

Publicato il 23/11/2020

N. 07255/2020REG.PROV.COLL.
N. 01430/2020 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 1430 del 2020, proposto da Pluservice s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Dal Piaz, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

AEP Ticketing Solutions s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Flavia Pozzolini, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Anna Mattioli in Roma, Piazzale Clodio, 61;

Trieste Trasporti s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Reggio D'Acì e Gianni Zgagliardich, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Reggio D'Acì in Roma, via degli Scipioni, 268;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per il Friuli - Venezia Giulia, Sezione I, n. 49/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'AEP Ticketing Solutions s.r.l. e di Trieste Trasporti s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2020 il Cons. Stefano Fantini e uditi da remoto per le parti gli avvocati Dal Piazz, Pozzolini, e Reggio d'Acì per sé e in dichiarata delega di Zgagliardich;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Pluservice s.r.l., azienda operante nel settore dei sistemi informativi per la mobilità e fornitrice di plurime amministrazioni ed aziende di trasporto passeggeri, ha interposto appello nei confronti della sentenza 30 gennaio 2020, n. 49 del Tribunale amministrativo regionale per il Friuli - Venezia Giulia, che ha accolto il ricorso di AEP Ticketing Solutions s.r.l. avverso il provvedimento in data 20 novembre 2019, con cui Trieste Trasporti s.p.a. ha aggiudicato all'appellante la procedura aperta per la fornitura e l'installazione di emettitrici e validatrici di bordo.

Ai sensi della *lex specialis* di gara, prevedente un importo complessivo a base di gara pari ad euro 1.460.000, l'aggiudicatario della procedura doveva impegnarsi a mantenere le medesime condizioni economiche anche per le aziende A.T.P. Gorizia s.p.a. ed A.T.A.P. Pordenone s.p.a..

All'esito della gara, cui hanno partecipato sei concorrenti, la società AEP conseguiva un punteggio pari a 70,00 per l'offerta tecnica ed a 13,81 per l'offerta economica, con 83,81 punti in totale; la Pluservice invece conseguiva 62,72 punti per l'offerta tecnica e 23,10 punti per l'offerta economica, per un punteggio totale pari ad 85,80, risultando dunque prima graduata.

L'offerta di Pluservice non è risultata anomala ai sensi dell'art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016, non superando i 4/5 del punteggio complessivamente previsto dalla *lex specialis*, e dunque non è stata sottoposta a verifica dell'anomalia; nella seduta del 20 dicembre 2019 la Commissione giudicatrice ha peraltro attentamente valutato l'ammissibilità di tale offerta, specie con riguardo ai canoni di manutenzione Saas e di sicurezza informatica, in relazione ai quali ha conseguito il massimo punteggio (7 punti : rispettivamente 4 + 3), avendoli quotati pari a 0,001 (un millesimo) all'anno.

Con il ricorso in primo grado la AEP Ticketing s.p.a., risultata seconda graduata, ha impugnato l'aggiudicazione in favore di Pluservice s.r.l., deducendone l'illegittimità nell'assunto che quest'ultima non abbia presentato una regolare dichiarazione di buon esito di una pregressa fornitura, che non sia seria l'offerta aggiudicataria in relazione ai canoni per Saas e per manutenzione della sicurezza informatica; ha altresì censurato il capitolato speciale in relazione alle modalità di suddivisione del punteggio che consente, a parità di costo complessivo, l'aggiudicazione ad offerte tecnicamente inferiori.

2. - La sentenza appellata ha accolto il ricorso; disattese le preliminari eccezioni di inammissibilità, ha respinto il primo ed il terzo mezzo ed accolto il secondo, nella considerazione che la controinteressata avrebbe dovuto *«essere esclusa dalla gara, avendo presentato un'offerta (in parte qua) fittizia, innaturale ed artificiosa. Invero per le voci “costo del canone annuale SAAS per cinque anni dalla data del collaudo finale” e “costo del canone annuale di manutenzione per il mantenimento dei requisiti di sicurezza informatica [...] per cinque anni dalla data del collaudo finale”, nelle quali era stata scomposta l'offerta economica, la controinteressata ha offerto € 0,01; appare evidente che un'offerta così congegnata dissimulava il vero intento di ottenere, con un artificio, il massimo punteggio previsto dalla lex specialis per tali componenti dell'offerta economica (4 punti più 3 punti, complessivamente 7 punti) e di conseguire, quindi, un decisivo vantaggio sulle altre concorrenti che sono state precipitate tutte, in virtù della formula matematica adottata dal capitolato speciale, a zero punti»*. La sentenza ha

affermato l'irrilevanza del giudizio di non anomalia dell'offerta, nell'assunto che un conto sia la sostenibilità complessiva dell'offerta, altro la sua formulazione artificiosa e fittizia che rivelerebbe l'assenza di alcun investimento in Saas (*software as a service*) e manutenzione per il mantenimento dei requisiti di sicurezza informatica. Ha dunque annullato l'aggiudicazione e, per l'effetto, dichiarato inefficace il contratto, disposto il subentro della società AEP nel contratto.

3.- Con il ricorso in appello la Pluservice s.r.l. ha riproposto, alla stregua di motivi di critica della sentenza, le eccezioni di inammissibilità ed irricevibilità del ricorso introduttivo svolte in primo grado e, nel merito, dedotto l'erroneità della sentenza, che avrebbe introdotto una causa di esclusione non prevista dalla *lex specialis*, sostituendosi alla stazione appaltante, seppure in assenza di una verifica di anomalia in contraddittorio, sottolineando altresì che gli importi indicati relativamente al canone Saas ed al canone di sicurezza informatica sono sostenibili già disponendo la società di un'infrastruttura informatica *server* attiva per altri servizi; in ogni caso, per l'appellante, non occorre l'indicazione di costi incrementali, non prevedendo l'art. 6 del capitolato speciale alcuna soglia minima di importo per i canoni predetti ma contemplando la sanzione dell'esclusione solamente in caso di superamento delle soglie massime (rispettivamente, euro 60.000,00 ed euro 50.000,00).

4. - Si è costituita in giudizio Trieste Trasporti s.p.a. senza rassegnare conclusioni, mentre si è costituita in resistenza la AEP Ticketing Solutions s.r.l. chiedendo la reiezione dell'appello principale e riproponendo il quarto motivo assorbito in primo grado; la società AEP ha altresì esperito appello incidentale avverso le statuizioni di primo grado che hanno respinto il primo ed il terzo motivo del ricorso introduttivo al fine di ottenere l'esclusione di Pluservice, in quanto asseritamente carente di idonea dichiarazione di buon esito relativamente ad analoga fornitura pregressa, ed in ragione dell'anomalia dell'offerta con riguardo non solo ai canoni Saas e per la sicurezza

informatica, ma anche in relazione al costo delle lavorazioni di manutenzione straordinaria.

5. - All'udienza del 5 novembre 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Il primo motivo dell'appello principale di Pluservice s.r.l. reitera le eccezioni di inammissibilità, sotto plurimi profili, ed irricevibilità del ricorso di primo grado.

Eccepisce l'inammissibilità del ricorso per omessa indicazione, nell'epigrafe e nel corpo dello stesso, degli atti impugnati, ed in particolare degli estremi dell'aggiudicazione; lamenta inoltre che la procura alle liti difetti di specialità in quanto rilasciata da AEP in data 16 gennaio 2020, mentre il ricorso risulta firmato il successivo 17 gennaio 2020.

La seconda eccezione di inammissibilità ed irricevibilità si fonda sull'omessa impugnazione dei verbali di gara da parte di AEP, con specifico riguardo al verbale della seduta del 13 dicembre 2019 (non costituente atto endoprocedimentale) in cui sono stati assegnati e resi noti i punteggi relativi all'offerta economica dei concorrenti, a fronte del ricorso notificato solamente in data 17 gennaio 2020.

Eccepisce altresì l'inammissibilità per omessa notificazione ai soggetti controinteressati, attribuendo tale qualifica (in senso formale e sostanziale) alla A.T.P. Gorizia s.p.a. ed all'A.T.A.P. Pordenone s.p.a., in quanto la contestata *lex specialis* richiede all'aggiudicatario di impegnarsi a mantenere le medesime condizioni economiche anche nei loro confronti.

Il motivo, nelle sue interne articolazioni, è infondato.

Bene la sentenza ha ritenuto che il provvedimento di aggiudicazione sia stato sufficientemente indicato, nell'epigrafe del ricorso, con la data del 20 dicembre 2019, e nel corpo del ricorso è specificata la procedura di gara di cui l'aggiudicazione costituisce l'atto conclusivo.

1.1.- Quanto alla procura alle liti, quella rilasciata dal legale rappresentante della AEP Ticketing Solutions s.r.l. su foglio separato è una procura speciale,

indica la specifica controversia cui il mandato si riferisce, e risulta correttamente rilasciata in data antecedente alla sottoscrizione del ricorso da parte del difensore, come desumibile dall'art. 40, comma 1, lett. g), Cod. proc. amm., sostanzialmente riprodotto il combinato disposto degli artt. 6, n. 4, r.d. 17 agosto 1907, n. 642 e 35, comma 1, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, richiamati dall'art. 19 l. 6 dicembre 1971, n. 1034.

1.2.-Analogamente infondata è l'eccezione di inammissibilità per mancata impugnazione degli atti di gara, essendo gli stessi pacificamente atti endoprocedimentali, inidonei ad attribuire una posizione di vantaggio definitiva (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 18 ottobre 2018, n. 5958).

1.3.-Infondata è anche l'eccezione di inammissibilità/improcedibilità/irricevibilità del ricorso introduttivo per mancata notificazione alla A.T.P. Gorizia s.p.a. ed all'A.T.A.P. Pordenone s.p.a., atteso che questi soggetti non sono controinteressati, e cioè titolari di un interesse concreto ed attuale giuridicamente qualificato alla conservazione dell'atto, e dunque interessati a difendere una situazione giuridica di vantaggio uguale e contraria rispetto a quella del ricorrente (in termini, per tutte, Cons. Stato, III, 17 agosto 2020, n. 5052). Ciò dicasi sia con riguardo all'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione, sia con riguardo all'impugnativa del capitolato speciale nella parte in cui prevede la suddivisione del punteggio per l'offerta economica. Anche sotto questo profilo appare dunque condivisibile la statuizione di primo grado laddove ha escluso la loro natura di soggetti controinteressati, essendo *«indifferente che l'aggiudicataria sia una o l'altra delle concorrenti, ed avendo interesse, solo, che sia garantito ed osservato l'[...] impegno collegato all'aggiudicazione (in disparte il rilievo che non di inammissibilità si sarebbe trattato, ma di onere di integrazione del contraddittorio)»*.

2. - Il secondo motivo critica la statuizione che ha determinato l'esclusione dell'appellante per avere presentato un'offerta fittizia, innaturale, artificiosa con riferimento alle voci concernenti il costo del canone annuale Saas ed il costo del canone annuale di manutenzione per il mantenimento dei requisiti

di sicurezza informatica, per le quali ha offerto, simbolicamente, un centesimo a tale titolo, conseguendo sette punti. Deduce che il motivo di primo grado era inammissibile per genericità e comunque infondato, in quanto l'offerta di Pluservice, realizzata in conformità del modello messo a disposizione dalla stazione appaltante, era pienamente giustificabile, e comunque la *lex specialis* di gara (in particolare, l'art. 6 del capitolato speciale) non prevedeva una soglia minima di importo a tale titolo, ma precludeva solamente, a pena di esclusione, il superamento della soglia massima, rispettivamente di euro 60.000 e di euro 50.000. Allega come dunque la sentenza abbia arbitrariamente introdotto una causa di esclusione non prevista dalla *lex specialis*, in violazione del principio di tassatività di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Il motivo è fondato.

Anche a prescindere dall'affermazione per cui l'offerta non anomala, e dunque complessivamente sostenibile, possa essere artificiosa e fittizia, corretta in astratto, ma in concreto non funzionale rispetto alla (riconosciuta) attendibilità della stessa, occorre considerare come nella fattispecie controversa la proposta "simbolica" di Pluservice per il canone Saas (essenzialmente connesso alla distribuzione del *software* applicativo aggiornato) e per il canone di sicurezza informatica (concernente i mezzi e le tecnologie di protezione dei sistemi informatici) risulta giustificata in ragione del fatto che in entrambi i casi è richiesta la fornitura di un'infrastruttura informatica dalla società già posseduta, senza pertanto necessità di indicare costi incrementali, per la disponibilità di un *server* già operativo, utilizzato per erogare tanti altri servizi in corso, e dunque ripartito tra gli stessi. Diversamente opinando, in difformità dalla *lex specialis* che non indica una soglia minima, si dovrebbe assumere che Pluservice era tenuta ad indicare un canone, addebitando un costo non sostenuto alla stazione appaltante.

Anche sul piano formale, la disposta esclusione appare effettuata al di fuori di un contenitore procedimentale (quello della verifica di anomalia) che

garantisce il contraddittorio sul piano tecnico, i cui esiti non sono divenuti oggetto di cognizione da parte del giudice amministrativo.

E peraltro, con riguardo al valore di un millesimo dell'offerta per i due canoni, giustificata da Pluservice in ragione delle economie di scala, occorre ricordare che sono componenti di una più articolata offerta, che, nel suo complesso, non è pari a zero, fermo restando che la giurisprudenza europea ha recentemente chiarito che anche un'offerta pari ad euro zero non ne consente il rigetto automatico, ma impone la sottoposizione al subprocedimento di verifica dell'anomalia, con richiesta all'offerente di spiegazioni in ordine al prezzo ed ai costi proposti (CGUE, IV, 10 settembre 2020, in causa C-367/19).

3. - Discende da quanto esposto l'accoglimento dell'appello principale.

4. - Occorre ora procedere alla disamina dell'appello incidentale dell'AEP Ticketing Solutions s.r.l., e, prima ancora, del (quarto) motivo assorbito in primo grado e riproposto in questa sede, concernente il capitolato speciale, deducendosi in particolare il contrasto della suddivisione del punteggio relativo all'offerta economica in sottovoci con i principi informatori del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; ciò in quanto la suddivisione vulnererebbe il rapporto a monte stabilito tra qualità/prezzo, come dimostra, per l'appunto, la previsione di due voci separate di costo per canone Saas e canone di manutenzione per il mantenimento della sicurezza informatica.

Il motivo è infondato.

A prescindere dai plurimi profili di inammissibilità eccepiti, non appare preclusa dalla norma e neppure irragionevole la suddivisione del punteggio economico in più sottovoci. Tale tema può apparire controverso allorché l'operazione sia compiuta dalla Commissione giudicatrice in assenza di previsione della *lex specialis*, ma ovviamente non è questo il caso.

5. - Il primo motivo dell'appello incidentale della società AEP critica la statuizione di reiezione della censura di primo grado, volta a contestare

l'assenza, in capo all'aggiudicataria, del requisito di capacità tecnica e professionale costituito dall'aver eseguito, nell'ultimo triennio, con buon esito, una fornitura relativa ad un contratto di emettrice/validatrice con tecnologia EMV; assume la società AEP che l'art. 5, punto 4, del capitolato speciale richieda la dichiarazione di buon esito del contratto di emettrice/validatrice con tecnologia EMV. Di contro, Pluservice ha allegato una certificazione dell'Azienda mobilità e trasporti di Bari in data 6 settembre 2019 con la quale si attesta la fornitura e posa in opera di un sistema di emissione e verifica dei titoli di viaggio del valore di euro 1.303.962,00, comprensiva anche di validatrici *contactless* EMV, a fronte di un bando che non richiedeva la fornitura e la messa in esercizio del sistema EMV.

Il motivo è infondato, risultando condivisibile la statuizione di primo grado, la quale ha ritenuto che *«la dichiarazione di "buon esito", presentata da Pluriservice, relativamente ad una analoga fornitura pregressa, era idonea in quanto non era altresì richiesto dalla lex specialis che venisse dichiarato anche il buon esito di attivazione del "sistema EMV"»*.

Invero il capitolato speciale, all'art. 5, punto 4, in tema di "attestazione requisiti di capacità tecniche e professionali", richiede di *«dimostrare di avere eseguito nell'ultimo triennio un totale di forniture ed installazioni "del settore oggetto di gara" per un valore di almeno 400.000 €. Di questi contratti si richiede che almeno uno si riferisca ad un contratto di emettitrici/validatrici con tecnologia EMV. Tale ultima dichiarazione dovrà essere confermata da una dichiarazione di buon esito, controfirmata dal legale rappresentante dell'azienda citata»*.

La clausola della *lex specialis* ora ricordata richiede la dichiarazione di buon esito della fornitura ed installazione delle emettitrici/validatrici (di cui una con tecnologia EMV), ma non anche espressamente dell'attivazione del sistema (e, dunque, del buon esito della tecnologia EMV); giova precisare che, trattandosi di una causa di esclusione, se ne impone un'interpretazione letterale, non già funzionale, e comunque, nel dubbio, ispirata al *favor participationis*.

6. - Il secondo motivo incidentale critica la valutazione di non anomalia dell'offerta di Pluservice nella prospettiva che per le voci di costo relative al canone Saas e per la manutenzione della sicurezza informatica sia stato indicato un importo pari allo zero, irragionevole considerando che si tratta di costi continuativi, ed anche nella considerazione dell'asseritamente erronea quotazione oraria (pari ad euro 26,50) per le lavorazioni di manutenzione straordinaria compresi oneri di trasferta e di chiamata.

Il motivo è infondato.

Sulle voci di costo relative al canone Saas e manutenzione della sicurezza informatica si è già detto al punto *sub* 2), cui può farsi rinvio. Né ha pregio l'eccezione di inammissibilità della produzione documentale in appello da parte di Pluservice, consentita ove necessaria ai fini della decisione (ex art. 104, comma 2, Cod. proc. amm.), fermo restando che le circostanze allegate dalla stessa società aggiudicataria non sono state contestate, al di là della valenza probatoria dei documenti.

Quanto ai costi dei lavori di manutenzione straordinaria, occorre precisare che Pluservice ha applicato il contratto collettivo del terziario, della distribuzione e dei servizi, facendo riferimento ad un quarto livello per l'attività di manutenzione straordinaria, il cui costo medio orario è di euro 20,53, mentre non ha considerato i costi di trasferta, avendo *in loco* la presenza di una struttura manutentiva.

Ma, ancora di più, l'infondatezza del motivo discende dal fatto che in sede giurisdizionale il giudizio di anomalia dell'offerta, spettante alle valutazioni tecniche della stazione appaltante, non può essere compiuto, salvo che nei limiti in cui emergano valutazioni dell'amministrazione inficiate da macroscopiche illegittimità, ovvero da gravi errori di valutazione od errori di fatto, non configurabili nella fattispecie controversa.

7.- Alla stregua di quanto esposto l'appello principale va accolto, mentre va respinto l'appello incidentale; per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, il ricorso di primo grado deve essere respinto.

La complessità delle questioni giuridiche trattate integra le ragioni che per legge giustificano la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, accoglie l'appello principale e respinge l'appello incidentale; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

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

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2020, tenuta con le modalità di cui al combinato disposto dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e dell'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n 28, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Stefano Fantini

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO