali del Piano di riorganizzazione e rafforzamento delle capacità per la gioventù” ed a leggere la scheda tecnica esplicativa ad esso relativa, allegata dal RTI DELOITTE alla dichiarazione, risulta che le attività sono co-finanziate con fondi comunitari e che in esse sono ricomprese anche quelle proprie della “assistenza tecnica”, posto che nella “breve descrizione dell’appalto o degli acquisti” si precisa che nei servizi da svolgersi vi è anche quello legato alle “azioni di supporto alle strutture Regionali coinvolte nella programmazione e attuazione delle azioni a favore del mondo giovanile”, strettamente collegate alla gestione dei fondi comunitari. Ne deriva che il primo tra i servizi dichiarati dal RTI DELOITTE risponde ai requisiti indicati nella legge speciale di gara.

Diversamente si deve concludere con riguardo al terzo servizio dichiarato. Il servizio in questione è quello di “Sperimentazione e sviluppo di innovazioni organizzative funzionali all’attuazione dei programmi e dei progetti di sviluppo complessi” da realizzarsi in favore della Presidenza del Consiglio dei ministri-Dipartimento della funzione pubblica. Dalla scheda tecnica esplicativa ad esso relativa, allegata dal RTI DELOITTE alla dichiarazione, risulta che le attività sono sì co-finanziate con fondi comunitari, ma non anche la fondamentale specificazione che in esse sono ricomprese anche quelle attività proprie della “assistenza tecnica”, posto che nella “descrizione” dell’oggetto dell’appalto oltre a precisarsi che si tratta di un “servizio di sperimentazione e sviluppo di innovazioni organizzative funzionali all’attuazione dei programmi e progetti di sviluppo complessi”, si specifica che “Il servizio richiesto deve (...) perseguire la finalità generale di sviluppo di innovazioni organizzative che consentano di gestire le risorse afferenti alla politica regionale in modo coordinato e integrato, agendo contemporaneamente sia sui processi e le prassi operative di lavoro sia sulle competenze del personale regionale”. Pertanto, come è facile arguire dalla lettura

di quanto sopra il servizio in questione non recava nessun tipo di attività o di linea di servizio che potesse ricondursi alla categoria della “assistenza tecnica”, espressione della legge di gara rispetto alla quale si è più sopra cercato di ricostruire il significato e la portata.

In conclusione, dei quattro servizi dichiarati dal RTI DELOITTE, tenuto conto che il secondo tra quelli elencati nella dichiarazione non coincideva con quanto richiesto da bando e disciplinare, soltanto il primo e il quarto dei servizi dichiarati corrispondevano alle prescrizioni recate dalla legge di gara, mentre il terzo non aveva i richiesti presupposti.

Il primo motivo di censura va dunque accolto in quanto il RTI DELOITTE ha dichiarato di avere svolto solo due, dei tre servizi richiesti, nel triennio 201-2011-2012 recanti le caratteristiche volute da bando e disciplinare.

17. – Si può ora passare allo scrutinio del secondo motivo di censura elencato dal RTI ECOTER nell’atto introduttivo del presente giudizio.

Va premesso, in punto di fatto, che l’art. 7 del disciplinare di gara prevedeva che “In caso di RTI, pena l’esclusione, i requisiti soggettivi e oggettivi di qualificazione sono richiesti per ciascuna delle imprese riunite in RTI (...) i requisiti di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-professionali sono richiesti al RTI nel suo complesso, fermo restando che l’impresa mandataria dovrà possedere tali requisiti in misura maggioritaria rispetto alle mandanti”. Inoltre il bando di gara ai punti 3.2.3 e 3.2.4 nonché l’art. 10, punti 4 e 5 del disciplinare riproducono la prescrizione sopra riportata.

Sempre il disciplinare di gara, all’art. 10, punto 4, richiedeva che il concorrente attestasse il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria, prescritti dal bando al punto 3.2.3 con particolare riferimento al possesso:

- a) di un fatturato globale non inferiore ad € 2.000.000,00 nel triennio 2009-2011;
- b) di un fatturato specifico “per servizi di assistenza tecnica a programmi comunitari finanziati da fondi strutturali (FESR, FSE)”, di cui all’art. 3.2.2, lett. b) del bando di gara, non inferiore ad € 1.500.000,00.

Con riferimento ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, sostiene parte ricorrente, la mandante del RTI aggiudicatario, STRUTTURA S.r.l., ha dichiarato, rispetto al previsto fatturato specifico di € 1.500.000,00, un fatturato pari a “0,00 (zero)” violando in tal modo la prescrizione di cui all’art. 7 del disciplinare (oltre che al punto 3.2.3 del bando) che imponeva alla mandante, nel caso di partecipazione di RTI, di possedere comunque una quota dei requisiti richiesti, consentendone eventualmente il possesso in misura minore rispetto alla mandataria.

Aggiunge inoltre che la medesima mandante, rispetto al fatturato globale di 2.000.000,00 di euro richiesto dal bando, ha dichiarato di avere realizzato un fatturato complessivo di € 780.000,00 e quindi inferiore al 47% costituente la quota di partecipazione detenuta nel RTI dalla mandante STRUTTURA S.r.l..

A tali contestazioni la difesa erariale e quella del RTI controinteressato oppongono due ordini di considerazioni:

A) il principio di corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione e quote di partecipazione al RTI, affermatosi anche normativamente (art. 37, comma 6, del Codice dei contratti pubblici), va limitato agli affidamenti di lavori pubblici e non è estendibile agli appalti di servizi per i quali il nostro ordinamento non contempla un rigido sistema normativo di qualificazione dei soggetti esecutori;

B) nel caso di specie comunque sia il disciplinare che il bando, nelle disposizioni già richiamate dalla parte ricorrente a sostegno della seconda censura dedotta,

hanno specificato che “In caso di soggetti di cui all’art. 34, comma 1, lett. d), e), f) e f-bis), del Codice degli appalti (RTI, consorzi di concorrenti, GEIE, operatori economici stabiliti in altri Stati membri) i requisiti relativi al fatturato globale e specifico dovranno essere posseduti dai soggetti medesimi nel loro complesso. In caso di RTI (costituendo o costituito) i suddetti requisiti devono essere posseduti in misura maggioritaria dalla mandataria rispetto alle mandanti (...)”;

C) in ragione di quanto sopra, alcun rilievo assume la circostanza che la mandante SRUTTURA abbia dichiarato un fatturato specifico pari ad € “0”.

Sicché per un verso, come è avvenuto da parte del RTI DELOITTE nel caso in esame, al fine di assecondare soddisfacendole le prescrizioni della legge speciale di gara, è sufficiente che il RTI concorrente dimostri cumulativamente il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale da parte delle imprese che lo costituiscono, con la precisazione che detto requisito deve essere posseduto in misura maggioritaria dalla mandataria, senza che la mandante debba dichiarare alcuna corrispondenza simmetrica sul punto.

Per altro verso l’aver dichiarato la mandante STRUTTURA un fatturato specifico pari ad € “0”, costituisce circostanza che non assume nessun rilievo negativo rispetto alla capacità della dichiarazione del RTI DELOITTE di soddisfare le indicazioni della legge di gara, ai fini della dimostrazione circa il possesso dei requisiti per potervi partecipare; di talché la seconda censura dedotta dalla parte ricorrente sarebbe infondata con riferimento ad entrambe le linee di contestazione.

18. – In merito al secondo ordine di censure dedotto dalla parte ricorrente il Collegio osserva che, con specifico riferimento alla prima linea di contestazione inerente al principio di simmetria delle quote, l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato si è recentemente espressa sul punto (seppur con riferimento all’affidamento

di concessioni di servizi, sentenza 30 gennaio 2014 n. 7 ed altre precedentemente che saranno richiamate in seguito) fornendo una soluzione al contrasto giurisprudenziale sorto in argomento che pare pienamente condivisibile.

Va premesso che l'art. 37, comma 13, del Codice dei contratti pubblici ha subito negli ultimi anni incisive rivisitazioni:

a) in un primo tempo recitava: “I concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento”;

b) successivamente tale disposizione è stata novellata dalla lettera a) del comma 2-bis dell'art. 1 del decreto legge 6 luglio 2012 n. 95, introdotto dalla legge di conversione 7 agosto 2012 n. 135 (con decorrenza dal 15 agosto 2012, data di entrata in vigore della legge di conversione) nel modo seguente: “Nel caso di lavori, i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento”;

c) da ultimo tale comma è stato abrogato dall' art. 12, comma 8, del decreto legge 28 marzo 2014 n. 47, convertito, con modificazioni, nella legge 23 maggio 2014 n. 80 (formulazione non riferibile al presente contenzioso in quanto introdotta in epoca ben successiva rispetto a quella di pubblicazione del bando dal parte del MIBACT).

Sempre dal punto di vista normativo si aggiunga che l'art. 37, comma 4, stabilisce, fin dall'entrata in vigore del Codice, che: “Nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati”.

Il dibattito dunque verte(va) sulla nota questione se le disposizioni recate dall'art. 37 in materia di appalti lavori, nella parte in cui obbligano gli RTI concorrenti a dichiarare e dimostrare la sussistenza di una effettiva simmetria tra quote di partecipazione e percentuale di attività che verranno svolte dalla singola società in sede di esecuzione, siano estensibili anche agli appalti di servizi.

A questo punto va rammentato, ai fini di un esegetico chiarimento con riferimento agli appalti di servizi, che prima della novella del 2012, la giurisprudenza amministrativa in qualche modo corroborata da alcune pronunce dell'Adunanza plenaria (cfr. sentt. 13 giugno 2012 n. 22 e 5 luglio 2012 n. 26, proprio in tema di appalti di servizi), si era consolidata - sulla scorta di una lettura unitaria della norma sancita dal comma 13 cit. con quella di cui al comma 4 del medesimo articolo 37, nell'affermazione dei seguenti principi:

A) la legge, così come interpretata, impone la corrispondenza sostanziale, già nella fase dell'offerta, tra le quote di partecipazione al RTI e le quote di esecuzione delle prestazioni, sicché la relativa dichiarazione costituisce un vero e proprio requisito di ammissione alla gara e non soltanto il contenuto di obbligazione da far valere esclusivamente in sede di esecuzione del contratto;

B) ciò in quanto la funzione dell'obbligo di corrispondenza fra quote di partecipazione ed esecuzione (cor)risponde alle seguenti esigenze: 1) conoscere preventivamente, da parte della stazione appaltante, il soggetto incaricato di eseguire le prestazioni e la misura percentuale, al fine di rendere più spedita l'esecuzione del rapporto, individuando ciascun responsabile; 2) agevolare la verifica della competenza dell'esecutore in rapporto alla documentazione di gara; 3) prevenire la partecipazione alla gara d'impresa non qualificate;

C) trattandosi di un precetto imperativo che introduce un requisito di ammissione, quand'anche non esplicitato dalla *lex specialis*, quest'ultima è da intendersi corrispondentemente etero-integrata ai sensi dell'art. 1339, c.c., sicché la sua inosservanza determina l'esclusione dalla gara;

D) d'altronde non è necessario, ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici, che la sanzione dell'esclusione sia espressamente prevista dalla norma di legge, allorquando sia certo il carattere imperativo del precetto che imponga un determinato adempimento ai partecipanti ad una gara, (in tal senso Cons. Stato, Ad. pl., 16 ottobre 2013 n. 23 e 7 giugno 2012 n. 21);

E) tale obbligo di dichiarazione in sede di offerta s'impone per tutte le tipologie di associazioni di imprese (costituite, costituende, verticali, orizzontali), per tutte le tipologie di prestazioni (scorporabili o unitarie, principali o secondarie) nonché per tutti i tipi di appalti (lavori, servizi e forniture), indipendentemente dall'assoggettamento della gara alla disciplina comunitaria;

F) poiché l'obbligo di simmetria tra quota di esecuzione e quota di effettiva partecipazione al RTI scaturisce e s'impone ex lege, è necessaria e sufficiente, in sede di formulazione dell'offerta, la dichiarazione delle quote di partecipazione, cui la legge attribuisce un valore predeterminato, che è quello dell'assunzione dell'impegno da parte delle imprese di eseguire le prestazioni in misura corrispondente.

Tuttavia, come condivisibilmente ricorda la difesa del RTI DELOITTE, la stessa Adunanza plenaria nella sentenza citata n. 22 del 2012 chiarisce definitivamente che “nel settore dei servizi, in mancanza di una predeterminazione normativa o regolamentare dei requisiti di capacità tecnicoorganizzativa ed economicofinanziaria (...) spetta alla stazione appaltante il compito di definire

nella *lex specialis*, in relazione al contenuto della prestazione, i requisiti di idoneità che devono essere posseduti dalle imprese componenti il raggruppamento” (punto 10.3.1 della sentenza)

Ne consegue che il principio di corrispondenza opera, per gli affidamenti di servizi pubblici, solo se esso è valorizzato e specificamente previsto dal bando di gara ovvero dalle altre fonti normative che costituiscono la legge di quella specifica gara. Posto che, per come sopra si è riferito, la legge di gara nella specie non richiede espressamente siffatta dichiarazione né alcuna dimostrazione di simmetrica corrispondenza percentuale, ai fini della valida partecipazione alla selezione, la prima linea di contestazione recata dal secondo motivo di doglianza dedotto dall’ATI ECOTER non può ritenersi fondata.

19. – E’ invece fondata la seconda linea di contestazione espressa dalla ricorrente nel secondo motivo di impugnazione.

La mandante STRUTTURA, per come si è già riferito, ha dichiarato un fatturato specifico pari ad € “0”, quindi ha dichiarato di non avere esperienza pregressa con riferimento ad uno dei requisiti richiesti per dimostrare la capacità tecnica e professionale del RTI concorrente.

Si è già riferito come il bando di gara (ai punti 3.2.3 e 3.2.4) aveva stabilito che, in caso di partecipazione di concorrenti in RTI, i requisiti di fatturato ed i requisiti di capacità tecnico professionale “devono essere posseduti in misura maggioritaria dalla mandataria rispetto alle mandanti”, mentre l’art. 7 del disciplinare disponeva che “(...) pena l’esclusione, i requisiti soggettivi e oggettivi di qualificazione sono richiesti per ciascuna delle imprese riunite in RTI: i requisiti di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-professionali sono richiesti al RTI nel suo

complesso, fermo restando che l'impresa mandataria dovrà possedere tali requisiti in misura maggioritaria rispetto alle mandanti”.

Dal tenore delle prescrizioni recate dalla legge di gara si ricava agevolmente che:

- 1) in caso di partecipazione di un RTI i requisiti di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-professionali sono richiesti al predetto raggruppamento nel suo complesso;
- 2) l'impresa mandataria dovrà possedere tali requisiti in misura maggioritaria rispetto alle mandanti;
- 3) in ogni caso pena l'esclusione, i requisiti soggettivi e oggettivi di qualificazione sono richiesti per ciascuna delle imprese riunite in RTI.

Nella dichiarazione relativa alla mandante STRUTTURA risulta una dichiarazione pari ad € “zero” e quindi essa non ha dimostrato il possesso di tale requisito di partecipazione, coinvolgendo in tale deficit l'intero RTI DELOITTE che, dunque, non poteva essere ammesso in gara.

20. – Il terzo motivo di censura, per espressa affermazione della parte ricorrente, è intimamente connesso al secondo e quindi ne segue le sorti di scrutinio e di valutazione sulle quali non appare necessario qui tornare.

Con il quarto motivo la parte ricorrente sostiene che il RTI DELOITTE avrebbe dovuto essere non ammesso in gara per non aver prodotto la dichiarazione, per come richiesta dal bando, con espresso riferimento agli amministratori, direttori tecnici e cessati dalla carica operanti presso la società Cofin S.r.l., fusa per incorporazione in data 27 dicembre 2012 in Deloitte Consulting S.r.l.

Tale censura non ha positivo riscontro nei fatti, atteso che dalla documentazione prodotta nel processo è facile verificare come vi sia una evidente coincidenza tra

coloro che compongono o costituiscono gli organi amministrativi e di rappresentanza della Cofin e quelli della DELOITTE.

Dal momento che non vi è alcun dubbio che le dichiarazioni relative agli amministratori e direttori tecnici della DELOITTE siano state prodotte in gara, ne deriva che la dichiarazione è stata resa anche con riferimento alla società incorporata (nello specifico i Signori Brienza, Donato e Ciai, senza che sia necessario pretendere una puntualizzazione in ordine alla riferibilità della dichiarazione ai predetti signori se in veste di organi di Cofin o di Deloitte).

21. – Con il quinto motivo la parte ricorrente contesta la mancanza dei requisiti minimi di professionalità dei componenti del Gruppo di lavoro indicato dal RTI DELOITTE, che doveva coincidere con (almeno) un quinquennio di professionalità.

Dalla lettura del curriculum di ciascuno dei componenti indicati dal RTI aggiudicatario nonché dall'esame di tutta la documentazione offerta all'esame del Collegio su tale aspetto risulta che i componenti presi in considerazione possono vantare una esperienza dal giorno della laurea, per come è espressamente previsto dalla legge speciale di gara di almeno un quinquennio. Sicché sotto tale profilo il motivo non si presta ad essere accolto.

Nell'ambito della stessa censura la parte ricorrente lamenta una non corretta distribuzione dei punteggi da parte della commissione di gara con riferimento alla valutazione dei componenti indicati per il Gruppo di lavoro.

Le censure prospettate in merito all'attribuzioni di punteggi (nel motivo di doglianza qui scrutinato e negli altri, anche relativi al ricorso incidentale, dei quali si dirà poi) sono, nell'insieme, inammissibili, in quanto attengono al merito amministrativo e non prospettano giudizi affetti da illogicità ed irragionevolezza.

Va ribadito in proposito, nel settore degli appalti pubblici, l'orientamento giurisprudenziale secondo cui le valutazioni tecniche, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 26 marzo 2014 n. 1468). Le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno rilevato che la valutazione del giudice amministrativo non valica i confini della sua giurisdizione quando apprezza la congruità e logicità del provvedimento impugnato, senza invadere la discrezionalità tecnica dell'amministrazione (cfr. Sez. un. 22 maggio 2012 n. 8071; ed anche, fra le altre: Sez. un., 8 marzo 2012 n. 3622, 19 dicembre 2011 n. 27283, 9 maggio 2011 n. 10065 e 21 giugno 2010 n. 14893). Sicché al di fuori di tali occasioni, che non è dato di rinvenire nel presente contenzioso, le censure che hanno ad oggetto la attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche da parte di una commissione di gara non sono scrutinabili dal giudice amministrativo e, per questo, sono inammissibili.

22. – Ancora, non è fondato il successivo motivo di ricorso elencato nell'atto introduttivo del presente giudizio, avente ad oggetto la contestata legittimità della predisposizione dell'offerta economica presentata dal RTI DELOITTE in quanto da essa non sarebbe possibile verificare correttamente se sono stati applicati i CCNL di categoria con riferimento ai componenti del Gruppo di lavoro, onde formulare la relativa offerta.

Va però segnalato come nella legge di gara e negli allegati non si riscontra la presenza di alcun format o modello predisposto dal MIBACT sul quale redigere l'offerta tecnica, in particolare in ordine alla parte della stessa qui censurata.

Può solo affermarsi, tenendo conto ancora una volta di ciò che emerge dagli atti di gara, che la composizione dell'offerta, non indirizzata con un apposito modello dalla stazione appaltante, rende impossibile lo scrutinio che pretenderebbe di effettuare l'odierna parte ricorrente, peraltro in assenza di riscontri più puntuali offerti al giudizio del Collegio da parte della stessa parte ricorrente.

23. – Non ha consistenza, infine, neppure l'ultimo motivo di ricorso, secondo il quale sarebbe mancata, nel corso della procedura, una adeguata istruttoria volta a verificare se i soggetti proposti dal RTI DELOITTE quali componenti del gruppo di lavoro avessero già in atto contratti con la stazione appaltante.

Al momento della proposizione della censura la stessa andava dichiarata inammissibile, in quanto risulta dalla lettura del disciplinare di gara che era imposta alla commissione la regola dell'anonimato, con riferimento a coloro che venivano dai concorrenti indicati quali componenti del Gruppo di lavoro, fino ad avvenuta aggiudicazione della gara.

24. – Alla luce di quanto sopra si è esposto, il ricorso proposto dal RTI ECOTER va accolto in ragione della fondatezza del primo e del secondo, quest'ultimo in parte, dei motivi di ricorso dedotti, con annullamento dell'aggiudicazione intervenuta in favore del RTI DELOITTE.

A questo punto può avviarsi lo scrutinio del ricorso incidentale da quest'ultima spiegato (stante quanto molto più sopra si è chiarito in merito alla sequenza di scrutinio dei due ricorsi).

25. – Con il primo motivo di ricorso incidentale il RTI DELOITTE sostiene che il RTI ECOTER avrebbe dovuto essere escluso dalla gara in quanto non è stata da quest'ultimo resa la dichiarazione, necessaria ai fini della non esclusione, del possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del Codice dei contratti

pubblici con riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici della società Airest a cagione di una operazione di affitto di ramo d'azienda con la mandante CIVITA CULTURA.

In particolare la parte ricorrente incidentale riferisce che dalla visura camerale emerge che in data 25 ottobre 2012 e quindi nell'anno antecedente rispetto al periodo di pubblicazione del bando vi è stata una operazione di affitto di ramo d'azienda dalla società Airest alla società Civita Cultura. Ne consegue che la dichiarazione ex art. 38 del Codice dei contratti pubblici resa dal RTI ECOTER doveva riguardare anche gli amministratori ed i direttori tecnici di Airest, circostanza che non si è verificata.

Il RTI ECOTER replica, concordando sul punto anche con la difesa erariale, affermando che un siffatto adempimento, neppure specificamente imposto dalla legge di gara, non poteva essere preteso ai fini della partecipazione alla selezione e comunque avrebbe ben potuto essere oggetto di "soccorso istruttorio".

Il Collegio, aderendo alla prospettazione difensiva del raggruppamento ricorrente (cfr. memoria di contestazione del ricorso incidentale) e conformemente agli arresti delle Adunanze Plenarie 4 maggio 2012 n. 10 e 7 giugno 2012 n. 21, ritiene che la operazione contrattuale posta in essere da CIVITA CULTURA nell'anno solare anteriore alla pubblicazione del bando di gara, non rientri nella tipologia di quelle per le quali è richiesta la presentazione della dichiarazione 38 del Codice dei contratti pubblici.

Infatti, con la decisione n. 10 del 2012, l'Adunanza plenaria ha ritenuto sussistere in capo al cessionario (tenuto conto dell'oggetto di quel contenzioso) l'onere di presentare la dichiarazione relativa al requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), del decreto legislativo n. 163 del 2006 anche in riferimento agli amministratori ed

ai direttori tecnici che hanno operato presso la cedente nell'ultimo triennio (ora, per la novella normativa dell'art. 38, nell'ultimo anno). Più in particolare, nell'ipotesi di cessione di azienda o di ramo di azienda si ha il passaggio all'avente causa dell'intero complesso dei rapporti attivi e passivi nei quali l'azienda stessa o il suo ramo si sostanzia, il che rende la vicenda ben suscettibile di comportare pur essa la continuità tra precedente e nuova gestione imprenditoriale. La responsabilità per fatto di soggetto giuridico terzo a cui soggiace il cessionario (e lo stesso vale per l'appaltatore) trova risposta nel principio ubi commodum, ibi incommodum: il cessionario, come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze, sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità del cedente.

L'Adunanza plenaria nella sentenza n. 10 del 2012, affermato il principio di cui sopra, ha però osservato che tuttavia deve aversi riguardo alla specificità dei singoli casi quali:

- a) anzitutto, è comunque dato al cessionario comprovare l'esistenza nel caso concreto di una completa cesura tra vecchia e nuova gestione, tale da escludere la rilevanza della condotta dei precedenti amministratori e direttori tecnici operanti nell'ultimo triennio (e, ora, nell'ultimo anno) presso il complesso aziendale ceduto;
- b) resta altresì fermo - tenuto anche conto della non univocità delle norme circa l'onere del cessionario - che in caso di mancata presentazione della dichiarazione e sempre che il bando non contenga al riguardo una espressa comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione.

Con la decisione n. 21 del 2012, l'Adunanza plenaria ha poi esteso i medesimi principi anche al caso di incorporazione o fusione societaria, stabilendosi che

sussiste in capo alla società incorporante, o risultante dalla fusione, l'onere di presentare la dichiarazione relativa al requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), del decreto legislativo n. 163 del 2006 anche con riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la società incorporata o le società fuse in nell'ultimo triennio ovvero che sono cessati dalla relativa carica in detto periodo (e ora, dopo la novella di cui al decreto legge n. 70 del 2011, nell'ultimo anno). Viene comunque ribadito anche in questa occasione dall'Adunanza plenaria che resta ferma la possibilità di dimostrare la c.d. dissociazione.

In entrambe le decisioni sopra segnalate, e in particolare nella prima, si è messo in evidenza che, stante il principio di tipicità e tassatività delle cause di esclusione, la norma recata dall'art. 38, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, al pari delle altre cause preclusive della partecipazione del concorrente alle procedure di gara, non è suscettibile di interpretazione tale da introdurre ulteriori e non previste cause ostative; per contro, l'Adunanza plenaria ha evidenziato che si mira a chiarire “se il contenuto della stessa norma già di per sé comprenda o meno ipotesi non testuali, ma pur sempre ad essa riconducibili sotto il profilo della sostanziale continuità del soggetto imprenditoriale a cui si riferiscono, sicché il soggetto cessato dalla carica sia identificabile come interno al concorrente”. La decisione, pertanto, privilegia una esegesi di tipo sostanziale, ancorata alla ratio della disposizione in questione, e questo allo scopo di non eludere l'altrettanto importante disposizione in ordine alla tassatività delle cause di esclusione.

26. - Orbene, tenuto conto di quanto sopra esposto, non può ritenersi che, nel caso menzionato dalla parte ricorrente incidentale, si siano verificate operazioni tali da rendere obbligatoria la dichiarazione di cui all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici in capo agli amministratori, legali rappresentanti e direttori tecnici della società Airst con la quale CIVITA CULTURA ha stipulato un contratto di affitto

di ramo d'azienda nell'anno solare anteriore alla pubblicazione del bando di gara e più esattamente in data 25 ottobre 2012.

Se è vero che occorre avere riguardo al contenuto effettivo della operazione, dalla lettura della parte in premessa che nell'art. 1 recante le indicazioni sull'oggetto del contratto, nell'atto datato 25 ottobre 2012 può agevolmente riscontrarsi che l'operazione in questione si limitava a concedere la disponibilità e l'utilizzo di un immobile per "l'esercizio dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande e di commercio di vicinato sito nell'immobile di proprietà di Intesa Sanpaolo S.p.A. in Milano, Piazza della Scala n. 6 (...) all'interno del quale è presente un museo denominato "Gallerie d'Italia", con annessi punti di ristorazione e libreria".

Si è trattato, dunque, di una operazione di affitto di ramo d'azienda, peraltro a contenuto molto limitato stante la natura dell'oggetto e soprattutto circoscritto all'utilizzo di un immobile, senza coinvolgimento in alcuna attività di CIVITA CULTURA né, all'opposto, con contribuzione attiva di Airest nelle attività ordinarie e non della predetta, attraverso la quale Airest avendo la disponibilità del suindicato immobile lo cedeva in affitto alla odierna società mandante del RTI ECOTER. Peraltro il contratto perimetra molto rigorosamente le competenze cedute da Airest per l'utilizzo del museo e delle altre strutture poste in affitto (si veda in particolare l'analitica descrizione recata dall'art. 6 del contratto), oltretutto privo di personale dipendente e di addetti in genere,.

Deriva da quanto ora riferito che l'operazione in questione non può farsi rientrare tra quelle che l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 10 del 2012 ritiene assoggettabili agli obblighi di cui all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, in quanto non è qui ravvisabile la continuità di rapporti tra soggetti imprenditoriali.

Infatti, anche se l'affitto di azienda o di ramo di azienda, pur non contemplato nell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, rientra, per giurisprudenza costante, tra le ipotesi cui alla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 10 del 2012 è applicabile (cfr., ad esempio, T.A.R. Lazio, Sez. III, 16 dicembre 2013 n. 10863 e T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 3 giugno 2013 n. 2868), in caso di censura in ordine al mancato deposito delle dichiarazioni va comunque riguardata l'operazione in sé, al fine di comprendere se essa possa oggettivamente essere accomunata a quelle cui l'art. 38 è estensibile in via analogica, stante l'esigenza di evitare che gli obblighi di cui alla citata disposizione vengano facilmente elusi dai concorrenti ricorrendo ad operazioni societarie fittizie.

In siffatto contesto ricostruttivo, non sembra al Collegio che in tale novero possa rientrare l'affitto dell'immobile che ospita a Milano il museo "Gallerie d'Italia" nonché le sue pertinenze, in quanto esso non postula alcuna continuità di gestione imprenditoriale ma solo la materiale consegna di strutture e licenze per operare nel settore.

D'altronde (art. 12 del contratto) è esclusa tra le parti qualsiasi successione nei debiti e crediti inerenti alla struttura fatta oggetto di cessione.

Posto che le regole interpretative in ordine ai requisiti di partecipazione alle gare pubbliche non possono, sia pur nel tentativo di scongiurare azioni elusive da parte del concorrente, finire per dare rilevanza a fattispecie in alcun modo contemplate dalla lettera dell'art. 38, comma 1, lett. c) del Codice, in palese contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione e del "favor participationis", nel caso di specie (anche in mancanza di specifica indicazione sul punto recata dalla legge di gara) non può ritenersi inidonea o incompleta la dichiarazione resa dal RTI ECOTER, giacché, assumendo il contrario, si accoglierebbe una interpretazione utile a creare una vera e propria moltiplicazione "ultra litteram" degli obblighi

dichiarativi, dovendosi ammettere l'esistenza di un obbligo dichiarativo per gli amministratori di una qualunque società che abbia concluso con il concorrente un qualunque contratto idoneo, sul piano astratto, a consentire alla prima di esercitare un'influenza sul secondo.

D'altronde, a tutto voler concedere, il bando e la legge di gara non hanno imposto ai concorrenti alcuna dichiarazione aggiuntiva per la verifica dei requisiti di ordine generale sicché, per un verso tale adempimento non potrebbe ritenersi necessario a pena di esclusione (consentendosi al più il soccorso istruttorio), per altro verso, qualora la parte ricorrente incidentale intendeva dolersi della mancata specifica nella legge speciale di gara, si osserva che essa non ha gravato specificamente il bando e la legge di gara sotto tale profilo.

Il primo motivo di ricorso incidentale si rivela dunque infondato.

27. – Con il secondo motivo di ricorso incidentale il RTI DELOITTE sostiene che l'offerta presentata dall'odierno RTI ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto nella parte economica della stessa non sono dichiarati i c.d. costi della sicurezza (ovvero oneri della sicurezza aziendale), il che rende l'offerta stessa incompleta e quindi da escludersi anche in assenza di apposita previsione nella legge speciale di gara.

Il RTI ECOTER replica a tale contestazione affermando che nell'ipotesi di servizio di natura intellettuale tale dichiarazione non è necessaria e la sua mancanza non determina l'esclusione della relativa offerta.

Il Collegio osserva sul punto che nel caso di specie, le previsioni del bando di gara (e dei relativi allegati) non hanno previsto alcunché in ordine alla sussistenza ed alla quantificazione degli oneri per la sicurezza, né hanno chiesto comunque una specificazione circa la loro entità. Tale scelta operata dalla stazione appaltante (il

MIBACT) si pone in stretta coerenza con le altre previsioni del bando circa l'oggetto del servizio e il contenuto della prestazione posta in gara, che ha riguardato l'assistenza tecnica, il monitoraggio, il controllo e la valutazione di programmi comunitari, il tutto finalizzato ad orientare l'appaltatore a svolgere al meglio le funzioni di coordinamento complessivo nelle varie fasi, e quindi un servizio di natura prettamente intellettuale, rispetto alla quale nessuna attività era evidentemente caratterizzata da profili di interesse in tema di sicurezza sul lavoro.

Per la consolidata giurisprudenza, che la Sezione condivide e fa propria, la sicura assenza, nell'ambito delle lavorazioni oggetto della gara, di profili di interesse in tema di salute e sicurezza sul lavoro, rende (...) inessenziale l'inserimento di una clausola della *lex specialis* la quale comminava la più grave sanzione (quella espulsiva) a fronte di una violazione meramente formale, quale è quella di dichiarare oneri per la sicurezza, per giunta nella consapevolezza che l'importo dichiarato non poteva essere analiticamente definito (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2014 n. 330, 17 gennaio 2014 n. 180 e Sez. VI, 19 ottobre 2012 n. 5389).

Nel caso in esame, dunque, non risulta alcun elemento tale da comportare la previsione specifica di profili di sicurezza connessi alle prestazioni in gara: in assenza di clausole del bando che obbligavano i concorrenti a specificare nella propria offerta la consistenza degli oneri per la sicurezza, appare assolutamente meccanicistico e del tutto non pertinente con gli interessi sostanziali dell'amministrazione - oltre che con le disposizioni rilevanti in materia - l'applicazione (in sostanziale via analogica, ma in assenza della relativa *ratio*) di una regola concernente bandi di gara aventi un contenuto ben diverso.

Pertanto, risulta insussistente il vizio che il RTI ricorrente incidentale ha suggerito con il secondo motivo di ricorso.

28. – Con il terzo motivo indicato nel ricorso incidentale il RTI controinteressato sostiene che la commissione di gara avrebbe errato nell'attribuire i punteggi alle offerte proposte da entrambe le concorrenti oggi in contenzioso.

Il Collegio rileva come l'interesse alla coltivazione del surriferito motivo di ricorso diviene improcedibile per effetto della fondatezza dei primi due motivi di gravame di cui al ricorso principale. Infatti essendo fondato il rilievo di mancata esclusione del RTI DELOITTE dalla gara, la verifica circa la corretta attribuzione dei punteggi assume ruolo e peso recessivi, atteso che tecnicamente (cfr. sul punto la sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011) la esclusione dalla gara in sede giudiziale determina con contemporaneità di tempi il venire meno della legittimazione in capo alla ditta esclusa a proporre contestazioni relative alla valutazione dell'offerta.

Il ricorso incidentale, dunque, stante la infondatezza dei motivi in esso dedotti, va respinto.

29. – L'accoglimento del ricorso principale e la notizia (divulgata dalla difesa erariale nella memoria conclusiva da ultimo depositata) dell'intervenuta stipula medio tempore tra il MIBACT e il RTI DELOITTE del contratto, impone lo scrutinio delle ulteriori domande avanzate dal RTI ricorrente, a partire dalla dichiarazione di inefficacia del predetto contratto, per proseguire con la sostituzione del RTI ricorrente al RTI controinteressato quale contraente nel suddetto contratto già stipulato con il MIBACT.

Il RTI ricorrente ha chiesto, a titolo di risarcimento in forma specifica derivante dall'annullamento dell'aggiudicazione in favore del RTI controinteressato, che venga dichiarata l'inefficacia del contratto frattanto stipulato con questo

dall'amministrazione resistente e che venga disposto l'affidamento, per il tempo residuo, dell'appalto in suo favore.

La questione, intanto, in assenza di deduzioni delle parti in ordine alla sussistenza delle violazioni c.d. "gravi" previste dall'art. 121 c.p.a., va regolata secondo i criteri dalla successiva norma stabilita dall'art. 122 del medesimo codice.

La citata disposizione attribuisce (innovativamente) al giudice il potere di decidere se dichiarare oppure no inefficace il contratto, in base ad una serie di parametri che, seppure oggettivi, sono però da combinare in vario modo tra loro, in relazione alle specifiche e variabili caratteristiche della situazione di fatto di volta in volta in esame.

Infatti, nel decidere sulla sorte del contratto in esito all'annullamento dell'aggiudicazione, nell'esercizio di una funzione imparziale e terza che deve però considerare la rilevanza pubblicistica degli interessi perseguiti attraverso il contratto, il giudice deve tenere conto, in particolare:

A) degli interessi delle parti;

B) dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati;

C) e, conseguentemente, dello stato di esecuzione del contratto e della correlata possibilità di subentrare nel contratto, sempreché il vizio dell'aggiudicazione non comporti invece il mero obbligo di rinnovare la gara, e la domanda di subentrare sia stata proposta.

Ciò posto, ritiene il Collegio che non vi siano ragioni, rispetto agli interessi complessivi delle parti, che impediscano la declaratoria dell'inefficacia del contratto, tenuto conto in particolare di quanto chiarito dall'avvocatura erariale

circa le ragioni che hanno consigliato e (tutto sommato) imposto all'amministrazione di procedere comunque alla stipula "pendente iudicio", sintetizzabili nel credibile rischio di veder sfumare il finanziamento comunitario. Tenuto conto che dagli atti non affiorano ulteriori ragioni che hanno determinato la stipula con l'originario RTI aggiudicatario nelle more della definizione del contenzioso e considerato che il contratto è stato stipulato e approvato il 29 aprile 2014 e che il servizio terminerà il 30 giugno 2015 (cfr. punto 2.3. del bando di gara), non vi sono ragioni evidenti che ostacolano il raggiungimento del pieno obiettivo soddisfattivo-risarcitorio preteso dalla parte ricorrente.

Con il che resta assorbita ogni ulteriore domanda risarcitoria per equivalente.

30. – In ragione delle suesposte considerazioni, le censure dedotte con il ricorso principale si presentano parzialmente fondate, mentre sono infondate e in parte inammissibili (il terzo motivo) le censure dedotte con il ricorso incidentale, di talché il ricorso principale va accolto con annullamento dell'atto di aggiudicazione principalmente gravato. Nello stesso tempo va accolta la domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto medio tempore stipulato tra il MIBACT e il RTI DELOITTE nonché la richiesta di sostituzione nel predetto contratto del RTI ECOTER al RTI DELOITTE.

Le spese seguono la soccombenza, ai sensi dell'art. 91 c.p.c. come richiamato dall'art. 26, comma 1, c.p.a., e vanno imputate sia a carico dell'amministrazione resistente che a carico della parte controinteressata che ha accettato il contraddittorio replicando nel merito alle censure dedotte dalle ricorrenti e proponendo ricorso incidentale e restando anch'essa soccombente nella sede processuale. Stima equo il Collegio, quindi, che le spese vadano rimesse a carico dell'amministrazione e della parte controinteressata (e ricorrente incidentale) nella misura complessiva di € 4.000,00 (euro quattromila/00) oltre accessori come per

legge ed imponendosi alle stesse anche la restituzione del contributo unificato, se effettivamente versato dalla parte ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Quater)

pronunciando in via definitiva sul ricorso indicato in epigrafe:

- 1) accoglie il ricorso principale;
- 2) dichiara in parte inammissibile ed in parte infondato il ricorso incidentale;
- 3) dichiara l'inefficacia del contratto medio tempore stipulato e dispone la sostituzione dell'ATI con mandataria Ecoter S.r.l. alla R.T.I. Deloitte Consulting S.r.l. nella esecuzione del contratto in corso, accogliendo in questi sensi la domanda di risarcimento in forma specifica proposta dalla parte ricorrente.

Condanna il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, in persona del Ministro pro tempore e la Deloitte Consulting, in persona del rappresentante legale pro tempore, a rifondere le spese del presente giudizio in favore della Ecoter S.r.l., in persona del rappresentante legale pro tempore, che liquida in complessivi € 4.000,00 (euro quattromila), oltre accessori come per legge, disponendo la restituzione in favore della predetta Ecoter S.r.l. del contributo unificato se versato.

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

Così deciso in Roma nelle Camera di consiglio del 29 maggio 2014 e del 14 luglio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Eduardo Pugliese, Presidente

Francesco Arzillo, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/09/2014

IL SEGRETARIO

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