

N. 04191/2013REG.PROV.COLL.
N. 04537/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 4537 del 2012, proposto da:

Mazars S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Vittorio Angiolini, Sergio Vacirca, Marco Cuniberti e Luca Formilan, con domicilio eletto presso l'avv. Sergio Vacirca in Roma, via Flaminia 195;

contro

Regione Abruzzo, rappresentata e difesa per legge dall'Avv. Francesco Paladino, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Reconta Ernst & Young Spa;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO - L'AQUILA: SEZIONE I n. 00288/2012, resa tra le parti, concernente affidamento gara per assistenza tecnica e supporto all'autorità di audit - Ris. Danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Regione Abruzzo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2013 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati Vacirca e Caselli per Paladino;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, con la sentenza n. 288 del 22 marzo 2012, ha respinto il ricorso, proposto dall'attuale appellante, per l'annullamento della determinazione dirigenziale n. DD4/033 dell'11.4.2011, comunicata il 19.4.2011, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione della gara in favore della Reconta Ernst&Young Spa.

Il TAR fondava la sua decisione rilevando, sinteticamente, che solo il sub elemento IA attribuisce rilievo alle esperienze dell'impresa offerente, atteso che i sub elementi IB e IIIB afferiscono invece alle professionalità acquisite dai singoli componenti il gruppo di lavoro, e pertanto non possono ritenersi come inerenti ai requisiti soggettivi dell'impresa offerente.

Per il TAR, nel settore dei servizi l'offerta tecnica non si sostanzia in un progetto o in un prodotto, ma nella descrizione di un facere che può essere valutato unicamente sulla base di criteri quali-quantitativi, tra i quali ben può rientrare la considerazione della pregressa esperienza dell'operatore, come anche della solidità ed estensione della sua organizzazione d'impresa.

Nella specie, secondo il TAR, ricorre l'ipotesi di servizio che richiede elevata professionalità ed esperienza e pertanto non può ritenersi irrazionale il criterio che in ordine all'affidabilità del servizio attribuisce rilevanza alle "esperienze superiori ai tre anni maturate nell'erogazione di servizi analoghi"; quindi, non può ritenersi vulnerato il principio della separazione tra requisiti soggettivi della ditta offerente e requisiti della qualità dell'offerta.

Inoltre, per il TAR, con riguardo al terzo motivo di ricorso di primo grado, si è osservato che il giudizio tecnico della Commissione di gara non

presenta manifeste incoerenze e illogicità

Il TAR ha concluso rigettando i motivi 4, 5 e 6 del ricorso di primo grado rilevando che:

- la controinteressata in primo grado ha puntualmente osservato il disciplinare laddove lo stesso richiedeva specifiche professionalità (professionalità che necessariamente dovevano far parte del gruppo di lavoro) e laddove ha richiesto che l'esperto Senior abbia almeno 10 anni di esperienza in attività di coordinamento di progetti comunitari;
- non vi sono serie ragioni per ritenere il comportamento della Commissione illegittimo laddove non avrebbe dato atto nel verbale di aver conosciuto i documenti prodotti dalla controinteressata nella busta A;
- la valutazione in ordine alla presunta anomalia dell'offerta della controinteressata appare congrua e sufficiente.

L'appellante contestava la sentenza del TAR, deducendo l'errore di giudizio su tutti i motivi del ricorso del primo grado, riproponendo i motivi avanzati già in primo grado, integrati dalle considerazioni espresse da pag. 6 a pag. 18 dell'atto di appello.

Con l'appello in esame chiedeva l'accoglimento dell'appello.

Si costituiva l'Amministrazione intimata chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza pubblica del 4 giugno 2013 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Ritiene il Collegio che l'appello sia fondato.

In via generale, infatti, questo Consiglio (cfr. da ultimo Consiglio di Stato, sez. V, 3 ottobre 2012, n. 5197) ha già chiarito, sulla base di un consolidato orientamento della giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia Ue, sez. I, 24 gennaio 2008, C-532-06) che sono indebitamente inclusi, tra i criteri di valutazione delle offerte, elementi attinenti alla capacità tecnica dell'impresa (certificazione di qualità e pregressa esperienza presso soggetti

pubblici e privati), anziché alla qualità dell'offerta, alla luce dei principi ostativi ad ogni commistione fra i criteri soggettivi di prequalificazione e criteri afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione, in funzione dell'esigenza di aprire il mercato, premiando le offerte più competitive, ove presentate da imprese comunque affidabili, anche allo scopo di dare applicazione al canone della par condicio (vietante asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo), donde la necessità di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli pertinenti all'offerta ed all'aggiudicazione, non potendo rientrare tra questi ultimi i requisiti soggettivi in sé considerati, avulsi dalla valutazione dell'incidenza dell'organizzazione sull'espletamento dello specifico servizio da aggiudicare. Tale rilievo ha importanza dirimente ed assorbente, poiché l'Amministrazione, in contrasto con tale divieto di commistione dei cd. requisiti soggettivi ed oggettivi di origine e valenza comunitaria, ha inserito, tra i requisiti di valutazione dell'offerta, il requisito di esperienza propria dell'impresa (criterio IA del capitolato), requisito quindi illegittimo con conseguente illegittimità della gara.

Infatti, la stazione appaltante, nell'individuare i punteggi da attribuire nel caso di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ha finito con il confondere i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara con gli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta, in conflitto, si ribadisce, con la normativa comunitaria e nazionale di riferimento, che pone una chiara e ragionevole distinzione tra i requisiti soggettivi di partecipazione e i criteri oggettivi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. E' pur vero che questo Consiglio ha anche stabilito che non può configurarsi una netta cesura tra i due profili, l'uno correlato alla qualità dell'offerta, l'altro alla qualificazione dell'impresa, poiché, ferma restando la discrezionalità delle Amministrazioni aggiudicatrici nello scegliere i criteri che intendono adottare per l'aggiudicazione dell'appalto, e atteso che, come

detto, non sono consentiti criteri di aggiudicazione che non siano diretti a identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa, ma che siano essenzialmente collegati alla valutazione dell'idoneità degli offerenti ad eseguire l'appalto di cui trattasi, la previsione, nel bando di gara, di elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo (concernenti la specifica attitudine del concorrente a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara), è legittima nella misura in cui aspetti dell'attività dell'impresa possano illuminare la qualità dell'offerta (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 16 febbraio 2009, n. 837).

Infatti, secondo questo orientamento, tale divieto generale di commistione tra le caratteristiche oggettive dell'offerta e i requisiti soggettivi dell'impresa concorrente deve avere un'applicazione per così dire "attenuata", alla luce del principio di proporzionalità ed in relazione all'art. 83 del Codice dei contratti che, nel delineare i criteri di valutazione dell'offerta da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prescrive che gli elementi di valutazione debbano essere pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, quando consente di rispondere in concreto alle possibili specificità che le procedure di affidamento degli appalti pubblici in talune ipotesi presentano (come, esemplificativamente, nel caso di appalti di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria), dove l'offerta tecnica si sostanzia non in progetto o in un prodotto, bensì in un "facere" e dove, pertanto, anche la pregressa esperienza del professionista che partecipa alla gara può essere di ausilio nella valutazione dell'offerta tecnica. La soluzione della questione teorica in esame, secondo questo orientamento, non può essere elaborata indulgendo a principi assoluti, quanto piuttosto verificando l'eventuale correlazione tra l'elemento di valutazione contestato rispetto alla qualità dell'offerta, al fine di stabilire se vi sia diretta proporzionalità tra la grandezza del primo e la grandezza della seconda.

Tuttavia, anche avallando tale orientamento più elastico in merito al divieto di commistione in parola, il Collegio ritiene che l'Amministrazione non abbia dimostrato né specificato perché e in che misura il requisito esperienziale, tipicamente soggettivo, posseduto dall'impresa, normalmente atto a qualificare la medesima, possa utilmente servire a valorizzare l'offerta sotto il profilo oggettivo.

Si deve, infatti, osservare che il servizio oggetto dell'appalto riguarda l'assistenza tecnica ed il supporto alle attività di competenza dell'Autorità di Audit di cui all'art. 62 del Regolamento del Consiglio (CE) n. 1083-2006 e secondo le modalità attuative definite nel Regolamento (CE) della Commissione 1828-2006 per i Programmi Operativi FESR e FSE — Regione Abruzzo 2007/2013, Obiettivo Competitività Regionale e Occupazione.

La procedura di gara oggetto del capitolato aveva lo scopo di selezionare, previa valutazione sotto il profilo tecnico ed economico, il soggetto al quale affidare la prestazione dei servizi che garantissero l'assolvimento da parte dell'Autorità di Audit delle competenze alla medesima attribuite dai regolamenti sopra richiamati e relativamente ai Programmi Operativi FESR e FSE 2007-2013.

In particolare, come emerge dalla lex specialis di gara, al fine di rispondere efficacemente alle nuove esigenze regolamentari, il prestatore del servizio doveva essere orientato a soddisfare le esigenze di seguito sintetizzate:

a) Assistenza per la modifica e l'aggiornamento annuale della strategia di audit, nella quale sia adeguatamente individuata e illustrata la metodologia di audit da applicare, tenendo conto degli standard di controllo accettati a livello internazionale (compresi, ma non solo, INTOSAI, IFAC e IIA), il metodo di campionamento per le attività di audit sulle operazioni, la pianificazione indicativa delle attività di audit al fine di garantire l'uniforme ripartizione delle verifiche sull'intero periodo di programmazione;

- b) Assistenza per l'aggiornamento e miglioramento in corso d'opera dei manuali di audit e di altri documenti specifici;
- c) Supporto nella predisposizione, implementazione e utilizzo dei sistemi e dei supporti informatici occorrenti per la pianificazione, la gestione, il monitoraggio, la rendicontazione, la classificazione e l'archiviazione dell'attività svolta;
- d) Supporto nello svolgimento e nella formalizzazione degli audit dei sistemi e verifica della conformità, ad ogni livello di gestione, dei sistemi di gestione e controllo in essere presso le due Autorità di Gestione e Certificazione, nonché presso tutti gli Organismi Intermedi coinvolti nel processo di attuazione dei Programmi di cui trattasi;
- e) Definizione, aggiornamento e miglioramento in corso d'opera della metodologia di campionamento per l'estrazione del campione di operazioni da sottoporre a controllo;
- f) Assistenza alle operazioni di campionamento delle operazioni di cui al Reg. 1828/2006 art. 17;
- g) Audit su un campione delle operazioni adeguato per la verifica delle spese dichiarate, attraverso l'esecuzione, secondo la tempistica, la metodologia e i criteri stabiliti dall'Autorità di Audit e attenendosi a norme sulla revisione dei conti internazionalmente riconosciute, di tutti i controlli in loco dalla stessa assegnati, da effettuarsi sulla base del campione di operazioni selezionato, compresa ogni conseguente attività di verbalizzazione con relativa sottoscrizione dei verbali da parte degli auditors che hanno effettuato i controlli;
- h) Realizzazione di controlli e verifiche su frodi, irregolarità o abusi comunque evidenziati all'attenzione dell'autorità di audit.
- i) Supporto nella stesura e trasmissione alla CE tramite SFC2007 del Rapporto Annuale di Controllo ai sensi dell'art. 62 Reg. (CE) 1083/2006 e secondo l'allegato VI del Reg. (CE) 1828/2006 che evidenzia le risultanze

dell'attività di audit;

j) Supporto nella formulazione e trasmissione alla CE tramite SFC2007 del parere di cui all'art. 62 Reg. (CE) 1083-2006 e secondo l'allegato VII Rg. (CE) 1828-2006 in merito all'efficace funzionamento del sistema di gestione e controllo indicando se questo fornisce ragionevoli garanzie circa la correttezza delle dichiarazioni di spesa presentate alla Commissione e circa la legittimità e regolarità delle transazioni soggettive;

k) supporto e assistenza all'autorità di audit nella predisposizione di tutti gli elaborati, relazioni, rapporti e altri documenti da rendersi da parte dell'Autorità di Audit agli uffici della CE o ad altri uffici o autorità coinvolti nel processo di gestione dei programmi operativi di cui trattasi, secondo le disposizioni del regolamento generale o del relativo regolamento di attuazione.

i) Supporto all'Autorità di Audit nelle attività di relazione operativa e istituzionale con tutti i soggetti coinvolti nel processo di gestione e sorveglianza dei programmi operativi di cui trattasi;

m) Svolgimento degli ulteriori adempimenti stabiliti dai regolamenti comunitari e dalla normativa nazionale relativamente alle annualità fino al 2015 a valere sui programmi suindicati;

n) Supporto nell'acquisizione di tutti quei servizi, da rendersi a favore dell'Autorità di Audit, da questa richiesti o che risulteranno comunque utili e/o necessari per lo svolgimento delle attività di competenza dell'Autorità di Audit, in conformità naturalmente alle previsioni regolamentari e programmatiche — già adottate o ancora da adottarsi — disciplinanti la materia;

o) Consulenza giuridica, contabile, amministrativa e informatica; supporto alla formazione del personale dell'Autorità di Audit.

Come si può apprezzare dalla lettura delle esigenze palesate dall'Amministrazione, si tratta di servizi che, pur specifici, di elevata

specializzazione e di non comune reperimento sul mercato, nei quali evidentemente l'offerta tecnica si sostanzia non in progetto o in un prodotto, bensì in un "facere", non sono particolarmente valorizzati e caratterizzati in base alla pregressa esperienza dell'impresa; l'esperienza può riguardare, come legittimamente ha disposto l'Amministrazione, i professionisti che compongono i singoli gruppi di lavoro, ma non certamente l'impresa che partecipa alla gara, la cui esperienza andava valutata ai fini della sua ammissione non potendo la medesima essere di ausilio nella valutazione dell'offerta tecnica.

Nel caso di specie, si deve precisare, i 70 punti attribuiti alla valutazione dell'offerta tecnica erano così ripartiti:

- 1 - "affidabilità nello svolgimento del servizio": al massimo 20 punti, di cui 10 per "esperienze analoghe superiori a tre anni maturate nell'erogazione di servizi analoghi" (punto IA), ed altri 10 per l'eventuale "valore aggiunto per la fornitura del servizio da valutarsi sulla base delle esperienze pregresse in materia di controlli di II livello maturate dal gruppo di lavoro" (punto IB);
- 2 - "soluzioni e metodologie proposte per l'erogazione dei servizi oggetto di gara": al massimo 25 punti, di cui 10 per la "conoscenza del sistema procedurale, normativo e regolamentare regionale, nazionale e comunitario rilevante ai fini dell'esecuzione del servizio" (punto IIA), 10 per la "qualità della metodologia proposta per l'analisi di processo, di rischio e di assesment dei sistemi di controllo in essere presso l'Amministrazione" (punto IIB), e 5 per la "fattibilità tecnico — amministrativa delle soluzioni organizzative e delle procedure di controllo e di implementazione proposte" (punto IIC);
- 3 - "Aspetti organizzativi" e "qualità delle risorse che saranno impiegate nel progetto in funzione delle competenze maturate": altri 25 punti al massimo, di cui 10 per "organizzazione, complessiva" e "dimensionamento" del "gruppo di lavoro", distribuzione dei ruoli tra i

componenti e “congruità dell’impegno complessivo in giornate uomo dei singoli componenti” (punto IIIA) e ben 15 punti per la “qualità della conoscenza delle metodologie e dei controlli di II livello da parte dei singoli componenti del gruppo e livello di esperienza maturata dal capo — progetto e dai managers e senior ricompresi nel gruppo di lavoro” (punto IIIB).

E’ evidente che di tutti questi requisiti di valutazione gli unici direttamente attinenti alle pregresse esperienze e, dunque, in contrasto con il divieto di commistione dei requisiti soggettivi ed oggettivi sono quelli di cui al punto 1, “affidabilità nello svolgimento del servizio”.

Tale criterio di valutazione dell’offerta era suddiviso in due sub criteri: 10 punti per “esperienze analoghe superiori a tre anni maturate nell’erogazione di servizi analoghi” (punto IA) altri 10 punti per il “valore aggiunto per la fornitura del servizio da valutarsi sulla base delle esperienze pregresse in materia di controlli di II livello maturate dal gruppo di lavoro”.

Secondo questo Collegio, in condivisione con il percorso argomentativo di cui sopra il punto IA ha violato il suddetto divieto di commistione, mentre il punto IB riguarda in specifico il gruppo di lavoro, dunque, direttamente l’offerta, atteso che la stessa consiste, come detto, in un servizio reso da professionisti e risorse umana specifiche, da indicarsi in sede di presentazione dell’offerta, dove bene può evidenziarsi la particolare professionalità dei singoli componenti; valutazione, dunque, che in nessun modo tocca i requisiti di partecipazione alla gara dell’impresa.

Le stesse considerazioni riguardano i criteri indicati sub nn. 2 e 3.

Pur valutandosi come assorbente tale censura, il Collegio ritiene di dover stabilire che le ulteriori censure formulate in primo grado ed in questa sede riproposte sono palesemente infondate, atteso che:

- l’ipotizzata violazione dell’art. 6, punto I, lett. b) del disciplinare di gara è insussistente, come si evince dalle spiegazioni, non irragionevoli e

condivisibili sul piano logico, inserite dalla Commissione nei verbali ove sono stati attribuiti i punteggi sopra elencati;

- la violazione dedotta dell'art. 87 del Codice dei contratti non sussiste, posto che, come è noto, l'inattendibilità dell'offerta è giudizio attinente alla discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, legato ad una valutazione sintetica e globale dell'offerta e non dei suoi singoli componenti in astratto censurabili.

Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto il ricorso di primo grado, annullando i provvedimenti impugnati.

Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

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, accoglie il ricorso di primo grado, annullando i provvedimenti impugnati.

Compensa le spese di lite del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/08/2013

IL SEGRETARIO

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