

Pubblicato il 22/08/2022

N. 07353/2022REG.PROV.COLL.
N. 03943/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3943 del 2021, proposto da
A.C.A. - Azienda Comprensoriale Acquedottistica *in house providing* S.p.A., in
persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
dall'avvocato Mirco D'Alicandro, con domicilio digitale come da registri di
Giustizia;

contro

Terranova S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata
e difesa dall'avvocato Antonio Stancanelli, con domicilio digitale come da
registri di Giustizia;

Engineering Ingegneria Informatica S.p.A., in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Elia Barbieri,
Stefano Vinti e Angelo Buongiorno, con domicilio digitale come da registri di
Giustizia;

nei confronti

Netribe Dmu S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo – sezione staccata di Pescara, sez. I, n. 149/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Terranova S.r.l. e di Engineering Ingegneria Informatica S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 gennaio 2022 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Avagliano, in sostituzione dell'avvocato D'Alicandro per dichiarata delega, Stancanelli e Buongiorno;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con bando del 17 febbraio 2020, la ACA s.p.a. indiceva una gara per l'affidamento, mediante procedura aperta telematica e sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto relativo alla *“consulenza ed assistenza nella gestione dei servizi informatici per la conduzione dei processi caratteristici di un'azienda che gestisce il servizio idrico integrato, comprensivi dell'accesso agli stessi e dei servizi di Application Service Providing e Hosting per l'infrastruttura applicativa dei sistemi”*.

Acquisite le offerte delle tre imprese che avevano fatto domanda di partecipazione (Engineering Ingegneria Informatica s.p.a.; Terranova s.r.l. e Netribe DMU s.r.l.), la Commissione di valutazione all'uopo costituita:

- a) procedeva all'apertura delle *“buste virtuali”* pervenute, contenenti la documentazione amministrativa di ogni singolo concorrente, all'esito proponendo l'ammissione di tutti i partecipanti;
- b) trascorreva, quindi, all'apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica e, di seguito, in successive sedute, alla analisi del relativo contenuto, conclusosi con la *“decisione di predisporre quesiti da inviare ai partecipanti al fine di chiarire alcuni aspetti tecnici delle relative proposte”*;

c) analizzava i chiarimenti fatti pervenire dalle tre imprese partecipanti, concludendo che nel senso che gli stessi “*non soddisfa[ce]vano le aspettative*”, decidendo, perciò, di fissare un calendario di “*attività dimostrative*”, con separata effettuazione delle relative prove;

d) all’esito, dopo analisi e discussione sui principali aspetti tecnici dei progetti presentati, procedeva all’attribuzione dei relativi punteggi;

e) trascorreva, quindi, alla apertura delle buste virtuali contenenti le offerte economiche ed i relativi ribassi percentuali proposti, attribuendo i relativi punteggi, con conseguente elaborazione della graduatoria finale, che vedeva classificata al primo posto (con 92,997 punti) Netribe DMU s.r.l., al secondo posto (con 79,063 punti) Engineering Ingegneria Informatica s.p.a. e all’ultimo posto (con 57,454 punti) Terranova s.r.l.;

f) proponeva, infine, l’aggiudicazione dell’appalto a favore della prima classificata.

2.- Con determinazione n. 399 del 27 agosto 2020, approvati i verbali, l’appalto era aggiudicato alla Netribe DMU s.r.l. per un importo complessivo di € 912.000,00 oltre IVA.

L’esito della gara era impugnato, con distinti ricorsi proposti dinanzi al TAR per l’Abruzzo, sede di Pescara, da Terranova srl e da Engineering Ingegneria Informatica s.p.a..

Con il primo (R.G. n. 379/2020), la ricorrente lamentava:

a) violazione o falsa applicazione degli artt. 8.1.3 e 9.2 del disciplinare di gara e dell’art. 83, comma 9, del d. lgs. 50/2016, in relazione alla circostanza che “*nella busta economica dell’impresa Netribe, così come consegnata alla società ricorrente in riscontro dell’accesso agli atti, non [fosse] presente la dichiarazione a corredo dell’offerta ‘Allegato 3’*”, previsto a pena di esclusione;

b) violazione dell’art. 30 d.lgs. n. 50/2016 e, segnatamente, del principio di separazione dell’offerta economica e tecnica, sull’assunto che – “*con la scusa di ottenere chiarimenti sul funzionamento del software offerto*” – la Commissione di gara, durante la dimostrazione, avrebbe chiesto al rappresentante dell’impresa

“di prendere posizione in merito anche a possibili estensioni dell'offerta tecnica e a sue conseguenze sotto il profilo dell'offerta economica, così vanificando la separazione delle buste e rischiando di alterare la serenità e l'imparzialità del proprio giudizio sull'offerta tecnica”;

c) violazione dei punti 9.4 e 9.5.2 del disciplinare di gara, e, in particolare, dell'obbligo, ivi previsto, di procedere alla apertura delle offerte tecniche ed economiche in seduta pubblica, laddove i verbali del 23 aprile 2020 e del 22 luglio 2020 attestavano che tali operazioni erano avvenute in seduta riservata.

A sua volta, con il proprio ricorso (RG n. 366/2020) Engineering Ingegneria Informatica s.p.a. lamentava, con unico mezzo, violazione dei principi di vincolatività delle specifiche tecniche di gara, fissato dall'art. 68 d. lgs. n. 50/2016, e di conformità dell'offerta ai requisiti di partecipazione ed ai criteri di aggiudicazione fissati dagli artt. 94 e 95 d. lgs. cit., sull'assunto che, nel corso della selezione, sarebbe stato violato il par. 3.1, n.2) del capitolato tecnico, nella parte in cui stabiliva che *“al fine di garantire il costante allineamento dei dati e la coerenza fra gli stessi il Sistema Informatico gestionale alla base del servizio [avrebbe dovuto] essere costituito da un'unica applicazione con un unico DB di appoggio”*: ciò che – a fronte di un'offerta, come quella formulata da Netribe DMU s.r.l., che prevedeva una piattaforma informatica formata da due distinti *Data base* – ne avrebbe imposto l'esclusione, senza possibilità di applicare il c.d. principio di equivalenza.

3.- Nel rituale contraddittorio delle parti, e all'esito della disposta attività istruttoria, il TAR adito, previa riunione dei ricorsi, con sentenza n. 149 del 17 marzo 2021: a) accoglieva il ricorso proposto da Terranova s.r.l.; b) dichiarava la sopravvenuta carenza di interesse al ricorso proposto da Engineering Ingegneria Informatica s.p.a.; c) annullava, per l'effetto, gli atti impugnati ed ordinava, in via di conformazione, la riattivazione del procedimento, segnatamente disponendo che il RUP, insieme alla Commissione, provvedesse a chiudere e sigillare le offerte tecniche in seduta riservata e quelle economiche alla presenza delle offerenti, da sottoporre a nuovo vaglio di una Commissione in diversa composizione.

A sostegno della decisione, il TAR valorizzava il principio secondo cui “*al di fuori delle ipotesi di chiarimenti espressamente previsti in sede di procedura negoziata, dialogo competitivo o valutazione dell'anomalia delle offerte, non [fosse] consentito chiedere chiarimenti o integrazioni relativamente alle offerte, anche al solo fine di meglio comprenderne la portata*”, ritenendo che, nella vicenda in esame – a fronte del fatto che i rappresentanti dei singoli offerenti fossero stati sentiti, ai fini del sollecitato approfondimento tecnico, singolarmente, fosse stata compromessa, a dispetto della cautela di procedere alla registrazione dei colloqui, la segretezza e l'indipendenza di giudizio della Commissione.

4.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, A.C.A. s.p.a. impugnava la ridetta statuizione, di cui lamentava la complessiva erroneità ed ingiustizia, auspicandone l'integrale riforma.

Si costituivano, in resistenza, Terranova s.r.l. e Engineering Ingegneria Informatica s.r.l., che, nell'argomentare l'infondatezza del gravame, riproponeva, in via di devoluzione, le ragioni di doglianza rimaste assorbite nella decisione di prime cure.

Alla pubblica udienza del 27 gennaio 2022, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa veniva riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è fondato e merita di essere accolto.

2.- Con il primo motivo di censura, l'appellante lamenta contraddittorietà ed illogicità della motivazione, avuto riguardo alle disposizioni contenute nella *lex specialis* e, segnatamente, nel disciplinare di gara, una ad errata valutazione delle risultanze istruttorie.

Si duole, segnatamente, che il primo giudice: a) abbia ritenuto – già *in astratto* e *di per sé* (“*sotto il profilo ontologico*”) – illegittima l'iniziativa, assunta dalla Commissione, di sollecitare “*chiarimenti sull'offerta tecnica*”, sull'assunto che fosse, in principio, precluso, nella prospettiva della garanzia della *par condicio* fra i concorrenti, concedere, in via di soccorso, l'opportunità di chiarire aspetti dell'offerta “*oscuri per colpa dell'offerente*”; b) abbia considerato – *in concreto*

ed in relazione alle relative *modalità operative* – scorretta l’acquisizione dei sollecitati chiarimenti, in quanto raccolti in modo da non poter escludere (ed anzi, tali da far positivamente sospettare) “*inquinamenti*” fra aspetti tecnici ed aspetti economici dell’offerta.

In contrario, criticamente assume: *a)* che, preliminarmente, era la stessa *lex specialis* della procedura – e, segnatamente, l’art. 4 del disciplinare di gara – a prevedere che l’offerta tecnica formulata dai concorrenti contenesse, oltre al “*Piano di progetto*” ed agli altri elementi “*descrittivi del funzionamento e della Gestione dei Processi*”, una “*Demo funzionante*”, cioè a dire una “*dimostrazione visiva (e non solo descrittiva)*” del funzionamento del programma proposto, veicolata da un supporto informatico (richiesta, di suo, del tutto coerente, giacché la fornitura posta in bando riguardava, appunto, un sistema informatico molto complesso, avente ad oggetto la gestione integrale di tutti processi caratteristici dell’azienda per il servizio idrico integrato); *b)* che, per tal via, nel sollecitare le imprese partecipanti all’”*attività dimostrativa pratica*” del funzionamento del programma offerto, la Commissione non aveva affatto consentito l’integrazione delle relative proposte negoziali, ma aveva semplicemente approfondito l’esame di un elemento specificamente previsto nella *lex specialis*, ai fini di una sua “*migliore e più immediata comprensione*”; *c)* che, in tale prospettiva, l’iniziativa istruttoria aveva riguardato esclusivamente la “*illustrazione pratica*” del funzionamento del programma offerto rispetto ai vari settori gestionali; era stata “*rivolta a tutte le partecipanti, e non ad una sola di esse*”, così consentendo a tutte di illustrare le proprie offerte; non aveva consentito alcuna modifica dell’offerta tecnica (ciò che, del resto, neppure era stato contestato); *d)* che, oltretutto, alcuna (neppure potenziale) commistione tra profili tecnici ed aspetti economici dell’offerta si sarebbe concretizzata, sia in ragione della circostanza (incontestata) che, all’atto della disposta istruttoria, non erano state ancora aperte le buste virtuali contenenti l’offerta economica, sia alla luce delle (puntuali) fonoregistrazioni, acquisite al processo in via di istruttoria.

2.1.- Il motivo è persuasivo.

In via preliminare, importa osservare che – se è, certamente, precluso alla stazione appaltante (e, per essa, alla commissione incaricata della valutazione delle offerte) di sollecitare chiarimenti, precisazioni, integrazioni in ordine ad incerte od ambigue formulazioni della proposta negoziale (ciò che si risolverebbe in forme anomale di dialogo idonee ad alterare il canone di rigorosa parità di condizione fra i concorrenti) – non è vietata la possibilità di sollecitare (con l'ovvio limite che si tratti di meri “chiarimenti” e/o “illustrazioni” e non di modifiche, anche solo quantitativamente parziali o qualitativamente limitate) chiarimenti sui tratti dell'offerta tecnica, le quante volte sia ritenuto opportuno, per la segnata ipotesi di proposte connotate di particolare complessità.

Non è, con ciò, preclusa – nella logica di una efficiente e non disparitaria cooperazione tra operatori economici e stazione appaltante – l'attività di soccorso “procedimentale” (diversa, come tale, dal “soccorso istruttorio”, che – ai sensi dell'art. 83, comma 9 d. lgs. n. 50/2016, non potrebbe riguardare l'offerta, non solo sotto il profilo economico, ma anche sotto quello tecnico): in tal senso, da ultimo, Cons. Stato, sez. III, 2 febbraio 2021, n. 1225, nonché Id., sez. V, 27 gennaio 2020, n. 680, la quale ha anche rammentato che, nei pareri relativi allo schema del Codice degli appalti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016 e del “correttivo” di cui al d.lgs. n. 56/2017, resi dalla Commissione speciale (n. 855 del 21 marzo 2016; n. 782 del 22 marzo 2017), il Consiglio di Stato aveva espressamente sottolineato, in relazione all'art. 83, l'opportunità di conservare tale forma di soccorso, in virtù del quale potessero essere richiesti, in caso di dubbi riguardanti “*gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica*”, chiarimenti al concorrente, fermo il divieto di integrazione dell'offerta, trattandosi, segnatamente, di precisazioni finalizzate a consentire l'interpretazione delle offerte e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con esse assunto

(cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2015, n. 2082; Id., 22 ottobre 2014, n. 5196; Id., 27 marzo 2013, n. 1487).

È, ad avviso del Collegio, quello che è accaduto nella vicenda in esame, nella quale la Commissione si è limitata – anche in ragione della espressa previsione della *lex specialis*, che aveva imposto, ad integrazione del progetto tecnico, l'allegazione, su supporto informatico, di apposita “demo funzionante” del software proposto per la gestione del servizio – a disporre la concreta “dimostrazione” di funzionalità, accompagnata da specifici chiarimenti in ordine ai relativi profili operativi, e senza possibilità di alterazione od integrazione.

Per giunta, si è trattato di una forma di approfondimento “generalizzata”, non limitata solo ad alcuno degli operatori offerenti: il che testimonia della sua concreta finalizzazione ad una compiuta ed analitica valutazione, assoluta e comparativa, delle soluzioni progettuali, verificate, in una logica “dimostrativa”, alla luce delle effettive modalità operative.

Né – a dispetto di quanto opinato dalla sentenza impugnata – si è con ciò concretizzato (anche solo) il “pericolo” di una commistione tra profili tecnici e profili economici delle proposte negoziali: e ciò sia perché, sotto il profilo della formale scansione procedimentale, l'acquisizione istruttoria ha preceduto, come è incontestato, l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica, sia perché, in concreto, le operazioni sono state oggetto, a fini di trasparenza, di puntuale fonoregistrazione, dalla cui disamina non è emerso alcun riferimento, neanche indiretto, al ribasso proposto o, comunque, a profili in grado di orientare l'apprezzamento del dato economico.

A diverso avviso non può indurre la suggestione rinveniente da una delle registrazioni, estrapolata alle complessive 98 pagine di trascrizione, e, segnatamente, dallo “specifico passaggio” in cui, nella stessa, si fa ambigualmente riferimento “a un discorso avvenuto durante una pausa della registrazione” (letteralmente: “durante la pausa si è accennato ad un problema”), dalla quale si è tratto il convincimento (secondo una logica di “sospetto”) che, fuori

dei controllati e trasparenti meccanismi della verifica, la stessa abbia costituito occasione di malcelati e suggestivi indirizzamenti nella valutazione dei Commissari.

Di là da ogni altra considerazione, è avviso del Collegio che il senso dell'inciso sospetto emerga con chiarezza dalla (puntuale) trascrizione del seguito procedimentale, dal quale è dato desumere: *a)* che lo stesso commissario non ha sottaciuto – ma ha anzi espressamente richiamato, alla ripresa successiva alla pausa – la circostanza che, durante quest'ultima, si fosse fatto “*accenno*” un profilo problematico e, come tale, meritevole di (immediato e successivo) approfondimento tecnico; *b)* che tale profilo è stato precisamente individuato ed evocato, come quello “*propedeutico alla fase di fatturazione*”; *c)* che, per questo aspetto – cioè a dire, appunto, delle “modalità” di fatturazione – l'indagine era, con ogni evidenza, preordinata alla valutazione del *software* proposto, senza alcun riferimento ad aspetti di ordine economico.

In definitiva – in difetto di specifica, circostanziata e documentata prova di una alterazione del corretto ordine procedimentale – l'operato della Commissione appare esente da criticità, sicché la sentenza deve essere, sotto questo profilo, riformata, con conseguente rigetto, *in parte qua*, del ricorso di primo grado.

Ne discende, *de plano*, l'assorbimento, per carenza di interesse, delle eccezioni riproposte dalla stessa appellante, *ex art.* 101, comma 2, prima parte cod. proc. amm.

3.- Restano da esaminare, a questo punto, i motivi di doglianza affidati ai ricorsi di prime cure, che sono stati riproposti, in via di devoluzione, ai sensi dell'art. 101, comma 2 seconda parte cod. proc. amm., sia da Terranova s.r.l. (con memoria depositata in data 28 giugno 2021) che da Engineering Ingegneria Informatica s.p.a. (con memoria depositata in data 17 maggio 2021).

3.1.- I motivi sono inammissibili (e la relativa declaratoria, oggetto di rilievo officioso, non postula l'attivazione del previo contraddittorio *ex art.* 73 cod.

proc. amm., non tanto perché l'eccezione di inammissibilità è stata concorrentemente proposta – ma per il distinto profilo della ritenuta necessità di formalizzazione a mezzo di appello incidentale, in luogo che di semplice memoria – dalla parte appellante, ma perché la preclusione alla valorizzazione di fatti processuali preclusivi od impeditivi non concerne, in via di principio ed avuto riguardo alla *ratio* del divieto di pronunzia c.d. a sorpresa, le questioni di mero diritto, segnatamente attinenti ai presupposti processuali, alle condizioni dell'azione ovvero, come nella specie, alla cadenzata articolazione sequenziale degli atti di causa: cfr., in termini generali ed *ex multis*, Cass., 19 maggio 2016, n. 10353; Id., 16 febbraio 2016, n. 2984).

Occorre, sul punto, considerare che l'art. 101, comma 2 cod. proc. amm. prescrive, ai fini della riproposizione, relativamente alle “*parti diverse dall'appellante*”, delle “*domande*” e delle “*eccezioni*” dichiarate “*assorbite*” (o, comunque, “*non esaminate*”) nella sentenza di primo grado, l'onere di formalizzazione “*con memoria depositata a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio*” (e, segnatamente, nel termine di “*sessanta giorni dal perfezionamento nei propri confronti della notificazione del ricorso*”: cfr. art. 46, comma 1, cod. proc. amm., applicabile anche nella fase di gravame).

Importa precisare che la “*memoria*” in questione – in quanto non semplicemente preordinata alla articolazione delle difese, ma alla definizione, necessariamente liminare ed incipitaria, del *thema decidendum* – rappresenta, di là dalla sua tempestività (non a caso presidiata dalla attitudine decadenziale del relativo termine), il *primo atto* difensivo, nella logica del principio di *concentrazione* che connota la perimetrazione, anche ai fini del contraddittorio tra le parti e tra le parti ed il giudice, la perimetrazione (e l'ambito) della concreta *materia del contendere* (cfr., per analogo principio, Cass. SS.UU., 21 marzo 2019, n. 7940 e Id., 9 novembre 2021, n. 32650).

Nel caso di specie: *a)* senz'altro (ed innanzitutto) inammissibili sono le censure riproposte da Terranova s.r.l. (che – pur essendosi tempestivamente costituita, con memoria di mero stile, nel termine di sessanta giorni, ha

tardivamente affidato a successiva memoria l'articolazione dei motivi); b) parimenti inammissibili sono le censure riproposte da Engineering Ingegneria Informatica s.p.a., che si è costituita solo con memoria di stile, riservando ad un successivo atto difensivo (ancorché depositato entro i termini) la loro, ormai preclusa, formalizzazione.

4.- Alla luce del complesso delle considerazioni che precedono, l'appello deve essere accolto e, in riforma della sentenza impugnata, deve essere integralmente respinto il ricorso di primo grado.

La peculiarità delle questioni esaminate giustifica l'integrale compensazione, tra le parti costituite, delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO