

Publicato il 21/02/2022

N. 01234/2022REG.PROV.COLL.
N. 03122/2021 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 in appello numero di registro generale 3122 del 2021, proposto da Azienda Regionale per L'Innovazione e Gli Acquisti – Aria S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gennaro Terracciano e Annunziata Abbinente, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gennaro Terracciano in Roma, piazza San Bernardo, n. 101;

contro

Engineering Ingegneria Informatica S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Patrizio Leozappa e Fabrizio Giovanni Pollari Maglietta, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Patrizio Leozappa in Roma, via Giovanni Antonelli, n. 15;

nei confronti

Expleo Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, anche nella qualità di mandante del raggruppamento con Techedge S.p.a., non costituita in giudizio;

Ibm Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Caputi Iambrenghi e Stefano Cassamagnaghi, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia; Regione Lombardia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sezione Prima, 21 gennaio 2021, n. 191/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio e gli appelli incidentali di Engineering Ingegneria Informatica S.p.A. e di Ibm Italia S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2021 il Cons. Giorgio Manca e uditi per le parti gli avvocati Terracciano, Leozappa e Cassamagnaghi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con bando del 23 maggio 2018 l'Azienda regionale per l'innovazione e gli acquisti (Aria S.p.a.), società *in house* della Regione Lombardia, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei «*servizi di supporto alle attività di demand management*», suddivisa in 5 lotti funzionali. La *Engineering Ingegneria Informatica S.p.A.* (in seguito anche solo *Engineering*) ha partecipato alla procedura limitatamente al lotto denominato 2S, riguardante «*supporto allo sviluppo e manutenzione software e gestione di servizi degli ambiti indicati nel perimetro della fornitura del rispettivo Capitolato Tecnico*». All'esito delle operazioni di gara, previa verifica di anomalia sull'offerta prima classificata, con nota 8 novembre 2019 la stazione appaltante ha comunicato l'aggiudicazione del lotto 2S al raggruppamento temporaneo di imprese con mandataria la società *IBM Italia S.p.a.*

2. - Il provvedimento di aggiudicazione è stato impugnato da *Engineering* con ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia che, respinto il ricorso incidentale della *IBM Italia* e le eccezioni di irricevibilità e di inammissibilità del ricorso principale (basate sull'assunto della necessaria impugnazione immediata del bando), ha accolto il ricorso principale, annullando il bando di gara e il provvedimento di aggiudicazione, sulla scorta delle seguenti considerazioni:

I) illegittimità della *lex specialis* di gara per il mancato inserimento della clausola sociale di cui all'art. 50 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (recante il Codice dei contratti pubblici), dato che i servizi oggetto dell'appalto non sarebbero riconducibili alla categoria dei servizi di natura intellettuale;

II) l'illegittimità dell'aggiudicazione a *IBM Italia*, posto che in sede di giustificazioni questa avrebbe apportato modifiche all'offerta, riducendo la quantità di lavoro (*effort*) necessaria per svolgere le attività oggetto dei servizi in appalto; in particolare, in sede di giustificazioni, a seguito dei chiarimenti richiesti dalla stazione appaltante, *IBM* avrebbe ridotto l'*effort* complessivo previsto in offerta, decurtandolo di 13.297,47 giornate/uomo, ipotizzando di realizzare importanti livelli di efficientamento, tali da ridurre l'*effort* dichiarato in offerta.

3. - La società *Aria S.p.a.* ha proposto appello, chiedendo la riforma della sentenza sulla scorta di plurime censure.

4. - Resiste in giudizio la *Engineering*, che ha anche proposto appello incidentale con cui impugna la sentenza per aver accolto il primo motivo del ricorso introduttivo diretto alla caducazione dell'intera procedura di gara, senza considerare che la ricorrente in primo grado aveva espressamente subordinato il motivo al mancato accoglimento del primo dei motivi aggiunti, diretto all'esclusione dalla gara del raggruppamento *IBM Italia* e all'annullamento dell'aggiudicazione della gara in favore di questo (annullamento che le avrebbe consentito di ottenere l'aggiudicazione). Deduce, pertanto, la violazione del principio della domanda e del principio di

corrispondenza tra chiesto e pronunciato, chiedendo la riforma del capo di sentenza che ha annullato l'intera procedura di gara.

5. - Si è costituita in giudizio anche la società *IBM Italia*, chiedendo che l'appello principale sia accolto e proponendo, altresì, appello incidentale con il quale reitera il ricorso incidentale di primo grado diretto all'esclusione di *Engineering*.

6. - All'udienza pubblica dell'11 novembre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. – Con il primo motivo la società appellante deduce l'ingiustizia della sentenza per non aver rilevato l'irricevibilità per tardività dell'impugnazione del bando di gara e la conseguente inammissibilità dei motivi aggiunti avverso il provvedimento di aggiudicazione, in quanto l'illegittimità per l'omessa previsione della clausola sociale di cui all'art. 50 del Codice dei contratti pubblici, se ritenuta lesiva, avrebbe dovuto essere proposta tramite la tempestiva impugnazione del bando di gara.

7.1. – Con il secondo motivo si sottolinea come la mancata previsione della clausola sociale non rappresenterebbe una lesione della posizione giuridica dell'impresa partecipante, che anzi avrebbe una più ampia libertà di organizzazione del servizio. Sotto questo profilo il ricorso introduttivo avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile per difetto di interesse a ricorrere, nella considerazione che la lacuna del bando non avrebbe inciso nemmeno sulla possibilità di formulazione dell'offerta (e ciò anche nel caso in cui il partecipante fosse l'affidatario uscente dei servizi in gara), posto che l'omessa previsione avrebbe reso più ampia la libertà dell'impresa nell'autogoverno dei fattori produttivi e nella gestione della commessa.

7.2. – Con il terzo motivo la sentenza è contestata per aver ritenuto lesiva la mancata espressa previsione della clausola sociale sul presupposto che le prestazioni oggetto dei servizi affidati non avessero natura intellettuale. Secondo l'appellante, dall'esame del contenuto delle prestazioni oggetto del contratto discenderebbe la natura intellettuale e ideativa dell'attività di

realizzazione, gestione e manutenzione dei software e dei servizi a supporto dell'amministrazione, compresa la relativa manutenzione.

7.3. – Infine col quarto mezzo di gravame l'appellante deduce l'erroneità della sentenza anche nella parte in cui ha motivato l'esclusione della natura intellettuale dei servizi in gara argomentando dalla previsione del bando di gara dell'obbligo di indicare separatamente i costi aziendali per la sicurezza, ai sensi dell'art. 95, comma 10, del Codice. Secondo l'appellante, tuttavia, la previsione riguarda esclusivamente l'obbligo di indicare gli oneri della sicurezza e la sanzione espulsiva in caso di inadempimento, ma non potrebbe essere utilizzata come argomento per dimostrare la natura sostanziale dei servizi in gara.

8. – I motivi (che, data la stretta connessione, possono essere esaminati congiuntamente) sono fondati.

8.1. – In primo luogo è fondata l'eccezione di inammissibilità dell'impugnazione del bando di gara, difettando, nella fattispecie, la lesività dell'omesso inserimento della clausola sociale (e quindi difettando l'interesse ad annullare l'intera procedura di gara).

8.2. - È noto che l'inserimento della clausola sociale comporta per l'offerente il tendenziale obbligo di mantenere i livelli occupazionali del precedente gestore dell'appalto (pur se temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà di organizzare il servizio in modo coerente con la propria organizzazione produttiva: cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 novembre 2020, n. 6761 e ivi ulteriori indicazioni conformi), il cui adempimento incide sulla formulazione dell'offerta (dovendosi tenere conto dell'assorbimento del personale impiegato dal precedente appaltatore, sia sotto il profilo organizzativo che economico) e si riverbera nella fase di esecuzione dell'appalto; sino al punto di non potersi escludere che la prescrizione contenente la clausola sociale, quando sia modulata in termini tali da precludere all'impresa che intenda partecipare alla procedura di gara la predisposizione di un'offerta economicamente sostenibile e competitiva,

assuma le caratteristiche della clausola immediatamente escludente che l'impresa ha l'onere di contestare tempestivamente entro il termine perentorio di impugnazione del bando [per una fattispecie in cui la clausola sociale inserita nel bando integrava un'ipotesi di clausola immediatamente escludente (secondo la classificazione operata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 26 aprile 2018, n. n. 4), si veda Cons. Stato, III, 4 gennaio 2021, n. 68].

8.3. - Il mancato inserimento della clausola sociale, al contrario, non solo non comporta un onere di immediata impugnazione (non determinando alcun ostacolo alla partecipazione alla procedura di gara), ma nemmeno incide sulla posizione giuridica degli operatori economici concorrenti e sull'interesse all'aggiudicazione, dal momento che non sono tenuti a rispettare gli obblighi che dalla clausola discendono, in termini di predisposizione dell'offerta o di assunzione di impegni per la fase di esecuzione dell'appalto, diretti al mantenimento dei livelli occupazionali in atto nella precedente gestione del servizio. Non si intende, quindi, in qual modo l'omessa previsione della clausola sociale possa ledere la situazione giuridica dell'offerente.

8.4. - Nella sentenza si respinge l'eccezione di inammissibilità della censura proposta da *Engineering* con il ricorso principale e con i motivi aggiunti sull'assunto che *«la violazione dell'art. 50 del d.l.vo 2016 n. 50, [...] si traduce nel mancato inserimento nella lex specialis di una disciplina relativa al mantenimento dei livelli occupazionali che non è rimessa a scelte discrezionali della stazione appaltante, ma che deve essere prevista quando ne ricorrono i presupposti normativi; [...] si tratta, quindi, della deduzione di una violazione di legge, che potenzialmente vizia l'intera procedura e che non è neppure superabile dalla stazione appaltante in sede esecutiva; [...] tale vizio si trasferisce dalla lex specialis agli atti conseguenti, sino all'aggiudicazione e pertanto presenta attitudine lesiva, non solo per il gestore uscente, ma per tutti i partecipanti diversi dall'aggiudicatario, che hanno interesse a contestarla al fine di ottenere la riedizione della procedura»*.

8.5. - Tuttavia, l'interesse ad agire (in una giurisdizione di diritto soggettivo, qual è la giurisdizione amministrativa: per una recente riaffermazione della natura soggettiva si veda Corte costituzionale n. 271 del 2019), anche quando assume le sembianze dell'interesse strumentale al rinnovo del procedimento, deve essere sorretto dalla (afferмата o effettiva) lesione della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio (ossia, nel caso di specie, dalla lesione dell'interesse a partecipare alla procedura di gara o dell'interesse all'aggiudicazione del contratto, le due situazioni giuridiche implicate nelle procedure di evidenza pubblica), non potendo costituire il veicolo mediante il quale si consenta l'introduzione nel giudizio di un interesse (oggettivo) al rispetto della legge. E nel caso di specie si è già veduto come non risulti alcuna effettiva lesione alla situazione giuridica di *Engineering*, nemmeno quale gestore uscente del servizio.

9. - Ciò posto, rimarrebbe assorbita la questione della natura intellettuale dei servizi oggetto del contratto da affidare. Per completezza, peraltro, la sentenza va riformata anche in questa parte.

9.1. - La giurisprudenza del Consiglio di Stato (di recente si veda Cons. Stato, V, 12 febbraio 2021, n. 1291) ha avuto modo di evidenziare che *«in coerenza alla ratio dell'art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici ciò che differenzia la natura intellettuale di un'attività è l'impossibilità di una sua standardizzazione e, dunque, l'impossibilità di calcolarne il costo orario»* e che non può essere qualificato come appalto di servizi di natura intellettuale quello che *«ricomprende anche e soprattutto attività prettamente manuali»* o che *«non richiedono un patrimonio di cognizioni specialistiche per la risoluzione di problematiche non standardizzate»* (cfr. Cons. Stato, III, 19 marzo 2020, n. 1974). Per servizi di natura intellettuale si intendono pertanto quelli che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, costituenti ideazione di soluzioni o elaborazione di pareri, prevalenti nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all'organizzazione di mezzi e risorse; mentre va esclusa la natura intellettuale del servizio avente ad oggetto l'esecuzione di

attività ripetitive che non richiedono l'elaborazione di soluzioni personalizzate, diverse, caso per caso, per ciascun utente del servizio, ma l'esecuzione di meri compiti standardizzati (Cons. Stato, V, 28 luglio 2020, n. 4806, nonché la citata V, n. 1291 del 2021).

9.2. - Tuttavia, deve osservarsi che la ragione sottesa all'esclusione degli appalti di servizi di natura intellettuale dall'ambito di applicazione dell'obbligo di inserimento nel bando della clausola sociale è diversa da quella che giustifica la sottrazione all'obbligo di indicare nell'offerta economica gli oneri aziendali per la sicurezza ai sensi dell'art. 95, comma 10. L'elaborazione della nozione di servizi di natura intellettuale sotto quest'ultimo profilo ha come punto di riferimento l'individuazione di prestazioni lavorative che, comportando anche attività materiali o ripetitive (e quindi non limitate allo *«svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, costituenti ideazione di soluzioni o elaborazione di pareri, prevalenti nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all'organizzazione di mezzi e risorse»*: Cons. Stato, V, n. 1291 del 2021 cit.), impongono la predisposizione nell'ambiente lavorativo di presidi per la sicurezza del lavoratore e la previsione dei relativi costi per l'azienda.

9.3. - Nell'art. 50 la *ratio* è diversa: muovendo dal presupposto che l'adempimento della clausola sociale non può comportare la totale compressione della libera iniziativa economica dell'impresa, che si esplica anche nelle forme di organizzazione aziendale e produttiva, l'esclusione degli appalti di servizi di natura intellettuale riconosce che la natura prettamente professionale e personale può costituire un ostacolo all'adempimento di un obbligo che imporrebbe l'assorbimento del personale dell'appaltatore uscente, mentre proprio i profili di elevato contenuto intellettuale e professionale che caratterizzano tali servizi giustificano o esigono che la scelta del personale sia basata sull'*intuitus personae* o comunque sulla maggiore affidabilità, per l'impresa che subentra, delle professionalità già presenti in azienda o

selezionate dall'appaltatore per lo svolgimento dei servizi, e non imposte dall'adempimento di clausole sociali.

In queste ipotesi, pertanto, l'analisi della natura e della tipologia delle prestazioni non è (esclusivamente) finalizzata alla ricerca di attività che impongono all'impresa la previsione di costi per la sicurezza dell'ambiente di lavoro, ma è diretta a stabilire se il servizio è svolto in misura prevalente da prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale (secondo lo schema delle professioni intellettuali), costituenti ideazione di soluzioni, ovvero governo o direzione di sistemi complessi (come nel caso in esame), elaborazione di pareri, interventi correttivi o di manutenzione che implicino attività non ripetitive.

9.4. - Nel caso di specie il punto di riferimento è costituito dalla descrizione contenuta nel capitolato tecnico del Lotto 2S delle caratteristiche delle macroclassi della fornitura oggetto della gara (pp. 66 ss. del capitolato), in particolare del nucleo essenziale costituito dalla macro-classe "Sviluppo" che comprende lo «*sviluppo di software ad hoc*» (all'interno del quale è previsto lo sviluppo «*di interi nuovi sistemi applicativi o parti autonome degli stessi, che risolvano esigenze specifiche; il rifacimento completo di sistemi applicativi, le cui funzionalità non siano soddisfatte con le modalità o le caratteristiche richieste e per i quali non sia conveniente attuare interventi evolutivi al software esistente*»); la «*manutenzione evolutiva (MEV)*», la «*migrazione e conversione di applicazioni*», la «*parametrizzazione e personalizzazione di software/soluzioni commerciali e/o personalizzazione e riuso di software esistente*». Per tali prestazioni il capitolato prescrive che l'affidatario impieghi «*un mix di figure professionali tale da garantire che almeno il 40% dell'impegno sia erogato da Project Manager [in possesso di laurea specialistica o magistrale in discipline tecnico-scientifiche o ingegneristiche e di specifica «formazione professionale in ambito Sistemi Informativi»], Analisti Funzionali e Analisti Progettisti [con diploma di scuola media superiore o laurea di primo livello in discipline tecnico/scientifiche/ingegneristiche, oltre alla specifica «formazione professionale in ambito Sistemi Informativi»] salvo differenti*

indicazioni di Lombardia Informatica, indicate nel seguito del documento o in corso di durata del contratto» (p. 69 del capitolato).

9.5. - Come si evince dal contenuto delle prestazioni e dalle professionalità richieste per l'esecuzione, la parte caratterizzante della fornitura è costituita da servizi di natura intellettuale, cui si ricollegano servizi accessori che comunque non si traducono in mere attività materiali ripetitive (si veda la descrizione delle attività di manutenzione evolutiva o correttiva, p. 70 del capitolato).

Pertanto, per i profili evidenziati, trova giustificazione il mancato inserimento nel bando di gara della clausola sociale.

10. - Con il quinto motivo, la società appellante sostiene l'erroneità della sentenza per aver accolto la censura proposta con i motivi aggiunti di *Engineering*, secondo cui il raggruppamento aggiudicatario avrebbe modificato l'offerta in sede di giustificazioni, con riferimento all'indicazione delle giornate/uomo previste. Ad avviso dell'appellante, tuttavia, il dato dell'*effort* non costituiva un elemento essenziale dell'offerta, né per esso era previsto un punteggio aggiuntivo: la lettera di invito assegnava un punteggio non all'*effort* indicato, ma unicamente alla qualità, quantità e composizione delle figure professionali, per cui il punteggio non era legato al dimensionamento del servizio in termini di monte ore, ma unicamente alla varietà di risorse offerte e alla loro capacità professionale, ai fini dell'esecuzione di una obbligazione di risultato per la quale il dato temporale dell'impegno non era rilevante. In ogni caso sottolinea che il raggruppamento *IBM Italia* ha giustificato l'elemento in questione. La valutazione di tali aspetti, infine, è connotata da un alto tasso di discrezionalità tecnica dell'amministrazione, tendenzialmente insindacabile da parte del giudice se non per macroscopiche illogicità o errori di fatto; mentre, nel caso di specie, il primo giudice si sarebbe spinto fino alla inammissibile invasione della sfera di discrezionalità amministrativa.

10.1. - Il motivo è fondato.

10.2. - Per quanto concerne il contenuto dell'offerta tecnica, la lettera di invito (punto 13) si limita a rinviare, per tutti i lotti oggetto della procedura, al modello di offerta tecnica allegato alla *lex specialis*. Dall'esame di tale documentazione, e in particolare dai capitoli dedicati alla descrizione della fornitura dei prodotti (punto 4, p. 11 ss. del modello) e dei servizi (punto 5, p. 13 ss.), risulta che l'offerente era tenuto a descrivere «*la composizione del gruppo di lavoro con l'indicazione del numero di risorse suddivise per ruoli/attività svolte e relativi profili associati e l'effort offerto in termini di giorni/uomo per ogni profilo professionale*», senza che il dato relativo all'*effort* (ossia: alla quantità di giorni/uomo necessaria per svolgere una determinata attività) costituisse un elemento essenziale e imm modificabile dell'offerta tecnica, come si desume anche dal fatto che la legge di gara non indicava né una stima del costo del personale né un monte-ore minimo che gli offerenti dovessero rispettare.

In tal senso milita anche il rilievo per cui al dato dell'*effort* non era ricollegata, in maniera univoca, l'assegnazione di punteggi aggiuntivi in sede di valutazione dell'offerta tecnica, come si evince dalla tabella relativa ai punteggi per il Lotto 2S (p. 36 ss. della lettera di invito), che (sia al punto 4 "Prodotti" che al punto 5 "Servizi") attribuiva alla commissione di gara un ampio margine discrezionale per la valutazione della «*quantità, qualità e mix delle figure professionali previste nella proposta*», senza ulteriori e più specifiche indicazioni.

11. - L'appello, in conclusione, va accolto e, previa riforma della sentenza impugnata, va rigettato il ricorso di primo grado.

12. - Ne deriva come conseguenza che l'appello incidentale di *IBM Italia* è improcedibile per il sopravvenuto difetto di interesse a ricorrere.

13. - Anche l'appello incidentale di *Engineering* va dichiarato improcedibile per il sopravvenuto difetto di interesse, atteso che l'accoglimento dell'appello principale, comportando la riforma integrale della sentenza, implica anche la riforma del capo di sentenza che ha disposto l'annullamento dell'intera procedura di gara (unico capo di sentenza impugnato con l'appello incidentale limitato di *Engineering*).

14. - Le spese giudiziali del doppio grado vanno compensate tra le parti in ragione della complessità delle questioni esaminate.

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, rigetta il ricorso di primo grado proposto da Engineering Ingegneria Informatica S.p.a.

Dichiara improcedibili gli appelli incidentali di Engineering Ingegneria Informatica S.p.a. e di IBM Italia S.p.a.

Compensa tra le parti le spese giudiziali del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giorgio Manca

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO